

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Settembre - Ottobre 2015

L'esperienza di un Avvocato Privatista

FRANZO GRANDE STEVENS

Azienda in amministrazione giudiziaria.
Il congelamento della debitoria pregressa.
Il "durc" - i debiti contributivi e l'intervento
sostitutivo. Prevalenza normativa antimafia

VIVIANA COSENZA

Legittima difesa

ROCCO CURCIO, SIMONA DURAZZO

Il notaio nella riscossione delle imposte

VINCENZO PAPPÀ MONTEFORTE

in collaborazione con



PEGASO

Università Telematica

Gazzetta FORENSE

Bimestrale

Anno 8 - Numero 5 - Settembre/Ottobre 2015

DIRETTORE RESPONSABILE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis

REDAZIONE

Vittorio Sabato Ambrosio, Valeria D'Antò, Melania Duraturo, Anna Eliseo

EDITORE

Giapeto Editore S.u.r.l. - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Almerina Bove, Clelia Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Rita Lombardi, Raffaele Manfredi, Gaetanaarena, Catello Maresca, Giuseppina Marotta, Daniele Marrama, Raffaele Micillo, Maria Pia Nastri, Giuseppe Pedersoli, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuotto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Manlio Ingrosso, Gabriël Adelin Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesaro

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

Rassegne di giurisprudenza a cura di

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo delli Priscoli, Fabrizio Granata, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Alessia Palladino, Celeste Pesce, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Enza Sonetti, Giorgia Viola, Valeria Zannella

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di valutazione *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*), dell'autore e del valutatore.

A tale scopo la direzione del periodico si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni, il cui nominativo verrà reso noto in un elenco pubblicato periodicamente.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

STAMPA E ALLESTIMENTO

Tavolaro stampa, Napoli - novembre 2015

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica

D.M. 30/04/2006 G.U. n° 118 del 23/05/2006

SOMMARIO

Editoriale

L'ESPERIENZA DI UN AVVOCATO PRIVATISTA	5
di Franco Grande Stevens	

Diritto e procedura civile

LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO E LA TUTELA DEI CREDITI DI LAVORO NEL FALLIMENTO	12
di Stefano Scarafoni e Francesco Scarafoni	
ATTI IN FRODE E DISCLOSURE NEL CONCORDATO PREVENTIVO. <i>Nota a Corte di Cassazione, 26 giugno 2014, n. 14552</i>	24
di Sergio Locorotolo	
I CONTROLLI GIUDIZIALI NELLA CRISI D'IMPRESA: UN ACCIDENTALE NUOVO CORSO DOPO IL DECRETO LEGGE 83/15?	33
di Eduardo Savarese	
AZIENDA IN AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA. IL CONGELAMENTO DELLA DEBITORIA PREGRESSA. IL "DURC" - I DEBITI CONTRIBUTIVI E L'INTERVENTO SOSTITUTIVO. PREVALENZA NORMATIVA ANTIMAFIA	43
di Viviana Cosenza	
DIFFAMAZIONE E DANNO NON PATRIMONIALE	48
di Bernardino Izzi	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	55
RASSEGNA DI MERITO	57
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Sezioni Unite. <i>Sentenza del 16 settembre 2015, n. 18131</i>	61
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Sezioni Unite. <i>Sentenza del 7 settembre 2015, n. 17685</i>	73
<i>In evidenza</i> - Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile. <i>Sentenza del 20 agosto 2015, n. 16993</i>	79

Diritto e procedura penale

A PROPOSITO DEL DOLO NELLA BANCAROTTA PREFERENZIALE	88
di Enrico von Arx	
LEGITTIMA DIFESA	93
di Rocco Curcio e Simona Durazzo	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	96
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	104
RASSEGNA DI MERITO	107

Diritto amministrativo

BREVI NOTE SUL "NUOVO" ANNULLAMENTO D'UFFICIO A SEGUITO DELLA CD. RIFORMA MADIA (<i>RULE OF EIGHTEEN MONTHS</i>)	120
di Enzo Napolano	

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)	128
di Almerina Bove	

Diritto tributario

L'EDUCAZIONE ALIMENTARE ATTRAVERSO LO STRUMENTO FISCALE: SPUNTI DI RIFLESSIONE	134
di Maria Pia Nastri	
IL NOTAIO NELLA RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE	140
di Vincenzo Pappa Monteforte	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE	146
a cura di Maria Pia Nastri	

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA	150
--	-----

Ordinamento giudiziario

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEGLI AVVOCATI TRA VECCHIE NORME E NUOVE DISPOSIZIONI	156
di Francesca Picierno	

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Quali sono i limiti del controllo giurisdizionale nella procedura di composizione della crisi da "sovraindebitamento"? Che relazioni intercorrono tra la predetta procedura ed il processo esecutivo a seguito della riforma dell'art. 480, comma 2, c.p.c., ad opera del d.l. n. 83/2015 (convertito dalla legge n. 132/2015)?	166
di Alba De Barnardo	

DIRITTO PENALE

L'occupazione temporanea (inferiore a 120 giorni) con strutture mobili, chioschi e simili, in zone soggette a vincolo paesaggistico, è attività "libera" o è necessario munirsi di autorizzazione? Il caso di cui al punto n. 38 dell'allegato al d.P.R. n. 139 del 2010.....	170
di Giacomo Romano	

DIRITTO AMMINISTRATIVO

È configurabile l'istituto del silenzio inadempimento della Pubblica Amministrazione allorquando quest'ultima notificò all'interessato una nota con la quale si limiti semplicemente a rappresentare i motivi del ritardo nell'emissione del provvedimento richiesto?	173
di Michela Del Vecchio	

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA MINI RIFORMA CONCORSUALE DEL DECRETO "GIUSTIZIA"	178
di Enrico Quaranta	
LA RIFORMA DEL PROCESSO ESECUTIVO (OVVERO UN'APPLICAZIONE DELLA LEGGE DI WASHLESKY)	191
di Alessandro Auletta	
IL NUOVO ARTICOLO 2929-BIS DEL CODICE CIVILE: UNA NORMA DIROMPENTE?	205
di Teodora Scarfò	

Recensioni

TEORIA E PRATICA DEI CONTRATTI DI LAVORO DOPO IL JOBS ACT di M. Tiraboschi, Adapt University Press, 2015	212
di Gabriele Burlarelli	

INDICE DELLE SENTENZE	213
-----------------------------	-----

Franzo Grande Stevens
Avvocato

Editoriale

L'esperienza di un Avvocato Privatista*

Gli insegnamenti ricevuti, l'immensa e lunga attività svolta, i modi di vivere e di lavorare dei colleghi – tutti, dai più grandi ai più modesti –, le richieste ed esigenze cui siamo chiamati di volta in volta a corrispondere e quindi, in sintesi, l'esperienza professionale di un avvocato privatista, si sono riproposti alla mente nitidi come immagini di fotogrammi sullo schermo.

La tentazione di narrare di questo mondo, così appassionatamente amato, e di rendere in tal modo anche omaggio alle grandi figure che l'hanno illuminato e lo illuminano è stata grande. Ma con sacrificio vi resisto. Vorrei invece rimeditare sull'esperienza professionale dell'avvocato privatista in Italia per fare emergere ed esporre, a seguito di una indagine condotta sul filo rigoroso sia dell'empirismo che della razionalità, le linee peculiari dell'attività professionale di questo piccolo e grande universo degli avvocati privatisti nell'ultimo mezzo secolo.

Ed anticipo subito la conclusione: la professione dell'avvocato privatista, a differenza di quella del penalista, nel nostro paese si è profondamente modificata.

Perché l'avvocato è, più degli altri, figlio del suo tempo e deve anticipare, interpretare, mediare, rispondere insomma alle esigenze, in gran parte di carattere economico, della società nella quale vive ed opera.

E la società italiana, nonostante le nostre giustificate delusioni e le fondate critiche perché la vorremmo migliore, non è più quella agricola, autarchica o industriale ma, pur con le sue peculiari caratteristiche nazionali, fa obbiettivamente parte di quell'area mondiale che si suole definire ad «economia avanzata». Area alla quale appartengono i più evoluti paesi non per il sistema economico-politico che hanno adottato, ma per l'organizzazione, il livello, la forza, ed i risultati economici che hanno raggiunto. E le connessioni, talvolta le integrazioni, fra le attività economiche dei diversi paesi sono sempre più strette e frequenti per esigenze ineludibili delle varie entità economiche organizzate, che superano anche gli ostacoli delle differenze politiche di sistemi ed alleanze.

Questa, a mio modo di vedere, è la principale causa delle trasformazioni che hanno segnato l'esperienza professionale forense nel campo privatistico. S'intende più o meno intensamente a seconda delle aree del Paese, diver-

se per organizzazione e livello economici è delle diverse branche del diritto privato, ma sempre secondo la medesima linea di tendenza.

Altre cause, a mio avviso importanti e meno incisive sulla nostra professione, sono state il cambiamento di rito per alcuni tipi di processi, l'istituzione e gli interventi della nostra Corte costituzionale, e l'influenza dell'opinione pubblica genuinamente o artificiosamente espressa o formata da diffusi e potenti mezzi di informazione.

Dopo queste premesse, è giunto, quindi, il momento di esaminare, una ad una, le trasformazioni indotte nella nostra professione; e indotte così rapidamente da selezionare, a forbice, gli avvocati privatisti fra coloro che sono riusciti ad adeguarsi seguendo il ritmo dei tempi e coloro che non hanno potuto o voluto.

Il lavoro di consulenza non giudiziale che sino ai primi anni dell'ultimo dopoguerra occupava uno spazio del tutto marginale nell'attività di un avvocato privatista, è via via aumentato fino a contendere il primato all'attività giudiziale.

Sono lontani i tempi in cui Nitti a conferma della decadenza inarrestabile di una grande città meridionale sottolineava che s'infoltivano sempre più le categorie professionali – quelle dei medici e degli avvocati – che vivevano di due calamità sociali: la malattia e la lite.

Ora la parte «patologica», quella della lite, ha ceduto sempre più il passo al lavoro «fisiologico», quello cioè, di consulenza stragiudiziale talvolta diretta proprio a prevenire ed evitare una lite (o risolverla rapidamente in sede arbitrale, spesso irrituale). Non solo, ma una porzione del lavoro giudiziale è anch'essa di natura «fisiologica»: si tratta delle c.d. liti-pilota che si svolgono con dovizia di forze giuridiche perché dal loro esito dipendono, o sono orientati, migliaia di altri casi simili.

La grande organizzazione economica come la grande impresa, o l'associazione di entità o soggetti economici, vuole conoscere i rischi di antiggiuridicità di un proprio comportamento con le relative conseguenze per evitarli o, raramente, per decidere di affrontarli consapevolmente considerandone e valutandone la portata nel proprio programma di attività.

Ma in genere questi enti desiderano prevedere ed evitare questi rischi che quando si verificano costituiscono – ad esempio per un'impresa – intralci e costi aggiunti anche perché verrebbero distratte e sperperate energie lavorative e si rallenterebbe o modificerebbe l'attività econo-

* Gazzetta Forense è onorata di poter ospitare le riflessioni, attualissime, dell'Avvocato Franzo Grande Stevens (già in Cinquanta Anni di Esperienza Giuridica in Italia Messina – Taormina 3-8 Novembre 1981, in *Vita d'un Avvocato*, Padova 2004).

mica produttiva. È proprio l'evento patologico della lite che, al pari di altri relativi all'organizzazione produttiva (come finanziari, di qualità, rendimento e funzionalità degli impianti ecc.), l'impresa vuole e deve evitare. Perché la competitività – quando, come in Italia, il sistema in cui essa opera, la consente – è esasperata, e perché, in ogni caso, bisogna far i conti con i risultati e con quelli di imprese omologhe che lavorano producono ed offrono in altri sistemi politico-economici.

L'avvocato privatista è, dunque, considerato dalla parte economicamente trainante del nostro paese, il tecnico del diritto che nell'attività fisiologica dell'impresa la consiglia perché si evitino eventi patologici o perché questi siano previsti e valutati riducendo o scontando i danni conseguenti. Oppure, quando i dubbi sono gravi e/o le previsioni non possono essere attendibili per circostanze esterne pressoché imponderabili, si affrontano le c.d. liti-pilota senza risparmio di energie e di mezzi giuridici perché, secondo l'insegnamento di Polonio a Laerte: «Guardati dall'entrare in una lite; ma essendovi, conducila in modo che il tuo avversario debba guardarsi da te».

S'intende agevolmente, ormai, che all'avvocato privatista si chiede oggi non solo il responso più attendibile ma anche il più rapido possibile. Perché, ovviamente, ogni ritardo inutile o evitabile è un intralcio nell'attività economica, dal ritmo sempre più veloce, che si riflette sulla competitività e, quindi, sui risultati.

In una società ad economia agricola o pre-industriale il responso del giureconsulto poteva essere atteso per tempi quasi indefiniti e consentire all'avvocato persino la formazione di una preparazione specifica; ma da alcuni decenni, invece, ad una solida preparazione istituzionale l'avvocato privatista deve accompagnare una preparazione molto approfondita in alcuni campi, tanto da orientarsi immediatamente e, spesso, da esprimere il suo parere in brevissimo volgere di tempo.

Si comincia così a delineare, già solo per questo, l'esigenza di un'organizzazione nella professione forense del privatista sconosciuta da noi prima dell'ultima guerra. Perché le questioni legali dell'ente economico possono essere, e sono di solito, più d'una e da trattarsi rapidamente e contemporaneamente.

L'impresa, ad esempio, può aver bisogno ad un tempo dell'assistenza in numerosi contratti di licenza di diritti di proprietà industriale, di locazione finanziaria, in qualche lite-pilota, in qualche lite subita, in arbitrati, in un'assemblea societaria ecc.

Più d'un professionista allora nello studio professionale deve sapere affrontare tali questioni e deve saper preparare una parte del lavoro, e la rapidità e completezza del responso richiesti impongono mezzi tecnici che prima erano del tutto estranei al lavoro di un, sia pur grande, avvocato privatista o, addirittura, non esistevano ancora: e cioè, oltre alle grandi ed aggiornate biblioteche ed emeroteche occorrono oggi strumenti telematici sempre più avanzati.

In questo quadro si coglie la ragione del fiorire di uffici legali interni degli enti economici – fra i quali fanno spicco i giuristi d'impresa. Essi, infatti, che fan parte dell'organizzazione economica nella quale e per la quale lavorano, devono avere la sensibilità per individuare da un lato i problemi legali collegati all'attività dell'impresa, e quindi raccogliere ed elaborare tutti i dati necessari per chiedere l'intervento dello studio professionale esterno e dall'altro lato devono avere l'accortezza e l'autorità per curare che al responso controllato ed accettato si attenga il loro ente nell'attività delle sue molteplici branche. E se la loro preparazione non deve essere così approfondita come quella dell'avvocato privatista esterno, tuttavia deve essere più estesa in superficie coprendo i campi di vari specialisti.

In un'area economica avanzata gli enti, le imprese, le grandi organizzazioni tendono ad assumere proporzioni sempre maggiori per consentire le c.d. economie di scala, grandi investimenti per grandi mercati che soli consentono certi risultati produttivi con beneficio della collettività. Le frontiere nazionali sono travalicate, superando sistemi ed alleanze politiche differenti.

Il nostro Paese collocato nell'area c.d. ad economia avanzata è partecipe di questo sviluppo e talvolta, protagonista, come da trent'anni mi è accaduto spesso di constatare direttamente nel Piemonte che è il centro ed il punto di partenza del mio lavoro.

La tendenza inarrestabile all'internazionalizzazione dell'economia comporta la tendenza alla internazionalizzazione o uniformizzazione delle regole sostanziali che devono presiedere ai comportamenti e delle regole processuali dettate per dirimere le controversie e/o all'adeguamento delle regole nazionali a quelle internazionali.

E – quel che qui precipuamente ci interessa – all'internazionalizzazione della professione dell'avvocato privatista. La sua esperienza giuridica non può più limitarsi alle regole nazionali; la sua capacità di operare anche soltanto in Italia presuppone la conoscenza nel campo di sua specifica competenza e la utilizzabilità di strumenti ed istituzioni sovranazionali per dirimere conflitti internazionali. E poiché questa novità per l'Italia è stata così rapida, altrettanto rapidamente e sempre in numero maggiore ha coinvolto gli italiani, quale che fosse il loro ruolo nell'attività produttiva od economica in genere, ed ugualmente presto ed incisivamente ha modificato la professione, quale che fosse la sua specializzazione o l'area geografica della sua attività.

L'avvocato privatista italiano a seconda della regione in cui lavora e del ramo o dei rami di diritto privato nei quali è orientata la sua attività, deve saper dire:

- al lavoratore se può conservare e investire all'estero il danaro che vi ha guadagnato e se e che cosa deve riportare al suo rientro e quali redditi deve denunciare in Italia e quali tasse pagare o dedurre; e quali tasse i suoi eredi dovranno pagare sui beni esteri ereditati se al momento della morte egli era residente all'estero o meno;

- all'autore od interprete od inventore (o editore che è un cessionario di loro diritti) oltre alle risposte suddette, se e per quale durata e con quale intensità siano riconosciuti e protetti i suoi diritti in Paesi stranieri aderenti o meno a Convenzioni internazionali, dove ad esempio si usurpino o alterino le loro opere, o si diffondano loro esecuzioni artistiche, o si usi, senza autorizzazione, del ritrovato inventivo, ecc.;
- all'agricoltore se ha diritto ad aiuti e sovvenzioni per le sue colture ed i suoi prodotti e all'importatore ed esportatore, se ed a quali condizioni i suoi obblighi e diritti verso il contraente dell'altro Paese siano validi e come debbano essere eseguiti;
- all'imprenditore, oltre a ciò, se un patto limitativo di concorrenza (come una esclusiva di fabbricazione o vendita o distribuzione) od un monopolio di fatto o di diritto sia o meno legittimo e con quali conseguenze, se le regole U.E. costituiscano fonte gerarchicamente superiore a quelle interne italiane, e se possa ad esempio ricorrere agli Organismi Comunitari direttamente o attraverso la richiesta di Giudici italiani investiti in giudizio di certe questioni;
- all'imprenditore che operi internazionalmente quali regole particolari siano applicabili alla sua attività specifica (di editore, industriale siderurgico, assicuratore, produttore di dischi, commerciante di cereali, industrie di grassi, banca, armatore, finanziere ecc.).

Ma l'avvocato privatista italiano, se non vuole che questa branca di lavoro professionale più importante e qualificata sia appannaggio esclusivo di colleghi stranieri, deve avere una preparazione, esperienza, organizzazione che gli consenta di suggerire sia pur con la collaborazione di colleghi di altri Paesi all'imprenditore internazionale, piccolo e grande che sia, la struttura giuridica internazionale più adatta, che lo ponga insomma almeno alla pari con i suoi concorrenti più agguerriti. Beninteso nel rigoroso rispetto delle leggi dei vari Paesi nei quali l'imprenditore opera e cioè in una situazione di perfetta legalità (che è la sola che paga alla lunga).

L'avvocato privatista, appresa la natura l'estensione ed ogni altro utile elemento sull'attività del cliente – imprenditore internazionale – e le sue esigenze, deve studiarli la soluzione più adatta che gli calzi come un guanto.

Se è vero che la nostra società è in ritardo rispetto a quella nordamericana e quindi anche i nostri studi professionali sono meno ricchi e dotati, tuttavia la nostra tradizione e formazione e la abituale attività forense ci consentono anche di fornire contributi originali e diversi. Da noi, infatti a differenza dei colleghi nordamericani, un bravo avvocato privatista deve essere anche un valoroso avvocato giudiziale e la quotidiana lezione di umiltà che ci viene dal contraddittorio, affina la sensibilità e immaginazione nel tentativo incessante di prevedere le possibili obiezioni e di apprestarvi riparo. Naturalmente questa esperienza e queste qualità acquisite ed esercitate ci avvantaggiano molto, al confronto, nell'assistenza stragiudiziale, come ad esempio nella preparazione di contratti che si prestino meno ad essere contestati.

diziale, come ad esempio nella preparazione di contratti che si prestino meno ad essere contestati.

Ma è soprattutto la formazione tradizionale nostra (ed europea), scolastica in senso ampio, che ci diversifica in meglio ed in peggio, rispetto ai colleghi nordamericani.

L'obiettivo della loro formazione (come quello della società in cui vivono) è quello di ottenere il livello medio più alto possibile abituandoli, fra l'altro all'analisi dei problemi ed al loro esame in serie. I risultati sono ottimi a livello generale o sociale, incomparabilmente superiori ai nostri.

Da noi invece, anche se non in assoluto ed anche se sta cambiando, la nostra formazione, la nostra scuola è stata d'élite, ha teso e tende non tanto a far raggiungere un livello medio più alto possibile ad una massa di persone, ma a regolare il passo sui pochi, i più dotati, per consentire ad essi di raggiungere le vette, selezionandoli in base – ed abituandoli – ad un lavoro di sintesi, a lavorare non in serie ma in parallelo per acquisire una superiore capacità di associazione di idee.

Tuttavia l'elevazione culturale media che s'è avuta anche da noi e soprattutto la circostanza per cui l'avvocato privatista incontra sempre più come clienti i dirigenti di un'organizzazione economica quale che sia la sua dimensione che di solito è un'impresa e/o i legali interni dell'impresa, han segnato un'altra caratteristica nuova nella professione dell'avvocato privatista: è diminuita o annullata quella disparità culturale che era la principale ragione della figura carismatica che assumeva – ed assume – l'avvocato in una società meno evoluta.

Oggi l'avvocato privatista è giustamente considerato un tecnico, di maggior o minor capacità ed esperienza, cui si rivolgono i tecnici di altre branche che sono capaci di controllare la logica delle sue proposte. Il suo linguaggio dev'essere più che mai «tutto cose», egli deve parlare «per dire» come ammoniva già tanti anni addietro Enrico De Nicola. Il suo vero carisma risiederà allora, per clienti, colleghi e giudici, non nelle parole incomprensibili o alate che egli pronuncerà ma solo nella preparazione, nel talento, nell'onestà delle proposizioni e del comportamento e nella sua superiore capacità di associazione di idee.

Da tutto quel che si è venuto dicendo finora, mi pare che si delinei un'altra caratteristica nuova dell'avvocato privatista di questi tempi: egli deve avere cognizioni in altre discipline, soprattutto economiche. Gli tocca sempre più dare pareri, difendere davanti ai giudici (o alla Consob o alla Commissione tributaria) trattando questioni nelle quali bisogna parlare, avendone chiari i concetti, di bilanci di esercizi, di conti perdite e profitti, di situazioni patrimoniali, di ammortamenti, di riserve, di appostazioni contabili, di giacenze, di sistemi di valutazione di merce in magazzino o di investimenti, di ratei e risconti, di nomenclatura contabile, di operazioni bancarie e di cambio nazionali ed internazionali ecc.

Così come l'avvocato privatista deve avere una conoscenza ben più approfondita che nel passato del diritto

costituzionale ed una raffinata sensibilità a cogliere i sospetti di incostituzionalità di una norma ordinaria.

La costituzione repubblicana, infatti, con l'istituzione della Corte costituzionale il cui compito precipuo è quello di controllare se le leggi siano conformi a – o in contrasto con – la Carta per confermarle od espellerle dall'ordinamento ed il sistema adottato del c.d. giudizio incidentale per attuare quel controllo, impongono all'avvocato privatista un continuo quasi automatico raffronto delle leggi, nelle quali si imbatte per il suo lavoro, con le norme e i principi costituzionali.

E prima di tutto con il principio cardine di uguaglianza che li riassume e che si pone come limite invalicabile all'attività legislativa.

Infine, la diffusione e la potenza degli attuali mezzi d'informazione ha ampliato a dimensioni un tempo neppure immaginabili l'eco dell'opinione pubblica che essi esprimono e formano. Nella stessa misura s'è ampliata, quindi, la sua influenza nella soluzione di certe importanti questioni giuridiche, e bisogna tenere conto di questo nuovo elemento – e che conto! – nel responso, il più attendibile, che ci viene domandato.

E possiamo aggiungere che vi sono evoluzioni sotterranee di pensiero, anche giurisprudenziale, nel senso che esse scorrono senza luce e rumore, e tappe di questo pensiero che invece attirano e addensano su di sé gli occhi e i commenti di tutti, quando talora non suscitino uno spirito di crociata che, purtroppo, non giova al dibattito e alla scelta della giusta soluzione per la quale è necessario distacco e serenità.

Ciascuno di noi avvocati ha potuto sperimentare nella sua professione quanto incisiva, e talora determinante, sia questa novità del nostro tempo. È perciò che mi sembrano sufficienti due soli, ma significativi, esempi che concernono due questioni giuridiche di portata generale: quella relativa alla c.d. autodifesa dell'imputato con rifiuto della difesa tecnica e quella che concerne la responsabilità aquiliana per lesione di diritti di credito.

La prima questione si pose, anzi s'impose nel primo, ormai storico, processo di Torino ai capi delle brigate rosse. E toccò proprio a noi privatisti (che insieme a colleghi penalisti guidati dal nostro indimenticabile presidente Fulvio Croce, dopo il rifiuto e le minacce degli imputati ai difensori d'ufficio, ci presentammo per ragione delle nostre cariche nell'Ordine) studiare e proporre la questione.

Tratti dalle serre dei nostri studi ad un'aula rovente di Corte d'Assise dove il contrasto e la tensione erano quasi fisica mente palpabili, vivemmo, anche nella visita in carcere agli imputati, drammaticamente il rapporto con uomini che in modo lucido e consapevole rifiutavano una difesa tecnica che avrebbe costituito l'accettazione di un sistema che essi contestavano a prezzo della vita.

L'avvocato avrebbe potuto, quindi:

a) non tener conto della posizione ideologica, spirituale di coloro che doveva assistere; contrastare la personalità e la posizione degli imputati attribuendola o ad

incapacità naturale o ad errori dovuti a circostanze esterne o riducendone la portata. In tal caso però l'avvocato non avrebbe difeso ma offeso gli imputati e dato prova del medesimo fanatismo e della medesima intolleranza (come è il caso del cattolico che battezza di nascosto il figlio di un ebreo per salvargli l'anima, del giudice che non affida il bambino ad un genitore perché ateo ecc.);

b) limitarsi ad essere presente nel processo – come gli imputati erano tutt'al più disposti a concedere – senza assumere alcuna posizione; cioè egli doveva essere sostanzialmente assente, rinunciando al suo ruolo ed alla sua dignità perché si potesse fingere che nel processo era stata assicurata la difesa;

c) oppure dimostrarsi utile, umile e tollerante ricordando la regola – art. 6 – appositamente dettata dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 1955 cui l'Italia aveva aderito, che attribuiva il diritto all'imputato di scegliersi un difensore o difendersi da sé, nonché le esperienze e gli insegnamenti che in situazioni identiche venivano da paesi di grande civiltà (come il Regno Unito, gli USA, il Canada). In questi paesi si riconosceva e sottolineava che nel contrasto di posizioni master della difesa era e doveva essere l'imputato (capace) mentre l'avvocato era e doveva essere il suo assistant e non viceversa. In tal caso l'avvocato poteva essere chiamato (come da una Corte canadese) non come difensore, ma come *amicus curiae* perché nell'interesse della collettività si riducesse il margine di errori nel processo; chiamato cioè come garante di legalità. Nei Paesi ad ispirazione autoritaria, invece, (come in URSS o nella Spagna franchista) il difensore di ufficio (o di Stato) era obbligatorio e leggi particolari prevedevano numerosi supplenti in caso di rifiuto da parte dell'imputato.

E ricordando che la nostra Costituzione riconosce il diritto inviolabile del cittadino alla difesa (così come gli riconosce quello alla salute, alla libera associazione, alla libertà di religione, alla libertà di pensiero ecc.) ma non l'obbligo di difendersi e per di più secondo certe regole (così come non impone al cittadino consapevole di subire una trasfusione di sangue, o altre cure tecniche, non lo obbliga ad associarsi, o a professare una religione, o a manifestare il suo pensiero ecc.) – E se si fosse ritenuto che non bastavano a soddisfare l'esigenza della collettività giudici imparziali e pubblici ministeri preoccupati solo del rispetto della legge, si sarebbe dovuto pensare non ad un avvocato difensore dell'imputato ma ad un avvocato garante di tali esigenze del sistema.

Gli avvocati torinesi, così interpretando il loro ruolo e la loro dignità e pur sapendo che non sarebbe stata gradita né agli spiriti faziosi né, soprattutto a coloro che volevano definirli «servi di regime» dettero quest'ultima risposta. E sappiamo come la pagarono.

Fiorirono, naturalmente, su di una questione così importante molti studi e furono espresse molte opinioni contrastanti, tutte serie e rispettabili ed il dibattito culminò

in una decisione della Corte costituzionale che adottò la seconda strada (la difesa tecnica è irrinunciabile ma per soddisfarla basta la mera presenza del difensore in giudizio, anche se è «inadeguato o financo mancato l'esercizio delle facoltà e dei poteri spettanti alla difesa»).

Certamente l'opinione pubblica espressa o formata dai grandi mezzi di informazione, l'emozione causata da tanti gravi avvenimenti, il desiderio magari inconsapevole, di vedere presto ed in un certo modo concludersi un processo, ha avuto una sua influenza nella scelta dell'una o dell'altra soluzione. E personalmente credo che, quando il tempo consentirà un esame obiettivo e distaccato l'autodifesa sarà riconosciuta come una garanzia di livello più alto per l'imputato.

Ma tali fattori hanno esercitato, a mio avviso, un'influenza determinante sulle decisioni, ripetute per anni (fino a quelle diverse, di alcuni giovani magistrati) di rifiutare l'esistenza stessa della questione, dichiarando prima facie così manifestamente infondata l'eccezione d'incostituzionalità di un obbligo della difesa tecnica, da non meritare la rimessione alla Corte. E si sa che tale rifiuto è possibile soltanto quando nessun dubbio di costituzionalità possa sfiorare la mente.

L'altro caso è quello delle due vicende giurisprudenziali – per la catastrofe di Superga e la morte di Meroni – che costituiscono poli di accensione e sviluppo del dibattito sulla ammissibilità della responsabilità extra contrattuale o aquiliana per lesioni di diritto di credito.

Mentre per il caso Superga nel 1953 la Cassazione adottò la tesi per cui la tutela aquiliana è ristretta all'ambito dei diritti assoluti, nel 1971 le sezioni unite, nel caso Meroni, decisero all'opposto che essa si estende anche ai diritti di credito quando il fatto illecito ne causò la perdita definitiva ed irreparabile, intendendosi per irreparabile, nell'ipotesi di prestazioni di fare, l'impossibilità relativa del creditore di sostituire le prestazioni del debitore alle stesse condizioni. Ed il principio così giustamente stabilito costituisce ora, a seguito di numerose decisioni poi intervenute, *jus receptum*.

Certo erano passati quasi vent'anni:

- la giovane civilistica italiana aveva dimostrato l'erroneità della tesi restrittiva,
- la giurisprudenza in casi frequenti non meno noti (come per il diritto anche pattizio, agli alimenti il diritto del socio all'apporto lavorativo di quello ucciso, quello di una congregazione che beneficiava delle prestazioni di un religioso ucciso ecc.) aveva riconosciuto la tutela ai diritti di credito lesi; nei paesi con la stessa matrice romanistica (come Francia, Germania, Polonia ecc.) ed anche in quelli di *common law*, il principio non era oggetto di discussione anche se raramente si riconosceva poi la sussistenza di un danno concreto risarcibile; noi difensori esponemmo con convinzione e chiarezza le ragioni che inducevano a cambiare radicalmente giurisprudenza in una questione generale così importante e particolarmente Nicolò in un'orazione insuperabile, che rievoca alla mente la lettura

di quelle di Lisia, e nella quale profuse magistralmente la sua cultura ed il suo ingegno di civilista fra i maggiori, la forza della sua convinzione interiore e lo sfavillio della sua arte di avvocato.

Ma anche vent'anni prima:

- c'era già l'ammonimento di Arangio-Ruiz che è vano e sbagliato pretendere di calare la sostanza giuridica attuale nelle forme del diritto romano;
- l'ammonimento non poteva essere più calzante se si fosse voluta calare la sostanza della responsabilità civile – solo perché usiamo chiamarla aquiliana per riminiscenza storica e per contrapporla a quella contrattuale – nelle *actiones legis Aquiliae* azioni penali di cui alle famose tre leggi comiziali del tribuno della plebe Aquilius con i suoi rigorosi attributi tipici e tecnici (pena privata, nossalità, solidarietà cumulativa, intrasmissibilità passiva, possibile *aestimatio dupla*, *repetitio temporis* ecc.) estranei al nostro sistema giuridico al punto da apparire ai più persino incomprensibili;
- a tagliare corto alla questione, oltre al resto stavano le finissime indagini storico-domatiche dovute al vigoroso temperamento scientifico del Rotondi (Giovanni), così giovane rapito agli studi, nel famoso saggio scritto nel 1916 «Dalla Lex Aquilia all'art. 1151 c.c.» (del 1865). Con esse fu dimostrato definitivamente che *Actio legis Aquiliae* fu prima affiancata da varie *actiones utiles* o *in factum*, pretorie, poi svistata completamente dai giustiniani, bizantini e glossatori, commentatori che dovettero anche adattarla alle mutevoli vicende della realtà sociale – e lo fecero di soppiatto – poi restituita storicamente alla sua integrità, richiamata quindi nominalmente dai giusnaturalisti per vedere, infine, consacrata la sua sparizione all'epoca delle grandi codificazioni, senza più avere nulla da spartire con la norma di cui all'art. 1151 c.c. del 1865 (di cui oggi all'art. 2043 c.c. vigente) suscettibile di applicazioni tanto vaste e svariate, e tanto remote anche dalle previsioni dei compilatori in dipendenza della formula generalmente adottata;
- un richiamo dell'interprete, quindi, per la soluzione del problema alla *actio legis Aquiliae* poteva essere soltanto dovuto ad una mancanza assoluta di letture o ad invincibile pigrizia.

Che cosa era cambiato allora in quegli anni?

A mio parere la sensibilità dei magistrati alle esigenze ed ai problemi della realtà socio-economica moderna completata ed affinata dai grandi mezzi di informazione (che dedicano fin troppo spazio al nostro sport nazionale).

Credo che questo sia stato un fattore non irrilevante nel determinare una decisione che facesse giustizia ad un tempo dell'errore precedente, armoniosamente risolvesse sul piano logico-domatico le altrimenti insanabili contraddizioni degli orientamenti giurisprudenziali su casi concreti e rispondesse alle esigenze economiche della società in cui viviamo.

Tempo ora è venuto di concludere questo lungo discorso.

E come meglio potrei se non dedicando ai giovani colleghi le considerazioni che si sono espresse sin qui perché essi possano tenerne conto per le decisioni da adottare circa la preparazione sempre aggiornata che oggi occorre ad un avvocato privatista e l'impostazione e l'organizzazione del loro lavoro?

Ma se al di là di questo esame condotto alla luce di una lunga esperienza nel modo più obiettivo e distaccato che m'era possibile, fossi in confidenza con qualcuno di loro che mi domandasse consiglio; ebbene in tal caso anche con alcuni dei pensieri, ormai parte di noi stessi, di taluni fra i grandi uomini che popolano il nostro mondo spirituale mi rivolgerei a lui così:

Giovane amico,

- *non scegliere questa professione se non bruci di curiosità intellettuale;*
- *non sceglierla se, come ammonì un grande avvocato napoletano mio Maestro – Francesco Barra Caracciolo – «al tuo talento non unirai un grande spirito di sacrificio»;*
- *non sceglierla se non avvertirai con piacere che essa invaderà la tua vita e ti chiederà di dedicarle ogni energia perché, come dice un bel verso del Macbeth, «il lavoro nel quale proviamo diletto è esso stesso rimedio alla fatica»; e come, a chi gli chiedeva del perché di una vita così austera dedicata costantemente al lavoro ed al miglioramento che costava la rinuncia alle delizie della vita Von Karajan rispose «Le delizie della vita? Sono un rischio da non correre nel mio mestiere»;*
- *non sceglierla se vorrai isolarti intellettualmente perché è il confronto che ti fa umile e quindi ti conserva giovane e vivo; lo insegnava una bellissima frase poco conosciuta del Foscolo «Va fra la gente per romperti le corna dell'orgoglio»;*
- *non sceglierla se non vorrai mettere al bando le furbie e rispettare, e consigliare di rispettare, le leggi anche morali. Un grande banchiere israelita scrisse al figlio nel testamento «Se non per vocazione, sii onesto per convenienza»;*
- *non sceglierla se non vorrai prodigarti per gli altri perché – le parole sono del nostro Pietro Calamandrei – «gli avvocati bisogna che lavorino disperatamente, vogliano o non vogliano, fino all'ultimo respiro, per servire gli altri, per aprire la strada agli altri e arrivino alla morte senza aver potuto fare, quello che li riguarda personalmente e ... che per tutta la vita hanno dovuto rimandare a domani».*

Diritto e procedura civile

LA SORTE DEI RAPPORTI DI LAVORO E LA TUTELA DEI CREDITI DI LAVORO NEL FALLIMENTO	12
di Stefano Scarafoni e Francesco Scarafoni	
ATTI IN FRODE E DISCLOSURE NEL CONCORDATO PREVENTIVO. <i>Nota a Corte di Cassazione, 26 giugno 2014, n. 14552</i>	24
di Sergio Locorotolo	
I CONTROLLI GIUDIZIALI NELLA CRISI D'IMPRESA: UN ACCIDENTALE NUOVO CORSO DOPO IL DECRETO LEGGE 83/15?	33
di Eduardo Savarese	
AZIENDA IN AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA. IL CONGELAMENTO DELLA DEBITORIA PREGRESSA. IL "DURC" - I DEBITI CONTRIBUTIVI E L'INTERVENTO SOSTITUTIVO. PREVALENZA NORMATIVA ANTIMAFIA	43
di Viviana Cosenza	
DIFFAMAZIONE E DANNO NON PATRIMONIALE	48
di Bernardino Izzi	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	55
RASSEGNA DI MERITO	57
<i>In evidenza</i>	
Corte di Cassazione, Sezioni Unite. <i>Sentenza del 16 settembre 2015, n. 18131</i>	61
<i>In evidenza</i>	
Corte di Cassazione, Sezioni Unite. <i>Sentenza del 7 settembre 2015, n. 17685</i>	73
<i>In evidenza</i>	
Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile. <i>Sentenza del 20 agosto 2015, n. 16993</i>	79



La sorte dei rapporti di lavoro e la tutela dei crediti di lavoro nel fallimento

abstract

The authors address the complex and topical issue of management of rights relating to the employment relationship at the time of filing for bankruptcy. The topic is addressed both in terms of the fate of that relationship when it is still pending on the date of declaration of bankruptcy, both in terms of protecting the rights of credit arising from the same.

keywords

Bankruptcy – Work – Legitimate cause – Credit.

abstract

Gli autori affrontano la complessa ed attuale problematica della gestione dei diritti inerenti al rapporto di lavoro in occasione della dichiarazione di fallimento. L'argomento è affrontato sia sotto il profilo della sorte di tale rapporto allorché sia ancora pendente alla data della dichiarazione di fallimento, sia sotto il profilo della tutela dei diritti di credito dallo stesso nascenti.

parole chiave

Fallimento – Lavoro – Giusta causa – Credito.

sommario

Premessa. – **1.** Sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento prima della riforma del r.d. n. 267 del 1942. – **2.** Sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento dopo la riforma del r.d. 267 del 1942. – **3.** Sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento dopo la riforma del mercato del lavoro del 2012. – **4.** Sulla sorte dei rapporti di lavoro flessibili pendenti alla data del fallimento dopo la riforma del r.d. 267 del 1942. – **4.1.** Contratto di lavoro a tempo determinato. – **4.2.** Contratto di somministrazione di lavoro. – **4.3.** Contratto a progetto. – **5.** Sulla tutela dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro in caso di fallimento. – **6.** Sulle problematiche dell'insinuazione dei crediti di lavoro. – **6.1.** Trattamento di fine rapporto ed istituti indiretti. – **6.2.** Indennità sostitutiva delle ferie. – **6.3.** Indennità sostitutiva del preavviso.

Premessa

È necessario premettere che il presente scritto, per ragioni afferenti ai limiti connessi ad una trattazione che non ha natura organica, affronta solo gli aspetti principali del tema della sorte dei rapporti di lavoro dopo la dichiarazione di fallimento e della tutela dei relativi crediti, mentre esula dalla presente trattazione, seppure con tali temi direttamente connessa, tutta la problematica previdenziale¹.

1. Sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento prima della riforma del r.d. n. 267 del 1942

Per esaminare compiutamente la problematica degli effetti della dichiarazione di fallimento sul rapporto di lavoro subordinato, è bene premettere un breve inquadramento sulla ricostruzione sistematica effettuata dalla giurisprudenza prima della riforma della legge fallimentare del 2006.

La giurisprudenza di legittimità ha affermato che ai sensi dell'art. 2119, comma 2, c.c. il fallimento dell'imprenditore non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro e la *ratio* di tale disposto si fonda sulla considerazione della unitarietà della azienda e della sua sopravvivenza alla dichiarazione di fallimento, alla quale non consegue la cessazione dell'impresa «che passa soltanto da una gestione per fini di produzione, suscettibile peraltro di essere continuata o ripresa (come non infrequentemente accade), ad una gestione per fini di liquidazione»².

Né il disposto dell'art. 2119, comma 2, esclude l'applicazione dei principi relativi agli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, di cui è espressione l'art. 72, comma 2, l. fall., che, benché dettato per la compravendita ancora ineseguita (nella legislazione anteriore alla riforma di cui al d.lgs. n. 5 del 2006), trova applicazione generale (salva la diversa

¹ Non saranno affrontati, quindi, i temi relativi all'ammissione dei crediti per contributi previdenziali, né gli ulteriori temi, che rivestono parimenti natura previdenziale, del Fondo di garanzia di cui alla l. n. 297 del 1982, delle prestazioni della CIGS di cui alla l. n. 223 del 1991, alla luce del riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali di cui al d.lgs. n. 148 del 2015, né della previdenza complementare.

² Cass., sez. un., 27 ottobre 1966, n. 2367, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 325065; Cass., 21 giugno 1979, n. 3493, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 399903.

disciplina dettata specificamente dagli articoli successivi) nel senso che il curatore non è tenuto a perfezionare o proseguire i rapporti che trova pendenti e ha invece, ove non ne ritenga utile il perfezionamento o la prosecuzione, facoltà di sciogliersi³.

Sempre la giurisprudenza ha affermato che l'art. 2119, comma 2, c.c., che esclude che le procedure concorsuali del fallimento e della liquidazione coatta amministrativa, che denotano una obiettiva e insuperabile situazione di crisi aziendale, possano assurgere a causa di automatica risoluzione del rapporto, introduce una deroga al diritto di recedere dal contratto senza preavviso «qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto», come disposto dallo stesso art. 2119, comma 1, con la conseguenza che se il curatore si sia avvalso della facoltà di «sciogliersi» ai sensi dell'articolo 72, comma 2, l. fall., dal rapporto di lavoro deve riconoscersi al dipendente il diritto all'indennità sostitutiva di preavviso da soddisfare integralmente in prededuzione, trattandosi di debito sorto dopo la dichiarazione di fallimento che trova esclusivo fondamento nella gestione del rapporto da parte del curatore⁴.

Anche la dottrina maggioritaria ha aderito a tale orientamento, dividendosi, però, sulla necessità della giustificazione dello scioglimento.

Secondo un prima lettura, infatti, la facoltà di scioglimento attribuita al curatore dall'articolo 72 l. fall. sarebbe libera, configurando quindi un'ipotesi di recesso *ad nutum*⁵; secondo altra prospettazione, invece, il recesso del curatore si configurerebbe come un licenziamento e richiederebbe, quindi, la giustificazione⁶.

I medesimi principi sono stati anche recentemente ribaditi dalla giurisprudenza della S.C. che ha affermato che, nell'ipotesi in cui non vi sia esercizio provviso-

rio dell'attività aziendale, il rapporto di lavoro rimane sospeso fino alla dichiarazione del curatore ai sensi dell'art. 72, comma 2, l. fall. (*ante* riforma), e che, in applicazione dei principi espressi da tale disposizione di legge, non derogati dall'art. 2119 c.c., il curatore che non ritenga di poter utilizzare le prestazioni del dipendente a causa della cessazione dell'attività e delle esigenze della procedura concorsuale, ha facoltà di sciogliersi dal rapporto medesimo, senza che in conseguenza di ciò il prestatore di lavoro possa far valere un diritto al risarcimento del danno nei confronti della massa⁷.

Poiché il fallimento non incide sulla continuità giuridica del rapporto di lavoro, almeno finché il curatore non ne comunichi lo scioglimento, qualora quest'ultimo richieda e si avvalga della prestazione lavorativa del dipendente sarà tenuto al pagamento delle relative retribuzioni⁸ che costituiranno, per la procedura, un debito da pagare in prededuzione.

I suddetti principi valgono anche se l'impresa abbia occupato mediamente più di quindici lavoratori nel semestre precedente alla data della dichiarazione di fallimento e, quindi, rientri nelle dimensioni per essere assoggettata alla l. n. 223 del 1991.

Anche in tal caso, infatti, il rapporto di lavoro non è risolto dalla dichiarazione di fallimento, bensì rimane sospeso con il possibile intervento delle provvidenze della Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria di cui all'art. 3, comma 1, l. n. 223 del 1991 per il periodo di dodici mesi (ciò, almeno, fino alla riforma del mercato del lavoro avvenuta nell'anno 2012 di cui si darà conto nel prosieguo), al cui esito il curatore procede allo scioglimento del rapporto di lavoro, mediante la messa in mobilità di cui all'art. 4 della medesima legge, se non sussistono prospettive fondate di continuazione o ripresa dell'attività produttiva.

In tale ultima ipotesi di scioglimento, però, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto necessaria l'applicazione della disciplina prevista dagli articoli 3, 4,

³ Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 404240.

⁴ Cass., 26 gennaio 1988, n. 648, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 457099 che, tuttavia, ha avuto cura di precisare che tale deroga non esclude la rilevanza, allo stesso fine, di inadempienze del datore di lavoro (nei confronti del dipendente) anteriori o successive alla detta procedura, con la conseguenza che le dimissioni del lavoratore, che adduce a giusta causa l'inadempimento della controparte (sottoposta poi a procedura concorsuale) in ordine alla principale obbligazione di corrispondere la retribuzione pattuita, non possono considerarsi comprese nel divieto posto dalla norma in oggetto, trovando esse la loro causa non nella procedura stessa ma nella precedente inadempienza del datore di lavoro. Nel senso di cui al testo anche Cass., 7 febbraio 2003, n. 1832, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 560303.

⁵ L. GUGLIELMUCCI, *sub art. 72*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2006, I, 1116 e ss., sostiene che la disciplina dell'articolo 72 introdotta dalla riforma non avrebbe portata innovativa.

⁶ A. CORRADO, P. CORRADO, *Rapporti di lavoro nel fallimento, verifica dei crediti, trasferimento d'azienda, esercizio provvisorio, cassa integrazione e licenziamenti collettivi*, Torino, 2007, p. 35 e ss. B. MEOLI, S. STCA, *Effetto sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Gli organi, gli effetti, la disciplina penalistica*, in *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, II, p. 489.

⁷ Cass., 14 maggio 2012, n. 7473, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 622707, che ha affermato il principio che, in caso di fallimento del datore di lavoro, ove vi sia cessazione dell'attività aziendale, il rapporto di lavoro entra in una fase di sospensione, in quanto il diritto alla retribuzione - salvo il caso di licenziamento dichiarato illegittimo - non sorge in ragione dell'esistenza e del protarsi del rapporto ma presuppone, per la natura sinallagmatica del contratto, la corrispettività delle prestazioni. Ne consegue che per effetto della dichiarazione di fallimento e fino alla data della dichiarazione del curatore *ex art. 72*, comma 2, legge fallimentare, non essendovi un obbligo retributivo per l'assenza di prestazione lavorativa non è configurabile un credito contributivo previdenziale, a nulla rilevando l'eventuale ammissione al passivo fallimentare dei crediti retributivi, per l'assenza di efficacia riflessa di tale provvedimento sul rapporto tra la curatela e l'Inps che ha un diverso oggetto. Nel medesimo senso, in periodo più risalente, Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, cit.

⁸ ALLEVA, *La sorte del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Atti del convegno su "La tutela del rapporto di lavoro nelle procedure concorsuali"*, Bari, 2000, p. 29. A. CAIAFA, *Il contratto di lavoro*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Bologna, 2006, I, p. 1249.

5 e 24 della l. n. 223 del 1991 che ha un carattere assolutamente generale ed è obbligatoria anche quando, nell'ambito di una procedura concorsuale, risulti impossibile la continuazione dell'attività aziendale; il dovere del curatore di tutelare gli interessi del fallimento, infatti, non esclude il suo obbligo di osservare le procedure previste dalla legge, tra cui quella sulla mobilità⁹.

La l. n. 223 del 1991 prevede anche un'altra fattispecie di riduzione del personale individuata nel licenziamento collettivo, disciplinato dall'art. 24 in modo analogo alla procedura di mobilità, che tuttavia non è preceduto dal trattamento straordinario di integrazione salariale.

Anche in tale ultimo caso la giurisprudenza ha ritenuto necessaria l'applicazione delle procedure previste dagli articoli 3, 4, 5 e 24 della l. n. 223 del 1991¹⁰.

2. Sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento dopo la riforma del r.d. 267 del 1942

Su tale impostazione non ha sostanzialmente inciso la riforma della legge fallimentare che ha sostituito all'originaria disciplina dell'art. 72, dettata solo per la compravendita non eseguita, una nuova disciplina generale dei rapporti giuridici pendenti alla data del fallimento che recepisce, di fatto, i principi elaborati, in tema, dalla giurisprudenza di legittimità¹¹.

Il nuovo dettato dell'art. 72, infatti, ha trasformato in norma di legge la precedente ricostruzione giurisprudenziale della sospensione del rapporto fino alla scelta del curatore del fallimento circa il subentro o lo scioglimento dal contratto.

Il novellato art. 72, comma 1, l. fall. prevede che, in presenza di un rapporto pendente alla data del fallimento, «l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto».

⁹ Nella specie, Cass., 2 marzo 2009, n. 5032, in *www.italgiure.giustizia.it*, non massimata, che ha confermato un verdetto d'appello che aveva accolto la domanda di un dipendente diretta a far dichiarare l'inefficacia del licenziamento intimato dalla curatela del fallimento della società datrice, per il mancato rispetto della procedura di cui alla l. n. 223/91. Nel medesimo senso anche Cass., 27 aprile 2004, n. 8047, in *www.italgiure.giustizia.it*, non massimata, e Cass., 8 luglio 2004, n. 12645, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 574369, che hanno ritenuto inefficace il licenziamento collettivo intimato dal curatore fallimentare senza la previa osservanza della procedura di mobilità, anche nell'ipotesi in cui risulti impossibile la continuazione dell'attività aziendale e, nelle condizioni normativamente previste, il curatore intenda procedere ai licenziamenti.

¹⁰ Cass., 2 marzo 2009, n. 5032, cit.

¹¹ L. GUGLIELMUCCI, *sub art. 72*, cit.

In primo luogo merita di essere esaminato il rimedio generalmente apprestato dall'ordinamento in presenza di un contratto pendente alla data del fallimento, che è quello dell'automatica sospensione dell'efficacia del rapporto giuridico: tale rimedio è evidentemente disciplinato in funzione della tutela del sinallagma contrattuale e della necessaria verifica sulla possibilità ed interesse all'adempimento delle rispettive prestazioni nonostante l'intervenuto fallimento, ciò in applicazione dei principi generali di cui agli articoli 1460 e 1461 c.c.¹².

Qualora dall'esame della situazione dell'impresa fallita, e nell'interesse della massa dei creditori, il curatore ritenga opportuno dare luogo all'esecuzione del contratto, la disposizione testé richiamata stabilisce che la curatela subentra nel contratto «in luogo del fallito» ed assume su di sé tutti gli obblighi contrattuali, trasformando l'eventuale credito concorsuale del contraente *in bonis*, da soddisfare in moneta fallimentare, in un'obbligazione facente carico alla procedura concorsuale da soddisfare in prededuzione.

Tale ultima soluzione, indispensabile a garantire l'equilibrio contrattuale, anche tenuto conto che la scelta fra subentro e scioglimento è rimessa all'esclusiva decisione della curatela ed il contraente *in bonis* è destinato unicamente a subirla, è in linea con la logica della disciplina generale dei rapporti giuridici pendenti destinata a mantenere la funzionalità del sinallagma contrattuale mediante l'equilibrata gestione degli interessi del contraente *in bonis* e di quelli della massa dei creditori (la cui gestione è attribuita alla curatela fallimentare).

Non può sfuggire l'importanza della decisione del subentro del curatore nel contratto, perché impegna la procedura nell'adempimento di obbligazioni da soddisfare in prededuzione: per tale motivo il legislatore della riforma ha attribuito il potere di autorizzare il subentro al comitato dei creditori, trattandosi di scelta direttamente incidente sulla gestione, con effetti rilevanti in termini economici.

Quanto appena detto merita, tuttavia, di essere opportunamente precisato in relazione ai crediti nascenti dal contratto di lavoro.

La disciplina dell'art. 72 l. fall. riguarda i rapporti giuridici pendenti, ovvero, secondo la definizione contenuta nel medesimo articolo, i contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti quando è dichiarato il fallimento nei confronti di una di esse.

Il contratto di lavoro, tuttavia, è un rapporto giuridico complesso in cui i fatti costitutivi delle singole

¹² ANDRIOLI, voce *Fallimento (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 408, afferma che la costruzione è fondata sulla funzionalità del sinallagma, «canone fondamentale [...] essendo che il contraente *in bonis* non può essere tenuto ad eseguire la prestazione se il contrapposto suo credito è assoggettato alla falcidia fallimentare».

porzioni del credito del lavoratore sono diversi¹³ e consistenti, normalmente, in una frazione della prestazione commisurata ai tempi previsti dalle disposizioni contrattuali collettive o individuali o dalle norme di legge.

Pertanto, il credito per una mensilità di retribuzione trova il proprio titolo nella corrispondente frazione di prestazione lavorativa resa nel mese di cui si chiede il pagamento, l'omesso godimento delle ferie maturate in un'annualità (di cui il lavoratore insinui il credito per il pagamento dell'indennità sostitutiva) trova il proprio titolo nella corrispondente prestazione lavorativa resa nell'anno di riferimento.

L'omesso pagamento del corrispettivo da parte del datore di lavoro, in tali casi, non determina la pendenza del rapporto giuridico, perché il lavoratore ha già integralmente reso la prestazione su di lui gravante nel periodo di riferimento maturando il relativo diritto alla controprestazione (la retribuzione): residua, quindi, solo il debito a carico del datore di lavoro che non è ascrivibile ai rapporti pendenti, bensì ai crediti concorsuali¹⁴.

Quindi, il subentro del curatore nel rapporto di lavoro determina la trasformazione in crediti in prededuzione solo di quelli per prestazioni in corso o relative a periodi temporali non ancora interamente maturati al momento del fallimento, o per prestazioni rese successivamente alla dichiarazione di fallimento; i crediti per prestazioni già interamente rese – in relazione ai singoli periodi temporali di riferimento – anteriormente alla dichiarazione di fallimento, partecipano al concorso e sono ammessi al passivo con il relativo privilegio¹⁵.

In alternativa al subentro, il curatore del fallimento, sempre previa autorizzazione del comitato dei creditori, qualora non ritenga opportuna la prosecuzione del contratto, può esercitare il diritto potestativo di sciogliersi dal rapporto pendente.

In tal caso il contraente *in bonis* può unicamente far valere nello stato passivo del fallimento il suo credito conseguente al mancato adempimento del fallito nel corso dell'esecuzione del contratto: non ha titolo, invece, per chiedere l'adempimento del contratto nei confronti della curatela, né il risarcimento del danno conseguente allo scioglimento, costituendo quest'ultimo l'esercizio di un diritto potestativo espressamente riconosciuto dall'ordinamento giuridico al curatore del fallimento.

¹³ Cass., 17 aprile 2013, n. 9317, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 626225.

¹⁴ Si rammenta, in fatti, che, ai sensi dell'art. 72 l.fall., perché si abbia un rapporto giuridico pendente è necessario che il contratto sia ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento.

¹⁵ In tal senso si pronuncia anche Cass., sez. un., 27 ottobre 1966, n. 2367, cit., che afferma che vanno considerati debiti di massa solo le retribuzioni ed indennità relative a prestazioni eseguite dopo la dichiarazione di fallimento, mentre restano soggetti alla regola del concorso i crediti riferibili al periodo precedente.

Il contraente *in bonis*, seppure sottoposto al diritto potestativo della curatela circa il subentro o lo scioglimento, può comunque mettere in mora il curatore facendogli assegnare un termine di 60 giorni per la decisione, in difetto della quale il contratto si intende sciolto automaticamente (art. 72, comma 2).

In tal caso non necessita alcuna autorizzazione del comitato dei creditori, essendo lo scioglimento un effetto automatico del decorso del tempo, invece necessita certamente l'autorizzazione del comitato se, nel lasso di tempo assegnato, il curatore decida per il subentro.

Tali principi sono oggi pienamente applicabili anche al contratto di lavoro subordinato pendente alla data del fallimento, perché la riforma della legge fallimentare ha disciplinato l'art. 72 come disposizione di carattere generale applicabile tutte le volte che difetti una diversa previsione degli articoli seguenti della medesima legge.

Nella sostanza, la nuova disciplina della riforma ha effettivamente creato un sistema concluso che regola gli effetti del fallimento su tutti i rapporti giuridici pendenti: quelli la cui sorte non è espressamente disciplinata dagli articoli 72-*bis* e ss. della l.fall. sono, comunque, attratti e regolati dalla disposizione generale dell'articolo 72 della medesima legge.

Fra questi ultimi, come già detto, vi è il contratto di lavoro.

Tali principi, tuttavia, come sopra detto, erano già stati sostanzialmente affermati dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria sulla base della disciplina fallimentare previgente, mediante l'applicazione analogica del medesimo art. 72 vecchio testo dettato per la sola compravendita ineseguita.

La giurisprudenza, infatti, aveva ritenuto – anche sotto il vigore della disciplina precedente – che il fallimento dell'impresa, in mancanza di esercizio provvisorio, determinasse la sospensione del rapporto di lavoro in attesa della decisione del curatore se subentrare o meno, con conseguente inesistenza del diritto alla retribuzione, essendo quest'ultima sinallagmatica rispetto alla prestazione effettiva dell'attività lavorativa – non rispetto alla continuità giuridica del contratto –, con conseguente inesistenza anche del diritto, per il periodo di sospensione del rapporto, al versamento della contribuzione previdenziale¹⁶.

Ovviamente diversa, come già accennato in precedenza, è la soluzione in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, o di autorizzazione alla continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, che determina la prosecuzione dei contratti pendenti, salvo apposita determinazione di sospensione o scioglimento da parte del curatore del fallimento (art. 104 l.fall.)¹⁷.

¹⁶ Cass., 14 maggio 2012, n. 7473, cit.

¹⁷ L'art. 104 l.fall. novellato prevede che l'esercizio provvisorio o la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa possano essere disposti anche limitatamente a specifici rami aziendali. In

La nuova disciplina della riforma, tuttavia, ha il pregio di rendere più nette le soluzioni: infatti, l'attrazione del contratto di lavoro nell'ambito della disciplina generale dei rapporti giuridici pendenti alla data del fallimento porterebbe a ritenere che l'attribuzione del diritto potestativo di scioglimento in capo alla curatela escluda la necessità della motivazione del licenziamento, configurandosi, quindi, lo scioglimento in forza dell'art. 72 l.fall. come un'ipotesi tipizzata di recesso *ad nutum ex art. 2118 c.c.*

Ciò nondimeno, qualora si aderisca a tale impostazione, sarebbe necessario anche verificarne la tenuta rispetto ai principi costituzionali, atteso che l'obbligo di motivazione del licenziamento ha la funzione di bilanciare il diritto alla libera iniziativa economica con il diritto alla sicurezza e dignità umana del lavoratore.

3. Sulla sorte dei rapporti di lavoro pendenti alla data del fallimento dopo la riforma del mercato del lavoro del 2012

Ben diverse sono, invece, rispetto alla riforma della legge fallimentare, che non ha sostanzialmente alterato il precedente quadro giuridico relativo ai rapporti di lavoro pendenti, le conseguenze derivanti dalla riforma del mercato del lavoro di cui alla l. n. 92 del 2012.

La stessa, infatti, ha profondamente modificato la disciplina dell'art. 3, comma 1, della l. n. 223 del 1991: in particolare, l'attuale formulazione della norma è il portato dell'art. 46-*bis*, comma 1, lett. h), del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante «Misure urgenti per la crescita del Paese» convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, che, nel sostituire il comma 70 dell'art. 2 della citata l. n. 92 del 2012, ha riformulato il comma 1 dell'art. 3 della richiamata legge n. 223 del 1991.

Nella versione antecedente a tale riforma la disposizione predetta prevedeva, nel caso di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di sottoposizione all'amministrazione straordinaria o di concordato preventivo di un'impresa soggetta alla disciplina dell'intervento straordinario di integrazione salariale, la concessione del trattamento straordinario predetto, per la durata di 12 mesi, quando la continuazione dell'attività non era stata disposta o era cessata.

Nella versione attuale, quale risultante a seguito della riforma, invece, il trattamento straordinario, nelle predette evenienze, è disposto quando sussistano prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione da valutare in base a parametri oggettivi definiti con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

quest'ultimo caso si porrà comunque il problema dello scioglimento del rapporto di lavoro dei dipendenti non addetti al ramo oggetto di prosecuzione dell'attività, da effettuare secondo le modalità già in precedenza esaminate a seconda delle dimensioni dell'impresa e del numero dei lavoratori da licenziare.

Detti parametri sono stati definiti dal decreto del Ministro del lavoro del 4 dicembre 2012, n. 70750, che ha stabilito che:

1) i parametri oggettivi relativi alla sussistenza delle prospettive di continuazione o ripresa dell'attività, da indicare, anche in via alternativa, nell'istanza di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale, sono:

a) misure volte all'attivazione di azioni miranti alla prosecuzione dell'attività aziendale o alla ripresa dell'attività medesima, adottate o da adottarsi da parte del responsabile della procedura concorsuale;

b) manifestazioni di interesse da parte di terzi, anche conseguenti a proposte di cessione, anche parziale dell'azienda, ovvero a proposte di affitto a terzi dell'azienda o di rami di essa;

c) tavoli, in sede governativa o regionale, finalizzati all'individuazione di soluzioni operative tese alla continuazione o alla ripresa dell'attività, anche mediante la cessione, totale o parziale, ovvero l'affitto a terzi dell'azienda o di rami di essa;

2) i parametri oggettivi relativi alla sussistenza delle prospettive di salvaguardia, anche parziale, dei livelli di occupazione, da indicare, anche in via alternativa, nell'istanza di concessione del trattamento straordinario di integrazione salariale, sono:

a) piani volti al distacco dei lavoratori presso imprese terze;

b) stipula di contratti a tempo determinato con datori di lavoro terzi;

c) piani di ricollocazione dei soggetti interessati, programmi di riqualificazione delle competenze, di formazione o di politiche attive in favore dei lavoratori, predisposti da soggetti pubblici, dai Fondi di cui all'articolo 118 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, e dai soggetti autorizzati o accreditati, di cui al Capo I del Titolo II del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modifiche.

È evidente la differenza fra il precedente assetto di cui all'art. 3, comma 1, l. 223 del 1991, che prevedeva la concessione sostanzialmente automatica del trattamento straordinario di cassa integrazione in presenza del requisito dimensionale e della ricorrenza dell'unico elemento della mancata continuazione o dell'avvenuta cessazione dell'attività, rispetto all'attuale assetto che, per la concessione dell'integrazione salariale, richiede, oltre al requisito dimensionale, una valutazione dell'autorità amministrativa sull'effettiva ricorrenza delle prospettive di ripresa o continuazione dell'attività aziendale o di salvaguardia dei livelli occupazionali secondo i parametri di cui al citato decreto.

In mancanza di tali prospettive, o quando le stesse non siano ritenute fondate dall'autorità amministrativa, al curatore del fallimento non rimarrà altra strada che quella di procedere all'immediato scioglimento dai rapporti di lavoro ai sensi dell'art. 72 l.fall. provvedendo al conseguente licenziamento collettivo

dei lavoratori dipendenti che dovrà avvenire, secondo quanto già in precedenza rammentato, rispettando le forme e procedure disciplinate dagli articoli 4, 5 e 24 della medesima legge 223 del 1991¹⁸.

A ciò deve aggiungersi che l'attuale disciplina dell'integrazione salariale straordinaria per le imprese sottoposte a procedura concorsuale è comunque solo temporanea: infatti, l'art. 46-bis, comma 1, lett. h), del d.l. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni nella l. n. 134 del 2012, ha previsto l'abrogazione dell'art. 3 della l. 223 del 1991 a decorrere dal 1 gennaio 2016.

La legge 10 dicembre 2014, n. 183, concernente deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro¹⁹, all'art. 1, nel dettare i principi e criteri direttivi della delega al Governo per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali, si è mossa sulla stessa linea della legge n. 92 del 2012 prevedendo l'impossibilità di autorizzare le integrazioni salariali in caso di cessazione definitiva di attività aziendale o di un ramo di essa.

La delega al Governo ha avuto attuazione con il d.lgs. n. 148 del 14 settembre 2015²⁰ che non contempla alcuna previsione per l'integrazione salariale straordinaria delle procedure concorsuali.

Queste ultime dovrebbero poter beneficiare delle provvidenze della cassa integrazione guadagni straordinaria nella sola ipotesi che fossero in grado di predisporre un programma per la crisi aziendale rispondente ai requisiti di cui all'articolo 21, comma 3, del d.lgs. suddetto.

In ogni caso, non è prevista la legittimazione degli organi della procedura alla presentazione della domanda, né esenzioni dal pagamento della contribuzione prevista dalla legge a carico dei datori di lavoro che beneficino della provvidenza.

L'articolo 46 del citato d.lgs. n. 148 del 2015, nel dettare le abrogazioni di precedenti disposizioni, stabilisce l'abrogazione degli articoli 1 e 2 e da 12 a 14 della legge n. 223 del 1991: non abroga l'articolo 3 perché si tratta di disposizione con una vigenza temporaneamente definita.

Pertanto, allo stato della legislazione vigente è confermata la cessazione dello specifico intervento straordinario di integrazione salariale per le procedure con-

corsuali a far data dal 1 gennaio 2016: da tale data sarà operativo il solo intervento straordinario previsto per tutte le ipotesi di crisi aziendale la cui disciplina è attualmente dettata dal d.lgs. n. 148 del 2015.

4. Sulla sorte dei rapporti di lavoro flessibili pendenti alla data del fallimento dopo la riforma del r.d. 267 del 1942

Le problematiche relative agli effetti del fallimento sul rapporto di lavoro sono sempre state esaminate, da dottrina e giurisprudenza, con l'attenzione rivolta alla forma comune di tale rapporto, ossia al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Tuttavia, è un dato di fatto che costituiscono, ormai, un'importante realtà del mercato le forme di lavoro flessibile: per tale motivo si esaminano, di seguito, le più diffuse tipologie di rapporto di lavoro flessibile per evincerne le conseguenze in caso di dichiarazione del fallimento.

4.1. Contratto di lavoro a tempo determinato

L'art. 2118 c.c. prevede la facoltà di recesso con preavviso solamente nel caso di contratto di lavoro a tempo indeterminato: analoga facoltà non è prevista per la fattispecie del contratto di lavoro a tempo determinato.

L'art. 2119 c.c. prevede espressamente la possibilità di recesso per giusta causa dal contratto di lavoro a tempo determinato, tuttavia la stessa disposizione di legge ha cura di precisare – al secondo comma – che il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda non costituiscono giusta causa di risoluzione del contratto.

Da quanto precede si dovrebbe trarre la conseguenza che l'avvenuta dichiarazione di fallimento non possa costituire motivo di scioglimento del rapporto di lavoro a tempo determinato.

Il problema, in particolare, si poneva nella disciplina della legge fallimentare anteriore alla riforma: è vero che la giurisprudenza e la dottrina avevano ritenuto che l'art. 72 avesse valenza di principio generale che trovava applicazione analogica in ogni ipotesi di mancanza di diversa disciplina, ma è altrettanto vero che, nel caso specifico, la diversa disciplina era dettata dagli articoli 2118 e 2119 c.c.

L'art. 2118 c.c., come detto, non trova applicazione al contratto di lavoro a tempo determinato il quale, quindi, non può essere risolto mediante un recesso con preavviso, come invece avviene allorché il curatore del fallimento, all'esito della sospensione del rapporto ex art. 72 l.fall., si determini allo scioglimento del contratto pendente.

Peraltro, in alcune pronunce la Suprema Corte ha affermato che la dichiarazione di fallimento costituisce un giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai sensi dell'art. 3 l. n. 604 del 1966²¹, ma anche tale

¹⁸ Si rammenta che la l. 92 del 2012 ha provveduto anche a diversamente disciplinare, mediante la modifica dell'art. 4, comma 12, e la sostituzione dell'art. 5, comma 3, della l. 223 del 1991, le conseguenze del licenziamento collettivo inefficace od illegittimo.

¹⁹ Cd. *Jobs act*, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 290 del 15.12.2014 ed entrata in vigore in data 16.12.2014.

²⁰ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 221 del 23.9.2015, suppl. ord. n. 53, ed entrato in vigore in data 24.09.2015.

²¹ Cass., 9 novembre 1982, n. 5913, in *www.italggiure.giustizia*.

configurazione è incompatibile con lo scioglimento del contratto di lavoro a tempo determinato²².

Né il rapporto di lavoro a tempo determinato può essere altrimenti sciolto dal curatore, atteso che l'art. 2119 c.c. espressamente esclude la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore dal novero della giusta causa.

Ciò nonostante, la giurisprudenza era andata di contrario avviso, affermando comunque che, qualora sopravvenga il fallimento del datore di lavoro, nel corso di un rapporto di lavoro a tempo determinato, al curatore, che non ritenga di poter utilizzare le prestazioni del dipendente a causa della cessazione dell'attività aziendale e delle esigenze della procedura concorsuale, deve riconoscersi, in applicazione dei principi generali evincibili dall'art 72 l.fall. e non derogati dall'art 2119 c.c., la facoltà di sciogliersi dal rapporto medesimo, senza che in conseguenza di ciò il prestatore di lavoro possa far valere nei confronti della massa un diritto al risarcimento del danno²³.

A diverse conclusioni sembra si possa pervenire alla luce della nuova disciplina dettata dalla riforma della legge fallimentare.

Infatti, la previsione generale dell'art. 72 l.fall. novellato, utilizzabile per qualsiasi tipologia di contratto pendente non diversamente disciplinato dalla legge fallimentare, rende applicabile anche al contratto di lavoro subordinato a tempo determinato il meccanismo della sospensione e della successiva decisione circa lo scioglimento o il subentro.

È evidente, tuttavia, che in ogni caso sussiste un problema di coordinamento normativo perché, nell'ipotesi che il curatore si determini allo scioglimento, non potrebbe recedere con preavviso ai sensi dell'art. 2118 c.c. o dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, disposizioni che non trovano applicazione al contratto di lavoro a tempo determinato, né ai sensi dell'art. 2119 c.c., stante l'espressa previsione di legge che esclude che la dichiarazione di fallimento possa integrare la giusta causa del licenziamento.

Tale problema di coordinamento è dovuto alla circostanza che il legislatore della riforma fallimentare

it, Rv. 423675, Cass., 3 ottobre 1996, n. 8670, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 499906, e Cass., 30 giugno 2009, n. 15336, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 609038, affermano che la dichiarazione di fallimento costituisce un giustificato motivo oggettivo di recesso dal rapporto di lavoro ai sensi dell'articolo 3 l. 604 del 1966.

²² Il rapporto di lavoro a tempo determinato, al di fuori del recesso per giusta causa di cui all'art. 2119 c.c., può essere risolto anticipatamente non già per un giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, ma soltanto in presenza delle ipotesi di risoluzione del contratto previste dagli artt. 1453 e ss. c.c.

In tal senso si è pronunciata Cass. 10 febbraio 2009, n. 3276, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 3, 2, p. 600, con nota di L. MENGHINI, *Contratto a tempo determinato e recesso ante tempus: riorganizzazione e cessazione dell'attività aziendale*.

²³ Cass., 5 febbraio 1980, n. 799, cit.

non ha voluto affrontare esplicitamente la disciplina di una materia così importante, delicata e diversificata quale quella dei rapporti di lavoro pendenti, rinviando tutto alla sola disciplina generale dell'art. 72.

4.2. Contratto di somministrazione di lavoro

Il contratto di somministrazione di lavoro, disciplinato dapprima dagli articoli 20 e seguenti del d.lgs. n. 276 del 2003, ed attualmente dagli articoli da 30 a 40 del d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81²⁴, è definito dalla legge come «il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

La somministrazione di lavoro integra una peculiare forma di collegamento negoziale unificata in un'unica fattispecie complessa caratterizzata dalla scissione fra la gestione e la titolarità del rapporto di lavoro.

In particolare, tale fattispecie complessa si compone di un contratto commerciale (il contratto di somministrazione) stipulato tra l'imprenditore utilizzatore e la società di somministrazione, di un contratto di lavoro stipulato tra la società di somministrazione ed il lavoratore, e di un rapporto di missione in virtù del quale il lavoratore, assunto dal somministratore, viene inviato presso l'imprenditore utilizzatore nel cui interesse, e sotto la cui direzione ed il cui controllo, presta la propria attività.

Il contratto di somministrazione, stipulato in forma scritta tra l'utilizzatore e la società di somministrazione, deve indicare gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore e deve prevedere il numero di lavoratori da somministrare, la data d'inizio e la durata prevista della somministrazione, le mansioni e l'inquadramento dei lavoratori somministrati, il luogo, l'orario ed il trattamento economico e normativo di questi ultimi, la presenza di eventuali rischi per la salute dei lavoratori e le misure di prevenzione adottate²⁵.

Il contratto predetto, inoltre, deve contenere l'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori e di rimborsare a quest'ultimo quanto effettivamente pagato per retribuzioni ed oneri previdenziali.

²⁴ Il d.lgs. 81 del 2015, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, serie generale, n. 144 del 24.06.2015, suppl. ord. n. 34, concernente la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, è entrato in vigore il 25.06.2015.

²⁵ Articolo 33 del d.lgs. 81 del 2015. In precedenza la disciplina della forma e del contenuto del contratto di somministrazione di lavoro era dettata dall'art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003 e successive integrazioni e modificazioni, disposizione attualmente abrogata dall'art. 55, comma 1, lett. d), del d.lgs. 81 del 2015.

Il legislatore ha circoscritto tale fattispecie, quindi, con la previsione di specifici oneri di forma e contenuto del contratto finalizzati ad esplicitare *ex ante* le caratteristiche e modalità della prestazione di lavoro, onde tutelare il lavoratore utilizzato ed evitare il ricorso fraudolento od abusivo alla stessa²⁶.

La violazione di tali oneri è in vario modo sufficiente a determinare la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato fra l'utilizzatore, che fruisce della prestazione lavorativa, ed il lavoratore²⁷.

Quanto appena detto riguarda il versante della tutela del lavoratore in presenza di situazioni patologiche dovute all'abuso dello strumento contrattuale.

Ciò, però, non può condurre ad obliterare la circostanza che, nel caso di un utilizzo fisiologico dello strumento, si debba tenere conto che l'unico contratto stipulato dall'utilizzatore è quello commerciale in virtù del quale utilizza la prestazione dei lavoratori inviati in missione.

Pertanto, in caso di dichiarazione di fallimento dell'imprenditore utilizzatore, è il contratto commerciale di somministrazione che rileva quale rapporto preesistente che, ai sensi dell'articolo 72 l.fall., sarà automaticamente sospeso in attesa che il curatore si determini fra lo scioglimento od il subentro nello stesso.

In forza di tale sospensione, rimarrà sospesa anche la missione dei lavoratori inviati dal somministratore all'utilizzatore.

Non sembra dubbia la continuità giuridica del contratto di lavoro fra lavoratori e somministratore, anche se i primi non potranno richiedere il pagamento della retribuzione non potendo rendere la prestazione lavorativa per cui sono stati assunti dal secondo ed inviati in missione.

Qualora, all'esito della sospensione, il curatore decida per lo scioglimento dal contratto di somministrazione, anche il contratto di lavoro corrente fra somministratore e lavoratore potrebbe essere risolto per impossibilità sopravvenuta *ex art.* 1463 c.c., essendo venuta meno, per un evento obiettivo, estraneo alla

volontà del somministratore e da quest'ultimo non contrastabile, la possibilità della prestazione del datore di lavoro di invio dei dipendenti presso l'utilizzatore.

A diversa conclusione, invece, si deve pervenire nell'ipotesi che il curatore decida di subentrare nel contratto di somministrazione di lavoro.

4.3. Contratto a progetto

Una forma di contratto di lavoro, attualmente in via di estinzione ma molto diffusa nel recente passato, è quella del contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto.

Detta tipologia contrattuale è ascrivibile, pur nella particolarità della disciplina dettata dal d.lgs. 276 del 2003, al *genus* delle prestazioni d'opera autonome rientranti nell'ambito della parasubordinazione.

L'art. 67 del d.lgs. n. 276 del 2003 disciplina le ipotesi di facoltà di recesso dal contratto prima della scadenza del termine: per entrambe le parti è prevista la facoltà di recesso per giusta causa; per il committente è anche prevista la facoltà di recesso quando emergano profili d'inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto; al collaboratore è attribuita la facoltà di recesso, con preavviso, nel caso che la stessa sia prevista dal contratto individuale di lavoro.

In proposito si osserva che il d.lgs. n. 276 del 2003 non contiene una norma analoga all'art. 2119 c.c. che espressamente esclude il fallimento quale giusta di risoluzione del contratto.

Pertanto, il curatore del fallimento, nell'impossibilità di proseguire l'attività aziendale o di realizzare il progetto, all'esito della sospensione del rapporto *ex art.* 72 l.fall. potrebbe ben invocare la sussistenza di una giusta causa per sciogliere il contratto di lavoro.

Anche il collaboratore a progetto, peraltro, potrebbe invocare la sussistenza della giusta causa del recesso, qualora la dichiarazione di fallimento pregiudichi, in qualche misura, il rapporto sinallagmatico. Ciò, però, non potrebbe trovare attuazione nelle forme dell'art. 72 l.fall., atteso che tale ultima disposizione disciplina esclusivamente la facoltà del curatore di sciogliersi o di subentrare nel contratto, ed attribuisce alla controparte il solo diritto a mettere in mora il curatore perché effettui la scelta: il recesso, quindi, potrebbe essere esercitato, una volta che il curatore abbia optato per il subentro nel rapporto, solamente nelle forme contrattualmente previste.

Si è già detto in precedenza che il contratto di collaborazione a progetto è una tipologia in via di estinzione, infatti l'art. 52 del d.lgs. n. 81 del 2015, rubricato «Superamento del contratto a progetto», prevede al comma 1 che «Le disposizioni di cui agli articoli da 61 a 69-*bis* del decreto legislativo n. 276 del 2003 sono abrogate e continuano ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto».

²⁶ Da ultimo, Cass., 10 ottobre 2014, n. 21520, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 632811.

²⁷ Cass., 10 ottobre 2014, n. 21520, cit.; Cass., 1 agosto 2014, n. 17540, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 632005; Cass., 9 settembre 2013, n. 20598, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 628283; Cass., 8 maggio 2012, n. 6933, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 622571; Cass., 15 luglio 2011, n. 15610, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 618730. È bene evidenziare che quasi tutte le pronunce in tema di illegittima somministrazione di lavoro e trasformazione del rapporto in un contratto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore hanno riguardato l'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Tali ragioni erano richieste dal d.lgs. 276 del 2003 per la stipula di un contratto di somministrazione a tempo determinato e, quindi, l'art. 21 di detto decreto ne prevedeva l'obbligatoria indicazione nel contratto di somministrazione. Tale requisito, attualmente, non è più richiesto dall'art. 33 del d.lgs. 81 del 2015, analogamente a quanto previsto per il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato.

Al contempo, per cercare di eliminare anche i contratti già in essere, l'art. 54 del medesimo d.lgs. prevede, a decorrere dal 1 gennaio 2016, che i datori di lavoro che procedano alla stabilizzazione dei lavoratori a progetto mediante assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato beneficiano dell'estinzione degli illeciti amministrativi, contributivi e fiscali connessi all'erronea qualificazione del rapporto di lavoro.

Le problematiche connesse alla tipologia contrattuale in esame sono, quindi, destinate anch'esse alla rapida estinzione.

L'articolo 52 del d.lgs. 81 del 2015 fa salvo il disposto dell'art. 409 c.p.c., quindi riguarda i rapporti quali agenzia, rappresentanza commerciale e simili per cui era già esclusa l'applicazione della disciplina del contratto a progetto: tali rapporti, anch'essi appartenenti alla categoria della collaborazione coordinata e continuativa, sono certamente ascrivibili, quanto alla natura, alla prestazione d'opera autonoma.

Per essi, in caso di fallimento, non sorge alcun problema all'applicazione dell'art. 72 l. fall.

5. Sulla tutela dei diritti nascenti dal rapporto di lavoro in caso di fallimento

Una problematica risalente nel tempo, affrontata ripetutamente dalla giurisprudenza, riguarda l'individuazione dell'organo giudiziario cui proporre le domande di tutela dei lavoratori nel caso di fallimento dell'imprenditore.

La giurisprudenza consolidata afferma, sulla ripartizione della "competenza" fra giudice del lavoro e giudice fallimentare, che, ove il lavoratore abbia agito in giudizio chiedendo, con la dichiarazione di illegittimità o inefficacia del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro nei confronti del datore di lavoro dichiarato fallito, permane la competenza funzionale del giudice del lavoro, in quanto la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di tutela di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda anche sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno della impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa (conseguente all'esercizio provvisorio ovvero alla cessione dell'azienda, o a un concordato fallimentare), sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali, ed i diritti previdenziali, estranei all'esigenza della *par condicio creditorum*²⁸.

Il medesimo principio è stato affermato anche nel caso di procedure concorsuali gestite dall'autorità amministrativa: infatti, è consolidata l'affermazione che, nel caso di sottoposizione dell'impresa a liquidazione coatta amministrativa, il lavoratore dipendente deve proporre o proseguire davanti al giudice del lavoro le

azioni non aventi ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro, come quelle tendenti alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento o alla reintegrazione nel posto di lavoro, mentre divengono improponibili o improseguibili temporaneamente, ossia per la durata della procedura amministrativa di liquidazione, le azioni tese all'ottenimento di una condanna pecuniaria²⁹.

È stato anche affermato che, in caso di sottoposizione della società datrice di lavoro a liquidazione coatta amministrativa, deve distinguersi, come in caso di dichiarazione di fallimento, tra le domande del lavoratore che mirano a pronunce di mero accertamento (per esempio in ordine alla pregressa esistenza del rapporto di lavoro) oppure costitutive (per esempio, di annullamento del licenziamento e reintegrazione nel posto di lavoro) e domande dirette alla condanna al pagamento di somme di denaro (anche se accompagnate da domande di accertamento aventi funzione strumentale). Per le prime va riconosciuta, così come nel caso del fallimento, la perdurante competenza del giudice del lavoro, mentre per le seconde opera – al contrario dell'ipotesi di fallimento, dove la domanda è attratta nel foro fallimentare – la regola della improponibilità o improseguibilità della domanda, per difetto temporaneo di giurisdizione, durante la fase amministrativa di accertamento dello stato passivo davanti ai competenti organi della procedura di liquidazione coatta, ferma restando l'assoggettabilità del provvedimento attinente allo stato passivo ad opposizione o impugnazione davanti al tribunale fallimentare³⁰.

Sulla base di detti principi si può affermare la permanente competenza del giudice del lavoro in merito all'impugnazione del licenziamento ed alla conseguente reintegrazione nel posto di lavoro: in realtà, parlare di "competenza" è tecnicamente errato, perché in caso di fallimento il problema è esclusivamente di rito (anche se dall'individuazione del giudice del lavoro competente ai sensi dell'articolo 413 c.p.c. potrebbe discendere anche un conseguente problema di competenza territoriale), mentre nel caso di procedure sottoposte all'autorità amministrativa il problema è di giurisdizione.

Tuttavia, la problematica suddetta aveva una particolare valenza sotto il vigore dell'originaria previsione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori che faceva conseguire all'ingiustificatezza del licenziamento, sempre e comunque, la sanzione della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

Dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori ad opera della l. n. 92 del 2012 la reintegrazione

²⁹ Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 585624, in *Corr. Giur.*, 2006, 5, p. 651, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, 2, p. 440, ed in *Orient. giur. lav.*, 2006, 1, p. 170.

³⁰ Cass., 1 giugno 2005, n. 11674, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 581767.

²⁸ Cass., 29 marzo 2011, n. 7129, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 616561.

non è più rimedio generale all'annullabilità del recesso ingiustificato.

Ci si deve porre il problema, quindi, se i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in merito alla permanente "competenza" del giudice del lavoro, qualora sia impugnato il licenziamento intimato da impresa poi dichiarata fallita, siano tuttora validi: ciò, in particolare, in relazione alle ipotesi in cui all'annullamento del licenziamento non consegue più la reintegrazione, ma solo un risarcimento di carattere economico.

La disciplina dettata dall'attuale art. 18, comma 5 e comma 7, seconda parte, l. n. 300 del 1970 non può che condurre a ritenere, in caso di fallimento, l'attribuzione della "competenza" al giudice della procedura concorsuale.

Infatti, sia il comma 5 per il licenziamento privo del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, sia il comma 7, seconda parte, per il licenziamento privo del giustificato motivo oggettivo, prevedono quale unica conseguenza dell'accertata illegittimità l'attribuzione di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva.

Le predette disposizioni escludono sia la possibilità della ricostituzione del rapporto di lavoro mediante la reintegrazione, sia la possibilità che il lavoratore possa ottenere, dall'annullamento del licenziamento, qualsiasi beneficio ulteriore rispetto al mero credito risarcitorio.

In particolare, la previsione che il giudice, una volta accertato che il licenziamento è ingiustificato, provvede a dichiarare risolto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento medesimo, esclude che possa sussistere l'interesse del lavoratore alla tutela di diritti ulteriori rispetto a quello creditorio, ciò sia in relazione ad un'eventuale ricostruzione dell'anzianità lavorativa, essendo quest'ultima comunque cristallizzata alla data del licenziamento, sia in relazione al rapporto previdenziale che, comunque, si arresta alla medesima data da cui il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro.

Ne consegue che, concretizzandosi l'interesse esclusivamente in una domanda di carattere patrimoniale (il riconoscimento del credito originato dall'ingiustificato licenziamento), non sussiste motivo per derogare dalla regola dell'attrazione al foro fallimentare.

Ovviamente, per l'individuazione del giudice, sarà, in concreto, necessario guardare alla domanda effettivamente avanzata dal lavoratore, potendo quest'ultimo, ad esempio, allegare che dietro un licenziamento ingiustificato si celi, in realtà, uno discriminatorio (per cui la legge tuttora prevede la reintegrazione): tuttavia, è prevedibile che, in virtù delle nuove disposizioni, la maggior parte delle domande avranno tenore esclusivamente economico e, pertanto, dovrebbero essere oggetto d'esame nell'ambito del foro fallimentare.

Le precedenti osservazioni maggiormente valgono con riferimento alle nuove assunzioni a tempo indeterminato stipulate dalla data del 7 marzo 2015 in virtù della nuova disciplina del contratto di lavoro a

tempo indeterminato a tutele crescenti di cui al d.lgs. 23 del 2015³¹.

Tale nuova disciplina prevede, infatti, quale generale rimedio al licenziamento ingiustificato, quello economico consistente nell'attribuzione di un'indennizzo onnicomprensivo liquidato secondo il criterio specificamente previsto dalla legge.

La problematica della ripartizione della "competenza" insorge anche in relazione all'eventuale domanda di accertamento e costituzione di un rapporto di lavoro in fatto diverso rispetto a quello contrattualmente instaurato dalle parti (ad es. riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato rispetto a quello instaurato a tempo determinato, o rispetto alla somministrazione di lavoro o al contratto a progetto).

In tal caso, trattandosi di un accertamento con carattere costitutivo, destinato a produrre effetti ulteriori, con riguardo alla posizione del lavoratore all'interno dell'azienda, rispetto alle eventuali connesse domande di carattere patrimoniale riguardanti crediti retributivi o risarcitori nascenti dalla nuova qualificazione, la soluzione preferibile appare essere quella della permanenza della "competenza" del giudice del lavoro riguardo alla domanda costitutiva del rapporto, ferma invece la "competenza" del giudice fallimentare per le conseguenti domande di carattere patrimoniale.

6. Sulle problematiche dell'insinuazione dei crediti di lavoro

Le problematiche relative ai crediti nascenti dal contratto di lavoro insinuati allo stato passivo del fallimento sono in larga parte analoghe, per il giudice fallimentare, rispetto a quelle che deve ordinariamente affrontare il giudice del lavoro.

Nei limiti del presente scritto, si cercherà di dare conto delle questioni maggiormente ricorrenti relative a crediti di lavoro in occasione dell'intervento di una procedura concorsuale.

6.1. Trattamento di fine rapporto ed istituti indiretti

La risalente giurisprudenza di legittimità affermava che il diritto al trattamento di fine rapporto insorge solo con la cessazione del rapporto di lavoro.

Da alcuni anni l'orientamento di legittimità è cambiato e, attualmente, è costante nel diverso senso che, trattandosi di un istituto di retribuzione differita, il relativo diritto è sinallagmatico e matura in correlazione con lo svolgimento della prestazione, essendo vincolata alla cessazione del rapporto la sola esigibilità del credito (tranne per le anticipazioni che possono essere ottenute anche in corso di prestazione lavorativa).

Espressione di tale nuovo indirizzo sono le recenti pronunce della S.C. che hanno affermato che, in

³¹ Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie generale, n. 54 del 6 marzo 2015.

caso di cessione d'azienda assoggettata al regime di cui all'art. 2112 c.c., posto il carattere retributivo e sinallagmatico del trattamento di fine rapporto che costituisce istituto di retribuzione differita, il datore di lavoro cessionario è obbligato nei confronti del lavoratore, il cui rapporto sia con lui proseguito, quanto alla quota maturata nel periodo anteriore alla cessione in ragione del vincolo di solidarietà e resta l'unico obbligato quanto alla quota maturata nel periodo successivo alla cessione, mentre il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore suo dipendente per la quota di trattamento di fine rapporto maturata durante il periodo di lavoro svolto fino al trasferimento aziendale³².

In altra pronuncia, adesiva al nuovo orientamento giurisprudenziale, è stato affermato che la tesi che nega la maturazione di alcuna pretesa del lavoratore, quanto al trattamento di fine rapporto, prima della cessazione del rapporto di lavoro contrasta con la costante giurisprudenza della Corte, secondo cui il meccanismo di accantonamento previsto dall'art. 2120 c.c. permette di ravvisare diritti soggettivi del lavoratore anche nel corso del rapporto, tutelati sia con l'azione di mero accertamento sia con l'azione di condanna al pagamento delle anticipazioni permesse dallo stesso art. 2120 c.c.³³.

Tale nuovo orientamento ha trovato eco anche nella giurisprudenza tributaria che ha ritenuto applicabile al t.f.r. il regime fiscale via via vigente, anziché quello vigente al momento della cessazione del rapporto, come dovrebbe essere se il diritto maturasse solo in tale ultimo momento³⁴.

³² Cass., ord., 14 maggio 2013, n. 11479, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 626323; Cass., 22 settembre 2011, n. 19291, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 618829, ed in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 4, 951.

³³ Cass., 23 novembre 2009, n. 24635, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 610669, ed in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, 5, 2, 669, che ha affermato che «al trasferimento di ramo di azienda effettuato da un istituto di credito assoggettato al procedimento di liquidazione coatta amministrativa ai sensi degli artt. 80 e ss. del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 non si applica la disciplina generale contenuta nell'art. 2112 c.c., ma la disposizione speciale contenuta nell'art. 90 del medesimo decreto, a norma della quale il cessionario risponde soltanto delle passività risultanti dallo stato passivo, rispondendo tale indicazione all'esigenza di salvaguardare l'occupazione in caso di crisi dell'impresa, agevolandone l'acquisto attraverso la tutela del diritto dell'acquirente di conoscere con certezza lo stato patrimoniale dell'impresa medesima attraverso il risultato di una procedura pubblica. Ne consegue che il credito dei lavoratori dipendenti avente ad oggetto il trattamento di fine rapporto, maturato fino al momento della cessione – possibile oggetto di un'azione di accertamento ed esigibile solo alla futura cessazione del rapporto, salve le eccezioni di cui all'art. 2120, commi dal sesto all'undicesimo, c.c. – può essere fatto valere in giudizio contro l'istituto cessionario solo se lo stesso credito risulti dallo stato passivo».

³⁴ Cass., 14 agosto 2002, n. 12201, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 556929, ed in *Foro it.*, 2002, 11, 01, 2997.

In sostanza, il t.f.r. costituisce un istituto di retribuzione differita che matura anno per anno attraverso il meccanismo dell'accantonamento e della rivalutazione e che è condizionato sospensivamente, quanto alla riscossione, all'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro. Il carattere retributivo del t.f.r. implica anche un rapporto di corrispettività e controprestazione dovuta dal datore di lavoro che di questa abbia beneficiato³⁵.

Il portato di tali principi è che, in caso di scioglimento del rapporto operato dal curatore del fallimento ai sensi dell'art. 72 l. fall., il trattamento di fine rapporto non deve essere ammesso tutto in prededuzione, atteso che il credito non è tutto maturato dopo la data della dichiarazione di fallimento, bensì dovrà essere ammesso con il privilegio di cui all'art. 2751-bis, n. 1, c.c. per le quote maturate fino alla data del fallimento, ed in prededuzione per le quote maturate successivamente a detta data (ad es., in caso di prestazione lavorativa svolta in corso di esercizio provvisorio).

Nell'ammissione del credito per il t.f.r. si dovrà tenere conto dei principi elaborati costantemente dalla giurisprudenza di legittimità che affermano che il concetto di retribuzione recepito dagli articoli 2118 (indennità di preavviso) e 2120 c.c. (trattamento di fine rapporto) è ispirato al criterio dell'onnicomprendività, nel senso che in detti calcoli vanno compresi tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica e normale nel rapporto di lavoro cui sono istituzionalmente connessi, anche se non strettamente correlati alla effettiva prestazione lavorativa, mentre ne vanno escluse solo quelle somme rispetto alle quali il rapporto di lavoro costituisce una mera occasione contingente per la relativa fruizione, quand'anche essa trovi la sua radice in un rapporto obbligatorio diverso ancorché collaterale e collegato al rapporto di lavoro³⁶.

Peraltro, la S.C. ha avuto anche modo di precisare che la contrattazione collettiva può derogare al principio dell'onnicomprendività della retribuzione agli effetti della determinazione del trattamento di fine rapporto, limitando la base di calcolo, anche con modalità indirette, purché con volontà chiara, ed è libera di stabilire il parametro retributivo per le mensilità aggiuntive, in ordine alle quali neppure sussiste un criterio legale tendenzialmente onnicomprensivo³⁷.

³⁵ Cass., 17 dicembre 2003, n. 19309, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 568995, ed in *Foro it.*, 2004, 3, 01, 728; Cass., 5 agosto 2005, n. 16549, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 583645, ed in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 3, 2, 569; Cass., 22 settembre 2011, n. 19291, cit..

³⁶ Cass., 1 ottobre 2012, n. 16636, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 624049, ed in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 4, 1035, che, in base al suddetto principio, ha ritenuto di ricomprendere nel calcolo degli emolumenti citati il controvalore dell'uso dell'autovettura di proprietà del datore di lavoro utilizzata anche per motivi personali, le relative spese di assicurazione e accessorie nonché le polizze assicurative stipulate dal datore di lavoro a favore del lavoratore).

³⁷ Cass., 23 marzo 2012, n. 4708, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 621606, con riferimento al CCNL del personale dipendente

In particolare, per quest'ultimo aspetto delle mensilità aggiuntive e, più in generale, dei cc.dd. istituti indiretti (mensilità aggiuntive, ferie, malattia e infortunio), non esiste un principio generale ed inderogabile di onnicomprensività: sulla base di tale ultimo principio la giurisprudenza ha affermato che, nella quantificazione degli istituti indiretti, il compenso per lavoro notturno o straordinario di turno può essere computato esclusivamente qualora ciò sia previsto da specifiche norme di legge o di contratto collettivo; tale disciplina collettiva, stabilendo un trattamento di maggior favore, può derogare, ai sensi dell'art. 7, ultimo comma, della l. 14 luglio 1959, n. 741, anche al criterio di computo della tredicesima mensilità dettato – richiamando la retribuzione globale di fatto – dall'accordo interconfederale per l'industria 27 ottobre 1946, esteso *erga omnes* con d.P.R. 28 luglio 1960, n. 1070, escludendo la computabilità dei compensi aggiuntivi nella tredicesima e prevedendo l'attribuzione di benefici diversi a favore del lavoratore³⁸.

Pertanto, nella valutazione delle domande d'insinuazione al passivo fallimentare relative a crediti per t.f.r. ed istituti indiretti appare fondamentale l'individuazione, oltre che della disciplina legislativa, anche dei contenuti della disciplina collettiva applicabile al rapporto di lavoro.

6.2. Indennità sostitutiva delle ferie

È bene rammentare che il diritto alle ferie è costituzionalmente garantito e, quindi, è irrinunciabile, essendo destinato al recupero delle energie psicofisiche del lavoratore ed alla sua dedizione ai rapporti familiari e sociali³⁹.

Pertanto, l'indennità sostitutiva è dovuta solo quando il lavoratore, per fatti indipendenti dalla sua volontà, non abbia potuto fruire delle ferie previste, mentre nell'ipotesi che possa ancora fruire delle ferie queste vanno interamente godute dal lavoratore.

Sicché, in ipotesi di subentro del curatore nel contratto di lavoro, questi dovrà permettere la fruizione delle ferie residue annuali di cui il lavoratore deve ancora godere.

Nell'ipotesi, invece, che alla dichiarazione di fallimento non consegua la prosecuzione dell'attività ed il

curatore opti per lo scioglimento dei contratti di lavoro, ai lavoratori che abbiano ferie residue da godere non rimarrà altra alternativa che chiederne la monetizzazione, ciò anche nell'ipotesi che il relativo contratto collettivo non preveda tale facoltà⁴⁰.

Da ultimo, si rammenta che la giurisprudenza ha affermato che l'indennità sostitutiva delle ferie non fruita ha natura mista, avendo non solo carattere risarcitorio, in quanto volta a compensare il danno derivante dalla perdita di un bene determinato (il riposo, con recupero delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali), ma anche retributivo, in quanto è connessa al sinallagma contrattuale e costituisce il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe dovuto essere non lavorato, in quanto destinato al godimento delle ferie annuali. Da ciò la giurisprudenza ha tratto la conseguenza dell'inclusione dell'indennità nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto⁴¹.

6.3. Indennità sostitutiva del preavviso

Se la cessazione del rapporto di lavoro sia avvenuta prima della dichiarazione di fallimento, l'eventuale credito per l'indennità sostitutiva del preavviso, non corrisposta dall'imprenditore fallito, godrà del privilegio *ex art. 2751-bis*, n. 1, c.c.

Se, invece, come già riferito in precedenza, il curatore si sia avvalso della facoltà di sciogliersi dal contratto di lavoro ai sensi dell'art. 72, comma 1, l. fall., dovrà riconoscersi al dipendente il diritto all'indennità sostitutiva di preavviso da soddisfare integralmente in prededuzione, trattandosi di debito sorto dopo la dichiarazione di fallimento che trova esclusivo fondamento nella gestione del rapporto da parte del curatore.

delle aziende grafiche ed editoriali.

³⁸ Cass., 15 gennaio 2013, n. 813, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 624827, che, sulla base di tale principio, ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso il diritto del lavoratore al computo nella tredicesima mensilità del compenso per lavoro notturno prestato secondo turni ricorrenti e con cadenza programmata, in considerazione della idoneità derogatoria all'accordo confederale della previsione – contenuta nei contratti collettivi applicabili al rapporto – relativa alla corresponsione di una quattordicesima mensilità, essendo questa appartenente allo stesso istituto contrattuale delle mensilità aggiuntive.

³⁹ Cass., 11 settembre 2013, n. 20836, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 627939; Cass., 27 novembre 2012, n. 21028, in *www.italgiure.giustizia.it*, Rv. 624623, ed in *Giur. it.*, 2013, 10, 2077.

⁴⁰ Cass., 27 novembre 2012, n. 21028, cit.

⁴¹ Cass., 11 settembre 2013, n. 20836, cit.

Atti in frode e disclosure nel concordato preventivo.

Nota a Corte di Cassazione, 26 giugno 2014, n. 14552

abstract

The identification, by the Court appointed officer, of acts of concealment or dissimulation of assets, of the intentional failure to disclose the existence of one or more credits, of statements concerning non-existent liabilities or of any other fraudulent act carried out by the debtor, leads to the revocation of the composition with creditors, pursuant to Section 173 of the Italian Bankruptcy Law. This, regardless of the votes expressed by the creditors during the relevant meeting and, thus, even in case the same creditors were informed about said identification.

keywords

Composition with creditors – Fraudulent acts – Revocation of the composition with creditors.

abstract

L'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 l. fall., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati edotti di quell'accertamento.

parole chiave

Concordato preventivo – Atti in frode – Revoca del concordato.

Concordato preventivo – Atti in frode – Conoscenza dei creditori – Revoca del concordato – Ammissibilità

In materia di concordato preventivo, qualora il commissario giudiziale accerti il compimento di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, si verifica la revoca dell'ammissione al concordato ai sensi dell'art. 173 legge fall., a prescindere dal voto espresso dai creditori in adunanza e, dunque, anche nel caso in cui questi ultimi siano stati informati di quell'accertamento.

Cass., sez. I, 26 giugno 2014, n. 14552

Rel. R. Bernabai – Pres. R. Rordorf

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

Con sentenza del (*Omissis*) il Tribunale di Busto Arsizio dichiarò il fallimento della (*Omissis*) s.r.l., su istanza della (*Omissis*) s.p.a., dopo avere rigettato con decreto coevo una domanda di omologazione di concordato preventivo presentata dalla medesima (*Omissis*).

Il successivo reclamo della fallita fu respinto dalla Corte d'appello di Milano con sentenza del 21 gennaio 2013.

La corte osservò che solo dalla lettura della relazione del commissario giudiziale l. fall., ex articolo 172, i creditori erano venuti a conoscenza del fatto che la società debitrice, già in situazione finanziaria critica, aveva distribuito utili, in forza della delibera assembleare del 6 ottobre 2010, per il rilevante ammontare di euro 430.000,00; che, inoltre, la società aveva definito un contenzioso in corso, avente ad oggetto un appalto da essa eseguito, mediante una transazione di contenuto pregiudizievole, con cui era stata riconosciuta alla committente (*Omissis*) s.p.a. la somma di euro 1.886.000,00 per lavori non eseguiti ed una penale per il ritardo, laddove, in considerazione delle proroghe ottenute e dei difetti contestati ma non accertati, sarebbe stato solo giustificato un minore addebito di euro 300.000; che, per di più, opere *extra* contratto per il valore di euro 3.586.000,00, oltre all'Iva, erano state ivi compensate con il ben più modesto importo di euro 786.000,00; che neppure era stata indicata, nella proposta di concordato preventivo, l'esistenza di ulteriori crediti vantati da due società per complessivi euro 500.000,00, a nulla rilevando che tali crediti fossero contestati e non accertati giudizialmente.

In tali comportamenti la corte territoriale, anche alla luce degli stretti rapporti della (*Omissis*) con la committente (*Omissis*) e della stipulazione dell'anzidetta transazione in data pressoché contemporanea alla presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato, ravvisò atti fraudolenti idonei a determinare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo in base alla previsione della l. fall., citato articolo 173.

Avverso questa sentenza, notificata il 13 febbraio 2013, la (*Omissis*) ha proposto ricorso per cassazione, affidato a due motivi.

La (*Omissis*) ha resistito con controricorso. La curatela del fallimento non ha svolto invece attività difensiva.

Motivi della decisione

1. La ricorrente deduce anzitutto la violazione della l. fall., articolo 173, contestando che possa ritenersi in frode ai creditori un accordo transattivo da essa stipulato con la controparte a definizione di un complesso contenzioso che ai creditori era stato reso noto.

Nega poi rilevanza, sempre ai fini dell'applicazione del citato articolo 173, alla mancata menzione di due crediti, contestati e non ancora giudizialmente accertati. Nucleo centrale dell'*iter* argomentativo a sostegno della censura è l'affermata natura contrattuale del concordato preventivo, espressione di un accordo riconducibile all'autonomia negoziale e, come tale, insindacabile dal giudice, una volta accertato che i creditori siano stati informati della situazione patrimoniale attuale della loro debitrice.

All'approvazione dei creditori non si potrebbe sovrapporre alcun controllo di tipo dirigistico operato dal tribunale: neppure in presenza di atti distrattivi del patrimonio, se commessi in data anteriore all'apertura della procedura, allorché i creditori, prima della libera espressione del loro voto in assemblea, ne abbiano comunque acquisito conoscenza – come nella specie – per mezzo della relazione del commissario giudiziale.

La ricorrente contesta poi – anche sotto il profilo della carenza di motivazione – la natura fraudolenta degli atti sottoposti a scrutinio dalla corte milanese, negando che la distribuzione degli utili, l'accordo transattivo con la committente (*Omissis*) s.p.a. e l'omessa inclusione nella situazione patrimoniale di crediti contestati possano iscriversi nel novero degli "altri atti di frode" contemplati nella previsione di chiusura della prima parte del citato articolo 173, comma 1.

2. Il ricorso, nella parte in cui denuncia violazioni di legge, non appare meritevole di accoglimento.

Dalla premessa sistematica che vorrebbe assegnare natura contrattuale al concordato preventivo riformato con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, e successive modifiche, non è dato ricavare la conclusione dell'irrelevanza della verifica officiosa di eventuali atti fraudolenti, se commessi anteriormente all'ammissione alla procedura, volta che i creditori ne siano stati comunque informati.

La disputa sulla natura dell'istituto del concordato preventivo è antica, ma, già prima della recente riforma cui sopra s'è fatto cenno, questa corte aveva avuto modo di puntualizzare che, ove pure si fosse voluto convenire sul fondamento eminentemente negoziale dell'istituto, accostando la *cessio bonorum* concordataria alla figura contrattuale disegnata dall'articolo 1977

c.c., si sarebbe nondimeno dovuto tenere conto che esso non si risolve in un mero atto di autonomia negoziale delle parti, ma si realizza in un contesto proceduralizzato ed in un ambito di controlli pubblici affidati al giudice per garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore (si veda, in motivazione, sez. un. n. 19506 del 2008).

Anche dopo l'entrata in vigore della riforma le sezioni unite di questa corte hanno ribadito, nella sentenza n. 1521 del 2013, che i connotati di natura negoziale riscontrabili nella disciplina dell'istituto non escludono "evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accordo tra debitore e creditori, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia".

Non è dunque ad impostazioni dogmatiche di carattere generale che occorre aver riguardo, bensì alla concreta disciplina normativa di volta in volta applicabile; ed è innegabile che la revoca dell'ammissione al concordato, per avere il debitore occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode – revoca contemplata dalla l. fall., articolo 173, in modo sostanzialmente invariato rispetto al regime anteriore alla riforma –, già per il carattere officioso da cui è connotata, non appare ridicibile ad una dialettica di tipo meramente negoziale, ma pienamente invece s'iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia cui sopra s'è fatto cenno.

Con riferimento agli "atti in frode" contemplati dal citato articolo 173, questa Corte ha già avuto occasione di osservare come non si possa prescindere dall'accertamento che il comportamento del proponente è stato posto in essere con dolo (Cass. n. 17038 del 2011), consistente anche nella mera consapevolezza di aver taciuto nella proposta circostanze rilevanti ai fini dell'informazione dei creditori (Cass. 10778 del 2014); e come la condotta del debitore debba appunto risultare volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori (Cass. n. 13817 del 2011, e Cass. n. 3543 del 2014), non identificandosi con quelle di cui agli articoli 64 e ss. della medesima legge fallimentare, ma occorrendo che esse siano state inizialmente ignorate dagli organi della procedura e dai creditori e successivamente accertate dal commissario giudiziale (Cass. n. 23387 del 2013). Si è anche aggiunto che la disposizione in esame non esaurisce il suo contenuto precettivo nel richiamo al fatto scoperto perché ignoto nella sua materialità, ma ben può ricomprendere il fatto non adeguatamente e compiuto-

tamente esposto in sede di proposta di concordato ed allegati, e che quindi può dirsi accertato dal commissario, in quanto individuato nella sua completezza e rilevanza ai fini della corretta informazione dei creditori, solo successivamente (Cass. n. 9050 del 2014).

Ferme tali premesse, ed anche a prescindere dall'inquadramento – prospettato nell'impugnata sentenza – dell'istituto in esame nella figura generale dell'abuso del diritto (figura intorno alla cui configurabilità la disputa è peraltro ancora assai viva), occorre puntualizzare che la frode degli atti posti in essere dal debitore, se implica, come già detto, una loro potenzialità decettiva nei riguardi dei creditori, non per questo assume rilievo, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato, solo ove l'inganno dei creditori si sia effettivamente realizzato e si possa quindi dimostrare che, in concreto, i creditori medesimi hanno espresso il loro voto in base ad una falsa rappresentazione della realtà. Quel che rileva è il comportamento fraudolento del debitore, non l'effettiva consumazione della frode.

Se così non fosse, se cioè l'accertamento degli atti fraudolenti ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta degli atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato. E ciò senza la necessità di alcuna presa di posizione sul punto dei creditori, ormai resi edotti della realtà della situazione venuta alla luce, e senza dare spazio alcuno a possibili successive loro valutazioni in proposito (come, sul piano sistematico, risulta oggi confermato anche dall'applicabilità dell'istituto della revoca per atti fraudolenti sin dalla fase ancora embrionale della procedura, in caso di domanda di concordato con riserva di successiva presentazione della proposta e del piano, a norma della l.fall., articolo 161, comma 6, novellato dal decreto legge n. 69 del 2013, articolo 82, comma 1, lettera b, convertito con legge n. 98 del 2013). In tali situazioni, ove fosse fondata la tesi qui propugnata dalla ricorrente, sarebbe stato logico che il legislatore avesse previsto ugualmente la possibilità di dar corso alla procedura, almeno sino all'adunanza dei creditori, così da consentire a costoro di esprimere il loro voto alla luce dei fatti scoperti ed illustrati dal commissario giudiziale.

Poiché non è così, deve di necessità concludersi che il legislatore ha inteso sbarrare la via del concordato al debitore il quale abbia posto dolosamente in essere gli atti contemplati dal citato articolo 173, individuando in essi una ragione di radicale non affidabilità del debitore medesimo e quindi, nel loro accertamento, un ostacolo obiettivo ed insuperabile allo svolgimento ulteriore della procedura.

Donde l'enunciazione del seguente principio di diritto: l'accertamento, ad opera del commissario giu-

diziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insusistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma della l. fall., articolo 173, indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e quindi anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati resi edotti di quell'accertamento.

Giova solo aggiungere che il principio di diritto ora enunciato non vale, certo, a reintrodurre il giudizio di meritevolezza, che la riformata legge fallimentare ha espunto dal novero dei presupposti per l'ammissione al concordato preventivo. La meritevolezza era, infatti, un requisito positivo di carattere generale, che implicava la necessità di un apprezzamento favorevole della pregressa condotta dell'imprenditore (sfortunato, ma onesto), nell'ottica di una procedura prevalentemente concepita come beneficio premiale. Era, quindi, nozione ben più ampia dell'assenza di atti di frode, non solo genericamente pregiudizievoli, ma direttamente finalizzati, in esecuzione di un disegno preordinato, a trarre in inganno i creditori in vista dell'accesso alla procedura concordataria.

Né al riguardo vale obiettare che lo strumento repressivo di condotte illecite, in *subiecta materia*, sarebbe da individuare non già nel citato articolo 173, bensì nella norma incriminatrice di cui al successivo articolo 236: perché è perfettamente ammissibile, ed anzi normale, il concorso di una sanzione penale con altra di diversa natura, volta ad impedire la validità e l'efficacia di atti viziati da anti-giuridicità speciale.

3. Il ricorso non è accoglibile neppure sotto il profilo dei pretesi vizi di motivazione in cui sarebbe incorso l'impugnata sentenza nell'accertamento del carattere illecito delle operazioni richiamate.

I fatti valorizzati ai fini della decisione sono stati soprattutto, in primo luogo, il silenzio mantenuto, nella proposta di concordato, su una rilevante distribuzione di utili, avvenuta circa un anno prima della presentazione del ricorso, e su una transazione stipulata con la committente (*Omissis*), valutata dalla corte territoriale estremamente svantaggiosa per la debitrice (transazione pressoché coeva alla deliberazione di richiedere l'ammissione alla procedura concordataria); in secondo luogo, la mancata inclusione, nella relazione sulla situazione patrimoniale, di crediti vantati da due società terze per complessivi euro 500.000 circa.

Tale comportamento reticente è stato giudicato ostativo al consenso informato del ceto creditorio – re-sone edotto solo tre giorni prima dell'adunanza, grazie alla relazione del commissario giudiziale – ed oggettivamente sanzionabile con la revoca dell'ammissione al concordato.

Di tutte queste operazioni, la corte d'appello ha congruamente motivato la natura fraudolenta. Sia della distribuzione di utili per oltre euro 400.000,00, de-

pauperativa del patrimonio della società, quando già incombeva lo stato di crisi economico-finanziaria; sia, ancor più, dell'accordo transattivo, che riconosceva alla committente la somma di euro 1.000.886, a titolo di penale per danni: somma che tanto il tribunale quanto la corte d'appello, con apprezzamento insindacabile in questa sede, hanno ritenuto ingiustificata in relazione alle opere non eseguite ed ai difetti contestati. A questo riguardo, un ulteriore elemento, pure apprezzato in motivazione, è stato la falcidia drastica del compenso maturato per l'esecuzione di lavori extracontratto (da euro 3.586.000,00, oltre ad Iva, ad euro 786.000,00): con una differenza in danno dell'appaltatrice di euro 2.800.000,00, ritenuta ingiustificata.

Per quanto riguarda l'elemento psicologico del dolo nelle predette operazioni, esso è stato presuntivamente desunto non solo dalla loro omessa menzione nel ricorso per concordato preventivo – nonostante la rilevante incidenza economica – ma anche dalla genesi coeva della transazione e della predisposizione della domanda di concordato preventivo: tanto più sintomatica, alla luce dei rapporti stretti, correnti tra la società committente e l'appaltatrice (*Omissis*) s.r.l.

Un articolato *iter* argomentativo, dunque, analitico ed immune da vizi logici, a sostegno dell'accertamento di un disegno volto a pregiudicare il ceto creditorio e non disvelato *ab initio*.

Ancor più decisivo, ai fini che qui rilevano, è l'accertamento compiuto dalla corte di merito in ordine alla mancata inclusione dei due crediti cui già s'è fatto cenno: circostanza che configura proprio l'ipotesi tipizzata dalla l. fall., articolo 173, con riferimento alla quale non è affatto esimente la contestazione stragiudiziale in punto di *an* e *quantum debeat*, che avrebbe semmai imposto un supplemento d'informazione sul punto ma non autorizzato certo a tacere l'esistenza di una posta di tale entità.

Poiché, dunque, l'accertamento del nesso funzionale e dell'elemento psicologico che deve legare gli atti pregressi in frode dei creditori con la proposta del concordato preventivo spetta al giudice di merito, restando soggetto a sindacato di legittimità sotto il solo profilo del vizio di motivazione, e poiché, come s'è detto, nessun vizio di motivazione è riscontrabile nel caso in esame, il ricorso va respinto.

4. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo, sulla base del valore della causa, del numero e della complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.
(*Omissis*)

*** Nota a sentenza

sommario

Premessa. – 1. Evoluzione e profili della disciplina dell'art. 173 l. fall. – 2. Gli "atti in frode" ai creditori.

Premessa

Con il provvedimento che si commenta, la Cassazione ritorna su uno dei punti più controversi della disciplina del concordato preventivo, ancor più dopo l'azione di riforma del legislatore, per soffermarsi tanto sulla natura giuridica, quanto per circoscrivere la fattispecie e gli effetti degli "atti in frode" compiuti dal debitore ai sensi dell'art. 173 l.fall., ai fini della possibile revoca della procedura. La Suprema Corte interviene, dunque, a seguito di una pronuncia Corte di Appello di Milano, la quale aveva ravvisato, nel debitore, il compimento di atti fraudolenti idonei a determinare la revoca dell'ammissione al concordato preventivo, *ex art.* 173 l.fall. Avverso tale sentenza della Corte di Appello, il debitore ha proposto ricorso per cassazione, essenzialmente fondato su due motivi.

Con il primo, egli contesta che possa ritenersi compiuto in frode ai creditori un atto, nella specie di transazione, concluso con i terzi e reso noto ai creditori stessi. E, nella medesima logica, giustifica l'omessa menzione, nella domanda di concordato, di due crediti, contestati e non ancora accertati giudizialmente. Tale atteggiamento il debitore riteneva essere pienamente legittimo in virtù della natura essenzialmente "contrattuale" da attribuirsi alla procedura di concordato preventivo. Tale qualificazione, infatti, esaltazione dell'autonomia negoziale delle parti, renderebbe l'accordo tra imprenditore in crisi e creditori immune dal sindacato del giudice, una volta accertato che i predetti creditori siano stati pienamente informati della situazione patrimoniale dell'imprenditore in crisi. Di qui il secondo motivo. La *disclosure* operata dal debitore, in sostanza, consentirebbe ai creditori di esprimere il loro consenso alla proposta in modo consapevole, e tale valutazione non potrebbe essere inficiata in alcun modo dal controllo del tribunale. E ciò anche in presenza di atti distrattivi del patrimonio che, se conosciuti dai creditori, non inficerebbero la proposta e non consentirebbero al tribunale di pronunciare la revoca di una procedura già instaurata.

La Corte di Cassazione, invece, nella pronuncia in commento, dapprima nega che la natura giuridica del concordato preventivo possa esaurirsi in un ambito del tutto privatistico, riconoscendo, invece, alla procedura ampi riflessi pubblicistici che, anche dopo il processo di riforma, continuano a prevedere e legittimare l'intervento del giudice in funzione di garanzia di tutti, non solo di quelli creditori, gli interessi coinvolti.

Ne deriva, perciò, per la Cassazione, che, nonostante il debitore abbia compiutamente informato, nella domanda di concordato, i creditori sugli atti, anche distrattivi, compiuti precedentemente, come accertati dal commissario giudiziale, e come tipizzati dall'art. 173 l.fall. ovvero dagli "altri atti in frode" comunque previsti dal primo comma della stessa norma, essi costituiscono comunque oggetto di sindacato da parte del Tribunale che, per l'effetto di tale accertamento,

può decretare la revoca della procedura.

Da tali considerazioni, dunque, la Corte enuclea il seguente principio di diritto: «l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti di frode da parte del debitore, determina la revoca dell'ammissione al concordato, a norma dell'art. 173 l.fall., indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi, anche nell'ipotesi in cui i creditori medesimi siano stati edotti di quell'accertamento».

1. Evoluzione e profili della disciplina dell'art. 173 l.fall.

La riscrittura dell'art. 173 l.fall. ad opera del d.lgs. n. 169/2007 ha riguardato, rispetto alla formulazione precedente, profili tanto relativi alla modifica della rubrica, oggi riferita anche alla revoca dell'ammissione al concordato preventivo e non più alla sola dichiarazione di fallimento, quanto di ordine procedimentale, ridisegnando la procedura che giunge alla revoca del concordato o alla dichiarazione di fallimento. Invariati, di contro, sono rimasti le fattispecie sostanziali atte a definire e qualificare gli "atti in frode" il cui accertamento, in qualsiasi stato della procedura, legittima il Tribunale a dichiarare la revoca del concordato¹.

Tuttavia, le modifiche cui la norma è stata soggetta², non hanno sopito il dibattito intorno alla portata

oggettiva della definizione di "atto in frode"³ e ciò in quanto tale fattispecie si è ritenuta essere intimamente connessa, quanto ai profili di efficacia, alla definizione della stessa natura giuridica del concordato preventivo.

In una logica privatistica, che considera il concordato essenzialmente come momento celebrativo dell'autonomia negoziale⁴ e, dunque, la proposta formulata dall'imprenditore in crisi come sostanzialmente diretta ai creditori e, perciò, esente da qualsiasi possibile valutazione dell'organo giurisdizionale che possa esorbitare dai ristretti limiti del controllo di legalità formale, la nozione di atto in frode viene ad assumere portata limitata e rilevanza circoscritta alle ipotesi in cui il debitore, consapevolmente, abbia omesso di rappresentare la veritiera situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'azienda e, quindi, non abbia consentito il formarsi di un libero e non viziato consenso da parte dei creditori⁵, ingannandoli. In tale

2006, 247; DE CRESCIENZO, *Commento sub art. 173*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO e FABIANI, Bologna, 2007, II, 2458; FERRO, *Il nuovo concordato preventivo, la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, 693; GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 99 e 102; MASCARELLO, *L'omologazione del concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2006, 342; S. PACCHI, *Gli organi della procedura e l'omologazione. La risoluzione e l'annullamento. La chiusura del concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. PACCHI, Milano, 2005, 147; PADELLARO, *Commento all'art. 173*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di NIGRO e SANDULLI, Torino, 2006, II, 1050; RAGO, *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 292.

In giurisprudenza, nel senso della vigenza dell'art. 173 l.fall., nel regime precedente all'entrata in vigore del decreto correttivo n. 169/2007: App. Bari, 6 marzo 2007, in *www.ipsa.it/fallimento*; App. Torino, 11 giugno 2007, in *www.ipsa.it/fallimento*; Trib. Modena, 14 ottobre 2005, in *www.ipsa.it/fallimento*; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, 62; Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 51; Trib. Modena, 20 ottobre 2006, in *www.ilcaso.it*; Trib. Trani, 23 novembre 2006, in *www.ipsa.it/fallimento*; Trib. Torino, in *Fall.*, 2007, 685, con nota di G. BOZZA; Trib. Milano, 9 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, 684; Trib. Milano, 24 aprile 2007, in *Dir. fall.*, 2008, 5, 2, con nota di G. SCHIANO DI PEPE; Trib. Milano, 20 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, 1, 118, con nota di FAUCEGLIA.

³ Sul punto, da ultimi, LA CROCE, *La "confessio" salvifica degli atti in frode ai creditori. Un equivoco pericoloso, denso di antinomie, contrasti costituzionali e violazioni Cedu*, in *Fall.*, 2015, p. 304 ss.; CASA, *Gli "atti in frode" e la revoca dell'ammissione al concordato preventivo. L'architettura dell'art. 173 l.fall. Nella lettura della Corte di Cassazione: fratture, ricomposizioni, rimedi*, in *Fall.*, 2015, p. 317 ss.

⁴ CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, cit. 208; D'ORAZIO, *Profili di diritto transitorio...*, cit., 299; GROSSI, *La riforma...*, cit., 256; AMBROSINI-DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 110; BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, p. 952; DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, p. 1410.

⁵ Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, in banca dati *Pluris*, 2014;

¹ La originaria formulazione dell'art. 173 l.fall. consentiva l'esercizio del controllo continuo sulla persistenza delle condizioni che consentivano all'imprenditore di proporre ai creditori una riduzione della massa passiva, sfociando naturalmente l'accertata carenza di quei presupposti, nella dichiarazione di fallimento. Sul punto, cfr. NARDECCHIA, *Concordato preventivo (ipotesi di passaggio a fallimento o ad amministrazione controllata)*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di FERRO, Padova, 2005, I, p. 222; BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fall.*, 2005, p. 952.

² A seguito della riforma introdotta dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, si era addirittura dubitato della vigenza dell'art. 173 l.fall.. In tal senso, v. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento al d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, a cura di PUNZI e RICCI, Padova, 2005, p. 208; D'ORAZIO, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di BONFATTI e FALCONE, Atti del convegno di Lanciano 10-11 giugno 2005, Milano, 2005, p. 299; GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, p. 256. Per la integrale vigenza dell'art. 173 l.fall. si erano pronunciati: AMBROSINI, *La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del tribunale*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di AMBROSINI, Bologna, 2006, 320-321; APICE, *Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 9; ARATO, *Fallimento: le nuove norme introdotte con la L. 80/2005*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 169; CENSONI, *Il concordato preventivo*, in BONFATTI - CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova,

prospettiva, l'accertamento, effettuato dal commissario giudiziale, del compimento di atti in frode prima o in corso di procedura dovrebbe comunque essere sottoposto al giudizio dell'adunanza dei creditori e questi ultimi, del tutto vincolati dal predetto accertamento, potrebbero ben accettare la proposta, impedendo il pronunciamento del tribunale in ordine alla possibile revoca o non omologazione del concordato⁶.

La tesi negoziale, tuttavia, non sembra riuscire a definire la natura del concordato preventivo nella sua interezza. Difatti, se è indubbio che l'approccio contrattualistico appaia idoneo a delimitare e circoscrivere con puntualità la fase relativa all'incontro tra la proposta di concordato, come effettuata dal debitore, e la sua approvazione da parte dei creditori, esso non appare idoneo a rispondere all'esigenza di tutela degli ulteriori interessi, primo tra tutti quello della trasparenza⁷, che pure si esplicano nella procedura concordataria, intesa nella sua globalità⁸.

Da questo punto di vista, non può non rilevarsi come il controllo del tribunale, pur non essendo più attinente ai profili personali, e dunque di meritevolezza del debitore o, comunque, non potendo attenersi al merito ed alla convenienza della proposta, rimane, nella sua piena capacità ed estensione, esplicabile per tutta la durata della procedura. E la stessa previsione dell'art. 173, u.c., l.fall., che stabilisce doversi applicare il procedimento di cui ai precedenti commi (ovvero la revoca) ogni qualvolta il tribunale accerti il venir meno delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, ribadisce la fondatezza del principio per il quale l'intervento del tribunale ha portata generale e può esplicitarsi in qualsiasi fase della procedura⁹,

fino all'omologazione ed oltre, ovvero alla eventuale declaratoria di annullamento del concordato.

In sostanza, il tribunale potrà in ogni caso, e in qualsiasi stato del procedimento, intervenire per valutare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità della proposta e, dunque, non solo la presenza del presupposto soggettivo, come individuato dall'art. 1 della l.fall. (ovvero la natura di imprenditore commerciale, privato non piccolo) e la vigenza dello stato di crisi di cui all'art. 160 l.fall., ma anche la regolarità, formale e sostanziale, del ricorso e dei suoi allegati. Ciò comporterà, perciò, che il sindacato del tribunale dovrà necessariamente estendersi alla verifica della veridicità della situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa¹⁰ ed alla fattibilità giuridica del piano. E ciò al di là della prestazione comunque resa dall'attestatore che, in ogni caso, rimane espressione di una scelta effettuata dal debitore e non può sostituirsi alla valutazione terza dell'organo giurisdizionale.

Pertanto, il controllo del tribunale si connota, a tutela degli interessi generali, in funzione della continua verifica dei presupposti che, per l'ordinamento, legittimano e giustificano l'apertura e la prosecuzione della procedura concorsuale. Esso, perciò, appare assolutamente sganciato ed autonomo rispetto alla valutazione che i creditori effettueranno sulla proposta avanzata dal debitore e legittima la ricostruzione del concordato preventivo come di un procedimento "a struttura mista" in cui, tuttavia, la primazia dell'interesse pubblico sembra appalesarsi in termini abbastanza evidenti.

In tal senso, difatti, si giustificano la previsione dell'art. 161, ult. comma, l.fall., che dispone l'obbligo di comunicazione al pubblico ministero della domanda di concordato, la previsione dell'art. 162, comma 2, l.fall., che consente al pubblico ministero di chiedere il fallimento a seguito dell'accertata carenza dei presupposti di ammissibilità del concordato, la stessa previsione dell'art. 173, comma 1, l.fall. che dispone l'obbligo, per il tribunale, di dare comunicazione al pubblico ministero dell'apertura del procedimento di revoca del concordato, la previsione dell'art. 180, comma 2, l.fall. che consente a qualsiasi interessato di costituirsi in previsione dell'udienza che omologa il concordato o quella dell'ultimo comma del predetto art. 182 l.fall., che consente al pubblico ministero di richiedere il fallimento del debitore cui sia stata respinta la proposta di concordato o, come detto, la legitti-

Cass., 18 aprile 2014, n. 9050, in banca dati *Pluris*, 2014; Cass., 16 maggio 2014, n. 10778, in banca dati *Pluris*, 2014; Cass., 14 febbraio 2014, n. 3543, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota di Russo; Cass., 15 ottobre 2013, n. 23387, in *Fall.*, 2014, p. 824; Cass., 23 giugno 2011, n. 13819, in banca dati *Pluris*, 2014; Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in *www.Ilcaso.it*, 2011 e in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 219, con nota di D'AMBROSIO; App. Milano, 10 gennaio 2014, in *Fall.*, 2014, p. 826; Trib. Siracusa, decreto, 11 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 358; Trib. Napoli, 4 dicembre 2012, in *www.Ilcaso.it*, 2012; Trib. Mantova, 22 giugno 2011, in *www.Ilcaso.it*, 2011; Trib. Bari, 8 giugno 2010, in *Fall.*, 2010, 1216; Trib. Piacenza, decreto, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, 1464, con nota di FILOCAMO. In tal senso, in dottrina, AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, p. 941 ss., in adesione a Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Fall.*, 2011, p. 933 ss.

⁶ App. L'Aquila, 10 ottobre 2012, in *Fall.*, 2012, p. 1479.

⁷ Tu tale requisito, cfr. Trib. Nola, 23 febbraio 2012, in *www.Ilcaso.it*, 2012.

⁸ SCARAFONI, *La riforma del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 839; GALLETTI, *Commento sub art. 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di JORIO e FABIANI, Bologna, 2007, II, p. 2268 ss.; NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. esec. forzata*, 208, p. 363 ss.

⁹ In tal senso, Cass., 16 maggio 2014, n. 10778, in banca dati *Pluris*, 2014.

¹⁰ Trib. Siracusa, 20 dicembre 2012, in *Fall.*, 2013, p. 372. Per Cass., 5 agosto 2011, n. 17038, in *Fall.*, 2012, p. 739 ss., la divergenza tra la situazione patrimoniale dell'impresa prospettata con la proposta di concordato e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale non può essere inquadrata in alcuna delle ipotesi specificamente tipizzate nella prima parte del primo comma dell'art. 173 l.fall., bensì esclusivamente nell'ipotesi residuale e generica degli "altri atti in frode", con la conseguenza che occorrerà accertare il carattere doloso di detta divergenza, non essendo concepibile un atto fraudolento che non sia sorretto da una precisa intenzione di compierlo.

mazione del commissario giudiziale (organo nominato dal tribunale), accanto o in alternativa ai creditori, di chiedere l'annullamento (e non la risoluzione, che attiene al momento strettamente contrattuale e, dunque, rimane riservata all'iniziativa dei soli creditori) del concordato preventivo.

Se, dunque, il potere di controllo del tribunale circa la sussistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato, esonda rispetto alla fase meramente negoziale, per estendersi alla procedura nella sua globalità, risulta chiaro che esso si espliciterà in termini di completezza e di integrità anche in presenza degli "atti in frode", tipizzati o meno, previsti dall'art. 173 l.fall.¹¹

Per tali atti, dove appare acquisito che essi debbano consistere in fatti, omissivi o commissivi, compiuti dal debitore prima o nel corso della procedura, e dallo stesso occultati dolosamente ai creditori o falsamente rappresentati, e successivamente oggetto di "accertamento" da parte del commissario giudiziale, il controllo giurisdizionale non potrà essere sostituito, come giustamente affermato dalla pronuncia in commento, dall'accettazione della proposta concordataria da parte dei creditori, pur se essa sia avvenuta sulla base di un convincimento consapevole, derivato dalla completa informativa giunta dal debitore¹². E ciò per il motivo che in precedenza si è cercato di evidenziare, ovvero il diverso contenuto del controllo del tribunale rispetto a quanto si verifica nella fase negoziale della procedura, che si sostanzia nell'approvazione dei creditori. Mentre questi ultimi, infatti, esprimeranno il proprio voto in termini di esclusiva convenienza e, dunque, con riferimento al merito della proposta, la valutazione del tribunale attiene alla verifica della persistenza dei requisiti di ammissibilità della procedura, in ogni fase della stessa e, dunque, della veridicità¹³, formale e

sostanziale, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria che il debitore ha esposto nella fase di presentazione del ricorso¹⁴.

Ne consegue che, nell'ipotesi in cui l'opera del commissario giudiziale abbia consentito l'emersione di fatti o di atti occultati dal debitore e i creditori, ciò nonostante, intendano approvare comunque la proposta, ciò non osterebbe alla possibilità, da parte del tribunale, di aprire comunque un procedimento per la revoca del concordato. Un'alterazione, comunque emersa, delle originarie condizioni prospettate dal debitore al momento della proposizione della domanda, non potrà, perciò, che condurre ad una pronuncia di inammissibilità del concordato, e ciò quand'anche i creditori, resi successivamente edotti di quell'alterazione, avrebbero potuto esprimere parere favorevole alla proposta.

Perciò, laddove il commissario giudiziale accerti il compimento di atti in frode, tipici o meno, il potere di controllo del tribunale circa la vigenza dei presupposti dell'ammissibilità del concordato (ivi compresa la identità tra la effettiva consistenza patrimoniale, economica e finanziaria dell'azienda e quella dichiarata dal debitore nel ricorso) rimane assolutamente svincolato rispetto al pronunciamento dei creditori e non sarà necessario attendere la loro adunanza o, se già svolta, non tenerne conto, per attivarlo, in via officiosa, come espressamente previsto dall'art. 173 l.fall.

In tal senso, l'interesse tutelato dall'intervento del tribunale può fregiarsi dei caratteri della generalità proprio perché inteso alla salvaguardia dei presupposti che rendono legittima, con effetti *erga omnes*, la procedura di concordato. Ne deriva, pertanto, che risulta estraneo all'interesse generale, e dunque ai profili giustificativi del possibile intervento del tribunale, qualsiasi scopo teso ad evitare il fallimento dell'impresa o di perseguire più o meno esplicitate finalità di conservazione dell'azienda o di risanamento dell'impresa.

2. Gli "atti in frode" ai creditori

Ricostruito nei termini predetti il rapporto tra proposta di concordato preventivo, potere di controllo del tribunale e ruolo dei creditori, va ora determinata e

¹¹ Così anche FILOCAMO, *L'art. 173, primo comma l.fall. nel "sistema" del nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 1467 ss.

¹² Trib. Monza, 2 novembre 2011, in *www.Il caso.it*, 2012.

¹³ La Cassazione a Sezioni Unite del 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fall.*, 2013, p. 525 ss., con nota di LO CASCIO, è intervenuta con chiarezza a delimitare l'ampiezza del controllo giudiziale sulla fattibilità della proposta di concordato. Le Sezioni Unite, difatti, definiscono la natura del concordato preventivo come "ibrida", condividendo lo stesso, accanto a profili di carattere privatistico, quali quelli connessi con la valutazione della convenienza economica della procedura, demandata ai creditori, indubbi rilievi pubblicistici, insiti nelle forti limitazioni e compressioni che i diritti dei creditori subiscono per effetto della procedura di concordato. Sul punto, vedi anche SIRIANNI, *La veridicità dei dati aziendali come presupposto per il giudizio di fattibilità del piano di concordato*, in *Fall.*, 2014, p. 767 ss. In tal senso, in dottrina, CENSONI, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 738; PACCHI, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di BERTACCHINI, GUALANDI, S. PACCHI, G. PACCHI, SCARSELLI, Milano, 2007, pp. 111 e 130; PATTI, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in AA.VV., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di FABIANI e PATTI, Scritti in onore di LO CASCIO, Milano, 2006, p. 382. Per un controllo esteso al merito della proposta, si erano espressi, preme della pronuncia delle Sezioni Unite: PAJARDI - A. PALUCHOWKI,

Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2008, p. 839 ss.; RAGO, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, p. 264.

¹⁴ Per Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Fall.*, 2014, p. 765 ss., nella valutazione delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, quale che sia la sede nella quale tale valutazione avvenga (ammissione, *ex art.* 162, comma 2; revoca, *ex art.* 173, comma 3; omologazione, *ex art.* 180, comma 3), al tribunale non è consentito di valutare la regolarità e l'attendibilità delle scritture contabili; il tribunale può, tuttavia, sindacare la veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti allegati al ricorso sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, restando però precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali, salvo in caso di incongruenza o illogicità della motivazione.

circoscritta la fattispecie degli “atti in frode”, rilevante ai fini dell’attivazione del procedimento di revoca della procedura.

Se, come affermato, il controllo del tribunale è diretto a verificare, per esplicita sollecitazione del commissario giudiziale o d’ufficio, la persistenza dei requisiti di ammissibilità del concordato per tutta la durata della procedura, risulta evidente come lo stesso si estrinsechi, quanto al profilo oggettivo, essenzialmente nella valutazione sulla regolarità, formale e sostanziale e, dunque, sulla veridicità, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria come prospettata dall’imprenditore nel ricorso introduttivo e negli allegati. È, allora, evidente, come affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte¹⁵, che gli atti “in frode” genericamente considerati, al di là delle figure tipizzate dall’art. 173, comma 1, l.fall., rilevanti ai fini della revoca del concordato, siano tutti quelli con effetti “decettivi”, ovvero quelli che, occultando o simulando una rappresentazione della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell’azienda diversa da quella effettiva, incidono, alterandola, sulla consapevole formazione del consenso dei creditori, chiamati ad esprimersi sull’approvazione del concordato. Tale effetto, tuttavia, non costituisce la conseguenza di una tutela “diretta” che l’ordinamento riconosce ai creditori, che non sono considerati, nella fattispecie, contraenti immediati dell’imprenditore proponente, ma solo soggetti eventualmente destinatari di effetti giuridici che scaturiscono dalla falsa e consapevolmente alterata rappresentazione dei fatti che l’imprenditore in crisi ha posto in essere in sede di presentazione della domanda di concordato preventivo¹⁶. È, perciò, vero che tali atti decettivi non consentono il formarsi del libero consenso dei creditori, ma l’effetto dell’attivazione del procedimento di revoca non appare posto a diretta tutela di questi ultimi, ma del più generale principio di legalità e di trasparenza che deve assistere gli atti della procedura e che, in primo luogo, si realizza attraverso il controllo costante che il tribunale pone in essere a verifica della persistenza dei requisiti di ammissibilità del concordato. L’alterata rappresentazione della realtà aziendale, perciò, comporta innanzitutto

il venir meno dei presupposti sui quali il tribunale ha dichiarato l’ammissibilità originaria della proposta e ciò costituisce il motivo principale di attivazione del procedimento di revoca. La tutela dei creditori, per l’effetto, è solo mediata e rappresenta conseguenza di un più generale sistema di garanzie posto a favore dell’interesse collettivo¹⁷.

In questi termini, potranno essere considerati quali “atti in frode” tutti quelli compiuti dall’imprenditore, in qualsiasi stato della procedura, che siano “intenzionalmente”¹⁸ diretti ad offrire al tribunale una falsa rappresentazione della realtà aziendale giuridicamente rilevante ai fini dell’accesso o della prosecuzione del concordato preventivo. In tale prospettiva, è evidente che non assumeranno rilievo, ad esempio, gli atti distrattivi o i pagamenti preferenziali o tutti quegli atti che, pur essendo potenzialmente idonei ad alterare, diminuendola, la garanzia patrimoniale del debitore, siano stati esattamente sottoposti dall’imprenditore, nel quadro del complessivo oggetto del ricorso e degli allegati, alla conoscenza del tribunale¹⁹.

¹⁷ Per PERRINO, *Commento sub art. 173*, in Codice commentato del fallimento, a cura di LO CASCIO, Milano, 2008, p. 1534, appaiono rilevanti, ai fini della determinazione delle fattispecie degli atti in frode, le sole condotte idonee a minare o vanificare le prospettive di soddisfazione in base alle quali i creditori hanno formato il proprio convincimento ed espresso il proprio voto.

¹⁸ Per Trib. Prato, 6 ottobre 2010, in *Fall.*, 2011, p. 120 ss., il dolo richiesto dall’art. 173 l.fall. ai fini della revoca del concordato preventivo si diversifica in relazione alle diverse condotte previste dalla norma: è insito nella commissione di atti in frode; in caso di omessa denuncia di crediti richiede la volontà di non dichiararli consapevolmente ed è esclusa nel caso di omissione determinata da errore e non volontaria; nel caso di esposizione di passività inesistenti è necessaria la prova della buona fede del debitore.

¹⁹ Afferma App. Firenze, decreto del 19 marzo 2009 che la categoria residuale degli atti in frode va riferita ad atti fraudolentemente diretti ad influire sull’ammissione ed approvazione del concordato ovvero a diminuire la consistenza del patrimonio offerto ai creditori o a simulare ragioni di prelazione. Per Trib. Milano, decreto dell’ 8 luglio 2013, in *Fall.*, 2013, 1501, il criterio per selezionare la rilevanza degli “atti in frode” ai fini della revoca del concordato preventivo dipende dall’impatto che la condotta abbia avuto sulla causa e sulla entità della crisi o sulle dimensioni del passivo. In particolare, una condotta risoltasi nella sottrazione fraudolenta di risorse destinate al soddisfacimento dei creditori o nella dilatazione delle passività conseguenti ad artifici intesi non ad assolvere alle proprie obbligazioni, osta alla prosecuzione della procedura quando risulti che abbia causato o concausato la crisi, ovvero quando abbia dilatato in maniera significativa il passivo con corrispondente diminuzione delle prospettive di soddisfacimento dei creditori. Per Trib. Milano, 28 aprile 2011, in *www.Ilcaso.it*, 2011, circoscrive la sfera di applicabilità delle fattispecie di atti in frode previste dall’art. 173, comma 1, l.fall., a quei soli comportamenti che, per gravità ed importanza, siano tali da rendere illegittimo il ricorso da parte dell’imprenditore ad un istituto che gli assicura, a differenza del fallimento, il beneficio dell’esdebitazione, oltre che il dimezzamento delle pene previste per i reati di cui agli artt. 216 e ss. l.fall. In tale prospettiva, appare difficile ipotizzare che la condotta risoltasi nella sottrazione fraudolenta di risorse destinate al soddisfacimento dei creditori non osti alla prosecuzione della procedura quando risulti che essa abbia causato o concausato la crisi, o dilatato in

¹⁵ Cass., 4 giugno 2014, n. 12533, cit.; Cass., 18 aprile 2014, n. 9050, cit.; Cass., 15 ottobre 2013, n. 23387, cit.

¹⁶ Per Cass., 5 maggio 2011, n. 17038, in *Fall.*, 2012, p. 739 ss., in tema di revoca dell’ammissione al concordato preventivo, la divergenza tra la situazione patrimoniale dell’impresa prospettata con la proposta e quella effettivamente riscontrata dal commissario giudiziale, non può essere inquadrata in alcuna delle ipotesi specificatamente tipizzate nella prima parte del primo comma dell’art. 173 l.fall. (accertamento o dissimulazione di parte dell’attivo, omessa denuncia colposa di uno o più crediti, esposizione di passività inesistenti), bensì esclusivamente nell’ipotesi residuale e generica degli “altri atti in frode”, con la conseguenza che occorre accertare il carattere doloso di detta divergenza, non essendo concepibile un atto fraudolento che non sia sorretto da una precisa intenzione di compierlo.

Di contro, come già affermato, l'omissione di tali fatti, e di atti, compiuta dall'imprenditore in sede di proposta e la successiva "scoperta"²⁰ di essi da parte del commissario giudiziale, vengono a costituire un mutamento oggettivo delle originarie condizioni di ammissibilità, che condurrà all'attivazione del procedimento di revoca del concordato, senza che ciò possa essere evitato in virtù di un qualche consenso comunque prestato dai creditori che, pervenuti a conoscenza del

maniera significativa il passivo, con corrispondente diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore, da considerarsi in rapporto alle dimensioni del dissesto, ed anche la maggiore o minore prossimità della sottrazione al momento di manifestazione della crisi e il maggiore o minore disvalore sociale della condotta fraudolenta. Per Trib. Monza, 25 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, p. 236, tra gli "atti in frode" vanno ricompresi quelli diretti ad aggravare il dissesto in modo consistente, che comportino accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo, idonei ad arrecare pregiudizio diretto ai creditori diminuendo la garanzia di cui all'art. 2740 c.c. e fra essi, in particolare, rientrano le illegittime appostazioni di bilancio che abbiano consentito alla società di occultare le perdite e di continuare ad operare aggravando lo stato del dissesto. Per Trib. Milano, decreto del 24 novembre 2011, in *Fall.*, 2012, 128, gli atti in frode antecedenti alla presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo rilevanti ai fini dell'art. 173 l.fall. sono solo quelli che, per collocazione temporale e valore, presentino una concreta efficienza causale rispetto alla situazione di dissesto dell'impresa. Di conseguenza, non ogni atto depauperativo del patrimonio compiuto nella vita dell'impresa dà luogo alla revoca del concordato preventivo, ma soltanto quelli che abbiano determinato o abbiano concorso a determinare le dimensioni conclusive del dissesto e quindi presentino una incidenza attuale sulla posizione dei creditori sotto il profilo della significativa alterazione della loro possibilità di soddisfacimento. Afferma Trib. Roma, 20 aprile 2010, che per atti in frode devono intendersi tutti gli atti diretti a causare o aggravare il dissesto, ossia atti che comportino accrescimento del passivo o diminuzione dell'attivo, senza alcuna giustificazione attinente l'attività imprenditoriale esercitata, compiuti dal debitore con la consapevolezza di arrecare pregiudizio ai creditori, riducendo la loro possibilità di soddisfacimento. Per Trib. Cagliari, decreto del 12 marzo 2009, in *Dir. fall.*, 2010, p. 304, con nota di SCHIANO DI PEPE, tra gli atti in frode che legittimano la revoca del concordato rientrano le condotte distruttive e dissipatorie del patrimonio aziendale poste in essere dall'imprenditore quando hanno determinato o concorso a determinare lo stato di crisi ed ignorate al momento dell'ammissione e che rivelano l'esistenza di fatti, posti in essere prima dell'apertura del procedimento e che determinano una falsa rappresentazione della realtà e sottaciuta, in violazione dei canoni di buona fede, all'atto di ammissione alla procedura. A parere di Trib. Cagliari, decreto del 12 marzo 2009, tra gli atti in frode rilevanti per la revoca del concordato preventivo rientrano le condotte distruttive e dissipatorie del patrimonio aziendale poste in essere dall'imprenditore quando hanno determinato o concorso a determinare lo stato di crisi ed ignorate al momento dell'ammissione e che rivelano l'esistenza di fatti, posti in essere prima dell'apertura del procedimento e che determinano una falsa rappresentazione della realtà e sottaciuta, in violazione dei canoni di buona fede, all'atto di ammissione alla procedura.

²⁰ Rileva Russo, *Atti in frode, rilevanza ai fini della revoca del concordato nella visione "orientata" della Cassazione*, in www.il-fallimentarista.it, che per "scoperta" debba intendersi, contrariamente a quanto detto dalla Cassazione, come attività di accertamento, di verifica, di controllo da parte del commissario.

fatto doloso dell'imprenditore, intendessero comunque approvarne la proposta.

In tale prospettiva ricostruttiva, diviene irrilevante il richiamo che è stato compiuto alla figura dell'"abuso del diritto", effettuato dalla giurisprudenza²¹ che ha affermato che "le manovre in danno dei creditori volte ad alterare la consistenza patrimoniale prima della proposta di concordato non hanno rilievo se ed in quanto siano state rese note ai creditori, i quali possano così esprimere consapevolmente la valutazione di convenienza della soluzione proposta rispetto all'alternativa fallimentare". Sì, potrà, in tal caso, ricorrere alla fattispecie dell'"abuso del diritto" per qualificare quelle circostanze in cui «emerge la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta migliore della prospettiva liquidatoria».

In sostanza, la tesi "contrattualistica", che esclude in via di principio la rilevanza degli atti depauperativi compiuti dal debitore se portati a conoscenza dei creditori, è però costretta a recuperarne il senso e la finalità laddove tali atti abbiano costituito l'effetto di un abuso dello strumento concordatario, ad opera dell'imprenditore e a danno dei creditori stessi.

Ma, se si accetta la ricostruzione qui proposta, qualsiasi alterazione della situazione di fatto e di diritto che sia stata occultata dall'imprenditore al momento della domanda di concordato rappresenta in *re ipsa* una condotta abusiva rispetto alla fattispecie concordataria, perché tenta di utilizzarla in maniera strumentale, al fine di evitare il fallimento, dolosamente artefacendo la realtà giuridica ed economica dell'azienda. Di contro, la veritiera rappresentazione della realtà aziendale offerta dall'imprenditore al tribunale in sede di ammissione, effettuata palesando, e dichiarando, l'esistenza di atti distrattivi compiuti dal debitore, non potrà mai costituire oggetto di censura sotto il profilo dell'abuso del diritto, perché il ricorso allo strumento del concordato assolve, in tal caso, pienamente alle funzioni tipiche della procedura, ovvero di mezzo per evitare il fallimento o per riorganizzare l'azienda, attraverso il superamento della crisi.

²¹ Cfr., Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Fall.*, 2012, 39, con nota di PATTI; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, 9, c. 2308.

Eduardo Savarese
Magistrato

I controlli giudiziali nella crisi d'impresa: un accidentale nuovo corso dopo il decreto legge 83/15?

abstract

In recent years, the nature, scope and form of judicial control on the settlement of enterprises' economic crisis and insolvency in a way different from bankruptcy declaration have been strongly debated by legal doctrine and case – law as well. After the far-reaching examination of such an issue underlying the jurisprudence of the corte di cassazione and leading up to the decision n. 1521 on 23 January 2013, the juridical system seemed to be based on the separation between the role of creditors, which should evaluate the convenience of the debtor's proposal, and the role of the tribunal, which should verify whether such a proposal was procedurally regular and legitimate in substance. Nonetheless, the new regulations introduced by the decreto legge n. 83 on 27 June 2015 and the legge di conversione n. 132 on 6 August 2015 have entrusted tribunals with intrusive powers of appreciation and intervention as far as i) the content of the proposal; ii) the agreements with the banks and iii) the control on the implementation of the proposal approved by creditors, are concerned. The tribunals have been empowered to help debtors and creditors to find more just and equitable agreement than in the past. However, the result is that the juridical system as a whole is currently based on the very ambiguity of the rationale behind its legal foundations.

keywords

Settlement of economic crisis – Insolvency – Judicial control – Role of the creditors – Powers of appreciation and intervention by the tribunal.

abstract

Negli anni recenti, la natura, l'estensione e la forma del controllo giudiziale sul superamento della crisi economica e dell'insolvenza delle imprese in modo alternative alla dichiarazione di fallimento, sono state oggetto di un forte dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Dopo l'accurata disamina della questione che soggiace alla giurisprudenza della corte di cassazione e che ha condotto alla sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, il sistema giuridico sembrava essere basato sulla separazione tra il ruolo dei creditori, che devono valutare la convenienza della proposta del debitore, ed il ruolo del tribunale, che deve verificare se tale proposta sia regolare dal punto di vista procedurale e sostanzialmente legittima. Nondimeno, le nuove norme introdotte dal decreto legge n. 83 del

27 giugno 2015 e dalla legge di conversione n. 132 del 6 agosto 2015 hanno affidato al tribunale poteri penetranti di apprezzamento ed intervento, quanto a: i) contenuto della proposta, ii) accordi con le banche e iii) controllo sull'esecuzione della proposta approvata dai creditori. Ai tribunali è stato attribuito il potere di aiutare debitori e creditori a trovare un accordo più equo e giusto che nel passato. Tuttavia, il risultato è che il sistema giuridico nel suo complesso è attualmente basato su una notevole ambiguità della ratio che sottende i propri fondamenti giuridici.

parole chiave

Superamento della crisi economica – Insolvenza – Controllo giudiziale – Ruolo dei creditori – Poteri di apprezzamento e di intervento del tribunale.

sommario

1. Il sistema dei controlli giudiziali a seguito della sentenza a sez. un. 23 gennaio 2013 n. 1521. – 2. Le modifiche apportate dal decreto legge 83/15 e dalla legge di conversione 132/15 alla qualità e funzione dei controlli giudiziali. – 3. I nuovi controlli nel concordato preventivo: l'art. 163-bis l.fall. – 4. (Segue): i nuovi commi dell'art. 185 l.fall. – 5. I controlli giudiziali in materia di nuova finanza e di accordi di ristrutturazione. – 6. Le modifiche normative ai controlli giudiziali: eccezioni al sistema generale o un (poco meditato) nuovo corso?

1. Il sistema dei controlli giudiziali a seguito della sentenza a sez. un. 23 gennaio 2013 n. 1521

Il sistema dei controlli giudiziali ha rappresentato uno dei terreni privilegiati di scontro tra giurisprudenza di merito e di legittimità, da un lato, e di progressiva acquisizione di consapevolezza, per la dottrina e gli operatori pratici al contempo, del senso della riforma delle procedure concorsuali attuata dal 2005 al 2007¹.

¹ BOZZA, *Il nuovo concordato preventivo. L'omologazione della proposta (i limiti al concordato del giudice)*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 1067; BOZZA, *Il (limitato) controllo del tribunale sulla proposta di concordato: chiusura del sistema*, in *Il Fallimento*, 2011, p.805; BERSANI, *Il concordato preventivo. Giudizio di fattibilità del Tribunale. Formazione delle "classi dei creditori"*. *Transazione Fiscale*, Milano, 2012, *passim*; FABIANI, *I disorientamenti nella nomofila-*

È noto che la riforma ha accentuato il profilo contrattuale del concordato preventivo, rafforzato ed avvalorato dall'ulteriore strumento alternativo al fallimento: gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l.fall.*

Il processo di “contrattualizzazione” o “privatizzazione” del concordato preventivo si è concretamente realizzato nell'articolazione del rapporto, visto e regolato come centrale dal legislatore, tra debitore e ceto creditorio, sicché nello svolgimento di tale rapporto deve realizzarsi l'assetto di interessi funzionale al superamento della crisi d'impresa, con conseguente ruolo marginale del tribunale, chiamato a svolgere un compito di garanzia ovvero di controllo esterno di legittimità sulla corretta formazione dell'accordo.²

In questo senso, la contrattualizzazione ha comportato il noto processo di degiurisdizionalizzazione ovvero il recupero di una giurisdizione meno gestoria e più “pura”, consistito nella riduzione del ruolo del giudice ad un controllo dai contorni ben precisi, deputato a declinarsi in fasi specifiche della complessiva procedura di concordato, fisiologiche (ammissione, omologa) e patologiche (revoca *ex art. 173 l.fall.*, risoluzione, annullamento).

Negli anni intercorsi dall'adozione della riforma e del relativo correttivo del 2007 sino alla pronuncia a sez. un. della corte di cassazione n. 1521 del 23 gennaio 2013, è noto come la giurisprudenza di merito abbia in parte aderito ad una ricostruzione del sistema dei controlli giudiziali sul concordato preventivo piuttosto interventista, spingendo a che il tribunale non si limitasse soltanto ad un controllo di legittimità, sia pure sostanziale, ma addivenisse ad una più penetrante indagine sulla fattibilità della proposta concordataria, la quale è sì oggetto di attestazione del professionista attestatore, ma non per questo soltanto essa è sottratta al sindacato giudiziale, che solo deve fermarsi di fronte alla valutazione della convenienza economica della proposta, questa sì riservata in via esclusiva ai creditori.³

La Suprema Corte, dopo aver configurato la nozione di legittimità sostanziale quale parametro esclusi-

vo del controllo giudiziale sul concordato preventivo, funzionale a verificare la congruità e completezza informativo-argomentativa e logico-giuridica della proposta e della relazione di attestazione sulla fattibilità del piano, è giunta infine a identificare due componenti nel concetto di fattibilità: da un lato, la fattibilità giuridica, che riguarda la causa in concreto perseguita da ciascuna proposta di concordato, e che è oggetto del normale, istituzionale vaglio del tribunale, in fase di ammissibilità e sino all'omologa; dall'altro la fattibilità economica, che concerne aspetti di rischio e convenienza valutabili soltanto dal ceto creditorio con l'espressione del voto⁴.

Pur ideando una distinzione concettualmente chiara e apparentemente agile sul piano operativo, acutamente collegata alla nozione di causa in concreto del negozio giuridico, nondimeno la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica non sempre è stata concretamente applicata dalla giurisprudenza. In particolare, la prassi dimostra la permanenza di un margine di opinabilità tra quanto è giuridicamente fattibile e quanto è soltanto economicamente fattibile, ove si è continuata ad inserire la giurisprudenza di merito più preoccupata di assicurare un vaglio penetrante su proposte di concordato poco accorte, non complete, tendenzialmente abusive e/o dilatorie. In altri termini, non è difficile immaginare casi in cui valutazioni vicine o collegate alla fattibilità economica vengano in qualche modo fatte trasmigrare nel campo della fattibilità giuridica per giustificare il diniego di ammissione o di omologazione di una proposta di concordato. Di questa zona grigia e di parziale sovrapposizione tra le due aree concettuali della categoria della fattibilità del concordato invero la stessa Suprema Corte si è manifestata consapevole, avendo contemplato il caso in cui la proposta, ed il piano ad essa collegato, appaiono evidentemente e *prima facie* non fattibili. La evidente

chia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni, in *Foro it.*, 2012, I, p. 136; FAUCEGLIA, *Brevi considerazioni sui poteri del Tribunale in tema di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, II, p. 18. DI MAJO, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 239.

² Ci si limita qui a rimandare a PATTI, *Crisi d'impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 67 ss.; ROPPO, *Profili strutturali e funzionali dei contratti 'di salvataggio' (o di ristrutturazione) dei debiti d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 369.

³ Trib. Firenze, 27 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Monza 10 luglio 2012, *ivi*; Trib. Milano 28 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2012, I, p. 136; App. Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.* 2011, II, p. 18; App. Bologna, 15 giugno 2009, in *Corr. mer.*, 2009, p. 1091; Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in *Giur. mer.*, 2009, I, p. 149; Trib. Pescara 16 ottobre 2008, in *Giur. mer.*, 2009, I, p. 125; Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in *Il Fallimento*, 2008, p. 75 ss.; Trib. Torino, 12 dicembre 2006, *ibidem*, 2007, p. 685; Trib. Sulmona 6 maggio 2005, *ibidem*, 2005, 793; App. Napoli, 8 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012.

⁴ Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, commentata *ex multis* da ALESSI, *Autonomia privata nel concordato preventivo e il ruolo del tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, p. 443; CENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 343 ss.; DE SANTIS, *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio permanente di fattibilità del piano*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 279 ss.; DIDONE, *Le Sez. un. e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 1 ss.; DI MAJO, *Il percorso lungo della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 291 ss.; FABIANI, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sez. un.*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 149 ss.; ID., *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sez. un. un po' oltre la metà del guado*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1573 ss.; NARDECCHIA, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 185 ss.; PAGNI, *Il controllo di fattibilità del piano concordatario dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva funzionale aperta dal richiamo alla causa concreta*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 279 ss.; SCODITTI, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1576 ss.; VILLA, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 228 ss.

non fattibilità economica, dunque, resta oggetto del vaglio giudiziale.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, la giurisprudenza di legittimità successiva ha tracciato alcune linee interpretative fondamentali onde riempire di concreto contenuto la regola dell'incidenza del controllo del tribunale sui casi di manifesta inidoneità del piano a perseguire (non solo la causa in astratto ma anche) la causa in concreto del concordato.⁵ In particolare, dall'esame dei casi decisi dalla Corte, è possibile trarre l'insegnamento secondo cui, ove la valutazione sulla fattibilità (non solo giuridica ma anche) economica implichi giudizi fondati su dati prognostici di mera probabilità ovvero su elementi più o meno opinabili, tale valutazione dovrà essere attratta all'intervento del ceto creditorio e non potrà essere formulata dal tribunale. La manifesta inidoneità del piano, in altri termini, esige un giudizio articolato su dati certi e non opinabili. Le coordinate interpretative elaborate dalla giurisprudenza di legittimità evocano le categorie concettuali inerenti, da un lato, all'accertamento della causalità civile, governata dal criterio del "più probabile che non", dall'altro, al tipo di sindacato esercitabile sugli atti amministrativi segnati da una spiccata discrezionalità tecnica, primi fra tutti gli atti delle autorità indipendenti. Il vaglio dei controlli dei tribunali, alla luce degli scarsi dati normativi e della faticosa elaborazione giurisprudenziale, passa dunque da un controllo di regolarità/legittimità della procedura, anche e soprattutto sotto il profilo causale, ad ipotesi specifiche di controllo di merito, in specie: a) sulla manifesta inidoneità della proposta e del piano tale da poter sostenersi con certezza essere esso economicamente non fattibile; b) sulla convenienza del concordato e degli accordi di ristrutturazione rispetto all'alternativa fallimentare, in caso di opposizioni dei creditori *ex art. 180 l.fall. e 182-bis l.fall.*; c) infine, su singoli atti/attività del debitore in costanza di procedura: si pensi alle autorizzazioni *ex art. 169-bis l.fall.* in ordine a scioglimento o sospensione dei contratti pendenti, ovvero a quelle, contemplate dall'*art. 182-quinques l.fall.*, sui pagamenti dei crediti anteriori e la contrazione di finanziamenti destinati al riconoscimento della prededuzione.⁶

⁵ VELLA, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica?*, *Il Fallimento*, 4, 2015, p. 438 ss. (a margine della recente sentenza della Corte n. 22045 del 17 ottobre 2014, *ivi pubblicata*).

⁶ Le forme di controllo da ultimo citate appartengono più strettamente a valutazioni di merito, funzionali a predisporre il contenuto della domanda di concordato ovvero ad orientare la proposta verso certe finalità di continuità aziendale. Si tratta di controlli e valutazioni introdotte dal decreto legge n. 83 del 22 giugno 2012, convertito con la legge 134/12 che, per un verso, approfondiscono il margine di intervento del tribunale, per altro verso lo circoscrivono ad atti e finalità molto specifiche. Si veda,

2. Le modifiche apportate dal decreto legge 83/15 e dalla legge di conversione 132/15 alla qualità e funzione dei controlli giudiziali

Delineato brevemente il sistema dei controlli dopo la riforma ed alla stregua del faticoso cammino di consolidamento giurisprudenziale quanto meno in ordine ai presupposti ed ai limiti del controllo giudiziale, è possibile apprezzare l'impatto delle disposizioni contenute nel d.l. 83/15 e nella successiva legge di conversione.⁷ In effetti, i controlli del tribunale vengono delineati in modo piuttosto pervasivo in perfetta corrispondenza alle novità sostanziali introdotte dal decreto sia in riferimento al concordato preventivo, sia in relazione agli accordi di ristrutturazione. In altri termini, ove il legislatore ha inteso prevedere specificamente contenuti e/o esiti procedurali non coincidenti con la domanda originaria del debitore, con riferimento al concordato, ovvero potenzialmente lesivi del diritto di credito, in relazione agli accordi, esso ha investito il tribunale di un rafforzato ruolo di controllo nell'articolazione di quei contenuti e nello svolgimento di quegli esiti.

Con riguardo al concordato preventivo, il Decreto introduce due novità sostanziali che incidono sul contenuto e l'esito del concordato: il procedimento competitivo nel concordato liquidatorio⁸ e le offerte competitive provenienti dal ceto creditorio. Il decreto legge ha previsto che nei concordati ove il debitore ceda a terzi già individuati, in cambio del versamento di un corrispettivo in danaro, beni, l'azienda o rami d'azienda, il commissario è chiamato a svolgere una specifica valutazione circa la congruità dell'offerta di acquisto tenuto conto del valore dell'azienda e/o dei singoli beni. Inoltre, ove il medesimo organo ritenga, alla luce di manifestazioni di interesse comunque pervenute, che possa allocarsi quel bene o quella azienda o suo ramo a condizioni migliori per i creditori, avanzerà istanza al tribunale al fine di attivare un procedimento competitivo. D'altra parte, lo stesso tribunale potrà esercitare d'ufficio il potere di attivazione del procedimento competitivo. Ciò che conta è che, espletata la gara in caso di più offerte, l'eventuale aggiudicazione, avvenuta prima del voto dei creditori,

sui controlli del tribunale dopo il citato decreto legge, VELLA, *Controllo del giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo (gli indirizzi di merito a confronto e le novità della legge n. 134 del 2012)*, rinvenibile su www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/20121011_RelazioneVella.pdf.

⁷ Decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015 recante "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", in G.U. n. 147 del 27 giugno 2015; legge di conversione n. 132 del 6 agosto 2015, in G.U. n. 192 del 20 agosto 2015.

⁸ Sul ricorso maggioritario al concordato liquidatorio nei tribunali lombardi, si veda la recente indagine a cura di MAZZOLENI e VENEZIANI, *L'efficacia del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito nell'esperienza dei tribunali lombardi*, Torino, 2015, p. 60 ss.

imporrà al debitore di modificare, in conformità agli esiti della gara stessa, la proposta ed il piano. Questa previsione è entrata in vigore il 27 giugno 2015 per le procedure di concordato aperte dopo tale data. La legge di conversione semplifica la macchinosa procedura di valutazione e comparazione, e si limita a prevedere che, nei casi richiamati, il tribunale deve comunque avviare l'apertura di una procedura competitiva, azzerando la discrezionalità dell'esercizio del relativo potere giudiziario.

Oltre al procedimento competitivo, che si innesta sul contenuto della proposta di concordato liquidatorio potendone mutare in parte gli aspetti oggettivi e soggettivi della liquidazione, la riforma prevede una forma ancora più radicale di incidenza sul contenuto e gli esiti del concordato, vale a dire le proposte competitive, provenienti da chi rappresenti almeno il 10% del ceto creditorio, le quali possono assumere il contenuto più vario, purché collegato all'originaria proposta di concordato, costituendo di questa delle varianti tali da offrire una maggiore soddisfazione del ceto creditorio. In questa fattispecie il controllo del tribunale è tripartito. In primo luogo, il tribunale verifica la corretta formazione delle classi dei creditori che hanno avanzato l'offerta competitiva. In secondo luogo, il tribunale sovrintende alla regolarità delle procedure di voto secondo il modificato articolo 177 l.fall. In terzo luogo, una volta che un'offerta competitiva sia stata approvata dalle prescritte maggioranze, il tribunale deve esercitare un penetrante controllo sull'adempimento da parte del debitore di tutti gli atti necessari all'esecuzione della proposta concorrente approvata. Il medesimo tipo di controllo è esercitato dal tribunale anche nella fase successiva all'omologazione. Secondo il riformulato art. 185 l.fall., infatti, il tribunale può, in caso di inadempimento del debitore, nominare il commissario giudiziale in sostituzione del debitore, e può anche giungere a revocare l'amministratore dell'impresa nominando un amministratore giudiziario, quando, tra l'altro, sia necessario, per attuare la proposta competitiva risultata vincente, deliberare l'aumento del capitale sociale previa convocazione dell'assemblea straordinaria.

Quanto agli accordi di ristrutturazione, il nuovo art. 182-*septies* l.fall. prevede possibili sub accordi con una o più categorie del ceto bancario, suscettibili di essere estesi ai creditori non aderenti della medesima categoria: in tal caso, il tribunale esercita un controllo sullo svolgimento delle trattative e sulla prospettiva di soddisfacimento migliore per il ceto creditorio rispetto alle alternative praticabili. Il quadro normativo, come risulta evidente dalla rapida disamina delle nuove norme, apporta significativi elementi di dissonanza rispetto al (faticosamente delineato) sistema dei controlli giudiziali sulle soluzioni concordate alla crisi d'impresa. Peraltro, le innovazioni normative sono di per sé foriere di incertezze interpretative letterali e sistematiche.

3. I nuovi poteri di controllo nel concordato preventivo: l'art. 163-*bis* l.fall.

Cominciando dal nuovo art. 163-*bis* l.fall., è in prima battuta agevole ricavare l'effetto di un sostanziale svuotamento della figura del concordato liquidatorio cd. "chiuso"⁹: infatti, ogni qual volta il concordato prospetti un'offerta di acquisto proveniente da un terzo avente ad oggetto l'azienda o suoi rami e/o beni, ciò sarà il presupposto del potere del tribunale di attivare un procedimento competitivo. A questo punto, è necessario soffermarsi sulle condizioni di esercizio di siffatto potere come delineate dal decreto legge e come modificate dalla legge di conversione. Come si è detto, infatti, quest'ultima ha grandemente semplificato la farraginoso procedura delineata dal decreto legge la quale, tuttavia, quanto meno in via teorica, ha avuto vigore per le procedure di concordato aperte dopo il 27 giugno 2015 e sino all'entrata in vigore della legge di conversione, vale a dire al 20 agosto 2015.

Partiamo dalla formulazione dell'articolo 163-*bis* l.fall. contenuta nel decreto legge. Qui, le condizioni per l'esercizio del potere di attivare una procedura competitiva di allocazione di beni ed aziende variano a seconda che esso avvenga su istanza del commissario (comma 1) o di ufficio (comma 2). Il dettato normativo non è chiarissimo.

Cominciando dalla parte del primo comma relativa all'istanza del commissario volta a richiedere al tribunale l'avvio di un procedimento competitivo, il decreto stabilisce che: «Nel caso in cui il commissario ritenga, alla luce di manifestazioni di interesse comunque pervenute, del valore dell'azienda o del bene, che l'offerta contemplata dal piano possa non corrispondere al miglior interesse dei creditori, chiede al tribunale, con istanza motivata, di aprire un procedimento competitivo».

Nel formulare l'istanza, il commissario deve avere valutato tre fattori: a) il valore dell'azienda o del bene; b) la presenza di manifestazioni di interesse comunque pervenute; c) la non corrispondenza dell'offerta contemplata dal piano al miglior interesse dei creditori. Il primo dubbio che insorge riguarda l'elemento della presenza di manifestazioni di interesse comunque pervenute: la norma stabilisce che l'istanza del commissario viene avanzata "alla luce" di tali manifestazioni, con ciò delineando un vero e proprio presupposto del potere del commissario di fare istanza al tribunale. L'elemento potrebbe però essere degradato, in un'interpretazione conforme al *favor* della disposizione all'attivazione di procedure competitive a vantaggio dei creditori, ad eventuale fattore agevolante la formu-

⁹ Su questo tipo di concordato, AMBROSINI, *L'esecuzione del concordato e i provvedimenti in caso di concordato con cessione dei beni*, in *Trattato dir. fall. e delle altre proc. conc.*, IV, a cura di VASSALLI, LUISSO, GABRIELLI, Torino, 2014, p. 389; BOZZA, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 769.

lazione dell'istanza più che a presupposto ineludibile della stessa.

Il secondo dubbio concerne il criterio di valutazione circa la non corrispondenza al miglior interesse dei creditori: la norma ancora l'apprezzamento del commissario (che orienta la motivazione dell'istanza al tribunale, evidentemente) al criterio della mera "possibilità" della non corrispondenza di quanto offerto nella proposta di concordato al migliore interesse dei creditori.

Ma ulteriori dubbi provengono dalla lettura del secondo comma che esordisce nei termini seguenti: «Il tribunale, sentito il commissario, decide sull'istanza ovvero dispone d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo, tenuto conto del valore dell'azienda o del bene, nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori».

Il primo dubbio riguarda l'estensione dei fattori valutativi che la norma impone al tribunale di considerare (il valore del bene o dell'azienda, la probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori) quali elementi per l'esercizio del potere giudiziale di avviare un procedimento competitivo tanto nel caso di istanza del commissario, quanto di decisione d'ufficio. Infatti, ove si interpretasse la disposizione nel senso che il tribunale tiene conto della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori in ogni caso in cui eserciti il potere di avviare un procedimento competitivo, si dovrebbe concludere nel senso che l'istanza del commissario, fondata sulla mera possibilità di un esito più soddisfacente che non raggiunga il superiore grado della probabilità cui si riferisce il comma 2, sia destinata al rigetto. Ove, invece, si ritenesse che il fattore "probabilità" sia elemento discretivo necessario all'attivazione officiosa del potere del tribunale, e solo a questa, si dovrebbe concludere nel senso che l'apprezzamento del tribunale circa l'esercizio del potere di avvio di una procedura competitiva varierebbe, a seconda che sussista un'istanza del commissario giudiziale (basata sulla possibilità di un migliore soddisfacimento) ovvero, in assenza di questa, sia il tribunale a ritenere opportuno raccogliere eventuali altre offerte (in base ad un giudizio prognostico di probabilità).

L'ambiguità della norma a proposito del tipo e del peso dei requisiti condizionanti l'esercizio del potere ivi previsto in capo al tribunale, nonché della differenziazione tra il caso in cui l'istanza del commissario vi sia ed il caso in cui si tratti di decisione d'ufficio del tribunale, è poi ulteriormente aggravata proprio dall'utilizzo, in sé e per sé considerato, di due parametri dotati di un peso semantico giuridico specifico: "possibilità" piuttosto che "probabilità" di un miglior soddisfacimento dei creditori.¹⁰ Si tratta di fattori di valutazione di una prognosi del commissario e/o del

tribunale il cui terminale è il migliore soddisfacimento dei creditori. Il grado di apprezzamento dell'incidenza su questo soddisfacimento, come si vede, non è più parametrato alla certezza, la quale è invece ancora il criterio che fonda le dichiarazioni dell'attestatore funzionali ad ottenere l'autorizzazione del tribunale alla continuazione dei contratti pubblici in corso *ex art. 186-bis* comma 2 lett.c) l.fall. ovvero al pagamento dei crediti anteriori, nonché alla contrazione di nuova finanza destinata a godere della prededuzione, ai sensi dell'art. 182-*quinquies* l.fall. L'art. 163-*bis* l.fall., facendo a meno dell'intervento pur ipotizzabile di un attestatore, introduce invece i più flessibili e marginali criteri della possibilità e della probabilità, lasciando tuttavia l'interprete con il dubbio di una effettiva volontà legislativa di differenziazione, di una possibile, come si è sopra detto, sovrapposizione delle due valutazioni e, infine, di un'assenza di specificazioni qualificanti il giudizio di "possibilità" ovvero di "probabilità". Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla tormentata evoluzione giurisprudenziale del rapporto di causalità e del criterio giuridicamente rilevante nella causalità materiale e giuridica, con l'approdo all'indice valutativo del "più probabile che non".¹¹ Ed ancora si pensi al forse ancora più tortuoso cammino della determinazione del parametro utile a verificare la causalità da perdita di chance, tanto nella giurisprudenza civile quanto in quella amministrativa, nei casi di incertezza delle utilità economiche derivanti da privazione di eventualità non verificatesi.¹²

Nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 163-*bis* l.fall., il tribunale è in effetti chiamato ad una valutazione prognostica concettualmente non dissimile da quella che sovrintende l'apprezzamento causale della perdita di chance: se si ritiene che in ogni caso il suo potere sia attivabile solo previa motivazione della "probabilità" e di tale concetto si dia un significato rigoroso (che esige anche la determinazione del grado di probabilità: sufficientemente probabile, mediamente probabile, altamente probabile, più probabile che non), il potere del tribunale potrebbe di fatto scarsamente ritrovare valide ragioni di esercizio. Tenendo conto della *ratio* della norma, funzionale a favorire procedimenti competitivi per tutti i casi di allocazione e circolazione dei beni sul mercato, è forse opportuno ritenere che il tribunale debba, soltanto ove si tratti di sua valutazione officiosa, motivare la scelta di attivare un procedimento competitivo sulla base di un criterio di non scarsa probabilità di successo del medesimo, scelta tanto più ragionevole e sostenibile quanto più serrati saranno i

¹⁰ Sulla nozione ed il criterio del "migliore soddisfacimento dei creditori", APICE - MANCINELLI, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2012, p. 501-502.

¹¹ Si veda per un panorama giurisprudenziale aggiornato, soprattutto quanto agli orientamenti di Cassazione, BENIGNI, *Previsioni giurisprudenziali e riparto dell'onere probatorio*, Torino, 2014, p. 68 ss.

¹² TASSONE, *Commentario sub. Art. 126, 269 e ss.*, in *Delle obbligazioni (artt. 1218-1276)*, Comm. c.c., diretto da GABRIELLI, a cura di CUFFARO, *passim*.

tempi della competizione garantiti dal commissario e dal tribunale stesso, onde non creare stalli e rallentamenti della già articolata via della procedura concorsuaria.

La disciplina introdotta dal decreto legge e, come si è detto, vigente per circa sessanta giorni, ha investito ed investe, dunque, le procedure di concordato in tutto o in parte liquidatorie cd. chiuse, aperte con decreti di tribunale adottati nell'arco di vigenza del decreto medesimo. Dopo l'entrata in vigore della legge di conversione, invece, i consistenti dubbi sopra evidenziati possono ritenersi agilmente dispersi. Il nuovo articolo 163-bis impone al tribunale l'esercizio di un potere completamente vincolato: concordati liquidatori "chiusi" non potranno non essere sottoposti all'avvio di una procedura competitiva secondo le scansioni procedurali ivi dettate. In altri termini, il potere resta, ma da potere discrezionale esso si tramuta in potere vincolato: la comparazione di interessi è fatta a monte dal legislatore, che presume che l'avvio di una procedura competitiva sia in sé maggiormente favorevole al ceto creditorio.

4. (Segue). La proposta competitiva e i nuovi commi dell'art. 185 l.fall.

L'altra rilevante modifica ai contenuti e agli esiti del concordato preventivo, come si è detto, è stata introdotta dall'art. 3 del decreto legge, che contiene una serie nutrita di innovazioni a diverse disposizioni della legge fallimentare relative al concordato preventivo: si tratta della proposta competitiva proveniente da una parte qualificata del ceto creditorio. Non è questa la sede per la disamina in dettaglio delle numerose modifiche, concernenti anche i contenuti della relazione del commissario giudiziale ex art. 172 l.fall. e la fase del voto. A tal proposito, sia sufficiente porre in risalto come la tipologia dei controlli del tribunale riguardi la formazione delle classi e sia pertanto riconducibile alla forma classica e già collaudata di controllo giudiziale di legittimità del tribunale stesso.¹³

Merita invece di soffermarsi specificamente sui nuovi commi da 3 a 6 aggiunti all'art. 185 l.fall. Il comma 3 statuisce che «Il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora sia stata approvata e omologata». Sul presupposto di questo obbligo di collaborazione, il legislatore trasforma il commissario giudiziale in una sorta di commissario *ad acta*, prevedendo che lo stesso vigili sull'adempimento del debitore agli obblighi necessari a dare esecuzione alla proposta dei creditori, se appro-

vata e/o omologata, e che riferisca al tribunale di eventuali inadempimenti o ritardi. In tal caso, il tribunale può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti. Questa forma di controllo sostitutivo prevista in capo al tribunale configura una sorta di legittimazione straordinaria per singoli atti del commissario giudiziale. Tale potere del tribunale è attivabile anche su richiesta del soggetto che ha presentato la proposta di concordato approvata e omologata (in tal caso, il procedimento ad istanza di parte prende avvio con ricorso notificato). È interessante mettere in risalto la diversità di fasi nelle quali il potere sostitutivo del commissario in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento del debitore si inserisce: da un lato, gli obblighi collaborativi del debitore diventano esigibili già solo se la proposta è approvata, all'esito delle votazioni, dalle maggioranze prescritte (dunque, dall'approvazione sino all'omologazione), dall'altra, questi obblighi permangono o potrebbero sorgere nella fase esecutiva del concordato, quella cioè dove, di norma, i poteri del commissario sono di mera vigilanza, poiché la procedura di concordato è chiusa e si versa nella fase dell'esecuzione in senso stretto del concordato stesso¹⁴.

La disposizione, pur nella sua formulazione piuttosto chiara (ed al di là del rilievo pratico di essa, sia in ordine al successo che in concreto sarà riservato dalla prassi all'offerta competitiva, sia in ordine al ricorso ai poteri sostitutivi del commissario), nondimeno provoca alcune riflessioni di ordine sistematico quanto al rapporto tra gli istituti generali del diritto civile e la peculiare declinazione del concordato preventivo quale accordo di composizione della crisi. In effetti, il potere sostitutivo del commissario è condizionato alla sussistenza di un inadempimento del debitore: la nozione di adempimento esige evidentemente la individuazione di obbligazioni. Una interpretazione restrittiva della disposizione richiederebbe, dunque, che la proposta di concordato competitiva approvata ed omologata preveda espresse obbligazioni a carico del debitore ovvero, alternativamente, che tali obblighi siano ricavati in via implicita in base alla clausola generale della buona fede, nell'interpretazione ed esecuzione del contratto, ex artt. 1366 e 1375 c.c.

Di contro, potrebbe accedersi ad una interpretazione lata del concetto di inadempimento utilizzato dal legislatore probabilmente in senso atecnico, sicché con esso la norma intenderebbe configurare tutti i casi di inerzia del debitore rispetto ad attività, anche materiali, che non costituiscono in senso stretto adempimento di una obbligazione (in modo analogo al concetto della mera inerzia della Pubblica Ammini-

¹³ Sul punto NARDECCHIA, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano, 2011, p. 109 ss.; AMBROSINI, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di DI MARZIO - MACARIO, Milano, 2010, p. 525 ss., spec. 534 ss.

¹⁴ Si badi infatti alla circostanza che, mentre l'art. 185 l.fall. concerne ancora la fase esecutiva del concordato omologato, i nuovi commi disciplinano anche la fase antecedente che va dalla votazione favorevole all'omologa.

strazione che, secondo l'art. 31 codice processo amministrativo, consente appunto anche la nomina in fase di merito di un commissario).

Ma l'innovazione più significativa all'art. 185 è apportata dal tenore del sesto comma ivi aggiunto, che stabilisce: «Fermo restando il disposto dell'art. 173, il tribunale, sentiti in camera di consiglio il debitore ed il commissario giudiziale, può revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario, 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. Quando è stato nominato il liquidatore a norma dell'art.182, i compiti di amministratore giudiziario possono essere a lui attribuiti».

Le disposizioni contenute nel riportato sesto comma configurano un potere pervasivo del tribunale ancora più rilevante, consistente, con modalità analoghe ai controlli di gestione configurati dall'art. 1409 c.c., nella revoca dell'organo amministrativo e nella sostituzione con un amministratore giudiziario (che non coincide con il commissario, ma può invece coincidere con il liquidatore giudiziale), realizzando quindi una deroga pesantissima al principio generale della insensibilità dell'amministrazione dell'impresa in concordato rispetto alla procedura concorsuale, salvo il potere di vigilanza del commissario giudiziale anche in fase di esecuzione del concordato¹⁵.

La disposizione desta due perplessità, una di ordine sistematico, l'altra relativa invece ai presupposti dell'esercizio di questo speciale potere sostitutivo, in sé considerato e rispetto alla fattispecie contemplata dal comma 3, sopra commentata. In primo luogo, il comma 6 fa salvo il disposto dell'art. 173, che riguarda la revoca del concordato per atti in frode e quando comunque siano venute meno le condizioni di ammissibilità del concordato. Il richiamo all'articolo 173 sembra far trapelare l'idea che sussista una rottura o un affievolimento del rapporto fiduciario tra imprenditore ed organi della procedura, in ipotesi non riconducibili tuttavia alle fattispecie dell'art. 173 l.fall.¹⁶. È importante un'avvertenza: il richiamo dell'art. 173 l.fall. deve ritenersi operante fino a che non avvenga l'omologa della proposta, posto che, per pacifica giuri-

¹⁵ Il tema dei controlli sulla vita delle società è vastissimo; ci si limita qui a richiamare AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in *Trattato dir. comm.*, diretto da COTTINO, p.816 ss.; CERA, *I controlli nelle società di capitali 'chiuse', fra modelli legali ed evoluzione della realtà*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 354; MAINETTI, *Il controllo giudiziario*, in AMBROSINI (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, I, p. 311 ss.

¹⁶ PENTA, *La revoca del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2011, p.; ESPOSITO, *Commento all'art. 173 l.f.*, in NIGRO - SANDULLI - SANTORO (a cura di), *Il Concordato Preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2014, p. 252 ss.

sprudenza, l'omologa costituisce la fase procedurale di chiusura, oltre la quale il potere di revoca del tribunale non è più attivabile.¹⁷ Certo, potrebbe persino intendersi che, poiché la norma fa riferimento anche alla proposta omologata, il disposto dell'art. 173 diventa applicabile persino a seguito dell'omologa, e nella fase meramente esecutiva del concordato preventivo, ma con esito sistematico dirompente.

In secondo luogo, occorre stabilire il criterio discrezionale tra le ipotesi in cui è il commissario giudiziale al quale possono essere attribuiti i poteri per il compimento di atti del debitore, e le ipotesi in cui il tribunale revoca l'organo amministrativo e nomina un amministratore giudiziario. Sembra potersi dire che, mentre il comma 4 dell'art. 185 l.fall. faccia riferimento al compimento di "atti a questo richiesti", quali atti ben individuati o individuabili rispetto ai quali vi sia inadempimento del debitore, il comma 6 si riferisca ad un potere sostitutivo più ampio che riguarda in generale "ogni atto necessario a dare esecuzione alla suddetta proposta". Inoltre, mentre il comma 4 presuppone l'inadempimento del debitore, a tale inadempimento non fa riferimento il comma 6, sicché sorge il dubbio se il potere del tribunale sia totalmente discrezionale ovvero se il potere di revocare l'amministratore, e di nominare un amministratore giudiziario, non sia invece ancorato ad una condotta complessiva del debitore apprezzabile nel suo insieme quale condotta "elusiva" e manifestante inespresse resistenze all'esecuzione della proposta. Di certo la norma di cui al comma 6, confrontata con quella di cui al comma 4, porta a concludere che, ove l'inerzia del debitore riguardi l'aumento del capitale sociale, sarà necessario revocare l'amministratore e nominare un amministratore giudiziario. Potrebbe inferirsene la regola generale secondo cui ogni qual volta l'atto inadempito richiede l'esercizio di poteri istituzionalmente attribuiti, per legge e per statuto, all'organo amministrativo della società, per il tribunale sarà necessario revocare l'organo amministrativo e nominare un amministratore giudiziario.

5. I controlli giudiziali in materia di nuova finanza e di accordi di ristrutturazione

Il nuovo comma 3 dell'art. 182-*quinquies* l.fall. sulla nuova finanza prevede che, nel corso delle procedure di concordato preventivo (anche cd. in bianco) e di accordi di ristrutturazione (anche ai sensi del sesto comma dell'art. 182-*bis* l.fall.), il tribunale, su richiesta del debitore, autorizzi in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111 l.fall., funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale per la durata limitata prevista dalla norma (e cioè fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, l.fall. o all'udienza di omologazione di cui all'ar-

¹⁷ In tal senso v. Cass. sez.un., 23 gennaio 2013 n. 1521 cit.

articolo 182-*bis*, quarto comma, l.fall., o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-*bis*, settimo comma, l.fall.).

La nuova disposizione specifica poi che il ricorso deve indicare: a) la destinazione dei finanziamenti; b) che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e c) che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. A questo punto «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».

È evidente come il nuovo potere di autorizzazione alla concessione della nuova finanza, destinata ad essere soddisfatta in prededuzione, si esercita soltanto sulla scorta di alcune dichiarazioni del debitore e purché si accerti l'urgenza della finanza richiesta. Giova rimarcare come il tribunale, a differenza dell'autorizzazione ad ottenere nuova finanza ai sensi del primo comma dell'art. 182-*quinques* l.fall., non possa contare su una relazione del professionista attestatore, ma debba farsi un proprio convincimento, se del caso sentiti i soggetti interessati, sì da configurare un potere di controllo di merito più discrezionale di quello già previsto dal comma 1 stesso, completamente sganciato dalla valutazione del migliore interesse dei creditori ed ancorato invece alle esigenze economico-finanziarie dell'impresa debitrice.

L'art. 8 del decreto legge in esame ha apportato una serie di modifiche significative anche ai contenuti degli accordi di ristrutturazione, prevedendo la possibilità che questi individuino una o più categorie di creditori appartenenti al ceto bancario e della intermediazione finanziaria, purché, nel caso di più categorie, i soggetti creditori nelle stesse collocate abbiano posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Il primo comma e la prima parte del secondo comma dell'art. 182-*septies* l.fall. stabiliscono infatti che: «Quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la disciplina di cui all'articolo 182-*bis*, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, 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 dei debiti di cui all'articolo 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».

Il legislatore contempla, dunque, una ipotesi di sub-accordi di ristrutturazione il consenso ai quali rende i creditori altresì aderenti all'accordo principale, ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento di cui al primo comma dell'articolo 182-*bis*

l.fall.. In particolare, ciascun sub-accordo di ristrutturazione si estende ai creditori della medesima categoria non aderenti, purché gli aderenti rappresentino il 75% della categoria. Su questo tipo di accordo, il tribunale svolge un controllo quadruplice, come è chiarito dal quarto comma del nuovo articolo 182-*septies* l.fall. che si riporta per esteso: «Il tribunale procede all'omologazione previo accertamento 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 debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti, e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative; c) possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili».

Il Tribunale dunque è chiamato a verificare: i) che le trattative si siano svolte in buona fede; ii) che vi sia omogeneità di interessi e posizione giuridica; iii) che i creditori non aderenti abbiano ricevuto complete ed aggiornate informazioni, in modo da essere stati messi in condizione di partecipare alle trattative; iv) che essi possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Le nuove forme di controllo del tribunale nei casi di accordi con il ceto bancario pongono, da un lato, un problema di raccordo con la disciplina generale dell'art. 182-*bis* l.fall.; dall'altro, e come conseguenza, la corretta delimitazione dei poteri di indagine e valutazione del tribunale. Quanto al raccordo, il primo comma dell'art. 182-*septies* l.fall. stabilisce che la disciplina applicabile agli accordi, quando si raggiungano intese specifiche con il 75% di una o più categorie dei creditori qualificati ivi indicati, è "integrata" dai commi seguenti dell'articolo stesso. Ciò significa che alla disciplina generale dell'art. 182-*bis* l.fall. si aggiunge quella speciale dettata dall'art. 182-*septies* l.fall. E tuttavia questa "sommatoria" di discipline non è agevolmente predicabile con riguardo ai controlli del tribunale ed alla funzione dell'attestazione la quale, ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall., oltre a riguardare la veridicità dei dati aziendali, ha la funzione di attestare la idoneità degli accordi a soddisfare integralmente ed in via ordinaria i creditori che non hanno aderito agli accordi di ristrutturazione. L'attestazione di idoneità ha una funzione ancora più pregnante della relazione del professionista che nel concordato preventivo attesta la fattibilità del piano, dal momento che negli accordi di ristrutturazione, come è noto, il consenso della maggioranza non si forma in corso di procedura e sotto il controllo del tribunale (e dell'organo da esso nominato). D'altra parte, proprio con riferimento agli accor-

di di ristrutturazione una parte della giurisprudenza di merito tende ad affermare un potere di controllo penetrante sulla attestazione di idoneità¹⁸, sconfessato invece da altra parte della giurisprudenza di merito più favorevole ad un controllo esterno di congruità logico-argomentativa e documentale dell'attestazione¹⁹. Certo è che il vaglio degli accordi di ristrutturazione da parte del tribunale è filtrato dall'attestazione. Ebbene, ciò che salta agli occhi immediatamente dalla lettura del nuovo articolo 182-*septies* l.fall. è l'assenza dell'attestazione. A questo punto, il raccordo tra normativa generale e speciale disciplina contenuta nell'articolo da ultimo citato può realizzarsi in due modi assai diversi: a) pretendendo che l'attestatore attesti (anche) l'idoneità dei sub accordi a soddisfare i creditori non aderenti o, al contrario, b) limitando l'attestazione soltanto all'idoneità degli accordi di ristrutturazione "principali" al soddisfacimento ordinario dei creditori non aderenti. Si potrebbe argomentare, in verità, nel senso che, nella misura in cui l'attestatore attesta l'idoneità degli accordi a soddisfare i creditori estranei, è *naturaliter* compresa nella sua valutazione tanto la posizione di tutti coloro che non hanno aderito agli accordi, non aderendo ai sub accordi, quanto l'incidenza dei sub-accordi sugli accordi globalmente considerati.

Invero ciò che più desta perplessità, e veniamo al secondo nodo nevralgico della disposizione in commento, è il controllo del tribunale contemplato alla lettera c) del quarto comma dell'articolo 182-*septies* l.fall., che esige dal tribunale la valutazione che i creditori non aderenti possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Questa valutazione, secondo la lettera della norma, non deve essere oggetto di attestazione. E pur tuttavia è evidente come essa sia delicata, assegnando un ruolo di controllo di merito penetrante al tribunale che, in base al criterio della mera possibilità, dovrà svolgere una prognosi di soddisfacimento del credito in base ai sub accordi non meno favorevole di ipotetiche alternative (non meglio specificate dalla legge, le quali possono verosimilmente consistere anche nella mera mancata estensione degli effetti degli accordi ai creditori non aderenti).

¹⁸ In tal senso si vedano Tribunale Modena, decreto del 19 novembre 14; Tribunale Avellino, decreto del 12 novembre 14, entrambi rinvenibili su www.ilcaso.it. Si segnala il decreto della Corte di Appello di Napoli, 1° dicembre 2014, pubblicato su www.ilcaso.it, il quale afferma che «appare ultroneo demandare al Tribunale il compito di accertamento della fattibilità economica del piano in una sorta di attestazione di secondo grado». Inoltre, la decisione pone in risalto la necessità di verificare in concreto il pregiudizio che i creditori non aderenti ricevono dall'eventuale omologa degli accordi: il controllo di merito del tribunale si svolge solo in caso di opposizione dei creditori.

¹⁹ Si vedano ad esempio, Tribunale Asti, decreto 25 giugno 14, che parla di controllo di legalità "sostanziale" e Tribunale Milano, decreto del 31 luglio 14, entrambi rinvenibili su www.ilcaso.it.

6. Le modifiche normative ai controlli giudiziali: eccezioni al sistema generale o un (poco meditato) nuovo corso?

Esaurito pur brevemente l'esame delle principali modifiche apportate dal d.l. 83/15 in uno alla successiva legge di conversione al sistema dei controlli giudiziali sulle procedure funzionali alla composizione della crisi d'impresa, è possibile rassegnare alcune considerazioni conclusive. Pare fuor di dubbio che il legislatore abbia aperto dei margini considerevoli per un intervento del tribunale non più confinato alla legittimità, ma esteso, in modo più o meno pregnante, al merito, accentuando un processo già avviato con il decreto legge 83/12, il quale si era però limitato a ben specifici interventi funzionali allo svolgimento del concordato ed al rafforzamento delle possibilità di ricorrervi (scioglimento dei contratti pendenti, nuova finanza). Riprendendo l'analisi introduttiva, richiamato l'orientamento sposato dalle sez. un. del 2013 circa la delimitazione dei controlli del tribunale in tema di concordato preventivo, abbiamo messo in luce come la giurisprudenza di legittimità abbia sviluppato un'opera di rifinitura e confinamento delle nozioni stesse di fattibilità giuridica ed economica, opera tuttora in corso la quale tuttavia può essere sintetizzata nel riconoscimento al tribunale, oltre che di un generale vaglio di regolarità e legittimità, e ad espressi casi di valutazioni di merito, del potere di apprezzare sempre e comunque la manifesta inidoneità di proposta e piano non soltanto a perseguire la causa in astratto, o tipica, del concordato, ma a perseguire la causa in concreto a ciascun concordato specificamente sottesa.

Se questo è il quadro di riferimento in cui è intervenuto il legislatore, è agevole constatare come i nuovi controlli vertano tutti in direzione di un controllo di merito della proposta. Tanto vale per il potere del tribunale (discrezionale e se del caso officioso, a norma del decreto legge; sempre dovuto, a norma della legge di conversione) di avviare una procedura competitiva per l'allocatione di azienda, rami d'azienda o beni prima della votazione dei creditori, sulla base dell'offerta chiusa contenuta nel concordato liquidatorio (in tutto o in parte tale), ai sensi del nuovo articolo 163-*bis* l.fall. Ma del pari penetrante è il controllo del tribunale, nella fase successiva all'approvazione della proposta competitiva anche a seguito di omologa, contemplato dal nuovo articolo 185 l.fall., con i poteri sostitutivi ivi disciplinati, che possono giungere alla revoca dell'amministratore ed alla nomina di un amministratore giudiziario. Di merito, e penetranti, sono infine i controlli previsti in tema di nuova finanza *ex art. 182-quinquies* comma 3 l.fall., ed a prescindere da attestazioni, e in materia di accordi di ristrutturazione *ex art. 182-septies* l.fall. A ben vedere, tali controlli non sono neppure decifrabili alla luce della consueta distinzione controllo di legittimità/controllo di merito, perché non riguardano solo il contenuto della

proposta, ma il comportamento dell'imprenditore nel suo complesso (si vedano appunto i poteri sostitutivi esercitabili anche in fase di esecuzione del concordato omologato ai sensi dell'art. 185 l.fall. riformato).

Inoltre, a marcare un'ulteriore distanza di "visione" del sistema dei controlli nella sua interezza, il legislatore con il d.l. 83/15 ha totalmente omesso la presenza dell'attestazione del professionista dotato dei requisiti di professionalità ed indipendenza, richiamata da numerose disposizioni della legge fallimentare: attestazione che rappresentava invece il più chiaro punto di emersione dell'esatto confine tra controllo del tribunale e accesso dell'impresa debitrice alle procedure alternative al fallimento, e che permaneva centrale pur nell'ampliarsi dei poteri del tribunali avviato con il d.l. 83/12. È evidente, allora, che all'interprete, al di là dell'applicazione delle singole disposizioni introdotte, spetta il compito di porsi un interrogativo, la cui risposta non attiene soltanto alla teoria dell'interpretazione

della volontà legislativa, ma ha una portata specifica e concreta nella misura in cui essa orienta l'interpretazione sistematica delle disposizioni della legge fallimentare: il d.l. 83/15 ha inteso arricchire il catalogo dei controlli di merito già previsti in capo al tribunale dalla legge fallimentare (agli articoli 182-*quinquies*, 169-*bis*, ecc.), ovvero ha, forse inavvertitamente, inteso imprimere un nuovo corso all'articolazione dei rapporti tra debitore, creditori e tribunale, assegnando un ruolo di intervento regolatore in capo a quest'ultimo ben più invasivo, sebbene non contornandolo, al contempo, di presupposti e limiti sufficientemente chiari? Probabilmente il coordinamento tra le nuove disposizioni ed i lavori della commissione di riforma della legge fallimentare potrà introdurre quegli elementi di chiarezza sulla visione e la direzione del sistema, necessari agli operatori economici e giuridici della crisi d'impresa.

Viviana Cosenza

Avvocato, custode e amministratore giudiziario

Azienda in amministrazione giudiziaria. Il congelamento della debitoria pregressa. Il "durc" - i debiti contributivi e l'intervento sostitutivo. Prevalenza normativa antimafia

abstract

The credits claimed by Public Administration towards seized assets, accrued before seizure, do not derogate from the Antimafia Code. The studium iuris below analyzes the conflict between the Antimafia Code and the Public Contracts Code in case of non-fulfilment of liabilities to creditors prior to seizure, also facing the thorny topic of "Durc".

keywords

Code of Antimafia, Public contracts Code, Seized Mafia assets.

abstract

I crediti vantati dalla PA nei confronti delle aziende in sequestro, maturati anteriormente al provvedimento ablativo, non derogano alla disciplina dettata dal Codice Antimafia. Lo studium iuris a seguire approfondisce l'ipotesi del contrasto fra il codice antimafia e il codice degli appalti pubblici in caso di inadempienza contributiva / retributiva pregressa dell'azienda sequestrata, affrontando altresì lo spinoso tema del "Durc".

parole chiave

Codice Antimafia, Codice Appalti, Aziende in sequestro.

sommario

1. Il caso pratico. – **2.** Il congelamento della debitoria pregressa dell'azienda in sequestro: incongruenze e conseguenze pratiche. – **3.** Durc: diritto all'emissione [o ammissione in deroga(?)]. Orizzonti auspicabili. – **4.** L'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza dell'esecutore e il codice antimafia: profili interpretativi. – **4.1.** Specialità, gerarchia e successione di leggi. – **5.** Conclusioni.

1. Il caso pratico

Un'azienda in amministrazione giudiziaria vanta dei crediti nei confronti di una P.A. derivanti da un contratto d'appalto. La stazione appaltante (P.A.), prima di procedere al saldo di n. 2 fatture, acquisisce il documento unico di regolarità contributiva (Durc), dal quale emerge che l'azienda non è in regola nei confronti dell'INPS (irregolarità pregressa al sequestro); pertanto, confortata dal parere dello stesso istituto di previdenza,

ritiene di dover attivare la procedura d'intervento sostitutivo ex art. 4, comma 2, d.P.R. n. 207/2010, versando l'importo dovuto direttamente all'INPS (creditore) a copertura dell'inadempienza contributiva.

L'amministratore giudiziario, al contrario, ai sensi della normativa antimafia, chiede che il pagamento sia effettuato esclusivamente all'azienda *in vinculis*.

2. Il congelamento della debitoria pregressa dell'azienda in sequestro: incongruenze e conseguenze pratiche

Con l'entrata in vigore del d.lgs n. 159/2011, istitutivo del c.d. Codice Antimafia, è stata normativizzata, fra le altre, la disciplina concernente i debiti maturati dalle aziende ante sequestro.

Orbene, dalla lettura congiunta dell'art. 50 ("Procedure esecutive dei concessionari di riscossione pubblica" che sancisce la sospensione di qualsivoglia procedimento di carattere esecutivo promosso da Equitalia o altri concessionari di pubblica riscossione nei confronti delle aziende in sequestro), dell'art. 55 ("Azioni Esecutive", analogamente sospensivo per le azioni intraprese dai privati sui beni in sequestro) e degli artt. 57 e ss. (disciplinanti il complesso procedimento di accertamento dei crediti), per uniforme interpretazione e prassi ormai consolidata e costante, si ricava che la debitoria pregressa dell'azienda si "cristallizzi" alla data del sequestro.

Ciò si evince, altresì, dall'ermeneusi dell'art. 54 (Pagamento di crediti prededucibili) laddove si dispone che «i crediti prededucibili sorti nel corso del procedimento di prevenzione che sono liquidi, esigibili e non contestati, non debbono essere accertati secondo le modalità previste dagli articoli 57, 58 e 59», potendo gli stessi essere soddisfatti, in tutto o in parte, previa autorizzazione del Giudice delegato; pertanto, ragionando *a contrario*, tutti gli altri crediti [(risultanti da atti aventi data certa anteriore al sequestro (art. 52, comma 1)], potranno essere onorati, esperite le opportune verifiche previste dalla legge e, previa disponibilità, solo al termine di tali attività di accertamento, e sempreché sussistano le altre condizioni sancite dal Codice antimafia all'art. 52 [a] incapacienza del restante patrimonio del proposto; b) assenza di strumentalità del credito rispetto all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, salva la buona fede del creditore; c) prova del rapporto fondamentale per le promesse di pagamento e per le ricognizioni di debito;

d) per i titoli di credito, prova del rapporto fondamentale e di quello che ne legittima il possesso].

Ciò stante, v'è da dire che il tema del “congelamento” della debitoria ante sequestro pone non poche problematiche di carattere pratico ed operativo. Difatti, sotto il profilo della gestione concreta dell'azienda, si genera il sostanziale ed evidente “paradosso” tra il fine di «(...) incrementare, se possibile, la redditività dei beni» in sequestro (art. 35, comma 5) e l'obbligo di “cristallizzare” i rapporti di debito pregressi (fornitori, banche, etc.); non meno “contraddittoria” e singolare pare la pretesa di richiedere ai creditori di partecipare in buon ordine al processo di accertamento concorsuale (per tutto il pregresso), continuando al contempo (per il prosieguo) a fornire e/o supportare finanziariamente l'azienda sequestrata.

Non di rado, difatti, i creditori insoddisfatti, immediatamente o nelle more del complesso procedimento di accertamento, finiscono con l'interrompere le relazioni contrattuali, sospendendo le relative forniture, con grave nocumento per l'azienda *in vinculis*, già alle prese con il bislacco ostruzionismo delle banche: l'azienda in sequestro, per effetto del subentro dello “Stato”, se da un lato perde il poderoso volano costituito dall'illegalità e dalle sue pratiche (pagamenti con assegni post-datati, lavoro nero, potere intimidatorio), dall'altro non acquista alcuna tutela sotto il profilo dell'accesso al credito! Anzi, nella maggior parte dei casi, si assiste alla tempestiva richiesta di rientro delle esposizioni debitorie (divenute “incagli” in tempi record), e alla revoca degli affidamenti bancari.

Orbene, è evidente che la farraginosità delle procedure legata alla mancanza di buon senso di molti addetti ai lavori (organismi che, a vario titolo, si trovano coinvolti nell'amministrazione di un'azienda *in vinculis*), si traduce purtroppo in un effetto domino (trascinamento) disastroso per le imprese e per il mercato: il crack dell'azienda confiscata, non di rado finisce per travolgere anche le imprese che con essa intrattenevano rapporti commerciali, secondo le comuni e basilari leggi del mercato.

3. Durc: diritto all'emissione [o ammissione in deroga(?)]. Orizzonti auspicabili

Ebbene, il potenziamento dell'istituto del sequestro e della confisca da parte del legislatore, quale strumento di contrasto all'espansione in senso imprenditoriale delle mafie, ha fatto sì che la legge 15 luglio del 2009, n. 94, intervenisse sul d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) inserendo nel dettato dell'art. 38 [(Requisiti di ordine generale) disciplinante le cause di esclusione alla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi], l'art. 1-bis: «Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte

a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-*sexies* del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575 (ora artt. 20 e 24 d.lgs. n. 159/2011), ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario»¹.

La novella legislativa rivela chiaramente l'*intentio legis*, prodroma a consentire alle aziende in sequestro di concorrere sul mercato in condizioni di parità con i propri *competitor*, ovvero accantonando le eventuali condizioni di criticità (illegalità) generatesi prima del subentro dell'amministratore giudiziario

E ciò è di facile comprensione stante l'interesse pubblicistico che la carica giudiziaria sottende e rappresenta, ribadita dall'art. 35 del d.lgs n. 159/11 (Codice Antimafia), ai sensi del quale «L'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale».

Orbene, acclarata dunque la possibilità per le aziende amministrate da un rappresentante delle istituzioni di poter accedere alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, subappalti e similari, benché portatrici di forme di irregolarità contributiva, occorre ora dipanare l'*affair* “DURC”. Nel nostro ordinamento giuridico, ne troviamo una prima traccia nell'art. 8 lett. b-*bis* del d.lgs. 14 agosto 1996, n. 494 “Attuazione della direttiva 92/57/CEE Concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute”, secondo cui «Il committente o il responsabile dei lavori, anche nel caso di affidamento dei lavori ad un'unica impresa [...] chiede un certificato di regolarità contributiva. Tale certificato può essere rilasciato, oltre che dall'INPS e dall'INAIL, per quanto di rispettiva competenza, anche dalle casse edili le quali stipulano una apposita convenzione con i predetti istituti al fine del rilascio di un documento unico di regolarità contributiva» (comma b-*bis*)².

Una definizione dello stesso è rinvenibile all'art. 6, d.P.R. n. 207 del 2010, recante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, secondo il quale «per documento unico di regolarità contributiva si intende il certificato che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento».

Ebbene, il successivo comma 3 dell'art. 38 (Codice degli appalti), qui d'interesse, sancisce, così come modificato, da ultimo dalla l. n. 98 del 2013, che «ai fini degli accertamenti relativi alle cause di esclusione di cui al presente articolo [...] resta fermo per le stazioni appal-

¹ Comma introdotto dall'art. 2, comma 19, legge n. 94 del 2009, poi così modificato dall'art. 4, comma 2, lettera b), legge n. 106 del 2011.

² Invero, benché la normativa contenente la disposizione sia del 1996, trattasi di lettera aggiunta dall'art. 86, comma 10, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

tanti e per gli enti aggiudicatori l'obbligo di acquisire d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva»; parimenti, l'art. 118, comma 6, ultimo periodo, a norma del quale «ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori».

Emerge, *ictu oculi*, che il possesso del DURC costituisca dunque imprescindibile requisito di ammissione alla gare predette: l'attestazione di regolarità contributiva da parte degli Enti previdenziali nei confronti dell'impresa, conferisce a quest'ultima un vero e proprio "status soggettivo" necessario per la partecipazione ai procedimenti di gara di evidenza pubblica (T.a.r. Campania, sez. I, n. 2477/05).

Tuttavia, per l'indagine di cui all'oggetto, la problematica principale si annoda attorno allo scoglio della partecipazione delle aziende sequestrate, perché, se è vero che l'art. 38 comma 1-*bis* ha definitivamente sdoganato la capacità a contrarre delle stesse con la P.A., noi sappiamo che, nell'80% dei casi, tali imprese sono portatrici "naturali" di molteplici forme di irregolarità contributiva (e non solo)³. A parere di chi scrive, dalla lettura congiunta del comma 1-*bis* e del comma 3 dell'art. 38, per evidenti esigenze di coordinamento normativo, dovrebbe conseguire il diritto delle aziende in amministrazione giudiziaria alla emissione di un regolare documento unico di regolarità contributiva, in quanto vincolante requisito di ammissione alle gare predette: se così non fosse, una stessa legge dello stato realizzerebbe il paradosso di stabilire un principio foriero di conseguenze pratiche (comma 1-*bis*: partecipazione procedure delle aziende in sequestro) salvo poi paralizzarne completamente l'efficacia per effetto di incompatibile disposizione successiva (comma 3: acquisizione d'ufficio del Durc)!

Ebbene, nella pratica non ci è dato di sapere in che modo l'azienda in sequestro, portatrice di pregresse forme di irregolarità contributiva, possa essere ammessa alle procedure pubbliche in oggetto, in quanto nessun successivo intervento normativo ha chiarito *se* (ed in quale forma) le aziende in amministrazione giudiziaria abbiano diritto all'emissione di un Durc "regolare" o se, più semplicisticamente, per le stesse, ai fini del 1-*bis*, debba avallarsi una sorta di ammissione "in deroga" (sull'istituto si v. *infra* 3.1).

Nel deserto normativo, auspicando un solerte intervento in tale direzione, l'unico ragionevole criterio per armonizzare le antinomiche disposizioni, potrebbe consistere nel dare visibilità esterna e formale della cesura nella conduzione dell'impresa, attraverso l'addizione al documento di regolarità contributiva delle specifiche attestanti il formale subentro dell'amministratore giu-

diziario, così azzerando, al cospetto della P.A., pregresse cause di esclusione, con automatica operatività dell'art. 38, comma 1-*bis*.

4. L'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza dell'esecutore e il codice antimafia: profili interpretativi

Il d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 – regolamento di esecuzione ed attuazione del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ["Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"] – al Titolo II, in funzione di "Tutela dei lavoratori e della regolarità contributiva", normativizza il cd "intervento sostitutivo", ovvero il potere/dovere della stazione appaltante di pagare direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, l'importo corrispondente all'inadempienza contributiva evidenziata dal Durc da parte dell'esecutore o del subappaltatore (art. 4, comma 2)⁴.

Con successiva circolare, n. 3/12 del 16.02.12 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in merito all'applicazione dell'intervento sostitutivo, è stato chiarito che la procedura operi non solo quando il debito delle stazioni appaltanti nei confronti degli appaltatori "copra" interamente quanto dovuto agli Istituti e alle Casse edili, ma anche qualora suddetto debito "colmi" solo in parte le inadempienza certificate.

Nella nota prot. 60010.21/03/2012.0002029 del 21 marzo 2012 dell'INAIL (Durc – Intervento sostitutivo della stazione appaltante – Art.4 d.P.R. n. 207/2010), viene, tra l'altro, utilmente evidenziato che il termine "contratto pubblico" comprenda tutte le tipologie di appalti pubblici, i servizi e le attività in convenzione e/o concessione, nonché tutti gli altri contratti, assoggettati ad una procedura di evidenza pubblica e disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, avente ad oggetto un *dare* o un *facere* funzionale alla realizzazione

⁴ Art. 4, comma 2, d.P.R. n. 207/10: «Nelle ipotesi previste dall'articolo 6, commi 3 e 4, in caso di ottenimento da parte del responsabile del procedimento del documento unico di regolarità contributiva che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, il medesimo trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza. Il pagamento di quanto dovuto per le inadempienze accertate mediante il documento unico di regolarità contributiva è disposto dai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile». La legge 9 agosto 2013 n. 98, recante Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia, all'art. 31 "Semplificazioni in materia di DURC", in armonia col precedente dettato normativo del 2010, stabilisce che «nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nelle ipotesi previste dai commi 4 e 5 del presente articolo, in caso di ottenimento da parte dei soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, del documento unico di regolarità contributiva che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, i medesimi soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), del d.P.R. n. 207 del 2010 trattengono dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza».

³ L'impresa, proprio perché "mafiosa", è ontologicamente latrice di illegalità.

di un risultato e/o di un vantaggio e dietro pagamento di un corrispettivo. Nella medesima nota, l'INAIL ribadisce inoltre che l'intervento sostitutivo trova applicazione nel caso di inadempienze contributive segnalate nel Durc in relazione ad ogni operatore economico, sia esso appaltatore o subappaltatore, per il quale, in occasione del pagamento delle relative prestazioni, la stazione appaltante abbia acquisito un Durc attestante l'irregolarità; l'intervento sostitutivo deve inoltre essere attivato da tutte le stazioni appaltanti e, dunque, non solo dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli organismi di diritto pubblico (di cui all'art. 3, commi 25 e 26 del Codice dei contratti pubblici) ma anche dagli enti aggiudicatori, e gli altri soggetti aggiudicatori (indicati rispettivamente dall'articolo 3, commi 29, 31, 32 e 33 del medesimo Codice).

Ebbene, tale procedimento di saldo diretto o "per saltum" è previsto anche dal successivo art. 5 del d.P.R. n. 207/10 in caso di inadempienza cd. "retributiva"⁵, fatto salvo, solo in tale ipotesi, l'obbligo per il responsabile del procedimento di preventivo invito ad adempiere, formulato per iscritto, al soggetto inadempiente entro il termine di 15 giorni, decorsi inutilmente i quali (in assenza di formale e motivata contestazione circa la fondatezza della richiesta), si potrà procedere al pagamento diretto ai lavoratori delle retribuzioni arretrate (detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'esecutore del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente).

Orbene, per quanto la normativa appaia pacifica, non poche problematiche interpretative ed applicative si pongono allorché la tematica afferisca un'azienda *in vinculis*.

E difatti, l'entrata in vigore del Codice Antimafia, ha reso del tutto evidente che, per ovvie opzioni e scelte di politica criminale del legislatore, le aziende in amministrazione giudiziaria godono di una normativa privilegiata e "speciale", derogando alle norme previste in via generale per le imprese non gravate da vincolo giudiziario.

Il problema che qui si pone, a fronte di un (apparente) conflitto nelle disposizioni di legge, concerne chiaramente la debitoria ante sequestro: se è vero che il passivo pregresso debba considerarsi "cristallizzato" (v. § 1), in quanto maturato dalla compagine sociale destituita di ogni potere in presenza di *fumus commissi delicti*, come si coordina la norma che assegna alle stazioni appaltanti il potere di pagare in via diretta gli enti previdenziali?

I crediti degli enti previdenziali/assistenziali (art. 4) o degli stessi lavoratori (art. 5), sono pertanto da considerarsi "astrabili" dal monte debiti congelato? Le norme dettate agli art. 57 e ss. dal d.lgs. n. 159/2011, previste in via generale per l'accertamento dei crediti,

devono essere derogate nei casi previsti dagli artt. 4 e 5 del d.P.R. n. 207/2010 o viceversa?

4.1. Specialità, gerarchia e successione di leggi

Ebbene, il *busillis* può essere affrontato muovendo anzitutto da quei principi generali tradizionalmente utilizzati dagli ordinamenti giuridici per la risoluzione dei conflitti normativi, fra i quali, *in primis*, il criterio della specialità: l'antinomia normativa potrebbe (a parere di chi scrive, dovrebbe) essere superata ricorrendo all'antico brocardo "*lex specialis derogat generali*"; eleggendo la normativa antimafia a legge speciale (dato pacifico e incontrovertibile), consegue, automatica, la deroga all'applicabilità degli artt. 4 e 5 del d.P.R. n. 207/2010 in relazione alle aziende in sequestro, facendo salva, *in toto*, la normativa prescritta dal codice antimafia per l'accertamento del credito.

Tuttavia, l'applicazione e l'operatività del principio di specialità, nel caso di specie, non può considerarsi così pacifica, e ciò in quanto entrambe le fattispecie presentano elementi e profili di specialità. Mutuando dal diritto penale l'istituto, potremmo parlare di specialità cd. bilaterale o reciproca: se è vero che l'insieme delle norme che contrastano le mafie è speciale rispetto alle norme dell'ordinamento penale in generale (l'elemento associazionistico è specializzante rispetto alle diverse ipotesi di reato), è altrettanto innegabile che la normativa dettata a tutela dei lavoratori e della loro capacità contributiva e retributiva (artt. 4 e 5: intervento sostitutivo) che coinvolga il settore pubblico, costituisca parimenti elemento di specialità. E difatti, a favore dell'intervento sostitutivo, si potrebbe obiettare che anche la normativa posta dal d.P.R. n. 207/10 possa considerarsi speciale rispetto a quella antimafia, specie tenendo conto della sua *ratio legis*, palesemente in funzione di un rafforzamento della tutela dei soggetti gerarchicamente "deboli".

Invero, prima di passare in rassegna gli altri principi dirimenti che l'ordinamento pone al servizio dell'interprete, relativamente al tema della specialità, occorre soffermarsi brevemente su quell'istituto giuridico ad esso collegato e concettualmente contiguo che è la deroga. E difatti, la deroga può ben considerarsi l'epifenomeno attraverso cui opera il principio di specialità, ricorrendo quando una norma (derogante), per l'appunto "deroga" a quanto contenuto in un'altra disposizione normativa (derogata), secondo un rapporto di regola ed eccezione: la norma derogata, invero, continua ad operare *erga omnes* (ovvero verso i destinatari naturali: regola) ma, per effetto della norma derogante, il suo ambito di applicazione si riduce, non esplicando i suoi effetti nei confronti delle fattispecie previste dalla norma derogante (eccezione).

Nell'indagine qui d'interesse, è senz'altro la normativa antimafia a rappresentare la norma derogante, per effetto della quale la disposizione di cui all'art. 4 del d.P.R. n. 207/2010 vede ridursi il proprio ambito di operatività. In sostanza, la norma disciplinante l'intervento sostituti-

⁵ Ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi (di cui all'art. 118, comma 8, ult. periodo, d.lgs. n. 163 del 2006) impiegato nell'esecuzione del contratto.

vo rappresenterebbe la “regola”, con conseguente obbligo per i soggetti legislativamente individuati di darvi corso a fronte delle certificate inadempienze, mentre la non operatività del procedimento sostitutivo nei confronti delle imprese in amministrazione giudiziaria costituirebbe “l’eccezione”, per l’appunto, alla regola generale.

Relativamente agli altri principi che l’ordinamento pone al servizio dell’ermeneusi, ovvero il criterio cronologico e il criterio gerarchico, vedremo brevemente come questi si atteggiavano rispetto alla tematica di cui all’oggetto.

Il criterio cronologico rimanda immediatamente al tema della successione delle leggi nel tempo, di cui all’art. 15 delle cd. preleggi: «Le leggi non sono abrogate⁶ che da leggi posteriori per dichiarazione espressa⁷ del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore⁸».

È bene sin da subito precisare che, nel caso in oggetto, sarebbe assolutamente improprio parlare di una pur velata applicazione dell’art. 15, in quanto la tematica non afferisce assolutamente all’istituto dell’abrogazione cui la disposizione fa riferimento, ma lambisce il criterio cronologico esclusivamente sotto il profilo puramente letterale di cui al brocardo di scuola “*lex posterior derogat priori*”, con ciò richiamando, ancora una volta l’istituto della deroga, inquadrato però in tale ottica sotto il profilo temporale.

Anche in tale direzione puramente “cronologica”, l’interpretazione non può che propendere verso la prevalenza della normativa antimafia (del 2011), in quanto successiva sia all’emanazione del c.d. codice appalti (del 2006), che del suo regolamento di esecuzione (del 2010).

Da ultimo, vediamo come anche il criterio gerarchico faccia spostare nettamente e, a parere di questo interprete, definitivamente, l’ago della bilancia in favore dell’applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. 159/11: senza addentrarci in prolusioni d’interesse prettamente costituzionalistico, ci limiteremo ad evidenziare che, se è vero che la legge superiore deroga alla legge inferiore (“*lex superior derogat inferiori*”), allora la supposta antinomia è destinata a decadere *eo ipso* stante l’indiscussa superiorità, nella piramide delle fonti del diritto, degli atti aventi

vis legis (gli artt. 57 e ss. del Codice antimafia trovano la loro fonte in un atto avente forza di legge, ossia il decreto legislativo n. 159/11) rispetto alle norme regolamentari (l’art. 4 trova la sua fonte in un decreto presidenziale, il d.P.R. n. 207/10: regolamento d’esecuzione).

5. Conclusioni

Dalle considerazioni sopra esposte, emerge in modo inequivoco la superiorità, *ergo*, la prevalenza, della normativa antimafia sulle disposizioni di carattere amministrativo/fiscale di cui al d.P.R. n. 207/10. E invero, è di tutta evidenza che le finalità alla base dell’intervento sostitutivo, rispondono ad esigenze del tutto differenti rispetto a quelle sottese alla legiferazione antimafia: se col procedimento di “saldo diretto” delle inadempienze contributive (art. 4) e retributive (art. 5) si è inteso tutelare le categorie socialmente più esposte, secondo meritori criteri di equità sociale e sostanziale, la sottrazione delle aziende “mafiose” a favore della gestione *lato sensu* statale, oltre che il fine primario di privare le mafie dei mezzi economici prodromi alla perpetrazione dei crimini, persegue anche l’obiettivo nodale di realizzare un “repulisti” delle stesse dagli elementi viziosi. E invero, in tali ipotesi, l’attivarsi della procedura dell’intervento sostitutivo, al contrario, può finire per danneggiare i lavoratori medesimi, traducendosi nella sottrazione di quella liquidità necessaria, talvolta, alla sopravvivenza stessa dell’azienda.

Sappiamo infatti che, nella maggior parte dei casi, gli amministratori giudiziari che subentrano alle compagnie imprenditoriali mafiose si trovano sin da subito in debito di ossigeno di liquidità, stante la già sottolineata recalcitranza degli istituti di credito a supportare e sostenere le aziende in sequestro. Proprio per tali ragioni, diviene determinante per l’amministratore giudiziario poter contare (negli sporadici casi in cui ciò si verifica) su eventuali crediti giacenti lasciati “in eredità”, premessa minima per qualsivoglia tentativo di continuare a concorrere nel mercato in condizioni di competitività.

In conclusione, il contrasto fra quanto disposto dall’art. 4, comma 2, d.P.R. 207/2010 e il procedimento di accertamento concorsuale dei crediti di cui agli artt. 57 e ss. d.lgs. 159/2011 deve essere risolto a favore della prevalenza della normativa antimafia, e conseguentemente, dell’inapplicabilità/non operatività dell’intervento sostitutivo per i debiti maturati dall’azienda prima⁹ del sequestro. Ne consegue che, qualunque pagamento effettuato a soggetto diverso dall’amministratore giudiziario, è destinato a tradursi in un’illegittima sottrazione alla gestione giudiziaria di un elemento di redditività: per effetto del sequestro delle quote sociali e dei beni di un’azienda, tutti i cespiti e i crediti della stessa devono – *ipso iure* – essere posti nella sfera di disponibilità dell’amministratore giudiziario.

⁹ Resta salva, ovviamente, l’applicabilità della normativa per i debiti contratti in costanza di custodia.

⁶ Le norme abrogate non possono applicarsi ai fatti che si verificano successivamente all’abrogazione: tuttavia, esse continuano ad applicarsi ai rapporti sorti durante la loro vigenza. In questa prospettiva, esse potranno ancora ricevere applicazione giurisprudenziale ed essere oggetto di sindacato di legittimità costituzionale.

⁷ Abrogazione cd. espressa: il legislatore emana un’esplicita disposizione abrogatrice.

⁸ Abrogazione cd. tacita: può prodursi o per effetto dell’incompatibilità della disciplina pregressa con la nuova, o in quanto la materia risulta interamente disciplinata da successive disposizioni normative; in quest’ultima ipotesi, le norme precedenti si intendono abrogate anche quando non siano difformi o in contrasto con la nuova disciplina.

Diffamazione e danno non patrimoniale

abstract

The reflection of the criminal tutelage for the defamation by press, forces to an orientation revision in theme of compensation for damage, especially of the not patrimonial one.

In such a sense the necessity of a more modern alternative reflection is placed between the reading which attributes the not patrimonial compensation for damage a compensatory function and that one instead what inclines for attribution of a punitive function, with consequent performance – in this last case – of many of the effects which intend to reach themselves with the criminal case forecast.

keywords

Defamation by press – Not patrimonial compensation for damage – Compensative damages – Punitive damages.

abstract

Il ripensamento della tutela penale per la diffamazione a mezzo stampa, obbliga ad una revisione degli orientamenti in tema di risarcimento del danno, in special modo di quello non patrimoniale. In tal senso si pone la necessità di una più moderna riflessione dell'alternativa tra la lettura che attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione compensativa e quella che invece propende per l'iscrizione di una funzione sanzionatoria, con conseguente assolvimento – in quest'ultimo caso – di molti degli effetti che si intendono raggiungere con la previsione di fattispecie criminose.

parole chiave

Diffamazione a mezzo stampa – Risarcimento del danno non patrimoniale – Funzione compensativa della tutela risarcitoria – Funzione punitiva della tutela risarcitoria.

sommario

1. L'alternativa tra tutela risarcitoria aquiliana e cd. contrattuale. – 2. (Segue). La lesione dall'interno e dall'esterno del rapporto giuridico. – 3. L'alternativa tra danno patrimoniale e non patrimoniale, tra funzione compensativa e sanzionatoria.

1. L'alternativa tra tutela risarcitoria aquiliana e cd. contrattuale

Il danno non patrimoniale derivante da condotte diffamatorie, secondo l'orientamento tradizionale, non potrebbe che trovare tutela attraverso il rimedio risarcitorio extracontrattuale; e ciò, in larga parte, per la considerazione che la condotta lesiva è penalmente rilevante.

La soluzione non sembra così certa alla luce del moderno dibattito e ciò non solo per la sempre più marcata autonomia dell'illecito civile da quello penale¹, ma anche per le necessità di riforma che impongono un arretramento di quest'ultimo.

A tal proposito va rilevato che già nel 2013 la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per la violazione della libertà di espressione (art. 10 della Convenzione), con riferimento alla applicazione di pena detentiva per il reato di diffamazione a mezzo stampa².

Ciò costringe ad un ripensamento del sistema di risposta dell'ordinamento alle offese dei diritti fondamentali lesi da condotte diffamatorie non solo sotto il profilo della modifica delle fattispecie di reato, ma anche della revisione degli orientamenti in tema di risarcimento del danno (specie di quello non patrimoniale)³. In tal senso si pone la necessità di una più

¹ Ciò vale non solo quando mancano in concreto le condizioni per la punibilità penale (cfr. Cass., sez. civ., sez. III, 3 marzo 2008, n. 18210 in <http://www.italgiure.giustizia.it>), ma in generale perché, come si vedrà nel prosieguo, la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente l'applicazione della tutela risarcitoria ogni qual volta vengono lesi i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione (quali l'onore, la reputazione, ecc.) indipendentemente dalla circostanza che l'ordinamento appronti altre forme di reazione come quella penale.

² Cfr. la sentenza n. 43612/2013, pubblicata il 24/9/2013 (Belpietro contro Italia) e quella pubblicata il 8/10/2013 (Ricci contro Italia), entrambe in http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20.wp.

³ La necessità di trovare, attraverso una riforma della normativa in vigore, un punto di equilibrio tra l'attenuazione del rigore sanzionatorio e l'adozione di efficaci misure risarcitorie, è stata espressa anche dal Presidente della Repubblica nella nota di accompagnamento al decreto 20/12/12 con cui si è esercitato il potere attribuitogli dall'art. 87, comma 9 della Costituzione. Sono seguiti negli ultimi anni una serie di progetti di legge (cfr. il d.d.l. S. 1119) i quali si propongono di cancellare la possibilità di irrogare la pena della reclusione per i reati di ingiuria e diffamazione a fronte di un innalzamento delle sanzioni pecuniarie.

moderna riflessione dell'alternativa tra la lettura che attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale una funzione compensativa e quella che invece propende per l'ascrizione di una funzione sanzionatoria, con conseguente assolvimento – in quest'ultimo caso – di molti degli effetti che si intendono raggiungere con la previsione di fattispecie criminose.

Ciò premesso, va rilevato che sulla scia di ravvicinati interventi della Corte di Cassazione⁴, il giudice delle leggi dodici anni fa⁵, partendo dal presupposto che si fosse venuto a consolidare un orientamento sia giurisprudenziale che legislativo che aveva riconosciuto in diversi casi la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di fuori delle ipotesi di reato, concludeva che all'art. 2059 c.c. non andasse più attribuita una funzione sanzionatoria, ma una soltanto tipizzante dei singoli casi di risarcibilità del danno non patrimoniale, da ammettersi, quindi, in tutte le ipotesi di lesioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta Costituzionale⁶.

Da questo momento si è andato sempre più consolidando la tesi che attribuisce al risarcimento del danno non patrimoniale (ed in specie quello di natura extracontrattuale) una connotazione riparatoria. Di qui la necessità della prova del pregiudizio subito (con conseguente progressivo abbandono delle tesi del "danno evento" e del danno *in re ipsa*) e la determinazione della condanna pecuniaria in base all'entità

degli effetti che l'offesa ha cagionato nella sfera della vittima.

Nel 2008 il quadro si è completato con l'affermazione dell'idea che anche dall'adempimento di un'obbligazione possa derivare un danno non patrimoniale da risarcire secondo le regole dettate dagli artt. 1218 e 1223 c.c.⁷

Tale conclusione è fondata sul richiamo all'art. 1174 c.c. che, pur stabilendo che la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica, conferma che essa può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale del debitore. Di qui l'affermazione secondo cui la lesione di quest'ultimo porta alla necessità di un risarcimento secondo le regole stabilite dall'art. 1218 c.c., con conseguente creazione delle premesse per il superamento del tradizionale cumulo o concorso di responsabilità da tempo utilizzato dalla giurisprudenza quando l'inadempimento dell'obbligazione incide sulla persona del creditore⁸.

Si tratta di un assetto tutt'altro che statico e che si presta a numerose obiezioni⁹, visto l'ampliamento del campo di operatività della responsabilità risarcitoria cd. contrattuale¹⁰ e ciò anche alla luce della contrastata applicazione delle categorie dell'obbligazione senza prestazione e dei contratti ad effetti protettivi verso terzi.

⁴ Cass., 12 maggio 2003, nn. 7283 e 7281 e Cass. 31 maggio 2003, nn. 8828, 8827, in *Foro it.*, I, 2003, c. 2272 ss., con commento di E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali, il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*.

⁵ Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, I, 2003, c. 2201 ss., con nota di E. NAVARRETTA, in *Giur. cost.*, 2003, p. 1981 ss. con commento di G.B. FERRI, *Le temps retrouvé dell'art. 2059 c.c.*, in *Rass. Dir. civ.*, 3/2003, con nota di P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino. Una interpretazione che non convince*. A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 13 ss.

⁶ Può dirsi, quindi, superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. si identificerebbe solo con il cosiddetto danno morale soggettivo. Al contrario, una sua interpretazione costituzionalmente orientata impone di ricomprendere nell'astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima, sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.), sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona. Ancora vivo è il confronto sull'ampiezza di tale ultima categoria tra chi ne conferma la validità e ne propone l'ampliamento (P. CENDON - P. ZIVIZ, *Vincitori e vinti ... dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 10/2003, p. 1780) e chi invece ne evidenzia i pericoli di distorsione del sistema, aprendo a pregiudizi inconsistenti soventi legati ad idiosincrasie del singolo.

⁷ Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, I, 2009, c. 120 ss., con nota di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; di R. PARDOLESI e R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale*; e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

⁸ La linea di confine del risarcimento del danno non patrimoniale di fonte cd. contrattuale risiederebbe negli interessi compresi nell'area del contratto da accertare attraverso lo strumento della causa in concreto che, secondo la sentenza n. 10490/06, va intesa come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico da realizzare. Più ampiamente sul tema B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 1985 ss.

⁹ Per una parte della dottrina il sistema delineato dall'art. 1218 e ss. c.c. si impenna sul risarcimento dei danni patrimoniali che vengono identificati dall'art. 1223 c.c. mediante la nota bipartizione tra danno emergente e lucro cessante. In detta disciplina, poi, non v'è alcun rimando all'art. 2059 c.c., la cui collocazione sistematica confermerebbe la sola compatibilità del danno non patrimoniale con quello di fonte extracontrattuale. Più ampiamente v. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983. In tal senso Cass., 23 dicembre 2003, n. 19769, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 1763; Z. ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali ed inadempimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di VISINTINI, Milano, 1984, p. 19; ID., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 77 ss.; G. SMORTO, *Il danno da inadempimento*, Padova, 2006, p. 55 ss.; P. G. MONATERI, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano 2004.

¹⁰ Cass, Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro it.*, 2008, I, c. 455 ss.

Semplificando al massimo, l'ampliamento dell'ambito di applicazione della responsabilità contrattuale è stato realizzato attraverso due direttici, operando alcuni sul piano delle fonti (è il tema degli obblighi di protezione), mentre altri sul versante del rapporto (è questo il tema dell'obbligazione complessa elaborata all'interno di una lettura assiologicamente orientata alla valorizzazione della persona).

Il primo filone parte dall'insoddisfazione verso lo schema tradizionale che non darebbe un'adeguata tutela alla persona del creditore, non reputandosi sufficiente il riconoscimento dell'esistenza di obblighi a ciò diretti di natura accessoria rispetto all'obbligazione principale.

Di qui la configurazione autonoma degli obblighi di protezione con conseguente rilettura del rapporto contrattuale, all'interno del quale andrebbero individuati, accanto al nucleo fondamentale costituito dall'obbligazione di prestazione (cui corrisponde un'aspettativa per così dire di tipo dinamico patrimoniale), obblighi autonomi imposti a ciascuna delle parti per la tutela della persona e del patrimonio dell'altra¹¹.

Ampia è la corrente che dà spazio agli obblighi di protezione ricollegandoli al principio, peraltro controverso, della buona fede integrativa di cui all'art. 1175 c.c. Questi accederebbero al rapporto obbligatorio in vista dell'interesse di ciascuna parte a preservare la propria persona e le proprie cose dalla specifica possibilità di danno, derivante dalla particolare relazione costituitasi tra i due soggetti¹².

Altro orientamento stacca gli obblighi di protezione oltre che sul piano della struttura, anche su quello della fonte. Infatti, la costituzione aperta dell'art. 1173 c.c. che, annoverando tra le fonti delle obbligazioni "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico", sarebbe in grado di contenere anche le obbligazioni consistenti in obblighi altri come le obbligazioni senza prestazione¹³.

Al di là di tali non secondarie differenziazioni, quello che unisce le tratteggiate prospettazioni è la distinzione tra due interessi specifici, ciascuno di essi possibile causa originatrice di responsabilità contrattuale e cioè quello all'attività tecnica pattuita e quello alla protezione della persona umana.

Qui l'obbligo di protezione è solo connesso all'obbligo di cui alla prestazione tipica, nel senso che i due momenti (quello della prestazione tipica e quello della

protezione) si scindono sul piano logico e strutturale, residuando solo un'occasionale compresenza nell'ambito del rapporto, con l'effetto che l'adempimento può essere inteso solo in senso ampio come generale ed armonica realizzazione di tutti gli interessi sussistenti nel suo ambito.

In altri termini, il filone in esame affianca alla visione classica di obbligazione, cioè quella avente ad oggetto la prestazione, un'altra tipologia di obbligazione, quella senza prestazione, diretta a proteggere la persona ed i beni dell'altro contraente.

Su un piano diverso (anche se non sempre tenuto distinto da quello appena esaminato) si muovono altre teorie che declinano la complessità non tanto dall'esterno dell'obbligazione "classicamente intesa" (affiancando a questa l'obbligazione senza prestazione), ma all'interno, arricchendola fino a farle assumere la funzione di cornice nel cui ambito convivono singoli rapporti con varie caratterizzazioni¹⁴.

L'obbligazione diventa così una situazione compressa nei contenuti, identificati, variamente, in poteri, obblighi, facoltà, oneri¹⁵ e ciò come logica conseguenza dell'attuazione della funzione costituzionale della tutela della persona¹⁶. Tale lettura porta alla disarticolazione del modello unitario dell'obbligazione, atteso che taluni rapporti obbligatori, per lo stretto legame con la persona, andrebbero ad assumere rilevanza e valore esistenziale.

In un complesso confronto dialogico agli orientamenti tratteggianti si oppongono molte voci che contrastano la complicazione dello schema obbligatorio sotto diversi profili.

Innanzitutto alcuni fanno leva sulla superfluità di una enucleazione autonoma degli obblighi di protezione, in quanto questi sarebbero già compresi nell'obbligo primario di eseguire la prestazione dovuta, giovando a poco spezzarla in due parti e distinguere un interesse alla prestazione e uno di protezione¹⁷.

¹⁴ G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 498. L'autore mette in risalto la necessità di superare la prospettiva che concepiva l'obbligazione come essenzialmente costituita dalla pretesa di un soggetto determinato nei confronti di un altro soggetto pure determinato ad un certo specifico comportamento rivolto alla soddisfazione di un interesse del primo. Si invoca, così, il passaggio da una nozione di obbligazione come rapporto semplice ad una come rapporto complesso e cioè un organismo formato non solo dall'obbligo concernente la cd. prestazione primaria, ma anche di (eventuali) prestazioni secondarie di risarcimento e prestazioni collaterali e doveri di comportamento (di informazione, di cautela, diligenza, ecc.) poste a salvaguardia della sfera giuridica del creditore della prestazione dovuta.

¹⁵ P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 350 ss.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, cit., p. 758, 858-859.

¹⁷ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1984, p. 18 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 73 ss.

¹¹ G. MASTRANDREA, *Obbligo di protezione e caratteri della responsabilità del vettore di persone*, in *Riv. Trasp.*, II/1991, p. 45.

¹² L. MENGONI *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, 368 ss.; *Id.*, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 509 ss.; *Id.*, *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 1094 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 676 ss.

¹³ C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, XXI, 1 ss.; *Id.*, *L'obbligazione senza prestazione*, in *Studi in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 196 ss.

Altri mettono in guardia verso alcune conseguenze delle teorizzazioni in esame perché si finisce per allargare l'ambito tutelato dall'obbligazione anche ad interessi (specie della persona) rispetto ai quali il rapporto contrattuale è stato una mera occasione.

Si fa notare, infatti, che se tale esigenza di ampliamento può essere giustificata in sistemi, quali quello tedesco, in cui la responsabilità aquiliana è tipizzata, per cui l'espansione della disciplina delle obbligazioni va a coprire aree prive di tutela, essa non trova giustificazione nell'ordinamento italiano governato dal principio di atipicità dell'illecito aquiliano. Anzi, ampliare la tutela cd. contrattuale ad interessi della persona estranei al rapporto determinerebbe un'interferenza fra i due rimedi risarcitori che, oltre che foriera di confusione, finisce per snaturarli essendo quello cd. contrattuale parametrato all'ottenimento di un bene che non si ha (prospettiva dinamica) e quello aquiliano alla conservazione di un bene che si ha (prospettiva statica)¹⁸.

Vanno registrate, infine, le voci che mettono in guardia da letture capaci di snaturare il ruolo dell'autonomia dei privati, piegando questa al perseguimento non di interessi individuali, ma anche e soprattutto sociali¹⁹.

Una volta ammessa la ricostruzione dell'obbligazione in termini di rapporto complesso o accettata l'enucleazione di autonomi obblighi di protezione, si è aperta poi la strada per l'individuazione di un contratto dal quale nascono obbligazioni dirette a pro-

teggere anche soggetti terzi rispetto al contratto, che possono essere pregiudicati dall'inadempimento per la loro contiguità alla sfera del creditore (cd. contratto ad effetti protettivi verso terzi)²⁰.

Si tratta di un vasto campo di indagine che mette in discussione anche l'inquadramento nel campo di operatività della responsabilità extracontrattuale del danno (specie non patrimoniale) derivante dalla diffamazione attraverso i moderni mezzi di comunicazione (soprattutto internet, social media, ecc.), potendosi rinvenire nei moderni media numerose figure di garanzia e ipotesi di cd. contatto sociale, in presenza dei quali non vi sarebbero ostacoli alla riconducibilità alla tutela risarcitoria cd. contrattuale.

In altri termini, da una generale ascrizione del risarcimento del danno derivante da condotte diffamatorie all'ambito di applicazione della tutela aquiliana, si è passati alla creazione delle premesse per l'ipotesi contraria e cioè per l'"attrazione" nel capo della tutela risarcitoria cd. contrattuale; e ciò anche in ragione dell'indubbia facilitazione che gli artt. 1218 e ss. danno al danneggiante, soprattutto sotto il profilo della distribuzione dell'onere probatorio²¹.

¹⁸ G. DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in AA. VV. *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004, p. 23 ss.; ID., *Lesione dell'interesse legittimo e lesione del rapporto giuridico*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 981 ss.; ID., *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006, p. 1543 ss.; ID., *La lesione del rapporto giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, p. 625 ss. L'Autore oltre a mettere in risalto le aporie dogmatiche a cui la teoria dell'obbligazione senza prestazione dà luogo, rileva come non convincono le conseguenze a cui porta tale teorizzazione, giacché in una società disomogenea come la nostra risulterebbe quasi impossibile configurare casi in cui tra danneggiante e danneggiato non sia possibile immaginare un qualche obbligo di protezione. L'effetto sarebbe quello di ridurre la tutela extracontrattuale ad ipotesi del tutto marginali e, quindi, di applicare alla gran parte delle lesioni di situazioni giuridiche assolute la disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. Inoltre la tesi contestata finirebbe per snaturare la funzione del rimedio di cui all'art. 1218 c.c. essendo questo diretto a garantire al danneggiato un bene o un'utilità che ancora non ha nella sua sfera giuridica e non a tutelare lo *status quo ante* a cui è finalizzata la tutela extracontrattuale.

¹⁹ G.B. FERRI, *Il ruolo della volontà negoziale e il documento informatico*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, p. 284, dove si sottopone a serrata critica la pronuncia della Cass., 24 settembre 1999, n. 10511; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990; B. IZZI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2007, p. 479 ss.; ID., *Causa in concreto e sopravvenienze nel contratto di viaggio vacanza tutto compreso*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1133 ss.

²⁰ Se nel contratto a favore del terzo, quest'ultimo ha nei confronti del promettente una propria pretesa essendo il beneficiario dell'obbligazione, nel contratto ad effetti protettivi verso terzi quest'ultimi pur non potendo vantare alcuna pretesa autonoma, hanno interesse alla corretta esecuzione perché possono essere danneggiati dall'inadempimento nei confronti del soggetto ad essi legato da uno speciale rapporto. G. VARANESE, *Il contratto ad effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, a cui si rimanda per l'ampia dottrina e giurisprudenza richiamate. Sul punto si vedano anche Cass., 9 maggio 2000, n. 5881, in *Danno e resp.*, 2001, p. 169 ss. con nota di D'Angelo; Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3115 ss., con nota di R. SIMONE; in *Resp. civ. e prev.*, 2003, I, p. 134 e ss., con nota di M. GORGONI, *Il contratto tra la gestante ed il ginecologo ha effetti protettivi anche nei confronti del padre*; in *Dir. famiglia*, 2004, p. 676 ss. con nota di M. CINGOLANI e S. PECORA, *Omessa diagnosi di malformazioni fetali e categorie di danno: il punto di vista della Corte di Cassazione*; in *Giur. it.*, 2003, p. 883 ss. con nota di PONCIBÒ; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p. 619 con nota di DE MATTEIS; Cass. civ., 29 luglio 2004 n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 con nota di FEOLA; in *Giur. it.*, 2005, p. 1147 con nota di GIOVANARDI; in *Giust. civ.*, p. 2115 ss. con nota di E. GIACOBBE, *Brevi osservazioni sul danno da "nascita indesiderata" ovvero un bambino malformato non ha il diritto di nascere*; in *Dir. e Giust.*, 2004, n. 33, p. 8 con nota di M. ROSSETTI, *Danno da nascita indesiderata: la Suprema corte mette i paletti*. Sui successivi sviluppi v. anche F. PARENTE, *Malformazioni fetali e danni esistenziali da procreazione*, in *Rass. dir. priv.*, 2005, p. 1003 ss.; A. PINNA, *Nascere sani o non nascere: la Cassazione nega l'esistenza di un tale diritto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1 ss.

²¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in MACCARONE-NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, p. 287. DOLMETTA, *A proposito della responsabilità della banca nei confronti del cliente oggetto di segnalazione di notizie false alla centrale rischi*, in *Banca Borsa*, 1997, II, p. 364.

2. (Segue). La lesione dall'interno e dall'esterno del rapporto giuridico

Per una più equilibrata sistemazione, un utile contributo può pervenire dalla tesi che individua il discrimine tra le due regole risarcitorie in base alla natura dell'interesse tutelato nelle situazioni giuridiche soggettive, le quali possono essere categorizzate a seconda che esse siano dirette a tutelare un interesse che si ha (le situazioni giuridiche soggettive assolute) e quelle invece dirette a proteggere un interesse che non si ha (quelle relative)²².

Il recupero della prospettiva teleologica dell'interesse (a conservare od a conseguire) delle situazioni assolute e relative, da un lato, e l'indagine sulla funzione delle regole extracontrattuali e contrattuali – deputate rispettivamente ad assicurare un interesse a conservare od a conseguire –, dall'altro, consente di applicare, in via generale, gli artt. 2043 e ss. c.c. alle ipotesi di lesione delle situazioni giuridiche assolute (e, quindi, non solo del diritto soggettivo) e gli artt. 1218 e ss. c.c. alle ipotesi di lesione di quelle relative (e quindi non solo del diritto di credito).

«In questo senso l'art. 1218 c.c. è lo strumento di reazione alla crisi non solo del rapporto obbligatorio, ma anche degli altri rapporti giuridici, proprio per la sua funzione dinamica (e cioè quella di assicurare un bene che non si ha), mentre appare non corretta l'utilizzazione in questi casi dell'art. 2043 c.c., pure da molti auspicata, proprio per la diversa funzione (statica) insita in tale rimedio».²³

²² R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962

²³ «Non può negarsi che numerose sono le resistenze verso tale ricostruzione e ciò soprattutto per la lettura che viene data agli artt. 1218 e 1174 c.c. Infatti, se l'estensione della tutela aquiliana ha trovato sostegno nell'assenza di ogni riferimento nell'art. 2043 alla tipologia di situazione giuridica lesa, non così è avvenuto per quella contrattuale perché numerosi sono i riferimenti specifici nell'art. 1218 c.c. al rapporto obbligatorio. Tale disposizione regola la responsabilità del debitore che non esegue la prestazione dovuta a condizione che non provi che l'inadempimento o il ritardo sia determinato da impossibilità derivante da una causa a lui non imputabile. Si fa riferimento, quindi, al "debitore", alla "prestazione dovuta", all'"inadempimento" e cioè a concetti tipici del rapporto obbligatorio. L'art. 1218, poi, è collocato nel titolo I del libro IV del codice civile e cioè nella parte specificamente dedicata alle obbligazioni. Tale disciplina, secondo alcuni, non sarebbe estensibile ad altri tipi di rapporto in virtù del disposto dell'art. 1174 c.c. il quale, pur non definendo la nozione di obbligazione, ne indica i caratteri essenziali con il chiaro intento di evitare una sua applicazione anche a quei rapporti non qualificabili come obbligazioni. Vi sarebbero quindi due elementi, quello letterale e quello sistematico, che impedirebbero un'estensione della tutela risarcitoria contrattuale alla lesione di rapporti diversi dall'obbligazione. Affermare, però, che l'art. 1218 c.c. fa specifico riferimento alla violazione del rapporto obbligatorio e l'art. 1174 c.c. ha una funzione precettiva non significa che tale disciplina non sia estensibile, quantomeno in via analogica, a rapporti diversi dall'obbligazione, soprattutto se si tien conto della genesi e della funzione di tali disposizioni»: G. DI GIANDOMENICO, *La lesione del rapporto giuridico*, p. 657-658.

Sulla scorta di tale impostazione è possibile tentare una sistemazione delle regole risarcitorie da applicare nell'ipotesi di danno non patrimoniale.

Innanzitutto qualora non sia rinvenibile nessun rapporto giuridico (in senso proprio) e vengano lese situazioni giuridiche assolute, la tutela risarcitoria non può che fondarsi sugli artt. 2043 e 2059 c.c.

Qualora sia rinvenibile un rapporto giuridico è necessario distinguere tre ipotesi.

Innanzitutto può aversi l'ipotesi di lesione dall'interno del rapporto giuridico (sia esso patrimoniale che non). In questi casi il titolare della situazione passiva non pone in essere quel comportamento (positivo o negativo) diretto alla soddisfazione dell'interesse a conseguire un bene che non si ha (sia esso di natura patrimoniale o non) che fa capo al titolare della situazione attiva. Qualora il comportamento inadempiente cagioni un danno (anche non patrimoniale) questo va ristorato applicando la disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. c.c., proprio perché tali norme sono costruite per proteggere l'interesse a conseguire un bene che non si ha²⁴ e ciò sia nell'ipotesi di danno patrimoniale che non patrimoniale.

Dalla lesione dall'interno del rapporto va distinta la lesione verso l'esterno di questo, che si ha quando il soggetto titolare della situazione passiva, nel violare il rapporto giuridico, va a ledere, oltre che la situazione relativa, anche una assoluta (esterna al rapporto) facente capo al titolare della situazione relativa.

In questo caso la tutela contro la violazione della situazione assoluta non può essere assicurata per il tramite degli artt. 1218 c.c., bensì con la regola aquiliana, perché non si tratta di perseguire l'interesse a conseguire qualcosa che non si ha (tale profilo vale solo per le situazioni relative), ma di tutelare quello a conservare e garantire lo *status quo ante*.²⁵

3. L'alternativa tra danno patrimoniale e non patrimoniale, tra funzione compensativa e sanzionatoria

Oltre al problema dell'inquadramento della regola risarcitoria (aquiliana o cd. contrattuale) v'è pure il tema della natura del danno risarcibile (patrimoniale o non patrimoniale) e ciò per i non netti confini tra onore, decoro, reputazione²⁶ e immagine, soprattutto

²⁴ Tale affermazione non significa che l'art. 1218 c.c. possa essere invocato sempre, dovendosi verificare, a seconda del rapporto giuridico coinvolto, l'esistenza di un margine di operatività in relazione ai specifici rimedi satisfattori approntati dall'ordinamento.

²⁵ Più ampiamente sul punto: B. IZZI, *Il rapporto giuridico non patrimoniale*, Milano, 2012, p. 341-357.

²⁶ La reputazione viene normalmente intesa nel senso di includervi sia l'onore in senso oggettivo, sia l'onore in senso soggettivo: il primo inteso come la stima della quale l'individuo gode nella comunità in cui vive e opera, come il patrimonio morale riconosciuto dai consociati o come il senso della dignità personale nell'opinione di altri; il secondo inteso come il sentimento di cia-

quando tali beni appartengono a persone o soggetti giuridici²⁷.

In estrema sintesi, qualora venga lesa la reputazione personale (consistente nella dignità e prestigio di cui ogni persona gode indipendentemente dall'attività che svolge) quella che viene in considerazione è un'ipotesi di danno non patrimoniale, risarcibile nei limiti in cui si realizza una lesione di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente tutelato.

Nel caso di lesione della reputazione professionale (detta anche commerciale, economica o lavorativa) – e cioè quando la condotta altrui genera una diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie con le quali la persona (soprattutto giuridica) interagisce nel proprio ambito lavorativo – si ha invece un'ipotesi di danno patrimoniale.

scuno della propria dignità morale e della somma di qualità che ciascuno attribuisce a se stesso. Nel concetto di reputazione rientra il decoro professionale, da intendersi come l'immagine che un soggetto ha costruito di sé nel proprio ambiente lavorativo. La reputazione di una persona consiste, pertanto, nella proiezione verso l'esterno dell'insieme dei suoi valori che le vengono riconosciuti dal corpo sociale e concerne non solo le qualità morali ma qualsiasi ambito e aspetto in cui si esplica la vita umana e l'attività economica, culturale, politica e sociale. Essa non consiste in un sentimento individuale, scollegato dal mondo esterno, o nel semplice amor proprio che ciascuna persona ha per se stessa; la reputazione che rileva giuridicamente va identificata con l'idea di dignità personale che è presente nell'opinione comune e che è ritenuta esigibile da parte di tutti i consociati. Da ciò consegue che il concetto di reputazione può variare a seconda dell'ambito sociale, politico, culturale o economico in cui venga presa in considerazione per valutare l'eventuale lesione subita dalla persona. (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008 n. 491; Cass., sez. III, 10 maggio 2001 n. 6507; Cass. sez. III, 1 marzo 1993 n. 2491 in <http://www.italgiure.giustizia.it>).

²⁷ In giurisprudenza non sembrano esservi dubbi sulla risarcibilità del danno non patrimoniale anche nei confronti della persona giuridica e, in genere, dell'ente collettivo, allorché il fatto lesivo incida su una situazione giuridica che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione. (ex multis Cass. civ., Sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929, Cass. civ. sez. lav. 21 maggio 2013 n. 22396 in <http://www.italgiure.giustizia.it>). Più vivace è il dibattito in dottrina, per le difficoltà di immaginare un danno morale, inteso come turbamento nella sfera psichica del danneggiato, in capo ad un soggetto giuridico. Per una ricostruzione dell'iter evolutivo del riconoscimento dei diritti della personalità degli enti cfr: P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, *passim*, C. PERLINGIERI, *Enti e diritti della personalità*, Napoli, 2008, 69-98; A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2002, p. 861-867; D. VITTORIA, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 540; A. FUSARO, *I diritti della personalità degli enti collettivi*, Padova, 2002, p. 242-258; A. MUSIO, *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*, in *Il danno all'immagine delle persone giuridiche: profili civilistici, penalistici ed erariali*, a cura di F. AVERSANO, A. LAINO, A. MUSIO, Torino, 2012, 9 ss; V. ZENO-ZENCOVICH, *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*, in *Diritto informazione e informatica*, 2014, 405 ss.

Ovviamente un'unica condotta può dar luogo ad entrambe le ipotesi o ad una soltanto e le stesse²⁸, come si è in precedenza argomentato, possono trovare tutela sia per il tramite degli artt. 2043 e 2059 c.c. sia attraverso gli artt. 2018 e ss. c.c.

L'alternativa sembra rilevare non tanto sulla necessità di dimostrare la sussistenza del danno (visto il progressivo superamento del danno *in re ipsa*)²⁹, ma soprattutto sul contenuto dell'onere probatorio diretto nel primo caso a dimostrare gli effetti sulla sfera personale³⁰ e il secondo su quella economica.

Tuttavia, nell'ipotesi di danno non patrimoniale, il ricorso a criteri presuntivi, se alleggerisce (nell'ipotesi di tutela aquiliana) l'onere probatorio del danneggiato, finisce spesso per considerare il pregiudizio come normale conseguenza della lesione subita, con irrisolvibile contraddizione.

Ai fini ricostruttivi, però, quello che rileva è che nella quantificazione, anche se si riafferma la funzione compensativa del risarcimento del danno non patrimoniale (guardando al perturbamento che l'offesa ha arrecato nella sfera della vittima), la giurisprudenza spesso utilizza (in modo più o meno esplicito) anche altri parametri (il grado della colpa, l'intensità del dolo, la capacità economica del responsabile e soprattutto il vantaggio economico che l'autore dell'illecito ha tratto o che intendeva trarre, ecc.)³¹, così disvelando le potenzialità delle tesi cd. sanzionatorie della natura del danno non patrimoniale³².

²⁸ Sulla scorta della giurisprudenza della Corte Costituzionale nell'ipotesi di danno non patrimoniale è necessario che l'offesa sia grave e che il diritto venga violato in una certa soglia minima, perché il pregiudizio sia meritevole di tutela nell'ambito di un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Tali requisiti attuano il bilanciamento tra il principio di solidarietà e quello di tolleranza che impone che il risarcimento del danno non patrimoniale sia dovuto solo nel caso in cui il pregiudizio non sia futile e non tollerabile.

²⁹ Cass., 4 giugno 2007, n. 12929 in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 144 ss. con nota di I. PALMIGIANI, *La prova del danno non patrimoniale alle persone giuridiche: una questione solo apparentemente risolta*; in *Giur. it.*, 2008, IV, p. 876 ss. con nota di A. ANGIULLI, *Il danno non patrimoniale agli enti collettivi tra danno evento e danno-conseguenza*; in *Giust. civ.*, 2008, p. 1998 ss. con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Diritti della personalità, persone giuridiche e società di persone*; e in *Resp. civ.*, 2008, p. 117 ss. con nota di C. IURILLI, *La tutela dell'immagine delle persone giuridiche tra danno evento e danno conseguenza*.

³⁰ Si pensi alle difficoltà che si vengono a creare per gli organi sociali della persona giuridica nei loro rapporti con i terzi e alla diminuzione della reputazione dell'ente collettivo fra i consociati.

³¹ A. D'ADDA, *Le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale, in Responsabilità civile: danno non patrimoniale* (a cura di S. PATTI, S. DELLE MONACHE), Torino, 2010, p. 116-149.

³² Secondo tale impostazione il pregiudizio non patrimoniale è tanto evanescente da non consentire di spiegare in termini riparatori il rimedio in questione che invece troverebbe un senso se si ipotizzasse che l'ordinamento, a fronte di condotte riprovevoli che offendono i valori della persona, abbia scelto di imporre condanne pecuniarie che puniscano il reo e la cui minaccia distolga i consociati da porre in essere siffatte offese. Una simile ricostru-

Si tratta di una prospettiva che consentirebbe di estendere, seppur con i limiti e le aporie segnalate, anche a settori diversi dalla stampa, come i nuovi media, rimedi che consentano di tener conto anche delle modalità di esecuzione della condotta³³.

zione (che avvicinerrebbe il nostro ordinamento a quelli conoscono la figura dei *punitive damages*) troverebbe peraltro la principale conferma di ordine sistematico nell'esistenza del "filtro" previsto dall'art. 2059 c.c. Più ampiamente sul punto: cfr. G.B. FERRI, *Il diritto alla salute e l'economia del dolore*, in *Riv dir. Comm.*, 1999, I, p. 832 e ss.

³³ L'art. 12 della l. 08.02.1948 n. 47 (legge sulla stampa) consente (nell'ipotesi di diffamazione a mezzo stampa) al danneggiato di chiedere, oltre che il risarcimento ai sensi dell'art. 185 c.p., anche una somma a titolo di riparazione determinata in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato.

Rassegna di legittimità

Annullamento del contratto – Vizi della volontà – Sussistenza

Il contratto può essere annullato ai sensi dell'art. 1434 c.c. qualora la volontà del contraente sia stata alterata dalla coazione, fisica o psichica, proveniente dalla controparte o da un terzo, requisiti che non ricorrono ove la determinazione della parte sia stata provocata da timori meramente interni ovvero da personali valutazioni di convenienza, senza cioè che l'oggettività del pregiudizio risalti – su iniziativa probatoria della parte che promuove la domanda di annullamento – quale idonea a condizionare un libero processo determinativo delle proprie scelte. Secondo un consolidato indirizzo, invero, cui si presta adesione, in materia di annullamento del contratto per vizi della volontà, si verifica l'ipotesi della violenza, invalidante, il negozio giuridico, qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dal comportamento posto in essere dalla controparte o da un terzo e risultante di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio.

Cass. civ., sez. I, 09 ottobre 2015, n.20305

Pres. Rordorf, Est. Ferro

Conto corrente bancario – Interessi – Indicazione del tasso – Precisa determinazione

In tema di contratto conto corrente bancario, la convenzione relativa agli interessi deve contenere la puntuale indicazione del tasso praticato e, ove esso sia convenuto come variabile, ai fini della sua precisa individuazione concreta, nel corso della vita del rapporto contrattuale, è necessario il riferimento a parametri che consentano la sua precisa determinazione, non essendo sufficienti generici riferimenti (come ad es. i c.d. usi di piazza), dai quali non emerga con chiarezza quale previsione le parti abbiano inteso richiamare con la loro pattuizione.

Cass. civ., sez. VI, 30 ottobre 2015, n.22179

Pres. Dogliotti, Est. Genovese

Danno non patrimoniale – Valutazione equitativa – Criteri di valutazione del danno

Nella liquidazione del danno non patrimoniale, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, non è consentita la liquidazione equitativa c.d. pura, che non

faccia riferimento a criteri obiettivi di liquidazione del danno che tengano conto ed elaborino le differenti variabili del caso concreto, allo scopo di rendere verificabile a posteriori l'iter logico attraverso cui il giudice di merito sia pervenuto alla relativa quantificazione, e di permettere di verificare se e come abbia tenuto conto della gravità del fatto, delle condizioni soggettive della persona, dell'entità della relativa sofferenza e del turbamento del suo stato d'animo. Per garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, tra i criteri in astratto adottabili deve ritenersi preferibile il riferimento al criterio di liquidazione predisposto dal Tribunale di Milano al quale la S.C., in applicazione dell'art. 3 Cost., riconosce la valenza, in linea generale, di parametro di conformità della valutazione equitativa del danno non patrimoniale alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., salvo che non sussistano in concreto circostanze idonee a giustificare l'abbandono.

Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2015, n.20895

Pres. Salmé, Est. Rubino

Decreto ingiuntivo – Più obbligati – Opposizione – Eccezione di incompetenza

1. In tema di procedimento per decreto ingiuntivo, qualora il decreto sia stato emesso nei confronti di distinti soggetti, l'atto di citazione in opposizione al decreto, equivalendo alla comparsa di risposta, costituisce, nel regime dell'art. 38, primo comma, c.p.c., nel testo novellato dall'art. 45 della l. n. 69 del 2009, il veicolo necessario della deduzione da parte degli ingiunti di qualsiasi eccezione di incompetenza del giudice che emise il decreto. Ne consegue che, qualora ognuno degli ingiunti proponga separata citazione in opposizione al decreto notificandola anche agli altri senza sollevare eccezione di incompetenza del giudice del monitorio, tale eccezione resta preclusa per ogni specie di competenza e non può essere svolta nella comparsa di costituzione che ciascun ingiunto ritenga di depositare dopo la notifica dell'opposizione altrui.

2. Nel regime della rilevazione della questione di competenza, di cui all'art. 38 c.p.c., nel testo sostituito dalla l. n. 69 del 2009, ove il convenuto abbia sollevato un'eccezione di incompetenza territoriale inderogabile nella comparsa di risposta depositata direttamente all'udienza di prima comparizione ai sensi dell'art. 183 c.p.c., anziché nel termine di cui all'art. 166 c.p.c., e, dunque, tardiva-

mente, il potere di rilevazione officioso della stessa eccezione o di una diversa eccezione di incompetenza territoriale inderogabile dev'essere esercitato necessariamente ed espressamente dal giudice nella detta udienza. In mancanza, la competenza resta radicata avanti al giudice adito, dovendosi escludere che l'esercizio espresso del potere officioso per la questione di competenza tardivamente sollevata dalla parte non occorra in ragione del già esercitato potere da parte di essa, giacché detto esercizio deve considerarsi, per la sua tardività, tamquam non esset.

Cass. civ., sez. VI, ord. 23 ottobre 2015, n.21672
Pres. Finocchiaro, Est. Frasca

Diffamazione a mezzo stampa – Artt. 114 c.p.p. e 684 c.p. – Valutazione del giudice di merito

In merito al risarcimento del danno conseguente al reato di pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale, vanno rimessi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite in relazione alla seguente questione: se, con riferimento all'interpretazione del combinato disposto degli artt. 114 c.p.p. e 684 c.p., la valutazione del giudice di merito debba ritenersi vincolata al semplice rilievo della minima riproduzione di un atto non divulgabile ovvero possa essere orientata all'apprezzamento dei contenuti della riproduzione medesima.

Cass. civ., sez. I, ord. 28 ottobre 2015, n.22003
Pres. Forte, Est. Campanile

Interdizione – Lieve ritardo mentale – Amministrazione di sostegno

Non può essere interdetto il soggetto, affetto da un lieve ritardo mentale, che ha sì difficoltà nella gestione del grosso patrimonio economico lasciato in eredità, ma è riuscito a completare gli studi, ha lavorato per anni e vive una situazione sentimentale stabile. Per la gestione di una rilevante eredità, è preferibile, l'istituto dell'amministrazione di sostegno, figura che curi gli interessi del soggetto in situazioni di maggiore complessità.

Cass. civ., sez. I, 11 settembre 2015, n.17962
Pres. Forte, Est. Mercolino

Interpretazione del contratto – Interpretazione letterale – Prevalenza

In materia di interpretazione del contratto, il criterio fondamentale è l'interpretazione letterale dei termini utilizzati dalle parti nella stesura dell'accordo; deve ritenersi esclusa, perciò, l'indagine in merito alla reale intenzione delle parti, ove le espressioni usate nel contratto abbiano natura chiara ed inequivocabile.

Cass. civ., sez. II, 06 novembre 2015, n.22701
Pres. Bucciantè, Est. Abete

Locazione finanziaria – Vizi della cosa anteriori alla consegna – Sospensione del pagamento del prezzo – Risoluzione – Riduzione del corrispettivo – Risarcimento danni

In tema di locazione finanziaria, ove i vizi della cosa siano emersi prima della consegna, il concedente deve sospendere il pagamento del prezzo in favore del fornitore, nei cui confronti può agire per la risoluzione del contratto di fornitura o la riduzione del corrispettivo, mentre, se si siano rivelati dopo la consegna, l'utilizzatore ha azione diretta verso il fornitore. In ogni caso, lo stesso utilizzatore può agire contro il fornitore per il risarcimento dei danni e la restituzione dei canoni già pagati al concedente.

Cass. civ., sez. un., 05 ottobre 2015, n.19785
Pres. Rovelli, Est. Spirito

Matrimonio – Convivenza per tre anni – limite nullità del matrimonio concordatario

La situazione giuridica di convivenza tra i coniugi costituisce elemento essenziale del matrimonio - rapporto e lo connota in maniera determinante. Pertanto, tale convivenza, se protratta per un tempo minimo di tre anni, costituisce un limite di ordine pubblico alla declaratoria di nullità del matrimonio concordatario.

Cass. civ., sez. I, 22 settembre 2015, n.18695
Pres. Forte, Est. Campanile

Mediazione – Ordinaria diligenza – Responsabilità

Il mediatore, pur non essendo tenuto, in difetto di un incarico particolare in proposito, a svolgere, nell'adempimento della sua prestazione, specifiche indagini di natura tecnico-giuridica (come l'accertamento della regolarità edilizia ed urbanistica dell'immobile oggetto del trasferimento), al fine di individuare circostanze rilevanti circa la conclusione dell'affare a lui non note, tuttavia, qualora dia informazioni su circostanze di cui non abbia consapevolezza e che non abbia controllato, che si rivelino poi inesatte e non veritiere, ovvero ometta di comunicare circostanze da lui non conosciute ma conoscibili con l'ordinaria diligenza professionale, è legittimamente configurabile una sua responsabilità per i danni sofferti, per l'effetto, dal cliente

Cass. civ., sez. II, 16 settembre 2015, n.18140
Pres. Bucciantè, est. Falaschi

Risoluzione del contratto per inadempimento – Pronuncia costitutiva – Mancanza di causa delle obbligazioni – Obbligo di restituzione – Debito di valuta

La risoluzione del contratto per inadempimento a seguito della pronuncia costitutiva del giudice priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti. Ne consegue che l'obbligo restitutorio relativo all'originaria prestazione pecuniaria, anche in favore della parte non inadempiente, ha natura di debito di valuta, come tale non soggetto a rivalutazione monetaria, se non nei termini del maggior danno – da provarsi dal creditore – rispetto a quello soddisfatto dagli interessi legali, ai sensi dell'art. 1224 cod. civ.

Cass. civ., sez. II, 05 novembre 2015, n. 22664
Pres. Piccialli, Est. Lombardo

Rassegna di merito

Centrale rischi: esperibile lo strumento cautelare ex art. 700 c.p.c.

Quando la domanda inibitoria di cancellazione della segnalazione alla Centrale Rischi sia connessa all'accertamento di merito della dedotta illegittimità della condotta tenuta dall'istituto segnalante, si tratta di ipotesi di responsabilità extracontrattuale volta ad accertare l'eventuale violazione, da parte dell'organo segnalante, del principio generale del neminem ledere di cui all'art. 2043 c.c. e non di accertamento di una violazione delle modalità di trattamento dati.

Trib. Roma, 08 agosto 2015

Giud. Landi

Centrale rischi: la domanda cautelare in corso di causa va proposta con autonomo ricorso

La domanda cautelare volta ad ottenere la cancellazione della segnalazione presso la Centrale Rischi e/o l'inibitoria, nei confronti del soggetto segnalante, rispetto a future segnalazioni relative al medesimo rapporto contrattuale, si propone con ricorso da depositarsi in cancelleria. In corso di causa, pur essendo ammissibile il deposito dello stesso in udienza, il ricorso cautelare deve essere comunque autonomo, non potendo la domanda essere contenuta neppure implicitamente in un altro atto, come quello introduttivo.

L'adozione di un piano di ammortamento alla francese non comporta, di per sé, alcun fenomeno anatocistico, atteso che il calcolo degli interessi è operato sul capitale residuo ovvero sul capitale che rimane da restituire. A partire dalla quota di interessi riferita alla singola rata, la quota capitale è ricavata per differenza.

Trib. Brescia, 20 luglio 2015 n.2249

Giud. V. Agnese

C.t.u. contabile: inammissibile se meramente esplorativa

La consulenza tecnica d'ufficio non costituisce un mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitano di specifiche conoscenze, con la conseguenza che il suddetto mezzo non può essere utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alle deficienze delle proprie allegazioni o offer-

te di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati.

Per poter procedere al conferimento di un incarico ad un consulente occorre che, quanto meno, siano allegati circostanze specifiche e, soprattutto, concretamente riferibili al rapporto oggetto di causa sulle quali l'esperto dovrà svolgere la propria indagine, individuandole non in astratto, ma con riferimento alle caratteristiche delle singole fattispecie concrete: altrimenti, si corre il concreto rischio di dar luogo ad una consulenza non solo meramente esplorativa, ma addirittura "investigativa", ovvero di dare spazio ad un'indagine finalizzata a ricercare e dimostrare profili di invalidità del rapporto contrattuale, che è compito della parte allegare e provare.

Trib. S. M. Capua Vetere, 17 novembre 2014, n. 4789

Giud. L. Caputo

Espropriazione: pignorabile la casa coniugale su cui sia stata iscritta ipoteca

1. L'ordinanza di assegnazione della casa coniugale, pur se trascritta anteriormente al pignoramento immobiliare, non è opponibile al creditore procedente nell'ipotesi in cui questi agisca esecutivamente in forza di un contratto di mutuo assistito da garanzia ipotecaria, laddove l'ipoteca in favore del creditore medesimo risulti iscritta anteriormente alla trascrizione dell'ordinanza di assegnazione dell'immobile.

2. In materia di assegnazione della casa coniugale, non trovano applicazione i principi che governano il rapporto tra locazione ed ipoteca, in particolare il principio dell'insensibilità della locazione all'ipoteca, atteso che mentre la locazione conserva integro il valore d'uso del bene, l'assegnazione della casa coniugale, invece, non implicando alcun obbligo di pagamento, azzerava il valore d'uso dell'immobile.

Trib. Benevento, 21 luglio 2014, n. 187

Giud. M.L. D'Orsi

Indebito: il cliente deve produrre contratto ed estratti conto integrali

Al fine di correttamente esperire l'azione di ripetizione di indebito, è in primo luogo essenziale, per la ricostruzione della movimentazione contabile, l'acquisizione degli estratti conto e del contratto. Questi ultimi, in ottemperanza al principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., devono essere prodotti dal cliente che

promuova l'azione nei confronti della banca per ottenerne la condanna alla restituzione delle somme che si assumono indebitamente riscosse.

Non è possibile supplire al prescritto onere probatorio, incumbente sul cliente, a mezzo dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c., non potendo il Giudice accogliere richieste del tutto esplorative.

Ne discende che, poiché nel rapporto di conto corrente ogni saldo periodico annotato ha come riferimento iniziale quello risultante dal precedente conto, l'esatta determinazione del saldo finale presuppone che a ritroso si possa risalire a quello di inizio del rapporto, senza alcun "salto" contabile intermedio. Ove ciò non sia possibile in base alla documentazione acquisita, gli effetti ricadranno sulla parte onerata dall'onere probatorio. Di conseguenza, quando è il cliente che agisce contro la banca per fare accertare i saldi del suo conto, con la richiesta di condanna della controparte alla restituzione dell'eventuale somma non dovuta, onerato della prova, in base al già citato 2697 c.c., è il cliente medesimo. La mancata produzione del contratto porta inevitabilmente al rigetto di tutte le domande, in quanto sformite del supporto probatorio in ordine alle lamentate nullità di clausole negoziali.

Nel caso in cui il correntista-attore contesti, altresì, l'applicazione di interessi usurari, è onere dello stesso provvedere non solo alla specifica indicazione dei termini in cui sarebbe avvenuto il superamento del tasso soglia, ma anche, e comunque, alla produzione dei decreti ministeriali e delle rilevazioni aventi per oggetto i tassi soglia nel periodo di riferimento.

Trib. Trapani, 22 ottobre 2015, n.1009

Giud. F. Lo Bianco

Leasing: l'onere dell'immatricolazione non grava sul concedente

Nel contratto di leasing l'onere dell'immatricolazione non grava sul concedente ma è a carico del fornitore ed in mancanza dell'utilizzatore.

Trib. Lecce, 09 ottobre 2015, n.4800

Giud. N. Mazzone

Leasing – Atp: l'accertamento dell'usura non è demandabile al Ctu

Nonostante il ricorso all'istituto della consulenza tecnica preventiva, proprio per la funzione di conciliazione assoluta, non possa essere limitato a quei soli contenziosi per i quali, incontestata la sussistenza del credito, le posizioni delle parti divergano solo sul quantum debeat, va tuttavia evidenziato che, per scelta legislativa, tale forma di ricorso è strettamente correlata all'inadempimento o al fatto illecito, con esclusione dunque di qualsiasi altra fonte da cui potrebbe sorgere il diritto di ricevere somme di denaro, tra cui le azioni di indebito (oggettivo e soggettivo) e di arricchimento senza giusta causa.

La possibilità di affidare ad un consulente del Tribunale alcune indagini, non può prescindere dall'esigenza che gli accertamenti demandabili all'esperto richiedano

solo una verifica di natura tecnica, ma non anche indagini e accertamenti di natura squisitamente giuridica che, evidentemente, nel caso di contrasto tra le parti spettano all'Autorità Giudiziaria.

È questo il caso delle contestazioni sollevate in materia di usura oggettiva, risultando in fattispecie del genere inammissibile il ricorso allo strumento di cui all'art. 696-bis c.p.c.

Trib. Roma, 24 settembre 2015

Giud. M. Buscema

Lehman Brothers: rating invariato fino al default, tracollo imprevedibile

In materia di titoli "Lehman Brothers", la mancata variazione del rating e del VaR inducono a ritenere che, sino al 15 settembre 2008 – data del default – non sussistessero circostanze obiettivamente ed univocamente attestanti un'elevata probabilità di fallimento della Lehman Brothers, tali da poter influenzare in modo rilevante il grado di rischio dell'investimento.

A fronte dell'imprevedibilità del fallimento Lehman, non può ritenersi che sussistessero particolari obblighi di informazione "continuativa" in capo all'intermediario. Infatti, l'unico onere in capo alla banca intermediaria era quello di informare il cliente se un titolo fosse uscito dall'elenco delle obbligazioni a basso rischio/rendimento, redatto dal Consorzio Patti Chiari, in base a due parametri: "il rischio di mancato rimborso, misurato con l'indicatore ... chiamato rating" ed "il rischio di una perdita di valore del titolo sul mercato finanziario (e dunque di una perdita per il risparmiatore se vende il titolo prima della scadenza), chiamato Valore a Rischio o Var", redatto da una società appositamente incaricata per la sua analisi, che non doveva variare dell'1% su base settimanale".

Gli obblighi informativi sulla natura e le caratteristiche dei titoli sussistono soltanto fino al momento dell'investimento, con la conseguenza che l'intermediario non è tenuto a informare l'investitore della perdita di valore o dell'aumento di rischiosità dei titoli verificatisi in data successiva all'acquisto.

Trib. Roma, 13 ottobre 2015 n. 20420

Giud. G. Romano

Lite temeraria: eccezioni sciatte, generiche, sollevate con formule standard sanzionate con condanna ex art. 96 comma 3 c.p.c.

Le sciatte eccezioni del tutto generiche e pretestuose sollevate con formulazione di eccezioni standard, avulse dalla realtà fattuale e documentale la contestazione di una variazione unilaterale peggiorativa senza alcuna indicazione e la richiesta della parte di un documento già prodotto integrano la fattispecie di responsabilità aggravata ex art. 96, comma 3 c.p.c.

La fantasiosa tesi della sommatoria degli interessi corrispettivi e quelli moratori, fondata sulla distorta lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 350/2013,

integra un comportamento rilevante ai sensi dell'art. 96 c.p.c.

Trib. Mantova, 13 ottobre 2015 n.942

Giud. M. Benatti

Mutuo fondiario: utilizzabile per ripianare debiti aziendali

Ai fini del perfezionamento del contratto di mutuo è sufficiente che la somma sia consegnata alla parte mutuataria mediante il versamento sul conto corrente alla stessa intestato.

È valida e lecita l'operazione bancaria con cui i fideiussori di una società stipulano un contratto di mutuo fondiario al fine di ripianare la pregressa esposizione debitoria della società garantita, a condizione che la somma mutuata sia erogata direttamente sul conto corrente intestato a parte mutuataria e successivamente da questa girocontata sul conto della società garantita.

Trib. Terni, 01 settembre 2015 n. 719

Giud. N. Giubilei

Notifica art. 140 c.p.c.: sanabile se mancano data e firma dell'ufficiale giudiziario accanto al timbro di deposito

È affetta da inesistenza la notifica dell'atto di citazione allorché essa manchi del tutto, ovvero quando venga eseguita secondo modalità che esorbitano totalmente dal modello delineato dalla legge, o avvenga in luogo ed a mani di persone che non hanno alcun collegamento con il destinatario.

La circostanza che nella relata di notifica vi sia incertezza circa il compimento di tutti gli adempimenti richiesti dall'art. 140 c.p.c. per il suo valido perfezionamento, oltre che in ordine alla data della loro effettuazione, nel caso in cui l'Ufficiale Giudiziario abbia apposto la propria firma al di sopra del timbro attestante l'avvenuta spedizione del plico raccomandato contenente l'avviso di deposito di copia dell'atto stesso presso la Casa Comunale, omettendo di datare ed apporre la propria sottoscrizione accanto o sopra l'altro timbro destinato ad asseverare detto deposito e l'affissione di altro avviso alla porta della abitazione del destinatario, non comporta la giuridica inesistenza della notifica ma al massimo la sua nullità, sanabile con la rinnovazione.

Trib. Napoli, 04 agosto 2015, n. 11013

Giud. A. Canale

Opposizione esecuzione: inammissibile il giudizio di merito instaurato tardivamente

Il mancato rispetto del termine di notificazione del ricorso in opposizione all'esecuzione e del decreto di fissazione di udienza, relativi alla fase camerale, comporta l'inammissibilità dell'opposizione, rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità, senza possibilità di sanatoria anche a seguito della costituzione di controparte, stante la violazione di un termine perentorio che, in quanto tale, non può essere prorogato dal giudice una

volta assegnato, non potendo neanche essere concesso un nuovo termine.

Trib. Nola, 12 ottobre 2015, n. 2620

Giud. L. Triglione

Revocatoria fallimentare: la concessione di un finanziamento in è espressione di fiducia della banca nell'imprenditore pool

In tema di revocatoria fallimentare, per il raggiungimento della prova della scientia decoctionis con il mezzo delle presunzioni, non è sufficiente un'astratta conoscibilità oggettiva corroborata da un presunto dovere di conoscere a carico della banca.

Ne consegue che, qualora un creditore, come un istituto bancario, abbia la possibilità di ottenere informazioni sulla situazione patrimoniale dei propri debitori in misura superiore a quella comune, non è possibile sostenere che, solo in quanto soggetto qualificato, quel creditore abbia, sempre e comunque, effettiva e concreta cognizione dell'irreversibile incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, in tal modo illegittimamente escludendo ogni dovere di allegazione, da parte del curatore, di elementi sintomatici della reale consapevolezza della crisi dell'imprenditore o, addirittura, determinando una vera e propria inversione dell'onere della prova, con la banca investita della necessità di dimostrare la propria inscienza decoctionis.

La mera qualità di intermediario bancario assume rilevanza non di per sé ma solo in presenza di concreti collegamenti di quel creditore con gli indici sintomatici dello stato di insolvenza.

Non dimostra la conoscenza dello stato di insolvenza la partecipazione della banca convenuta ad un pool di istituti di credito che concessero all'imprenditore, poi fallito, di un finanziamento ipotecario, costituendo di contro la stipulazione di tale contratto espressione di una preventiva verifica della sussistenza, in capo al soggetto beneficiario, di risorse economiche e finanziarie tali da garantirne la solvibilità e l'adeguata capacità di rimborso.

Il conferimento di due mandati irrevocabili all'incasso di crediti tributari non costituisce, ex se, manifestazione esteriore di uno stato di insolvenza, integrando, di norma, una forma di pagamento o di garanzia propria della prassi commerciale, con particolare riferimento alle operazioni di finanziamento a breve termine.

Trib. Salerno, 06 novembre 2015, n.4636

Giud. A. Brancaccio

Usura: anche il Tribunale di Lodi esclude la c.m.s. dal TEG per il periodo ante 2010

In relazione alla determinazione del tasso usurario fino al 1 gennaio 2010, nel calcolo del TEG non possono computarsi commissione di massimo scoperto e spese.

Posto che le istruzioni in origine emanate dalla Banca d'Italia per la rilevazione dei tassi medi escludevano esplicitamente la c.m.s. dalla base di calcolo del TEG, è stato

lo stesso legislatore, con l'art. 2 bis del d.l. n. 185/2008, a stabilire che le commissioni, comunque denominate, che prevedono una remunerazione a favore della banca dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi, sono rilevanti ai fini della determinazione del tasso effettivo globale medio solo a decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del citato decreto. Peraltro, lo stesso articolo dispone che il limite di determinazione del tasso soglia rimane regolato dalla disciplina vigente fino a che la rilevazione del TEGM "non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni".

Dall'esame intrinseco della norma dell'art. 2-bis del d.l. n. 185/2008, come convertito dalla l. n. 2/2009, e delle espressioni letterali utilizzate emerge, in modo inequivoco, che la stessa ha una portata innovativa, di modo che alla luce della necessaria interpretazione sistematica delle norme dell'unico ordinamento giuridico, del quale deve essere assicurata la coerenza, si deve affermare che fino all'applicazione delle nuove Istruzioni della Banca d'Italia, emanate nell'agosto 2009, nel calcolo del TEG non deve essere ricompresa la commissione di massimo scoperto.

Trib. Lodi, 21 ottobre 2015, n. 966

Giud. A. D'Addabbo

Usura: bocciata tesi sommatoria tassi contrattuali con condanna mutuatario per lite temeraria

La sommatoria tra il valore del tasso di interesse corrispettivo e quello del tasso di mora al fine di affermare il superamento del tasso soglia è una operazione inspiegabile e errata sotto il profilo logico e matematico ed integra un errore inescusabile caratterizzato da colpa grave, che deve essere sanzionato con la condanna da responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. in quanto teso a creare un filone di cause seriali del tutto inutili e infondati.

Trib. Milano, 06 ottobre 2015, n. 11139

Giud. A. S. Stefani

Ripetizione indebito: la prescrizione decorre dalle singole annotazioni se il conto non è affidato

A fronte di conti correnti non affidati, le rimesse su conto passivo hanno natura di pagamento e la prescrizione dell'azione restitutoria dei versamenti fatti ad estinzione di competenze indebitamente annotate, decorre dalla data delle singole rimesse (conf. Cass. S.U., sent. n. 24418 del 2010).

Trib. Torino, 20 giugno 2014

Giud. E. Astuni

Corte di Cassazione, Sezioni Unite

Sentenza del 16 settembre 2015, n. 18131 - Pres. Rovelli, Rel. Vivaldi

Fallimento e contratto preliminare – Curatore del promittente venditore – Facoltà di scioglimento del preliminare ex art. 72 l.fall. – Limiti

Il curatore fallimentare del promittente venditore non può esercitare la facoltà di scioglimento del preliminare ex art. 72 l.fall. nei confronti del promissario compratore il quale abbia trascritto prima della dichiarazione di fallimento una domanda ex art. 2932 c.c. successivamente accolta con sentenza trascritta. Infatti, la sentenza resa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2932 c.c. produce i suoi effetti in via retroattiva, sino alla data della trascrizione della domanda, con la conseguenza che, se questa è anteriore alla dichiarazione di fallimento, prevale sulla stessa¹.

¹ Nota redazionale a cura di YLENIA ZAIRA ALFANO, Avvocato e Dottore di Ricerca in Istituzioni e politiche finanziaria, tributarie, previdenziali ed ambientali presso Università degli Studi di Napoli Federico II.

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite prendono posizione in merito alla seguente questione di diritto: «... se il curatore possa o meno esercitare la facoltà concessagli ex art. 72 l.fall., di sciogliersi dal contratto preliminare con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile ad un terzo», con particolare riferimento al caso in cui il terzo, promissario acquirente, «abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda ex art. 2932 c.c., volta ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito».

Il caso posto all'attenzione della Suprema Corte si colloca, da un punto di vista temporale, a differenza di numerose precedenti fattispecie esaminate dalle Sezioni Unite, in epoca successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5/2006 in riforma dell'art. 72 l.fall., ma non ancora rivisitato dal d.lgs. n. 169/2007 (seppure, come precisato dalla Corte medesima, debba escludersi che «dall'applicabilità della norma posteriore alla riforma, anziché di quella anteriore, possa derivare una soluzione diversa della presente controversia»).

Ebbene, la giurisprudenza ha assunto – sulla questione posta in apertura – posizioni tra di loro sensibilmente differenti. Un primo indirizzo giurisprudenziale, risalente e consolidato, attribuiva al curatore la possibilità di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita concluso dal fallito, e non ancora eseguito, ai sensi del comma 4 dell'art. 72 l.fall.; detta facoltà poteva, stando a tale indirizzo, essere esercitata fino al trasferimento del bene; anzi, in occasioni molteplici la giurisprudenza aveva ritenuto che l'avvenuta trascrizione (del contratto preliminare) non fosse preclusiva all'esercizio della facoltà di scioglimento (*infra multis*, Cass., nn. 17257/2002 e 7070/2004).

Con la sentenza n. 12505 del 7 luglio 04, le sezioni unite della Suprema Corte, ponendosi in contrasto con tale indirizzo, hanno enunciato – stando a una certa “confusione” negli operatori di questo ramo dell'ordinamento – il principio secondo cui, quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta anterior-

mente alla dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori ed impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento previsto, in via generale, dalla l.fall., art. 72. Il principio, tuttavia, non è stato condiviso in maniera ampia e, pertanto, diverse sentenze successive se ne sono discostate.

Con la pronuncia oggi in commento, nel tentativo (che sembra riuscito) di risolvere finalmente la questione posta in apertura, la Corte ripercorre, con chiarezza mirabile, un percorso argomentativo ampio e lineare, che si sofferma, essenzialmente, su tre passaggi logico-giuridici.

In primo luogo, la sentenza chiarisce la disciplina generale dei rapporti giuridici pendenti alla data del fallimento. In secondo luogo, si sofferma sulla disciplina particolare degli effetti del fallimento sul contratto di compravendita. Da ultimo, precisa la disciplina applicabile al contratto preliminare ed, in particolare, al contratto preliminare di compravendita immobiliare, nell'ipotesi, qui rilevante, di fallimento del promittente venditore. Rimandando al testo integrale della pronuncia per l'approfondimento delle singole vicende e degli istituti specificamente considerati, è utile, quantomeno, riproporre il quadro normativo e chiarire, pur senza pretese di completezza, le argomentazioni a sostegno delle conclusioni rassegnate.

Nell'occasione, dunque, la Corte ha innanzitutto rammentato che «il contratto preliminare di compravendita è il contratto con il quale le parti si obbligano a prestare il consenso per la conclusione di una futura compravendita, talvolta accompagnata dall'integrale pagamento del prezzo e dalla consegna dell'immobile (c.d. preliminare ad esecuzione anticipata)». Nella prassi, in particolare nel caso del preliminare ad effetti anticipati, si pone la problematica se sottoporre, o meno, il contratto preliminare alla duplice formalità della registrazione e della trascrizione. Se in casi numerosi si opta per la prima, raramente si ritiene necessario – o quantomeno opportuno – perfezionare la seconda.

La trascrizione del contratto preliminare, prevista dall'art. 2645-bis del codice civile, è finalizzata a tutelare il promissario acquirente dal pericolo di formalità pregiudizievoli (cessione dell'immobile promesso a terzi o costituzione di diritti reali sullo stesso; pignoramenti; sequestri; ipoteche; ecc.), che potrebbero essere trascritte o iscritte contro il promittente venditore nel periodo che va dalla sottoscrizione del preliminare alla stipula dell'atto definitivo di compravendita.

Una volta trascritto il preliminare, invece, le successive trascrizioni o iscrizioni contro il promittente venditore non sono opponibili al promissario acquirente, che quindi sotto questo profilo è pienamente tutelato. Contemporaneamente, la trascrizione tutela però anche il promittente venditore, ponendolo al riparo da responsabilità nei confronti del promissario nel caso in cui si verificasse uno dei suddetti eventi. Inoltre la trascrizione del contratto preliminare attribuisce al promissario acquirente un privilegio in caso di fallimento del promittente venditore (art. 2775-bis del codice civile); ciò significa che, a seguito della vendita forzata dei beni del

fallito ed in sede di distribuzione del ricavato ai creditori, il promissario acquirente è preferito agli altri creditori, anche ipotecari, del fallito medesimo. La registrazione del contratto preliminare non attribuisce invece al promissario acquirente alcuna tutela sostanziale (se si eccettua il vantaggio della data certa del contratto preliminare); essa ha valenza essenzialmente fiscale, è cioè finalizzata al pagamento delle relative imposte allo Stato.

Ebbene, procedendo nell'analisi della relazione del contratto preliminare con la legge fallimentare, si scopre che quest'ultima, almeno nella sua stesura originaria, non si occupava della disciplina degli effetti del fallimento sul contratto preliminare.

Nel testo normativo, l'unico accenno al contratto preliminare riguardava, infatti, l'ipotesi del preliminare trascritto *ex art. 2645-bis c.c.*; dal suo canto, la l.fall., all'art. 72, come novellato con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (ed applicabile alle procedure aperte a far data dal 16 luglio 2006), prevedeva espressamente che la norma dettata dal primo comma (che dispone il principio della sospensione del contratto fino a quando il curatore non dichiara di subentrare nel rapporto pendente ovvero di sciogliersi dal medesimo) trovasse applicazione anche al contratto preliminare, con salvezza, però, di quanto stabilito dalla l.fall., art. 72. Quest'ultima norma disponeva, al comma 2, che, nel caso in cui il curatore avesse optato per lo scioglimento, il (promissario) acquirente avrebbe avuto il diritto di insinuare al passivo il suo (eventuale) credito alla restituzione di quanto prestato, con il privilegio previsto dall'art. 2775-*bis c.c.*, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non fossero cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento a norma dell'art. 2645-*bis c.c.*

Il cd. decreto correttivo (ovvero il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, innanzi menzionato) ha ulteriormente modificato la normativa in materia, non solo raccogliendo nella l.fall., art. 72, l'intera disciplina dettata per il contratto preliminare di compravendita (che non abbia ad oggetto immobili da costruire), ma anche prevedendo, con l'introduzione del comma 8, la norma (applicabile ai procedimenti aperti dal 1 gennaio 2008) per cui la disposizione dell'art. 72, comma 1 (che riconosce al curatore il potere di scelta tra subingresso e scioglimento del rapporto) non si applica «al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis c.c.*, avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado» ovvero, come aggiunto dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con la l. 7 agosto 2012, n. 134, «un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente».

Dunque, come è chiaro, si tratta ora di stabilire cosa accada quando – prima della sentenza dichiarativa del fallimento del promittente venditore – il promissario acquirente abbia proposta la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di perfezionare il contratto definitivo di compravendita. Ebbene, qualora la domanda de qua non sia stata trascritta, il curatore può sempre e comunque avvalersi della più volte menzionata facoltà di scioglimento, anche qualora il giudizio sia stato riassunto nei suoi confronti. Chiarita la prima ipotesi, quella di maggiore semplicità, resta da risolvere la questione proposta, ovvero chiedersi cosa accada qualora, al contrario, il promissario acquirente abbia non solo proposto, ma anche trascritto la domanda *ex art. 2932 c.c.*, in data anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Una precisazione sembra a questo punto doverosa: la Corte, nel caso di specie, ha inteso non solo risolvere la questione degli atti posti in essere e trascritti prima della sentenza di fallimento, ma anche e soprattutto fare riferimento alle sentenze pronunciate dopo tale data, purché, ovviamente, le relative domande siano state trascritte in epoca anteriore (alla dichiarazione di fallimento). Facendo leva sul n. 2 dell'art. 2852 c.c., ed attraverso una precisa confutazione delle argomentazioni di segno contrario, le Sezioni

Cass. civ., sez. un., 16 settembre 2015, n. 18131

Pres. Rovelli, Rel. Vivaldi

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Venezia, con sentenza del 29.5.2001 n. 1194, in parziale accoglimento delle domande proposte dalla s.n.c. Esa di Webber Ines e C., con citazione notificata il 7 ottobre 1998, nei confronti della s.n.c. M. di A.G. e C., a) dichiarò che il contratto 31.12.1997 concluso tra M. s.n.c. ed E. s.n.c. ha natura di contratto preliminare di compravendita; b) trasferì, ai sensi dell'art. 2932 c.c., da M. s.n.c. a E. s.n.c. la proprietà dell'immobile così individuato: comune di (Omissis), foglio 24, mappale 90, piano terra, Via (Omissis), e, precisamente, la porzione posta sul fronte dell'accesso all'area costituita da ampio locale parzialmente separato da tramezzatura centrale, nel quale sono ricavati un vano ufficio, due vani servizio, un'area sopalata raggiungibile con scala, due aree di lavoro e magazzino; unità servita da cinque ampi accessi carrabili ed un ingresso all'ufficio; il tutto per il prezzo di L. 500.000.000 oltre Iva già pagato. La Corte

Unite sono giunte a precisare che la domanda (trascritta anteriormente al fallimento) *ex art. 2932 c.c.* non impedisce al curatore di esercitare la facoltà (pacificamente riconosciuta) di recedere dal contratto preliminare; piuttosto, gli impedisce di recedere con effetti nei confronti dell'attore – promissario acquirente che abbia: a) proposto la domanda in epoca anteriore alla sentenza di fallimento; b) trascritto, sempre in epoca anteriore, la domanda di cui alla lettera a); c) esperito vittoriosamente il giudizio in parola (la domanda, in altre parole, deve essere stata accolta); d) trascritto finanche la sentenza di accoglimento. Al contrario, ovviamente, qualora la domanda *ex art. 2932 c.c.* non venga accolta, l'effetto prenotativo della domanda cessa, e la sentenza di fallimento diviene opponibile all'attore: così che, nuovamente, il curatore potrà avvalersi del potere di recedere dal contratto preliminare per il quale era causa.

In conclusione, all'esito di un attento esame delle tre questioni predette, dunque, i Supremi Giudici hanno concluso affermando che:

- in ipotesi di domanda di esecuzione in forma specifica proposta anteriormente alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore e riassunta nei confronti del curatore, il curatore mantiene la titolarità del potere di scioglimento del contratto;
- qualora la domanda sia stata trascritta prima del fallimento, l'esercizio del diritto di scioglimento non è opponibile nei confronti dell'attore promissario acquirente;
- qualora, invece, la domanda trascritta non viene accolta, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda cessa, con la conseguente opponibilità all'attore della sentenza dichiarativa di fallimento, essendo, in tal modo, efficace, nei suoi confronti, la scelta del curatore di sciogliersi dal rapporto.

Una pronuncia, quella in commento, che secondo alcuni avrebbe leso taluni principi intangibili, come quello della necessaria ed automatica cristallizzazione del fallito. Secondo altri, le cui posizioni ci sentiamo di condividere, la giurisprudenza avrebbe invece realizzato una mirabile attività di adeguamento dei principi generali dell'ordinamento fallimentare con principi, altrettanto fondamentali, del diritto civile, rispettando altresì l'esigenza di tutelare il terzo acquirente di buona fede a fronte di fenomeni sempre più frequenti nella prassi e nella realtà degli affari.

d'Appello di Venezia, con sentenza non definitiva del 3.11.2004 n. 1846, rigettò l'appello principale proposto dalla s.n.c. M. di A.G. e C. e, con sentenza definitiva del 14.11.2006 n. 1812, in accoglimento dell'appello incidentale proposto dalla s.n.c. E. di W. I. e C., condannò la s.n.c. M. di A.G. e C. a pagare, a titolo di risarcimento dei danni cagionati per la mancata disponibilità dell'immobile, la somma complessiva di Euro 139.470,87, oltre interessi e rivalutazione monetaria. Con sentenza del 27.4.2007, mentre ancora pendeva il termine lungo per l'impugnazione ai sensi dell'art. 327 c.p.c., il Tribunale di Venezia dichiarò il fallimento della s.n.c. M. di A.G. e C. Con ricorso notificato il 5.7.2007 (r.g. 19460/2007), il curatore del fallimento della s.n.c. M. di A.G. e C., propose ricorso per cassazione affidato a tre motivi avverso entrambe le sentenze della Corte d'Appello. A sostegno dell'impugnazione, il ricorrente ha, in particolare, sottolineato che con missiva notificata in data 22 giugno 2007 alla s.a.s. E. di M.P. e C. (già s.n.c. E. di W. I. e C.), ha dichiarato, a norma della l.fall., art. 72, comma 1, di sciogliersi dal contratto preliminare concluso con la società fallita (*Omissis*). Con ricorso notificato il 7 maggio 2007 (r.g. 23125/2007), anche la s.n.c. M. di A.G. e C. ha chiesto la cassazione delle dette sentenze. La s.a.s. E. di M. P. e C., già s.n.c. E. di W.I. e C., resiste con controricorsi. La stessa società s.a.s. E., con ricorsi depositati il 25 settembre 2007 e 3 gennaio 2008, propose opposizione allo stato passivo del fallimento della s.n.c. M. di A.G. e C., chiedendo, rispettivamente, l'ammissione del credito di Euro 214.204,88, come stabilito dalla Corte d'appello di Venezia con la sentenza n. 1812 del 2006, e, previa rivendica, la consegna dell'immobile promesso in vendita, come stabilito dalla Corte di appello di Venezia con la sentenza n. 1846 del 2004. Il Tribunale di Venezia, con decreti in data 11.3.2008 e 15.5.2008, rigettò entrambe le domande. La s.a.s. E. di M. . e C. ha chiesto la cassazione di entrambi i decreti. Il Fallimento della s.n.c. M. di A.G. e C., in persona del curatore resiste con separati controricorsi, con il primo dei quali ha proposto anche ricorso incidentale condizionato. I ricorsi proposti contro le sentenze rese dalla Corte d'appello di Venezia sono stati riuniti, così come i ricorsi proposti contro i decreti del Tribunale di Venezia; coinvolgendo le medesime parti e le stesse questioni di diritto. La Prima Sezione Civile della Corte di cassazione, con ordinanza del 4.12.2013 n. 27111, emessa all'esito dell'udienza del 25.9.2013, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. Il Primo Presidente ha provveduto in tal senso. I ricorsi riuniti sono stati chiamati alla presente udienza davanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Le parti hanno anche presentato memoria. Si è anche costituita con procura speciale notarile la società C. s.r.l. in liquidazione che ha rilevato l'azienda della società E. di P.M., già E. di W. I. e C. s.n.c..

Motivi della decisione

1. La questione di diritto posta dall'ordinanza di rimessione.

La questione controversa è la seguente: «... se il curatore possa o meno esercitare la facoltà concessagli dalla l.fall., art. 72, di sciogliersi dal contratto preliminare con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile a un terzo, anche nel caso in cui il terzo promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda ex art. 2932 c.c., volta ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito». Sul punto, l'ordinanza ha precisato che «... a quanto consta, la questione è stata ripetutamente affrontata da questa Corte solo in fattispecie in cui, *ratione temporis*, trovava applicazione il testo della l.fall., art. 72, anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. n. 5 del 2006, mentre nel caso in esame, poiché il Fallimento della M. s.n.c. è stato dichiarato il 27.4.07, occorre aver riguardo al testo dell'articolo novellato dal predetto decreto legislativo (non ancora, ulteriormente, riformato dal d.lgs. n. 169 del 2007). Deve escludersi, tuttavia, che dall'applicabilità della norma posteriore alla riforma, anziché di quella anteriore, possa derivare una diversa soluzione della presente controversia: il vecchio testo della l.fall., art. 72, comma 4, il quale prevedeva che «in caso di fallimento del venditore.. se la cosa venduta non è passata in proprietà del compratore, il curatore ha la scelta fra l'esecuzione e lo scioglimento del contratto»..; trova infatti sostanziale corrispondenza nel comma 1 e nel comma 3 del testo dell'art. 72 modificato dal citato d.lgs., con i quali, rispettivamente, il legislatore ha ribadito, in via generale, che il curatore ha facoltà di sciogliersi dai rapporti pendenti ed ha precisato che detta facoltà può essere esercitata anche in presenza di un contratto preliminare, fatta salva l'ipotesi, che qui non interessa, disciplinata dall'art. 72-bis».

2. La giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Sulla questione si era in passato formato un indirizzo consolidato, che attribuiva al curatore la facoltà di sciogliersi dal contratto preliminare di vendita concluso dal fallito e non ancora eseguito, ai sensi della l.fall., art. 72, comma 4 e che poteva essere esercitata fino all'avvenuto trasferimento del bene, ossia fino all'esecuzione del contratto preliminare od al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. (fra le tante, con specifico riferimento al tema dell'avvenuta trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c., ritenuta non preclusiva all'esercizio della predetta facoltà, Cass. nn. 3001/82, 4731/88, 1497/89, 4887, 4888, 4889/89, 12033/91, 2577/93, 518/95, 2703/95, 41105/97, 4358/97, 4747/99, 14102/00, 17257/02, 7070/04, nonché Cass., sez. un., n. 239/99). Con la sentenza n. 12505 del 7.7.04, le sezioni di unite di questa Corte, ponendosi in contrasto con tale indirizzo, hanno, per la prima volta,

enunciato il principio secondo cui, quando la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto è stata trascritta anteriormente alla dichiarazione di fallimento, la sentenza che l'accoglie, anche se trascritta successivamente, è opponibile alla massa dei creditori ed impedisce l'apprensione del bene da parte del curatore del contraente fallito, che non può quindi avvalersi del potere di scioglimento previsto, in via generale, dalla l.fall., art. 72. Il principio, però, non è stato sempre seguito dalla giurisprudenza successiva di legittimità che ha affrontato la questione. Vi si sono uniformate Cass. nn. 15218/010, 16660/010 e 27093/011, mentre se ne sono discostate, adeguandosi al precedente indirizzo, Cass. nn. 20451/05, 28479/05, 46/06, 542/06, 33/2008, 17405/09).

3. Le questioni rilevanti.

Per la risoluzione della questione è necessario seguire un percorso argomentativo che tratti le seguenti questioni: 1) la disciplina generale dei rapporti giuridici pendenti alla data del fallimento. 2) la disciplina particolare degli effetti del fallimento sul contratto di compravendita; 3) la disciplina applicabile al contratto preliminare ed, in particolare, al contratto preliminare di compravendita immobiliare, nel caso di fallimento del promittente venditore.

3.1. La disciplina generale.

I presupposti comuni della disciplina dei rapporti pendenti al momento del fallimento sono: a) la persistenza di un contratto: vale a dire una fattispecie negoziale bilaterale già perfezionatasi al momento della dichiarazione di fallimento; 2) l'opponibilità del contratto nei confronti dei creditori a norma della l.fall., artt. 44 e 45, a seguito dell'adempimento delle formalità necessarie per rendere l'atto efficace verso i terzi: in particolare la trascrizione in materia di beni immobili e di beni mobili registrati; 3) la natura sinallagmatica del contratto. Il contratto, inoltre, deve essere rimasto ineseguito, in tutto o in parte, da entrambe le parti: le obbligazioni assunte, cioè, non hanno ricevuto compiuta esecuzione, con l'adempimento completo delle relative prestazioni, da parte sia del contraente fallito, sia del contraente *in bonis*. Nei contratti ad effetto reale, il rapporto è ineseguito (ed è, quindi, pendente) quando non si è verificato, al momento del fallimento, l'effetto traslativo del diritto (arg. l.fall., ex art. 72, comma 4, vecchio testo; nel testo introdotto dal d.lgs n. 5 del 2006, art. 72-bis, comma 1; art. 72, comma 1, testo in vigore), anche se la consegna del bene sia già avvenuta. Se, invece, tale effetto si sia già prodotto, il rapporto deve essere semplicemente adempiuto: il contraente *in bonis*, che ha acquistato, deve eseguire in favore del curatore la prestazione dovuta al fallito, ma ha il diritto di ricevere dal curatore la consegna della cosa, previa ammissione al passivo della relativa pretesa restitutoria ai sensi della l.fall., artt. 52 e 103. La posizione del curatore, di fronte agli impe-

gni negoziali assunti dal fallito e non esauriti, è variegata. Il curatore, infatti, a volte agisce quale parte e successore del fallito, altre volte come terzo. Tre sono i criteri con i quali la legge fallimentare disciplina i rapporti pendenti al momento del fallimento: a) lo scioglimento automatico del rapporto contrattuale; b) il subingresso automatico del curatore nel rapporto; c) la sospensione del rapporto con il potere del curatore di subentrarvi o di provocarne lo scioglimento. Si discute quale, tra i tre criteri prima indicati, trovi applicazione per i rapporti pendenti non espressamente previsti dalla legge. Sotto il vigore della disciplina anteriore alla riforma del 2006, era opinione diffusa che in tali ipotesi trovasse applicazione il principio fissato dalla l.fall., art. 72, commi 2, 3 e 4, nella parte in cui prevedeva la sospensione del contratto di compravendita in conseguenza del fallimento del venditore e l'attribuzione al curatore della facoltà di sciogliersi dal rapporto contrattuale pendente, con i conseguenti obblighi reciproci alle restituzioni di quanto prestato, ovvero di subentrarvi, assumendo i relativi diritti ed obblighi. La Riforma del 2006 ha espressamente confermato questo indirizzo, dettando, con la l.fall., art. 72, comma 1, la regola generale secondo la quale – fatte salve le disposizioni diverse contenute nella stessa legge – l'esecuzione dei contratti conclusi dal fallito, che al momento del fallimento di uno dei contraenti siano ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti (ovvero, come aggiunto con il decreto correttivo del 2007, dei contratti reali che non abbiano ancora determinato l'effetto traslativo del diritto), è sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi ovvero di sciogliersi dallo stesso.

3.2. Il contratto di compravendita.

Ai fini che qui interessano, il contratto di compravendita – opponibile ai creditori ai sensi della l.fall., artt. 44 e 45, quale contratto ad effetti reali, si considera eseguito quando, prima del fallimento, il venditore ha procurato il trasferimento della proprietà del bene (arg. l.fall., ex art. 72, comma 1, nel testo in vigore; l.fall., art. 72, comma 4, vecchio testo; l.fall., art. 72-bis, comma 1, nel testo introdotto dal d.lgs n. 5 del 2006). La l.fall., art. 72, nel testo originariamente in vigore (ed applicabile ai fallimenti dichiarati in data anteriore 16 luglio 2006), disciplinava distintamente l'ipotesi del fallimento del venditore da quella del fallimento del compratore. Con la riforma del 2006, la l.fall., art. 72, non regola più con disciplina specifica il contratto di compravendita che, pertanto, è ora regolato dalle norme generali dettate dalla l.fall., art. 72. Ne consegue che il contratto di compravendita pendente al momento del fallimento, che sia rimasto ancora ineseguito o non completamente eseguito da entrambe le parti, è sospeso fino a che il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei credi-

tori, non dichiarati di subentrare, ovvero di sciogliersi dal rapporto.

3.3. Il contratto preliminare di compravendita.

Il contratto preliminare di compravendita è il contratto con il quale le parti si obbligano a prestare il consenso per la conclusione di una futura compravendita, talvolta accompagnata dall'integrale pagamento del prezzo e dalla consegna dell'immobile (cd. preliminare ad esecuzione anticipata). La legge fallimentare, nella sua stesura originaria, non si occupava della disciplina degli effetti del fallimento sul contratto preliminare. Nel testo normativo, l'unico accenno al contratto preliminare riguardava, infatti, l'ipotesi del preliminare trascritto *ex art. 2645-bis c.c.* La l.fall., art. 72, come novellato con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (ed applicabile alle procedure aperte a far data dal 16 luglio 2006), prevedeva espressamente che la norma dettata dal primo comma (che, come detto, dispone il principio della sospensione del contratto fino a quando il curatore non dichiara di subentrare nel rapporto pendente ovvero di sciogliersi dal medesimo) trovasse applicazione anche al contratto preliminare, con salvezza, però, di quanto stabilito dalla l.fall., art. 72. Quest'ultima norma disponeva, al comma 2, che, nel caso in cui il curatore avesse optato per lo scioglimento, il (promissario) acquirente avrebbe avuto il diritto di insinuare al passivo il suo (eventuale) credito alla restituzione di quanto prestato, con il privilegio previsto dall'art. 2775-*bis c.c.*, a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non fossero cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento a norma dell'art. 2645-*bis c.c.* Il c.d. decreto correttivo (d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) ha ulteriormente modificato la normativa in materia, non solo raccogliendo nella l.fall., art. 72, l'intera disciplina dettata per il contratto preliminare di compravendita (che non abbia ad oggetto immobili da costruire: l.fall., art. 72-*bis* e d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, art. 1, lett. a), b) e d), artt. 5 e 6), con l'aggiunta del comma 7, ma anche prevedendo, con l'introduzione del comma 8, la norma (applicabile ai procedimenti aperti dal 1 gennaio 2008: cit. d.lgs. n. 169, art. 22) per cui la disposizione dell'art. 72, comma 1 (che riconosce al curatore il potere di scelta tra subingresso e scioglimento del rapporto) non si applica "al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-*bis c.c.*, avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado" ovvero, come aggiunto dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con la l. 7 agosto 2012, n. 134, "un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente". Va detto che, in effetti, già nel regime in vigore prima della riforma la tesi più diffusa riteneva che, in caso di fallimento del promittente venditore, trovasse applicazione la norma prevista dalla l.fall., art. 72, comma 4, testo originario,

per la vendita che non avesse determinato al momento del fallimento il trasferimento della proprietà, riconoscendo, quindi, al curatore la facoltà di scegliere tra il subentro nel rapporto pendente (con il conseguente obbligo del contraente *in bonis* di stipulare il contratto definitivo ed il diritto del curatore, in difetto, di agire in giudizio a norma dell'art. 2932 c.c.) e lo scioglimento dello stesso, con le conseguenti obbligazioni restitutorie delle eventuali prestazioni eseguite. Ovviamente tale disciplina era applicabile sempre che il contratto non fosse stato, al momento del fallimento, già eseguito con la stipulazione del contratto definitivo (ovvero con il passaggio in giudicato della sentenza di esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c.) ed il conseguente trasferimento della proprietà. Irrilevante era invece la circostanza che il contratto avesse avuto anticipata esecuzione con la consegna del bene ed il pagamento, parziale o integrale, del prezzo pattuito, trattandosi di effetti meramente anticipatori dell'assetto finale di interessi che trova nel solo contratto definitivo il suo titolo giuridico (c.d. preliminare di vendita ad effetti anticipati).

3.4. Il caso non disciplinato testualmente dalla legge.

I problemi più delicati sul tema si sono posti in caso di fallimento del promittente venditore quando, anteriormente alla sentenza dichiarativa, il promissario compratore abbia proposto, a norma dell'art. 2932 c.c., la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita immobiliare. Le ipotesi prospettabili sono due: a) il promissario acquirente ha proposto, prima del fallimento, la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare a norma dell'art. 2932 c.c., ma non l'ha trascritta, ovvero l'ha trascritta, a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, ma successivamente al fallimento del promittente venditore; b) il promissario acquirente ha proposto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare a norma dell'art. 2932 c.c., e l'ha trascritta a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, prima del fallimento del promittente venditore. Nel primo caso la soluzione non presenta particolari problemi: il curatore, anche se il giudizio sia stato riassunto nei suoi confronti (l.fall., art. 43) e fino a quando, in tal caso, non sia stato definito con il passaggio in giudicato della sentenza (a lui, quindi, opponibile *ex artt.* 2908 e 2909 c.c.), può in ogni momento efficacemente avvalersi della facoltà, di ordine sostanziale, di scegliere se subentrare oppure provocare lo scioglimento del rapporto a norma della l.fall., art. 72. Più complesso è il caso in cui il promissario acquirente abbia non solo proposto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare ma l'abbia anche trascritta prima del fallimento del promittente venditore. La complessa questione si articola in due sottoproblemi: da un lato, si tratta di stabilire se, sul piano sostanziale, il curatore conservi o meno il potere

di dichiarare lo scioglimento del contratto preliminare; dall'altro (ove si risponda affermativamente al primo interrogativo), quali siano, in caso di scioglimento, gli effetti sulla domanda di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* Per lungo tempo ha prevalso l'opinione che il curatore del fallimento del promittente venditore rimanga titolare del potere di provocare lo scioglimento del contratto preliminare. La trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto, a norma dell'art. 2932 c.c. e art. 2652 c.c., n. 2, in data anteriore alla sentenza dichiarativa, infatti, ha, in questa prospettiva, il solo effetto di rendere opponibile (a norma del comb. disp. l.fall., art. 45, art. 2652 c.c., n. 2 e art. 2915 c.c., comma 2) la domanda giudiziale (e, per l'effetto, il processo) al curatore. Quest'ultimo, pertanto, una volta che il processo sia stato riassunto nei suoi confronti (l.fall., art. 43 e art. 299 c.p.c.), ha l'onere di costituirsi e di eccepirvi, ove ancora possibile, lo scioglimento del contratto preliminare l.fall., *ex art. 72*, comma 4. Per il curatore rimane altresì l'alternativa stragiudiziale - purché prima del passaggio in giudicato della sentenza *ex art. 2932 c.c.*, che coprirebbe il dedotto e il deducibile - di sciogliere il contratto preliminare: al che conseguirebbe, per il venire meno del titolo invocato a suo fondamento, il rigetto della domanda proposta. In questo contesto l'azione del curatore opererebbe, non sul piano della procedibilità, ma su quello del merito (così in particolare Cass. 13.5.1982 n. 3001). La trascrizione della domanda *ex art. 2932 c.c.*, anteriormente alla declaratoria di fallimento del promittente venditore, infatti, non impedisce al curatore di scegliere tra il subingresso e lo scioglimento del rapporto contrattuale pendente (indipendentemente dal fatto che il promittente acquirente abbia per parte sua interamente eseguito la prestazione, pagando interamente il prezzo o facendone offerta nei modi di legge) ma gli imporrebbe solo l'onere, onde evitare l'accoglimento della domanda (a lui, come detto, opponibile), di esercitare tale potere fino a quando, con effetti a lui opponibili, non sia stato stipulato il contratto definitivo, ovvero sia passata in giudicato la sentenza pronunciata a norma dell'art. 2932 c.c. Questa conclusione trova le sue ragioni in ciò che la trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica prevista dall'art. 2932 c.c., anteriormente alla declaratoria di fallimento del promittente venditore è opponibile al curatore a norma della l.fall., art. 45, art. 2652 c.c., n. 2 e art. 2915 c.c., comma 2. Il processo può, quindi, validamente proseguire nei suoi confronti (e la sentenza di accoglimento della domanda *ex art. 2932 c.c.*, pur se pronunciata dopo il fallimento, è comunque efficace nei confronti dei creditori) ma il curatore può dichiarare - purché risulti nel giudizio - la propria scelta di sciogliere il rapporto contrattuale, così determinando il rigetto della domanda. La scelta del curatore di recedere dal contratto determina, infatti, lo scioglimento *ex tunc*

del rapporto contrattuale (pur se in tutto o in parte adempiuto) quale fatto impeditivo all'accoglimento della domanda di esecuzione in forma specifica proposta, a nulla rilevando la sua anteriore trascrizione, il cui effetto prenotativo presuppone - *ex art. 2652 c.c.*, n. 2 - il suo accoglimento (con una sentenza che a norma dell'art. 2643 c.c., n. 14, deve essere a sua volta trascritta). Chiarissimo in tal senso è un passo delle Sezioni Unite n. 239 del 1999, secondo cui "È da tenere presente che l'art. 2932 c.c., prevede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto soltanto "qualora sia possibile". Orbene, il fallimento del promissario venditore segna una fase di arresto nel processo di formazione del negozio, perché fa venire meno nel fallito il potere di disposizione e di amministrazione del patrimonio. La dichiarazione di fallimento immobilizza la situazione patrimoniale quale era alla data in cui fu pronunciata ed impedisce perciò che possa integrarsi una fattispecie suscettibile di produrre un mutamento della situazione stessa e soprattutto una diminuzione della massa attiva esistente ai sensi della l.fall., art. 42. Durante il fallimento rimane impedita l'esecuzione specifica della promessa di vendita di un bene del fallito, perché tale esecuzione creerebbe un effetto traslativo, nonostante lo spossamento prodotto dalla sentenza dichiarativa. Né la trascrizione della citazione diretta ad ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, avvenuta ai sensi dell'art. 2652 c.c., n. 2, prima del fallimento, può avere l'efficacia di risolvere l'apprensione del curatore sul bene promesso in vendita; in quanto esso spiega i suoi effetti condizionatamente alla trascrizione della sentenza che accoglie la domanda e tale sentenza non può essere pronunciata (così, testualmente, in motivazione, Cass. 10 maggio 1958 n. 1542)". 3.5. La diversa prospettiva delle Sezioni Unite 7.7.2004 n. 12505. Sotto diversa prospettiva, si sono poste le Sezioni Unite nella pronuncia n. 12505 del 2004. La sentenza critica, in particolare, l'affermazione secondo la quale la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, eseguita dal contraente *in bonis* anteriormente alla dichiarazione di fallimento, non preclude al curatore la possibilità di sciogliersi dal contratto preliminare concluso con il fallito ai sensi della l.fall., art. 72, osservando come «*l'assunto muove dal convincimento che, dopo la dichiarazione di fallimento del promittente, la domanda del promissario, anche se trascritta in precedenza, non possa più trovare accoglimento e che, pertanto, non vi sarebbero ostacoli all'apprensione, da parte del curatore, del bene promesso in vendita*». Invece, secondo le Sezioni Unite, una volta che la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare sia stata trascritta, a norma dell'art. 2932 c.c. e art. 2652 c.c., n. 2, prima della dichiarazione del fallimento, si determinerebbe un duplice effetto: a) il susseguente giudizio è opponibile al

curatore; b) la sentenza di accoglimento, retroagendo – ed escludendo, quindi, il bene immobile dal patrimonio del promittente venditore, poi fallito, fin dal momento della trascrizione della domanda – impedisce al curatore di avvalersi del potere previsto dalla l. fall., art. 72, di provocare lo scioglimento del rapporto. Le argomentazioni della decisione si fondano sui seguenti rilievi. a) Ai sensi dell'art. 2652 c.c., n. 2, gli effetti della pronuncia di accoglimento *ex art.* 2932 c.c., subordinati alla trascrizione della sentenza, retroagiscono alla data di trascrizione della domanda. È, quindi, l'adempimento di tale formalità che rileva ai fini dell'opponibilità ai terzi del trasferimento attuato con la pronuncia medesima e fa prevalere il diritto acquistato dall'attore, una volta trascritta la sentenza, sui diritti contrari o incompatibili intervenuti nel frattempo in capo al terzo; b) il sistema del codice civile in ordine agli effetti della trascrizione delle domande giudiziali si completa con l'art. 2915 c.c., comma 2, che risolve il conflitto fra creditore pignorante ed i terzi, i cui diritti siano accertati in epoca successiva al pignoramento, in base alla data della trascrizione della domanda, che ha l'effetto di prenotare gli effetti della futura sentenza di accoglimento; c) la l.fall., art. 45, non si pone in antitesi con tale disciplina, ma la integra. La norma, infatti, va interpretata nel senso che le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi hanno effetto rispetto ai creditori concorsuali se compiute in data anteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento; d) la Corte di cassazione ha sempre ritenuto opponibili ai creditori concorsuali le sentenze pronunciate in data successiva alla dichiarazione di fallimento se le relative domande siano state in precedenza trascritte, fuorché nell'ipotesi di accoglimento della domanda svolta ai sensi dell'art. 2932 c.c.

4. La decisione di questa Suprema Corte.

Sono necessarie alcune precisazioni in tema di trascrizione della domanda proposta *ex art.* 2932 c.c. L'art. 2652 c.c., comma 1, n. 2), stabilisce che devono essere trascritte le domande dirette a ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre e che la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto successivamente alla trascrizione della domanda. La *ratio* di tale norma appare evidente. Infatti, al fine di evitare collusioni tra il promittente ed i terzi durante il processo (v. relazione al Re, n. 1077), la norma consente al promissario acquirente di prenotare, nei confronti degli aventi causa dal promittente che – anche se hanno acquistato precedentemente alla trascrizione della domanda – trascrivano o iscrivano successivamente il loro diritto acquisito, gli effetti della trascrizione della sentenza di accoglimento della domanda, pur se tale domanda era fondata su di una situazione puramente obbligatoria. Gli effetti così prodotti retroagiscono alla data di trascrizione della domanda, rendendo inefficaci nei confronti dell'atto-

re le trascrizioni e iscrizioni da loro effettuate contro il promittente convenuto, fermo restando che il promissario acquirerà la proprietà del bene soltanto con la sentenza (costitutiva) che avrà accolto la domanda. L'introduzione della trascrizione della domanda diretta all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (con l'effetto di consentire di prenotare gli effetti della trascrizione della relativa sentenza) ha in sostanza conferito al contratto preliminare lo stesso effetto – sia pure differito – del contratto definitivo. L'incertezza è nell'an, non nel quando. In altri termini, il contratto preliminare trascritto è circondato da una serie di pressanti garanzie volte ad assicurare l'effetto traslativo *ex tunc* se interverrà la sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. Con la trascrizione del contratto preliminare si crea in definitiva, una situazione giuridica che va oltre quella che era la volontà delle parti di far sorgere una semplice obbligazione: infatti, la norma dispone che la trascrizione della domanda (se seguita dalla trascrizione della sentenza) prevalga sulle trascrizioni o iscrizioni eseguite successivamente contro il convenuto; il che vuoi dire l'opponibilità all'attore dei soli diritti trascritti o iscritti precedentemente alla trascrizione della domanda. La norma di cui all'art. 2652 c.c., n. 2, attribuisce alla trascrizione della domanda giudiziale diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre gli stessi effetti che il successivo n. 3) attribuisce alla trascrizione della domanda giudiziale diretta ad ottenere l'accertamento della sottoscrizione di scritture private in cui si contiene un atto soggetto a trascrizione o a iscrizione. Peraltro, la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda *ex art.* 2932 c.c., è necessaria unicamente per ottenerne l'effetto retroattivo nei confronti dei terzi. Nei rapporti tra attore e convenuto, infatti, la sentenza *ex art.* 2932 c.c., ha piena efficacia costitutiva anche senza la sua trascrizione, ma solo dalla data della sua emanazione. La posizione – e quindi – la tutela del promissario acquirente è stata ulteriormente rafforzata con l'introduzione, nel sistema, dell'art. 2645-*bis* c.c., che prevede che la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare, ovvero della sentenza che accoglie la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica, prevale sulle trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Per effetto della pubblicità immobiliare, peraltro, non si attribuisce, al contratto preliminare – che mantiene una mera efficacia relativa – alcun effetto di natura reale. La nuova disciplina della trascrizione del contratto preliminare ha esteso il campo della trascrizione con funzione prenotativa, prima riservata solo alla trascrizione delle domande giudiziali, non essendo logicamente precluso l'effetto prenotativo collegato, oltre che alla domanda *ex art.* 2932 c.c. anche alla trascrizione fondata sullo stesso atto che promette l'alienazione. Anche in questo

caso, l'efficacia *lato sensu* costitutiva del contratto definitivo, o della sentenza che accolga la domanda *ex art.* 2932 c.c., si produce tra le parti anche in mancanza della trascrizione di tali atti, come avviene in relazione all'efficacia della detta sentenza tra le parti del giudizio di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto. Ciò che retroagisce al momento della trascrizione del contratto preliminare è unicamente l'effetto dichiarativo tipico della trascrizione dell'atto traslativo o costitutivo ovvero della sentenza costitutiva, che è quello dettato dall'art. 2644 c.c., prenotato appunto affinché retroagisca alla data della trascrizione del contratto preliminare o della trascrizione della domanda giudiziale. La differenza fra le due trascrizioni consiste nel raggio di azione dell'effetto prenotativo offerto dalla trascrizione del preliminare. Nel primo caso, infatti, retroagisce l'effetto dichiarativo della trascrizione di qualsiasi atto traslativo o costitutivo che costituisca esecuzione del preliminare ovvero della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. Nel secondo, la trascrizione della domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c., fa sì che retroagisca l'effetto dichiarativo soltanto della trascrizione della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. Ciò vuol dire che se le parti rinunciano al giudizio promosso *ex art.* 2932 c.c. e concludono quello definitivo, l'effetto della trascrizione di esso non retroagirebbe alla data della trascrizione della domanda giudiziale, ma solo eventualmente alla data della trascrizione del contratto preliminare, se questa è stata precedentemente effettuata.

4.1. Contratto preliminare trascritto e vicenda fallimentare.

Le considerazioni riportate consentono ora di inquadrare giuridicamente il quesito posto. Se il curatore possa o meno esercitare la facoltà concessagli dalla l.fall., art. 72, di sciogliersi dal contratto preliminare con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile a un terzo, anche nel caso in cui il terzo promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda *ex art.* 2932 c.c., volta ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito. Al curatore è riconosciuta la facoltà di scelta di subentrare nel contratto preliminare pendente alla data della dichiarazione di fallimento o di sciogliersi dallo stesso ai sensi della l.fall., art. 72, comma 1, secondo le regole ivi previste. Un tale potere di natura sostanziale rimane integro pur dopo la proposizione di una domanda di esecuzione in forma specifica da parte del promissario acquirente finalizzata ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito alla data della sentenza dichiarativa di fallimento del promittente venditore. Non si discute dell'esistenza di tale potere e neppure della validità della dichiarazione del curatore di sciogliersi dal preliminare: si discute della sua efficacia verso il promissario

acquirente che abbia anteriormente trascritto. La distinzione non è irrilevante perché se il procedimento *ex art.* 2932 c.c., si estingue per qualsiasi causa, viene rimosso il limite all'efficacia nei confronti del promissario acquirente della dichiarazione di scioglimento da parte del curatore, senza che occorra una sua nuova manifestazione di volontà. A tale ultimo riguardo va aggiunto che nell'ordinamento non si rinvencono preclusioni in ordine ai tempi e ai modi con le quali il curatore eserciti la facoltà di scioglimento: può farlo in forma espressa o tacita, nell'ambito del giudizio o stragiudizialmente (purché in tale ultimo caso ci sia un valido atto processuale che veicoli tale manifestazione di volontà portandola a conoscenza del giudice). Quel che è problematico è accertare quali siano gli effetti nei confronti del promissario acquirente che abbia trascritto la domanda di esecuzione in forma specifica anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento. Sul punto queste Sezioni Unite non possono che ribadire il precedente orientamento espresso dalle Sezioni Unite del 2004. La giurisprudenza successiva che ha inteso discostarsene non offre argomenti logici o profili giuridici aventi il carattere della novità. Riesaminiamoli in rapida sintesi. Un primo argomento è di ordine testuale: dal fatto che della l.fall., art. 72, comma 7, espressamente esclude il potere di scioglimento del curatore in determinate specifiche ipotesi di contratto preliminare si è desunto che la regola generale deve ritenersi in senso opposto. Si può agevolmente replicare che il canone ermeneutico "*indusio unius, exclusio alterius*" richiama il vetero positivismo giuridico dell'*École de l'Exegese*, ma non ha cittadinanza nel complesso apparato dei criteri ermeneutici desumibili dall'art. 12 preleggi e dall'imponente elaborazione della giurisprudenza nazionale e convenzionale. In definitiva, il criterio ermeneutico indicato è ambiguo e non risolutivo: non vi sono elementi per ritenere che i casi citati dalla l.fall., art. 72, siano l'eccezione ad una regola opposta o non piuttosto un'applicazione specifica della regola stessa. L'affermazione ricorrente secondo cui la dichiarazione di fallimento cristallizzerebbe il patrimonio del debitore fallito rendendolo insensibile alle vicende giuridiche successive è confutata dal rilievo che, al momento della dichiarazione di fallimento, è trascritta una domanda giudiziale di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare: il che significa che nella sfera giuridica del fallimento è cristallizzata una pretesa giuridica del promissario acquirente. La domanda giudiziale – per ricordare un autorevolissimo tradizionale insegnamento – incarna il diritto controverso, è la sua proiezione processuale. Nè appare persuasiva l'affermazione ricorrente secondo cui, in caso di fallimento, la sentenza *ex art.* 2932 c.c., non potrebbe essere pronunciata perché essa creerebbe l'effetto traslativo della proprietà impedito dallo spossessamento del debitore. Tale affermazione dissimula una petizione di principio perché inverte le premesse con la conclusione: inve-

ro, prima occorrerebbe dimostrare che nessuna norma consente in caso di fallimento la pronuncia *ex art.* 2932 c.c., e poi dedurre che il patrimonio del fallito rimane integro. Va poi detto che l'argomento esibito presenta intrinseci profili di perplessità: semmai fosse valida la tesi, il fallimento determinerebbe una preclusione processuale, non l'infondatezza della domanda che trova nel valido preliminare stipulato tra le parti il suo fondamento. Ma soprattutto l'orientamento giurisprudenziale che ritiene irrilevante la trascrizione del contratto preliminare prima della dichiarazione di fallimento si scontra con due criteri ermeneutici fondamentali: quello sistematico e quello della *ratio legis*. Sotto il profilo sistematico vanno richiamati i principi, riconosciuti pacificamente dalla giurisprudenza di legittimità, per i quali la l.fall., art. 45, va coordinato, non solo con gli artt. 2652 e 2653 c.c., ma anche con l'art. 2915 c.c., comma 2.

Pertanto, sono opponibili ai creditori fallimentari, non solo gli atti posti in essere e trascritti dal fallito prima della dichiarazione di fallimento, ma anche le sentenze pronunciate dopo tale data, se le relative domande sono state in precedenza trascritte. In questa ottica acquista un particolare significato la norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, che stabilisce che la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda diretta a ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre "prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda", ivi compresa l'iscrizione nel registro delle imprese della sentenza di fallimento a norma della l.fall., art. 16, u.c. e art. 17. Nè in senso contrario rileva che l'iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento non sia riferibile ai registri immobiliari; e ciò perché la soluzione di alcuni conflitti è legata alla priorità temporale di adempimenti pubblicitari tra loro differenti (v. ad es. in tema di convenzioni matrimoniali Cass. 12.12.2013 n. 27854). Con la riforma del 2006 tale meccanismo pubblicitario non riveste più una funzione di mera pubblicità notizia come nel regime precedente. La l.fall., art. 16, u.c., stabilisce, infatti, che la sentenza dichiarativa di fallimento produce effetti nei riguardi dei terzi soltanto dalla data della sua iscrizione nel registro delle imprese, conferendo pertanto a tale adempimento una funzione di pubblicità dichiarativa. Da tale momento l'atto pubblicato acquista efficacia nei confronti dei terzi, ed è quindi a questi opponibile. Il che sancisce la sua rilevanza, non soltanto ai fini della l.fall., art. 44, ma anche ai fini della efficacia l.fall., *ex art.* 45 (formalità eseguite dopo la dichiarazione di fallimento). In questo modo si pone la regola per la risoluzione dei conflitti che si vengono a creare in relazione alla trascrizione delle domande giudiziali. In tale contesto sistematico l'orientamento giurisprudenziale qui avversato pone un'unica, vistosa eccezione: la trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. Ora, un vulnus così dirompente rispetto al sistema dovrebbe avere

un fondamento giuridico in una norma che espressamente preveda tale eccezione. Ma la norma non c'è. L'eccezione al sistema viene ricavata dal principio generale dell'intangibilità del patrimonio del fallito al momento della dichiarazione del fallimento. Ma si è visto che questo principio non vale per la trascrizione antecedente delle domande giudiziali: non si vede perché debba valere solo per la trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. Verosimilmente al fondo dell'orientamento tradizionale si annida il pregiudizio che il contratto preliminare non ancora eseguito è fonte di obbligazioni e che l'adempimento dell'obbligazione di stipulare il contratto definitivo altererebbe in qualche modo la *par condicio creditorum*. In realtà, si tratterebbe di una visione riduttiva e in qualche modo sfigurante del contratto preliminare. Il contratto preliminare è regolato in modo che l'effetto traslativo sia già in esso potenzialmente incapsulato e garantito dal potente meccanismo giuridico della sentenza *ex art.* 2932 c.c. e della trascrizione della domanda giudiziale ad essa mirante. In sostanza, il contratto preliminare porta in sé l'ineluttabile – anche se differito – effetto traslativo. Infine, il criterio ermeneutico della *ratio legis* cospira ulteriormente nel favorire l'interpretazione condivisa da questa Suprema Corte. Il legislatore è chiamato ad effettuare il bilanciamento di interessi configgenti, entrambi meritevoli di tutela: quella del promissario acquirente a vedersi prestare tutela processuale con il riconoscimento del suo diritto, e quella della massa ad escludere, con l'esercizio della scelta da parte del curatore, che chiunque altro possa contrastare l'assoggettamento del bene al concorso fallimentare. Il legislatore ha risolto il conflitto affermando il principio (di cui la norma della l.fall., art. 45, è puntuale applicazione) che la durata del processo non torni a danno di chi ha ragione. Per usare una metafora, potremmo dire che il legislatore ha fatto in modo che il tempo giuridico azzeri il tempo storico. E per far questo ha costruito il meccanismo trascrizione della domanda giudiziale – trascrizione della sentenza di accoglimento. Questo meccanismo comporta una divaricazione – come si è già detto – nella produzione dell'effetto traslativo: la sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c., fissa l'*an* dell'effetto traslativo, la trascrizione della domanda giudiziale fissa il quando di tale effetto. Principio che ha, nelle moderne codificazioni, ricevuto un più ampio riconoscimento proprio in virtù della generalizzazione del principio della trascrizione delle domande giudiziali, in precedenza prevista solo per alcune ipotesi (domande di revocazione, rescissione e risoluzione) specificamente indicate (art. 1933 c.c., n. 3 e art. 1865 c.c.). Non senza sottolineare che un tale rilievo è stato negli anni ulteriormente rafforzato, sia dalla ratifica (con la l. 4 agosto 1955, n. 848) della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, che annovera tra i diritti fondamentali dell'individuo, la cui violazione da titolo al riconoscimento di un'equa soddisfazione (art.

41), anche del diritto alla durata ragionevole del processo (art. 6.1); sia dal nuovo testo dell'art. 111 Cost., comma 2, che ha assunto la durata ragionevole del processo quale connotato necessario dell'attività giurisdizionale. Tali principii sono oggi di comune ed incontroversa applicazione nella giurisprudenza di legittimità e trovano la loro ragione giustificatrice nell'interesse delle parti alla più sollecita definizione del giudizio il cui rilievo è tale da giustificare il riconoscimento di un indennizzo in favore delle parti che, a causa dell'eccessivo protrarsi del processo, abbiano risentito ragione di danno. È, quindi, evidente che – secondo una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata – la norma, come quella in tema di trascrizione delle domande giudiziali, va necessariamente letta in modo da evitare proprio che la durata del processo possa compromettere la realizzazione di quella piena tutela, di cui la parte ha diritto di godere secondo il diritto sostanziale. Il caso in esame palesa in modo eclatante la necessità di un bilanciamento degli interessi configgenti che richiedono entrambi tutela giuridica. Basti rilevare che il fallimento della società M. è stato dichiarato il 27 aprile 2007, mentre la domanda era stata trascritta il 3.12.1998, e la sua fondatezza era stata riconosciuta dal Tribunale con sentenza n. 1194 del 29.5.2001, confermata dalla Corte d'Appello con la sentenza n. 1812 del 14.11.2006. Ed il curatore con missiva notificata il 22.6.2007 alla sas E. di M.P. e C. ha dichiarato di sciogliersi dal contratto preliminare concluso il 31.12.1997, ai sensi della l.fall., art. 72, comma 1. Il corrispettivo era stato interamente pagato. Quindi, il curatore ha esercitato il suo potere di sciogliersi dal contratto preliminare ben 9 anni dopo la trascrizione della domanda *ex art.* 2932 c.c. È difficile pensare che l'interpretazione giurisprudenziale qui confutata possa portare ad un giusto processo. Possono allora trarsi le conclusioni. Il curatore in ipotesi di domanda di esecuzione in forma specifica proposta anteriormente alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore e riassunta nei confronti del curatore – parte del giudizio l.fall., *ex art.* 43, ma terzo in relazione al rapporto controverso – mantiene senza dubbio la titolarità del potere di scioglimento dal contratto sulla base di quanto gli riconosce la l.fall., art. 72. Ma – ed è ciò che rileva ai fini che qui interessano – se la domanda sia stata trascritta prima del fallimento, l'esercizio del diritto di scioglimento da parte del curatore non è opponibile nei confronti di quell'attore promissorio acquirente a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2. Ciò che vuoi dire che la domanda *ex art.* 2932 c.c. – trascritta prima della iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese – non impedisce al curatore di recedere dal contratto preliminare: gli impedisce, piuttosto, di recedere con effetti nei confronti del promissorio acquirente che una tale domanda ha proposto. Tutto ciò, naturalmente, se la sentenza è accolta

ed è trascritta a sua volta. E ciò si coniuga con l'effetto prenotativo che attua la trascrizione della domanda *ex art.* 2652 c.c., n. 2, il cui meccanismo pubblicitario si articola in due momenti: quello iniziale, costituito dalla trascrizione della domanda giudiziale e quello finale, rappresentato dalla trascrizione della sentenza di accoglimento. Il giudice, pertanto, può senz'altro accogliere la domanda pur a fronte della scelta del curatore di recedere dal contratto: con una sentenza che, a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, se trascritta, retroagisce alla trascrizione della domanda stessa e sottrae, in modo opponibile al curatore, il bene dalla massa attiva del fallimento. Diversamente, se la domanda trascritta non viene accolta, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda cessa, con la conseguente opponibilità all'attore della sentenza dichiarativa di fallimento rendendo, in tal modo, efficace, nei suoi confronti, la scelta del curatore di sciogliersi dal rapporto. Ciò consente di mantenere inalterata la facoltà di scelta del curatore, quale espressione di un potere sostanziale che l'ordinamento con la l.fall., art. 72, gli riconosce, ma che, nella concorrenza di determinati evenienze, non è opponibile – in caso di accoglimento della domanda in forma specifica – al promissario acquirente che abbia trascritto tale domanda anteriormente alla iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento del promittente venditore nel registro delle imprese. Viene tutelato il promissario acquirente di buona fede, ma nei confronti di comportamenti opportunistici compiuti in frode rimane ovviamente integra la possibilità di azioni dall'indubbia efficacia dissuasiva, come l'azione revocatoria. Quel che si vuoi dire è che l'interpretazione si evolve in sintonia con l'evoluzione del sistema giuridico e che certi principii – assurti quasi a dogma – come quello dell'intangibilità del patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento devono essere costantemente adeguati ad un sistema giuridico in movimento.

5. L'esame dei ricorsi.

Alla luce dei principii ora enunciati vanno ora esaminati i ricorsi proposti. Preliminarmente tutti i ricorsi sono riuniti.

5.1. Ricorsi: r.g. 19460/2007 + 23125/2007. Entrambi avverso le sentenze non definitiva e definitiva della Corte d'Appello di Venezia. Ricorso Fallimento M. di A. G. & C. Snc (r.g. 19460/2007). Con il primo il ricorrente denuncia insufficienza di motivazione su punto decisivo (art. 360 c.p.c., n. 5). Il motivo è manifestamente infondato per avere la Corte di merito dando puntuale e concisa risposta (pag. 16 sent.) alla insussistenza di una inequivoca volontà della promissaria acquirente di preferenza della risoluzione con la restituzione del prezzo al mantenimento dello stesso. Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 e 1223 c.c. Nella specie è applicabile *ratione temporis* l'art. 366-*bis* c.p.c. La norma prevede che il quesito di diritto debba essere

formulato in termini tali da costituire una sintesi logico-giuridica della questione, così da consentire al giudice di legittimità di enunciare una *regula iuris* suscettibile di ricevere applicazione anche in casi ulteriori rispetto a quello deciso dalla sentenza impugnata. Il quesito con cui si conclude il motivo è il seguente: codesta ecc.ma Corte dica “che l’inadempimento non costituisce, di per sè, fonte di danno: dovendo essere provato anche in ipotesi sussistano i presupposti per una determinazione in via equitativa”. Trattasi di un quesito generico, senza alcun riferimento al caso concreto. La conseguenza è l’inammissibilità del motivo. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione dell’art. 2697 c.c. e art. 116 c.p.c. Anche in questo caso il difetto di formulazione del quesito è evidente. Il quesito è, infatti, il seguente: La Corte dica che “i fatti, costitutivi della domanda debbono essere provati dalla parte che ha fatto valere tale preteso diritto e che un tale onere non può essere sopperito mediante ricorso alla consulenza tecnica: mezzo istruttorio che non svolge una funzione suppletiva di prova”. Un tale quesito – per la sua genericità, non consente alla Corte di legittimità di enunciare un o i principi di diritto che diano soluzione allo stesso caso concreto (Cass. ord. 24.7.2008 n. 20409; sez. un. ord. 5.2.2008 n. 2658; sez. un.5.1.2007 n. 36, e successive conformi). Ricorso società M. di A.G. & C. Snc (r.g. 23125/2007). Il ricorso per cassazione è inammissibile. Il ricorso è stato notificato il 7.5.2007, ma la società ed il socio e legale rappresentante A.G. erano stati dichiarati falliti con sentenza del tribunale di Venezia del 27.4.2007. E’ evidente che, con la dichiarazione di fallimento, essi avevano perso la capacità di agire che spettava al curatore ai sensi della l.fall., art. 43. Il conseguente difetto di rappresentanza del legale rappresentante non consentiva, quindi, il conferimento della procura speciale al difensore. È inammissibile il ricorso per cassazione proposto dal legale rappresentante di una società successivamente alla dichiarazione di fallimento di questa, neppure se il fallimento sia revocato nelle more del giudizio di legittimità. Il vizio della procura rilasciata al difensore, infatti, non potrebbe essere sanato *ex tunc* dalla sopravvenuta revoca del fallimento, atteso che, sulla base delle norme dell’art. 125 c.p.c., comma 3 e art. 370 c.p.c., deve escludersi la possibilità della sanatoria del vizio che invalida l’instaurazione del rapporto processuale tutte le volte in cui sia richiesta una procura speciale, come avviene per il ricorso per cassazione, per la valida proposizione del quale l’art. 365 c.p.c., richiede che la procura sia validamente conferita in epoca anteriore alla notificazione del ricorso (Cass. 28.4.2003 n. 6589). A maggior ragione quando alcuna revoca sia intervenuta. Conclusivamente, il ricorso per cassazione della società M. di A.G. & C. Snc è dichiarato inammissibile. 5.2. Ricorso r.g. 10243/2007. La società E. di W.I. & C. ha proposto ricorso avverso il decreto n. 7329 del

24.1/11.3.2008 con il quale il tribunale di Venezia ha rigettato la domanda di ammissione al passivo del credito di Euro 214.204,88 sulla base della statuizione della sentenza della Corte d’Appello n. 1812 del 2006. Con il primo motivo la ricorrente denuncia art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, falsa applicazione di norma di diritto ed omessa, contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia: dell’ammissibilità dell’eccezione, l.fall., *ex art.* 72, proposta per la prima volta nel giudizio davanti alla Suprema Corte di Cassazione. Con il secondo motivo si denuncia art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, falsa applicazione della norma di diritto ed omessa, contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia: della possibilità di comunicare lo scioglimento del contratto, l.fall., *ex art.* 72, dopo che vi è stata la trascrizione della citazione della causa avviata *ex art.* 2932 c.c. e dopo la trascrizione della sentenza dei giudici di merito che hanno accolto tale domanda. I motivi, esaminati congiuntamente, sono fondati. Le conclusioni cui la Corte a sezioni unite è pervenuta sulla questione oggetto di trattazione in ordine alla facoltà di scioglimento del curatore ai sensi dell’art. 72 c.c. e le ragioni della decisione impongono ora al giudice del rinvio un nuovo esame alla luce dei principi enunciati. Il ricorso è, dunque accolto, la sentenza cassata e la causa rinviata al tribunale di Venezia in diversa composizione. 5.3. Ricorsi: r.g. 16522/2008 + 18150/2008. La ricorrente sas E. di M.P. e C, già snc E. di W.I. & C. ha proposto ricorso avverso il decreto del 15/21.5.2008 con il quale il tribunale di Venezia ha rigettato la domanda di rivendica dell’immobile in questione ai sensi della l.fall., art. 103. Avverso il medesimo decreto ha proposto ricorso incidentale condizionato il Fallimento di M. di A.G. & C. Snc (r.g. 18150/2008). Con il primo motivo la ricorrente principale denuncia art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, falsa applicazione di norma di diritto ed omessa, contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia: sull’ammissibilità dell’eccezione, l.fall., *ex art.* 72, proposta per la prima volta nel giudizio avanti alla Suprema Corte di Cassazione. Con il secondo motivo si denuncia art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5, falsa applicazione della norma di diritto ed omessa, contraddittoria motivazione su di un punto decisivo della controversia: della possibilità di comunicare lo scioglimento del contratto, l.fall., *ex art.* 72, dopo che lo stesso è stato interamente eseguito da parte promittente e dopo che vi è stata sia la trascrizione della citazione della causa avviata *ex art.* 2932 c.c., che la trascrizione della sentenza dei giudici di merito che hanno accolto tale domanda. Anche in questo caso i motivi (che ricalcano quelli di cui al ricorso di r.g. 10243/2007) sono fondati per le ragioni più sopra esposte. Le conclusioni cui la Corte è pervenuta e le ragioni della decisione impongono, quindi, un nuovo esame alla luce dei principi enunciati. Il ricorso incidentale condizionato – a seguito dell’accogli-

mento del principale – va esaminato. Esso è inammissibile. Nella specie è applicabile *ratione temporis* l'art. 366-*bis* c.p.c. La norma prevede che il quesito di diritto debba essere formulato in termini tali da costituire una sintesi logico-giuridica della questione, così da consentire al giudice di legittimità di enunciare una *regula iuris* suscettibile di ricevere applicazione anche in casi ulteriori rispetto a quello deciso dalla sentenza impugnata. È, quindi, inammissibile il motivo di ricorso sorretto da un quesito la cui formulazione, ponendosi in violazione di quanto prescritto dal citato art. 366-*bis*, si risolve sostanzialmente in una omessa proposizione del quesito stesso, per la sua inidoneità a chiarire l'errore, o gli errori, di diritto imputati alla sentenza impugnata in riferimento alla fattispecie concreta (sez. un. ord. 27.3.2009 n. 7433; Cass. 25.3.2009 n. 7197; s.u. 30.10.2008 n. 26020). Nel caso in esame il quesito proposto in termini di violazione di norma di diritto (art. 342 c.p.c.) è totalmente astratto non contenendo alcun riferimento al caso concreto. È, infatti, del seguente tenore: "Dica la corte ecc.ma che la specificità dei motivi esige che – alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata – vengano contrapposte quelle dell'impugnante, volte ad incrinare il fondamento logico-giuridico delle prime". Un tale quesito

non consente alla Corte di legittimità di enunciare un o i principii di diritto che diano soluzione allo stesso caso concreto (Cass. ord. 24.7.2008 n. 20409; sez. un. ord. 5.2.2008 n. 2658; sez. un. 5.1.2007 n. 36, e successive conformi). Il ricorso principale è, dunque accolto, la sentenza cassata e la causa rinviata al tribunale di Venezia in diversa composizione; quello incidentale condizionato dichiarato inammissibile. Conclusivamente, è rigettato il ricorso del Fallimento M. di A.G. & C. snc (r.g. 19460/07); è dichiarato inammissibile il ricorso della società M. di A.G. & C. snc (r.g. 23125/07). Sono accolti i ricorsi della società C. srl in liquidazione avverso il decreto n. 7329/07 r.g. (ricorso r.g. n. 10243/08) ed avverso il decreto n. 44/08 r.g. (ricorso r.g. n. 16522/08) del tribunale di Venezia. È dichiarato inammissibile il ricorso incidentale condizionato del Fallimento Marti (r.g. 18150/08). La sentenza è cassata in relazione e la causa è rinviata al tribunale di Venezia in diversa composizione. Le ragioni della decisione in relazione alla complessità delle questioni trattate giustificano la compensazione delle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.
(*Omissis*)

Corte di Cassazione, Sezioni Unite

Sentenza del 7 settembre 2015, n. 17685 - Pres. Rovelli, Rel. Nobile

Infornio in itinere – collegamento tra l'evento ed il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro – mera coincidenza – inesistenza del requisito dell'occasione di lavoro – fattispecie non indennizzabile

*In materia di infortuni sul lavoro, la espressa introduzione nell'art. 2, d.P.R. n. 1124 del 1965 ex art. 12 d.lgs. n. 38 del 2000, dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere, non ha derogato alla norma fondamentale che prevede la necessit , ai fini della indennizzabilit  dell'evento, non solo della causa violenta, ma anche dell'occasione di lavoro. In caso di fatto doloso del terzo, dunque, quando il collegamento tra l'evento ed il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro risulti assolutamente marginale e basato esclusivamente su una mera coincidenza cronologica e topografica, la fattispecie resta esclusa dalla tutela in quanto viene a mancare il requisito dell'occasione di lavoro.*¹

¹ Nota redazionale a cura di PIETRO SORRENTINO, Dottore Magistrale in Giurisprudenza.

Le sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, sono state chiamate a definire l'esatto ambito di tutela previsto dall'art. 2, d.P.R. n. 1124 del 1965 in materia di infortuni in itinere ed a risolvere, definitivamente, un contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla stessa Suprema Corte in relazione al requisito di indennizzabilit  della c.d. "occasione di lavoro". In particolare, il caso che ha poi condotto alla statuizione delle Sezioni Unite, riguarda la richiesta di un soggetto, in proprio e nella qualit  di esercente la potest  sui figli e tutti nella qualit  di eredi, volta al riconoscimento della natura di infortunio sul lavoro all'evento mortale occorso alla propria moglie, evento accaduto mentre percorreva a piedi la strada per raggiungere l'Istituto geriatrico presso il quale lavorava. Nello specifico, tuttavia, l'evento morte avveniva a seguito dell'aggressione e dell'accoltellamento subiti dalla donna da parte dell'allora convivente.

In via preliminare, al fine di comprendere il contrasto giurisprudenziale sorto su casi del genere,   necessario inquadrare preliminarmente la normativa di riferimento.

Occorre da subito ricordare che, per tutelare i lavoratori vittime di infortunio, la Legge ha previsto (con il d.P.R. n. 1124 del 1965) una specifica assicurazione obbligatoria che consente di beneficiare di prestazioni sanitarie specifiche e di ottenere un indennizzo tanto pi  pesante quanto pi    stato grave l'evento traumatico e quanto pi  gravi sono le conseguenze che sono derivate. L'infortunio in itinere   un istituto tramite il quale si risarcisce il lavoratore, con onere a carico della collettivit , qualora subisca un infortunio non sul posto di lavoro, ma durante il percorso per recarsi allo stesso. Sulla collettivit , che agisce tramite l'INAIL, vengono dunque traslati i rischi derivanti da tale tipo di infortu-

nio. Il legislatore ha disciplinato l'infortunio in itinere con l'art. 12 del d.lgs. n. 38/2000 prevedendo in particolare che: «l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro». Il legislatore ha, dunque, espressamente previsto che l'infortunio in itinere sia compreso nella copertura assicurativa che viene fornita dalla assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro.

Affinch  un infortunio possa essere ricompreso nella tutela di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965 occorrono tre presupposti: un evento traumatico dal quale deriva una lesione alla salute del lavoratore o la sua morte; la c.d. causa violenta; un collegamento tra questo evento e lo svolgimento dell'attivit  lavorativa (c.d. occasione di lavoro). Per causa violenta s'intende un'azione intensa e concentrata nel tempo che causa le lesioni (o la morte) del lavoratore ed   il requisito che distingue l'infortunio dalla malattia professionale che, al contrario, avviene per una c.d. causa lenta, cio  un fattore di rischio al quale il lavoratore resta esposto per un lungo periodo di tempo. Tale requisito non ha mai destato troppe problematiche in quanto la giurisprudenza della Suprema Corte   oramai consolidata nell'intendere la causa violenta quale un'azione determinata e concentrata nel tempo, mentre non si ritengono indispensabili i requisiti della straordinariet , accidentalit  o imprevedibilit  del fatto lesivo, i quali, non essendo richiamati nella previsione normativa, ne costituiscono meri aspetti occasionali, non caratterizzanti, ancorch  frequenti o addirittura consueti. (Cass. civ., 14 maggio 1994, n. 4736; Cass. civ., 15 dicembre 1997, n. 12671). La giurisprudenza   stata dunque concorde nel ritenere che la causa violenta pu  riscontrarsi anche in relazione al mero sforzo messo in atto nel compiere un normale atto lavorativo, purch  lo sforzo stesso, ancorch  non eccezionale ed anormale, si riveli diretto a vincere una resistenza peculiare del lavoro medesimo e del relativo ambiente, dovendosi avere riguardo alla caratteristiche dell'attivit  lavorativa svolta ed alla loro eventuale connessione con le conseguenze dannose dell'infortunio (Cass. civ. 23 ottobre 1997, n. 10450; Cass. civ., 27 settembre 2013, n. 22257; Trib. Ivrea Sez. lavoro, 10 gennaio 2014).

Maggiori problematiche, soprattutto nelle ipotesi di infortuni in itinere, hanno invece da sempre interessato il requisito dell'occasione di lavoro, nozione con la quale s'intende la necessit  di un rapporto causa-effetto, di qualunque natura, tra l'evento lesivo e lo svolgimento dell'attivit  lavorativa. Diversamente detto l'occasione di lavoro   il criterio di collegamento con l'attivit  lavorativa che giustifica la tutela differenziata, garantita dalla legge stessa, rispetto ad altri eventi dannosi. Per quel che riguarda gl'infortuni in itinere, l'occasione di lavoro si specifica in due elementi costituiti dalla sussistenza di un nesso, almeno occasionale, tra itinerario seguito ed attivit  lavorativa nonch  dalla sussistenza di un nesso eziologico tra il percorso seguito e l'evento. Ed   proprio sull'esigenza o meno che tale ultimo elemento sia sempre presente anche nelle ipotesi di infortunio in itinere – soprattutto nelle ipotesi di evento riconducibile a fatto doloso del terzo – che in passato si   divisa la giurisprudenza, fornendo due orientamenti

tra loro contrastanti circa l'estensione della copertura dell'assicurazione obbligatoria.

Il primo orientamento, maggiormente seguito dalla giurisprudenza sino a questo momento, parte da una interpretazione estensiva della norma di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965 art. 2, e soprattutto del "comma aggiunto" dal d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, il quale recita «*Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti.*».

In base a tale indirizzo si ritiene sempre indennizzabile l'infortunio occorso al lavoratore in itinere qualora sia derivato da eventi dannosi, anche imprevedibili ed atipici, indipendenti dalla condotta volontaria dell'assicurato. In particolare si ritiene che il rischio inerente il percorso fatto dal lavoratore per recarsi al lavoro, risulta in ogni caso protetto poiché ricollegabile, pur in modo indiretto, all'espletamento dell'attività lavorativa (Cass. civ., 14 febbraio 2008, n. 3776).

L'unico limite all'applicabilità di predetta normativa resta il cd. "rischio elettivo" il quale è ravvisabile in presenza di un comportamento abnorme, volontario ed arbitrario del lavoratore, tale da condurlo ad affrontare rischi diversi da quelli inerenti alla normale attività lavorativa, pur latamente intesa, e tale da determinare una causa interruttiva di ogni nesso fra lavoro, rischio ed evento. Tale orientamento, dunque, propende per una quasi omnicomprensività degli eventi lesivi tutelabili dalla normativa prevista dal d.P.R. n. 1124 del 1965, omnicomprensività che pur tuttavia incontra delle importanti limitazioni proprio nella interpretazione ampia di "rischio elettivo" che la stessa Cassazione fornisce. Difatti nelle ipotesi di infortuni in *itinere*, rispetto all'infortunio che si verifichi nel corso dell'attività lavorativa vera e propria, il concetto di rischio elettivo comprende anche i comportamenti del lavoratore infortunato di per sé non abnormi, secondo il comune sentire, ma semplicemente contrari a norme di legge o di comune prudenza (Cass. civ., sez. lav., 18 marzo 2013, n. 6725). In applicazione di tale principio il lavoratore non ha diritto alla copertura assicurativa ad esempio quando la scelta dell'utilizzo del mezzo personale invece dei mezzi pubblici non sia necessitata. La suddetta interpretazione normativa è stata da ultima ripresa dalla Suprema Corte con la sentenza del 22 febbraio 2012, n. 2642 con la quale gl'Ermellini hanno ribadito che «*In tema di infortunio in itinere – nel regime successivo alla riforma di cui all'art. 12 del decreto legislativo 23 febbraio 2000, n. 38, applicabile ratione temporis alla dedotta fattispecie, – il rischio elettivo – cioè dovuto ad una scelta arbitraria del lavoratore infortunato, che interrompa ogni nesso tra lavoro, rischio ed evento – è configurato come l'unico limite alla copertura assicurativa di qualsiasi infortunio, in quanto ne esclude l'essenziale requisito della occasione di lavoro.*».

L'orientamento contrapposto, più formalistico, ritiene invece che il complesso di norme e principi previsto dall'originaria formulazione dell'art. 2 d.P.R. n. 1124 del 1965, non è stato in alcun modo derogato per effetto dell'introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere di cui al comma aggiunto allo stesso art. 2 dal d.lgs. 23 febbraio 2000, n. 38, art. 12. In base a tale indirizzo dunque, se per la configurazione dell'infortunio sul lavoro non è sufficiente che sussista la causa violenta (e che tale causa abbia coinvolto l'assicurato nel luogo ove egli svolge le sue mansioni), ma è necessario che tale causa sia connessa all'attività lavorativa nel senso cioè che inerisca a tale attività o sia almeno occasionata dal suo esercizio, allora gli stessi principi valgono anche per l'infortunio "in itinere", per la cui configurazione ai fini

Cass. civ. sez. un., 07 settembre 2015 n. 17685

Pres. Rovelli, Rel. Nobile

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato l'08.02.2006 G.R., in proprio e quale esercente la potestà sulle figlie minori G.A. e M., proponeva appello avverso la sentenza n. 513 del 2005 del Giudice del lavoro del Tribunale di

della copertura assicurativa, è dunque sempre necessario il predetto collegamento con l'esecuzione della prestazione del lavoro. Si ricollegano a questo secondo indirizzo tutte le sentenze con le quali la Suprema Corte ha ad esempio negato la tutela di cui si discute nelle ipotesi in cui la "mera presenza" dell'infortunato sul posto di lavoro e la coincidenza temporale dell'infortunio con la prestazione lavorativa ovvero con il percorso verso il posto di lavoro, costituiscono soltanto un "indizio" della sussistenza del rapporto "occasionale" e non la prova di esso, posto inoltre che non può escludersi – ad esempio nelle ipotesi di omicidio volontario – che l'evento dannoso sarebbe stato comunque consumato dall'aggressore, ricercando l'occasione propizia anche in tempo e luogo diversi da quelli della prestazione di lavoro o del percorso per raggiungerlo. (Cass. civ. 19 gennaio 1998, n. 447; Cass. civ. 29 ottobre 1998, n. 10815; Cass. civ., 11 giugno 2009, n. 13599). Le Sezioni Unite hanno risolto il suddetto contrasto giurisprudenziale propendendo per il secondo orientamento come sopra delineato. I giudici di Piazza Cavour sono partiti dal presupposto che il legislatore ha normativato il cd. infortunio *in itinere* aggiungendo un secondo comma all'art. 2 del d.P.R. n. 1124 del 1965 senza modificare l'impianto precedente; articolo che al comma primo prevede espressamente il requisito della "occasione di lavoro" al fine dell'indennizzabilità di un evento lesivo. Ciò posto il Collegio ha ritenuto di condividere il secondo indirizzo giurisprudenziale in quanto «... *basato su una corretta interpretazione logico-sistematica della norma in esame, laddove l'indirizzo opposto - oltremodo estensivo, inspiegabilmente, però, soltanto con riferimento all'infortunio in itinere - si fonda esclusivamente su una interpretazione del comma aggiunto meramente letterale e del tutto avulsa dal contesto e dalla norma fondamentale di cui al comma 1.* ». Di conseguenza i Giudici di legittimità hanno pronunciato il seguente principio di diritto: «*la espressa introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere non ha derogato alla norma fondamentale che prevede la necessità non solo della "causa violenta" ma anche della "occasione di lavoro", con la conseguenza che, in caso di fatto doloso del terzo, legittimamente va esclusa dalla tutela la fattispecie nella quale in sostanza venga a mancare la "occasione di lavoro" in quanto il collegamento tra l'evento e il "normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro" risulti assolutamente marginai basato esclusivamente su una mera coincidenza cronologica e topografica* ».

Seguendo il suddetto principio, nel caso sottoposto al vaglio della Corte, gli eredi non avranno diritto ad alcun indennizzo o rendita INAIL in quanto, nonostante la *de cuius* (la lavoratrice) si trovasse sul percorso casa-azienda in orario prossimo all'inizio del lavoro, ha subito un rischio del tutto scollegato all'adempimento dell'obbligazione lavorativa o dal percorso per recarsi in azienda, che riguarda al contrario la sua vita personale (aggressione ed accoltellamento da parte del proprio convivente). In questo caso non vi è l'occasione di lavoro in quanto il collegamento eziologico tra l'evento e la prestazione lavorativa risulta spezzato dalla circostanza che il convivente/aggressore avrebbe potuto scegliere qualsiasi altro momento per compiere l'insano gesto sicché, il fatto che l'aggressione sia avvenuta "in itinere", rappresenta una mera coincidenza.

Milano, chiedendo che, in riforma della stessa, fosse riconosciuta la natura di infortunio sul lavoro all'evento mortale occorso alla propria moglie A. O., mentre percorreva a piedi la strada per raggiungere l'Istituto geriatrico presso il quale lavorava.

Il detto giudice aveva ritenuto che l'infortunio era avvenuto in orario diverso da quello previsto per il turno e che, comunque, la causa violenta determinante l'infortunio era connessa ad un evento reato idoneo come tale, ad interrompere il nesso causale fra occasione di lavoro ed evento dannoso.

L'appellante sosteneva che sussisteva sia la causa violenta sia l'occasione di lavoro come previsto dal d.P.R. n. 1124 del 1965, e dal d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, in quanto la lavoratrice percorreva il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro; che il caso non rientrava in nessuna delle esclusioni previste dalla disciplina; che non rilevava lo spostamento dell'orario di inizio lavoro, considerata la ratio della tutela ed essendo comunque il lavoratore tenuto a recuperare il ritardo.

L'INAIL si costituiva e resisteva all'appello rilevando che le modalità dell'evento escludevano ogni nesso con l'attività di lavoro, considerata la finalità della disciplina sull'infortunio in itinere, ora previsto dal d.lgs. n. 38 del 2000.

La Corte d'Appello di Milano, con sentenza depositata il 14.11.2007, rigettava il gravame e condannava l'appellante al pagamento delle spese.

Per la cassazione di tale sentenza il G., in proprio e nella qualità, ha proposto ricorso con quattro motivi.

L'INAIL ha resistito con controricorso.

Il G. ha depositato memoria *ex art.* 378 c.p.c.

Con ordinanza del 22.10/27.11.2014 la Sezione Lavoro ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, per il contrasto evidenziato e per la configurabilità di una questione di massima particolare importanza "attinente alla individuazione delle regole sulla indennizzabilità dell'infortunio e del rapporto anche in termini di nesso eziologico tra attività lavorativa ed infortunio subito".

La causa è stata quindi assegnata a queste Sezioni Unite, dinanzi alle quali entrambe le parti hanno depositato memoria *ex art.* 378 c.p.c.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, denunciando violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 2, il ricorrente sostiene che la impugnata sentenza si sarebbe basata su una valutazione e interpretazione della detta norma priva di ogni riferimento alla evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali e alla modifica del dato normativo da cui è desumibile la nozione di infortunio in itinere.

Ad avviso del ricorrente, dovrebbe evincersi dallo stesso dato letterale della norma citata, così come mo-

dificata dal d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, che l'infortunio occorso durante il tragitto necessario per giungere sul luogo di lavoro (appunto l'infortunio *in itinere*), senza ulteriori specificazioni di sorta, deve ritenersi avvenuto in occasione di lavoro, con la conseguenza della sua indennizzabilità.

In altri termini, secondo il ricorrente, il collegamento con la prestazione di lavoro, nel caso dell'infortunio in itinere, sarebbe rappresentato esclusivamente dalla circostanza che l'infortunio si è verificato durante il tragitto casa-lavoro e nessun altro requisito o condizione sarebbe richiesto dalla norma ai fini di dar corso alla tutela assicurativa invocata, in quanto la *ratio legis* non consisterebbe nella tutela di un rischio specifico, bensì di tutti i rischi che possono verificarsi sul predetto tragitto.

Tale conclusione sarebbe avvalorata, secondo il ricorrente, dalla espressa previsione normativa degli infortuni in itinere esclusi dalla tutela assicurativa (quelli verificatisi in caso di interruzioni e/o deviazioni dal percorso dovute a scelta del lavoratore e indipendenti dal lavoro medesimo oltre che non necessitate, quelli direttamente cagionati dall'abuso di alcolici o psicofarmaci e dall'uso non terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni, nonché quelli in cui siano coinvolti conducenti sprovvisti di abilitazione alla guida).

Con il secondo motivo di ricorso si lamenta la omessa o insufficiente motivazione da parte della Corte territoriale, in ordine ad un fatto controverso e decisivo ovvero la carenza nella ricostruzione ed esplicitazione dell'iter attraverso il quale il giudicante è pervenuto ad escludere la fattispecie in esame dalle ipotesi indennizzabili quali infortuni in itinere. Il ricorrente deduce inoltre che la Corte territoriale avrebbe erroneamente affermato che la lavoratrice era stata aggredita dal proprio "convivente", circostanza smentita dallo stato di famiglia prodotto, dal quale si evinceva che, all'epoca del decesso, la A. risultava convivente con il marito e le figlie.

Con il terzo motivo, il ricorrente, per il caso di decisione della causa nel merito, ribadisce che le prestazioni richieste per sé e per le figlie sono quelle di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 85, deducendo all'uopo il possesso dei relativi requisiti soggettivi.

Con il quarto motivo, in ordine al quantum delle indennità, il ricorrente fornisce alcune precisazioni in ordine alla retribuzione da prendere in considerazione ai fini del calcolo delle prestazioni richieste.

Osserva il Collegio che i primi due motivi (ammissibili *ex art.* 366-bis c.p.c. – che va applicato *ratione temporis* – in quanto corredata, rispettivamente, da un idoneo quesito di diritto e da un idoneo momento di sintesi – v. fra le altre, da un lato Cass., sez. un., 30.10.2008 n. 26020 e Cass. 07.04.2009 n. 8463, e dall'altro Cass., sez. un., 01.10.2007 n. 20603 e Cass. 30.12.2009 n. 27680) non meritano accoglimento e tanto basta per rigettare il ricorso, risultando peraltro

assorbiti gli altri due motivi, chiaramente subordinati ad un eventuale accoglimento dell'impugnazione con decisione nel merito.

Invero il contrasto segnalato dalla ordinanza interlocutoria della sezione Lavoro riguarda la interpretazione da attribuirsi alla norma di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 2, con il "comma aggiunto" dal d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, ("L'assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, da cui sia derivata la morte o un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni... (*Omissis*). Salvo il caso di interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o, comunque, non necessitate, l'assicurazione comprende gli infortuni occorsi alle persone assicurate durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione a quello di lavoro, durante il normale percorso che collega due luoghi di lavoro se il lavoratore ha più rapporti di lavoro e, qualora non sia presente un servizio di mensa aziendale, durante il normale percorso di andata e ritorno dal luogo di lavoro a quello di consumazione abituale dei pasti. L'interruzione e la deviazione si intendono necessitate quando sono dovute a cause di forza maggiore, ad esigenze essenziali ed improrogabili o all'adempiimento di obblighi penalmente rilevanti.

L'assicurazione opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato. Restano, in questo caso, esclusi gli infortuni direttamente cagionati dall'abuso di alcolici e di psicofarmaci o dall'uso non terapeutico di stupefacenti ed allucinogeni; l'assicurazione, inoltre, non opera nei confronti del conducente sprovvisto della prescritta abilitazione di guida").

In particolare, con riguardo all'infortunio in itinere riconducibile al fatto doloso del terzo, la citata ordinanza interlocutoria ha evidenziato che una prima opzione interpretativa, fatta propria da Cass. 10.07.2012 n. 11545 e da Cass. 14.02.2008 n. 3776, tende ad estendere il concetto di infortunio assicurato affermando il principio secondo cui "in tema di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, pur nel regime precedente l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2000, è indennizzabile l'infortunio occorso al lavoratore in itinere, ove sia derivato da eventi dannosi, anche imprevedibili ed atipici, indipendenti dalla condotta volontaria dell'assicurato, atteso che il rischio inerente il percorso fatto dal lavoratore per recarsi al lavoro è protetto in quanto ricollegabile, pur in modo indiretto, allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il solo limite del rischio elettivo" (nel medesimo solco cfr. fra le altre anche Cass. 27.02.2002 n. 2942, Cass. 13.12.2000 n. 15691).

L'opposto indirizzo (espresso da Cass. 11.06.2009 n. 13599, che richiama Cass. 23.02.1989 n. 1017, Cass. 19.01.1998 n. 447 e Cass. 29.10.1998 n. 10815)

ritiene invece che non sia possibile ignorare il preciso elemento normativo dell'occasione di lavoro, sicché per la configurazione dell'infortunio indennizzabile è necessario che la causa violenta sia connessa all'attività lavorativa, nel senso che inerisca alla suddetta attività o che sia almeno occasionata dal suo esercizio. In particolare Cass. n. 13599/2009 cit. ha affermato che "in tema di indennizzabilità dell'infortunio in itinere, si sottrae a censure la decisione di merito che, a fronte dell'omicidio del lavoratore, ad opera di ignoti, nel tragitto percorso per recarsi al lavoro, ha ravvisato tra prestazione lavorativa ed evento una mera coincidenza cronologica e topografica, un indizio del nesso di occasionalità... escludendo qualsiasi collegamento oggettivo tra evento, esecuzione del lavoro e itinerario seguito per raggiungere il luogo di lavoro a bordo della propria autovettura".

L'ordinanza evidenzia, inoltre, che in tale secondo indirizzo si inseriscono anche quelle pronunce (da ultimo Cass. 17.06.2014 n. 13733) secondo le quali, in materia di infortunio sul lavoro, il d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, che ha espressamente ricompreso nell'assicurazione obbligatoria la fattispecie dell'infortunio in itinere, disciplinandolo nell'ambito della nozione di "occasione di lavoro" di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 2, esprime criteri normativi (come quelli di "interruzione o deviazione del tutto indipendenti dal lavoro o comunque non necessitate") che delimitano l'operatività della garanzia assicurativa, condizionando la indennizzabilità dell'infortunio alla sussistenza di un vincolo "obiettivamente ed intrinsecamente apprezzabile con la prestazione dell'attività lavorativa" e all'accertamento di "una relazione tra l'attività lavorativa ed il rischio al quale il lavoratore è esposto, indispensabile a concretizzare quel "rischio specifico improprio" o "generico aggravato" che rientra nella ratio del d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 2 citato.

Al di là di tali concetti più o meno ampi elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, osserva il Collegio che la soluzione del contrasto non può che rinvenirsi nel presupposto richiesto della "occasione di lavoro", che costituisce il criterio di collegamento con l'attività lavorativa che giustifica la tutela differenziata, costituzionalmente garantita, rispetto ad altri eventi dannosi, e che, in sostanza, pur evolutosi in senso estensivo, fino a ricomprendere nella tutela tutte le attività prodromiche e strumentali all'esecuzione della prestazione lavorativa (v. fra le altre Cass. 28.07.2004 n. 14287, Cass. 04.08.2005 n. 16417) e tutte le condizioni, comprese quelle ambientali e socio-economiche, in cui l'attività lavorativa si svolge e nelle quali è insito un rischio di danno per il lavoratore, indipendentemente dal fatto che tale danno provenga dall'apparato produttivo o dipenda da terzi o da fatti e situazioni proprie del lavoratore (col solo limite, in quest'ultimo caso, del c.d. rischio elettivo) (v. fra le altre Cass. 27.02.2002 n. 2942, Cass. 23.07.2012 n.

12779, Cass. 05.01.2015 n. 6), è rimasto pur sempre ancorato ad un rapporto, seppure mediato e indiretto, comunque non assolutamente marginale tra l'evento ed il lavoro (cfr. già C. Cost. 462/1989), in modo cioè che l'infortunio sia in qualche modo "occasionato" dal lavoro stesso.

D'altra parte, come è stato più volte affermato da questa Corte (v. fra le altre Cass. 06.07.2007 n. 15266, Cass. 17.06.2014), il d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, ha espressamente ricompreso nell'assicurazione obbligatoria la fattispecie dell'infortunio in itinere, già elaborata dalla giurisprudenza, inserendola nell'ambito della nozione di "occasione di lavoro" di cui al d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 2, di guisa che è indubbio che il "comma aggiunto" non può che essere pur sempre letto nel quadro del sistema delineato dal citato art. 2, che al primo comma detta la norma fondamentale della materia, secondo la quale l'assicurazione comprende tutti i casi di infortunio avvenuti per causa violenta in "occasione di lavoro".

In tale quadro, quindi, in primo luogo, come evidenziato da Cass. n. 13599/2009 cit., anche con riferimento all'infortunio in itinere, già anteriormente al d.lgs. n. 38 del 2000, non era "possibile ignorare il preciso elemento normativo dell'occasione di lavoro" (principio questo che "è valso ad escludere l'occasione di lavoro, in particolare, per gli omicidi in alcun modo connessi con il lavoro, sul rilievo che la "mera presenza" dell'infortunato sul posto di lavoro e la coincidenza temporale dell'infortunio con la prestazione lavorativa, costituiscono soltanto un "indizio" della sussistenza del rapporto "occasionale" e non prova di esso, posto che non può escludersi – specie quando trattasi di omicidio volontario – che l'evento dannoso sarebbe stato comunque consumato dall'aggressore, ricercando l'occasione propizia anche in tempo e luogo diversi da quelli della prestazione di lavoro Cass. 23 febbraio 1989, n. 1017, Cass. 19 gennaio 1998, n. 447, Cass. 29 ottobre 1998, n. 10815").

Tale complesso di regole e principi, poi, come puntualmente ha chiarito la stessa sentenza n. 13599/2009, "non risulta in alcun modo derogato per effetto dell'introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere". Il comma aggiunto dal d.lgs. n. 38 del 2000, art. 12, al d.P.R. n. 1124 del 1965, art. 2, "alle condizioni specificamente previste assimila gli spostamenti necessari per recarsi sul luogo di lavoro all'esecuzione della prestazione, ma chiaramente non incide sul requisito dell'occasione di lavoro, da riferire, in tal caso al nesso con la necessità degli spostamenti e dei percorsi".

In particolare in questa prospettiva la detta sentenza ha collocato anche Cass. n. 3776/2008 cit., che ha ravvisato l'occasione di lavoro "nella rapina subita dal lavoratore in itinere e allo scopo di sottrargli il mezzo privato adoperato (motoveicolo), così individuando il collegamento con il lavoro nel possesso di un bene

patrimoniale, quale strumento necessario attraverso il quale si realizzava l'iter protetto".

La stessa sentenza n. 13599/2009 ha poi affermato che "del resto, più in generale, va considerato che l'itinerario seguito e i mezzi di locomozione adoperati presentano sempre un nesso di occasionalità necessaria con episodi delittuosi diretti a colpire vittime casuali", mentre, invece, tale nesso legittimamente (e con accertamento di fatto congruamente motivato) era stato escluso dal giudice di merito in un caso di omicidio del lavoratore, ad opera di ignoti, nel tragitto percorso per recarsi al lavoro, caratterizzato soltanto da una mera coincidenza cronologica e topografica (costituente, appunto, un semplice indizio, e non una prova, del nesso di occasionalità, peraltro in quel caso anche smentito da altri indizi).

Orbene ritiene il Collegio di condividere tale secondo indirizzo in quanto basato su una corretta interpretazione logico-sistematica della norma in esame, laddove l'indirizzo opposto – oltremodo estensivo, inspiegabilmente, però, soltanto con riferimento all'infortunio in *itinere* – si fonda esclusivamente su una interpretazione del comma aggiunto meramente letterale e del tutto avulsa dal contesto e dalla norma fondamentale di cui al comma 1.

Peraltro, a ben vedere, Cass. n. 3776/2008 cit. in motivazione, sulla scia dei precedenti di questa Corte, aveva affermato che "il requisito dell'occasione di lavoro implica la rilevanza di ogni esposizione a rischio ricollegabile allo svolgimento dell'attività lavorativa in modo diretto o indiretto, con il solo limite del rischio elettivo o della totale estraneità del rischio – che non si richiede essere tipico o normale – all'attività lavorativa" ("totale estraneità" che non si rinviene nella relativa massima e che, in effetti, è stata ignorata da Cass. n. 11545/2012 cit., che ha semplicemente richiamato la massima di Cass. n. 3776/2008, così ipotizzando soltanto il limite del "rischio elettivo").

Per tali ragioni va riaffermato il principio secondo cui "la espressa introduzione dell'ipotesi legislativa dell'infortunio in itinere non ha derogato alla norma fondamentale che prevede la necessità non solo della "causa violenta" ma anche della "occasione di lavoro", con la conseguenza che, in caso di fatto doloso del terzo, legittimamente va esclusa dalla tutela la fattispecie nella quale in sostanza venga a mancare la "occasione di lavoro" in quanto il collegamento tra l'evento e il "normale percorso di andata e ritorno dal luogo di abitazione e quello di lavoro" risulti assolutamente marginai basato esclusivamente su una mera coincidenza cronologica e topografica (come nel caso in cui il fatto criminoso sia riconducibile a rapporti personali tra l'aggressore e la vittima del tutto estranei all'attività lavorativa ed a situazioni di pericolo individuale, alle quali la sola vittima è, di fatto, esposta ovunque si rechi o si trovi, indipendentemente dal percorso seguito per recarsi al lavoro).

Orbene, nel caso in esame la Corte territoriale ha rilevato che “nella specie A.O., nonostante si trovasse sul percorso casa-azienda in orario prossimo all’inizio del lavoro, ha subito un rischio che riguarda la sua vita personale, del tutto scollegato all’adempimento dell’obbligazione lavorativa o dal percorso per recarsi in azienda”, essendo stata “aggredita e accoltellata dal proprio convivente” (come da accertamenti dell’I-NAIL), evento questo che “ha spezzato ogni nesso” con la prestazione lavorativa.

Tale accertamento di fatto, congruamente motivato, risulta conforme all’indirizzo come sopra riaffermato e resiste ai primi due motivi di ricorso (con assorbimento degli altri due motivi).

Del resto il detto accertamento non è in alcun modo inficiato dalla circostanza che la A. all’epoca del decesso risultasse anagraficamente ancora nello stato di famiglia del coniuge, circostanza questa irrilevante ai fini della decisione (fondata, in sostanza, come sopra, sulla accertata mancanza della “occasione di lavoro”).

Il ricorso va pertanto respinto. Infine, in ragione dell’evidenziato contrasto giurisprudenziale, le spese vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

(Omissis)

Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile

Sentenza del 20 agosto 2015, n. 16993 - Pres. Vivaldi, Rel. Scarano

Responsabilità del medico – omessa o tardiva diagnosi – danno da perdita di chance – onere della prova – danno morale terminale

Anche quando non sussiste nesso di causalità tra l'omessa diagnosi di un male terminale e l'evento morte – cui comunque si sarebbe pervenuti anche all'esito di una corretta diagnosi – deve essere risarcito il danno subito dal paziente per non avere potuto usufruire di cure palliative o comunque per non avere potuto gestire in piena consapevolezza la fase terminale della propria vita¹.

¹ Nota redazionale a cura di DARIO BERRINO, Avvocato.

La sentenza in esame offre l'occasione per tratteggiare lo stato dell'arte del c.d. "danno da perdita di chance" in ambito sanitario, la cui elaborazione è sostanzialmente frutto della recente applicazione giurisprudenziale, nonché per snidare, in seno alla giurisprudenza di legittimità, divergenze interpretative ancora sussistenti in tema di danno c.d. catastrofico, sia pur all'indomani della nota pronuncia a Sezioni Unite del 22 luglio 2015.

La questione attiene al vasto ambito della responsabilità medica, e in particolare, nel caso di specie, all'omessa diagnosi di un processo morboso terminale, in relazione al quale si manifesti solo la possibilità di effettuare un intervento c.d. palliativo, determinando un ritardo della relativa esecuzione, sì da favorire un decorso più lento della malattia.

Con la presente decisione i giudici di Piazza Cavour non condividono la posizione ricoperta dal giudice del gravame, che ha rigettato ogni pretesa risarcitoria degli eredi per i danni sofferti da una paziente – deceduta entro un brevissimo arco temporale – in conseguenza della tardiva diagnosi, ad opera del ginecologo che la aveva in cura, di carcinoma all'utero.

Tardiva diagnosi che ha impedito alla paziente di adottare iniziative volte a migliorare la qualità della vita per il tempo rimanente, nonché di intraprendere scelte terapeutiche finalizzate ad allungare, per quanto possibile, la stessa.

Ma per meglio comprendere le pretese dei ricorrenti, e la natura dei relativi danni di cui si chiede il risarcimento, è opportuno preliminarmente offrire un quadro d'insieme della tipologia di danni entro cui si iscrive la controversia in questione.

Il pacifico riconoscimento della voce di danno rispondente alla "perdita di chance" rappresenta un'acquisizione solo recente nel nostro ordinamento. Si registra, infatti, una storica incertezza, da parte della dottrina, a riconoscere la perdita di chance come automa voce di danno.

La stessa giurisprudenza è sempre stata restia a liquidare integralmente un danno eventuale, futuro ed incerto. Solamente a partire dagli anni novanta si è, dapprima timidamente e poi sempre con maggior convinzione, affermata la liquidazione proporzionale del danno rapportata all'effettiva possibilità o probabilità di avveramento.

La perdita di chance, quale categoria di danno, nasce da un'esi-

genza sentita dalla giurisprudenza soprattutto nei casi in cui non era possibile liquidare alcun danno anche in presenza di ragionevoli probabilità di avveramento, in mancanza di un nesso causale tra il fatto illecito e il danno futuro che non consentiva di ritenere la certezza del verificarsi dell'evento e, quindi, del verificarsi del danno.

Casi nei quali non riceveva piena attuazione il principio dell'integrale risarcimento del danno alla persona, nel senso di ripristinare la situazione originaria antecedente al momento in cui si è verificato il fatto produttivo del danno.

L'analisi parte dall'art. 1223 c.c., che prevede il risarcimento non soltanto dei danni che hanno una precisa entità economica, quanto d'ogni danno economicamente valutabile. In sostanza, secondo un ragionamento ormai ricorrente della stessa giurisprudenza della Suprema Corte, il danno, pur non rientrando nel lucro cessante inteso come mancato guadagno, può rientrare nel danno emergente da intendersi come perdite subite da un soggetto.

Assimilando così la chance non alla certezza di ottenere il risultato, ma alla perdita della possibilità di ottenere lo stesso, la chance ben può essere risarcita in quanto possibilità presente nel patrimonio del soggetto che legittimamente aspira al risultato sperato (c.d. teoria ontologica).

Questa la prima delle due strade seguite dalla giurisprudenza per giustificare tale figura emergente di danno, considerando la chance come un bene suscettibile di valutazione patrimoniale in sé e per sé; con la conseguenza che la perdita di chance può essere ricostruita come un'ipotesi di danno emergente, abbandonando la concezione della stessa come mera aspettativa di fatto e prospettandola nei termini di un'aspettativa legittima meritevole di risarcimento.

Altra parte della giurisprudenza, invece, ha assimilato l'ipotesi della perdita di chance al lucro cessante, ammettendone pertanto la risarcibilità soltanto quando l'occasione perduta si presenta, se valutata con prognosi postuma, assistita da considerevoli possibilità di successo (teoria eziologica).

A ricevere l'avallo di dottrina e giurisprudenza maggioritaria è la prima delle ricostruzioni viste, per cui si iscrive al danno da perdita di chance natura di danno emergente, consistente nella perdita attuale di un'occasione favorevole, una sorta di "proprietà anteriore" appartenente al soggetto che subisce la lesione. Dunque il fatto dannoso non verrebbe a ripercuotersi su un utile da conseguire, ma su un'entità già esistente e ormai appartenente al patrimonio del soggetto.

La qualificazione della chance come danno emergente comporta delle conseguenze di non poco momento sul piano probatorio, nel senso che il creditore-danneggiato soggiace ad una prova semplificata, dovendo dimostrare la mera possibilità di raggiungere il risultato sperato, in base ad una prova del nesso causale non già fondata sulla tradizionale teoria (presa in prestito dal diritto penale) della condicio sine qua non, bensì su quella molto meno rigorosa del "più probabile che non", integrata dai dati della comune esperienza.

Regola probatoria che invece diviene più rigida laddove si acceda alla teoria c.d. eziologica, che identifica la chance con il lucro cessante, per cui la risarcibilità è riconosciuta purché risulti dimostrato sia il nesso di causalità sia la ragionevole probabilità (e non mera possibilità) del suo verificarsi, in base a circostanze certe e puntualmente dedotte (in tal senso, *ex multis* Cass. civ., 26 maggio 2011, n. 11609; Cass. civ., 14 maggio 2013, n. 11548).

Che la teoria cd. ontologica abbia trovato maggior seguito in giurisprudenza trova conferma nell'ambito dei rapporti di lavoro (settore che ha conosciuto le primissime aperture al riconoscimento del danno in questione) e nell'ambito della responsabilità medica.

Proprio tale ultimo terreno, in particolar modo, ha visto infatti numerose pronunce che hanno dato la stura al riconoscimento del danno da perdita di chance, qualificando quest'ultima come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto la cui lesione configura una perdita (e non un mancato guadagno). Su tutte, la pronuncia della Suprema Corte del 04 marzo 2004 n. 4400, che giunge ad una compiuta definizione del danno da perdita di chance, circoscrivendone l'applicazione.

Con tale ultima decisione gli ermellini definiscono la chance perduta come «la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, e non una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la sua perdita costituisce un danno concreto ed attuale».

Ha in seguito precisato la giurisprudenza di legittimità (in particolare, Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619) che quando gli ordinari criteri di accertamento causale danno esito negativo si può ricorrere alla causalità da perdita di chance, attestata sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi più correttamente non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, quanto piuttosto come sacrificio della possibilità di conseguirlo, intendendo tale aspettativa come "bene", diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello della salute.

Il tema della responsabilità del sanitario mostra, dunque, di offrire importanti spunti ai fini del riconoscimento del danno de quo. Le occasioni in tal senso, sempre più frequenti, si stagliano con ancora maggior chiarezza nei casi in cui la responsabilità medica consegua ad un errato intervento chirurgico che, laddove eseguito correttamente, avrebbe senz'altro inciso positivamente sulla durata della vita del paziente nonché sulla sua qualità. Con ciò maturandosi una perdita di chance risarcibile.

Ipotesi quest'ultima affrontata dai giudici di legittimità in un recente intervento (Cass. civ. 27 marzo 2014 n. 7195) in cui è stato ritenuto risarcibile il danno conseguente ad un errato intervento chirurgico che, se correttamente eseguito, avrebbe rallentato l'esito certamente infausto della malattia, comportando così la perdita, per il paziente, della possibilità di vivere più a lungo.

Identico discorso ha riguardato l'ipotesi dell'omessa diagnosi di un processo morboso terminale, che aveva determinato la tardiva esecuzione dell'intervento chirurgico e di conseguenza l'esito definitivo di tale processo, verificatosi anzitempo, con conseguente perdita del paziente di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita, nonché la chance di vivere qualche mese in più rispetto a quelli poi vissuti (Cass. civ. 14 giugno 2011, n.12961).

Ed in tale solco si colloca perfettamente la pronuncia in commento, con la quale il giudice di legittimità è stato chiamato a misurarsi in relazione ad una circostanza sostanzialmente sovrapponibile a quella da ultimo menzionata.

La Suprema Corte, coerentemente alle più recenti acquisizioni viste in tema di danno di perdita di chance in ambito sanitario, si pone in linea di continuità con l'impostazione prevalente che accede alla teoria c.d. ontologica, trattando la "chance", ovve-

ro l'effettiva possibilità di conseguire un determinato risultato al momento dell'illecito, alla stregua di un bene suscettibile di autonoma valutazione giuridica.

Nel caso di specie il danno da perdita di chance consegue alla omessa pronta diagnosi del processo morboso terminale in corso, in relazione al quale si rende possibile, a salvaguardia del paziente, un solo intervento c.d. palliativo. L'esecuzione di quest'ultimo in ritardo, a causa dell'omessa diagnosi, cagiona nel paziente un danno in ragione della circostanza che nelle more egli non ha potuto fruirne, perdendo così la possibilità di vedersi alleviato il dolore che il decorso della malattia comporta.

Il venir meno di tale possibilità, unitamente a quella relativa ad un allungamento del tempo di vita che il tempestivo intervento palliativo avrebbe verosimilmente consentito, realizza per ciò solo una lesione attuale e concreta della sfera giuridica del paziente, sussistente indipendentemente dalla risoluzione del processo morboso.

Che la progressione della malattia sia avvenuta con modalità particolarmente rapida e tumultuosa, per cui poco o nulla sarebbe cambiato circa il decorso clinico, è circostanza ritenuta dal giudice d'appello sufficiente ad escludere ogni responsabilità del sanitario, la cui omessa pronta diagnosi, si afferma, non è causalmente riconducibile all'aggravamento della malattia.

Valutazione completamente disattesa dai giudici di piazza Cavour nella decisione in oggetto, per cui anche in presenza di una situazione deponente per un prossimo ed ineluttabile *exitus* l'intervento medico può essere comunque volto a consentire al paziente di poter eventualmente fruire di un intervento anche solo meramente palliativo, idoneo, se non a risolvere il processo morboso o ad evitare l'aggravamento, quantomeno ad alleviare le sofferenze, oltre che a porre il paziente nelle condizioni di gestire con maggior consapevolezza la fase terminale della propria vita. Significative sono infine anche le ultime considerazioni svolte in sentenza relativamente al danno c.d. catastrofe. Danno conseguente alla sofferenza patita dal paziente nell'imminenza della morte durante la sua lucida agonia, e che in sede di merito è stato negato, sulla base dell'insussistenza del nesso di causalità tra la condotta del medico e l'evento morte.

La Suprema Corte, sul punto, si pone convintamente in contrasto con la posizione negazionista assunta dal giudice di merito, e nel rimettere la questione al giudice del rinvio lascia chiaramente intendere l'opportunità di riconoscere il danno morale terminale (o da lucida agonia o catastrofe), quale danno nella specie patito dalla vittima per la sofferenza provata nell'avvertire consapevolmente l'ineluttabile approssimarsi della propria fine, per la cui configurabilità assume rilievo il criterio dell'intensità della sofferenza provata, a prescindere dall'apprezzabile intervallo di tempo intercorso tra lesioni e decesso, richiesto invece dalla tradizionale giurisprudenza per il danno biologico terminale.

Con tale presa di posizione gli ermellini, nel caso di specie, tradiscono una diversità di impostazione in seno alla stessa giurisprudenza della Suprema Corte, laddove invece, come visto, in tema di danno da perdita di chance (in ambito medico) la recente giurisprudenza di legittimità mostra una sostanziale uniformità di vedute.

Le recentissime Sezioni Unite del 22 luglio 2015, intervenute in tema di danno tanatologico da morte immediata, nel disconoscere quest'ultimo hanno inoltre negato cittadinanza anche al c.d. danno morale terminale, conseguente alle sofferenze patite in attesa del sopraggiungere dell'evento infausto entro brevissimo lasso di tempo dalle lesioni.

Pregiudizio che invece, con la pronuncia in esame, sembra ri-acquistare piena meritevolezza, nella misura in cui, inequivocabilmente, viene stigmatizzato l'atteggiamento serbato dal giudice del gravame, che nega ristoro al "danno tanatologico" consistente nella sofferenza patita prima di morire durante l'agonia.

Cass. civ. sez. III, 20 agosto 2015, n. 16993
Pres. Vivaldi, Rel. Scarano

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

Con sentenza dell'11.10.2010 la Corte d'Appello di Palermo ha respinto il gravame interposto dai sigg. La.Ci.Ag., A. e G. – quali eredi della congiunta sig. D.A., deceduta in corso di giudizio – in relazione alla pronuncia del Trib. Palermo 6.09.2003, di parziale accoglimento della domanda da quest'ultima proposta nei confronti del sig. C.G., anch'egli deceduto in corso di causa, a titolo di risarcimento dei danni sofferti in conseguenza di tardiva diagnosi, nella sua qualità di ginecologo, di carcinoma all'utero.

Avverso la suindicata pronuncia della corte di merito i sigg. La.C.A., A. e G., nella qualità, propongono ora ricorso per cassazione, affidato a 4 motivi, illustrati da memoria. Resistono con controricorso i sigg. C.G. e C., quali eredi dei sigg. C.G. ed M.E., quest'ultima essendo deceduta in corso di giudizio.

L'altra intimata non ha svolto attività difensiva.

Motivi della decisione

Con il 1 motivo i ricorrenti denunziano “violazione e falsa applicazione” degli artt. 40 e 41 c.p., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3; nonché “omessa ed insufficiente motivazione” su punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Con il 2 motivo denunziano “violazione e falsa applicazione” degli artt. 1681 e 2054 c.c., nonché “omessa applicazione” degli artt. 2055, 12292 e 1294 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Con il 3 motivo denunziano “omessa, insufficiente e contraddittoria” motivazione su punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Si dolgono che la corte di merito abbia erroneamente ed immotivatamente escluso la sussistenza “del nesso causale tra il ritardo diagnostico della malattia e la morte della signora D.”, facendo proprie le conclusioni della CTU disposta in sede di gravame, senza motivare sulla preferenza a questa accordata rispetto alla CTU effettuata in primo grado.

Lamentano che, ritenuto in colpa il ginecologo, la corte di merito ha quindi contraddittoriamente nega-

Al di là della confusione nella quale spesso l'interprete può essere indotto, definendosi talvolta (come il giudice di merito fa) il danno morale terminale o catastrofico come danno tanatologico, che invece per definizione postula l'assenza di un qualunque intervallo temporale tra lesione ed evento morte, si registrano così posizioni non del tutto omogenee, quanto meno in punto di danno catastrofico o morale terminale, dinanzi alla stessa Corte della nomofilachia; a conferma del fatto che forse la concordia su tali ultime tematiche è tutt'altro che raggiunta, anche all'indomani delle recenti Sezioni Unite.

to “il nesso causale tra la condotta omissiva del sanitario” e la “sussistenza di tutti i pregiudizi sofferti dalla paziente e della loro diretta derivazione dalla condotta colpevole” del medesimo.

Si dolgono non essersi dalla corte di merito considerato che “le valutazioni tecniche rese dai consulenti nominati in secondo grado sono inidonee ad escludere che la tardività della diagnosi abbia inciso sulla possibilità della paziente di godere di una maggiore durata di sopravvivenza”.

I motivi, che possono congiuntamente esaminarsi in quanto connessi, sono fondati e vanno accolti p.q.r. nei termini di seguito indicati.

Come questa Corte ha avuto modo di porre più volte in rilievo, il debitore è di regola tenuto ad una normale perizia, commisurata alla natura dell'attività esercitata (secondo una misura obiettiva che prescindendo dalle concrete capacità del soggetto, sicché deve escludersi che ove privo delle necessarie cognizioni tecniche il debitore rimanga esentato dall'adempiere l'obbligazione con la perizia adeguata alla natura dell'attività esercitata); mentre una diversa misura di perizia è dovuta in relazione alla qualifica professionale del debitore, in relazione ai diversi gradi di specializzazione propri dello specifico settore di attività (cfr., con riferimento al professionista, ed in particolare allo specialista, Cass., 20.10.2014, n. 22222).

Atteso che la diligenza deve valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata (art. 1176 c.c., comma 2), al professionista (e a fortiori allo specialista) è richiesta una diligenza particolarmente qualificata dalla perizia e dall'impiego di strumenti tecnici adeguati al tipo di attività da espletare (cfr. Cass., 31.05.2006, n. 22222; Cass., 09.10.2012, n. 17143).

Nell'adempimento delle obbligazioni (e dei comuni rapporti della vita di relazione) il soggetto deve osservare altresì gli obblighi di buona fede oggettiva e correttezza, quale generale principio di solidarietà sociale la cui violazione comporta l'insorgenza di responsabilità (anche extracontrattuale).

È pertanto tenuto a mantenere un comportamento leale, osservando obblighi di informazione e di avviso nonché di salvaguardia dell'altrui utilità – nei limiti dell'apprezzabile sacrificio – dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi (cfr., con riferimento a differenti fattispecie, Cass., 20.02.2006, n. 3651; Cass. 27.10.2006, n. 23273; Cass., 15.02.2007, n. 3462; Cass., sez. un., 25.11.2008, n. 28056; Cass., 27.04.2011, n. 9404, e, da ultimo, Cass., 27.08.2014, n. 18304).

In tema di danno alla persona conseguente a responsabilità medica, si è per altro verso nella giurisprudenza di legittimità precisato che l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, in relazione al quale si manifesti la possibilità di effettuare solo un intervento c.d. palliativo, determinando un ritardo

nella relativa esecuzione cagiona al paziente un danno già in ragione della circostanza che nelle more egli non ha potuto fruirne, dovendo conseguentemente sopportare tutte le conseguenze di quel processo morboso, ed in particolare il dolore (in ordine al quale, Cass., 13.04.2007, n. 8826), che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto alleviargli, sia pure senza la risoluzione del processo morboso (cfr. Cass., 18.09.2008, n. 23846, e conformemente, Cass., 23.05.2014, n. 11522).

Danno risarcibile alla persona in conseguenza dell'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale è stato da questa Corte ravvisato anche in conseguenza della mera perdita per il paziente della chance di vivere per un (anche breve) periodo di tempo in più rispetto a quello poi effettivamente vissuto, ovvero anche solo della chance di conservare, durante quel decorso, una "migliore qualità della vita" (v. Cass., 18.09.2008, n. 23846, e conformemente, Cass., 08.07.2009, n. 164, Cass., 27.03.2014, n. 7195).

Si è al riguardo precisato che in tale ipotesi il danno per il paziente consegue pure alla mera perdita della possibilità di scegliere, alla stregua delle conoscenze mediche del tempo, "cosa fare" per fruire della salute residua fino all'esito infausto, anche rinunciando all'intervento o alle cure per limitarsi a consapevolmente esplicitare le proprie attitudini psico-fisiche in vista del e fino all'exitus (cfr. Cass., 18.09.2008, n. 23846).

Orbene i suindicati principi sono stati dalla corte di merito in parte disattesi nell'impugnata sentenza.

È rimasto nella specie accertato che "il Dott. C. ebbe in cura la signora D. per un periodo di cinque mesi, dal settembre '92 al febbraio '93, durante il quale la paziente presentò episodi di perdite ematiche dai genitali, e che il medico effettuò controlli clinici per cinque volte (si tratta... delle visite del 29 settembre 1992, in cui viene controllata la spirale, dell'ottobre del 1992, in cui la spirale venne rimossa, del dicembre 1992, in cui venne eseguita un'ecografia, del gennaio 1993, in cui vennero prescritti antibiotici e utero tonici, e del febbraio 1993, in cui venne eseguita un'ecografia). Il 23 febbraio del 1993 la donna si ricoverò quindi all'istituto Materno Infantile per tre giorni, ove le fu diagnosticato il carcinoma, mediante biopsia del canale cervicale, ciò da cui può desumersi, con certezza, che il carcinoma era già presente all'atto delle visite del Dott. C.,".

Orbene, dopo aver correttamente affermato che il comportamento nel caso dal medico mantenuto non è stato improntato alla dovuta diligenza, essendosi "con certezza" accertato che "il carcinoma era già presente all'atto delle visite del Dott. C." e che l'approccio diagnostico del medesimo fu "insufficiente" atteso che quantomeno "in occasione del terzo controllo (dicembre '92) o del quarto (gennaio 1993)" il "quadro patologico del D. andava approfondito... mediante

l'effettuazione di esami diagnostici quali il pap-test, la colposcopia e la biopsia della cervice uterina", la corte di merito è invero pervenuta ad escludere la responsabilità del medesimo argomentando dal rilievo che "i consulenti hanno confermato che secondo l'*id quod plerumque accidit*, poco o nulla sarebbe cambiato circa il decorso clinico, con specifico riferimento alla forma tumorale, particolarmente maligna e aggressiva", traendone la conferma dell'insussistenza del nesso causale tra l'aggravamento della malattia e il comportamento omissivo del sanitario".

La corte di merito ha altresì escluso il risarcimento del c.d. danno da perdita di *chance* sofferto dalla D.A., "per il troncante rilievo che il controverso orientamento giurisprudenziale che ne ammette la configurabilità in materia di responsabilità medica, ritiene comunque che il danno da perdita di chance sia un'autonoma voce di danno emergente, con la conseguenza che la relativa domanda è diversa rispetto a quella avente ad oggetto il mancato raggiungimento del risultato sperato".

Ha del pari negato il ristoro del danno "consistenze nella sofferenza patita dal D. prima di morire durante l'agonia (danno c.d. tanatologico)", in quanto "difetta, come già ampiamente detto, il nesso di causalità".

Orbene, le suindicate ragioni e conclusioni si appalesano apodittiche ed erronee.

Vale al riguardo osservare che, quand'anche "la durata del ritardo diagnostico" sia da considerarsi non già di quattro mesi, come ritenuto dal giudice di prime cure, bensì quella "ridotta a circa due mesi", da essa ravvisata sussistere, la corte di merito non ha spiegato come mai alla mancata tempestiva individuazione da parte del C. della reale natura della malattia, che aveva invero già colpito la D. al momento della prima visita, quale forma tumorale "particolarmente aggressiva" non abbia assegnato alcuna rilevanza causale in relazione alla sopraggiunta morte, e pertanto anche sotto il segnalato profilo della possibilità di effettuazione di un intervento quantomeno di tipo palliativo, nonché quello della suindicata perdita di una doppia chance.

Il rilievo per cui il morbo ha nel caso avuto "una progressione che avviene con modalità particolarmente rapida ed inconsuetamente tumultuosa", per cui "poco o nulla sarebbe comunque cambiato circa il decorso clinico", e la conclusione di "insussistenza del nesso causale tra l'aggravamento della malattia e il comportamento omissivo del sanitario" sono stati dal giudice del gravame invero, rispettivamente, formulato e trattato senza invero considerare che anche in presenza di una situazione deponente per un prossimo ed ineluttabile *exitus* l'intervento medico può – come detto – essere comunque volto a consentire al paziente di poter eventualmente fruire di un intervento anche solo meramente palliativo idoneo, se non a risolvere il processo morboso o ad evitarne l'aggravamento, quantomeno ad alleviarne le sofferenze (cfr. Cass.,

18.09.2008, n. 23846, e, conformemente, Cass., 23.05.2014, n. 11522).

A tale stregua, l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale assume allora rilievo causale non solo in relazione alla chance di vivere per un (anche breve) periodo di tempo in più rispetto a quello poi effettivamente vissuto ma anche per la perdita da parte del paziente della chance di conservare, durante quel decorso, una "migliore qualità della vita" (cfr. Cass., 18.09.2008, n. 23846, e conformemente, Cass., 08.07.2009, n. 16014, Cass., 27.03.2014, n. 7195), intesa – come detto – quale possibilità di programmare (anche all'esito di una eventuale scelta di rinuncia all'intervento o alle cure: cfr. Cass., 16.10.2007, n. 21748) il proprio essere persona, e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle proprie attitudini psico-fisiche in vista e fino a quell'esito (cfr. Cass., 18.09.2008, n. 23846).

L'erroneità dell'assunto e della conclusione trattate dalla corte di merito si è quindi riverberata nel mancato riconoscimento di un ristoro dei danni subiti dalla D., e fatti valere *iure hereditatis* dagli odierni ricorrenti, avuto in particolare riguardo alla suindicata perdita di chance di sopravvivenza ovvero anche solo della possibilità di meglio prepararsi alla propria fine vivendo consapevolmente, pur in tale contingenza, il proprio essere persona.

Né può al riguardo sottacersi come tale erroneità trovi ulteriore sintomatica conferma nel riferimento operato dalla corte di merito al diverso concetto di "danno da perdita di *chance*" quale "autonoma voce di danno emergente" (*rectius*, lucro cessante: v., da ultimo, Cass., 12.06.2015, n. 12221), e pertanto di aspetto del danno patrimoniale, laddove questa Corte ha già avuto modo di precisare che "il concetto di patrimonialità va correlato al bene in relazione al quale la chance si assume perduta e, quindi, in riferimento al danno alla persona ad una chance di conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o delle condizioni e della durata dell'esistenza di vita" (così Cass., 18.09.2008, n. 23846).

Per altro verso, la suindicata erroneità si è ripercorsa nella negazione del ristoro del c.d. danno tanatologico "consistente nella sofferenza patita dalla D. prima di morire durante l'agonia".

Danno da questa Corte, anche a sezioni unite, indicato in termini di danno morale terminale o da lucida agonia o catastrofica o catastrofico (v. Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 266772; Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 26773), quale danno alla vittima subito per la sofferenza provata nel consapevolmente avvertire l'ineluttabile approssimarsi della propria fine, per la cui configurabilità assume rilievo il criterio dell'intensità della sofferenza provata (v. Cass., 08.04.2010, n. 8360; Cass., 23.02.2005, n. 3766; Cass., 1.12.2003, n. 18305; Cass., 19.10.2007, n. 21976; Cass., 24.05.2001, n. 7075; Cass., 06.10.1994, n. 8177;

Cass., 14.06.2003, n. 1203. In tema di danno cd. catastrofico v. già Cass., 02.04.2001, n. 4783), a prescindere dall'apprezzabile intervallo di tempo tra lesioni e decesso della vittima richiesto per la liquidazione del danno biologico terminale (in ordine al quale v. Cass., 28.06.2007, n. 18163; Cass., 16.05.2003, n. 7632; Cass., 01.02.2003, n. 18305; Cass., 16.06.2003, n. 9620; Cass., 14.03.2003, n. 3728; Cass., 2.04.2001, n. 4783; Cass., 10.02.1999, n. 1131; Cass., 29.09.1995, n. 10271).

Dell'impugnata sentenza – assorbiti ogni altro e diverso profilo e il 4 motivo – s'impone pertanto la casazione in relazione, con rinvio alla Corte d'Appello di Palermo, la quale in diversa composizione procederà a nuovo esame, facendo dei suindicati disattesi principi applicazione.

Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.
(*Omissis*)

Gazzetta FORENSE

Luglio - Agosto 2014

rivista bimestrale
di diritto

- ▶ commerciale
- ▶ tributario
- ▶ civile
- ▶ penale
- ▶ amministrativo
- ▶ internazionale

La crisi delle società di calcio professionistico
a dieci anni dal *caso Napoli*

FRANCESCO FIMMANÒ

La disciplina degli stupefacenti alla luce
della recente giurisprudenza costituzionale

ANNALISA PASTORE E LUIGI LEVITA

Il soccorso istruttorio e la tipizzazione
delle cause di esclusione nella disciplina
dei contratti pubblici

FLAVIANA MARGHERITA D'AMICO

prezzo di copertina
20,00 euro

*sei numeri della rivista
comodamente a casa tua*

abbonamento ordinario
90,00 euro

L'abbonamento è valido dal mese
successivo alla sottoscrizione

infoline
+39 081 18 89 39

DATI DEL DESTINATARIO

nuovo abbonamento rinnovo l'abbonamento

cognome

nome

indirizzo

nr.

cap.

città

prov.

tel.

Accenso al trattamento dei dati personali ai sensi dell'Art. 13 del D.Lgs. n. 196/2003 e successive modifiche ed integrazioni.

Modalità di pagamento
[allegare la ricevuta]

coordinate bancarie: Giapeto Editore Surl
Banca Popolare dell'Emilia Romagna
IBAN IT 26 H 05387 03402 000001424910

compila questo coupon e spedisilo, insieme alla ricevuta del pagamento

✉ **per posta** in busta chiusa a: GIAPETO EDITORE, via Medina 5, 80133 Napoli

📠 **via fax** inviandoli allo 081 015 39 40

@ **per email** a: info@giapeto.it

Diritto e procedura penale

A PROPOSITO DEL DOLO NELLA BANCAROTTA PREFERENZIALE	88
di Enrico von Arx	
LEGITTIMA DIFESA	93
di Rocco Curcio e Simona Durazzo	
I CONTRASTI RISOLTI DALLE SEZIONI UNITE PENALI	96
a cura di Angelo Pignatelli	
RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ.....	104
RASSEGNA DI MERITO	107



A proposito del dolo nella bancarotta preferenziale

abstract

In this article the authors will try to analyze if the willful misconduct could integrate the crime of preferential bankruptcy. This issue will be also discussed in the light of the recent changes made to the Italian Bankruptcy Law.

keywords

Fraudulent preference; wilful misconduct; bankruptcy law.

abstract

In questo contributo si cercherà di analizzare la tipologia di dolo, specifico od eventuale, necessario per integrare la fattispecie di bancarotta preferenziale alla luce soprattutto della ratio sottesa alle modifiche alla Legge Fallimentare di cui all'art. 67 comma 3 let. D.

parole chiave

Bancarotta preferenziale; Dolo; Legge fallimentare.

sommario

Premessa. – **1.** La violazione della *par condicio creditorum* – **2.** Il Dolo. – **3.** Il Piano idoneo *ex art.* 67 c. 3. – **4.** Conclusioni.

Premessa

Negli ultimi anni il Legislatore è intervenuto con una serie di modifiche della c.d. Legge Fallimentare¹ tali da inserire la non punibilità per i reati di bancarotta in un numero sempre crescente di ipotesi.

La giurisprudenza più risalente e consolidata² considera la sentenza dichiarativa di fallimento elemento costitutivo del reato di bancarotta e non condizione di punibilità. Tale sentenza assume un ruolo essenziale per l'affermazione della penale responsabilità dell'imprenditore, il quale, quando non è in stato di decozione, può compiere liberamente tutti gli atti di disposizione che ritiene opportuni, esercitando il proprio diritto di gestione dell'impresa nel modo

più confacente ai propri interessi. Ciò è ancor più vero nella bancarotta preferenziale ove la condotta che rischia di divenire illecita si sostanzia addirittura nell'adempimento di un obbligo, tanto che, solo con la dichiarazione di fallimento, la violazione della *par condicio creditorum* può rendere punibile un comportamento altrimenti assolutamente lecito. In tale ipotesi, che l'ordinamento si propone di salvaguardare il trattamento paritario dei creditori, che trova già tutela in ambito civilistico con l'azione revocatoria e vede ulteriore tutela anche nell'ambito penalistico, quando ricorre il dolo.

La tutela della parità dei creditori è tanto radicata nel nostro ordinamento da essere già salvaguardata da una tradizione giuridica ben più risalente delle normative moderne. È infatti inizialmente con la Legge delle XII tavole, con la *lex Poetelia Papiria* poi e infine con la *lex Julia* che, con modalità più o meno cruente e punitive, i creditori potevano “vedere soddisfatti” i propri interessi. L'archetipo delle moderne azioni revocatorie viene invece formulato con l'*actio Pauliana*, introdotta a tutela dei creditori frodati che, in presenza anche di un “*consilium fraudis*”, possono vedere revocati gli atti di disposizione del debitore a favore di altri creditori. Come deterrente per il debitore, non traendo di regola quest'ultimo nessun vantaggio dal negozio preferenziale, il legislatore ha posto la tutela penale laddove egli abbia agito con dolo a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi.

1. La violazione della *par condicio creditorum*

L'interesse a non favorire un creditore in danno di altri costituisce un limite fortemente incisivo della libertà imprenditoriale, soprattutto in un momento di forte crisi economica come quello attuale. In tali condizioni infatti un soggetto economico potrebbe avere interesse, al sol fine di salvaguardare la sopravvivenza dell'azienda e quindi anche la possibilità soddisfacente degli altri creditori, a pagare prima determinati debiti: come ad esempio una società di trasporti che ha interesse a mantenere i rapporti con i fornitori di carburanti.

Se infatti, nella bancarotta fraudolenta la condotta distrattiva è di per se contraria all'ordinamento e costituisce, anche in assenza di sentenza dichiarativa di fallimento, autonoma fattispecie delittuosa, ciò non

¹ d.l. 31 maggio 2010, n. 78; d.l. 22 giugno 2012, n. 83, (l. di conversione 7 agosto 2012); d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (l. di conversione 17 dicembre 2012, n. 221); d.l. 5 gennaio 2015, n. 1 (l. di conversione con modifiche 4 marzo 2015, n. 20).

² Sez. un. 25 gennaio 1958.

avviene per la bancarotta preferenziale, ove la violazione della *“par condicio creditorum”* è un diritto dell'imprenditore fin tanto che non si arrivi al fallimento della sua azienda.

Approfondendo quindi l'analisi del reato della bancarotta preferenziale l'esame deve incentrarsi necessariamente sull'elemento psicologico del soggetto agente. L'oggetto della tutela penale non può di certo prescindere dallo specifico intento di favorire uno o più creditori in danno degli altri, rappresentando questa il limite più incisivo alla libertà di disposizione patrimoniale. La compressione del “diritto di impresa” è giustificata solo per quei comportamenti per i quali il legislatore riconosce un alto disvalore sociale, atteggiando così il bene tutelato ad interesse di natura pubblicistica, e non più semplicemente privatistica come il soddisfacimento di un creditore. È il “disvalore sociale” del comportamento doloso a mutare l'oggetto di tutela da privatistico a pubblicistico.

2. Il Dolo

Nel reato di bancarotta preferenziale il dolo pare dunque distinguere ciò che è penalmente rilevante da ciò che è lecito. Tale dolo, sia dalla formulazione letteraria della norma, che dal confronto con le altre ipotesi di bancarotta fraudolenta, pare essere un dolo specifico finalizzato proprio alla lesione della *par condicio creditorum*, pur se non mancano opinioni contrarie anche in giurisprudenza che andremo ad analizzare.

Anche nell'ambito della più generica bancarotta fraudolenta pare essere richiesto il dolo specifico, non solo per rimarcare la differenza con il limitrofo delitto di cui all'art. 220 l.Fall., ma anche più in generale con i casi di gonfiamento del passivo destinati a finalità differenti quali ad esempio l'evasione fiscale³. Occorre d'altra parte sottolineare come «il dolo specifico, in quanto evento mentale effettivo, non possa essere meramente desunto dalla circostanza che uno stesso comportamento sia in grado di ledere oggettivamente interessi diversi, occorrendo invece dimostrare oltre ogni ragionevole dubbio che l'azione illecita sia stata effettivamente determinata, a livello mentale, dal fine di ledere l'interesse creditorio»⁴.

Al contrario la giurisprudenza appare persuasa dall'idea che «Il dolo nel reato di bancarotta fraudolenta è generico e pertanto può essere anche eventuale»⁵ ma, prescindendo dalla coscienza dell'offesa, si

³ MANGANO P., *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 2003, p. 182.

⁴ SERENI A., *Trattato delle procedure concorsuali*, AA.Vv., Torino, 2012, p. 109 e ss.

⁵ Così Cass, sez. V, n. 10941/1996; ma anche Cass., sez. V, n. 45431/2004; Cass., sez. V, n. 7555/2006 e ancora più specificamente Cass., sez. V, n. 17044/2001: “in tema di bancarotta, la rappresentazione del fallimento esula dall'elemento soggettivo del reato; ne consegue che è irrilevante che nell'agente manchi la consapevolezza di poter fallire”.

potrebbero così punire le condotte più remote e prive di qualunque nesso psichico con la messa a repentaglio degli interessi dei creditori. Si lascerebbe al giudice margini discrezionali troppo ampi nel relativo accertamento, potendo avvenire anche a presunzioni senza giungere alla prova piena, dove invece sarebbe necessaria la coscienza e volontà di causare mediante l'azione incriminata il dissesto “qui e ora”, con una evidente ricaduta di maggior precisione del nesso azione-evento, non bastando quindi la mera accettazione del rischio che con la condotta si possa determinare l'insolvenza⁶.

A ragioni analoghe, ma probabilmente ancora più convincenti sulla necessità del dolo specifico per la configurabilità della condotta penalmente rilevante, si deve giungere, come anticipato, in relazione alla bancarotta preferenziale. Già il tenore letterale dell'art. 216 c. 3 della l.Fall. precisa che il comportamento deve essere eseguito allo “scopo di favorire a danno dei creditori, taluno di essi” ove quindi l'agente deve rappresentarsi e volere un vantaggio in diretta corrispondenza di uno svantaggio altrui.

Di avviso contrario appare essere la giurisprudenza per la quale non è necessario un dolo diretto ma è sufficiente un dolo eventuale, la semplice accettazione dunque da parte del debitore che con il proprio comportamento egli possa causare una alterazione della *par condicio creditorum* anche se questa non fosse da egli voluta. Alla base di tale teoria vi è la distinzione con i commi 1 e 2 dello stesso art. 216, posti questi ad evitare che l'agente agisse allo “scopo di recare pregiudizio ai creditori” mentre nella bancarotta preferenziale il dolo sarebbe diretto solo a favorirne qualcuno in danno degli altri e quindi basterebbe un dolo eventuale.

Appare a questo punto necessario sottolineare come l'alterazione della *par condicio* dei creditori possa anche essere dovuta per finalità differenti, spesso contrari proprio al pregiudizio dei creditori, ovvero finalizzati al perdurare nello stato di attività dell'impresa scongiurando il fallimento. Questo è un caso, frequente nella pratica commerciale, del pagamento dei debiti scaduti, effettuato nel tentativo di evitare la richiesta di fallimento, solo verso quei creditori che appaiono più intenzionati a chiederlo, per farli desistere. Oppure più frequentemente allorché il debitore tenti di giungere ad un accordo transattivo con i creditori i quali possono, a loro volta, preferire questa strada alle procedure concorsuali. O ancora la concessione di garanzie immobiliare ad istituti bancari per poter accedere nuovamente al credito nel tentativo di salvare l'impresa ponendo in essere «iniziative coraggiose, da *extrema ratio*, ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo al fine di scongiurare il fallimento»⁷. In siffatte ipotesi dunque, la volontà dell'agente è as-

⁶ SERENI A., *op. cit.*

⁷ Cass.pen., sez. V, n. 24231/2003.

solutamente estranea alla volontà di aggirare alcuni dei creditori a discapito di altri, al contrario si confida proprio di riuscire a garantire tutte le legittime pretese. Difetterebbe quindi in questo caso l'elemento soggettivo che la norma pare richiedere, ovvero la volontà di violare o alterare la *par condicio creditorum* "a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi".

Il pagamento o la simulazione del titolo di prelazione sarebbe quindi proprio lo strumento idoneo a far venire meno il pregiudizio per la massa, a nulla valendo l'obiezione che il debitore avesse agito anche preconfigurandosi la possibilità di un fallimento, anche se al preciso scopo di evitarla. In una siffatta ipotesi di dolo eventuale dunque sarebbero esperibili le azioni civilistiche di revocatoria per soddisfare gli interessi di natura privatistica dei creditori, laddove per una condotta penalmente rilevante non può che essere richiesto un "*quid pluris*" che deve configurarsi necessariamente nella prevista e voluta circostanza di danneggiare taluno dei creditori.

3. Il Piano idoneo ex art. 67 c. 3

Quanto fin qui detto non costituisce una situazione dissimile a quella prevista dell'art. 67 comma 3 let. D, l.Fall. il quale esclude la revocatoria laddove i pagamenti siano posti "in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria" purché attestati da un professionista con i relativi requisiti richiesti dalla legge. Il suddetto piano a seguito della modifica dell'art. 217-bis l.Fall., è diventato quindi una certificazione dell'assenza di dolo, andando ben oltre i compiti riconosciuti prima della riforma dal legislatore di mera garanzia contro la revocazione, il quale ha inserito così nel sistema penale una scriminante. Sul punto è bene sottolineare che come ampiamente condiviso in dottrina, l'attestazione del professionista non concerne la veridicità dei dati aziendali, e che tali piani si collocano in un ambito strettamente privatistico-negoziale finalizzato a favorire la continuità aziendale e in relazione al quale «al tribunale non è attribuito alcun potere istruttorio e ... neppure è prevista alcuna figura incaricata di controllare la correttezza dei dati aziendali»⁸. Sembra dunque trattarsi in altri termini di un "sindacato" giurisdizionale meramente sul controllo della correttezza procedimentale della domanda⁹. I

⁸ MUCCIARELLI F., *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2009, p. 834.

⁹ Così, tra gli altri, D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla Legge fallimentare*, IV, 2010, p. 53; DE CRESCENZIO U., PANZANI L., *Il nuovo diritto fallimentare: dal maxi emendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005, p. 74; FAUCEGLIA G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, Fa, 2006, p. 1451; GUGLIELMUCCI L., *Diritto Fallimentare*, Torino, 2009, p. 339 ss.; PROTO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Fa, 2006, p. 138.

piani sono dunque tesi alla composizione dell'insolvenza tra debitori e creditori in un'ottica privatistica, e ciò dunque giustifica la scelta legislativa di non dotare la relativa procedura di strumenti di controllo fidejacenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali presentati dall'imprenditore.

Alla luce di ciò, se l'art. 217-bis l. Fall. venisse inteso come scriminante¹⁰ avrebbe un contenuto applicativo ristretto alle ipotesi di presentazioni del piano ex art. 67 comma 3 l.Fall. escludendo solo in tali ipotesi la punibilità del delitto di bancarotta preferenziale (anche se non mancano opinioni contrarie¹¹). Si rischierebbe fermandosi a questa interpretazione, tra l'altro ormai consolidata, di creare l'effetto paradossale e distorto che laddove l'imprenditore abbia ingenera-

Nel senso opposto, a favore di un potere di verifica in ordine al merito dell'accordo si schiera, tuttavia, la dottrina maggioritaria per cui vedi su tutti, dai più ai meno recenti: FRASCAROLI SANTI E., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009, p. 160; D'AMBROSIO C., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da FAUCEGLIA G. PANZANI L., III, Torino, 2009, p. 1815; AMBROSINI S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di COTTINO G., XI, Padova, 2008, p. 179; ROPPO V., *Profili strutturali e funzionali dei contratti di "salvataggio" (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, DF, 2008, I, p. 381; FABIANI M., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla "re-organization"*, Gco, 2007, II, p. 266; PRESTI G., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, BBTC, 2006, I, p. 36. In giurisprudenza vedi Trib. Milano, 1/1/2007, DF, 2008, II, p. 136 ss.

¹⁰ Per la scriminante ex art. 50 c.p.: INSOLERA G., *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi di impresa*, in *Giur. Comm.*, I, 2006, p. 465; BRUNO L.G., *Le responsabilità civili e penali degli organi amministrativi e di controllo nella gestione della crisi d'impresa e nell'insolvenza*, in *Fall.*, 2008. Per la scriminante ex art. 51 comma 1 c.p.: MANGIONE A., *Riflessioni penalistiche sulla riforma delle procedure concorsuali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, p. 461. Secondo altri Autori invece non vi era una scriminante, ma non sussistevano proprio gli elementi della tipicità, sottraendo i negozi non revocabili dai comportamenti oggetto del fatto tipico ex art. 216 comma 3 l.Fall. Così: ALESSANDRI A., *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Diritto penale dell'impresa*, Torino, 2007, p. 466; COCCO G., *sub art. 216, Fallimento*, in PALAZZO-PALIERO (a cura di) *Commentario breve alle leggi penali complementari*, Padova, 2007, p. 1198. Ma anche la giurisprudenza di legittimità successiva alla riforma del 2005 ha prontamente puntualizzato la corrispondenza biunivoca tra irrevocabilità dell'atto ai fini civili in forza del riformato art. 67 l.Fall. e irrilevanza penale dello stesso comportamento. *Ex plurimis*: "la strategia di alleggerire la pressione dei debitori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e patrimoniale, si appalesa incompatibile con la norma, soprattutto alla luce della riforma (portata dal già citato d.lgs. n. 269 del 2007) dell'azione revocatoria e specialmente della l.Fall., art. 67, comma 3.", così Cass. pen., sez. V, n. 31168/2009.

¹¹ ROCCO FAVA S., *Trattato delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 143., ma soprattutto PREZIOSI S., *op. cit.*, p. 357 dove appunto si teorizza che il debitore ed i creditori aderenti al piano di recupero potessero essere chiamati a rispondere *ex post* a titolo di bancarotta preferenziale laddove il piano non abbia esito positivo, attribuendo quindi al giudice la possibilità di sindacare, *ex post* appunto, la fattibilità e la possibilità di buona riuscita del piano.

to, con il dolo specifico per favorire uno o più creditori in danno di altri, il falso convincimento del professionista che il piano fosse idoneo, o addirittura abbia con esso inteso un *pactum sceleris*^{12, 13}, non sussisterà il reato di cui all'art. 216 comma 3 l.Fall., essendo il fatto punibile invece con sanzioni più miti come ad esempio *ex art. 640 c.p.*¹⁴ oppure *ex art. 2621-2622 c.c.*. Al contrario l'imprenditore che avesse agito senza dolo specifico, ma al solo scopo di un estremo tentativo di salvare l'impresa pur prevedendo ma cercando di scongiurare l'eventualità del fallimento, al di fuori però delle ipotesi di cui all'art. 67 comma 3 let. D, l.Fall., sarebbe così punibile del delitto di bancarotta preferenziale.

Si dovrebbe invece andare al di là dell'apparente natura giuridica della scriminante e comprendere se dal dettato della norma si possa rafforzare l'idea dell'esistenza di un limite normativo alla configurabilità del dolo¹⁵.

Importante dunque è analizzare se ci sono, come pare, gli elementi per dare vigore alla necessità del dolo specifico, il quale dovrebbe permeare tutte le fattispecie di bancarotta e non solo quella di bancarotta preferenziale. Tra l'altro in quest'ultima ipotesi nel caso di dolo eventuale, giova ricordare, che nessun vantaggio viene in essere per l'imprenditore dalla violazione della *par condicio creditorum*. Sarebbe dunque, al massimo, configurabile non l'ipotesi della bancarotta fraudolenta preferenziale, ma la ben più mite in punto di pena,

¹² Nel qual caso il professionista sarebbe punibile ai sensi dell'art. 236-bis l.Fall.

¹³ Non è una novità per il legislatore prevedere la possibilità di punire anche il professionista: avviene in particolare con l'art. 11 del d.lgs. 74/2000, con l'art. 11 co. 1, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (l. di conversione 22 dicembre 2011 n. 214) che ha introdotto il nuovo delitto di esibizione o trasmissione di atti o documenti falsi o fornitura di dati e notizie non rispondenti al vero e già stato introdotto da tempo risalente dalla giurisprudenza con il concorso nei reati di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 o 2622 cc.

¹⁴ Così INSOLERA G., *op. cit.*, p. 471; ALESSANDRI A., *op. cit.*, p. 127; D'ALESSANDRO F., *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla Legge fallimentare*, vol. IV, Milano, 2010, p. 56.

¹⁵ In realtà l'art. 217-bis è stato proprio introdotto dal d.l. 78/2010, per strutturare una inedita "esenzione da reato" per le operazioni e i pagamenti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano attestato, sulla falsariga delle esenzioni da revocatoria fallimentare previste dall'art. 67 co. 3 l.f. "*L'introduzione dell'art. 217-bis l.f. ha ricevuto il consenso del mondo imprenditoriale e della dottrina penalistica che da tempo chiedeva l'introduzione di una disciplina ad hoc per la responsabilità dei soggetti coinvolti nella gestione della crisi imprenditoriale. A beneficiare della novella sono soprattutto gli operatori degli istituti di credito, sui quali pendeva la spada di Damocle del concorso in bancarotta preferenziale (o semplice per aggravamento del dissesto), per aver concesso nuovi crediti o costituito titoli di prelazione in esecuzione di un piano di rientro del cliente debitore*" così SPINOSA V., *Il c.d. Decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. Pen. Con.*, 2013, p. 7.

ipotesi di bancarotta semplice di cui all'art. 217. A ben vedere solo l'interesse individuale perseguito dal singolo imprenditore in contrasto con gli interessi oggettivi dell'impresa costituisce elemento caratterizzante del delitto di bancarotta fraudolenta, infatti «quando l'agente pone in essere operazioni imprudenti idonee a configurare la bancarotta semplice ... egli agisce con imprudenza, ma pur sempre nell'interesse dell'impresa; nelle operazioni distrattive che integrano il delitto di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216 invece, l'agente agisce dolosamente perseguendo un interesse proprio o di terzi estranei all'impresa e, quindi, con la coscienza e volontà di porre in essere atti incompatibili con la salvaguardia del patrimonio aziendale ed in contrasto con l'interesse dei creditori alla conservazione delle garanzie patrimoniali»¹⁶. Anche nella condotta di bancarotta semplice, peraltro, si configura un contrasto con l'interesse oggettivo dell'impresa; tale contrasto rimane però confinato sul piano oggettivo e non si riverbera sul dolo dell'agente che, il più delle volte, agisce pur versando in errore evitabile, nella convinzione di operare nell'interesse dell'impresa¹⁷. L'agire "con imprudenza ma pur sempre nell'interesse dell'impresa" va inteso nel senso che la condotta è oggettivamente in contrasto con l'interesse dell'impresa (l'antidoverosità oggettiva non si riflette però nella rappresentazione dell'agente, si tratta cioè di condotta "imprudente") ma che l'imprenditore è in buona fede, sia pure consapevole (in altri termini versa in stato di errore evitabile) poiché è soggettivamente convinto di agire nell'interesse dell'impresa e quindi anche dei creditori tutti.

4. Conclusioni

La differenza tra la bancarotta semplice e quella fraudolenta anche nella forma della preferenziale dunque risiede nell'elemento soggettivo, mentre identiche sono le caratteristiche della condotta che consiste nella diminuzione dell'attivo e delle garanzie patrimoniali dell'impresa non giustificato con la funzione oggettiva dell'impresa stessa. Per la realizzazione della ben più grave ipotesi di cui all'art. 216 comma 3 l.Fall. è necessaria la consapevolezza e volontà di ledere l'interesse oggettivo dell'impresa e con esso quindi anche quello dei creditori stessi a vantaggio di altri, un dolo specifico appunto¹⁸. Rientrerebbero quindi nella ipotesi di bancarotta semplice chiarisce la anche quelle «operazioni finalisticamente orientate a ritardare il fallimento ... caratterizzate da grave avventatezza o spregiudicatezza, che superino i limiti dell'ordinaria imprudenza ma ragionevolmente dotate di probabilità di successo al fine di scongiurare il fallimento» anche se la finaliz-

¹⁶ Cass. pen., sez. V, n. 1580/1990.

¹⁷ PIOLETTI U., *Trattato delle procedure concorsuali*, *op. cit.*, p. 151 ss.

¹⁸ Così la sent. Cass. pen., sez. V, n. 9430/1996 anche se non mancano orientamenti contrari come Cass. pen., sez. V, n. 2876/1998.

zazione che connota l'ipotesi de qua «ha certamente carattere doloso» inteso come dolo eventuale¹⁹.

A tali conclusioni si sta avvicinando, se pur con prudenza considerato il rischio di operazioni fraudolente, anche la Suprema Corte. La ultima sentenza in tema di bancarotta preferenziale del 23 luglio 2014, n. 32725, pronunciata dalla V Sezione, pur richiamando la sentenza n. 31894/2009²⁰ la quale ripercorre l'interpretazione fino ad oggi dominante sull'elemento psicologico necessario ad integrare la fattispecie delittuosa, pare iniziare a riconoscere la correttezza di quanto sin qui detto.

Secondo la cauta nuova interpretazione di legittimità della disposizione di cui all'art. 216 c. 3 l.Fall., il dolo specifico verrebbe meno solo nell'ipotesi in cui l'azione dell'imprenditore risulti finalizzata, in via esclusiva o prevalente, alla salvaguardia della azienda. Laddove però tale finalizzazione si sommi a quella di avvantaggiare taluni creditori la condotta integrerà la fattispecie della bancarotta preferenziale; infatti «la fattispecie della bancarotta preferenziale risulterebbe difficilmente configurabile, in concreto, in tutte le ipotesi in cui l'apparente scopo di evitare il fallimento nasconda invece l'ulteriore finalità concorrente, anche se non prevalente, di favorire taluni creditori beneficiati in danno di altri».

Quindi, nel caso in cui l'imprenditore avrà la consapevolezza del fatto di non essere in grado di evitare il dissesto, dovrà ritenersi sussistente il reato di bancarotta preferenziale, che viene meno solo nel caso in cui il risultato di evitare il fallimento possa ritenersi più che ragionevolmente perseguibile, sulla base di un criterio di verosimiglianza e ragionevolezza.

Emerge così la «insanabile contraddizione etica»²¹ dell'incriminazione fallimentare che va pescando là dove nasce e si alimenta la libertà imprenditoriale.

I problemi interpretativi sollevati, nonostante la lodevole intenzione del legislatore, e da ultimo della Suprema Corte, di conferire maggiore certezza degli ambiti penali alle soluzioni delle crisi di impresa, in un periodo storico in cui sempre più frequentemente emerge la buona fede dell'imprenditore per le enormi

difficoltà delle realtà economiche, rimangono però pur se sensibilmente migliorati, ancora da risolvere.

¹⁹ Cass. pen., sez. V, n. 24231/2003. Con questa sentenza è sembrato potersi aprire la strada ad una interpretazione più corretta, secondo chi scrive, delle disposizioni penali previste nella legge fallimentare. Tale pronuncia però è stata più volte contraddetta successivamente, per cui appare assolutamente minoritaria nello scenario giurisprudenziale.

²⁰ Così la citata sentenza: «Il pregiudizio degli altri creditori, però, non è collegato alla finalità dell'agire, per cui non costituisce oggetto del dolo specifico tale risultato, essendo sufficiente che il fallito si rappresenti la possibilità di ledere i creditori non favoriti, secondo i principi del dolo eventuale. In tal senso l'elemento soggettivo è ravvisabile ogni qual volta l'atteggiamento psicologico del soggetto agente sia rivolto a favorire un creditore secondo lo schema tipico del dolo eventuale».

²¹ DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. Pen.)*, in AA.Vv., *Enciclopedia del diritto. Annali III. Abuso del processo - Tutela dell'ambiente*, Milano, 2010, p. 139.

Rocco Curcio, Simona Durazzo
Avvocati

Legittima difesa

abstract

The aid to the Legislative Power of Self-protection of the private citizen through the expansion of exonerating the legitimate defense with Law no. 59 of 2006 and the regulatory limits invocation of exonerating in question, clarify the framework within which citizens can exercise the power of self-defense, the criteria of proportionality of defensive reaction to a present danger cannot be avoided are difficult to reconcile with the emergencies of protection perceived by the community against increasing incidents of attacks suffered under private dwellings. The answer invoked again, is to expand the power of self-defense to the aggression of criminals who are introduced to internal private homes.

The proposed solution goes beyond further legislative action and urges the adoption of interpretative criteria extended to an anticipation of the threshold of protection under certain circumstances which are unequivocal expression of the will, albeit in the form of indirect intent, of aggression against person, configuring the topicality of the danger when it is inevitable on the basis of circumstances that will be evaluated in practice.

keywords

Self-defense – the power of self-defense – current danger.

abstract

Il soccorso Legislativo al Potere di Autotutela del privato cittadino attraverso l'ampliamento della scriminante della legittima difesa con la Legge n. 59 del 2006 e i limiti normativi all'invocazione della scriminante in parola, chiariscono l'ambito entro il quale il cittadino può esercitare il potere di autodifesa, i cui criteri di proporzionalità della reazione difensiva ad un pericolo attuale non altrimenti evitabile mal si conciliano con le emergenze di tutela avvertite dalla collettività a fronte di crescenti episodi di aggressioni subite nell'ambito dei luoghi di privata dimora. La risposta invocata, ancora una volta, è di ampliare il potere di autotutela verso le aggressioni di malviventi che si introducono all'interno delle private abitazioni.

La soluzione prospettata esula da ulteriori interventi legislativi e sollecita l'adozione di criteri interpretativi estesi ad un'anticipazione della soglia di tutela al verificarsi di determinate circostanze che siano espressione

inequivocabile di una volontà, sia pure sotto forma di dolo eventuale, di aggressione alla persona, configurandosi l'attualità del pericolo quando esso sia inevitabile sulla base di circostanze che saranno valutate in concreto.

parole chiave

Legittima difesa – potere di autotutela – attualità pericolo.

La scriminante della legittima difesa ha storia risalente nel tempo configurandosi, in epoca primitiva, come forma di reazione contro un torto subito che esprime il naturale impulso dell'uomo di proteggere un diritto proprio o altrui contrastando ogni forma di aggressione, nell'ottica del più antico e fisiologico istinto di conservazione.

La legittima difesa è una scriminante prevista dall'articolo 52 c.p. che si armonizza con l'antico principio *vim vi repellere licet*, in base al quale *“non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa”*.

Si tratta di un principio di autotutela privata dall'ordinamento consentita nei casi in cui lo Stato non possa intervenire tempestivamente, e dunque in maniera efficace.

Il legislatore, con tale previsione, compie, a monte, un bilanciamento di interessi conferendo preponderanza all'interesse di colui che viene aggredito rispetto all'interesse di chi, *contra legem*, ponga in essere una situazione di pericolo di offesa ingiusta.

Al 1° comma l'art. 52 prevede la fattispecie classica di legittima difesa, per la cui invocazione devono ricorrere gli elementi strutturali della situazione aggressiva – pericolo attuale di un'offesa ingiusta a un diritto proprio o altrui – e della reazione difensiva, la quale deve essere proporzionata all'offesa minacciata.

Il legislatore con la Legge 13 Febbraio 2006 n. 59 ha introdotto due nuovi commi all'articolo 52 c.p., configurando la “nuova ipotesi di legittima difesa”:

“Nei casi previsti dall'art. 614, primo e secondo comma, c.p., sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente

presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro messo idoneo a difendere:

- a) *La propria o altrui incolumità;*
- b) *I beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione.*

La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.

La ratio ispiratrice della novella è rinvenibile nei lavori preparatori, si tratta della volontà di elevare le condizioni di difesa nelle mura domestiche quando è difficile o impossibile ottenere l'aiuto di altri.

L'ipotesi della nuova legittima difesa rappresenta una fattispecie speciale, e non autonoma, rispetto a quella principalmente prevista dal primo comma. Dunque, ai fini della sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta bisogna previamente procedere alla sussunzione della condotta all'interno della fattispecie astratta prevista dal I comma, solo in caso di esito positivo di questa prima sussunzione, può procedersi all'ulteriore sussunzione all'interno della fattispecie di nuova introduzione.

Con tale addenda all'articolo 52 c.p., il legislatore è intervenuto sul rapporto di proporzione tra reazione ed aggressione presupponendone l'esistenza, in via assoluta, nell'ipotesi di cui alla lettera a), in via relativa subordinandone l'operatività a due ulteriori presupposti, nell'ipotesi di cui alla lettera b).

In tale ultimo caso, v'è da sottolineare l'inidoneità della previsione normativa a rivestire un concreto rilievo pratico, in quanto la subordinazione dell'operatività della presunzione ai due requisiti della non desistenza e della presenza del pericolo attuale risultano un'inutile ripetizione di quanto già statuito al I comma dell'articolo 52 c.p.

Il rilievo diviene lampante richiamando alla memoria un caso pratico che molto spesso si verifica e divide i Giudicanti quanto alle decisioni: si pensi al caso in cui l'agente si introduce furtivamente in un'abitazione allo scopo di commettere una rapina, sa di dover vincere la forza che gli verrà opposta dai proprietari, sa di doverlo fare con violenza, dunque **l'elemento psicologico che caratterizza la sua condotta può essere ben qualificato come dolo eventuale del più grave reato di omicidio, in quanto l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresenta la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria azione e, pur tuttavia, agisce, accettando il rischio di cagionarle.**

Volendo rispettare il dettato normativo, colui che viene aggredito può reagire soltanto dopo l'accertamento della non desistenza e dell'accertata attualità del pericolo.

Problemi interpretativi sorgono nell'individuazione dell'esatto momento in cui l'aggressore pone in essere una condotta che possa tradursi in termini di

attualità della messa in pericolo dei beni tutelati dall'Ordinamento Giuridico.

Si avverte, alla luce degli ultimi eventi di cronaca, l'esigenza di una maggiore tutela delle vittime di aggressione, allorquando essa viene perpetrata nel domicilio delle stesse per cui, in attesa di un intervento legislativo ad hoc si potrebbe ricorrere, in sede di valutazione del caso concreto, ad un orientamento interpretativo della norma che tenda ad un'anticipazione della soglia di tutela della reazione di colui che vede l'attualizzarsi del pericolo di lesione al suo bene fondamentale.

Il dettato normativo, in uno scenario di avvertita emergenza, non riesce a far fronte alle istanze pratiche dei cittadini, i quali chiedono di essere difesi dallo Stato, e, quando non è possibile per il verificarsi di situazioni improvvise, di poterlo fare in via di autotutela, senza correre il rischio di affrontare un procedimento penale.

Sulla scia di un'interpretazione restrittiva, la Suprema Corte di Cassazione confina il requisito di proporzionalità alla previa sussistenza di un pericolo attuale inteso in termini di immediata causalità, laddove, tra le molteplici pronunce giurisprudenziali intervenute all'indomani dell'entrata in vigore della novella legislativa, che contribuiscono a dare contezza della riforma ai fini della delimitazione dell'ambito del concetto di proporzionalità, rileva la pronuncia della Suprema Corte n. 32282 del 2006 che prende il via da una vicenda analizzata dalla Sezione distaccata di Pozzuoli – Tribunale di Napoli – nel cui ambito il Giudicante qualificava la scriminante della legittima difesa pronunciando una sentenza di assoluzione. Il Procedimento Penale aveva ad oggetto l'imputazione per il reato di omicidio in capo a colui che aveva cagionato la morte del ladro per essersi introdotto in casa previa effrazione di una finestra. Il tentativo di furto da parte dell'agente era terminato prima ancora che il proprietario dell'abitazione reagisse, per cui la condotta del ladro assumeva i connotati della desistenza. L'imputato, pertanto, reagiva attingendo il ladro, con un colpo d'arma da fuoco che lo colpiva alle spalle quando questi aveva già abbandonato l'abitazione e raggiunto la strada. La Corte d'Appello di Napoli, in riforma della sentenza impugnata, non riconosceva come scriminata la condotta dell'imputato e ne riconosceva la penale responsabilità.

Fondamentale la conseguente pronuncia della Cassazione che contribuisce a chiarire l'ambito di operatività della scriminante in questione. La Suprema Corte sostiene che dalle risultanze istruttorie non sia possibile rinvenire, nel caso di specie, configurazione della scriminante nei suoi elementi essenziali, in quanto la valutazione della proporzionalità deve essere sempre fatta in relazione alla situazione concreta sussistente nel momento in cui ha luogo la reazione difensiva, che si avvale dell'uso dell'arma, e, nel caso in analisi,

nel momento in cui l'imputato ha fatto uso dell'arma colpendo il fuggitivo alle spalle, non sussisteva più l'esigenza di difendere la propria incolumità, in quanto il pericolo attuale di aggressione era venuto meno perché l'agente, dandosi alla fuga, aveva desistito dal suo iniziale intento aggressivo. La Corte ritiene, così, l'imputato colpevole del reato ascrittogli.

In ultima analisi, per la Suprema Corte, alla luce della novella del 2006 non può ritenersi scriminata la condotta di chi colpisce con arma, cagionando la morte, del fuggitivo.

Si tratta di un'impostazione del tutto coerente con il dettato normativo, in quanto è rispettato sia il requisito dell'attualità del pericolo, sia il requisito dell'accertamento della non desistenza.

In virtù del richiamato orientamento della Cassazione, è ragionevole desumere, a contrario, la sussistenza della scriminante nel caso di colui che si difende reagendo in un momento in cui l'azione dell'aggressore si caratterizza, per le circostanze di tempo, di luogo e di modalità esecutiva (il ladro armato di pistola che scavalcando il muro di cinta di una privata abitazione di campagna si indirizzi inequivocabilmente verso l'abitazione all'interno della quale sono presenti tutti i componenti di una famiglia con dei figli piccoli), nei termini di attualità di messa in pericolo della incolumità delle persone.

Nell'ambito di tali circostanze, l'atteggiamento di chi reagisce uccidendo l'aggressore è da considerarsi legittimo, ritenendo l'estrema reazione come unica soluzione per eludere l'aggressione armata.

Illuminante è quanto espresso dalla Suprema Corte già nel lontano 1994 con sentenza n. 6811: *"I requisiti per l'applicazione dell'esimente della difesa legittima sono la sussistenza e l'attualità del pericolo, l'ingiustizia dell'offesa e la proporzione della difesa. Ne consegue che, per poter ritenere legittima la reazione di fronte all'imminenza del pericolo, è indispensabile che sussista la necessità di difendersi che si ha quando il soggetto si trova nell'alternativa tra reagire e subire, nel senso che non può sottrarsi al pericolo senza offendere l'aggressore"*.

E ancora, la I Sezione Penale della Suprema Corte, ha contribuito ulteriormente delimitare i controversi confini del concetto di proporzionalità, con sentenza n. 2554 del 1996: *"In tema di legittima difesa le espressioni 'necessità di difendere' e 'sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa', contenute nell'art. 52 c.p., vanno intese nel senso che la reazione deve essere, nella circostanza, l'unica possibile, perché non sostituibile con altra meno dannosa, ugualmente idonea ad assumere la difesa del diritto – proprio o altrui – aggredito"*.

La circostanza che queste pronunce siano risalenti nel tempo, consente di ritenere ormai cristallizzati i connotati anzidetti del concetto di proporzionalità.

Tuttavia, v'è da sottolineare che con l'impostazione qui proposta non si intende scriminare ogni condotta difensiva, ancorché eccessiva. Invero, si ritiene

opportuna un'attenta verifica della ricorrenza dei presupposti per ogni singolo caso concreto che si ponga al vaglio del Giudicante, non volendo legittimare una difesa abnorme o pretestuosa, quale quella rispondente ad un'offesa che si limita a beni patrimoniali quali l'autovettura, in una circostanza che non pone in pericolo l'incolumità personale (Corte di Cassazione n. 28802 del 2014).

Non legittimare in modo indiscriminato ogni reazione difensiva, dunque, riconoscere la legittimità della difesa nei casi in cui l'attualità del pericolo sia realizzata o si stia per realizzare in maniera inesorabile, e presupponendo ogni anticipazione di tutela a favore della persona e dei suoi beni fondamentali, costituisce un indirizzo interpretativo possibile.

I contrasti risolti dalle Sezioni unite penali

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali,
sentenza 21 luglio 2015 (ud. 26 giugno 2015),
n. 31617

Confisca, diretta e obbligatoria, mediante la sentenza che riconosce l'intervenuta prescrizione del reato

“Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell’art. 240, secondo comma, n. 1, c.p., la confisca del prezzo del reato e, a norma dell’art. 322-ter c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell’imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato”.

“Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato”.

* * *

I quesiti ai quali le Sezioni unite sono state chiamate a fornire una risposta sono due intimamente connessi: il primo è stabilire se, ed eventualmente entro quali limiti, possa essere disposta, in base all’art. 240 c.p., comma 2, n. 1, ovvero – o anche – ai sensi dell’art. 322 ter c.p., la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, nel caso in cui il processo si concluda con una sentenza dichiarativa di estinzione del reato per prescrizione.

Il secondo quesito, se, nel caso in cui il prezzo o il profitto del reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia la disponibilità debba essere qualificata come confisca per equivalente ovvero come confisca diretta e, ove si ritenga che si tratti di confisca diretta, se debba ricercarsi il nesso pertinenziale tra reato e denaro.

* * *

I limiti di sinteticità della presente rubrica, inducono a riportare solo le conclusioni a cui sono pervenute le Sezioni unite all’esito dell’analisi di altre pregevoli pronunzie sul tema (sez. un. sent. n. 5 del 25 marzo 1993, Carlea; Sezioni unite sent. n. 38834 del 10 luglio 2008, De Maio) in quanto la tematica coinvolta dalla prima questione, – scrivono i Supremi Giudici – è di risalente problematicità, essenzialmente in ragione di un quadro normativo tutt’altro che perspicuo – frutto, anche, del non sempre coordinato innesto di figure di confisca di nuovo conio e proliferate tanto nel codice sostanziale che nelle leggi speciali – accanto ad una davvero imponente varietà di opinioni (dottrinarie, giurisprudenziali e di fonte sovranazionale) circa la natura – o le nature – della confisca, sempre che al *nomen* corrisponda davvero una figura unitaria o non piuttosto un caleidoscopio di istituti, ciascuno dei quali iscritto in un differenziato regime, fortemente condizionato dalla specifica natura della res da assoggettare alla misura, al reato cui la cosa pertiene, e, da ultimo ma non certo per ultimo, dagli esiti del processo in cui la confisca viene applicata.

Hanno doverosamente segnalato le Sezioni unite che anche dopo la citata sentenza De Maio sono riemersi alcuni contrasti.

Una parte della giurisprudenza, infatti, si attestò sui principi affermati dalle Sezioni unite, sostenendo che, nell’ipotesi in cui il giudice dichiarò estinto il reato per intervenuta prescrizione, la confisca può essere ordinata solo quando la sua applicazione non presupponga la condanna e possa avere luogo anche in seguito ad una declaratoria di proscioglimento (sez. 2, n. 12325 del 04 marzo 2010, Dragone e altri, Rv. 247012, fattispecie relativa al reato di usura, in cui è stata esclusa l’applicabilità della confisca d.l. n. 306 del 1992, *ex art. 12-sexies*, ostandovi il tenore letterale della disposizione, che postula una sentenza di condanna o di patteggiamento e non il mero proscioglimento per estinzione del reato; in senso analogo, sez. 1, n. 17716 del 17 febbraio 2010, Mele, Rv. 247067). Orientamento, questo, ribadito anche in tempi recenti, essendosi nuovamente affermato che l’estinzione del reato per prescrizione osta alla confisca delle cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto, a prescindere dalla sua connotazione come obbligatoria o facoltativa, per la necessità di interpretare tassativamente il concetto

di condanna quale presupposto dell'ablazione, che è inibita dalla sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013 nel caso Varvara c. Italia, in quanto il principio di legalità in campo penale preclude interpretazioni estensive o analogiche delle norme interne in danno dell'imputato (sez. 1, n. 7860 del 20 gennaio 2015, Meli, Rv. 262759).

Altre pronunce si sono invece discostate da quegli insegnamenti, in forma più o meno marcata. Facendo leva, infatti, su una affermazione della sentenza De Maio, laddove aveva segnalato come si rinvenissero nel sistema sempre più numerose ipotesi in cui, malgrado la estinzione del reato, fossero dalla legge riservati al giudice ampi poteri di accertamento del fatto-reato ai fini della confisca, la Corte – chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari in funzione di giudice della esecuzione, che, pur confermando l'archiviazione del procedimento per decorso del termine di prescrizione, aveva però disposto la confisca ex art. 240 c.p., comma 2, n. 1, di alcune somme ritenute prezzo della ipotizzata corruzione – anziché annullare senza rinvio l'ordinanza per difetto del presupposto della condanna, aveva disposto l'annullamento con rinvio, avendo il giudice a quo omesso di svolgere gli accertamenti ai fini della applicazione del provvedimento ablatorio, così come postulato proprio dalla sentenza De Maio. Sentenza, peraltro, il cui *dictum* veniva in tal modo sostanzialmente eluso, dal momento che nel frangente la Corte nulla disse in ordine al “come” il giudice della esecuzione potesse disporre la confisca del prezzo del reato senza condanna e, quindi, in merito al se ed in qual modo dovesse compiere l'accertamento della responsabilità penale, evocata quale presupposto per l'esercizio del potere ablatorio dello Stato (sez. 1, n. 2453 del 04 dicembre 2008, dep. 2009, Squillante).

Evidenziavano i Giudici del Supremo Consesso come ancora una volta, dal contrasto frontale con le Sezioni unite, non è scaturito alcun tipo di indicazione circa i modi, le forme ed i contenuti attraverso i quali il giudice dovrebbe compiere gli accertamenti mediante i quali pervenire al risultato della confisca in caso di sentenza dichiarativa della estinzione del reato per prescrizione.

Restava in particolare nell'ombra la dimensione di tali accertamenti, vale a dire se gli stessi dovessero solo verificare la sussistenza del reato ed il collegamento con la res da confiscare o dovessero pervenire ad una affermazione che, – sia pure *incidenter tantum*, – riconoscesse la responsabilità dell'imputato “prosciolto” per prescrizione e surrogasse, quindi, contenutisticamente, una pronuncia di condanna preclusa dalla causa estintiva.

Nell'ambito del magistrale iter argomentativo sviluppato, le Sezioni unite ritenevano doveroso confrontare il concetto di “condanna”, quello di “pena” ed il correlativo problema connesso alla individuazione

della natura del provvedimento di confisca, sia pure nella circoscritta prospettiva della confisca del prezzo del reato, con gli approdi cui recentemente è pervenuta la Corte EDU, proprio sul tema della confisca – sia pure nella peculiare figura della confisca dei terreni oggetto di lottizzazione abusiva – e della replica assai recentemente offerta dalla **Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015**. Si tratta di un *novum* assai significativo e con il quale è doveroso misurarsi, tenuto conto della necessità di trarre da quelle decisioni spunti per una soluzione interpretativa, attenta tanto alla dimensione convenzionale che a quella costituzionale dei diversi valori (individuali e collettivi) che il tema della confisca ineluttabilmente coinvolge.

Anche sul punto, per ragioni di sintesi, si rinvia il lettore alla analisi delle pronunzie sez. 3, n. 17066 del 04 febbraio 2013, Volpe, Rv. 255112; nonché, *ex plurimis*, sez. 3, n. 39078 del 13 luglio 2009, Apponi; sez. 3, n. 30933 del 19 maggio 2009, Costanza; Corte EDU nel caso Sud Fondi c. Italia; Corte EDU del 29 settembre 2013 nel caso Varvara c. Italia).

Per le Sezioni unite, ciò che sembra trasparire dalla pronuncia della Corte di Strasburgo è una configurazione “**sostanzialistica**” delle garanzie tracciate dalla Convenzione.

Il principio di stretta legalità deve infatti assistere tutto ciò che pertiene alla applicazione di una “pena,” e questa deve conseguire ad un accertamento di responsabilità condotto secondo le regole del giusto processo: è forte, in questa prospettiva, il richiamo – ancorché inespreso – al valore “**ontico**” del principio di presunzione di innocenza, scandito non dall'art. 7 della Convenzione, ma dall'art. 6, e che rende perdurante tale garanzia sino a quando la “**colpevolezza non sia stata legalmente accertata**”. La evocazione della legalità sembra dunque doverosamente fare i conti anche con la dimensione “processuale” dell'accertamento, bandendo simmetrie nominalistiche che risulterebbero improprie, nel quadro e per l'applicazione di principi convenzionali destinati ad operare all'interno di sistemi nazionali che possono presentare fra loro differenze anche assai marcate.

Alla stregua di tali criteri può pervenirsi alla conclusione che la confisca del prezzo del reato non presenti connotazioni di tipo punitivo, dal momento che il patrimonio dell'imputato non viene intaccato in misura eccedente il *pretium sceleris*, direttamente desunto dal fatto illecito, e rispetto al quale l'interessato non avrebbe neppure titolo civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative. Al provvedimento di ablazione fa dunque difetto una finalità tipicamente repressiva, dal momento che l'acquisizione all'erario finisce per riguardare una res che l'ordinamento ritiene – secondo un apprezzamento legalmente tipizzato – non possa essere trattata dal suo avente causa, in quanto, per un verso, rappresentando la retribuzione per l'illecito, non è mai

legalmente entrata a far parte del patrimonio del reo, mentre, sotto altro e corrispondente profilo, proprio per la specifica illiceità della causa negoziale da cui essa origina, assume i connotati della pericolosità intrinseca, non diversa dalle cose di cui è in ogni caso imposta la confisca, a norma dell'art. 240 c.p., comma 2, n. 2.

Il fulcro della confisca del prezzo del reato, sembra dunque da individuare proprio nelle caratteristiche del *periculum* che costituisce il nucleo delle misure di sicurezza, nel senso che, a differenza di quelle personali, la misura reale prende in considerazione una dimensione dinamica e relazionale del pericolo, attraverso un meccanismo che finisce per correlare fra loro la persona, la cosa ed il vincolo di pertinenzialità tra questa e lo specifico reato che viene in considerazione.

Dovendosi dunque escludere che la confisca del prezzo del reato si atteggi alla stregua di una pena, sottolineano i Giudici Ermellini, ne esce rafforzata l'idea che la stessa non presupponga un giudicato formale di condanna, quale unica fonte idonea a fungere da "titolo esecutivo", dal momento che, ciò che risulta "convenzionalmente imposto", alla luce delle richiamate pronunce della Corte EDU, e "costituzionalmente compatibile", in ragione delle linee-guida tracciate dalla **Corte costituzionale**, in particolare nella già esaminata sentenza **n. 49 del 2015**, è che la responsabilità sia stata accertata con una sentenza di condanna, anche se il processo è stato definito con una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. L'obbligo della relativa immediata declaratoria, infatti, lungi dallo stemperare il "**già accertato**", ne cristallizza gli esiti "**sostanziali**", sia pure nella circoscritta e peculiare dimensione della confisca del prezzo del reato, dal momento che – altrimenti – al giudice incomberebbe un onere di "conformazione costituzionale" della interpretazione, attenta a salvaguardare anche i "controllimiti" che la pronuncia della Corte costituzionale ha implicitamente, ma chiaramente, evocato.

In altri termini, l'opposta tesi dovrebbe fare i conti con la gamma non evanescente di valori costituzionali che verrebbero ad essere ineluttabilmente coinvolti da un sistema che, dopo aver accertato la sussistenza del reato, la responsabilità del suo autore e la percezione da parte di questi di una somma come prezzo del reato, non consentisse l'ablazione di tale prezzo, esclusivamente per l'intervento della prescrizione, che giustifica "l'oblio" ai fini della applicazione della pena, ma non impone certo la inapplicabilità della misura di sicurezza patrimoniale.

In una simile prospettiva, – si legge nella sentenza – devono pertanto essere respinte le tesi di chi ritiene sufficiente, ai fini della confisca, un mero accertamento incidentale della responsabilità, dal momento che ciò si tradurrebbe in una non consentita trasformazione della confisca in una tipica *actio in rem*, lumeggiata nel corso del complesso procedimento di approvazione, ma poi non recepita dalla direttiva 2014/42/

UE del 3 aprile 2014 relativa "al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea", dal momento che anche tale strumento della Unione Europea continua a prevedere la condanna come base per la confisca, anche per equivalente, dei beni strumentali e dei proventi da reato.

L'accertamento della responsabilità deve dunque confluire in una pronuncia che, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente, la dichiari, con la conseguenza che l'esistenza del reato, la circostanza che l'autore dello stesso abbia percepito una somma e che questa abbia rappresentato il prezzo del reato stesso, devono aver formato oggetto di una condanna, i cui termini essenziali non abbiano, nel corso del giudizio, subito mutazioni quanto alla sussistenza di un accertamento "**al di là di ogni ragionevole dubbio**".

L'intervento della prescrizione, dunque, per poter consentire il mantenimento della confisca, deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio anodina in punto di responsabilità, finendo in tal modo per "confermare" la preesistente (e necessaria) pronuncia di condanna, secondo una prospettiva, a ben guardare, non dissimile da quella tracciata dall'art. 578 del codice di rito in tema di decisione sugli effetti civili nel caso di sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione.

Il testo dell'art. 240 c.p., d'altra parte – volendo prescindere dalle letture alternative ed "estreme" che si sono sin qui contese il campo, ma con significative aperture nelle pronunce più recenti – non preclude, ai fini della confisca del prezzo del reato, una evocazione del concetto di condanna in senso sostanziale (secondo quanto postulato dalla Corte EDU), ove ad essa consegua la declaratoria di prescrizione, dal momento che è proprio la natura di tale causa estintiva a postulare la non dissoluzione degli accertamenti sin allora compiuti e sulla cui base la sentenza di condanna è stata pronunciata.

D'altra parte, la non rinuncia alla prescrizione, presuppone una sorta di nolo contendere sul punto, rendendo ancor più bizzarra l'ipotesi di una automatica (ed ingiustificata) vanificazione di un provvedimento che, come si è detto, mira esclusivamente a riportare il *pretium sceleris* al di fuori della sfera patrimoniale di chi l'abbia percepito; e tutto ciò – si è più volte ribadito – secondo un accertamento dei fatti condotto pieno iure dal giudice del merito ed in forza di una valutazione probatoria processualmente non smentita.

Per altro verso, che la declaratoria di prescrizione non coinvolga, di regola, il merito della regiodicanda, è dimostrato dal fatto che, come si è costantemente affermato, in presenza di una causa di estinzione del reato il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129 c.p.p., comma 2, soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emerga-

no dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di constatazione, ossia di percezione *ictu oculi*, che a quello di apprezzamento e sia quindi incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento (sez. un., n. 35490 del 28 maggio 2009, Tettamanti, Rv. 244274).

La logica che coinvolge e giustifica la obbligatoria confisca del prezzo del reato in base alla generale previsione dettata dall'art. 240 c.p., comma 2, non risulta diversa da quella che ha indotto il legislatore ad introdurre previsioni speciali di confisca obbligatoria anche del profitto del reato, sul rilievo che la evocabilità del prezzo, inteso come retribuzione promessa o corrisposta per la commissione del reato, rappresentasse una evenienza riconducibile soltanto ad alcune fattispecie, ma non pertinente – secondo *Pid quod plerumque accidit* – rispetto ad altre, ove, appunto, viene più frequentemente in discorso il profilo del lucro desunto dal reato, inteso come vantaggio economico ottenuto in via diretta ed immediata dalla commissione del reato, e quindi legato da un rapporto di pertinenzialità diretta con l'illecito penale.

Da qui, l'attrazione, accanto al prezzo, anche del profitto del reato, all'interno di un nucleo per così dire unitario di finalità ripristinatoria dello *status quo ante*, secondo la medesima prospettiva volta a sterilizzare, in funzione essenzialmente preventiva, tutte le utilità che il reato, a prescindere dalle relative forme e dal relativo titolo, può aver prodotto in capo al suo autore, e con specifico riferimento a figure di reato per le quali il legislatore ha ritenuto necessario optare per una simile scelta.

L'art. 322-ter c.p., finisce, dunque, per rappresentare un chiaro esempio che accredita una simile linea ricostruttiva, specie alla luce delle modifiche ad esso apportate ad opera della l. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 75, lett. o), recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". La novella, con l'introdurre, alla fine dell'art. 322-ter c.p., comma 1, le parole "o profitto", ha, come è noto, inciso esclusivamente sulla disciplina della confisca per equivalente, ampliandone l'ambito di operatività non soltanto al prezzo del reato, ma anche – per l'appunto – al profitto del medesimo. Nella formulazione originaria, infatti, tale disposizione prevedeva, in caso di impossibilità di procedere alla confisca dei beni costituenti il profitto o il prezzo dei reati previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p., la confisca di altri beni nella disponibilità del reo per un valore corrispondente al "prezzo" del reato, da intendersi nel senso tecnico di corrispettivo dato o promesso per indurre, istigare o determinare taluno a commettere il reato: nozione, pertanto, non estensibile alle altre utilità connesse al reato. Ciò ha indotto la giurisprudenza ad escludere

l'applicabilità di tale figura di confisca per equivalente a reati per i quali non risulta concettualmente riferibile la nozione di prezzo del reato, quali, ad esempio, il peculato, la malversazione a danno dello Stato e l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Per simili ipotesi poteva semmai configurarsi la figura del profitto di reato, rispetto alla quale, però la formulazione letterale della norma ne precludeva qualunque spazio operativo, anche in considerazione dei connotati affittivi di quella figura di confisca e la conseguente esigenza di rispettare appieno il canone di stretta legalità (v. ad es. sez. un., n. 38691 del 25 giugno 2009, Caruso, Rv. 244189; sez. 6, n. 12819 del 17 marzo 2010, Magliocchetti, Rv. 226691).

Da qui, l'esigenza della modifica introdotta dalla l. n. 190 del 2012, ma da qui, anche, l'univoco segnale che la novella offre per ritenere – quanto allo specifico tema dei reati contro la pubblica amministrazione per i quali trovi applicazione la disciplina dettata dall'art. 322-ter c.p. – normativamente equivalente la confisca del prezzo e la confisca del profitto tratto da quei reati, sia per ciò che attiene alla confisca diretta sia per quanto riguarda la confisca per equivalente.

Considerato, quindi, – osservano le Sezioni unite – che la confisca diretta del profitto desunto dal reato non presenta, nel caso disciplinato dall'art. 322-ter c.p., natura giuridica diversa dalla confisca del prezzo del reato, se ne può dedurre che il concetto di "condanna" necessario e sufficiente per procedere alla confisca anche nella ipotesi in cui sia successivamente intervenuta la prescrizione del reato, deve essere "modulato," per entrambe le figure di ablazione, in termini fra loro del tutto sovrapponibili.

Simili conclusioni non possono invece trovare applicazione nella ipotesi in cui venga in discorso la figura della confisca per equivalente, dal momento che questa particolare figura di confisca, prevista dall'art. 322-ter c.p., per il profitto o il prezzo di taluni reati contro la pubblica amministrazione, viene ormai pacificamente ritenuta dalla giurisprudenza di questa Corte di natura sanzionatoria.

Si è infatti osservato, al riguardo, che, avendo la l. n. 300 del 2000, introduttiva dell'art. 322-ter c.p., espressamente previsto, all'art. 15, la irretroattività della confisca per equivalente del prezzo del reato, una simile opzione si appalesa sintomatica del fatto che il legislatore ha configurato l'ablazione del patrimonio del reo, in proporzione corrispondente all'arricchimento provocato dall'illecito quale misura sostanzialmente sanzionatoria.

La confisca per equivalente, infatti, viene ad assolvere una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere affittivo e da un rapporto consequenziale alla

commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza (*ex plurimis*, sez. un, n. 18374 del 31 gennaio 2013, Adami, Rv. 255037; sez. 3, n. 18311 del 06 marzo 2014, Cialini, Rv. 259103; sez. 3, n. 23649 del 27 febbraio 2013, D'Addario, Rv. 256164).

È evidente, infatti, che, essendo la confisca di valore parametrata al profitto od al prezzo dell'illecito solo da un punto di vista “**quantitativo**”, l'oggetto della ablazione finisce per essere rappresentato direttamente da una porzione del patrimonio, il quale, in sè, non presenta alcun elemento di collegamento col reato; il che consente di declinare la funzione della misura in chiave marcatamente sanzionatoria (**v. al riguardo anche l'ordinanza n. 97 del 2009 della Corte costituzionale**, nella quale è richiamata la giurisprudenza di legittimità nonché la già ricordata sentenza della **Corte EDU Welch c. Regno Unito**).

Alla stregua delle considerazioni testé sintetizzate i Giudici Ermellini hanno risposto al primo quesito nei seguenti termini: «*Il giudice, nel dichiarare la estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare, a norma dell'art. 240 c.p., comma 2, n. 1, la confisca del prezzo del reato e, a norma dell'art. 322-ter c.p., la confisca del prezzo o del profitto del reato sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata un precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell'imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato*».

* * *

Venendo al secondo dei quesiti sottoposti all'attenzione dei Supremi Giudici, gli stessi osservano come le posizioni assunte dalla giurisprudenza risultino non poco frastagliate, in considerazione, non soltanto delle peculiarità che possono caratterizzare il concetto di profitto nei singoli frangenti e con riferimento alle differenti strutture delle fattispecie incriminatrici, quanto anche – e forse soprattutto – in considerazione dello specifico “**bene**” che costituisce l'oggetto dell'intervento di ablazione: vale a dire il denaro, bene fungibile per eccellenza e mezzo di pagamento, ed i cui flussi possono essere, entro certi limiti, tracciabili e ricostruibili.

Secondo un primo orientamento, di recente avallato dalle Sezioni unite, la confisca di denaro in essere su un conto corrente bancario integra in ogni caso una figura di confisca diretta, tanto nel caso di prezzo che di profitto, e, con riferimento a quest'ultimo, sia che rappresenti una utilità “**monetariamente**” positiva, nel senso che rappresenti un effettivo accrescimento patrimoniale, sia che rappresenti un mancato decremento, vale a dire un risparmio di spesa.

Quando si tratta di denaro o di altri beni fungibili, si è infatti ritenuto, la confisca non è “**per equivalente**” ma è sempre confisca diretta: soprattutto, ciò che rileva è che l'ablazione della somma non è subordinata alla verifica che la stessa provenga da delitto e che sia confluita nella effettiva disponibilità dell'indagato (sez. un., n. 10651 del 30 gennaio 2014, Gubert; più di recente, nel medesimo senso, sez. 6, n. 2336 del 07 gennaio 2015, Pretner Calore, Rv. 262082; sez. 3, n. 39177 del 08 maggio 2014, Civil Vigilanza s.r.l., n.m. sul punto).

Su un versante apparentemente opposto si colloca, invece, l'orientamento per il quale la confisca di denaro integrerebbe sempre una confisca per equivalente. In materia di reati tributari si è infatti affermato che l'inciso contenuto nell'art. 322-ter c.p., per il quale la confisca di valore opera “quando... non è possibile” la confisca diretta, sarebbe volto a consentire la confisca per equivalente in ogni caso in cui il bene che costituisce il profitto del reato sia un bene fungibile, come il denaro, giacché questo non può costituire oggetto di confisca diretta, in quanto non materialmente individuabile (sez. 3, n. 36293 del 06 ottobre 2011, Hipo Alpe Adria Bank s.p.a.; sez. 3, n. 25677 del 16 maggio 2012, Caneva).

In linea con tale orientamento, si è anche affermato che, sempre in tema di reati tributari, ove il profitto per i reati in ordine ai quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione della misura di cautela non è subordinata alla verifica che le somme provengano da delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato ed il bene da confiscare. D'altra parte, trattandosi nella specie di sequestro per equivalente di somme depositate sul conto personale dell'imputato, si è ritenuto che “subordinare l'operatività de sequestro (o la confisca) per equivalente a tale condizione vorrebbe dire negare la stessa funzionalità della misura e ristabilire la necessità di un nesso pertinenziale tra res e reato che la legge non richiede” (sez. 3, n. 1261 del 25 settembre 2012, Marseglia).

In senso analogo, anche in precedenza si era affermato che, qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali, ai sensi dell'art. 322-ter c.p., è prevista la confisca per equivalente, sia costituito da danaro, l'adozione del sequestro preventivo in vista dell'applicazione di detta misura non può essere subordinata alla verifica che il danaro sia confluito nella effettiva disponibilità dell'indagato giacché, altrimenti, si verrebbe a ristabilire la necessità di un nesso pertinenziale tra la res ed il reato che la legge, con l'istituto della confisca per equivalente, ha inteso invece escludere. (sez. 6, n. 25877 del 23 giugno 2006, Maniglia, Rv. 234851; sez. 6, n. 31692 del 05 giugno 2007, Gannone; e, più

di recente, sez. 2, n. 21228 del 29 aprile 14, Riva Fire s.p.a.).

Per un terzo orientamento, infine, la confisca del denaro disponibile in quanto versato su un conto corrente bancario, per poter essere qualificata come confisca diretta, richiede la prova del nesso di derivazione da reato. Secondo una pronuncia, antecedente alla sentenza Gubert, infatti, le Sezioni unite, nel pronunciarsi in una ipotesi in cui era stato disposto il sequestro di somme di denaro depositate in conti correnti bancari, ritennero che la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non imponevano che il sequestro riguardasse le medesime specie monetarie illegalmente percepite, ma bastava che il provvedimento di cautela avesse ad oggetto la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque fosse stata rinvenuta, purché fosse attribuibile all'imputato.

Venne peraltro sottolineato che anche per il denaro doveva pur sempre sussistere un rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il "bene" sequestrato ed il reato del quale costituiva il profitto illecito, inteso, questo, quale utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa. Con particolare riguardo ai reati tributari, le Sezioni unite ritennero che si dovesse escludere la possibilità di fare riferimento a nessi di derivazione esclusivamente congetturali tra denaro e reato, posto che ciò avrebbe potuto condurre **"all'aberrante conclusione di ritenere in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari"** (sez. un., n. 29951 del 24 maggio 2004, Focarelli).

Tale ordine di idee – segnalano le Sezioni unite – è stato ribadito anche più di recente, essendosi ritenuto che il sequestro preventivo di somme di denaro depositate presso banche, ossia beni normalmente non destinati alla commissione di reati, comporta la previa individuazione del rapporto di pertinenza con i reati per i quali si procede, di cui deve darsi atto nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo, sicché l'astratta possibilità di destinare il denaro a tale fine non è sufficiente a farlo ritenere cosa pertinente al reato (sez. 5, n. 11288 del 26 gennaio 2010 Natali, Rv. 246360; in senso analogo, sez. 2, n. 19105 del 28 aprile 2011, Iapigio).

I Giudici delle Sezioni unite nel rispondere al secondo quesito, hanno aderito, nella sostanza, alla impostazione fatta propria dalla sentenza Gubert.

La *ratio essendi* della confisca di valore o per equivalente, sta, infatti, nella impossibilità di procedere alla confisca "diretta" della cosa che presenti un nesso di derivazione qualificata con il reato. La trasformazione, l'alienazione o la dispersione di ciò che rap-

presenti il prezzo o il profitto del reato determina la conseguente necessità, per l'ordinamento, di approntare uno strumento che, in presenza di determinate categorie di fatti illeciti, faccia sì che il "beneficio" che l'autore del fatto ha tratto, ove fisicamente non rintracciabile, venga ad essere concretamente sterilizzato sul piano patrimoniale, attraverso una misura ripristinatoria che incida direttamente sulle disponibilità dell'imputato, deprivandolo del *tantundem* sul piano monetario.

Da qui, la logica strutturalmente sanzionatoria della confisca di valore, dal momento che è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche (e non la cosa in quanto derivante dal reato), e ciò proprio perché autore dell'illecito, restando il collegamento tra la confisca, da un lato, ed il prezzo o profitto del reato, dall'altro, misurato solo da un meccanismo di equivalenza economica.

È evidente, pertanto, che, in una simile prospettiva, l'oggetto della confisca di valore finisce per non presentare, a ben vedere, alcun nesso di pertinenzialità col reato, rappresentandone soltanto la conseguenza sanzionatoria: nè più nè meno, dunque, della pena applicata con la sentenza di condanna. La confisca per equivalente, quindi, rappresentando una alternativa alla confisca diretta – la misura sanzionatoria, infatti, opera solo quando non può trovare applicazione la ordinaria misura di sicurezza patrimoniale – presuppone che il relativo oggetto (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una sua consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permetterne l'ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell'autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità. Le Sezioni unite hanno avuto modo di puntualizzare, al riguardo, che, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca prevista dall'art. 322-ter c.p., costituisce "profitto" del reato anche il bene immobile acquistato con somme di danaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo (sez. un., n. 10280 del 25 ottobre 2007, dep. 2008, Miragliotta, Rv. 238700; fattispecie in tema di concussione nella quale il danaro era stato richiesto da un ufficiale di p.g. per l'acquisto di un immobile). Infatti – sottolinearono le Sezioni unite – qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso autore, deve essere considerata profitto del reato allorché sia direttamente riconducibile al reato stesso ed al profitto immediato conseguito (vale a dire il danaro), e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto. Una diversa e più restrittiva interpretazione – hanno concluse le Sezioni unite – non risulterebbe, infatti, "compatibile con la finalità dell'istituto che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti".

Il corollario che da ciò desumono le Sezioni unite risulta, a questo punto, evidente.

Ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragion d'essere – né sul piano economico né su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro sorge la eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l'imputato e per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, giacché, in tal caso, si avrebbe quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore (l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore).

Né è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario.

Al secondo dei quesiti sottoposti alle Sezioni unite le stesse hanno dato la seguente risposta: «*Qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato*».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza 28 luglio 2015 (ud. 28 maggio 2015), n. 33041

L'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente, è subordinato all'atto formale di costituzione, a norma del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 39

In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente secondo il disposto dell'art. 96 c.p.p., ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art.39, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57, del d.lgs. medesimo.

* * *

La questione che le Sezioni unite sono chiamate ad affrontare è la seguente: « Se, in materia di responsabilità degli enti da reato, sia ammissibile la richiesta di riesame *ex art. 324 c.p.p.*, avverso il decreto di sequestro preventivo, proposta dal difensore di fiducia dell'ente in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma del d.lgs. n. 231 del 2001, art.39».

Un primo orientamento è quello sostenuto dalla sentenza della **sez. 6, n. 43642 del 05 novembre 2007, Quisqueyana S.p.a. Rv. 238322** secondo la quale l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente non è subordinato all'atto formale di costituzione nel procedimento a norma del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 39.

In conclusione, ad avviso di questo primo indirizzo, una volta venuto a conoscenza della instaurazione di un procedimento a proprio carico, l'ente non solo ha facoltà di nominare un difensore di fiducia (*rectius*: sino a due difensori) nei modi previsti dall'art. 96 c.p.p., alla stregua di ogni altra persona sottoposta alle indagini o imputata, ma gode del diritto di fruire della assistenza difensiva (ivi comprese le facoltà che il codice riconosce al difensore) indipendentemente dall'atto formale di costituzione posto in essere a norma dell'art. 39.

Un secondo orientamento è quello che, a distanza di qualche mese, **la Cassazione – cfr. sez. 6, n. 15689 del 05 febbraio 2008, Soc. a r.l. A.R.I. International, Rv. 241011** – ha sostenuto, affermando che in tema di responsabilità da reato, l'esercizio dei diritti di difesa da parte dell'ente in qualsiasi fase del procedimento a suo carico è subordinato all'atto formale di costituzione a norma del d.lgs. n. 231 del 2001, art. 39, e dichiarando conseguentemente inammissibile una richiesta di riesame, avverso un decreto di sequestro, presentata dal difensore di un ente indagato non costituitosi nel procedimento.

Secondo tale assunto, non è revocabile in dubbio che l'ente non possa comparire nel procedimento se non mediante una persona fisica che lo rappresenti.

Ha aggiunto che nella particolare ipotesi in cui quest'ultima sia anch'essa incriminata per gli stessi fatti per i quali si procede a carico dell'ente, la legittimazione del rappresentante legale viene meno per il realizzarsi di un **conflitto di interessi**, come stabilito dall'art. 39, comma 1, del Decreto n. 231; norma che, nel prevedere che l'ente partecipi al procedimento con il proprio rappresentante, esclude che ciò possa accadere nel caso in cui questi sia indagato per gli stessi fatti: ne discenderebbe l'operatività della disciplina civilistica per l'individuazione di altra persona fisica legittimata a rappresentare l'ente. La sentenza afferma inoltre che il particolare strumento di costituzione dell'ente nel procedimento intentato a suo carico rappresenta l'unica forma attraverso cui la persona giuridica può partecipare al procedimento medesimo e, dunque, esercitare i diritti che l'ordinamento gli riconosce.

È pertanto necessaria a tal fine la dichiarazione contemplata dall'art. 39, e occorre altresì che la nomina del difensore dell'ente avvenga con conferimento di procura speciale ai sensi dell'art. 100 c.p.p..

Considerato che la disposizione opera un generico riferimento al "procedimento" nei confronti dell'ente, il vincolo formale apposto alle modalità di partecipazione dalla norma deve intendersi operante in tutte le fasi e dunque anche in quella delle indagini preliminari. Quest'ultimo contrapposto orientamento è stato recentemente seguito anche dalla sez. 2, n. 52748 del 09 dicembre 2014, Vbi01, Rv. 261967.

Per ragioni di sintesi, si rinvia il lettore interessato a ripercorrere il magistrale iter argomentativo sviluppato dai Supremi Giudici i quali aderendo al secondo indirizzo hanno statuito il seguente principio di diritto: « *In tema di responsabilità da reato degli enti, è ammissibile la richiesta di riesame presentata, ai sensi dell'art. 324 c.p.p., avverso il decreto di sequestro preventivo dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente secondo il disposto dell'art. 96 c.p.p., ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, art. 39, sempre che, precedentemente o contestualmente alla esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata la informazione di garanzia prevista dall'art. 57, del d.lgs. medesimo* ».

Le Sezioni unite, in ordine poi alla questione anch'essa oggetto di contrasto, relativa al difensore di fiducia nominato dal legale rappresentante dell'ente che sia anche indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo, ha superato i contrasti evidenziando che il legislatore, con valutazione del tutto ragionevole, ha optato per la necessità di far prevalere il sospetto che la nomina possa essere il frutto di una scelta strategica inquinata del rappresentante – al di là di qualsiasi dovere dimostrativo in concreto da parte del giudice – e ha finito per determinare la condizione, per tale via,

affinché, anche a prescindere dalla concreta rilevazione della incompatibilità da parte del giudice, risulti di fatto sollecitato il potere dell'ente di rivedere la catena dei rapporti di rappresentanza dei quali intenda avvalersi, enunciando i seguenti principi di diritto: « *In tema di responsabilità da reato degli enti, il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore di fiducia dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dal d.lgs. n. 231 del 2001, art. 39* »;

« *È inammissibile, per difetto di legittimazione rilevabile di ufficio ai sensi dell'art. 591 c.p.c., comma 1, lett. a), la richiesta di riesame di decreto di sequestro preventivo presentata dal difensore dell'ente nominato dal rappresentante che sia imputato o indagato del reato da cui dipende l'illecito amministrativo* ».

CORTE DI CASSAZIONE Sezioni unite penali, sentenza 15 settembre 2015, (ud. 26 febbraio 2015), n. 37107

Effetti della sentenza della Corte Cost. n. 32 del 2014 sul trattamento sanzionatorio in fase esecutiva

Per ragioni di sintesi si riportano solo i principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite per risolvere la presente questione di diritto: « Se la pena applicata su richiesta delle parti per i delitti previsti dal d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73 in relazione alle droghe leggere con pronuncia divenuta irrevocabile prima della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 debba essere necessariamente rideterminata in sede di esecuzione e, in caso di risposta affermativa, se debba essere rideterminata secondo un criterio aritmetico-proporzionale di adeguamento alla mutata e più favorevole cornice edittale, o se, invece, il giudice dell'esecuzione possa rivalutare la congruità e la correttezza della sanzione irrogata dal giudice della cognizione rispetto alla disciplina oggetto di reviviscenza avvalendosi dei criteri discrezionali di cui gli artt. 132 e 133 c.p.

Sulla base del quesito posto, i principi di diritto enunciati dalla Sezioni unite sono i seguenti:

« *La pena applicata con la sentenza di patteggiamento avente ad oggetto uno o più delitti previsti dal d.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, relativi alle droghe c.d. leggere, divenuta irrevocabile prima della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, può essere rideterminata in sede di esecuzione in quanto pena illegale* »;

« *La rideterminazione avviene ad iniziativa della parti, con le modalità di cui al procedimento previsto dall'art. 188 disp. att. c.p.p., sottoponendo al giudice dell'esecuzione una nuova pena su cui è stato raggiunto l'accordo* »;

« *In caso di mancato accordo o di pena concordata ritenuta non congrua il giudice dell'esecuzione provvede autonomamente alla rideterminazione della pena ai sensi degli artt. 132 e 133 c.p.* ».

Rassegna di legittimità

Impugnazioni – Cassazione – Cause di non punibilità, di improcedibilità, di estinzione del reato o della pena – Particolare tenuità del fatto – Deducibilità nei processi pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 28 del 2015 – Rilevabilità nel giudizio di legittimità – Condizioni – Fattispecie

L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-bis c.p., ha natura sostanziale ed è applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, compresi quelli pendenti in sede di legittimità, nei quali la Suprema Corte può rilevare di ufficio ex art. 609, comma secondo, c.p.p., la sussistenza delle condizioni di applicabilità del predetto istituto, dovendo peraltro limitarsi, attesa la natura del giudizio di legittimità, ad un vaglio di astratta non incompatibilità della fattispecie concreta (come risultante dalla sentenza impugnata e dagli atti processuali) con i requisiti ed i criteri indicati dal predetto art. 131-bis. (Nella specie, la Corte ha escluso l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento della causa di non punibilità, rilevando che il fatto era stato considerato dalla sentenza impugnata non episodico, né di modesto allarme).

Cass., sez. 2, sentenza 30 settembre 2015, n. 41742 (dep. 16 ottobre 2015) Rv. 264596
Pres. Esposito, Rel. Pellegrino, Imp. Clemente, P.M. Viola AP. (Diff.)
(Rigetta, App. Lecce, sez. dist. Taranto, 04 dicembre 2014)

Indagini preliminari – Chiusura delle indagini – Archiviazione – Richiesta del pubblico ministero – In genere – Richiesta di archiviazione – Provvedimento del G.i.p. – Ordine di iscrizione di diverso reato nei confronti del soggetto indagato – Legittimità – Assegnazione di un termine per le nuove indagini – Abnormità

È abnorme il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, nell'accogliere la richiesta di archiviazione formulata nei confronti dell'indagato, e nell'ordinare contestualmente la riscrittura di quest'ultimo per altri titoli di reato, ritenuti configurabili nel fatto investigato, assegna al pubblico ministero un termine per lo svolgimento delle nuove indagini, in quanto in tale ipotesi non è applicabile la disposizione di cui all'art. 409, quarto comma, c.p.p.

Cass., sez. 2, sentenza 16 settembre 2015, n. 40308 (dep. 07 ottobre 2015) Rv. 264588
Pres. Gentile, Rel. Rago, Imp. Pmt in proc. Cencini e altri, P.M. Pinelli (Diff.)
(Annulla senza rinvio, G.i.p. Trib. Grosseto, 10 dicembre 2014)

Misure cautelari – Personali – Estinzione – Termine di durata massima della custodia cautelare – In genere – Concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale – Determinazione dei termini di durata massima nelle fasi processuali precedenti la sentenza di primo grado – Applicabilità dell' art. 63, comma quarto, c.p. – Sussistenza – Deroga per le aggravanti con incremento sanzionatorio stabilito "ex lege".

Per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione di una misura cautelare personale e, segnatamente, della individuazione dei corrispondenti termini di durata massima delle fasi processuali precedenti la sentenza di merito di primo grado, deve tenersi conto, nel caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, oltre che della pena stabilita per la circostanza più grave, anche dell'ulteriore aumento complessivo di un terzo, ai sensi dell'art. 63 comma quarto, c.p., per le ulteriori omologhe aggravanti meno gravi. (In motivazione la Suprema Corte ha precisato che il criterio di calcolo di cui all'art. 63, comma quarto, c.p. non opera nella diversa ipotesi di concorso di più aggravanti ad effetto speciale per le quali l'incremento sanzionatorio è autonomamente indicato "ex lege", trovando in tal caso applicazione il criterio cumulativo di calcolo a fini cautelari, previsto dall'art. 278, comma primo, c.p.p.).

Cass., sez. un., sentenza 27 novembre 2014, n. 38518 (dep. 22 settembre 2015) Rv. 264674
Pres. Santacroce, Rel. Paoloni, Imp. Ventrici, P.M. Destro (Diff.)
(Rigetta, Trib. Catanzaro, 20 febbraio 2014)

Notificazioni – All'imputato – In genere – Notifica al difensore di fiducia ex art 157 comma ottavo-bis – Ambito di applicazione

In tema di notificazioni all'imputato, la disposizione di cui all'art. 157 comma ottavo-bis c.p.p., che prevede la notifica mediante consegna al difensore di fiducia, si applica solo nell'ipotesi di notifica successiva a quella ese-

guita ai sensi dell'art. 157, comma ottavo, ma non nell'ipotesi in cui l'imputato abbia precedentemente dichiarato il domicilio ex art. 161 c.p.p.

Cass., sez. 2, sentenza 22 settembre 2015, n. 41735
(dep. 16 ottobre 2015) Rv. 264594
Pre. Esposito, Rel. Pellegrino, Imp. Casali,
P.M. Galli (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Milano, 16 luglio 2014)

Procedimenti speciali - Patteggiamento - Sentenza - In genere - Obbligo del giudice di pronunciare sentenza di proscioglimento - Condizioni - Effetti dell'implicito riconoscimento di colpevolezza

In tema di patteggiamento, la motivazione della sentenza in relazione alla mancanza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. può anche essere meramente enunciativa, poiché la richiesta di applicazione della pena deve essere considerata come ammissione del fatto ed il giudice deve pronunciare sentenza di proscioglimento solo qualora dagli atti risultino elementi tali da imporre di superare la presunzione di colpevolezza che il legislatore ricollega proprio alla formulazione della richiesta di applicazione della pena.

Cass., sez. 2, sentenza 6 ottobre 2015, n. 41785
(dep. 16 ottobre 2015) Rv. 264595
Pre. Esposito, Rel. Davigo, Imp. Ayari,
P.M. Pinelli (Conf.)
(Dichiara inammissibile, G.I.P. Trib. Imperia,
30 marzo 2015)

Prove - Chiamata di correo - Apprezzamento della chiamata di correo - Sindacato di legittimità - Contenuto - Limiti

Il sindacato di legittimità sulla valutazione delle chiamate di correo non consente il controllo sul significato concreto di ciascuna dichiarazione e di ciascun elemento di riscontro, perché un tale esame invaderebbe inevitabilmente la competenza esclusiva del giudice di merito, potendosi solo verificare la coerenza logica delle argomentazioni con le quali sia stata dimostrata la valenza dei vari elementi di prova, in sé stessi e nel loro reciproco collegamento.

Cass., sez. 6, sentenza 12 maggio 2015, n. 33875
(dep. 31 luglio 2015) Rv. 264577
Pre. Milo, Rel. Bassi, Imp. Beruschi e altri,
P.M. Angelillis (Conf.)
(Annulla in parte senza rinvio, App. Ancona,
13 giugno 2013)

Reati contro il patrimonio - Delitti - Circonvenzione di persone incapaci - In genere - Stato di infermità o deficienza psichica - Nozione

Il delitto di circonvenzione di persone incapaci può essere commesso in danno - oltre che di minori - di persona in stato di infermità psichica, cioè affetta da un vero e proprio stato patologico, conosciuto e codificato dalla scienza medica o da una condizione soggettiva, che,

sebbene non patologica, menomi le facoltà intellettive e volitive del soggetto quale conseguenza di una anomalia mentale, non importa se in modo definitivo o temporaneo; ovvero in danno di un soggetto in stato di deficienza psichica, intendendosi per tale sia una alterazione dello stato mentale, ontologicamente meno grave e aggressiva dell'infermità, dipendente da particolari situazioni fisiche (età avanzata, fragilità di carattere), o da anomale dinamiche relazionali, idonee a determinare una incisiva menomazione delle facoltà intellettive e volitive, inficiando il potere di autodeterminazione, di critica e di difesa del soggetto passivo dall'altrui opera di suggestione.

Cass., sez. 2, sentenza 26 maggio 2015, n. 36424
(dep. 09 settembre 2015) Rv. 264591
Pre. Esposito, Rel. Taddei, Imp. P.C in proc. Damascelli,
P.M. Romano (Diff.)
(Annulla ai soli effetti civili, App. Milano,
04 luglio 2014)

Reati contro la pubblica amministrazione - Delitti - Dei pubblici ufficiali - Peculato - In genere - Medico dipendente di ospedale pubblico svolgente attività intramuraria - Riscossione delle somme dai pazienti - Mancato versamento all'azienda sanitaria della parte di spettanza - Peculato - Configurabilità - Limiti - Fattispecie

Integra il delitto di peculato la condotta del medico dipendente di un ospedale pubblico il quale, svolgendo in regime di convenzione attività intramuraria, dopo aver riscosso l'onorario dovuto per le prestazioni, omette poi di versare all'azienda sanitaria quanto di spettanza della medesima, in tal modo appropriandosene, a condizione che la disponibilità del denaro sia legata all'esercizio dei poteri e dei doveri funzionali del medesimo, e non in ragione di un possesso proveniente da un affidamento devoluto solo "intuitu personae", ovvero scaturito da una situazione "contra legem", priva di relazione legittima con l'oggetto materiale della condotta. (In applicazione del principio, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata ritenendo che, pur essendo stata accertata l'illecita percezione di denaro e lo svolgimento dell'attività al di fuori delle regole prescritte per l'attività professionale "intra moenia", non fosse stato chiarito se l'imputato avesse un titolo di legittimazione in base al quale, operando all'interno di un ospedale pubblico, aveva riscosso le somme di denaro dai pazienti).

Cass., sez. 6, sentenza 21 maggio 2015, n. 35988
(dep. 04 settembre 2015) Rv. 264578
Pres. Agrò, Rel. De Amicis, Imp. Berti,
P.M. Destro (Diff.)
(Annulla con rinvio, App. Firenze, 07 marzo 2014)

Reati contro la pubblica amministrazione - Nozione di servizio pubblico - Titolari di tabaccheria autorizzati alla riscossione di valori per conto dell'Erario - Qualifica - Incaricati di pubblico servizio - Configurabilità - Fattispecie

I titolari di tabaccheria autorizzati alla riscossione di valori per conto dell'Erario vanno considerati incaricati di pubblico servizio poiché essi, per le incombenze loro affidate, subentrano nella posizione della P.A. e svolgono mansioni che ineriscono al corretto e puntuale svolgimento della riscossione medesima. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto configurabile il delitto di peculato nei confronti di gestore di tabaccheria, autorizzata alla riscossione di valori bollati e generi di monopolio, che si era appropriato di somme destinate all'Erario).

Cass., sez. 6, sentenza 4 giugno 2015, n. 36656 (dep. 10 settembre 2015) Rv. 264583
Pres. Conti, Rel. Fidelbo, Imp. Tortello, P.M. Fodaroni (Conf.)
(Rigetta, App. Genova, 09 aprile 2014)

Reato - Reato continuato - In genere - Reati in parte già giudicati ed in parte "sub iudice" - Violazione più grave - Criterio di individuazione

Nel caso di continuazione tra reati in parte decisi con sentenza definitiva ed in parte "sub iudice", la valutazione circa la maggiore gravità delle violazioni deve essere compiuta confrontando tra loro la pena irrogata per i fatti già giudicati con quella irroganda per i reati al vaglio del decidente, attesa la necessità di rispettare le valutazioni in punto di determinazione della pena già coperte da giudicato e, nello stesso tempo, di rapportare grandezze omogenee.

Cass., sez. 6, sentenza 4 giugno 2015, n. 36402 (dep. 09 settembre 2015) Rv. 264582
Pres. Conti, Rel. Bassi, Imp. Fragnoli e altri, P.M. Fodaroni (Parz. Diff.)
(Rigetta in parte, App. Napoli, 30 ottobre 2013)

Reato - Delitto tentato (Tentativo) - Idoneità Degli Atti (Atti Preparatori E Atti Esecutivi) - Valutazione - Criteri - Fattispecie

Per la configurabilità del tentativo rilevano non solo gli atti esecutivi veri e propri, ma anche quegli atti che, pur classificabili come preparatori, facciano fondatamente ritenere che l'agente, avendo definitivamente approntato il piano criminoso in ogni dettaglio, abbia iniziato ad attuarlo, che l'azione abbia la significativa probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che il delitto sarà commesso, salvo il verificarsi di eventi non prevedibili indipendenti dalla volontà del reo. (Fattispecie relativa alla presenza in ora notturna, all'ingresso del parcheggio di un supermercato, di tre persone, una delle quali - alla vista degli agenti - aveva gettato in terra un berretto modificato in passamontagna mediante due fori per gli occhi, mentre gli altri due avevano guanti in lattice e un coltello a serramanico. In applicazione del principio di cui in massima, la S.C. - valorizzando altresì la presenza in zona dell'auto degli indagati anche il giorno precedente, rilevata dal sistema satellitare installato a bordo - ha ritenuto sussistente il concorso nel tentativo di rapina).

Cass., sez. 2, sentenza 24 settembre 2015, n. 40912 (dep. 12 ottobre 2015) Rv. 264589
Pres. Fiandanese, Rel. Alma, Imp. Amatista, P.M. Gialanella A. (Conf.)
(Rigetta, Trib. Ancona, 24 aprile 2015)

Udienza preliminare - Udienza - Provvedimenti del giudice - In genere - Sentenza di non luogo a procedere per l'originaria imputazione contestata - Fatto diversamente qualificabile - Conseguenze - Fattispecie

Va annullata con rinvio la sentenza di non luogo a procedere pronunciata dal G.U.P. all'esito dell'udienza preliminare con riferimento all'imputazione elevata dal pubblico ministero, qualora i medesimi fatti siano diversamente qualificabili in altra ipotesi di reato per la quale sussistono i presupposti per il rinvio a giudizio, dal momento che il giudice, nell'assumere i provvedimenti conclusivi di cui all'art. 424 c.p.p., può conferire al fatto contestato una diversa qualificazione giuridica. (Fattispecie in cui il G.U.P., esclusa la sussumibilità dei fatti nel reato di induzione indebita a dare o a promettere utilità di cui all'art. 319-quater c.p., aveva emesso la sentenza di non luogo a procedere benché l'ipotesi potesse essere qualificata come delitto di abuso di ufficio).

Cass., sez. 6, sentenza 7 maggio 2015, n. 36676 (dep. 10 settembre 2015) Rv. 264579
Pres. Conti, Rel. Fidelbo, Imp. Pmt in proc. Serino e altro, P.M. D'Ambrosio (Conf.)
(Annulla con rinvio, G.I.P. Trib. Roma, 14 novembre 2014)

Rassegna di merito

CODICE PENALE

Abuso di ufficio: modifiche legislative – Tipizzazione della condotta punibile

(art. 323 c.p.)

Tale norma sanziona la condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamenti, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto. All'esito della novella legislativa introdotta dalla Legge 16/07/1997 nr.234, il delitto di abuso d'ufficio è stato configurato quale reato di evento nell'ottica di una maggiore tipizzazione della condotta del pubblico ufficiale, richiedendosi che dalla condotta del pubblico ufficiale derivi un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o per altri ovvero un danno ingiusto per altri (cfr. Cass. Sez. 6, Sentenza n. 36020 del 24/05/2011) e che tale condotta si risolva in una violazione di leggi o regolamenti ovvero in una violazione del dovere di astensione (quest'ultimo da intendersi onnicomprensivamente come ogni interesse personale anche non economico).

Il delitto di abuso d'ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma attributiva del potere esercitato, per realizzare uno scopo personale od egoistico, o comunque estraneo alla P.A., concretandosi in uno "sviamento" produttivo di una lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice (cfr. Cass. pen., sez. 6, sn. 35597 del 05/07/2011 Rv. 250779 Imputato: Barbera), ovvero in uno «svolgimento della funzione o del servizio» che oltrepassa ogni possibile opzione attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine (Cass., sez. VI sentenza 14 gennaio 2002 n. 12295).

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 29 settembre 2015, n.13576
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Abuso di ufficio: violazione di legge – Elemento costitutivo

(art. 323 c.p.)

Ai fini della configurabilità del reato di abuso d'ufficio, sussiste il requisito della violazione di legge non solo quando la condotta del pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere, ma anche quando la stessa risulti orientata alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è attribuito, realizzandosi in tale ipotesi il vizio dello sviamento di potere, che integra la violazione di legge poiché lo stesso non viene esercitato secondo lo schema. Di recente: "Il delitto di abuso d'ufficio è configurabile non solo quando la condotta si ponga in contrasto con il significato letterale o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando la stessa contraddica lo specifico fine perseguito dalla norma, concretandosi in uno "svolgimento della funzione o del servizio" che oltrepassi ogni possibile scelta discrezionale attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio; tuttavia, deve escludersi la sussistenza del reato qualora si sia in presenza di un quadro normativo disorganico e suscettibile di contrapposte letture interpretative, che impedisca di individuare con certezza una condotta violativa del contenuto precettivo di una precisa disposizione di legge o di regolamento. (cfr. sez. 6, sentenza n. 32237 del 13/03/2014 ud. dep. 21/07/2014 Rv. 260428). Il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell'art. 97 della Costituzione, nella parte immediatamente precettiva, che impone ad ogni pubblico funzionario, nell'esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni (cfr. sez. 6, sentenza n. 38357 del 12/06/2014 ud. dep. 18/09/2014 Rv. 260472 Imputato: Mangione).

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 29 settembre 2015, n. 13576
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Abuso di ufficio: elemento soggettivo – Dolo intenzionale

(art. 323 c.p.)

Quanto all'elemento soggettivo, è richiesto il dolo intenzionale nel senso di rappresentazione e la volizione

dell'evento come conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente e obiettivo primario da costui perseguito. Il dolo intenzionale non è escluso dalla mera compresenza di una finalità pubblicistica nella condotta del pubblico ufficiale, essendo necessario, per ritenere insussistente l'elemento soggettivo, che il perseguimento del pubblico interesse costituisca il fine primario dell'agente (cfr. Corte cost., ord. n. 251 del 2006; Cass., sez. 3, Sentenza n. 18895 del 24/02/2011). La prova del dolo intenzionale che qualifica la fattispecie criminosa, può essere desunta anche da elementi sintomatici come la macroscopica illegittimità dell'atto compiuto, non essendo richiesto l'accertamento dell'accordo collusivo con la persona che si intende favorire, in quanto l'intenzionalità del vantaggio ben può prescindere dalla volontà di favorire specificamente quel privato interessato alla singola vicenda amministrativa (Cass., sez. 6, Sentenza n. 36179 del 15/04/2014 ud. dep. 27/08/2014 Rv. 260233 Imputato: Dragotta). Nella nuova formulazione dell'art. 323 c.p., la realizzazione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale diviene, in buona sostanza, momento consumativo del reato che assume pertanto i connotati di reato di evento o di danno ed il Giudice è tenuto a verificare sia l'illegittimità in sé della condotta sia l'ingiustizia dell'atto. L'uso da parte del legislatore dell'avverbio «intenzionalmente» per qualificare il dolo comporta che sono punibili solo gli atti amministrativi illegittimi che, in concreto, risultino avere determinato la lesione dell'interesse tutelato dalla norma. Sul «dolo intenzionale», la Suprema Corte di legittimità, ne ha ribadito l'insussistenza laddove l'agente, pur nella consapevolezza dell'illegittimità del proprio agire e dell'ingiusto vantaggio patrimoniale di natura privata in tal modo determinato, abbia inteso comunque perseguire la soddisfazione di un interesse pubblico «di preminente rilievo» attribuito alla sua competenza. In tal caso, il «favoritismo privato», per la concomitanza con il fine pubblico concorrentemente perseguito, risulterebbe «degradato» a elemento privo di valenza penale e l'evento tipico del reato si configura come una conseguenza accessoria e defilata della condotta dell'agente che persegue in via primaria l'obiettivo pubblico. In altri termini, l'indebito vantaggio del privato beneficiario dell'atto deve essere stato l'assoluta ed esclusiva ragione dell'atto amministrativo illegittimo posto in essere dal pubblico ufficiale, con la consapevole mancata considerazione di quegli interessi pubblici, propri dell'amministrazione di appartenenza, che devono stare, invece, alla base dell'agire del pubblico funzionario. Infine, quanto alla configurabilità del concorso del privato nel delitto di abuso d'ufficio, l'esistenza di una collusione tra il privato ed il pubblico ufficiale non può essere dedotta dalla mera coincidenza tra la richiesta dell'uno e il provvedimento adottato dall'altro, essendo invece necessario che il contesto fattuale, i rapporti personali tra i predetti soggetti, ovvero altri dati di contorno, dimostrino che la domanda del privato sia stata preceduta, accompagnata o seguita dall'accordo con il pubblico ufficiale, se non da pres-

sioni dirette a sollecitarlo o persuaderlo al compimento dell'atto illegittimo. In altri termini, la partecipazione dell'extraneus può essere configurata quando sia provato l'accordo criminoso, che non può essere desunto solo dalla presentazione di un'istanza volta ad ottenere l'atto illegittimo, essendo invece necessaria la prova che la presentazione della domanda sia stata preceduta, accompagnata o seguita da un'intesa o da pressioni dirette a sollecitare o persuadere il pubblico funzionario.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 29 settembre 2015, n. 13576
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Calunnia: elemento soggettivo - Caratteristiche

(art. 368 c.p.)

In tema di calunnia non sussiste il dolo quando la falsa incolpazione consegue ad un convincimento dell'agente in ordine a profili essenzialmente valutativi o interpretativi della condotta denunciata, sempre che tale valutazione soggettiva non risulti fraudolenta e consapevolmente forzata.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe
sentenza 15 settembre 2015, n. 253

Desistenza volontaria: caratteristiche

(art. 56 c.p.)

La desistenza volontaria (art. 56 c.p., comma 3) è connotata da una scelta operata in una situazione di libertà interiore indipendentemente dalla presenza di fattori esterni incidenti sulla libertà di autodeterminazione dell'agente. Come ha precisato la Corte di Cassazione affrontando specificamente il caso del tentato omicidio, la desistenza si configura allorquando l'agente si arresta prima di avere posto in essere l'intera condotta tipica, mentre l'ipotesi del recesso attivo, disciplinato dall'art. 56 c.p., comma 4, — detto anche, più impropriamente pentimento operoso — ricorre quando il soggetto, avendo esaurito la condotta tipica, agisce per impedire l'evento e riesce, effettivamente, ad impedirlo (Cass. 16 luglio 1992, Porcari). La desistenza, tuttavia, può aversi solo nella fase del «tentativo incompiuto» e non è configurabile una volta che siano posti in essere gli atti da cui origina il meccanismo causale capace di produrre l'evento rispetto ai quali può, semmai, operare, se il soggetto agente tiene una condotta attiva che valga a scongiurare l'evento, la diminuente per il cosiddetto recesso attivo (Cass., sez. 1, 2 ottobre 2007, n. 42749, rv. 238112). La desistenza postula, pertanto, che l'agente abbandoni l'azione criminosa prima che questa sia portata a compimento e, cioè, prima che egli realizzi compiutamente l'azione tipica della fattispecie incriminatrice, se trattasi di reati a forma vincolata, o che egli impedisca, avendone ancora il dominio, che l'azione sia completamente realizzata quando il delitto è causalmente orientato o a forma.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 14 luglio 2015, n. 12130
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Ergastolo: isolamento diurno – previsione – Casistica

(art. 72 c.p.)

L'art. 72 c. 2 c.p., prevede che possa essere irrogata la pena dell'ergastolo con isolamento diurno da due e diciotto mesi quando un delitto che importa la pena dell'ergastolo concorre con uno o più delitti che importano pene temporanee per un tempo complessivo superiore a 5 anni. Ebbene, ci si è interrogati sull'interpretazione da dare al verbo importare” e ci si è chiesti più in particolare se per valutare l'applicabilità della pena dell'ergastolo con isolamento diurno (e in caso di giudizio abbreviato dell'ergastolo) dovesse aversi riguardo alla pena in astratto (con l'ulteriore interrogativo di quale fosse il limite di pena da prendere in considerazione, se quello minimo o quello massimo) ovvero a quella in concreto, previa un'ideale quantificazione della stessa e, in quest'ultimo caso, se detta pena dovesse essere idealmente determinata quale aumento in continuazione della pena base ovvero in modo autonomo.

Tribunale Nola, G.U.P. Aurigemma
sentenza 25 giugno 2015, n. 215

Imputato: Capacità a stare in giudizio – Accertata incapacità processuale – Sospensione del termine di prescrizione – Prevedibilità – Esclusione

(art. 70 c.p.p. – 157 c.p.)

la Corte Costituzionale, con la sentenza n.45 del 14.1.2015 (deposito 25/03/2015 – Pubblicazione in G. U. 01/04/2015 n. 13), è intervenuta in merito alla posizione del cd. "eterno giudicabile" vale a dire dell'imputato affetto da un'incapacità processuale irreversibile e nondimeno "congelato" nella sua condizione da una sospensione sine die che involge sia il processo (artt. 70 c.p.p.) sia i termini di prescrizione del reato. La Corte ha dichiarato infatti l'illegittimità costituzionale dell'art. 159 comma 1 c.p. nella parte in cui non esclude la sospensione della prescrizione qualora si accerti che l'incapacità dell'imputato di partecipare coscientemente al processo sia irreversibile e destinata a non mutare. Dunque, pur dovendo sospendersi il processo (salva la possibilità di emettere una sentenza di proscioglimento, nonché di assumere le prove urgenti e quelle a discarico) e provvedere al riesame semestrale delle condizioni dell'imputato, i termini di prescrizione decorrono anche in presenza della sospensione del processo ed una volta maturati, l'incapace non potrà che essere prosciolto per estinzione del reato. Osserva la Corte Costituzionale (cfr. in precedenza sentenza 23/2013) che, nelle ipotesi di irreversibilità della patologia e conseguente illimitata stasi processuale fino alla morte dell'imputato, sussiste il contrasto con i principi costituzionali (art. 24 Cost. e 6 CEDU, art. 2 Cost, art. 111 comma 2 Cost. – art. 3 Cost.) ed in particolare con il diritto di difesa e con i diritti inviolabili della persona nonché risulta vanificato il criterio della efficienza e della ragionevole durata del processo ed in tal senso deve tenersi conto anche del fisiologico e progressivo affievolimento dell'interesse della

comunità alla punizione dell'illecito penale a distanza di tempo dai fatti laddove, poi, nelle situazioni di recupero della capacità, un processo svolto ad un'eccessiva distanza temporale dalla commissione dei fatti rischierebbe di condurre ad una punizione priva delle sue finalità repressive, preventive e rieducative. È, inoltre, irragionevole ed in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art.3 Cost. l'identità di disciplina tra situazioni differenti di sospensione vale a dire la sospensione per incapacità di partecipare coscientemente al processo avente una durata limitata nel tempo e la sospensione derivante da un'incapacità che sia stata diagnosticata in termini di irreversibilità e non modificabilità nel tempo che da luogo alla condizione statica di "eterno giudicabile" laddove, in tal caso, la sospensione senza fine del corso della prescrizione determina, di fatto, l'imprescrittibilità del reato. Di contro, decorrendo la prescrizione anche durante la sospensione del procedimento per l'incapacità processuale di cui sia stata prognosticata e riscontrata la irreversibilità, quest'ultima diviene limitata nel tempo essendo destinato il processo a concludersi con la sentenza di estinzione del reato.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 6 ottobre 2015, n. 14044
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Istigazione alla corruzione: elementi costitutivi

(art. 322 c. 2 c.p.)

Per la integrazione del reato di istigazione alla corruzione è sufficiente la semplice offerta o promessa, purché sia caratterizzata da adeguata serietà e sia in grado di turbare psicologicamente il pubblico ufficiale (o l'incaricato di pubblico servizio), sì che sorga il pericolo che lo stesso accetti l'offerta o la promessa. In particolare si ritiene che ai fini della configurabilità del delitto di istigazione alla corruzione, la serietà dell'offerta deve essere necessariamente correlata al tipo di controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del pubblico ufficiale, nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si è verificato.

Tribunale Nola, coll. D)
sentenza 28 settembre 2015, n. 2416
Pres. Est. Minauro

Istigazione alla corruzione: caratteristiche dell'offerta

(art. 322 c.p.)

La condotta consistito nell'offrire la somma di euro 26.00 per "comprare il silenzio" di ben tre militari dell'Arma, congiuntamente, ciascuno dei quali avrebbe dovuto accettare il rischio di esporsi al dissenso ed alla denuncia da parte dell'altro, non consente alcuna valutazione della stessa quale proposta appetibile per i pubblici ufficiali, a fronte della richiesta di omissione di un atto del loro ufficio. Le caratteristiche dell'offerta (tradotta nella risibile somma di euro 8 per ciascuno dei militari) non consentono ad avviso del Tribunale di affermare –

con giudizio *ex ante* – che la stessa fosse in grado di colorare di offensività un fatto materiale pur astrattamente sussumibile nello schema legale della fattispecie di cui all'art. 322 c. 2 c.p.

Tribunale Nola, coll. D)

sentenza 28 settembre 2015, n. 2416

Pres. Est. Minauro

Revoca sospensione condizionale della pena: ipotesi di revoca – Presupposti

(art. 168 c.p.)

Il Giudice dell'Esecuzione ha il potere di revocare la pena sospesa solo in relazione alle ipotesi di revoca di diritto di cui all'art. 168 comma 1 nrrr.1 e 2 c.p., mentre il potere di revoca facoltativa di cui all'art.168 comma 2 c.p. è riservato al giudice della cognizione. Sussiste l'ipotesi di revoca obbligatoria di cui all'art.168 comma 1 n.1 c.p. allorché il condannato, nei termini stabiliti di cui all'art.163 c.p., ha commesso altro delitto o contravvenzione della stessa indole, riportando condanna a pena detentiva ovvero non ha adempiuto agli obblighi imposti.

Tribunale Napoli sez. I

ordinanza 12 ottobre 2015

Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Sospensione condizionale della pena: revoca di diritto – Presupposti

(art. 168 c.p.)

L'ipotesi di revoca di diritto di cui al nr. 2 del citato articolo opera, invece, solo se, anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che ha concesso la pena sospesa, l'imputato ha commesso altro delitto per il quale sia stata inflitta una pena che, cumulata con quella precedente, supera i limiti stabiliti dall'art. 163 c.p. (nella specie, è necessario che la seconda condanna per delitto commesso anteriormente al passaggio in giudicato della prima sentenza a pena sospesa, sia divenuta irrevocabile dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha concesso il beneficio e prima della scadenza del termine di cinque anni dalla suddetta condanna: cfr. Cass. Sez. 4, Sentenza n. 45716 del 11/11/2008 Imputato: Peruzzini.). Il beneficio non può essere concesso più di una volta (ovvero non più di due volte ove la pena da infliggere, cumulata con la condanna precedente, non superi i limiti di cui all'art. 163 c.p.), ai sensi dell'art. 168 ultimo comma c.p., come introdotto dalla Legge 26.03.2001 nr. 128, ricorrendo un'ipotesi di revoca di diritto laddove esso sia concesso in violazione del limite di cui all'art. 164 comma 4 c.p., in presenza di cause ostative; per giurisprudenza pacifica (cfr. ex plurimis Cass. pen. sez. 5, Sentenza n. 4889 del 16/12/2005 Imputato: Jovanovic), è legittima la revoca del beneficio in sede esecutiva in forza del disposto di cui all'art. 168 comma terzo c.p. introdotto dalla Legge 128/2001 a condizione, tuttavia, che la sentenza che abbia illegittimamente concesso il beneficio per la terza volta sia divenuta irrevocabile successivamente all'entrata in vigore della novella legislativa. Ai fini della revo-

ca della sospensione condizionale della pena, il termine quinquennale previsto dall'art. 163 c.p. decorre a partire dalla data in cui è divenuta irrevocabile la sentenza con la quale è stato concesso il beneficio.

Tribunale Napoli sez. I

ordinanza 12 ottobre 2015

Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Tentato Omicidio: elemento soggettivo – Criteri di accertamento

(art. 575, 56 c.p.)

La sussistenza del dolo nel delitto di tentato omicidio può desumersi, in mancanza di attendibile confessione, dalle peculiarità intrinseche dell'azione criminosa, aventi valore sintomatico in base alle comuni regole di esperienza, quali, a titolo esemplificativo, il comportamento antecedente e susseguente al reato, la natura del mezzo usato, le parti del corpo della vittima attinte, la reiterazione dei colpi, la distanza tra offensore ed offeso, elementi tutti che, singolarmente e complessivamente presi in considerazione, sono sicuro indice delle finalità perseguite dal reo. È pacifico che il dolo eventuale non è compatibile con il delitto tentato richiedendosi il dolo diretto al più nella forma del dolo alternativo. E tale deve intendersi quella particolare manifestazione di volontà dolosa che sussiste quando il soggetto attivo prevede e vuole, con scelta sostanzialmente equipollente, l'uno o l'altro degli eventi (nella specie, morte o grave ferimento della vittima) causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, con la conseguenza che esso ha natura di dolo diretto ed è compatibile con il tentativo. In altre parole, l'elemento psicologico del delitto di tentato omicidio deve ritenersi integrato non solo quando l'agente ha agito con l'intenzione diretta di uccidere (dolo intenzionale), ma anche quando si è rappresentato l'evento morte come possibile o probabile conseguenza della propria condotta che, ciononostante, ha posto in essere e voluto (dolo diretto o alternativo); in tal caso l'agente si rappresenta e vuole indifferentemente l'uno o l'altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria (morte o indifferentemente lesioni), sicché al momento della realizzazione dell'elemento oggettivo del reato egli deve prevederli entrambi. Diversamente, il dolo eventuale sussiste allorquando l'agente, ponendo in essere una condotta diretta ad altri scopi, si rappresenta la concreta possibilità del verificarsi di ulteriori conseguenze della propria azione e, nonostante ciò, agisce accettando il rischio di cagionarle; quando invece l'ulteriore accadimento si presenta all'agente come probabile, non si può ritenere che egli, agendo, si sia limitato ad accettare il rischio dell'evento, bensì che, accettando l'evento, lo abbia voluto, sicché in tale ipotesi l'elemento psicologico si configura nella forma di dolo diretto e non in quella di dolo eventuale. L'intenzione omicida va, dunque, desunta attraverso un processo logico inferenziale da elementi e fatti oggettivi esterni e dai connotati stessi della condotta obiettivamente indicativi del fine perseguito dall'agente i quali, con l'ausilio delle massime e regole di esperienza,

consentono di ricavare la prova indiziaria della volontà di cagionare la morte. In altri termini, ciò che ha valore determinante per l'accertamento dell'animus necandi è l'idoneità ed univocità degli atti il cui apprezzamento è indispensabile al fine verificare la capacità causale dell'azione a cagionare l'evento morte e l'intenzione omicida dell'agente desumibile dalle caratteristiche della condotta e da circostanze e fattori esterni.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 14 luglio 2015, n.12130
Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Tentato omicidio – Lesioni personali: elemento soggettivo – Differenze

(art. 575, 56 c.p. - 582 c.p.)

La prova della idoneità ed univocità dell'azione e dell'animus necandi – sebbene nelle forme alternative del dolo –, è accertamento rimesso al prudente apprezzamento giudiziale necessario per distinguere la fattispecie da quella di lesioni personali, dovendosi valutare, al riguardo, la differente potenzialità lesiva dell'azione ed il diverso atteggiamento psichico dell'agente. Diversamente, nel reato di lesioni l'azione esaurisce la sua carica offensiva nell'evento prodotto (cagionare una malattia fisica), mentre nel delitto di tentato omicidio vi è un quid pluris che, andando al di là dell'evento realizzato, tende ed è idoneo a causarne uno più grave, non riuscendo a cagionarlo per cause estranee alla volontà dell'agente. "In tema di delitti contro la persona, per distinguere il reato di lesione personale da quello di tentato omicidio, occorre avere riguardo sia al diverso atteggiamento psicologico dell'agente sia alla differente potenzialità dell'azione lesiva, desumibili dalla sede corporea attinta, dall'idoneità dell'arma impiegata nonché dalle modalità dell'atto lesivo (Fattispecie in cui è stato ritenuto sussistente il tentato omicidio per essere stata la vittima colpita da cinque coltellate di cui una all'addome.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 14 luglio 2015, n. 12130
Pres. Pellecchia, Est. Bottillo

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: stato di disoccupazione dell'obligato – Irrilevanza

(art. 570 c.p.)

Lo stato di disoccupazione non esclude non esclude la sussistenza del reato in mancanza di idonei e convincenti elementi indicativi di situazioni che si siano tradotte in uno stato di vera e propria indigenza economica e nella impossibilità di adempiere, sia pure in parte, alla prestazione. Ciò in quanto la presenza della certificazione dello stato di disoccupazione, in difetto di comprovati elementi attestanti il necessario e dovuto impegno dell'imputato alla ricerca di un nuovo lavoro pur modestamente retribuito, non giustifica un atteggiamento di passività probatoria, essendo corretta e legittima l'aspettativa di moglie e figli in merito ai mezzi di sussistenza.

Tribunale Nola, G.O.T. Ardolino
sentenza 4 novembre 2015, n. 2880

Violazione degli obblighi di assistenza familiare: difficoltà economiche dell'obligato – Irrilevanza – Condizioni

(art. 570 c.p.)

Le eventuali difficoltà economiche in cui versi l'obligato non escludono comunque la sussistenza del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare qualora non risulti provato che le difficoltà medesime si siano tradotte in uno stato di indigenza economica e nella impossibilità di adempiere, sia pur in parte, l'obbligazione. Tra l'altro lo stato di bisogno dell'alimentando non è escluso da eventuali mediocri, saltuari ed incerti guadagni che l'avente diritto è costretto a procurarsi per sopperire alla omissioni dell'obligato, né dal fatto che la persona avente diritto alla somministrazione dei mezzi di sussistenza si sia procacciata tali mezzi con il proprio lavoro.

Tribunale Nola, G.O.T. Sabato
sentenza 3 luglio 2015, n. 2077

CODICE PROCEDURA PENALE

Convalida arresto: competenza – Criteri

(art. 390 c. 1 c.p.p.)

L'art. 390 c.1 c.p.p. attribuisce la competenza a decidere sulla convalida dell'arresto o del fermo al giudice per l'indagine preliminare del luogo in cui il provvedimento cautelare è stato eseguito.

Tribunale Nola, G.U.P. Aurigemma
ordinanza 12 ottobre 2015, n. 6888

Convalida arresto: incompetenza funzionale del G.i.p. – Misura cautelare – Applicazione – Esclusione

(art. 291 c. 2 c.p.p.)

L'incompetenza a decidere sulla convalida comporta l'impossibilità per il G.i.p. di pronunciarsi, anche soltanto in via interinale e surrogatoria, sulla richiesta cautelare avanzata dal p.m., non potendo trovare applicazione, il disposto dell'art. 291 c. 2 c.p.p., a norma del quale il giudice che abbia dichiarato la propria incompetenza per qualsiasi causa, può comunque applicare, in via provvisoria, una misura cautelare, sempreché ne ricorrano le condizioni e sussista l'urgenza di soddisfare una delle esigenze di cui all'art. 274 c.p.p. Premesso, infatti, che la disciplina desumibile dal combinato disposto degli artt. 390 co. 1 e 391 c. 5 c.p.p. attribuisce al gip del luogo in cui l'arresto o il fermo è stato eseguito una competenza funzionale a decidere in ordine alla convalida ed all'eventuale applicazione di misure coercitive, deve rilevarsi che, in accordo al più accreditato orientamento della giurisprudenza di legittimità, la sfera di applicabilità dell'art. 291 c. 2 c.p.p., non può essere estesa fino a ricomprendere i casi di incompetenza funzionale del giudice adito, la cui eventuale pronuncia sulla mozione cautelare andrebbe considerata, pertanto, radicalmente nulla. La S.C. nel pronunciarsi per un caso del tutto analogo a quello in esame, ha enunciato in maniera chiara ed inequivocabile

il principio esposto, facendone discendere quale naturale corollario, l'inapplicabilità dell'art. 27 c.p.p.

Tribunale Nola, G.U.P. Aurigemma
ordinanza 12 ottobre 2015, n. 6888

Dibattimento: dichiarazioni difformi a quelle rese in precedenza – Utilizzabilità – Limiti

(art. 500 c.p.p.)

I principi processuali che presidiano al recupero ai fini della lettura ed utilizzabilità delle dichiarazioni difformi precedentemente rese dal testimone sono cristallizzati nell'art.500 comma 4 c.p.p. in base al quale il raffronto tra le dichiarazioni rese nelle diverse fasi processuali è finalizzato alla sola valutazione della credibilità del testimone, mentre il recupero ai fini di prova delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini contestate in dibattimento può avvenire a condizione che sia provata rigorosamente la violenza, la minaccia o la subornazione del teste (cfr. sez. 1, sentenza n. 37066 del 06/04/2004). “Nel corso dell'esame dibattimentale del testimone e delle parti private può procedersi alla contestazione delle dichiarazioni rese in precedenza dai soggetti esaminati tutte le volte in cui queste ultime presentino difformità con le dichiarazioni dibattimentali, sia che in dibattimento il soggetto esaminato manifesti una conoscenza diversa, sia che riveli di non ricordare le vicende o i fatti sui quali aveva riferito in precedenza (cfr. Cass. sez. 2, Sentenza n. 10483 del 21/02/2012 ud. dep. 19/03/2012 Rv. 252707 Imputato: Russo). Dunque, nel caso in cui il teste dichiarari di non ricordare il fatto o la circostanza su cui viene esaminato, ma, a seguito della contestazione, affermi che, pur non avendone attuale ricordo, quanto dichiarato in precedenza è vero, non si applica la disciplina in tema di utilizzabilità delle dichiarazioni acquisite a seguito di contestazioni ex art.500 c.p.p., ma solo le regole generali in tema di valutazione della prova e di valutazione dell'attendibilità del dichiarante sulla dichiarazione precedente resa e dallo stesso teste veicolata nel dibattimento grazie alla dichiarazione di conferma, non sussistendo, in realtà, una situazione di reale contrasto fra le due dichiarazioni. La confessione resa da entrambi gli imputati la quale, per giurisprudenza costante, può acquistare dignità di elemento di prova in quanto sia intrinsecamente e soggettivamente attendibile ed in presenza di elementi estrinseci di riscontro, non potendosi prescindere, sotto il profilo dell'attendibilità intrinseca, dall'analisi della personalità dell'autore delle dichiarazioni accusatorie e dall'esame delle spinte psicologiche che hanno indotto il dichiarante alla stessa. La confessione può essere posta a base del giudizio di colpevolezza dell'imputato nelle ipotesi nelle quali il giudice ne abbia favorevolmente apprezzato la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo ragione dei motivi per i quali debba respingersi ogni sospetto di intendimento autocalunniatorio o di intervenuta costrizione sul soggetto.

Tribunale Napoli, sez. I
sentenza 14 luglio 2015, n.12130
Pres. Pellicchia, Est. Bottillo

Patteggiamento: bancarotta fraudolenta – Applicazione pene accessorie obbligatorie – Preclusione

(art. 445 c.p.p.)

A norma dell'art. 445 c.p.p., l'imputato è esonerato dal pagamento delle spese processuali e non è soggetto all'applicazione di pene accessorie e di misure di sicurezza personali. Infatti in tema di bancarotta fraudolenta il patteggiamento di una pena detentiva inferiore ai due anni preclude l'applicazione delle pene accessorie obbligatorie per legge, non essendo l'art. 216 l. fall. norma speciale prevalente rispetto a quella di cui all'art. 445 c. 1 c.p.p.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe
sentenza 17 giugno 2015, n. 204

Principio ne bis in idem: applicazione – Modalità

(art. 649 c.p.p.)

In base all'interpretazione estensiva del principio ne bis in idem oramai comunemente accolta in giurisprudenza, nel caso in cui l'azione penale venga nuovamente esercitata in relazione ad un fatto e nei confronti di un soggetto per il quale nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio di Procura, sia stato già incardinato un processo, nel procedimento duplicato deve essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità.

Tribunale Nola, G.U.P. Aurigemma
sentenza 6 ottobre 2015, n. 273

Procedimento di riesame: contestazione della proprietà – Rinvio al giudice civile – Mantenimento sequestro

(art. 324 c. 8 c.p.p.)

La lettera dell'art. 324 c. 8 c.p.p., in virtù dell'inequivoco riferimento, come presupposto della trasmissione (non discrezionale ma vincolata) degli atti al giudice civile, non ad una “controversia” (nozione che potrebbe essere intesa anche nel senso di lite attualmente pendente inter partes) ma ad una mera “contestazione” chiarisce esaurientemente le ragioni per le quali il primo orientamento non è condivisibile. Deve pertanto ribadirsi, che in tema di restituzione delle cose sequestrate il giudice penale procedente, ove accerti l'esistenza di una contestazione sulla proprietà di esse pur in difetto della pendenza di una corrispondente lite civile, non gode di alcuna discrezionalità, potendo unicamente rimettere gli atti al giudice civile del luogo competente in primo grado per la decisione della predetta contestazione, e mantenere nel frattempo il sequestro.

Tribunale Napoli, sez. X riesame
ordinanza 1 ottobre 2015, n. 857
Pres. Fallace, Est. Catalanotti

Procedimento del riesame: controversia sulla proprietà del bene in sequestro – Contrapposte richieste di restituzione – Accertamento in via incidentale – Presupposti

(art. 324 c. 8 c.p.p.)

Nel caso in cui risultano esplicitate da parte sia dell'o-

dierno ricorrente che della persona (giuridica) offesa dal reato contrapposte pretese dirette segnatamente ad affermare il diritto alla restituzione dell'auto oggetto di sequestro, deve trovare piena operatività il disposto dell'art. 324 c. 8 c.p.p. – pacificamente applicabile anche in caso di appello, e dell'art. 2643 c.p.c., che consentono una deroga alla generale “decidibilità” di ogni questione giuridica sottoposta, anche in via incidentale, alla cognizione del giudice penale. Tuttavia proprio la eccezionalità della pronuncia de qua impone una rigorosa valutazione preventiva circa la serietà della possibilità che sulla restituzione del bene si instauri una controversia, nonostante la accertata buona fede sul piano penalistico, dell'acquisto da parte del terzo acquirente del bene in sequestro.

Tribunale Napoli, sez. X riesame
ordinanza 1 ottobre 2015, n. 857
Pres. Fallace, Est. Catalanotti

Sentenza: patteggiamento – Condanna a refusione spese parte civile – Omissione – errore materiale – Correzione – Prevedibilità

In tema di applicazione della pena su richiesta delle parti, laddove il giudice abbia omissso di condannare l'imputato alla refusione delle spese sostenute dalla parte civile, può farsi ricorso alla procedura di correzione dell'errore materiale, sempre che non emergano specifiche circostanze idonee a giustificare l'esercizio della facoltà di compensazione totale o parziale, delle stesse.

Tribunale Nola, G.M. Di Iorio
sentenza 14 luglio 2015, n. 2133

Patteggiamento: udienza camerale – Esclusione – Casistica

(art. 447 c.p.p.)

Si ritiene superflua la fissazione dell'udienza camerale, poiché la pena è applicata nei termini esatti indicati nella richiesta e non si impone l'adozione di alcuna ulteriore pronuncia che renda necessario instaurare il contraddittorio ed interloquire con le parti stesse, la cui presenza in udienza non è obbligatoria. Infatti, l'accordo in ordine all'applicazione della pena, una volta concluso, non è più revocabile, trattandosi com'è noto di un negozio processuale consensuale che diviene definitivo con l'incontro delle volontà. Sarebbe peraltro inammissibile, per mancanza di interesse il ricorso per cassazione dell'imputato avverso la sentenza di patteggiamento pronunciata de plano anziché previa fissazione di udienza, ove la pena sia stata applicata nei termini esattamente indicati dalle parti.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe
sentenza 17 giugno 2015, n. 204

Sentenza: patteggiamento: motivazionale del Giudice – Limiti

(art. 444 c.p.p. – 129 c.p.p.)

L'assolvimento dell'onere motivazionale in capo al Giudice del patteggiamento è assolutamente affievolito, in quanto l'accordo intervenuto esonera l'accusa dall'one-

re della prova e comporta che kla sentenza che recepisce l'accordo tra le parti sia da considerare sufficientemente motivata con una succinta descrizione del fatto (deducibile dal capo di imputazione), con l'affermazione della correttezza della qualificazione giuridica di esso, con il richiamo all'art. 129 cpp, per escludere la ricorrenza di alcuna delle ipotesi ivi previste, con la verifica della congruità della pena patteggiata ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 Cost.

Tribunale Nola, G.U.P. Borrelli
sentenza 1 luglio 2015, n. 219

Udienza preliminare: proscioglimento – Evidenza della prova – Necessità – Esclusione

(art. 425 c.p.p.)

Va evidenziato l'avvenuto superamento della concezione – fondata sul requisito della evidenza probatoria prescritto dal testi originario dell'art. 425 c.p.p. 1988 per la sentenza di non luogo a procedere – che costruiva l'udienza preliminare come filtro a maglie larghe, idoneo a fermare solo le imputazioni azzardate, che si prestavano cioè alla immediata ed evidente formulazione di una prognosi del tutto sfavorevole per la prospettazione dell'accusa all'esito del dibattimento.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe
sentenza 15 settembre 2015, n. 253

Udienza preliminare: sentenza proscioglimento – Evidenza della prova – Evoluzione normativa

(art. 425 c.p.p.)

Preso atto dell'evoluzione normativa avviata dall'eliminazione dell'aggettivo “evidente” dal testo dell'art. 425 c.p.p. con l. 105/93, la Corte Costituzionale ha infatti chiarito con la sentenza n. 335 del 2002 che l'udienza preliminare, in conseguenza degli interventi innovativi derivanti dalla l. 479/99 ha perduto la sua iniziale connotazione quale momento processuale”; che il nuovo art. 425 c.p.p. ... chiama il giudice ad una valutazione di merito sulla consistenza dell'accusa, consistente in una prognosi sulla sua possibilità di successo nella fase dibattimentale”. Anche le sez. un. con la sentenza 26/6/2002, D'alterio, hanno osservato come “per effetto delle innovazioni introdotte con la l. 479/99 l'udienza preliminare ha subito una profonda trasformazione sul piano sia della qualità e quantità di elementi valutativi che vi possono trovare ingresso, sia dei poteri correlativamente attribuiti al giudice, cui ha corrisposto, quanto alla determinazione conclusiva, un apprezzamento del merito ormai privo di quei caratteri di sommarietà che prima della riforma erano tipici di una delibazione tendenzialmente circoscritta allo stato degli atti. Dunque è indubbiamente rafforzata l'idea dell'udienza preliminare quale giudizio affine a quello di merito, dovendo il Giudice valutare l'alternativa tra il rinvio a giudizio e non luogo a procedere alla luce del criterio di utilità o superfluità del dibattimento.

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe
sentenza 15 settembre 2015, n. 253

Udienza preliminare: spaccio stupefacenti – Configurabilità di cui al comma 5° art. 73 – Udienza preliminare – Esclusione – Citazione diretta a giudizio

(art. 33-ter c.p.p. - 550 c.p.p.)

Dal combinato disposto normativo di cui alla L. 10/2014 e l. 79/2014, emerge che per il delitto di cui all'art. 73 c. 5 d.P.R. 309/90 – non più circostanza attenuante, bensì fattispecie autonoma –, non è più prevista la celebrazione dell'udienza preliminare, precipitato processuale del tutto coerente con il disposto normativo di cui all'art. 33 ter c.p.p. Quest'ultimo, difatti, nel disporre, in deroga ai limiti edittali, la competenza del giudice monocratico per il delitto di cui all'art. 73 d.P.R. 309/90 va necessariamente letto in combinato disposto con l'art. 550 c.p.p., che continua a prevedere per tale delitto la celebrazione dell'udienza preliminare ma non per l'ipotesi di cui al quinto comma dello stesso, essendo quest'ultima divenuta fattispecie autonoma con una cornice edittale "non superiore nel massimo a quattro anni".

Tribunale Nola, G.U.P. Sepe

sentenza 15 settembre 2015, n. 254

Utilizzabilità: dichiarazioni rese dall'indagato nell'immediatezza non formalizzate – Rito abbreviato – Utilizzabilità

(art. 191 c.p.p.)

Le dichiarazioni rese dal prevenuto nell'immediatezza del fatto e riferite nel verbale di arresto, pur se sollecitate dalla p.g., non sono assimilabili all'interrogatorio in senso tecnico. ciò in quanto quello che caratterizza l'assunzione di informazioni e indicazioni utili per le investigazioni, cui fanno riferimento i commi 1 e 5 dell'art. 350 cpp, sono la direzione dell'escussione del soggetto da parte dell'operatore di p.g. e la riconduzione dell'escussione in un preciso ambito scelto e limitato da quest'ultimo. Mentre una generica sollecitazione da parte della p.g. non è idonea a tramutare la ricezione delle dichiarazioni spontanee del soggetto in una assunzione vera e propria delle medesime. Onde per l'assunzione di quelle dichiarazioni non è necessario il previo invito alla nomina del difensore né l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere, potendo le stesse essere ricondotte de plano al regime delle dichiarazioni spontanee di cui all'art. 350 c. 7 c.p.p. Ciò posto va ricordato che l'utilizzabilità in un giudizio abbreviato delle dichiarazioni spontanee dell'indagato è fatta palese, sul piano sistematico, dalla lettera stessa dell'art. 350 c. 7 c.p.p., che ne impedisce l'uso probatorio nel solo dibattimento, cioè nel giudizio che si svolga nelle forme ordinarie e non anche nel giudizio a forma cd. contratta, quale è appunto il giudizio abbreviato o allo stato degli atti nelle indagini preliminari, i cui esiti storico-fattuali e le relative inferenze giuridiche sono previamente accettati dall'imputato, che con tale rito chiede di essere giudicato.

Tribunale Nola, G.U.P. Napolitano

sentenza 24 settembre 2015, n. 264

LEGGI PENALI SPECIALI

Circolazione stradale: guida in stato di alterazione per uso stupefacenti – Condotta rilevante

(art. 187 c.d.s.)

In punto di diritto si osserva che "la condotta tipica del reato previsto dall'art. 187 c.d.s. non è quella di chi guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti, bensì quella di colui che guida in stato di alterazione psico-fisica determinato da tale "assunzione" di talché, "perché possa affermarsi la penale responsabilità dell'agente, non è sufficiente provare che, precedentemente al momento in cui lo stesso si è posto alla guida, avesse assunto stupefacenti, ma altresì che egli guidava in stato di alterazione causato da tale assunzione" (cfr. Cass. pen., sez. IV, 11.8. 2008, n. 33312, PM in proc. Galiano).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo

sentenza 13 luglio 2015, n. 12107

Circolazione stradale: guida in stato di alterazione psicofisica per uso stupefacenti – Prova – Modalità e criteri di accertamento

(art. 187 c.d.s.)

Quanto alla prova della alterazione dovuta all'assunzione di stupefacenti, è orientamento giurisprudenziale consolidato che "Ai fini della configurabilità del reato di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti lo stato di alterazione del conducente dell'auto non può essere desunto da elementi sintomatici esterni, così come avviene per l'ipotesi di guida in stato di ebbrezza alcolica, ma è necessario che venga accertato nei modi previsti dall'art. 187 comma secondo cod. strad., attraverso un esame su campioni di liquidi biologici, trattandosi di un accertamento che richiede conoscenze tecniche specialistiche in relazione alla individuazione ed alla quantificazione delle sostanze. Di recente, la Corte di Cassazione (cfr. sentenza n. 16059 del 10.04.2014 sezione IV; sentenza sezione IV – 4 maggio 2012, n. 16895) ha enunciato il principio di diritto secondo cui "il reato di cui all'art. 187 c.d. strada è integrato dalla condotta di guida in stato d'alterazione psicofisica determinato dall'assunzione di sostanze e non già dalla mera condotta di guida tenuta dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti, sicché ai fini del giudizio di responsabilità, è necessario provare non solo la precedente assunzione di sostanze stupefacenti ma che l'agente abbia guidato in stato d'alterazione causato da tale assunzione. Ai fini dell'accertamento del reato è dunque necessario sia un accertamento tecnico-biologico, sia che altre circostanze provino la situazione di alterazione psico-fisica al momento del fatto contestato. Tale complessità probatoria si impone in quanto le tracce degli stupefacenti permangono nel tempo, sicché l'esame tecnico potrebbe avere un esito positivo in relazione ad un soggetto che ha assunto la sostanza giorni addietro e che, pertanto, non si trova al momento del fatto in stato di alterazione". È, dunque, necessario procedere ad accertamenti ulteriori rispetto alla semplice positività alle sostanze quale rilevata dal

prelievo del sangue o delle urine dovendosi verificare se l'effetto delle sostanze stupefacenti era in atto al momento della guida e ciò sulla base di "altre circostanze, riferite dagli agenti o comunque desumibili dal comportamento dell'imputato, sulla cui base possa affermarsi che il medesimo fosse in stato di alterazione al momento della guida". E tale complessità probatoria si impone in quanto le tracce degli stupefacenti permangono nel tempo, a differenza delle sostanze alcoliche che svaniscono più rapidamente, sicché l'esame tecnico potrebbe avere un esito positivo in relazione ad un soggetto che ha assunto la sostanza giorni addietro e che, pertanto, non si trova al momento del fatto in stato di alterazione.

Lo stato di alterazione del conducente può essere, in definitiva, dimostrato attraverso gli accertamenti biologici "in associazione ai dati sintomatici rilevati al momento del fatto, senza che sia necessario espletare un'analisi su campioni di diversi liquidi fisiologici" (Fattispecie nella quale è stata ritenuta sufficiente l'analisi delle urine unitamente allo stato confusionale dell'imputato riscontrato al momento del fatto – cfr. sez. 4, sentenza n. 6995 del 09/01/2013 ud. dep. 12/02/2013 Rv. 254402) Non è, di contro, necessario l'accertamento dello stato di alterazione attraverso l'espletamento di una specifica analisi medica, ben potendo il giudice desumerla dagli accertamenti biologici dimostrativi dell'avvenuta precedente assunzione dello stupefacente, unitamente all'apprezzamento delle deposizioni raccolte e del contesto in cui il fatto si è verificato (cfr. Cass., Sez. 4, n. 48004/2009, Rv. 245798). Inoltre, a tali fini, è utilizzabile anche il prelievo ematico effettuato a fini diagnostici, in ospedale, per le terapie di pronto soccorso, in occasione delle cure prestate dopo l'incidente stradale in cui il conducente sia rimasto coinvolto, senza che a tal fine abbia rilievo l'eventuale assenza di consenso dell'interessato.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 13 luglio 2015, n. 12107

Circolazione stradale: sinistro stradale – Stato alterazione – Aggravante dell'orario notturno

Con riferimento a tale ultima aggravante, è principio pacifico che la nozione di "incidente stradale", è da interpretarsi come "qualsiasi avvenimento inatteso che, interrompendo il normale svolgimento della circolazione stradale, possa provocare pericolo alla collettività, senza che assuma rilevanza l'avvenuto coinvolgimento di terzi o di altri veicoli" (cfr. Cass., Sez. 4, n. 47276/2012, Rv. 253921). Deve pertanto considerarsi tale, a titolo esemplificativo, l'urto del veicolo contro un ostacolo, o la fuoriuscita dell'auto dalla strada, senza che assumano rilevanza gli eventuali danni cagionati a cose o a persone. Il tenore letterale della norma impone tuttavia l'accertamento di un nesso di causalità tra la condotta del conducente e il sinistro, non essendo sufficiente il mero coinvolgimento nel sinistro, in quanto l'aggravamento della pena deriva dal fatto che il legislatore ha attribuito al verificarsi dell'incidente valore sintomatico di effetti particolar-

mente pericolosi derivanti dall'uso di bevande alcoliche o sostanze stupefacenti. È quindi necessario un riscontro inequivoco di un obiettivo nesso di strumentalità - occasionalità tra lo stato di ebbrezza del reo e l'incidente dallo stesso provocato in quanto non sarebbe legittima l'inflizione di un trattamento sanzionatorio aggravato a carico di un conducente che, sebbene versi – illecitamente – in uno stato alterativo, "sia stato coinvolto in un incidente stradale di per sé oggettivamente imprevedibile e inevitabile e in ogni caso privo di alcuna connessione con lo stato di ebbrezza" (cfr. Cass. sezione 4, sentenza n. 15050 1.4.2014; Cass. sez. IV, sentenza 30/05/2014 n° 22669; Cass. Pen., sez. IV, sentenza 28 maggio 2013, n. 37743).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 13 luglio 2015, n. 12107

Circolazione stradale: guida in stato alterazione psicofisica – Ipotesi aggravata dell'aver causato incidente stradale – Revoca della patente – Obbligatorietà – Casi

(art. 187 c.d.s.)

Al riguardo si osserva che la revoca della patente di guida, prevista come obbligatoria per l'ipotesi aggravata in cui il conducente abbia causato un incidente stradale, deve essere disposta anche nel caso in cui, all'esito del giudizio di bilanciamento, sia stata riconosciuta l'equivalenza ovvero la prevalenza delle circostanze attenuanti generiche, non venendo meno, per effetto del suddetto giudizio, la configurazione giuridica del reato aggravato e la sussistenza dei profili di particolare allarme sociale e, di conseguenza, gli effetti che la legge ricollega alla singola circostanza, pur se sfavorevoli per l'imputato tra cui la non applicabilità della sanzione sostitutiva del lavoro di pubblica utilità quando sussiste tale aggravante anche se la stessa è ritenuta subvalente rispetto alle attenuanti (cfr. Cass. sez. 4, sentenza n. 7821 del 06/02/2015 ud. dep. 20/02/2015 Rv. 262446 Massime precedenti Conformi: N. 17679 del 2014 Rv. 259232; sez. 4, sentenza n. 30254 del 26/06/2013 Ud. dep. 12/07/2013 Rv. 257742 Imputato: P.M. in proc. Colin).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 13 luglio 2015, n. 12107

Edilizia: aree di interesse pubblico – Esecuzione lavori senza autorizzazione – Rilevanza penale – Caratteristiche

(art. 181 d.lgs. 42/04)

La fattispecie delittuosa contestata di cui all'art.181 comma 1-bis d.lgs 2004/42 relativa alla esecuzione di lavori senza la prescritta autorizzazione su immobili o aree dichiarati di notevole interesse pubblico, introdotta dall'art. 1, comma 36 lett. c), legge 15 dicembre 2004 n. 308, è configurabile anche se la dichiarazione di notevole interesse sia stata resa con provvedimento emesso ai sensi delle disposizioni previgenti ed anche in assenza di notificazione del vincolo ai proprietari o ad altri soggetti interessati, non essendo la notifica necessaria (cfr. Cass. sez. 3,

sentenza n. 45609 del 09/11/2005 dep. 16/12/2005 Rv. 232641). Dunque, essa è correttamente contestata quando, pur in assenza di esplicita menzione dello specifico provvedimento impositivo del regime vincolistico, sulla base delle altre indicazioni sia comunque possibile risalire al vincolo gravante sull'area. Tale delitto paesaggistico ha natura di reato autonomo e non di circostanza aggravante del reato contravvenzionale previsto dal comma primo del citato art. 181 (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 7215 del 17/11/2010 dep. 25/02/2011 Rv. 249522; Sez. F, Sentenza n. 38022 del 26/08/2014 Ud. dep. 16/09/2014 Rv. 261476).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 8 giugno 2015, n. 11340

Edilizia: presupposti e differenze tra la fattispecie di cui al comma 1 bis e comma 1 dell'art. 181

(art. 181 d.lgs. 42/04)

Sia la fattispecie delittuosa di cui all'art. 181 comma primo-bis d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, sia quella contravvenzionale prevista dal comma primo della citata disposizione, hanno natura di reato di pericolo e non richiedono, per la loro configurabilità, un effettivo pregiudizio per l'ambiente, potendo escludersi dal novero delle condotte penalmente rilevanti soltanto quelle che si prospettino inidonee, pure in astratto, a compromettere i valori del paesaggio e l'aspetto esteriore degli edifici (cfr. Cass. sez. 3, sentenza n. 34764 del 21/06/2011 dep. 26/09/2011 Rv. 251244) Quanto al profilo soggettivo, è sufficiente il dolo generico sicché è dovere dell'imputato adempiere all'onere di informarsi preventivamente all'esecuzione dei lavori, anche circa l'eventuale assoggettamento a vincoli insistenti nell'area (cfr. Cass. sez. 3 Sentenza n. 48478 del 24/11/2011 dep. 28/12/2011 Rv. 251635).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 8 giugno 2015, n.11340

Edilizia: taglio del bosco senza autorizzazione – Sussistenza del reato

(art. 181)

Con riferimento alla contestazione formulata nel caso di specie, si osserva che, per giurisprudenza consolidata, in materia paesaggistica, il taglio del bosco eseguito con tecnica a raso e non colturale, in difetto di autorizzazione paesistica, configura il reato di cui all'art. 181 del d.lgs. 24 gennaio 2004 n. 42 (cfr. Cass. sez. 3, sentenza n. 2864 del 14/12/2006 ud. dep. 25/01/2007 Rv. 235879 Massime precedenti Conformi: N. 18695 del 2004 Rv. 228452), così come la realizzazione in assenza della prescritta autorizzazione, in area boschiva sottoposta a vincolo paesaggistico, di "piste" in terra battuta ottenute attraverso lo sradicamento e il taglio di ceppaie, considerato che solo la eliminazione parziale delle piante può essere ricompresa tra le attività agro-silvo-pastorali consentite dall'art. 149 del decreto n. 42 del 2004, e sempre che il taglio colturale sia compiuto per il miglioramento della flora tutelata (cfr. Cass., sez. 3, Sentenza n. 962 del

25/11/2014 ud. dep. 13/01/2015 Rv. 261791 Massime precedenti Conformi: n. 9395 del 2012 Rv. 252174).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 8 giugno 2015, n. 11340

Edilizia: violazione divieto di intervento in zona vincolata – Contravvenzione di danneggiamento – Concorso di reati – Previsione

(art. 181 d.lgs. 42/04 – 734 c.p.)

Il reato, formale e di pericolo, previsto dall'art. 181 del d.lgs. n. 42 del 2004, che, indipendentemente dal danno arrecato al paesaggio, sanziona la violazione del divieto di intervento in determinate zone vincolate senza la preventiva autorizzazione amministrativa, può concorrere con la contravvenzione punita dall'art. 734 c.p. la quale, invece, presuppone l'effettivo danneggiamento delle aree sottoposte a protezione. (Cass., sez. 3, sentenza n. 37472 del 06/05/2014 Cc. dep. 11/09/2014 Rv. 259942 Imputato: Coniglio – Massime precedenti Conformi: n. 9749 del 1994 Rv. 199089, n. 14746 del 2012 Rv. 252625) sebbene non sia necessaria l'irreparabile distruzione o alterazione della bellezza naturale di un determinato luogo soggetto a vincolo paesaggistico, essendo sufficiente che, a causa delle nuove opere edilizie, siano in qualsiasi modo alterate o turbate le visioni di bellezza estetica e panoramica offerte dalla natura (Cass., sez. 3, sentenza n. 10030 del 15/01/2015 ud. dep. 10/03/2015 Rv. 263011).

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 8 giugno 2015, n. 11340

Imposte sui redditi: evasione – aggravante di cui all'ultimo comma art. 2 – Ipotesi autonome di reato

(art. 2 d.lgs.74/2000)

A differenza di quanto sostenuto da alcune decisioni di legittimità, (cass. sez. III 20529/2011), l'estensore ritiene, in aderenza ad altre pronunce (cass. sez. III n. 23064/2008) che la fattispecie di cui agli art. 2 u. co., e art. 8 ult. co., d.lgs. 74/2000 hanno natura non già di circostanze attenuanti ad effetto speciale bensì di reati autonomi integranti distinte ipotesi attenuate secondo una tecnica legislativa utilizzata per evitare gli effetti perversi del giudizio di equivalenza o prevalenza delle attenuanti..., con l'ulteriore considerazione che per altre figure delittuose della medesima legge, certamente più gravi, si prevedono pene che non prevedono la celebrazione dell'udienza preliminare (art.4, 5 d.lgs. 74/2000).

Tribunale Nola, G.U.P. Campoli
sentenza 16 giugno 2015, n. 194

Rifiuti: gestione incontrollata – Autorizzazione – Oggetto e presupposti

(d.lgs. 152/06)

Il sistema legislativo sanziona la gestione incontrollata dei rifiuti che, secondo la classificazione operata dagli allegati al d.lgs. 152/2006, devono necessariamente essere convogliati nei centri di raccolta, stoccaggio e distruzione.

ne autorizzati per le operazioni di smaltimento secondo le procedure di legge. L'obbligo di munirsi del provvedimento amministrativo autorizzatorio concerne l'attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti prodotti da terzi e la sanzione è prevista per la mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione nell'albo nazionale o comunicazione prescritte dalla normativa vigente. In altri termini, ogni fase della gestione dei rifiuti richiede il possesso da parte del soggetto della specifica autorizzazione regionale ed il rispetto delle prescrizioni ivi contenute. Peraltro, il carattere strettamente personale dell'autorizzazione non consente neppure al titolare della stessa di delegare l'esercizio dell'attività a terzi che ne siano privi.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 21 settembre 2015, n. 13169

Rifiuti: nozione penalmente rilevante

(d.lgs. 152/2006)

Nella nozione di rifiuto vi rientra qualsiasi sostanza od oggetto destinata all'abbandono o di cui il produttore o il detentore si disfi, restando irrilevante se ciò avvenga attraverso lo smaltimento del prodotto ovvero tramite il suo recupero e, inoltre, prescindendo da ogni indagine sull'intenzione del detentore che abbia escluso ogni riutilizzo economico della sostanza o dell'oggetto da parte di altre persone.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 21 settembre 2015, n. 13169

Rifiuti: abbandono incontrollato da soggetto privato – Trasporto abusivo – Esclusione – Sussistenza di solo illecito amministrativo

(art. 255 d.lgs. 152/2006)

Il soggetto privato, non titolare di impresa e non titolare di un ente, che abbandoni in modo incontrollato un proprio rifiuto e che, a tal fine, lo trasporti occasionalmente nel luogo ove lo stesso verrà abbandonato, risponderà solo dell'illecito amministrativo di cui all'art. 255 d.lgs. 3.4.2006, n. 152 per l'abbandono e non anche del reato di trasporto abusivo in sé di cui all'art. 256, comma 1. Infatti, la condotta di trasporto si esaurisce nella fase meramente preparatoria e preliminare rispetto alla condotta finale e principale di abbandono, senza assumere autonoma rilevanza penale. Diversamente argomentando, si finirebbe con l'attribuire illogicamente alla fase preparatoria (il trasporto attuato dal soggetto privato) una gravità maggiore rispetto alla fase finale e conclusiva (cioè l'abbandono incontrollato). Quindi, se l'abbandono incontrollato del rifiuto venga commesso da un soggetto non titolare di una impresa e non responsabile di un ente e pertanto costituisca illecito amministrativo punito ai sensi dell'art. 255, il trasporto del rifiuto stesso per abbandonarlo in quel luogo rientrerà nella condotta punita dalla sanzione amministrativa e non integrerà un autonomo e distinto reato di trasporto di rifiuti senza iscrizione o autorizzazione. Questa soluzione, invero, corrisponde

non solo ad una esegesi adeguatrice (in riferimento soprattutto al principio costituzionale di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost., stante la manifesta irragionevolezza, come dianzi rilevato, della soluzione contraria, che considera più grave la fase preparatoria rispetto a quella finale) ma anche ad una interpretazione sia letterale della disposizione (che parla di "attività di trasporto") sia sistematica, che tenga conto della ratio del sistema punitivo". In conclusione, non può essere attribuita autonoma valenza penale in sé a qualsiasi condotta di trasporto di rifiuti compiuta dal privato mentre occorre valutare in concreto se la condotta abbia una propria autonoma finalità quale attività di trasporto in senso stretto connotata da una certa minima organizzazione d'impresa o se invece il trasporto sia attuato occasionalmente da un soggetto privato al di fuori di attività d'impresa inserendosi in un'unica sequenza, quale fase meramente preparatoria e preliminare rispetto alla condotta finale di abbandono incontrollato di un proprio rifiuto.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 21 settembre 2015, n. 13169

Rifiuti: trasporto abusivo in forma imprenditoriale – Occasionalità – Irrilevanza – Sussistenza del reato

(art. 256 d.lgs. 52/2006)

In caso di attività di trasporto non autorizzato esercitato in forma imprenditoriale, il reato ben può configurarsi anche in presenza di una condotta occasionale poiché in tali casi si è in presenza di esercizio di vera e propria "attività di trasporto" o di attività di impresa nella quale sono stati prodotti i rifiuti trasportati o, comunque, di soggetti che effettuano un trasporto per conto di terzi. In altri termini, in tali casi l'occasionalità è irrilevante proprio perché si è in presenza di un'"attività di trasporto" in senso stretto connotata da un'organizzazione sia pur minima e non già di un mero trasporto occasionale finalizzato esclusivamente all'abbandono da parte del privato di un proprio rifiuto.

Tribunale Napoli, G.M. Bottillo
sentenza 21 settembre 2015, n. 13169

Diritto amministrativo

BREVI NOTE SUL “NUOVO” ANNULLAMENTO D’UFFICIO A SEGUITO DELLA CD. RIFORMA MADIA (<i>RULE OF EIGHTEEN MONTHS</i>)	I 20
di Enzo Napolano	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.</i>)	I 28
di Almerina Bove	



Brevi note sul "nuovo" annullamento d'ufficio a seguito della cd. Riforma Madia (*rule of eighteen months*)

abstract

This short paper analyzes changes made to the provisions concerning the cancellation of office of Law 241 of 1990 by art. 6 of Law 7 August 2015 n. 124, particularly in the context of the rule of the time limit of eighteen months for the exercise, noting that, despite the simplicity of the intervention, the implications, both theoretical and practical, school cancellation of office are, instead, considerable.

key words

Cancellation office – Prerequisites and conditions – Time limit – Implications and effects.

abstract

Questo breve scritto analizza le modifiche apportate alle disposizioni in materia di annullamento di ufficio della l. 241 del 1990, dall'art. 6 della l. 7 agosto 2015 n. 124, con particolare riferimento all'introduzione della regola del limite temporale di diciotto mesi per il suo esercizio, evidenziando come, nonostante la semplicità dell'intervento, le implicazioni, teoriche e pratiche, sull'istituto dell'annullamento di ufficio siano, invece, notevoli.

parole chiave

Annullamento di ufficio – presupposti e condizioni – limite temporale – implicazioni ed effetti.

sommario

Premessa. – **1.** Cenni sulla evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di annullamento di ufficio. – **2.** Il limite temporale alla possibilità dell'annullamento d'ufficio. Il canone di ragionevolezza. – **3.** Contenuto e finalità delle modifiche. – **4.** Problematiche ed ambito applicativo. – **5.** Efficacia e limiti di operatività. – **6.** La sospensione dell'efficacia degli atti oltre il termine. – **7.** Implicazioni derivanti dalla introduzione del limite temporale all'esercizio dell'annullamento e profili di incostituzionalità. – **8.** Conclusioni.

Premessa

La legge 7 agosto 2015 n. 124¹ (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni

pubbliche), nota come "Riforma Madia", insieme alla previsione di una serie numerosa di deleghe al Governo su altrettanto numerosi ed importanti ambiti ed aspetti organizzativi della Pubblica Amministrazione, contiene, altresì, alcune disposizioni di immediata applicazione.

Tra queste spicca l'art. 6, che reca in rubrica "autotutela amministrativa".

Il tema dell'autotutela amministrativa – qui trattato con particolare riferimento all'annullamento d'ufficio – è, strettamente, connesso e complementare a quello della semplificazione sotto diversi aspetti; ed il ripetuto intervento su tali disposizioni testimonia come la legislazione vada via via aggiustandosi, anche sulla scorta della prassi applicativa e della Giurisprudenza che va formandosi.

L'istituto dell'annullamento d'ufficio – e cioè quella particolare prerogativa della P.A. di autocorreggersi, a fronte di riconosciuti errori giuridici, rimuovendo il provvedimento illegittimo² – coinvolge una serie di interessi: accanto alla esigenza di tutela dell'interesse pubblico si pone l'esigenza di tutelare l'affidamento dei destinatari, quello della certezza dell'azione amministrativa, con ogni connessa conseguenza, anche con riferimento alla sicurezza delle transazioni economiche e patrimoniali in generale.

1. Cenni sulla evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di annullamento di uffici

La ricerca di un punto di equilibrio tra questi interessi è stato, da tempo risalente, affidato all'opera saggia della Giurisprudenza amministrativa, che ha, man mano, elaborato un reticolo di principi (ed eccezioni a questi principi) con cui si è cercato di trovare – talvolta sulla scorta di una vera e propria casistica specifica – il giusto temperamento tra la necessità che l'azione amministrativa rimanga sempre nell'alveo del principio di legalità, la tutela di un interesse pubblico concreto ed attuale, la certezza degli atti amministrativi e l'affidamento dei terzi nella legittimità e validità nel tempo di questi³.

² Sull'annullamento di ufficio, prima della modifica del 2015, *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Tomo Primo, Milano Giuffrè, 2000, p. 839 ss.

³ Corposa è la Giurisprudenza in materia precedente alle modifi-

¹ G.U.R.I. n. 187 del 13 agosto 2015.

Con la legge n. 80 del 2005 l'istituto è stato, per la prima volta, recepito in norma positiva, introducendosi nel corpo della legge n. 241 del 1990 una serie di articoli che, in definitiva, recepiscono i principi elaborati in decenni di Giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Il fulcro della disciplina dell'annullamento di ufficio (art. 21 nonies della l. n. 241/90) continua ad essere la sussistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale alla eliminazione dell'atto illegittimo.

Sono poste regole – a garanzia del privato – per l'esercizio dell'autotutela, imponendosi particolari obblighi quanto alla motivazione dell'atto, alla partecipazione dei terzi, alla tempistica, tutti oramai già da tempo acquisiti.

In particolare, quanto al termine entro cui poter annullare il provvedimento illegittimo, la concreta determinazione era affidata al canone del termine ragionevole.

In tempi più recenti il legislatore si è rioccupato del tema, introducendo, con la l. 164 del 2014 correttivi – in particolare – al potere di revoca in autotutela di cui all'art. 21 quinquies della l. n. 241 del 1990, essenzialmente ponendo dei limiti in ordine alla possibilità di rivalutazione dell'interesse pubblico originario e, soprattutto, escludendo da tale possibilità di revoca, espressamente, i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici; categoria che, nei medesimi termini, viene in rilievo, come si vedrà, anche in sede di modifiche di cui al presente lavoro.

Quanto al potere di annullamento di ufficio, questo è stato, espressamente, escluso nei casi di cui all'art. 21 octies comma 2 della l. 241/90 colmando, così, una antinomia dal momento che la normativa impediva al Giudice Amministrativo di annullare l'atto per profili e ragioni che, invece, lo consentivano all'Amministrazione.

È aggiunta, inoltre, una ulteriore disposizione nel corpo di quelle relative all'annullamento di ufficio, per cui «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Nello specifico quest'ultima disposizione, concedendo espressamente una responsabilità per il mancato annullamento del provvedimento illegittimo – l'esercizio dell'autotutela è sempre stato considerato quale tipica ed alta espressione della discrezionalità amministrativa⁴ – appariva essere espressione di un favor legislativo all'esercizio dell'annullamento di ufficio.

Questa considerazione deve essere rivista a seguito delle disposizioni di Legge in commento, con la quale sono introdotte nel corpo delle disposizioni in mate-

ria di annullamento di ufficio (art. 21-nonies della l. 241/90) sostanziosi correttivi che, invece, appaiono essere, al contrario, espressione di un marcato *sfavor* del legislatore verso l'istituto.

2. Il limite temporale all'esercizio dell'annullamento d'ufficio. La nozione di ragionevolezza

La principale novità delle modifiche in commento è la previsione legale di un limite temporale alla possibilità di esercitare l'annullamento d'ufficio⁵.

Il limite temporale dell'esercizio dell'autotutela è sempre stato, storicamente, affidato a valutazioni caso per caso, ultimamente (con la riforma del 2005) riversate nella clausola generale della ragionevolezza, comunque già immanente al sistema.

Trattasi di clausola generale piuttosto ampia ed elastica in quanto tale suscettibile di interpretazioni più o meno flessibili⁶, ed in grado di consentire *adeguamenti* – alla P.A., nell'immediato, ed al Giudice, in ultima analisi – di volta in volta, ed a seconda degli interessi effettivamente coinvolti nel caso concreto; per cui, ed in astratto, lo stesso tempo può essere ragionevole in taluni casi e non in altri; quanto agli effetti dell'annullamento di ufficio sugli interessi dei destinatari e dei terzi coinvolti sono posti, dalla norma, nel novero delle circostanze di cui tener conto.

Sia la Giurisprudenza che la dottrina non hanno mai escluso, *tout court*, la possibilità di esercizio dell'annullamento di ufficio per considerazioni fondate, esclusivamente, sul mero decorso di un tempo,

⁵ La disposizione in commento, dopo le modifiche introdotte, ha attualmente il seguente tenore: «Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo». 2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. 2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445».

⁶ Sulla ragionevolezza del termine di esercizio del potere e per un caso di ritenuta irragionevolezza, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24.02.2014 n. 864 a proposito di annullamento di un atto di assunzione per carenza del titolo di studio. Anche in questo caso la decisione di annullamento è stata censurata non solo per il decorso del tempo (10 anni) ma per la mancata motivazione in punto di interesse pubblico.

che. Per tutti, *Trattato di diritto Amministrativo*, cit. p. 740, nota 720 ss.

⁴ Sin da Cons. Stato sez. V, 12 aprile 1950 n. 414 in Foro Amm. 1950 I, c. 303; Cons. Stato Ad. Plen. 30 marzo 1976 n. 1, ivi, 1976, I, p. 632.

richiedendo, solo, in caso di decorso di tempo considerevole dall'efficacia dell'atto, una motivazione in punto di interesse pubblico attuale e concreto più rigorosa, approfondita e specifica⁷, ed individuando poi, al contempo, una serie di ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa*⁸.

Scopo principale dell'istituto non è solo "la restaurazione dell'ordine giuridico violato, ma anche la cura dello stesso interesse per il quale è attribuito il potere esercitato..."⁹.

Tale finalità mal si concilia, ontologicamente, con la fissazione di un termine generale per l'eliminazione dell'atto illegittimo, laddove tuttora costituisca minaccia all'interesse pubblico¹⁰.

La clausola della ragionevolezza ha consentito, quindi, di contemperare e sintetizzare – affidandoli in ultima analisi alla valutazione del Giudice della legittimità – gli interessi coinvolti; per cui, alla fine, se è vero che ogni interesse pubblico viene a stemperarsi col tempo, a seconda dei diversi interessi (in concreto) coinvolti e contrapposti e di tutte le circostanze del caso concreto (consistenza dell'affidamento maturato, incolpevolezza e buona fede dei beneficiari, le conseguenze già prodotte e quelle che ancora potrebbero prodursi, la posizione dei soggetti controinteressati, dei terzi estranei, gli interessi ed i beni coinvolti ma, anche, la gravità del vizio) può ben esservi un tempo diverso, per ogni situazione, per il completo spegnimento di tale interesse.

Il sistema così concepito è, astrattamente in grado di adattare il comportamento della P.A. ad ogni esigenza del caso, ma contiene in sé un limite strutturale: è, cioè, incapace di dare certezza degli effetti e della validità nel tempo dell'atto amministrativo¹¹, essendo questo sempre astrattamente annullabile.

⁷ Per una disamina approfondita di tale concetto, da ultimo T.a.r. Campania Napoli, sez. VIII, 2 luglio 2014 n. 3608 su *Giustizia-amministrativa.it*.

⁸ In generale, quando il provvedimento abbia conseguenze permanenti consistenti nell'esborso illegittimo di denaro pubblico.

⁹ *Trattato di Diritto Amministrativo*, cit. p. 840, ove viene evidenziata la differenza con l'annullamento contenzioso che ha, invece, come scopo solo quello di rimediare ad una situazione passata.

¹⁰ «Vero è che il concetto di "termine ragionevole" non esprime uno specifico arco temporale, entro il quale la P.A. consumerebbe il potere di intervenire in autotutela, con il corollario che va valutata caso per caso la complessità degli interessi coinvolti nella vicenda: peraltro, dottrina e giurisprudenza sono d'accordo nel ritenere che rileva non tanto il tempo in sé, quanto gli effetti che medio tempore sono stati prodotti dal provvedimento, dovendosi intendere il richiamo al "termine ragionevole" non già in astratto, ma in rapporto allo specifico provvedimento di cui si tratta e tenendo anche conto della possibilità, o meno, che questo abbia già definitivamente compiuto i propri effetti», così T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 24 maggio 2013, n. 492.

¹¹ Esigenza, peraltro, particolarmente avvertita in un Ordine nel quale non sono affatto rari i casi di *revirement* interpretativi di disposizioni di legge e nel quale il proliferare di fonti normativi di diverso livello non raramente da luogo ad orientamenti ed interpretazioni poi smentite a distanza di anni.

Quello della certezza degli atti e provvedimenti amministrativi è, attualmente, avvertito come un valore in sé, soprattutto dal sistema economico ed a maggior ragione, in un sistema fondato su segnalazioni, denunce, autocertificazioni e silenzi assenti; in cui, quindi, il rischio di atti amministrativi illegittimi è, almeno teoricamente, destinato ad aumentare, mancando una istruttoria a monte che, almeno astrattamente, dovrebbe garantire la marginalità di ipotesi di provvedimenti illegittimi.

L'approccio del legislatore rispetto a tale scenario è stato, da un lato, quello di responsabilizzare, esplicitamente, il mancato esercizio dell'autotutela (specifica fonte di responsabilità); e, dall'altro, di far salvo l'atto decorso un termine rigidamente prestabilito ed insensibile ad ogni elemento e valutazione ulteriore, se non quello della buona fede dell'affidatario.

3. Contenuti e finalità delle modifiche

Ciò è avvenuto attraverso una previsione legale che pone un rigido limite all'esercizio del potere di annullamento, rispetto al quale non pare possa avere alcun rilievo l'esistenza/inesistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione, astrattamente non escludibile, tenuto anche conto del termine, non certamente lungo, di 18 mesi¹².

La disposizione – che non prevede deroghe fondate sulla sussistenza di particolari interessi pubblici – è tale da potersi applicare anche a quelle ipotesi in cui si era ritenuta, da parte della Giurisprudenza, l'esistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* all'annullamento di ufficio, e cioè nei casi, ad esempio, di illegittimo esborso di somme non dovute¹³.

I soli limiti applicativi individuati non sono collegati alla esistenza di un interesse pubblico prevalente e/o ancora sussistente, ma alla violazione dell'obbligo di verità da parte del destinatario del provvedimento, con la conseguenza che il proprio affidamento non merita tutela; trattasi, quindi, di una finalità meramente sanzionatoria, piuttosto che conseguenza di un apprezzamento di un interesse pubblico ancora esistente.

Ciò, però, non smentisce l'affermazione per cui fine ultimo della normativa deve ritenersi il conseguimento della certezza amministrativa, dal momento che il limite all'operatività dell'istituto, anche in caso di falso, è, costituito da un accertamento definitivo in sede giurisdizionale.

La normativa segna, quindi, un passaggio, non solo pratico, ma anche teorico di enorme rilevanza ed importanza – si direbbe epocale – ponendo al centro

¹² I primi commentatori (ANDREA RUSSO, *Il nuovo annullamento d'ufficio a termine*, su *Altalex* 29.09.2015), ne hanno evidenziato l'eccessiva riduzione ed il fatto che tale termine decorra dall'adozione e non dall'efficacia che potrebbe essere condizionata, decorrente da un termine o da un controllo.

¹³ Principio pacifico, *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4284.

dell'istituto non più l'interesse pubblico, variamente valutabile di volta in volta, ma l'affidamento del terzo o del destinatario o, comunque, dell'Ordinamento, nel provvedimento amministrativo e nella sua legittimità, presuntivamente solidificata allo scadere di 18 mesi, a condizione che tale affidamento sia in buona fede e non carpito con l'inganno doloso (vedi *infra*).

4. Problematiche ed ambito applicativo

La formulazione della modifica non brilla per chiarezza e può dare luogo a qualche dubbio interpretativo.

La prima questione concerne l'applicabilità, se cioè a tutti i gli atti ed i provvedimenti, ovvero solo ai "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20", con la conseguente formazione di un doppio regime; uno per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato a sensi dell'art. 20 – rispetto ai quali vige il limite di 18 mesi per l'esercizio dell'annullamento di ufficio; l'altro per ogni altra tipologia di provvedimento amministrativo non rientrante nella prima, ivi compresi gli atti amministrativi a contenuto non provvedimentoale.

Il tenore letterale della norma – così come il ripetersi di una espressione già adottata per i limiti all'esercizio delle ipotesi di revoca – fa propendere per la tesi limitativa, anche se la categoria degli atti cui non si applica la limitazione sembrerebbe invero marginale.

Anche la *ratio* sottesa porta alle medesime conclusioni, trattandosi di una disposizione, all'evidenza, rivolta alla tutela dell'affidamento dei terzi in ambiti ove l'affidamento abbia contenuti economici.

L'attenzione è, essenzialmente, rivolta ai provvedimenti formati ai sensi del procedimento di cui agli artt. 19 e 20, essendo, attualmente, limitate le ipotesi di autorizzazioni ancora espresse.

Entrambe le norme fanno riferimento all'art. 21-*nonies* della l. 241 del 1990¹⁴, pur potendosi rilevare come, nella disposizione in commento, difetti un espresso riferimento ai procedimenti di cui all'art. 19 della l. 241/90; ma tale lacuna è colmata dal richiamo contenuto nell'art. 19 della l. 241 del 1990.

Il riferimento ai "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici", affrontato con la lente dell'interprete sensibile alle classificazioni degli atti amministrativi (ma, forse, anche tale approccio andrebbe rivisto), può, poi, dare luogo a qualche

¹⁴ Art. 19, c. 4, l. 241/90: «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-*bis*, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*». Art. 20, c. 3, della l. 241/90: «Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*».

incertezza, soprattutto se la limitazione fosse intesa quale eccezione ad un principio generale e, quindi, da interpretarsi *stricto iure*.

Queste partono dalla constatazione della inesistenza, in sede positiva, di una definizione di autorizzazione, esistendo, invece, solo classificazioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza fondate sulla storica dicotomia autorizzazione-concessione¹⁵; aggiungendosi che, pur secondo tali definizioni e ricostruzioni teoriche, ed a prescindere dal *nomen* specifico, esistono una serie di provvedimenti a contenuto autorizzatorio, e cioè che sono diretti a rimuovere limiti all'esercizio di diritti o facoltà comunque riconosciute.

Il fatto che si faccia riferimento ai provvedimenti di autorizzazione induce a ritenere che il riferimento sia proprio a tutti i provvedimenti *latu sensu* autorizzatori a prescindere, quindi, dal *nomen iuris* (licenze, abilitazioni, nullaosta, permessi, ammissioni, ecc.).

Oltre che attraverso un riferimento avente contenuto giuridico-amministrativo, il legislatore integra il novero degli atti cui si applica il limite, mediante un richiamo generale agli effetti, attraverso il riferimento ai "provvedimenti... di attribuzione di vantaggi economici"; riferimento in sé tale da ricomprendere, effettivamente, un gran numero di provvedimenti, se non proprio tutti.

Invero pochi sono i provvedimenti amministrativi che non hanno effetti, *latu sensu*, economici – nozione più ampia, peraltro, di quella di vantaggi patrimoniali – sui destinatari.

Può, quindi, dirsi che i provvedimenti di autorizzazione, anche non attributivi di vantaggi economici, subiscono il limite; mentre i provvedimenti di attribuzione di vantaggi economici, anche se, propriamente, non a contenuto autorizzatorio, subiscono anch'essi il limite.

In altri tempi avrebbe appassionato la tematica – già richiamata – relativa alla concessione edilizia, ma allo stato i titoli abilitativi in materia edilizia, anche nominativamente (permesso di costruire), appartengono al *genus* provvedimenti autorizzativi, senza voler considerare che trattasi, certamente di provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

Sempre per stare alle ipotesi di maggiore rilievo, nell'ambito dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici, non potrebbero non rientrare gli atti con i quali sono riconosciuti, direttamente, vantaggi patrimoniali *sub specie* di contributi, provvidenze, retribuzioni o parti di esse, che hanno quale diretta conseguenza un effetto sul pubblico erario *latu sensu* inteso così come, anche, sarebbe arduo negare il contenuto di at-

¹⁵ La prima come provvedimento che rimuove limiti all'esercizio di diritti e facoltà; la seconda quale provvedimento attributivo e costitutivo di diritti. Sulla nozione di autorizzazione e quella di concessione. Per una precisa classificazione degli atti amministrativi, P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Tomo 2, Atti e ricorsi, Giuffrè Milano, ult. ed., p. 13 ss.

tribuzione di vantaggi economici ai provvedimenti incidenti sullo *status* del lavoratore del pubblico impiego.

In merito a tale tipologia di atti la Giurisprudenza (vedi *supra*) graniticamente, ha sempre avuto un approccio piuttosto rigido; nel senso di ritenere doveroso, in tali casi, l'esercizio dell'autotutela, tale da non richiedere neppure una specifica motivazione, essendo questa *in re ipsa*, valendo, in definitiva, solo la prescrizione (non rilevabile di ufficio) quale ostacolo al recupero.

Sotto tale aspetto la previsione normativa in esame appare segnare, effettivamente, anche, il superamento di tali storiche interpretazioni¹⁶, peraltro recepite anche in specifiche disposizione normative specifiche (art. 1, c. 136, della l. 311 del 2004 sopra riportata).

E, del resto, a conferma della *voluntas* del legislatore depone anche la circostanza dell'abrogazione espressa proprio dell'art. 1, c. 136, della l. 311/2004, che poneva, appunto, l'obbligo di procedere all'annullamento degli atti comportanti esborsi e spese senza necessità di alcuna motivazione di interesse pubblico.

Deve ritenersi, in assenza di alcuna eccezione, ed in presenza della già accennata abrogazione dell'art. 1, c. 166, della l. 311/2014, che la disposizione in esame si applichi anche agli atti ed ai "provvedimenti incidenti sui rapporti contrattuali o convenzionali con privati...".

In definitiva, decorsi i 18 mesi e fatte salve le eccezioni già viste, anche questi non possono essere oggetto di annullamento.

Mentre, per effetto dell'abrogazione della clausola precedente, laddove l'annullamento intervenga nei 18 mesi, non è più prevista la clausola di salvaguardia degli interessi dei privati.

La questione si porrà esclusivamente sul piano delle regole civilistiche della eventuale violazione dell'affidamento in buona fede.

5. Efficacia e limiti di operatività

Quanto, invece, alla efficacia della limitazione, e cioè se applicabile ai provvedimenti adottati successivamente all'entrata in vigore della norma o, anche, a quelli preesistenti, sembra dirimente la considerazione per cui, regolando la disposizione in esame l'esercizio di un potere, vale il principio di legalità, per cui, già dalla sua entrata in vigore, in mancanza di una disciplina transitoria, l'Amministrazione non può procedere al suo esercizio se non nel rispetto della norma vigente; con la conseguenza che non sono più annullabili i provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici adottati prima di 18 mesi dall'entrata in vigore della norma (avvenuta il 28 agosto 2015).

Non mancherebbero, tuttavia, argomenti per contrapporre a tale impostazione altra e diversa, che fa leva sull'interesse della P.A., e dei suoi funzionari in

particolare, a non rispondere di danni da mancato annullamento di provvedimenti rispetto ai quali, normativamente, è sorto un limite legale che al momento in cui è stato adottato l'atto non esisteva.

In merito alla decorrenza del termine di 18 mesi, e pur a fronte di una previsione letterale che sembra condurre in diversa direzione, sembra maggiormente coerente fare riferimento, in caso di atti la cui efficacia è sottoposta a termini, condizioni o controlli, alla data dell'avvenuta efficacia piuttosto che a quella dell'adozione.

È introdotto un correttivo alla operatività del meccanismo limitativo dell'autotutela, prevedendosi che «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445».

Con la suddetta disposizione si stabilisce il principio per cui la limitazione non opera quando il provvedimento è stato emesso, o si è formato, sulla base di falsità riconosciute come reato da una sentenza passata in giudicato.

La disposizione, per gran parte, ricalca quella di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445/00¹⁷, permanendo, tuttavia, diverse differenze e ponendosi qualche problema di coordinamento tra le due.

In primis va notato che la disposizione dell'art. 21 *nonies* comma 2-*bis* della l. 241 del 1990 è più ampia e si applica a tutte le ipotesi di false rappresentazioni di fatti e non solo ai casi di dichiarazioni mendaci contenute in dichiarazioni sostitutive ovvero di autocertificazioni (come invece per l'art. 75 cit.).

Inoltre, ai fini dell'applicabilità dell'art. 75 cit. è stato ritenuto sufficiente, per far *scattare* la conseguenza sanzionatoria della decadenza, che quanto dichiarato (anche per mera colpa, che esclude il reato, come noto) non corrisponda alla realtà; il tenore dell'art. 21-*nonies* comma 2-*bis* della L. 241 del 1990, invece, è diverso, essendo necessario che le falsità ivi previste (dei fatti, delle dichiarazioni sostitutive, ecc.), per poter dare luogo all'annullamento (anche) oltre il termine temporale dei 18 mesi, debbono, altresì, essere "effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato".

A fronte di una falsità rilevata oltre i 18 mesi, non è, cioè, possibile procedere all'annullamento degli atti,

¹⁶ Costantemente riaffermato in materia di pubblico impiego, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2010, n. 8215; sez. V, 22 marzo 2010, n. 1672.

¹⁷ Secondo cui «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

se non prima dell'esito finale (sentenza passata in giudicato) della sentenza che accerta che la rilevata falsità integra, altresì, anche una fattispecie di reato.

Diversamente, invece, laddove la falsità sia rilevata prima del decorso dei 18 mesi, non vi sarebbe alcun limite ed ostacolo, potendo l'Amministrazione, sulla scorta degli elementi a propria disposizione, procedere all'annullamento del provvedimento ritenuto illegittimo per falsa rappresentazione dei fatti, a prescindere dal se costituisca o meno reato e da un accertamento in sede giurisdizionale.

Potrebbe porsi la questione del se, per effetto della nuova previsione del comma 2-bis dell'art. 21 nonies, possa considerarsi superata (e cioè tacitamente abrogata per incompatibilità) l'art. 75 del DPR n. 445 del 2000.

Vi è un apparente contrasto di due disposizioni in quanto, da un lato, l'art. 21-nonies, come modificato, espressamente, fa salve le sanzioni penali e le «altre sanzioni di cui al capo VI del DPR n. 445/00».

Ma se si ritiene che, tra queste vi sia anche la sanzione della decadenza si da luogo ad una paradossale *interpretatio abrogans* della nuova disposizione, quanto alle dichiarazioni sostitutive e alle autocertificazioni.

La norma prevede, infatti, che se, all'esito dei controlli sulle autocertificazioni rese e sulle dichiarazioni sostitutive, emergano elementi non veritieri – a prescindere se siano volontari o meno e quindi integranti reato – il dichiarante decade dai benefici.

Come evidenziato dalla Giurisprudenza, la decadenza è provvedimento diverso dall'annullamento d'ufficio, per la essenziale ragione che è un provvedimento a contenuto automatico e vincolato, che non necessita di alcuna motivazione in punto di interesse pubblico, essendo un provvedimento a contenuto essenzialmente sanzionatorio, e prescinde altresì anche dall'accertamento del reato eventualmente integrato dalla falsa dichiarazione¹⁸.

La coesistenza di entrambe le disposizioni necessita di uno sforzo di coordinamento – possibilmente ad opera dello stesso legislatore – potendo dare luogo a possibili contrasti per la coesistenza di disposizioni disciplinanti la medesima fattispecie.

Secondo un primo approccio, potrebbe sostenersi che l'art. 21-nonies della l. 241 del 1990 avrebbe segnato il definitivo superamento dell'istituto della decadenza.

Tale interpretazione presuppone la riconosciuta esistenza di una totale incompatibilità tra le due disposizioni che, nella specie, non è possibile ravvisare agevolmente.

Il comma 2-bis dell'art. 21-nonies cit., infatti, si limita a disciplinare l'ipotesi in cui non opera il limite dei 18 mesi per procedere all'annullamento e pone, tra

¹⁸ *Ex multis*, da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6145 che ne individua la *ratio* in una esigenza di semplificazione piuttosto che in una logica sanzionatoria.

i diversi casi, anche, quello di «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato...» evocando cioè gli atti di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000.

Appare più aderente alla lettera della normativa ritenere che, prima dei diciotto mesi (per i provvedimenti per i quali vale tale limite), l'accertamento di falsità nelle dichiarazioni sostitutive e nella autocertificazioni dia luogo alle decadenze di cui all'art. 75 cit. ed a prescindere dal se integrino o meno reati; mentre, invece, l'accertamento della falsità di fatti (non contenuti in autocertificazioni o autodichiarazioni) può dare luogo all'annullamento ai sensi dell'art. 21-nonies della l. 241 del 1990.

Decorso tale termine, invece, la disciplina applicabile non può che essere, esclusivamente, quella del comma 2-bis dell'art. 21-nonies della l. 241/90 e cioè che sia necessario attendere il provvedimento giurisdizionale che accerti la falsità e del reato.

Altrimenti non si vedrebbe l'utilità della modifica normativa del comma 2-bis dell'art. 21-nonies.

Così come deve porsi la questione del se, in tali specifiche ipotesi, sia o meno pur sempre richiesta all'Amministrazione la verifica della sussistenza degli altri elementi per procedere all'annullamento di ufficio e, nello specifico, del pubblico interesse attuale e concreto in rapporto con gli interessi dei terzi.

Il tenore della disposizione non autorizza a ritenere derogato tale obbligo, neppure in una simile evenienza e, quindi, in definitiva a trasformare l'annullamento in decadenza.

De iure condendo, è discutibile il fatto che il comma 2-bis dell'art. 21-nonies cit. non ponga – tra i casi in cui è possibile procedere all'annullamento anche oltre i 18 mesi – quelli in cui i provvedimenti siano frutto di fattispecie di reato diverse dal falso, realizzando una situazione suscettibile di evidenti ingiustizie, oltre che di effetti iniqui sulla coerenza dell'intero Ordinamento.

6. La sospensione dell'efficacia degli atti

La normativa in esame – certamente espressione di una visione ampiamente garantista – può dare a distorsioni.

Secondo le nuove disposizioni, infatti, decorsi 18 mesi, e sino all'accertamento definitivo del reato, non sembrerebbe possibile procedere all'annullamento del titolo conseguito attraverso le falsità; e ciò neppure in ipotesi in cui tale falsità risultasse affermata in provvedimenti cautelari o, addirittura, in rinvii a giudizio, e, neppure, in sentenze di primo e, deve ritenersi, di secondo grado.

Per cui, tenuto conto dei tempi di prescrizione del reato e della tempistica processuale per il raggiungimento di un verdetto, che si vuole definitivo (in caso di esperimento di tutte le impugnazioni), deve ritenersi che, ben difficilmente, si giungerà ad annullamenti

d'ufficio e gli atti saranno destinati a consolidarsi.

In questi casi, e nelle more del procedimento, potrebbe, altresì, essere discutibile la possibilità di adottare un provvedimento di sospensione dell'efficacia del provvedimento ai sensi dell'art. 21-*quater* della l. 241 del 1990.

La norma, anch'essa modificata in tempi recenti, da parte della l. 125/2015, prevede che «L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge».

Il potere può essere utilizzato – e lo è normalmente – per anticipare gli effetti di un provvedimento di autotutela.

Ma la medesima norma, anche sulla scorta della Giurisprudenza formatasi in materia, prevede che «Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze» aggiungendo che «a sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-*nonies*».

La disposizione ha una sua semplicità interpretativa in un sistema che consente l'annullamento d'ufficio in ogni tempo, ferme le valutazioni necessarie; per cui dal momento dell'avvio del procedimento di annullamento, questo deve concludersi nel termine stabilito dall'Amministrazione per ogni singolo procedimento, ovvero nel termine generale per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

In un sistema nel quale – oltre i diciotto mesi – l'annullamento può aversi solo per determinate ragioni, ed è dipendente da accertamenti da condurre da parte degli organi giurisdizionali, potrebbe porsi la questione del se il termine per l'esercizio del potere di annullamento possa farsi corrispondere con quello di durata del processo; ciò sulla considerazione per cui, avviato il procedimento, questo subisce una sospensione in attesa della definizione del processo penale e, pertanto, per tutto il tempo di durata di questo, il termine per l'esercizio del potere di autotutela rimarrebbe sospeso.

Una simile interpretazione, però, pur se fosse fondata su esigenze di giustizia sostanziale, e non del tutto incompatibile con la lettera della norma, finirebbe per dare luogo ad una indebita anticipazione – con un provvedimento che, per sua natura, è temporaneo – degli effetti del provvedimento definitivo e che, in via astratta, potrebbe anche non intervenire e, quindi, impedire l'emissione del provvedimento finale, con effetti dirompenti sugli interessi dei destinatari e connessi rischi di azioni risarcitorie.

Appare, pertanto, preferibile optare per la tesi restrittiva per cui, decorsi 18 mesi, laddove venga appurata l'esistenza di una falsità in atti, questo genera

l'obbligo di trasmissione della notizia di reato, non potendo dar luogo all'avvio del procedimento di annullamento.

7. Implicazioni derivanti dalla introduzione del limite temporale all'esercizio dell'annullamento di ufficio

È pacifico che il Giudice Ordinario possa disapplicare il provvedimento amministrativo che ritiene in contrasto con norme di legge prima che vi proceda l'Amministrazione in autotutela ed, anche, laddove l'Amministrazione non vi proceda; contestando ed applicando le eventuali violazioni e/o sanzioni – di propria competenza – conseguenti alla mancanza del titolo.

La disposizione in esame non ritiene possa essere di ostacolo anche alla disapplicazione dell'atto in sede giurisdizionale.

Essa, infatti, si limita a porre un limite alla possibilità di annullamento, decorso un certo termine, dell'atto amministrativo illegittimo e da parte della medesima autorità che lo ha emesso; dal tenore della disposizione non sembra potersi ricavare il principio di una totale e sostanziale legittimazione, di fatto, dell'attività svolta o autorizzata.

Anzi, vi è da attendersi che la circostanza che non possa procedervi l'Amministrazione sino alla definizione del giudizio, porterà all'aumento dei casi di disapplicazione del provvedimento, con l'ampliamento delle ipotesi di valutazioni di legittimità degli atti amministrativi da parte del Giudice Ordinario.

Così come non pare estensibile il limite ad altre ipotesi di annullamento dell'atto da parte di Autorità diverse da quella che ha emesso il provvedimento nei casi in cui questo è consentito dalla Legge (es annullamento straordinario *ex* art. 138 del d.lgs. 267/00) avendo questi in generale finalità più a contenuto giustiziale.

Ulteriore aspetto che merita valutazione ed approfondimento è l'effetto della disposizione nei confronti dei terzi lesi da un provvedimento amministrativo illegittimo, i quali potrebbero far valere le loro pretese anche di natura patrimoniale e risarcitoria nei confronti della P.A.

La possibilità di annullare un atto dannoso, per se o per terzi, consente all'Amministrazione di poter evitare il perpetuarsi del danno e, pertanto, di tutelarsi dal danno in essere (esborso indebito di denaro) o potenziale (azione di risarcimento del danno).

Vi è da chiedersi se – in un sistema nel quale, decorsi 18 mesi, tale intervento di autotutela non sia più possibile, ed il provvedimento illegittimo si consolidi – i terzi possano agire, nei confronti dell'Amministrazione, per i danni conseguenti al mancato annullamento e se il funzionario che l'atto ha adottato e che oramai è divenuto intangibile ne risponda; ed in quale modo l'Amministrazione ed i terzi possano tutelarsi rispetto a tali evenienze.

L'esistenza di limiti normativi, altrettanto rigidi, alla possibilità di agire per il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi – senza la previa impugnazione dell'atto nei relativi termini, dell'atto ritenuto illegittimo – potrebbe, infatti, non essere decisivo, laddove l'azione sia rivolta, ad esempio, a far valere il mancato, ed asseritamente colpevole, esercizio dell'autotutela nei termini di 18 mesi.

Analoga contestazione potrebbe essere avanzata dall'Amministrazione al proprio funzionario che abbia lasciato decorrere, colposamente, il termine di diciotto mesi senza procedere alla verifica di legittimità dell'atto.

Ne consegue che, in tale sistema, perlomeno nei 18 mesi dall'adozione del provvedimento, deve essere affermata la sussistenza di un obbligo, particolarmente cogente, per l'Amministrazione e per i propri funzionari, di, quantomeno, avviare il procedimento di autotutela a seguito, anche, di istanze di terzi volte a segnalare illegittimità in atti e provvedimenti. Potendosi ravvisare in una tale omissione l'elemento colposo necessario a fondare la responsabilità.

Alla luce delle novità introdotte, quindi, acquista rilevanza la previsione, introdotta, nel corpo dell'art. 21-*nonies* della l. 241/90, per cui «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Altro aspetto che pure non mancherà di generare approfondimenti attiene al se un tale limite temporale all'esercizio di un potere di amministrazione sia coerente con il principio del buon andamento dell'azione amministrativa, come declinato dal precetto dell'art. 97C.

Come noto il principio di buon andamento è considerato dalla Corte Costituzionale quale «vero cardine della vita amministrativa e condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale»¹⁹ e diverse sono state le sentenze che hanno dichiarato di disposizioni legislative in contrasto con esso.

Essenzialmente è uno scrutinio che la Corte, in questi anni, ha fondato sulla non arbitrarietà e sulla non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa, nonché sovente fondato sulla violazione di altri precetti costituzionali in materia, quali quello di legalità e quello di imparzialità²⁰.

8. Conclusioni

Questa breve e, certamente, non esaustiva disamina di alcune delle possibili questioni ed implicazioni conseguenti alle modifiche apportate all'istituto dell'annullamento di ufficio, dimostra come la modi-

fica in esame, tutto sommato semplice nella sua articolazione, abbia, invece, notevole rilevanza e portata, sia teorica che pratica, ed è suscettibile di dare luogo a numerose questioni interpretative; oltre che a possibili effetti distorsivi.

Non vi è dubbio che essa sia espressione di un nuovo e diverso approccio e considerazione, maggiormente sensibile agli effetti economici dell'attività amministrativa ed alla tutela delle esigenze di certezza ed affidamento, e meno propenso ad una salvaguardia, talvolta effettivamente solo formalistica, della coerenza formale dell'attività della P.A. e da logico di autotutela del singolo funzionario da possibili postume responsabilità, contro ogni ragionevolezza e, talvolta, anche buon senso.

¹⁹ Sentenza n. 123 del 1968.

²⁰ Si rinvia sul punto all'accurata raccolta delle sentenze in merito *Il Principio di Buon Andamento dell'Amministrazione nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* a cura di L. IANNUCILI ed A. DE TURA, in *Corte Costituzionale.it/documenti/convegni_seminari*.

Rassegna di giurisprudenza sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 Aprile 2006, n. 163 e ss. mm.)

ATI – l'ATI si fonda su un mandato collettivo speciale e gratuito, senza assunzione di vincoli di tipo societario

L'associazione temporanea di imprese (ATI) costituisce un contratto associativo atipico, fondato sul mandato collettivo speciale e gratuito, con rappresentanza ed in rem propriam (nell'interesse del terzo committente) conferito da parte delle associate ad una di esse (cd. capogruppo), che perciò assume – nei confronti del committente – la rappresentanza esclusiva delle mandanti, dalla presentazione dell'offerta (che è l'unico aspetto disciplinato dall'ordinamento) sino all'estinzione di ogni rapporto giuridico.

La possibilità di associarsi temporaneamente, senza obbligo di assumere vincoli societari che imporrebbero oneri e obblighi sproporzionati rispetto ad un rapporto caratterizzato dalla durata limitata e dalla unicità dell'affare, è compensata dalla responsabilità solidale che lega le imprese riunite, anche nei rapporti con i subappaltatori e fornitori (come previsto dall'art. 37, comma 5, del d.lgs. n. 163-2006, in continuità normativa con l'art. 13, comma 2, dell'abrogata l. n. 109-94).

Cons. Stato, sez. V, 06 ottobre 2015, n. 4652

Pres. L. Maruotti, Est. P. G. N. Lotti

Avvalimento – il contratto è invalido in caso di condizione meramente potestativa, ma non se si tratta di una condizione che subordini l'efficacia del contratto all'aggiudicazione dell'appalto

Il contratto di avvalimento è invalido solo in caso di apposizione di una condizione tale da non consentire la certezza dell'impegno contenuto nel contratto di avvalimento – qual è, ad esempio, la condizione meramente potestativa – mentre invece è ritenuto legittimo il contratto sottoposto a condizione di acquisire efficacia solo nel caso in cui la società avvalsa avrebbe conseguito l'aggiudicazione della gara, essendo chiaro che l'evento dedotto in condizione è proprio l'aggiudicazione dell'appalto in funzione del quale l'avvalimento è stato stipulato e che si tratta propriamente di condizione risolutiva (Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895).

Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n.4860

Pres. L. Maruotti, Est. A. Amicuzzi

Avvalimento di garanzia – il grado di specificità del contratto di avvalimento è parametrato al tipo di interesse della stazione appaltante che il requisito ausiliato soddisfa

Nelle gare pubbliche, per stabilire il grado di specificità del contratto di avvalimento di garanzia fra l'impresa partecipante e l'ausiliaria occorre avere riguardo a come il requisito ausiliato si pone e che peso ha nel sistema delineato dalla lex specialis rispetto all'oggetto dell'appalto.

Ne deriva che il requisito solo finanziario non impone altro obbligo negoziale che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere – nei limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara – con le proprie e complessive risorse economiche quando in sede esecutiva diviene attuale la necessità sottesa al requisito, senza che risulti necessario il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, che pertanto non devono indefettibilmente essere dedotti nel contratto (non rispondendo al concreto interesse della stazione appaltante, desumibile dall'indicazione del requisito stesso).

Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015 n.4860

Pres. L. Maruotti, Est. A. Amicuzzi

Avvalimento di garanzia – il contratto deve indicare il fatturato globale e le risorse che permettono all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe

Nell'avvalimento di garanzia è necessario che nel contratto siano adeguatamente indicati, a seconda dei casi, il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, nonché gli specifici fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando, al fine di garantire l'affidabilità del concorrente a sostenere finanziariamente sia l'attuazione dell'appalto, sia il risarcimento della stazione appaltante nel caso d'inadempimento, evitando così che i relativi atti si risolvano in formule generiche e svincolate da qualsiasi collegamento con le risorse materiali o immateriali rese disponibili.

Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860

Pres. L. Maruotti, Est. A. Amicuzzi

Avvalimento di garanzia – necessario indicare la documentazione idonea a rendere conto delle cifre relative a servizi svolti in settori analoghi

L'avvalimento di garanzia assolve alla funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo ove si renda palese la concreta disponibilità attuale delle risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata.

In proposito, per evitare che l'avvalimento si riduca ad un valore astratto sarebbe necessario indicare quanto meno i contratti o altri adeguati documenti, anche di carattere contabile, idonei a dar conto dell'effettivo raggiungimento della cifra relativa a servizi svolti nell'ultimo triennio per servizi analoghi in favore di amministrazioni, enti pubblici, società private a prevalente capitale pubblico, concessionari e agenti della riscossione.

Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2015, n. 4764

Pres. M. L. Torsello, Est. C. Saltelli

Consorzio – anche al Consorzio si applica la disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici in tema dei necessari adempimenti da ottemperare nella partecipazione ad una gara pubblica

Il consorzio costituito in forma di società consortile è una società caratterizzata dal fatto di svolgere la propria attività perseguendo scopi consortili e può consistere in qualsiasi società prevista dal c.c., con esclusione della società semplice.

Per quanto riguarda la disciplina degli appalti pubblici, il consorzio di imprese – se anche costituito in forma di società consortile ai sensi dell'art. 2615-ter del codice civile – è un soggetto con identità plurisoggettiva a cui risulta pienamente applicabile la disciplina di cui all'art. 34, lett. e), d.lgs. n. 163-2006 che, a sua volta, rinvia al successivo art. 37 (apparentemente dedicato alle sole ATI in base alla sua rubrica, ma che nel proprio dispositivo prevede un espresso riferimento ai consorzi).

La disciplina civilistica della società consortile e la personalità giuridica di cui è titolare – nonché il fatto che si presenti alla gara come impresa singola – rilevano ai fini dell'assunzione della responsabilità nei confronti della stazione appaltante, ma non comportano un'esenzione dagli adempimenti richiesti dalla disciplina in materia di contratti pubblici qualora la società de qua partecipi a gare d'appalto indette dalla pubblica amministrazione; le società consortili, invero, non sono imprese autonome, ma consorzi, per la natura e le finalità mutualistiche in favore delle imprese consorziate, con l'unica differenza che è loro consentito di operare in forma societaria, sicché la «causa consortile» del contratto permane e prevale sulla forma societaria assunta.

Cons. Stato, sez. V; 06 ottobre 2015, n.4652

Pres. L. Maruotti, Est. P. G. N. Lotti

Divieti di partecipazione alle gare – le norme che pongono tali divieti tutelano i principi di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione

I divieti di partecipazione alle gare ad evidenza pubblica posti in capo alle imprese che si trovano tra di loro in posizione di collegamento o di controllo societario ex art. 2359 c.c. o anche solo sostanziale, ovvero dei soggetti (oltre che dei loro dipendenti e collaboratori) che sono stati affidatari di incarichi di progettazione ex art. 90, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, sono finalizzati ad evitare che l'offerta provenga da uno stesso (unico) centro di interessi o che i partecipanti possano essere stati in qualche modo avvantaggiati dalla conoscenza precedentemente acquisita (nell'attività di progettazione) di elementi idonei alla formulazione dell'offerta; i divieti suddetti pertanto tendono alla tutela dei fondamentali principi di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione.

Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4937

Pres. A. Pajno, Est. C. Saltelli

Interdittiva antimafia – il lungo tempo trascorso tra il fatto commesso oggetto di condanna e il provvedimento di interdittiva antimafia non è di per sé sufficiente a smentire la persistenza di legami criminali

Il provvedimento giurisdizionale dal quale l'autorità prefettizia può desumere i tentativi di infiltrazione mafiosa che giustificano l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva non può essere considerato oggetto di doglianza soltanto perché avente ad oggetto fatti risalenti nel tempo; difatti, l'art. 84, comma 4, lett. a), del d.lgs. 159/2011 non prevede quale elemento della fattispecie l'attualità del fatto di reato oggetto di condanna, essendo sufficiente che la condanna per uno dei delitti-spia sia presa in considerazione dal Prefetto ai fini del rilascio dell'informativa.

Diversamente ragionando, peraltro, si perverrebbe alla paradossale conseguenza per la quale i tempi dell'accertamento dibattimentale, nella pienezza del contraddittorio, tornino a favore e non in danno del soggetto condannato ancorché in via definitiva, proprio quando la lunghezza del processo è spesso dovuto alla complessità dei fatti, alla molteplicità delle parti e all'impiego di strategie processuali dilatorie che caratterizzano i processi relativi alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

In conclusione, il mero decorso del tempo è in sé un elemento neutro, che non smentisce, da solo, la persistenza di legami, vincoli e sodalizi e comunque non dimostra, da solo, l'interruzione di questi, se non corroborato da ulteriori e convincenti elementi indiziari, anche considerando che l'infiltrazione mafiosa, per la natura stessa delle organizzazioni criminali e per la durezza dei legami che esse instaurano con il mondo imprenditoriale, ha una stabilità di contenuti e una mutevolezza di forme, econo-

miche e giuridiche, capace di sfidare il più lungo tempo e di occupare il più ampio spazio possibile.

Cons. Stato, sez. III, 06 ottobre 2015, n. 4647

Pres. G. Romeo, Est. M. Noccelli

Interdittiva antimafia – l'assenza dell'aggravante ex art. 7 l.203/1991 nel provvedimento di condanna non osta di per sé all'adozione del provvedimento interdittivo

A nulla rileva che il provvedimento giurisdizionale escluda l'aggravante di cui all'art. 7 della l. 203/1991, posto che già i fatti qualificabili come reati di usura e di estorsione in concorso, per la loro stessa indole e tipicità, sono sufficienti a corroborare una non illogica valutazione di possibile contiguità con associazioni mafiose, tenuto pure conto che in materia possono considerarsi rilevanti elementi non ritenuti tali ai fini di prova in sede penale.

Cons. Stato, sez. III, 06 ottobre 2015, n. 4647

Pres. G. Romeo, Est. M. Noccelli

Interdittiva antimafia – il provvedimento interdittivo non presuppone – quale requisiti di validità – la previa adozione delle misure di cui all'art.32 del d.l. 90/2014

L'art. 32 co. 10 del d.l. 90/2014, convertito, con modifiche, nella l. 114/2014 non implica che l'emissione del provvedimento interdittivo debba necessariamente essere preceduta – a titolo di validità – dall'adozione delle misure di cui al comma 1 dell'art. 32 del d.l. 90/2014; ne deriva che il Prefetto può legittimamente emettere l'informativa ricorrendone i presupposti di cui all'art. 91 del d.lgs. 159/2011, salvo poi – nelle ipotesi di cui al comma 10 dell'art. 32 del d.l. 90/2014 – adottare successivamente le misure sostitutive di cui al comma 1 del predetto articolo.

Pertanto, le misure di cui all'art. 32, commi 1, 2 e 8, del d.l. 90/2014 possono essere applicate contestualmente all'adozione dell'interdittiva antimafia e l'intervento sostitutivo dell'autorità prefettizia, in ipotesi di interdittiva già in atto, è consentito solo nelle ipotesi eccezionali ai sensi del comma 10, che giustificano la prosecuzione del rapporto contrattuale – previa "bonifica" dell'assetto societario – per preminenti ragioni di interesse generale.

A conferma di tale rilevanza generale, si aggiunga che l'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di "pubblica utilità", come chiarisce il comma 4 e conferma il procedimento di ufficio ex art. 92 co. 2-bis d.lgs. 159/2011.

Cons. Stato, sez. III, 06 ottobre 2015, n. 4647

Pres. G. Romeo, Est. M. Noccelli

Offerta economicamente più vantaggiosa – la Commissione non può fissare, prima dell'apertura delle offerte tecniche, i criteri motivazionali di attribuzione del punteggio tra il minimo e il massimo previsto dal bando

Nelle gare affidate col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del codice dei

contratti pubblici è rimessa alla stazione appaltante la fissazione nel bando dei criteri e sottocriteri di valutazione qualitativa delle offerte.

Si aggiunga che ai sensi dell'art. 1, co.1, lett. u) del d.lgs. 152/08 (che modifica l'art. 86, comma 4 del codice a seguito dell'apertura di infrazione nei confronti dell'Italia) la Commissione non può fissare – prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche – "i criteri motivazionali" cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando, a garanzia dell'imparzialità e della trasparenza nelle operazioni di valutazione qualitativa delle offerte.

In proposito, secondo la giurisprudenza comunitaria l'Amministrazione deve individuare criteri specifici di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto ed oggettivamente quantificabili, rispettosi dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, e pubblicizzarli nel bando o nei documenti di gara affinché siano noti a tutti i concorrenti (cfr. Corte Giust. CE, 17 settembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland).

Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4812

Pres. P. G. Lignani, Est. P.A.A. Puliatti

Offerta economicamente più vantaggiosa – il metodo di attribuzione del punteggio viene prescelto dalla stazione appaltante e non dalla Commissione

L'art. 83, comma 5 del codice dei contratti pubblici stabilisce che per attuare la ponderazione o attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie stabilite dal regolamento di attuazione del codice e tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa; a sua volta, l'art. 283 del regolamento (DPR n. 107/2010) rimette alla stazione appaltante e non alla Commissione la scelta di una delle metodologie indicate, non tassativamente, dall'Allegato P.

Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4812

Pres. P. G. Lignani, Est. P.A.A. Puliatti

Offerta economicamente più vantaggiosa – la Commissione può fornire mere specificazioni relative ai criteri fissati dal bando

Fermo il divieto di fissare nuovi criteri o sub criteri di valutazione dell'offerta dopo la sua presentazione, le Commissioni possono fornire mere specificazioni o chiarimenti dei criteri già fissati dal bando senza giungere ad un'integrazione sostanziale, essendo connaturale al giudizio di merito della Commissione la presenza di un margine di discrezionalità che non può essere assorbito in un contesto di criteri e sub-criteri tale da rendere totalmente vincolato un giudizio di valutazione.

Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4812

Pres. P. G. Lignani, Est. P.A.A. Puliatti

Requisiti di moralità – l'esclusione ai sensi dell'art. 38 co. 1 lett. c. cod. app. presuppone la verifica dell'incidenza del reato sulla moralità professionale dell'operatore economico

L'esclusione dalla gara ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 presuppone una valutazione circa la gravità del comportamento colpevole del soggetto e non dipende quindi dalla mera sussistenza di una condanna penale, ostandovi in proposito l'articolo 45, par. 2 della direttiva 31/3/2004 n. 2004/18/CE secondo cui può essere escluso dalla partecipazione alla gara ogni operatore economico quando il reato "incida" sulla sua moralità professionale (lett. c).

Pertanto, ai sensi del menzionato art. 38, perché l'esclusione consegua alla condanna deve verificarsi la gravità del reato e il riflesso dello stesso sulla moralità professionale dell'operatore economico, dimodoché – in applicazione del principio comunitario di proporzionalità – assumono rilevanza la natura del reato ed il contenuto del contratto oggetto della gara, senza eccedere quanto è necessario a garantire l'interesse dell'amministrazione di non contrarre obbligazioni con soggetti che non garantiscono l'adeguata moralità professionale.

Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711

Pres. P. Numerico, Est. A. Maggio

Separazione dei poteri – il G.A. non può sostituire la propria valutazione a quella della pubblica amministrazione qualora la relativa determinazione sia semplicemente opinabile anziché affetta da manifesta illogicità o irragionevolezza

Premesso che secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale le valutazioni delle offerte tecniche da parte delle commissioni di gara sono espressione di discrezionalità tecnica e come tali sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo – salvo casi di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza o di palese travisamento dei fatti – non è in proposito sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile.

A conferma di ciò, il giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle offerte.

Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4942

Pres. M. L. Torsello, Est. C. Saltelli

Diritto tributario

L'EDUCAZIONE ALIMENTARE ATTRAVERSO LO STRUMENTO FISCALE: SPUNTI DI RIFLESSIONE	134
di Maria Pia Nasti	
IL NOTAIO NELLA RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE	140
di Vincenzo Pappa Monteforte	
RASSEGNA DELLE RECENTI SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE, DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE	146
a cura di Maria Pia Nasti	



L'educazione alimentare attraverso lo strumento fiscale: spunti di riflessione

abstract

The evolution of tax instruments within the food and agriculture sector is particularly important in view of the general improvement in the quality of health and disease prevention.

The instrument can pursue extra purposes: increasing healthy eating and healthy lifestyle can reduce some of the most frequent diseases resulting in decrease in health care costs. Fiscal leverage through specific measures such as subsidies, tax credits, deductions if also accompanied by specific information campaigns may further disincentive the use of some "unhealthy" habits.

The promotion of healthy foods and of information campaigns through the use of fiscal instruments is therefore the most suitable measure to increase a healthy lifestyle and fight sedentary habits getting a decrease in health care costs.

keywords

Lever-tax deductions – credit tax setting – information campaigns – healthy food consumption – disease prevention – health care cost decrease.

abstract

L'evoluzione degli strumenti fiscali nell'ambito del settore agricolo e agroalimentare riveste particolare importanza nell'ottica del generale miglioramento della qualità della salute e della prevenzione delle malattie.

Lo strumento fiscale può perseguire finalità extrafiscali: incrementando un'alimentazione sana ed un corretto stile di vita possono diminuire alcune tra le malattie più frequenti con conseguente diminuzione della spesa sanitaria. La leva fiscale attraverso misure specifiche quali agevolazioni, credito d'imposta, detrazioni se accompagnata anche da specifiche campagne di informazione potrebbe realizzare ulteriori effetti disincentivanti verso l'utilizzo alcuni prodotti "non salutari".

Promuovere i cibi sani e incentivare campagne divulgative anche attraverso l'utilizzo di strumenti fiscali appare quindi lo strumento più idoneo per incrementare un corretto stile di vita e combattere la sedentarietà ottenendo una diminuzione della spesa sanitaria.

parole chiave

Leva fiscale-agevolazioni detrazioni, credito d'imposta – campagne divulgative – alimentazione sana – prevenzione malattie – diminuzione spesa sanitaria.

sommario

1. Introduzione: cenni sulla politica nazionale nel settore agricolo. – **2.** Il "cibo spazzatura" e la tutela della salute. – **3.** Le finalità extrafiscali dei tributi. – **4.** L'efficacia dell'imposizione sul consumo dei prodotti agroalimentari. – **5.** La rieducazione alimentare attraverso campagne comunicative: il ruolo degli incentivi fiscali. – **6.** Le detrazioni fiscali come strumento per combattere la sedentarietà. – **7.** Conclusioni.

1. Introduzione: cenni sulla politica nazionale nel settore agricolo

La crisi economica e la conseguente riduzione della spesa pubblica, nonché l'assenza di misure strutturali e la mancanza di risorse e mezzi di sostegno per le imprese hanno determinato negli ultimi anni grandi difficoltà per la crescita e lo sviluppo del settore agricolo. Il governo si è, infatti, rivolto con maggiore attenzione al comparto agricolo per migliorare e potenziare, attraverso numerosi interventi legislativi, la crescita e lo sviluppo di un settore che versa in grandi difficoltà¹. Occorre, tuttavia, evidenziare che ai numerosi interventi intrapresi si è aggiunto un innalzamento della pressione fiscale². Il governo è quindi intervenuto introdu-

¹ I principali interventi in economia operati dal governo sono stati adottati con decreti legge, denominati Liberalizzazioni, d.l. 1/2012, convertito dalla l. 27/2012, Semplificazioni d.l. 5/2012, convertito dalla l. 35/2012, *Spending review* d.l. 95/2012, convertito dalla l. 135/2012 e Sviluppo d.l. 83/2012, convertito dalla l. 134/2012. Molte delle misure contenute in tali decreti hanno rimandato l'attuazione a successivi adempimenti amministrativi o si sono limitate a prevedere strumenti privi di risorse finanziarie quali ad es. cessione terre demaniali ai giovani, fondo credito, semplificazioni varie. Dette disposizioni sono rimaste inattuato cosicché anche i pochi interventi previsti dalla legislazione d'urgenza non hanno determinato effetti rilevanti.

² Con l'art. 1, c. 512, della l. n. 228/2012 (legge di stabilità 2013) i redditi dominicali ed agrari sono stati rivalutati del 15% ovvero,

cendo, con il decreto competitività, d.l. n. 91/2014, entrato in vigore il 25 giugno 2014, sia misure fiscali, sia misure di semplificazione per le imprese in diversi settori produttivi³. Detto decreto ha segnato una “misura di temperamento” per il settore agricolo dopo i numerosi interventi che avevano, invece, determinato un inasprimento della pressione fiscale (tassazione immobiliare e un incremento della rivalutazione degli estimi catastali). Si sottolinea che il decreto ha introdotto nel nostro ordinamento innovazioni normative non solo per il settore agricolo, ma anche per la tutela dell’ambiente, per l’efficienza energetica e lo sviluppo delle imprese⁴.

Il nuovo programma per il rilancio dell’agroalimentare italiano è stato, poi, pianificato tenendo conto della competitività, della semplificazione e della sicurezza. Lo sviluppo e la competitività delle aziende agroalimentari italiane è stato favorito dall’istituzione del credito di imposta per l’innovazione e l’incentivazione delle reti di impresa con sgravi fiscali; a detti interventi si affianca anche l’introduzione di un credito d’imposta specifico per l’e-commerce dei prodotti agroalimentari al fine di favorire la capacità di diffusione degli stessi. Accanto a dette innovazioni altro importante tema di dibattito è quello della sicurezza alimentare con particolare attenzione a misure dirette a disciplinare la commercializzazione a tutelare la produzione e a garantirne una sicura tracciabilità. Hanno fatto seguito numerosi interventi legislativi a tutela dei prodotti italiani, nonché l’avvio degli incentivi parzialmente contenuti nella legge di stabilità 2015⁵. A ciò si

nel caso di terreni agricoli posseduti da IAP e CD iscritti nella previdenza agricola, del 5%, relativamente ai periodi d’imposta 2013, 2014 e 2015. Il comma 4 dell’art. 7, in modifica dello stesso comma 512, introduce, per l’anno 2015, un incremento della rivalutazione delle predette percentuali dal 15 al 30% e dal 5 al 10%. Dall’anno 2016 è prevista una rivalutazione del 7%, sia del reddito dominicale che del reddito agrario. Gli incrementi in parola si applicano sugli importi dei redditi già rivalutati, a norma dell’art. 3, comma 50, della l. n. 662 del 1996, dell’80 e del 70%, rispettivamente, per i redditi dominicali ed agrari. Pertanto, in sede di determinazione degli acconti per gli anni 2015 e 2016 si dovrà tener conto delle nuove rivalutazioni.

³ Cfr. F. GAVIOLI, *Incentivi e agevolazioni fiscali per il settore agricolo*, in *Prat. fisc. e prof.*, 29, 2014, p. 20; M. BAGNOLI, A. ROCCHI, *Luci e ombre per le misure di sostegno al settore agricolo*, in *Corr.trib.*, 34, 2014, p. 2607.

⁴ Per ulteriori approfondimenti v. F. GALLO, *Profili critici della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 2, 2010, p. 30; L. CAIMI, *Coscienza ambientale ed educazione alla legalità*, Milano, 2006; R. ALFANO, *L’applicazione di tributi ambientali nel nuovo contesto della finanza regionale*, in *TributImpresa*, 4, 2004; C. VERRIGNI, *La rilevanza del principio comunitario “chi inquina paga” nei tributi ambientali*, in *Rass. trib.*, 5, 2003, p. 1614; R. PERRONE CAPANO, *L’imposizione e l’ambiente*, in *Trattato di Diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, annuario, 2001, p. 123; F. GALLO, F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 115; F. PICCIAREDDA, P. SELICATO, *I tributi e l’ambiente*, Milano, 1996.

⁵ Parere sulla legge di stabilità 2015 approvato in data 6 novembre 2014, in <http://www.camera.it>. Occorre evidenziare che al-

aggiunga la previsione di un contributo per rafforzare la conoscenza delle produzioni italiane presso i mercati ed i consumatori, al fine di contrastare il fenomeno dell’*italian sounding*⁶.

I descritti interventi legislativi hanno delineato un complesso quadro normativo frammentario, disarticolato e di complessa attuazione da cui emerge come lo strumento fiscale nel campo agricolo venga ampiamente utilizzato dal legislatore, applicando differenti tecniche (es. agevolazioni, credito d’imposta, diminuzione delle aliquote) per rafforzare un settore molto debole rispetto a quello industriale.

In detto contesto si pone quindi il settore agroalimentare che presenta peculiarità specifiche, da anni oggetto di studio nei paesi industrializzati, in quanto strettamente connesso con la tutela della salute e del corretto stile di vita. Attualmente il settore agroalimentare rappresenta un grande laboratorio di competenze giuridico economiche di grande rilievo nel diritto nazionale ed europeo. La conoscenza e l’applicazione di norme specifiche di questo complesso settore non è limitato all’ambito del diritto della proprietà industriale o del diritto penale, ma concerne anche il diritto comunitario, amministrativo, civile e tributario cui si affiancano competenze specifiche di tecnica di gestione aziendale⁷.

La domanda da porsi è come il sistema tributario possa determinare dei mutamenti sull’alimentazione e, di conseguenza sulla nostra salute, incidendo non solo sul settore agricolo e su quello industriale, ma anche nella fase della distribuzione.

2. Il “cibo spazzatura” e la tutela della salute

Indagare sul tema della crescita economica e della potenzialità del fisco quale leva per uno sviluppo sostenibile nel settore agricolo conduce all’approfondimento del settore agroalimentare e di temi specifici quali il nutrimento, il rispetto per l’ambiente e la rieducazione

cune delle modifiche introdotte in sede parlamentare relative al comparto agricolo tengono conto delle osservazioni della XIII Commissione Agricoltura nel parere approvato sul disegno di legge di stabilità 2015 quali ad es. l’applicazione della deduzione Irap anche ai contratti di lavoro a tempo determinato del comparto agricolo, l’estensione al settore agricolo delle disposizioni relative agli sgravi per le assunzioni a tempo indeterminato, il rifinanziamento dei contributi destinati ai giovani in agricoltura e al finanziamento dei contratti di filiera, il rifinanziamento delle risorse destinate alle attività del Mipaaf (legge n. 499/1999), la modifica delle disposizioni relative all’incorporazione di Inea nel Cra, in relazione al trasferimento delle risorse umane e alla nuova denominazione di Consiglio per la ricerca in agricoltura e l’analisi dell’economia agraria.

⁶ L’utilizzo di denominazioni geografiche, immagini e marchi che richiamano il nostro paese per promuovere e commercializzare prodotti non riconducibili invece all’Italia. Detto fenomeno rappresenta la forma più eclatante di concorrenza sleale e truffa nei confronti dei consumatori, soprattutto nel settore agroalimentare.

⁷ Cfr. D. PISANELLO, C. BIGLIA e C.M. PELLICANO, *Guida alla legislazione alimentare*, Roma, 2010, p. 15.

a corretti stili di vita, anche attraverso gli strumenti giuridici. Sono passati cinque anni da quando il 16 novembre 2010 a Nairobi la Dieta Mediterranea fu proclamata patrimonio culturale immateriale dell'Umanità e Pollica divenne la comunità emblematica per l'Italia.

In occasione di tale ricorrenza, all'indomani dell'Expo 2015, riesaminare sotto un profilo giuridico-economico l'impatto dello strumento fiscale sulla rieducazione a corretti stili di vita risulta di particolare attualità ed interesse. La dieta mediterranea, infatti, orgoglio culturale del nostro paese, può diventare una leva di marketing e di creazione di valore nella promozione del *Made in Italy*, nonché nella tutela della nostra cultura e del nostro know-how imprenditoriale nei confronti della concorrenza sleale che viene posta in essere (cd. *italian sounding*). A ciò si aggiunga che la dieta mediterranea non solo offre benefici per la salute, ma, nel quadro più ampio di uno stile di vita sano ed equilibrato la corretta alimentazione è alla base della prevenzione di numerose patologie, molto diffuse nella nostra società.

È ormai noto e ampiamente dimostrato che in primis gli stili di vita corretti e salutari, ma anche la prevenzione e diagnosi precoce di malattie sono gli strumenti più efficaci per ridurre l'incidenza e la mortalità causate dalle malattie più gravi e diffuse.

Nei paesi ad alto reddito la maggior parte delle patologie (es. cardiopatie, tumori, diabete, ictus) e dei decessi dipendono da malattie spesso collegate a stili nutrizionali, dall'abuso di tabacco e alcool⁸.

Nel mondo, in Europa ed anche in Italia si discute ormai da tempo delle misure da adottare contro "l'alimentazione scorretta", per le ricadute sanitarie e sociali, che riguardano in particolare le fasce più deboli e povere delle società occidentali⁹.

Negli Usa come nel Regno Unito la lotta al *junk food*, il cibo spazzatura ricco di zuccheri, grassi animali e sale è particolarmente sentita. In Inghilterra in alcune città hanno proibito con ordinanze l'installazione delle *vending machines*, distributrici di merendine

⁸ Cfr. M. LIUCCIO, *Giovani salute e Società*, Milano 2012.

⁹ In gran parte dei paesi sviluppati, oltre il 50% della popolazione può essere considerata sovrappeso. In molti paesi europei la percentuale della popolazione affetta da obesità è triplicata e soprattutto tra i bambini il fenomeno è cresciuto enormemente. La Oms ha segnalato come l'obesità infantile può infatti portare a un aumento delle malattie circolatorie in età adulta. I dati più elevati provengono spesso dai paesi del Sud, dove da una alimentazione basata fondamentalmente su frutta e verdura e grassi vegetali si è passati a diete meno salutari. Nonostante lo scopritore della dieta mediterranea *Ansel Keys*, abbia studiato e analizzato in Cilento e a Creta la dieta e lo stile di vita lo scopritore i maggiori indici di massa corporea (*Body Mass Index*) della UE oggi si riscontrano a Malta (26,6) e in Grecia (25,9). Anche in Italia ed in particolare nel Sud la percentuale di bambini (e di adulti) con problemi di obesità si riscontra in Campania il 28% dei bambini sovrappeso e il 21% è obeso, in Sicilia il 36% dei bambini di 9 anni di età è sovrappeso o obeso.

nelle scuole e anche a New York si vuole limitare le confezioni *super-sized* di bevande caloriche. Anche in Italia nel 2012, l'allora Ministro della Salute Balduzzi, propose senza però trovare riscontri positivi l'introduzione di una tassa cd. sulle bollicine, che andasse a disincentivare il consumo di bibite gasate o zuccherate. Va precisato al riguardo che anche altri paesi che hanno introdotto misure simili non hanno conseguito i risultati attesi.

È evidente che una seria politica di lotta alla "alimentazione non sana" non potrà avere una rilevanza nazionale, ma deve espandersi a tutti i paesi industrializzati. Infatti, i bambini e gli adolescenti nel mondo rappresentano le fasce più deboli e facilmente influenzabili da un complesso di cause economiche e sociali, tra cui emergono la modifica degli stili di vita e di consumo delle famiglie e le tecniche di *marketing* utilizzate dalla grande industria e dalla grande distribuzione.

Ed è proprio per i bambini, adulti di domani, che negli Stati Uniti Michelle Obama ha improntato il suo mandato prevalentemente sulla lotta alla cattiva alimentazione. Infatti sono moltissimi i bambini e gli adolescenti obesi o sovrappeso soprattutto tra le classi sociali povere o svantaggiate. Tra le misure proposte dalla First Lady americana oltre ad avere istituito il famoso orto nei giardini della Casa Bianca, ha sostenuto il progetto "*Let's Move*" finalizzato a combattere l'obesità e gli eccessi di peso e indirizzato soprattutto ai bambini e agli adolescenti. Alla campagna si sono unite catene distributive come *Wal Mart*, che ha promosso anch'essa un proprio progetto basato sugli obiettivi enunciati dalla *First Lady*. Entro il 2015 il gigante della distribuzione mondiale vuole ridurre il costo della frutta e della verdura agendo sui costi logistici e di filiera, ridurre il contenuto di sodio (-25 per cento), di zuccheri (-10 per cento) e di grassi insaturi negli alimenti distribuiti. Tra le curiosità si segnala come anche la Walt Disney abbia sentito la necessità di seguire il programma presidenziale presentando un proprio progetto sulla corretta alimentazione¹⁰.

Anche la crisi economica ha determinato un ulteriore incremento del fenomeno della cattiva alimentazione: infatti, le generazioni più giovani, tendono a consumare alimenti a basso costo privilegiando in tal modo alimenti di bassa qualità al minor costo possibile. Non può comunque negarsi che la sperequazione nei consumi tra fasce ad alto e basso reddito si manifesta con evidenza: nonostante la crisi economica il consumo di alimenti biologici, sicuramente più costosi, è comunque in aumento in tutto il mondo.

La tendenza emersa negli ultimi anni è quella di orientare le scelte del consumatore attraverso l'introduzione di agevolazioni al consumo dei cd. cibi sani

¹⁰ Cfr. http://www.repubblica.it/salute/alimentazione/2012/06/05/news/disney_contro_spot_junk_food_in_programmi_per_bambini-36606400/.

attraverso l'applicazione di imposte con finalità extrafiscali, al fine di migliorare la salute ed impedire il proliferare di costi a carico del sistema sanitario nazionale.

3. La finalità extrafiscali dei tributi

Lo strumento fiscale, come innanzi accennato, può quindi costituire una leva idonea ad orientare i consumi e le scelte alimentari. I tributi nutrizionali possono, infatti, essere considerati tra quelli con fini extrafiscali, considerando tali quelli introdotti nell'ordinamento giuridico tributario attraverso un fatto imponibile che agisce in funzione disincentivante o promozionale ovvero attraverso la modulazione della base imponibile secondo l'obiettivo extrafiscale da realizzare¹¹.

Resta naturalmente fermo il concetto che la capacità contributiva costituisce il requisito indispensabile del prelievo costituzionalmente garantito dall'art. 53 Cost. e dai principi di giusto riparto e della uguaglianza sostanziale¹².

Nel determinare le fattispecie imponibili il legislatore, oltre che agli indici che possono individuarsi come rivelatori di ricchezza, quali reddito, patrimonio, consumo, incrementi patrimoniali, atti di scambio etc., è chiamato a sottoporre a tassazione qualsiasi fatto avente contenuto economico che possa generare effetti meritevoli sotto il profilo della spesa nel rispetto dei principi della uguaglianza. Il perseguimento dei fini di tutela della salute giustifica il prelievo fiscale in relazione a beni (es. cibi dannosi) che possono comportare ad un aggravio delle spese pubbliche. In tal modo la capacità contributiva manifestata attraverso l'acquisto di determinati prodotti può essere assoggettata a tassazione. Le manifestazioni di ricchezza come quelle relative all'acquisto di cibi dannosi per la salute sono, quindi, perfettamente aderenti ai principi di equilibrio e di efficienza finanziaria sanciti dalla Costituzione ed in particolare dall'art. 32 Cost. avente ad oggetto proprio la tutela della salute.

Si sottolinea come un tributo che abbia le suddette finalità avrà come scopo primario il concorso alla realizzazione dei fini extrafiscali e non il mero gettito. Pertanto, appare evidente che le finalità extrafiscali di un'imposta siano realizzate dal perseguimento dell'obiettivo preposto e non dall'ammontare del gettito stesso. Attraverso l'istituzione di un tributo nutrizionale extrafiscale si potrebbero quindi guidare i consumatori all'acquisto e al consumo di cibi sani e genuini, anziché verso prodotti "dannosi".

¹¹ Cfr. A. URICCHIO, cit.; M. BASILAVECCHIA, *Tributi e mercato: il caso della sigaretta elettronica*, in *Corr. Trib.*, 2014, p.196; A. GUIDARA, *Agevolazioni Fiscali*, in *www.treccani.it/enciclopedia/agevolazioni-fiscali_(Diritto_on_line)/*

¹² Cfr. F. GALLO, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. trib.* 2015, p.771.

4. L'efficacia dell'imposizione sul consumo dei prodotti agroalimentari

La tassazione degli alimenti è stata storicamente motivata da scelte di tipo economico-finanziario: la stabilità dei consumi garantiva, infatti, entrate tributarie allo Stato.

Molti dei tributi che si sono succeduti nel tempo per colpire consumi alimentari, produzione di cibi o la loro lavorazione e trasformazione trovavano la loro ratio in mere ragioni di gettito.

In passato c'erano le tasse sul consumo degli alimenti di base (sul macinato, sul sale, sul tè), mentre solo di recente si è assistito ad un significativo cambiamento e lo Stato ha tentato di assumere il ruolo di rieducatore dei cittadini.

Sono state introdotte tasse sul consumo di alimenti ritenuti superflui e le cosiddette tasse sul vizio (es. sull'alcool), mentre negli ultimi anni si discute sulla efficacia delle tasse che mirano a colpire il consumo di alimenti ritenuti poco salutari. Si parla, infatti, sempre più spesso di *junk food tax*, *soda tax*, *fat tax*. Il loro scopo dichiarato è combattere il sovrappeso e l'obesità, "internalizzando" i costi sociali (alte spese sanitarie poste a carico della collettività) connessi a queste patologie allo scopo di scoraggiare il consumo di determinati alimenti¹³.

L'introduzione di tributi volti a disincentivare la cattiva alimentazione risponderebbe ad una duplice esigenza: migliorare la qualità della vita dei cittadini e ridurre i costi sociali legati all'obesità che impone costi non solo a carico del malato, ma a carico di tutto il sistema sanitario nazionale.

I tributi pur rispondendo alla propria finalità fiscale di procurare entrate potrebbero determinare risvolti positivi sia di natura finanziaria, sia per la salute. I tributi sugli alimenti potrebbero non solo colpire la produzione ed il consumo, ma indirettamente determinare un evidente risparmio di spesa pubblica con specifico riferimento a quella sanitaria¹⁴. Tuttavia, la tassazione sui cibi non salutari, colpendo il loro consumo, determina generalmente l'incremento del loro prezzo, modificando l'equilibrio di mercato.

Alcuni paesi hanno cercato in più di un'occasione di disincentivare il consumo di "cibo spazzatura" attraverso strumenti fiscali diversificati. La maggior parte degli interventi si è concentrata per lo più sull'applicazione di aliquote Iva diversificate in ragione del grado di "dannosità" dei cibi¹⁵.

¹³ Trattasi di quelle imposte che in economia possono essere inquadrare fra le *cd. pigoviane*, in grado cioè di "internalizzare nel prezzo del prodotto le diseconomie esterne generate dal suo consumo", cfr. A. URICCHIO *La tassazione sugli alimenti fra capacità contributiva e fini extrafiscali*, cit.

¹⁴ Cfr. F. GALLO, *L'uguaglianza tributaria*, Napoli 2012, p. 16 secondo cui anche i "beni capacità" possono essere oggetto di valutazione da parte della legislazione fiscale e rappresentare una capacità contributiva differenziata; cfr. A. URICCHIO *La tassazione sugli alimenti fra capacità contributiva e fini extrafiscali*, cit.

¹⁵ Un illustre esperto in obesità dell'Università di Yale evidenzia

Secondo la dottrina economista consolidata, la tassa sullo *junk food* può essere strutturata o tassando in maniera differenziata particolari categorie di cibi, organizzati in gruppi omogenei e prevedendo una sorta di “calorie tax” dipendente dai grassi, (o dai nutrienti benevoli es. frutta verdura, etc.) in essi contenuti, oppure sottoponendo ad una tassazione più elevata e differenziata i cibi in ragione della percentuale di grassi di cui sono composti.

Appare evidente che detta seconda opzione non viene preferita poiché richiede un monitoraggio costante dei prodotti considerato che anche minime modifiche della percentuale di grasso in essi contenuta comporterebbe continue verifiche e analisi e rideterminazione del regime di tassazione applicabile. Sarebbe quindi preferibile indirizzare la maggiore o minore tassazione in ragione della diversa classificazione dei cibi, organizzati per gruppi omogenei in base alla presenza di grassi (snack, bevande zuccherate etc.) o di principi nutrienti benevoli. È quindi evidente che il problema è quello di stabilire quali di questi alimenti debbano essere sottoposti ad una aliquota più elevata di imposta al consumo e quali, invece, possano rientrare in un regime di esenzione al fine di incentivarne il consumo.

La “rieducazione alimentare” del cittadino, in ogni caso non può essere condizionata solo da una diversa modulazione delle aliquote iva per disincentivare e/o aumentare il consumo di determinati cibi. Tale soluzione così come risultante da uno studio dell’Università di Oxford potrebbe infatti risultare recessiva senza incidere particolarmente sui consumi fra ricchi e poveri a meno che non ci sia un incremento di prezzo particolarmente elevato pari almeno al 20%¹⁶.

Ad esempio nel nostro Paese frutta e verdura rientrano nel 4% quindi in quella che da noi è la fascia più bassa, ma latte e pesce sono al 10%, insieme a soft drink, snack e biscotti.

È tuttavia noto come la scelta di consumare cibi dannosi e le potenziali conseguenze in termini di danni alla salute, è influenzato da informazioni e pubblicità che indirizzano ed orientano i processi decisionali dei consumatori secondo la individuale percezione

che il cibo spazzatura rientrasse tra i cibi più economici e propose di istituire un tributo che permettesse di allineare i prezzi del *junk food* a quelli di mercato. Il gettito del tributo sarebbe stato poi destinato al finanziamento di campagne di sensibilizzazione per la corretta alimentazione; tuttavia lo studioso evidenziò che affinché il prelievo impositivo potesse avere un reale effetto disincentivante il tributo dovrebbe gravare effettivamente sul consumatore finale. Nel caso l’onere tributario gravi solo sull’azienda produttrice, il consumatore non notando alcuna differenza sul prezzo finale non muterà le sue scelte. Cfr. K. BROWNELL, *Get Slim with Higher Taxes*, in *The New York Times*, 15 dicembre 1997, p. 2; K. BROWNELL, *Food Fight: The Inside Story of the Food Industry, America’s Obesity Crisis, and What We Can Do About It*, New York, 2004.

¹⁶ Cfr. “20% “fat tax” needed to improve population health”, in *British Medical Journal*, 14 may 2012.

del rischio, sulla quale incide il prezzo di mercato dei prodotti e il costo sociale dei danni alla salute conseguenti¹⁷.

5. La rieducazione alimentare attraverso campagne comunicative: il ruolo degli incentivi fiscali

Per far fronte a questa nuova emergenza causata dalle cattive abitudini alimentari, i singoli Stati si propongono di intervenire con strumenti fiscali o amministrativi ovvero attraverso campagne di comunicazione, informazione, sensibilizzazione ed educazione.

Il problema della salute deve essere affrontato non solo intervenendo con strumenti impositivi che influiranno sui prezzi al consumo, ma è necessario promuovere ed incentivare la diffusione di campagne informative dirette a favorire il consumo di alimenti salutari (ad es. legumi frutta e verdura alla base della dieta mediterranea) e ad aumentare la consapevolezza sulle conseguenze a lungo termine della cattiva alimentazione.

Una “rieducazione dei consumi alimentari” dei cittadini, non potrà quindi essere limitata alla introduzione di tributi specifici o ad una diversa ridefinizione delle aliquote delle imposte al consumo dei cibi, ma dovrà ridefinire il sistema impositivo dell’intera filiera produttiva e distributiva degli alimenti.

La strada percorribile dovrebbe utilizzare la leva fiscale insieme con lo strumento educativo, poiché la sola introduzione di un tributo non potrà raggiungere lo scopo voluto.

Invece, agevolare le aziende che attraverso la promozione di campagne rieducative potrebbero beneficiare di incentivi fiscali, sgravi o detrazioni, oppure di agevolazioni o del più utilizzato strumento del credito d’imposta. In tal modo la leva fiscale verrebbe utilizzata per raggiungere indirettamente le finalità perseguite.

Gli incentivi fiscali, tuttavia, dovrebbero in primo luogo essere garantiti nella fase produttiva comprendendo fra i beneficiari delle misure agricoltori ed allevatori introducendo ad esempio misure a sostegno delle produzioni (es. prive di pesticidi). La ridefinizione del sistema tributario destinato alla regolamentazione del settore produttivo agroalimentare potrebbe consentire altresì un miglioramento della qualità delle produzioni e dell’ambiente perseguendo gli obiettivi intrapresi, negli ultimi anni, dal governo.

In relazione, poi, alla fase distributiva dei prodotti, è evidente che non è stato mai valutato attentamente un approccio valido ad orientare le scelte del consumatore in un’ottica rieducativa: non sono state mai effettivamente analizzate le potenzialità che la filiera distributiva ha di poter orientare le scelte del

¹⁷ Cfr. FIORITI L. DIOTALLEVI F. MARCHINI A. PAMPANINI R., *Socio-economic problems of obesity in the agri-food system: the modern distribution role in purchasing and consumption chooses of fruit and vegetables*, in *Agribusiness Paesaggio&Ambiente*, Vol. XIV, No. 1 (2012): pp. 15-23.

cittadino, soprattutto nelle fase finale dell'acquisto dei prodotti.

Gli interventi tributari descritti potrebbero, come innanzi chiarito, consentire di raggiungere il duplice risultato di scoraggiare il consumo di prodotti cd. nocivi a vantaggio di prodotti più salutari ottenendo, anche se sul lungo periodo, una conseguente riduzione della spesa pubblica e utilizzare le maggior entrate derivanti dal consumo di tali prodotti a campagne di prevenzione alimentare e di educazione a stili di vita corretti.

6. Le detrazioni fiscali come strumento per combattere la sedentarietà

Secondo gli studi dell'organizzazione mondiale della sanità, i fattori di rischio più elevati, dopo il fumo e l'inquinamento, sono quelli legati agli stili nutrizionali ed alla sedentarietà in quanto associati alle più frequenti patologie.

La principale causa di obesità, come anzidetto, è rinvenibile tra i soggetti che hanno una dieta ricca di bibite gassate e cibi grassi cd. *junk food*. Una dieta equilibrata e lo svolgimento di attività sportiva, come ormai noto, possono aiutare a prevenire le patologie derivanti dal sovrappeso.

Non è quindi da sottovalutare come l'educazione della popolazione all'attività fisica influisca, anch'essa sensibilmente sulla salute, concorrendo alla diminuzione della spesa sanitaria.

Appare quindi evidente come, anche in questo caso, la leva fiscale generi effetti indiretti sulla rieducazione degli individui¹⁸.

Il legislatore potrebbe intervenire, ad esempio, potenziando le detrazioni fiscali senza più circoscriverle ai giovani, ma estendendole a tutte le fasce di età e commisurandole al costo annuo previsto per un'attività sportiva senza limitarla all'importo di euro 210.00 ormai anacronistico¹⁹.

Ovviamente i suddetti spunti di riflessione che richiamano agevolazioni, crediti di imposta, detrazioni, comportano misure di copertura finanziaria che non possono essere sottovalutate.

Si ricorda che l'art. 81, co. 3, Cost. oltre a richiamare il principio di equilibrio tra le entrate e le spese

del proprio bilancio – diversamente da quanto previsto a livello europeo che prevede il bilancio a pareggio – dispone che ogni legge con effetti finanziari non può indicare i mezzi di copertura delle nuove e maggiori spese, ma dovrà provvedervi direttamente.

7. Conclusioni

Le riflessioni che emergono da tale disamina conducono alla considerazione che l'introduzione di tributi nutrizionali può trovare spazio e consenso nella misura in cui le risorse economiche che ne derivano siano, poi, finalizzate espressamente alla tutela della salute, o attraverso campagne divulgative, oppure volte a sostenere la spesa sanitaria.

La formula che troverebbe un maggiore consenso risiede probabilmente nel connubio tra imposte nutrizionali (o agevolazioni e detassazioni) e campagne divulgative contro il cd. cibo spazzatura.

Le imprese interessate alla promozione di un corretto stile di vita potrebbero ricoprire diversi settori (aziende agricole, alimentari, di abbigliamento sportivo etc.) e trovare, de iure condendo, attraverso alcuni incentivi fiscali (agevolazioni detassazioni sgravi credito d'imposta etc.) ulteriori spazi di risparmio d'imposta.

Si può quindi ravvisare un differente percorso: piuttosto che combattere con tasse o misure restrittive i cibi cattivi o meno sani si dovrebbero, invece, promuovere i cibi sani (es. alimenti della dieta mediterranea) che possano condurre ad un percorso di prevenzione attraverso abitudini alimentari ed un corretto stile di vita.

¹⁸ Cfr. P. JOHNSTON, *Is a fat tax the only way to combat our growing epidemic of obesity?*, 17 agosto 2015 in <http://www.telegraph.co.uk/news/nhs/11808059/Is-a-fat-tax-the-only-way-to-combat-our-growing-epidemic-of-obesity.html>; B. BIVONA, *Danimarca: una fat tax a misura di linea e portafoglio*, in *FiscoOggi*, 21 ottobre 2011.

¹⁹ L'art. 15, comma 1, lett. *i-quinquies* del T.u.i.r. prevede una detrazione fiscale per "le spese, per un importo non superiore a 210 euro, sostenute per l'iscrizione annuale e l'abbonamento, per i ragazzi di età compresa tra 5 e 18 anni, ad associazioni sportive, palestre, piscine ed altre strutture ed impianti sportivi destinati alla pratica sportiva dilettantistica rispondenti alle caratteristiche individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, o Ministro delegato, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, e le attività sportive".

Il notaio nella riscossione delle imposte

abstract

The present work deals with the question relative of the role that the legal system attributes to the notary in the field of tax collection in reference to the act submitted for registration. One wonders if the notary is a joint debtor dependent (an "unrelated" to the tax report and its events), or is a (further) tax debtor (main).

keywords

Notary – taxes principal – role – status.

abstract

Il presente lavoro affronta a questione relative al ruolo che l'ordinamento attribuisce al notaio nell'ambito della riscossione delle imposte in riferimento agli atti presentati per la registrazione. Ci si chiede se il Notaio è un coobbligato dipendente (cioè "estraneo" al rapporto di imposta ed alle sue vicende), oppure è un (ulteriore) debitore dell'imposta (principale).

parole chiave

Notaio - Imposta principale, complementare e suppletiva – Ruolo – Status.

sommario

1. Introduzione. – **2.** Imposta principale, complementare e suppletiva. – **3.** Controllo dell'autoliquidazione. – **4.** Destinatario dell'avviso di liquidazione della c.d. principale postuma. – **5.** Notaio quale (ulteriore) debitore dell'imposta principale. – **6.** Status notarile di indicatario di pagamento.

1. Introduzione

L'obbligazione notarile nascente dagli atti presentati per la registrazione, ai sensi dell'articolo 10, lettera b), d.P.R. 131/1986, ha una classificazione discussa.

Se conclamata risulta essere la notazione a tenore della quale l'imposta richiesta al pubblico ufficiale rogante – coobbligato solidale, unitamente alle parti contraenti (articolo 57, I comma, d.P.R. 131/1986) – deve definirsi principale, di difficile definizione è il ruolo che l'ordinamento attribuisce al notaio: coobbligato dipendente (cioè "estraneo" al rapporto di imposta ed alle sue vicende), oppure (ulteriore) debitore dell'imposta (principale)?

2. Imposta principale, complementare e suppletiva

L'indagine deve prendere le mosse dall'articolo 42, I comma, d.P.R. 131/1986: "è principale l'imposta applicata al momento della registrazione e quella richiesta dall'ufficio se diretta a correggere errori od omissioni effettuati in sede di autoliquidazione nei casi di presentazione della richiesta di registrazione per via telematica; è suppletiva l'imposta applicata successivamente se diretta a correggere errori od omissioni dell'ufficio; è complementare l'imposta applicata in ogni altro caso". Nella versione attuale, la disposizione normativa tiene conto del meccanismo della registrazione telematica, nata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 18 luglio 1997 n. 463.

Registrato telematicamente l'atto, "gli uffici controllano la regolarità dell'autoliquidazione e del versamento delle imposte e qualora, sulla base degli elementi desumibili dall'atto, risulti dovuta una maggiore imposta, notificano, anche per via telematica, entro il termine di sessanta giorni (inizialmente trenta, fino all'entrata in vigore del comma 5, articolo 38, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito dalla l. n. 122/2010) dalla presentazione del modello unico informatico, apposito avviso di liquidazione per l'integrazione dell'imposta versata". Lo stesso articolo 3 ter assegna – poi – al notaio rogante quindici giorni, a decorrere dalla data della suindicata notifica, per il pagamento della richiesta integrazione, prevedendo che "trascorso tale termine sono dovuti gli interessi moratori [...] e si applica la sanzione di cui all'art. 13 del d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471". Quindi, il pagamento è tardivo solo decorso il termine di legge, circostanza quest'ultima che determina l'applicazione di una sanzione amministrativa pari al 30% dell'importo non versato. La norma si chiude prevedendo che "nel caso di dolo o colpa grave nell'autoliquidazione delle imposte, gli uffici segnalano le irregolarità agli organi di controllo competenti per l'adozione dei conseguenti provvedimenti disciplinari"¹.

In estrema sintesi, l'ufficio dispone di sessanta giorni per integrare la (prima) liquidazione dell'imposta operata dal notaio (deputato per legge ad interpretare e qualificare l'atto), integrazione che – per simmetria

¹ La definizione dei concetti di dolo o colpa grave si ritrova nella circolare 6/E del 5 febbraio 2003.

– fa conservare la natura di imposta principale a quella richiesta nel ricordato termine: principale c.d. postuma. L'emendazione operata dal fisco, dopo i sessanta giorni, fa assumere la veste di imposta suppletiva alla quantificazione del dovuto. Ma solo se “diretta a correggere errori od omissioni”, risultanti direttamente dall'atto o dai suoi allegati, oramai fatti propri dall'ufficio, rimasto silente per il periodo di legge.

Diversamente, si tratterà di imposta complementare, caratterizzata – *ex adverso* – da un presupposto impositivo non risultante dall'atto e non conoscibile dall'ufficio al momento della registrazione.

Non è una distinzione di poco conto, se sol si pensa che “la responsabilità dei pubblici ufficiali non si estende al pagamento delle imposte complementari e suppletive” (articolo 57, II comma, d.P.R. 131/1986).

3. Controllo dell'autoliquidazione

L'imposta principale postuma e l'imposta suppletiva possono essere pretese dal fisco grazie ad una operazione di mera liquidazione e non di accertamento. Cioè, deve trattarsi di una verifica che – sebbene non meramente “numerica” (di semplice calcolo matematico, realizzato attraverso l'applicazione dell'aliquota di legge alla base imponibile risultante dall'atto) – non può giungere ad una riqualificazione della fattispecie negoziale.

La stessa amministrazione finanziaria ha raccomandato di operare il controllo dell'imposta principale sulle somme autoliquidate senza “fare riferimento a elementi esterni” all'atto, “neanche se già in suo possesso”, censurando “esclusivamente errori od omissioni sulla base di elementi oggettivi, univoci e chiaramente desumibili dall'atto, senza sconfinare [...] in delicate valutazioni o apprezzamenti sulla reale portata degli atti registrati o, comunque, pervenire a soluzioni sorrette da interpretazioni non univoche o che necessitano di qualsiasi attività istruttoria”. Per concludere, legittimando il recupero quando l'ufficio «rilevi errori od omissioni materialmente evidenti ovvero riferibili a fattispecie per le quali la scrivente abbia già fornito apposite istruzioni²».

Un caso emblematico potrebbe essere il seguente: acquisto di abitazione con richiesta dei c.d. benefici prima casa e del credito d'imposta. Indicando nel documento traslativo gli atti dai quali nasce il credito d'imposta, l'amministrazione finanziaria è posta – da subito – nella condizione di accertare la sussistenza dei presupposti legali a base dell'agevolazione fiscale, per cui può negarla già in sede di imposta principale³.

4. Destinatario dell'avviso di liquidazione della c.d. principale postuma

Secondo il più recente provvedimento di prassi in materia, la maggiore imposta «è richiesta... ai soggetti obbligati di cui all'articolo 10, lettera b), (attualmente i notai) [...]»⁴. Non a caso, lo stesso pagamento della principale postuma non può che essere eseguito telematicamente dal notaio.

Tutto ciò prova che la “sostituzione” del notaio, sia ai contraenti che al fisco, nella “liquidazione” delle imposte testimonia la funzione di raccordo svolta dal pubblico ufficiale rogante tra privati ed apparato pubblico ed ha anche una “valenza sostitutiva”, nel senso che l'inerzia dell'amministrazione nei sessanta giorni successivi alla registrazione comporta una sorta di “validazione confermativa” della liquidazione dell'imposta principale operata dal notaio⁵. Il successivo versamento del tributo, quale adempimento dell'obbligo gravante – in definitiva – sul contraente, attraverso lo stesso notaio, chiude questa prima fase della fattispecie procedimentale del sistema di registrazione.

Resta però che l'avviso di liquidazione della principale postuma, indipendentemente dal notificatario, produce effetti nei confronti del contribuente, suo “naturale” destinatario. Cosicché – diversamente da quanto accade nei giudizi sorretti da un interesse oppositivo del ricorrente, contrapposto a pretese dell'amministrazione – deve attribuirsi al contraente la possibilità di presentare ricorso, nell'ottica della garanzia costituzionale del diritto di difesa⁶.

Proprio i Giudici di legittimità – dopo aver ricostruito l'attuale quadro normativo della registrazione telematica – hanno riconosciuto che «la previsione di un “apposito” avviso di liquidazione da notificare al notaio [...] vale a costituire il pubblico ufficiale rogante

⁴ Circolare Agenzia delle Entrate del 29 maggio 2013 n. 18/E, parte I, 1.1, 18.

⁵ V. MASTROIACOVO – P. PURI, *Recupero di imposta principale dopo la registrazione*, in *C.N.N., Studi e materiali*, Milano, 2004.

⁶ Cass., sez. trib., 25 marzo 2010, n. 18493, in *www.italgiure.giustizia.it*; contra, G. TABEL, *Spunti critici sulla figura del notaio nel sistema di registrazione telematica*, in *Rass. Trib.*, 2013, p. 102. L'Autore riconosce la legittimazione all'impugnazione dell'avviso di recupero solo ai destinatari della notifica dell'atto, con esclusione di qualunque potere sostitutivo o surrogatorio a favore dei soggetti non notificati: è abilitato ad interagire con l'amministrazione finanziaria per la c.d. imposta principale esclusivamente il notaio, unico destinatario nei sessanta giorni dalla registrazione dell'obbligo di assolvere l'imposta principale postuma, che potrà essere richiesta alle parti contraenti solo successivamente al decorso dell'indicato termine. Risale a pochi mesi fa una sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Napoli che ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dal contribuente avverso l'avviso di liquidazione notificato al notaio rogante. Per i giudici campani, “il ricorso è inammissibile, essendo stato proposto da un soggetto che, da un lato, è privo di legittimazione attiva, in quanto non destinatario dell'atto impugnato, dall'altro, non ha adeguatamente provato il proprio interesse ad agire per il suo annullamento” (C.t.p. Napoli, sez. XXXIII, 10 giugno 2015, n. 14098).

² Ancora circolare 6/E del 5 febbraio 2003, paragrafo 4.

³ Così V. PAPPÀ MONTEFORTE, *L'autoliquidazione notarile delle imposte nella registrazione telematica*, in *Rass. Trib.*, 2014, p. 775, ove ulteriori indicazioni anche sul tema generale.

[...] come responsabile di imposta, ma non incide sul principio fissato dall'art. 57 del t.u., secondo cui sono soggetti obbligati al pagamento dell'imposta, che nella specie è principale, ai sensi del precedente art. 42, le parti contraenti, le quali sono comunque destinatarie sostanziali dell'atto impositivo, e perciò legittimate ad impugnarlo in sede giurisdizionale»⁷.

A voler condividere la tesi contraria, per far valere le proprie ragioni il contribuente (sempre che si ritenga ciò possibile dopo l'adempimento del coobbligato) sarebbe costretto ad attivare un giudizio di tipo pretenso, assumendo – di conseguenza – una posizione processuale più gravosa, con l'accollo di “un più ampio onere probatorio e dimostrativo intorno alla sussistenza delle ragioni per le quali la sua pretesa deve essere riconosciuta, affermata e portata poi ad esecuzione”⁸. La scelta altrui – cioè del notaio rogante, orientatosi per il pagamento della maggiore imposta – lederebbe il diritto di difesa del contraente.

La legittimazione del contribuente ad impugnare l'avviso di liquidazione della principale postuma notificato al notaio non esclude che i rapporti tra quest'ultimo ed i contraenti vadano definiti con attenzione nel mandato professionale, risultando necessario stabilire il comportamento che il pubblico ufficiale dovrà tenere nel caso di azione di recupero intentatagli dall'amministrazione finanziaria, anche in considerazione dell'assunto della Corte Suprema – che ha de-stato un certo “scalpore” negli interpreti⁹ – secondo la quale l'adempimento del coobbligato intimato assume carattere di definitività rispetto all'intera vicenda determinando la consumazione del diritto all'azione anche nei confronti di quei soggetti coobbligati che tale definitività non hanno determinato¹⁰.

5. Notaio quale (ulteriore) debitore dell'imposta principale

Il notaio è debitore per fatto proprio dell'imposta. Riveste la qualifica di coobbligato solidale, per un debito imputabile, comunque, ad altro soggetto, ma è tenuto per legge a risponderne.

In realtà, l'obbligazione notarile mantiene una propria identità¹¹, non trovando fondamento sulla condi-

visione del presupposto impositivo con i contraenti: la verifica della capacità contributiva, gli indici della contribuzione fiscale riguardano i soli contraenti.

La genesi del debito è estranea al notaio rogante o autenticante, ma – una volta venuta ad esistenza – l'obbligazione del pubblico ufficiale conserva caratteri di sostanziale autonomia, fino al punto di validare una sua richiesta di rimborso per l'imposta indebitamente versata¹². Anche perché, nel nostro sistema, la legittimazione ad intentare l'azione giurisdizionale di rimborso deve essere riconosciuta a chiunque abbia presentato un'istanza tesa alla “restituzione di tributi, sanzioni pecuniarie ed interessi o altri accessori non dovuti”, pur nel caso di rifiuto tacito ma decorsi novanta giorni dalla domanda, come si evince chiaramente dalla lettura in combinato disposto degli articoli 21, II comma e 19, I comma, lett. g), d.lgs. 546/1992.

Dal provvedimento di rigetto o dal silenzio significativo nasce il diritto di introdurre il processo.

Altro è interrogarsi sul merito della questione, potendosi la vicenda processuale chiudere con il rigetto dell'istanza. La giurisprudenza che, in argomento, nega al notaio la legittimazione a ricorrere appare mossa, più che altro, dalla preoccupazione di impedire che sia il notaio che la parte riescano ad ottenere il rimborso, duplicandolo¹³.

Proprio la solidarietà voluta dal legislatore ed il dato testuale dell'articolo 77 T.U.R., quando consente la richiesta di rimborso al “soggetto nei cui confronti la sanzione è stata applicata”, testimoniano la legittimazione del pubblico ufficiale rogante all'istanza di rim-

quest'ultima che riconosce al versamento effettuato dal contraente nelle mani del notaio della somma occorrente per il pagamento del tributo (somma determinata dal notaio stesso) efficacia liberatoria. Di recente, in tema, V. PAPPÀ MONTEFORTE, *L'autoliquidazione notarile delle imposte nella registrazione telematica*, cit., p. 785. All'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 463/1997, già G. SALANITRO, *L'autoliquidazione nella disciplina dell'imposta di registro*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 1264, aveva affermato che la nuova normativa colloca il notaio “in una posizione autonoma, non riconducibile, salvo inammissibili forzature, ad altre categorie. Si tratta, in definitiva, di una figura *sui generis*, conclusione che non può essere accusata di debolezza ricostruttiva, in quanto, al contrario, sarebbe metodologicamente errato pretendere di inserire la posizione del notaio tra quelle tradizionalmente riconosciute, trascurando le differenze normative che ostacolano, o addirittura impediscono, tale inserimento”. Anche secondo E. POTITO, *Le imposte indirette sugli affari*, Milano, 1995, p. 10, il notaio è un ibrido tra responsabile e sostituto d'imposta.

¹² Per tutti, P. PURI, *La legittimazione del notaio responsabile d'imposta al rimborso dell'imposta erroneamente pagata*, Studio n. 773 bis/1999, approvato dalla Commissione Tributaria del C.N.N. il 16 luglio 1999.

¹³ Così M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela. Lezioni sul processo tributario*, cit., p. 292. L'Autore distingue “tra titolarità del diritto al rimborso (e quindi anche alla presentazione dell'istanza amministrativa), che è questione di merito in base alla quale la domanda può essere rigettata, e legittimazione attiva a promuovere l'azione giurisdizionale [...]” e considera caso emblematico proprio quello del notaio che chiede il rimborso dell'imposta principale corrisposta all'atto della registrazione.

⁷ Cass., sez. trib., 25 marzo 2010 n. 18493, cit.

⁸ Sintetizza in tal senso le caratteristiche del processo sui rimborsi, M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela. Lezioni sul processo tributario*, Torino, 2013, p. 286.

⁹ Ad es., V. MASTROIACOVO, *Ancora sulla legittimazione all'azione di rimborso*, Studio n. 152-2007/T, approvato dalla Commissione Tributaria del C.N.N. il 12 ottobre 2007, in C.N.N., Studi e materiali, Milano, 2007, p. 1160.

¹⁰ Cass., sez. trib., 21 febbraio 2007 n. 4047, in G.T. Riv. giur. trib., 2007, p. 494, con nota critica di M. BASILAVECCHIA, *Efficacia soggettiva dell'avviso di liquidazione*; Cass., sez. trib., 2 luglio 2014 n. 15005, in *www.italgiure.giustizia.it*.

¹¹ È la stessa configurazione del ruolo notarile nel rapporto d'imposta ad essere discussa: sostituto d'imposta; responsabile d'imposta; mero delegato *ex lege* al pagamento delle imposte; mandatario nell'interesse del fisco; indicatario di pagamento, tesi

borso. Quest'ultima disposizione, anzi, sembra riferirsi al notaio e sarebbe incostituzionale, per violazione dell'articolo 24 Cost., se limitasse il "diritto di difesa" di chi è chiamato a pagare l'imposta per un presupposto non suo, disconoscendogli la (piena) tutela in ordine agli aspetti relativi al presupposto impositivo¹⁴.

In realtà, il ruolo che l'ordinamento attribuisce al notaio va oltre la coobbligazione dipendente, l'estraneità al rapporto d'imposta ed alle sue vicende, tanto da configurarlo quale (ulteriore) debitore dell'imposta (principale)¹⁵.

L'obbligazione nascente per gli atti ricevuti o autenticati dal notaio è soggettivamente complessa, ma quest'ultimo – in quanto deputato ad assumere, per scelta legislativa, un ruolo centrale nelle fasi di liquidazione, riscossione e versamento dell'imposta principale – atteso che il tributo è riferibile ai contraenti, resta obbligato per fatto proprio. In sintesi, mantiene la sua "autonomia" rispetto alla parte sostanziale dell'atto impositivo, che rimane rappresentata dai contraenti.

Il vincolo della solidarietà può accompagnarsi ad assetti di interessi difformi, ma – ai nostri fini – resta ferma la "presunzione" di cui all'articolo 1294 c.c., espressamente sancita dall'articolo 57 T.U.R., pur se il *favor creditoris* non arriva fino ad annullare la posizione non perfettamente paritetica assunta dai debitori a seguito della scelta legislativa conseguente all'introduzione della registrazione telematica.

Ma se, in termini generali, si è sostenuto che grazie alla sussidiarietà può escludersi il litisconsorzio necessario ed il *simultaneus processum* in favore della scindibilità delle cause¹⁶, una simile soluzione «può però non apparire soddisfacente poiché il notaio, che non è soggetto passivo dell'imposta, ha diritto di rivalsa nei confronti di tutte le parti contraenti; ed inoltre, se la sentenza non fosse vincolante per le parti, queste poi potrebbero chiedere il rimborso all'amministrazione»¹⁷.

Più che interrogarsi sulla unicità o sulla pluralità di rapporti obbligatori, un argomento significativo a favore della inscindibilità delle cause si segnala nella connessione esistente tra la posizione soggettiva del notaio rogante o autenticante e quella rivestita dalle parti contraenti. Nonostante l'identità "propria" dell'obbligazione notarile, le ripercussioni dell'intervenuto pa-

gamento ad opera del pubblico ufficiale a seguito della notifica dell'avviso o della mancata impugnazione di quest'ultimo da parte del primo notificatario sono talmente incisive da legare in maniera indissolubile i coobbligati. L'obiettività di tale conclusione discende, a tacer d'altro, dal peculiare meccanismo della surrogazione del notaio nelle ragioni, azioni e privilegi spettanti all'amministrazione delineato dall'articolo 58 T.U.R., che azzerava la difesa del contribuente – già "costretto" ad versare ex ante l'importo delle tasse, degli onorari e delle spese dell'atto presso il notaio, ai sensi dell'articolo 28, l. 89/1913, pena la ricusazione del ministero – in assenza di una sua "partecipazione necessaria" al processo tributario¹⁸.

L'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme – e, più in particolare, degli articoli 57 e 58 T.U.R. da una parte, e dell'articolo 3 *ter*, d.lgs. 463/1997 – conduce ad una visione d'insieme della tutela giurisdizionale "anticipata" e "piena" dei contraenti, pur se non notificatari dell'avviso, come contraltare alla corresponsione obbligata delle imposte nelle mani del notaio: quando un qualsivoglia atto esprime una ben individuata pretesa tributaria – idonea a produrre effetti nei confronti del "vero" soggetto passivo, altrimenti carente di difesa – l'area degli interessati al giudizio deve ampliarsi per evitare sia la violazione del canone di buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), che il prodursi di conseguenze giuridiche irreversibili sulla sfera economico-giuridica degli "assenti".

Il sistema deve sempre offrire correttivi idonei a bilanciare il rapporto sperequato tra fisco e contribuenti¹⁹, disuguaglianza che nella tematica in esame è conclamata.

6. Status notarile di indicatario di pagamento²⁰

La lettura in combinato disposto degli articoli 28, ultimo comma, e 78, legge notarile, consente di fissare alcuni ulteriori punti fermi: a) il notaio può «ricusare il suo ministero se le parti non depositino presso di lui l'importo delle tasse, degli onorari e dello spese degli atti [...]»²¹; b) esiste solidarietà per onorari, diritti accessori

¹⁴ P. PURI, *La legittimazione del notaio responsabile d'imposta al rimborso dell'imposta erroneamente pagata*, cit.

¹⁵ Di recente, G. TABET, *Spunti critici sulla figura del notaio nel sistema di registrazione telematica*, cit., p. 94, ove ulteriori riferimenti.

¹⁶ Per una conclusione in tal senso quanto alle obbligazioni tributarie aventi ad oggetto il pagamento dell'IVA, Cass., sez. trib., 26 marzo 2009 n. 7281, in *www.italgiure.giustizia.it*. In senso contrario, indipendentemente dalle singole ipotesi, A. FANTOZZI, *La solidarietà nel diritto tributario*, Torino, 1968, *passim*; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario - Parte generale*, 2002, p. 186 (argomentando dalla natura pubblica delle obbligazioni).

¹⁷ Ancora G. SALANITRO, *L'autoliquidazione nella disciplina dell'imposta di registro*, cit., p. 1253.

¹⁸ Indicazioni sul litisconsorzio necessario, anche con riferimento alle obbligazioni solidali, in V. FICARI, *Il processo tributario*, in *Il diritto tributario*, a cura di A. FANTOZZI, Torino, 2012, p. 1008, cui si rinvia.

¹⁹ Nella stessa logica può trovare giustificazione l'intervento adesivo dipendente del pubblico ufficiale rogante nel processo tributario per le controversie relative al recupero di imposte "notarili", nei casi di assenza di responsabilità solidale, V. PAPPÀ MONTEFORTE, *L'autoliquidazione notarile delle imposte nella registrazione telematica*, cit., p. 793.

²⁰ Ancora V. PAPPÀ MONTEFORTE, *L'autoliquidazione notarile delle imposte nella registrazione telematica*, cit., p. 788, ove ulteriori indicazioni.

²¹ In mancanza del deposito, quindi, il pubblico ufficiale può rifiutare la sua prestazione, ma ultimata la stipula ha l'obbligo di concludere le operazioni iniziate sia nei confronti dei clienti, che del fisco e dei terzi: Cass., Sez. II, 22 febbraio 1979 n. 1148, in

e spese delle parti verso il notaio, mentre quest'ultimo ha la facoltà del rifiuto verso chiunque di spedire copie, estratti e certificati, «finché l'accennato pagamento o rimborso non sia stato interamente eseguito».

Ma quali sono gli effetti della messa a disposizione del pubblico ufficiale della provvista necessaria per estinguere il debito d'imposta?

La Corte di legittimità²², come contraltare alla ricordata "giusta" tutela del pubblico ufficiale, pur evidenziando la «distorsione derivante dall'imperfezione del sistema normativo che può produrre [...] effetti anche gravi a carico del cliente [...]» non dà rilievo alcuno alla posizione del contribuente che ha corrisposto al notaio il quantum richiestogli e destinato al pagamento delle imposte, nelle ipotesi in cui il pubblico ufficiale se ne appropri. Secondo i Giudici «non può ritenersi [...] che gli effetti negativi del comportamento abusivo del notaio debbano essere riversati sull'amministrazione finanziaria e che quest'ultima debba soggiacere al rischio di incapienza del notaio che abbia agito illecitamente». Per cui, nonostante l'intervenuto pagamento – residuando la solidarietà passiva tra notaio rogante e parti contraenti – è legittima l'azione statutale nei confronti del contribuente destinatario dell'avviso di liquidazione, in quanto il pagamento stesso manca di qualsiasi efficacia liberatoria.

La tesi non convince, atteso che lo status del notaio – ai fini che qui interessano – deve essere equiparato a quella del concessionario per la riscossione. Ne consegue che, come sostenuto in recenti pronunce di merito, «il versamento effettuato dal contraente nelle mani del notaio della somma occorrente per il pagamento del tributo (somma determinata dal notaio) ha efficacia liberatoria per il contribuente che non può pertanto essere costretto ad un nuovo pagamento²³». In più, la esteriorizzazione, nei confronti del debitore, del rapporto intercorrente tra l'Ente autore del ruolo [...] ed il concessionario incaricato della riscossione del credito portato da quel ruolo va ricondotto alla figura giuridica dell'*adiectus solutionis causa* delineata dall'art. 1188, comma 1, c.c., per cui «il pagamento deve essere fatto [...] alla persona indicata dal creditore»: il concessionario della riscossione, infatti, è il soggetto al quale il debitore deve effettuare il pagamento della somma costituente l'oggetto dell'obbligazione da adempiere in quanto «indicato dall'Ente creditore quale incaricato di ricevere quella prestazione»²⁴.

Riv. not., 1979, p. 901.

²² Cass., sez. trib., 12 giugno 2009, n. 13653, in *Vita not.*, 2009, p. 1008; da ultimo, Cass., Sez. trib., ord. 12 marzo 2015 n. 5016, in *italgiure.giustizia.it*.

²³ C.t.p. Terni, sez. II, 22 novembre 2011, n. 222; conforme C.t.p. Molise Campobasso, sez. II, 3 marzo 2011, in *Dir. e prat. trib.*, 2013, p. 53, con nota di F. SOLA, Solidarietà tributaria nell'assolvimento dell'imposta di registro: il pagamento al notaio rogante libera i contribuenti.

²⁴ Cass., sez. trib., 29 settembre 2006, n. 21222, in *Foro it.*, 2007, I, c. 251; Cass., sez. III, 24 giugno 2004, n. 11746, in *Mass. Giust.*

In sintesi, quanto corrisposto al concessionario si imputa direttamente al creditore.

Il principio è espressione della doverosità della funzione notarile, del raccordo che il pubblico ufficiale rogante assicura tra autonomia costituzionalmente garantita dei privati e apparato pubblico; collegamento che necessita della guarentigia della giusta tutela ai consociati, il cui affidamento è – di per sé – meritevole di essere salvaguardato.

La stessa giurisprudenza penale della Suprema Corte ha ribadito in molteplici occasioni che risponde di peculato, ai sensi dell'art. 314 c.p., il notaio che, avendo per ragione del suo ufficio il possesso o comunque la disponibilità di denaro, se ne appropria. Secondo la Cassazione, «la qualifica di pubblico ufficiale spetta al notaio non solo nell'esercizio del suo potere certificativo in senso stretto, ma in tutta la sua complessa attività, disciplinata da norme di diritto pubblico (legge notarile) e diretta alla formazione di atti pubblici».

La funzione pubblica si estrinseca anche nell'adempimento dell'obbligazione tributaria e «il fatto che il notaio sia responsabile d'imposta ed assuma come tale la veste di coobbligato solidale (dipendente), che la legge affianca al soggetto passivo di imposta al fine di agevolare la riscossione dei tributi [...], non vale certo ad escludere la qualifica pubblicistica che gli compete». L'adempimento dell'obbligazione tributaria, più che «elidere la funzione pubblica, la esalta siccome strutturalmente connessa con l'atto rogato e mirata al soddisfacimento di un interesse pubblico».

Quindi, non mera appropriazione indebita, ma peculato²⁵. Al punto che l'omesso o ritardato versamento delle imposte di registro e similari in ragione dell'adesione del notaio alla protesta fiscale proposta dagli Organi di categoria, oppure il versamento simbolico delle imposte (pur se il notaio negozi il solo assegno ricevuto dal cliente di corrispondente importo), non sono state ritenute scriminanti, in ragione del superiore interesse pubblico alla riscossione dei tributi riconosciuto nell'articolo 53 della Costituzione²⁶.

Il notaio si presenta, allora, come un indicatario, legittimato a ricevere il pagamento delle imposte in forza di una scelta del legislatore, scelta che esclude la possibilità di delineare il rapporto tra debitore ed indicatario (c.d. rapporto di provvista) nella logica dell'obbligazione alternativa, quando indicante è la stessa Amministrazione ed il debitore non può scegliere

civ., 2004, p. 6.

²⁵ Così, Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2009 n. 47178, in *www.italgiure.giustizia.it*; conformi, Cass. pen., sez. VI, 6 luglio 2010 n. 25841, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. pen., sez. VI, 30 luglio 2007 n. 30976, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. pen., sez. VI, 24 settembre 2003 n. 28302, in *www.italgiure.giustizia.it*; Cass. pen., sez. III, 25 maggio 1994 n. 6087, in *www.italgiure.giustizia.it*.

²⁶ V. MAIELLO, Parere *pro veritate* richiesto dal Consiglio Notarile di Napoli, 24 marzo 2015.

re di liberarsi adempiendo all'originario creditore²⁷.

Nel rapporto c.d. di valuta, l'autorizzazione proveniente dal creditore è limitata alla mera ricezione del pagamento ed impedisce l'acquisto di quanto ricevuto dall'indicatario²⁸: “il *solvens* adempie all'*accipiens* nella consapevolezza che egli è legittimato a ricevere, posto che l'indicazione deve essere portata a conoscenza del debitore”²⁹.

Che il notaio liquidi le imposte a seguito della interpretazione e qualificazione dell'atto non sembra contrastare con la proposta ipotesi di lettura, non sussistendo per il pubblico ufficiale rogante incompatibilità alcuna tra attività di consulenza ed attività di delegato alla riscossione³⁰. Anzi, proprio l'essere ancipite del notaio³¹, è un ulteriore elemento a supporto di quanto evidenziato sinora.

²⁷ Di recente, sulla figura generale, E. GIORGINI, *L'indicazione di pagamento come fattispecie*, Napoli, 2012, p. 36, ma *passim*. L'Autore osserva che “a fronte del diritto del creditore di disporre della legittimazione a ricevere vi è la previsione dell'effetto liberatorio per il debitore disposto dalla legge” (p. 37), ed ancora che “l'effettiva trasmissione, tuttavia, non pregiudica la liberazione del debitore la quale avviene in ragione del pagamento al legittimato: quest'ultimo, tramite la ricezione, è appunto investito del potere di liberare il debitore” (p. 45). Sposa la tesi del notaio quale *adiectus solutionis causa*, P. PURI, *Il notaio come mandatario nell'interesse del fisco*, in *Scritti in onore di A. Parlato*, di prossima pubblicazione; ID., *I soggetti passivi*, in *Il diritto tributario*, a cura di A. FANTOZZI, Torino, 2012, p. 472. Condivide nelle conclusioni l'effetto liberatorio del pagamento al notaio, nonostante il mancato versamento all'erario, alla luce – però – del principio generale del “*ne bis in idem*”, espresso dall'articolo 35, D.P.R. 602/1973, che limita la solidarietà del sostituito nei soli casi in cui il sostituito non abbia effettuato le prescritte ritenute a titolo di imposta né i relativi versamenti, G. TABET, *Spunti sulla figura del notaio nel sistema di registrazione telematica*, cit., p. 114.

²⁸ E. GIORGINI, *L'indicazione di pagamento come fattispecie*, cit., p. 92. La circostanza che il notaio non sia titolare delle somme ricevute dal cliente per il pagamento delle imposte, unitamente alla natura pubblicistica del rapporto di provvista, conduce alla impignorabilità delle stesse. Sulla impignorabilità dei crediti delle obbligazioni pubbliche, il riservamento delle quali mira ad assicurare allo Stato il perseguimento delle finalità a cui sin dall'origine i tributi sono destinati, v., per es., Cass., sez. III, 5 maggio 2009 n. 10284 in www.italggiure.giustizia.it; Cass., sez. trib., 30 giugno 2006 n. 15110, in www.italggiure.giustizia.it. Estranea alla presente disamina è la disciplina del deposito prezzo, introdotta dalla l. 147/2013, attualmente in corso di modifica con il c.d. d.d.l. Concorrenza. Prime notazioni in G. PETRELLI, *Il deposito del prezzo e di altre somme presso il notaio nella legge 27 dicembre 2013 n. 147*, in www.gaeetanopetrelli.it.

²⁹ Ancora, E. GIORGINI, *L'indicazione di pagamento come fattispecie*, cit., p. 94.

³⁰ Contra P. PURI, *Note a margine di un recente contributo sulla figura del notaio nel sistema di registrazione telematica*, cit., p. 1032; ID., *I soggetti*, cit., p. 475, nota 220, che si sofferma anche sui compiti attribuiti al notaio nell'applicazione dell'imposta sostitutiva sulle plusvalenze da cessione a titolo oneroso di immobili.

³¹ La coesistenza nella figura del notaio dei due aspetti del pubblico ufficiale e del libero professionista è, da sempre, motivo di riflessione. Prime indicazioni – alla luce delle più recenti riforme legislative – in G. CASU, *La legge notarile commentata*, a cura di G. CASU - G. SICCHIERO, Torino, 2010, p. 5.

Rassegna delle recenti sentenze in materia tributaria della Corte Costituzionale, della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia UE

Appello – Integrazione del contraddittorio – Litisconsorzio processuale – Agenzia delle Entrate – Equitalia – Art. 331 c.p.c. – Notificazione

L'omessa notificazione dell'appello a una delle parti che hanno partecipato al primo grado di giudizio non comporta l'inammissibilità del gravame. Tuttavia, il giudice di seconde cure deve ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle parti pretermesse, ai sensi dell'art. 331 c.p.c. applicabile anche al processo tributario, affinché il processo si celebri alla presenza di tutti i soggetti attivi nel primo grado. Si verifica, infatti, una fattispecie di litisconsorzio processuale, per cui la presenza di più parti nel giudizio di primo grado deve necessariamente persistere in sede di impugnazione, onde evitare possibili giudicati contrastanti in ordine alla stessa questione.

Dunque, se il ricorso introduttivo è proposto sia nei confronti dell'Agenzia delle Entrate che di Equitalia, anche l'appello deve coinvolgere necessariamente gli stessi soggetti. Tuttavia, se l'atto viene notificato solamente nei confronti di una delle parti, l'appello è comunque salvo e non si verifica una situazione di inammissibilità, la quale si verificherà solo se nessuna delle parti provvederà all'integrazione nel termine fissato dal giudice.

Cass., sez. VI, 2 settembre 2015, n. 17497

Pres. S. Bognanni, Rel. A. Casentino

Attività di accertamento – Cooperazione tra amministrazioni finanziarie – Elementi indiziari – Utilizzabilità dati bancari acquisiti acquisiti irrualmente – Prove presuntive

La Cassazione con due sentenze del 19 agosto 2015 nn. 16950 e 16951 ha confermato il precedente orientamento (ordinanze nn. 8605 e 8606 del 28 aprile 2015), chiarendo che l'amministrazione finanziaria nell'attività di accertamento al fine di contrastare l'evasione fiscale può utilizzare elementi indiziari con esclusione di quelli la cui inutilizzabilità discenda da una specifica disposizione della legge tributaria o dal fatto di essere stati acquisiti in violazione di diritti fondamentali di rango costituzionale. Nell'accertamento con il contribuente, sono utilizzabili i dati bancari acquisiti attraverso una banca residente all'estero (a prescindere dall'illecita divulgazione da parte di impiegati infedeli) e ottenuti dal fisco italiano mediante gli strumenti di cooperazione comunitaria.

La prova per presunzioni può, quindi, essere costituita da acquisizioni provenienti da un'autorità straniera nell'ambito di direttive comunitarie (o di accordi bilaterali) secondo la direttiva 77/799/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1977, concernente la reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte.

Cass. civ., sez. V, 19 agosto 2015, nn. 16950 e 16951

Pres. C. Piccinini, Rel. E. Cirillo

L. 212/2000 art. 12 comma 7 – Mancato rispetto del termine libero di sessanta giorni tra avviso di recupero e avviso di accertamento – Illegittimità dell'atto impositivo – Motivi di urgenza per l'emanazione anticipata – Prova da parte dell'Ufficio – Necessità

Il termine di sessanta giorni tra la notifica dell'avviso di recupero del credito di imposta e l'avviso di accertamento è posto a garanzia del pieno dispiegarsi del contraddittorio procedimentale che costituisce primaria espressione di principi, di derivazione costituzionale, di collaborazione e buona fede tra amministrazione e contribuente ed è diretto al migliore e più efficace esercizio della potestà impositiva

L'art. 12 comma 7 della l. 212/2000 pertanto va interpretato nel senso che l'inosservanza del termine dilatorio di sessanta giorni per l'emanazione dell'avviso di accertamento (che decorre dal rilascio al contribuente della copia del processo verbale di chiusura delle operazioni) determina l'illegittimità dell'atto impositivo emesso ante tempus.

Il vizio invalidante non consiste nella mera omessa enunciazione nell'atto dei motivi di urgenza che ne hanno determinato l'emissione anticipata, bensì nell'effettiva assenza di detto requisito – esonerativo dell'osservanza del termine – la cui ricorrenza nella fattispecie concreta deve essere provata dall'Ufficio.

Cass., sez. V, 21 ottobre 2015, n. 21385

Pres. A. Merone, Rel. A Di Blasi

Iva – Omesso rimborso Iva – Termine decadenziale – Impugnativa – Buoni sconto – Buoni rimborso – Variazione in diminuzione dell'imponibile – Direttiva 77/388/CEE – Nota di variazione – Art. 26, d.P.R. 633/72

In base al combinato disposto dell'art. 11 della Direttiva n. 77/388/CEE e dell'art. 13, comma 1, del

d.P.R. n. 633/1972, è legittima e fondata la pretesa al rimborso dell'IVA non detratta dall'operatore economico che – anche attraverso società intermediarie e/o eventuali rivenditori – abbia concesso ai consumatori finali sconti di prezzo senza aver tenuto conto nella determinazione della base imponibile, e quindi in detrazione dell'imposta dovuta, degli sconti medesimi. La Suprema Corte si è dunque occupata della c.d. nota di variazione ai fini IVA, disciplinata dall'articolo 26 del d.P.R. 633/72, estendendone le modalità operative, uniformandosi alla normativa europea e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e riprendendo quanto sostenuto anche dall'Agenzia delle Entrate (ris. 147/E del 2008). Ha però stabilito che il diritto al rimborso, che consegue ad una scelta imprenditoriale autonoma e spontanea del produttore – quale la distribuzione di buoni sconto e buoni rimborso ai consumatori finali, cui consegue la restituzione da parte dello stesso produttore al distributore o al consumatore finale di una quota del prezzo pagato da quest'ultimo, comprensiva sia dell'imponibile che dell'IVA –, è soggetto al termine decadenziale biennale di presentazione della domanda ex art. 21, comma 2, del d.lgs. n. 546/1992, qualora il rimborso non sia stato chiesto in sede di dichiarazione annuale.

Cass., sez. V, 16 ottobre 2015, n. 20964

Pres. C. Piccininni - Relatore L. Tricomi

Processo tributario – invalidità notifica cartella di pagamento – estratto di ruolo – impugnazione

La cartella di pagamento non ritualmente notificata può essere impugnata anche nel momento in cui il contribuente perviene a conoscenza dell'estratto di ruolo rilasciato su sua richiesta dal concessionario della riscossione, in quanto l'estratto di ruolo, pur non essendo previsto da nessuna disposizione di legge vigente e non essendo impugnabile, rappresenta l'avvenuta conoscenza della pretesa tributaria che consente al contribuente di avere consapevolezza del debito a proprio carico che egli ha interesse a contestare. La Corte, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'ultima parte del comma 3 dell'art. 19 d.lgs. n. 546/1992, esige che l'impugnabilità dell'atto presupposto invalidamente notificato (la cartella di pagamento) congiuntamente al successivo atto notificato (che potrebbe anche non esserci) non rappresenti l'unica possibilità di far valere l'invalidità della notifica, nel rispetto del diritto del contribuente a non vedere compromesso l'accesso alla tutela giurisdizionale «quando ciò non sia imposto dalla stringente necessità di garantire diritti o interessi di pari rilievo rispetto ai quali si ponga un concreto problema di reciproca limitazione».

Cass., sez. un., 2 ottobre 2015 n. 19704

Pres. L.A. Rovelli - Rel. C. Di Iasi

Rassegna delle recenti sentenze della Corte di Giustizia in materia tributaria

Rinvio pregiudiziale – Frode – Termini di prescrizione – Lesione interessi finanziari UE – Disapplicazione normativa interna

La Corte di Giustizia afferma che le condotte tese alla costituzione di una associazione per delinquere allo scopo di commettere delitti in materia di IVA, ovvero frodi carosello, costituiscano casi di frode grave, lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Gli Stati membri sono tenuti a rispettare gli obblighi imposti dall'Unione, per evitare l'impunità di un numero considerevole di casi di frode grave. A giudizio della Corte il regime prescrizione italiano applicabile ai reati commessi in materia IVA – desumibile dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dal successivo articolo 161 – è idoneo a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. Tale pregiudizio si verificherebbe non solo ogniqualvolta le norme sulla prescrizione impedissero l'adozione di decisioni giudiziarie definitive, ma anche quando fossero stabiliti termini prescrizionali più lunghi per i soli casi di frode lesivi degli interessi finanziari dell'Italia a dispetto di quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. Il giudice nazionale, nel caso in cui ravvisi un trattamento normativo eterogeneo per tali tipi di frode, dovrà disapplicare la normativa interna sulla prescrizione, anche se ciò comporterebbe effetti sfavorevoli per l'imputato e per la ragionevole durata del processo. L'ordinamento nazionale deve infatti assicurare che siffatte attività illecite siano passibili di sanzioni penali effettive e dissuasive, così da garantire tanto la piena efficacia del diritto dell'Unione, quanto la neutralizzazione dell'effetto temporale di una causa di interruzione della prescrizione. Il collegio non ravvisa contrasti con gli articoli 101 TFUE, 107 TFUE e 119 TFUE.

Sentenza della C.G.E.U., Grande Sezione,

8 Settembre 2015, C105/14, *Taricco e a.*

Rinvio pregiudiziale – Imposta sul valore aggiunto – Attività svolta da un'unità organizzativa di un comune in veste diversa da quella di pubblica autorità – Direttiva 2006/112/CE – Qualificazione dell'unità organizzativa come soggetto passivo Iva

La direttiva 2006/112/CE non consente di qualificare come soggetti passivi Iva, le unità organizzative iscritte al bilancio di un comune allorché le stesse pur realizzando operazioni soggette ad Iva non operino in modo indipendente. Occorre rammentare che il diritto dell'Unione in materia Iva, qualifica come soggetto passivo chiunque eserciti un'attività economica, in modo indipendente, in qualsiasi luogo e a prescindere dallo scopo o dai risultati di detta attività. In deroga a tale regola generale, la direttiva esclude dal novero dei soggetti passivi gli enti di diritto pubblico a meno che gli stessi non esercitino

un'attività economica in modo indipendente. Nel caso di specie, la Corte ha negato che tali unità potessero essere considerate quali soggetti passivi Iva giacché difettava il requisito dell'indipendenza, trovandosi le stesse in un rapporto di subordinazione nei confronti del comune cui erano collegate e svolgendo attività in nome e per conto di quest'ultimo. Inoltre tali unità, oltre a non disporre di un patrimonio proprio, non assumevano il rischio derivante dalle operazioni rese, ricadendo sul comune la responsabilità per i danni eventualmente provocati.

Sentenza della C.G.U.E., 29 settembre 2015,
C-276/14, Gmina Wrocław

Rinvio pregiudiziale – Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (IVA) – Direttiva 2006/112/CE – Art. 2, paragrafo 1, lettera c) e art. 135, paragrafo 1; lettere da d) a f) – Servizi a titolo oneroso – operazioni di cambio di valuta virtuale "bitcoin" contro valuta tradizionale – Esenzione

A seguito di rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia ha qualificato come prestazioni di servizi a titolo oneroso ex art. 2, paragrafo 1, della direttiva IVA, le operazioni di cambio di valuta virtuale "bitcoin" in valuta tradizionale e viceversa. Si tratta di vere e proprie operazioni finanziarie effettuate dietro corrispettivo che il fornitore indica all'atto della determinazione dei tassi di cambio. Ai fini dell'applicazione del beneficio di esenzione da IVA, la valuta virtuale, essendo un mezzo di pagamento di natura contrattuale, non può essere considerata né come conto corrente, né come deposito di fondi, né come pagamento o versamento e, poiché è un mezzo di pagamento diretto tra gli operatori che l'accettano, non può essere equiparato né agli assegni né ai crediti. La valuta virtuale "bitcoin", inoltre, non conferisce neanche un diritto di proprietà su persone giuridiche né un titolo di natura comparabile. Le operazioni di cambio, pertanto, non rientrano né nella lett. d) né nella lett. f) dell'art. 135 della direttiva IVA ma nella lett. e) della medesima disposizione, in quanto si è al cospetto unicamente di un mezzo di pagamento alternativo a quelli legali.

Sentenza della C.G.U.E., 22 ottobre 2015,
C-264/14 Skatteverket

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA 150

INTERNAZIONALE



DIRITTO INTERNAZIONALE

Violazione art. 7 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Nozione di genocidio – Sulla nozione di genocidio – Grande Camera – Codice Penale – Irretroattività delle norme penali – Principio *nulla poena sine lege*

La Corte di Strasburgo ha stabilito che l'applicazione retroattiva di una norma del codice penale che include una nozione ampia di genocidio è contraria all'articolo 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Corte europea dei diritti umani,

Case of Vasiliasuskas v. Lithuania, (ricorso n. 35343/05), sentenza depositata il 20 ottobre 2015¹

La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza depositata il 20 ottobre, nel caso *Vasiliasuskas* contro Lituania, ha delineato la nozione di genocidio tenendo conto delle regole pattizie, del diritto consuetudinario e della prassi di organi giurisdizionali internazionali come la Corte internazionale di giustizia, il Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia e quello per il Ruanda.

La Corte di Strasburgo ha stabilito che l'applicazione retroattiva di una norma del codice penale che include una nozione ampia di genocidio è contraria all'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'articolo in questione afferma il principio *nulla poena sine lege* tanto più se, all'epoca dei fatti contestati, anche nel diritto internazionale generale non si prevedeva che gli atti di genocidio comprendessero determinate azioni contro i membri di un gruppo politico e i partigiani non rientravano tra i gruppi che potevano essere considerati vittime di genocidio.

Nel caso in esame a ricorrere a Strasburgo è stato il signor *Vasiliasuskas*, ex ufficiale dei servizi Sicurezza dell'ex Repubblica Socialista Sovietica Lituana dal 1953 fino al suo pensionamento nel 1975, condannato per l'uccisione di alcuni partigiani lituani che avevano cercato di resistere al regime sovietico all'indomani la Seconda Guerra Mondiale.

L'uomo era stato condannato per genocidio dopo la modifica del codice penale avvenuta nel 2003 per fatti risalenti al 1953.

Nel suo ricorso, il ricorrente aveva sostenuto in particolare che l'interpretazione estensiva della nozione di genocidio adottata dai giudici Lituani nel suo caso non trova fondamento nella definizione di crimine nel diritto internazionale pubblico.

Egli ha sostenuto, in particolare, che era stato condannato sulla base dell'articolo 99 della nuova disposizione codice penale lituano che criminalizza il genocidio, includendo gruppi politici tra i gruppi che potrebbero essere vittime di un tale crimine, nonostante il fatto che i gruppi politici non siano inclusi tra i gruppi protetti dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 1948.

La Corte europea dei diritti umani di Strasburgo ha stabilito che si è trattato di un'applicazione retroattiva contraria alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Per la Grande Camera, lo Stato in causa non ha neanche provato che la condanna era basata sulla nozione di genocidio affermata dal diritto internazionale esistente nel 1953, malgrado gli organi giurisdizionali nazionali avessero, in un secondo tempo, giustificato la condanna sostenendo che nel diritto internazionale, all'epoca dei fatti, si fosse affermata una nozione in base alla quale andavano protetti anche i rappresentanti di un gruppo politico e, quindi, i partigiani.

Ed invero, a quell'epoca, tra i gruppi oggetto di tutela in base alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio del 1948 e al diritto consuetudinario non rientravano i gruppi politici mentre erano puniti atti come l'uccisione di membri di un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso.

Di conseguenza, se è certo che il genocidio era già riconosciuto, nel 1953, come crimine secondo il diritto internazionale pattizio e consuetudinario è anche vero che non è sicuro che fossero oggetto di protezione anche gli appartenenti ai gruppi politici.

Di qui la conclusione che vi è stata una violazione dell'articolo 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la condanna alla Lituania con l'obbligo di versare 10mila euro al ricorrente per danni patrimoniali.

¹ I testi integrali delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sono consultabili, in lingua francese ed inglese, sul portale: www.hudoc.echr.coe.int.

Violazione art. 10 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – Libertà di espressione – Libertà di stampa – Ordine dei Giornalisti – Sanzioni penali – Hate Speech – Tutela dei diritti umani

Non ci sono motivi di sicurezza nazionale che tengano se uno Stato parte alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo condanna un giornalista per aver pubblicato un articolo che contiene un'intervista a un membro di un'organizzazione illegale, senza alcuna forma di hate speech.

Corte europea dei diritti umani,

affaire Belek et Velioglu c. Turquie, ricorso n. 44227/04, sentenza depositata il 6 ottobre 2015

Lo ha stabilito la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Belek e Veliogly* contro Turchia depositata il 6 ottobre (con la quale Strasburgo ha condannato Istanbul per violazione dell'articolo 10 della Convenzione che assicura il diritto alla libertà di espressione.

A rivolgersi alla Corte il Sig. Ahmet Sami Belek e Savaş Velioglu, cittadini turchi rispettivamente, il proprietario e il redattore capo di un quotidiano "Günlük Evrensel" la cui sede si trova a Istanbul. Il 21 maggio 2003, il giornalista aveva pubblicato un articolo con la dichiarazione di alcuni rappresentanti del KADEK (Congresso per la libertà e la democrazia in Kurdistan) con cui si criticavano le condizioni di detenzione del leader dell'organizzazione Abdullah Öcalan.

Ora, poiché la legge turca vieta la pubblicazione di dichiarazioni di membri di un'organizzazione illegale armata, i due ricorrenti erano stati condannati al pagamento, rispettivamente, di 527 e 285 euro. Era stata poi vietata la pubblicazione del quotidiano per tre giorni, sanzione che era caduta per una modifica legislativa.

Secondo la Corte, i giudici nazionali hanno violato la Convenzione perché non hanno considerato l'articolo nel suo insieme.

Inoltre, ad avviso dei giudici internazionali, l'articolo non conteneva alcun appello all'uso della violenza, all'insurrezione e non conteneva alcun discorso d'odio. Di conseguenza, l'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione non era giustificata.

La Corte ha così condannato lo Stato a pagare la cifra che i due giornalisti avevano dovuto versare e, come indennizzo per i danni non patrimoniali, 1.250 euro a ciascun ricorrente.

DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2002/22/CE (direttiva "servizio universale") – Calcolo del costo degli obblighi di servizio universale – Considerazione del tasso di rendimento del capitale proprio – Effetto diretto – Applicazione *ratione temporis*

Gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), non ostano a che il costo netto dell'obbligo di servizio universale includa il «margine di utile ragionevole» del fornitore di tale servizio, costituito dal tasso di remunerazione del capitale proprio che esigerebbe un'impresa comparabile al fornitore del servizio universale che valuti l'opportunità di prestare il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio.

Gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 producono un effetto diretto e possono essere fatti valere direttamente dai singoli dinanzi a un giudice nazionale per contestare una decisione di un'autorità nazionale di regolamentazione.

La direttiva 2002/22 non è applicabile ai fini della determinazione dell'importo del costo netto degli obblighi di servizio universale assolti dall'impresa designata durante il periodo precedente all'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea, vale a dire, per il 2004, nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 30 aprile 2004.

C.G.U.E., Quinta Sezione, 6 ottobre 2015,

causa C-508/14, *T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic*²

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale)³. La medesima è stata presentata nell'ambito di una

² Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea sono consultabili, nelle diverse lingue ufficiali dell'Unione, sul seguente sito: <http://curia.europa.eu/>.

³ Art. 12 direttiva 2002/22/CE, intitolato «Calcolo del costo degli obblighi di servizio universale», dispone: «Allorché le autorità nazionali di regolamentazione ritengono che la fornitura del servizio universale di cui agli articoli da 3 a 10 possa comportare un onere eccessivo per le imprese designate a fornire tale servizio, esse calcolano i costi netti di tale fornitura. A tal fine, le autorità nazionali di regolamentazione possono: a) procedere al calcolo del costo netto dell'obbligo di servizio universale, tenendo conto degli eventuali vantaggi commerciali derivanti all'impresa designata per la fornitura del servizio universale, in base alle modalità stabilite nell'allegato IV, parte A, oppure b) utilizzare i costi netti della fornitura del servizio universale individuati in base a un meccanismo di determinazione conforme all'articolo 8, paragrafo 2». Art. 13 direttiva 2002/22/CE, intitolato «Finanziamento

controversia tra il Český telekomunikační úřad (autorità ceca di regolamentazione delle telecomunicazioni), da un lato, e la T-Mobile Czech Republic a.s. (in prosieguo: T-Mobile Czech Republic) e la Vodafone Czech Republic a.s., dall'altro, riguardo alla decisione del Český telekomunikační úřad del 23 febbraio 2011 con la quale tale autorità ha fissato l'importo della perdita connessa alla fornitura del servizio universale per l'anno 2004 subito dalla Telefónica Czech Republic a.s. (in prosieguo: Telefónica Czech Republic), divenuta O2 Czech Republic a.s. (in prosieguo: O2 Czech Republic).

Il 27 settembre 2010 l'autorità ceca di regolamentazione delle telecomunicazioni ha adottato una decisione che conferma l'importo della perdita dichiarata dalla Telefónica Czech Republic in conseguenza della fornitura del servizio universale per il 2004. Per il calcolo della menzionata perdita, il margine dell'utile ragionevole del fornitore è stato incluso nel valore del costo netto del servizio universale, conformemente al diritto nazionale in vigore fino al 30 aprile 2005. Nell'ambito di un procedimento di reclamo amministrativo, l'autorità ceca di regolamentazione delle telecomunicazioni ha confermato tale decisione con decisione del 23 febbraio 2011. Avverso tale decisione, T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic a.s. hanno proposto ricorsi amministrativi dinanzi al Městský soud v Praze (tribunale municipale di Praga), il quale ha annullato la suddetta decisione, giudicandola illegittima in quanto contraria alla direttiva 2002/22. Secondo il Městský soud v Praze, l'articolo 31 della legge sulle telecomunicazioni violava gli articoli 12 e 13 di tale direttiva, poiché prevedeva una determinazione dell'importo della perdita e un metodo di calcolo e di determinazione della perdita dimostrabile diversi da quelli previste dalla menzionata direttiva. Pertanto l'autorità ceca di regolamentazione delle telecomunicazioni avrebbe preso in considerazione erroneamente, sulla base del diritto nazionale, qualsiasi tipo di perdita, mentre ai sensi della direttiva 2002/22 solo la perdita che rappresenta un «onere eccessivo» avrebbe dovuto essere presa in considerazione. Il Městský soud v Praze ha concluso che erano soddisfatte le condizioni per l'applicabilità diretta della direttiva 2002/22, poiché la disciplina da essa prevista è chiara e incondizionata, sebbene il contenuto dell'espressione giuridica indeterminata di «onere eccessivo» debba essere precisato dall'autorità amministrativa o giudiziaria. Il Městský soud v Praze ha riconosciuto che l'ef-

degli obblighi di servizio universale», dispone: «Qualora, sulla base del calcolo del costo netto di cui all'articolo 12 le autorità nazionali di regolamentazione riscontrino che l'impresa stessa è soggetta ad un onere eccessivo, gli Stati membri decidono, previa richiesta di un'impresa designata: a) di introdurre un dispositivo inteso a indennizzare l'impresa per i costi netti così calcolati attingendo a fondi pubblici in condizioni di trasparenza, e/o b) di ripartire il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica».

fetto diretto di tale direttiva non può essere pregiudizievole per un singolo, ma ha qualificato la Telefónica Czech Republic, di cui lo Stato ceco deteneva il 51,1% delle azioni, come un «ente statale» controllato dallo Stato e quindi sottoposto all'effetto diretto di tale direttiva, stabilendo che, da un punto di vista temporale, la direttiva 2002/22 si applicava al servizio universale fornito per tutto l'anno civile 2004, e quindi anche per il periodo anteriore all'adesione della Repubblica ceca all'Unione europea, il 1° maggio 2004.

L'autorità ceca di regolamentazione delle telecomunicazioni ha proposto un ricorso per cassazione dinanzi al Nejvyšší správní soud (Corte suprema amministrativa) contro la sentenza del Městský soud v Praze. Per quanto riguarda la questione circa la possibilità, secondo la direttiva 2002/22, di includere nel costo netto dell'obbligo di servizio universale anche il margine di utile ragionevole previsto dal diritto nazionale, il Nejvyšší správní soud ritiene, sulla base di un'interpretazione letterale, che l'utile, ragionevole o meno, non possa essere considerato come una voce di spesa sussumibile nella nozione di «costo netto» dell'obbligo di servizio universale, come dichiara e prevede tale direttiva. Tuttavia, non si dovrebbe ignorare la possibilità che il costo netto ai sensi di tale direttiva tenga conto anche dei costi parziali del «capitale proprio» sostenuti dal fornitore per la fornitura del servizio universale, costi che la disciplina nazionale classifica, in modo non del tutto pertinente, con l'espressione «margine di utile ragionevole». Pertanto, la Corte suprema amministrativa ha ritenuto necessario sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte lussemburghese quattro questioni pregiudiziali.

Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede se gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 debbano essere interpretati nel senso che ostano a che il costo netto dell'obbligo di servizio universale comprenda il «margine di utile ragionevole» del fornitore di tale servizio. Nel caso di specie, il Nejvyšší správní soud sottopone alla Corte una questione relativa al principio della presa in considerazione di un rendimento del capitale proprio investito dall'impresa designata a fornire un servizio universale per determinare l'importo del costo netto dell'obbligo di servizio universale, poiché desidera disporre di elementi che gli consentano di giudicare se tale rendimento del capitale proprio possa essere preso in considerazione laddove sia definito nella misura del 14,5% del valore contabile del capitale proprio investito da tale impresa. In merito, preme ricordare che secondo gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22, per determinare l'importo dell'indennizzo eventualmente dovuto a un'impresa designata a fornire un servizio universale, occorre, in un primo momento, calcolare il costo netto dell'obbligo di servizio universale per l'impresa designata quale fornitore e in seguito, qualora le autorità nazionali di regolamentazione riscontrino che l'impresa è sogget-

ta a un onere eccessivo, tali autorità decidono di introdurre un meccanismo inteso a indennizzare detta impresa per i costi netti così come sono stati calcolati e/o di ripartire il costo netto degli obblighi di servizio universale tra i fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica. E che, secondo l'allegato IV, parte A, secondo comma, della direttiva medesima, il costo netto consiste nella differenza tra il costo netto delle operazioni di un'impresa designata quando è soggetta ad obblighi di servizio universale e il costo netto delle operazioni in assenza di tali obblighi. Ai fini di tale calcolo, il costo dei prestiti o del capitale proprio deve essere preso in considerazione qualora l'impresa designata abbia dovuto ricorrere a capitali per realizzare investimenti necessari alla fornitura del servizio universale. A tale riguardo è irrilevante che detta voce del costo netto sia presentata nella normativa nazionale di cui trattasi con la denominazione di «margine di utile ragionevole», dato che rappresenta effettivamente un costo per il fornitore del servizio universale.

Passando al vaglio del quesito, la Corte UE osserva che, sebbene la direttiva 2002/22 non contenga nessun riferimento esplicito alla possibilità di includere il costo del capitale proprio o il «margine di utile ragionevole» nel calcolo del costo netto sostenuto dall'impresa che fornisce un servizio universale, una lettura teleologica di tale direttiva permette nondimeno di concludere in tal senso. Invero, l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2002/22 sottolinea la necessità di garantire l'attuazione del servizio universale seguendo il metodo più efficace e riducendo al minimo le distorsioni del mercato. Come enuncia il considerando 4 di tale direttiva, il fatto di assicurare un servizio universale può comportare la prestazione di determinati servizi a determinati utenti finali a prezzi che si discostano da quelli risultanti dalle normali condizioni di mercato. Per tale motivo il legislatore dell'Unione ha previsto, come emerge dal considerando 18 della medesima direttiva, che «gli Stati membri, ove necessario, dovrebbero istituire meccanismi di finanziamento del costo netto derivante dagli obblighi di servizio universale qualora sia dimostrato che tali obblighi possono essere assunti solo in perdita o ad un costo netto superiore alle normali condizioni commerciali (v., sentenza Base e a., C-389/08, EU:C:2010:584, punto 34)». Come a dire che il costo del capitale investito fa parte dell'insieme dei costi sostenuti da un'impresa che opera in normali condizioni commerciali. Lo si deve quindi parimenti includere nel calcolo del costo netto relativo agli obblighi del servizio universale, per permettere all'impresa designata a fornire un servizio universale di recuperare il costo netto specifico sostenuto, senza che questa si discosti dalle normali condizioni commerciali o subisca una perdita. Del resto, come emerge dal considerando 18 della direttiva 2002/22, gli eventuali finanziamenti concessi al fine di compensare il costo netto derivante dagli obblighi di servizio universale

devono essere compatibili con le disposizioni degli articoli 107-108 TFUE. L'interpretazione della nozione di «costo netto», ai sensi di tale direttiva, deve quindi tener conto delle regole relative alla valutazione delle compensazioni per i servizi di interesse economico generale sulla base dell'articolo 107 TFUE. A tale riguardo, la Corte ha già stabilito che «la compensazione che rappresenti la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'esecuzione di tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi (v., per analogia, sentenza *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, EU:C:2003:415)».

Quanto al metodo di valutazione del rendimento dei capitali propri da prendere in considerazione, emerge dal considerando 18 della direttiva 2002/22 che il costo netto derivante dagli obblighi di servizio universale dev'essere correttamente calcolato e che l'eventuale finanziamento deve comportare distorsioni minime per il mercato e per gli organismi che vi operano. Di conseguenza, la remunerazione del capitale dovrebbe essere necessaria e ragionevole, direttamente imputabile all'investimento realizzato per la fornitura del servizio universale e non dovrebbe comportare un eccesso di compensazione a favore del fornitore interessato. Il giudice UE ricorda che il punto 61 della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale e l'articolo 5, paragrafo 5, della decisione 2012/21 forniscono indicazioni circa le modalità di valutazione del «margine di utile ragionevole», che corrisponde al tasso di remunerazione del capitale. Sebbene tale comunicazione non costituisca una norma di diritto vincolante, essa può tuttavia costituire fonte di ispirazione per l'interpretazione della nozione di «costo netto», ai sensi della direttiva 2002/22. Ancora, secondo il punto 61 della medesima comunicazione e l'articolo 5, paragrafo 5, della decisione 2012/21, per «margine di utile ragionevole» si intende il tasso di remunerazione del capitale che esigerebbe un'impresa media che valuti l'opportunità di prestare o meno il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio. Quest'ultimo dipende dal settore interessato, dal tipo di servizio e dalle caratteristiche del meccanismo di compensazione. Tale tasso, definito come il tasso di rendimento interno che l'impresa ottiene sul capitale investito nel periodo di incarico, può essere determinato facendo riferimento a imprese comparabili. Ne segue, a giudizio della Corte dell'Unione, che spetta al giudice nazionale verificare se il tasso di remunerazione annuo previsto dalla normativa nazionale risponda

ai criteri suddetti, laddove sia definito in modo forfettario e nella misura del 14,5% del valore contabile del capitale proprio investito dall'impresa designata a fornire un servizio universale. Ciò porta il giudice UE a rispondere alla prima questione dichiarando che gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che il costo netto dell'obbligo di servizio universale includa il «margine di utile ragionevole» del fornitore di tale servizio costituito dal tasso di remunerazione del capitale proprio che esigerebbe un'impresa comparabile al fornitore del servizio universale che valuti l'opportunità di prestare il servizio di interesse economico generale per l'intera durata del periodo di incarico, tenendo conto del livello di rischio.

Sulla seconda e terza questione, il giudice UE osserva che occorre rispondere alle stesse nella misura in cui il giudice del rinvio possa constatare che la normativa nazionale di cui trattasi non corrisponde alle indicazioni fornite nell'ambito della risposta alla prima questione. Mediante le dette questioni, il giudice nazionale chiede se gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 producono effetto diretto e, in caso di risposta affermativa, se possano essere fatti valere nei confronti di una società commerciale di cui uno Stato membro detenga il 51% delle azioni. Secondo costante giurisprudenza, «una direttiva non può, di per sé, creare obblighi per i singoli, ma può solo far nascere diritti. Di conseguenza, un singolo non può far valere una direttiva nei confronti di uno Stato membro qualora si tratti di un obbligo pubblico direttamente connesso all'attuazione di un altro obbligo che incombe ad un terzo ai sensi di tale direttiva (v. sentenze Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, punto 56 e giurisprudenza ivi citata, nonché Arcor e a., da C-152/07 a C-154/07, EU:C:2008:426, punto 35)». Per contro, «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti a un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato (v. sentenze Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, punto 57 et giurisprudenza ivi citata, nonché Arcor e a., da C-152/07 a C-154/07, EU:C:2008:426, punto 36)» Nel procedimento principale, la controversia dinanzi al giudice del rinvio oppone privati allo Stato membro interessato, che agisce mediante l'autorità nazionale di regolamentazione che è l'autore della decisione impugnata. Il giudice lussemburghese constata, poi, che l'O2 Czech Republic è soggetto terzo rispetto alla controversia dinanzi al giudice *a quo* e può subire solamente ripercussioni negative che non possono essere considerate alla stregua di obblighi imposti in forza delle direttive invocate dinanzi al giudice del rinvio. Ergo, la questione se tale impresa sia statale non è pertinente. Alla luce di quanto argomentato, la Corte passa ad esaminare se gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 soddisfino le condizioni per produrre un effetto diretto. A tale

riguardo, conformemente alla costante giurisprudenza, il giudice UE stabilisce che, in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista del loro contenuto, «incondizionate e sufficientemente precise, i singoli sono legittimati a farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato membro quando esso l'abbia recepita in modo non corretto (v. sentenza Pfeiffer e a., da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 103 e giurisprudenza citata, nonché Arcor e a., da C-152/07 a C-154/07, EU:C:2008:426, punto 40)». Orbene, gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 soddisfano tali criteri, poiché prevedono chiaramente che un eventuale finanziamento degli obblighi di servizio universale deve essere effettuato sulla base del calcolo del costo netto che deve essere interpretato nel senso di includere anche il «margine di utile ragionevole» corrispondente al tasso di remunerazione del capitale e che tale obbligo non è soggetto a condizioni. Sebbene la direttiva 2002/22 lasci un certo margine discrezionale alle autorità nazionali di regolamentazione nell'esecuzione delle disposizioni ivi previste, ciò non pregiudica il carattere preciso e incondizionato degli obblighi che ne derivano. In ragione di ciò, il giudice dell'Unione risponde alla seconda e alla terza questione dichiarando che gli articoli 12 e 13 della direttiva 2002/22 producono un effetto diretto e possono essere fatti valere direttamente dai singoli dinanzi a un giudice nazionale per contestare una decisione di un'autorità nazionale di regolamentazione.

Infine, con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2002/22 è applicabile durante il periodo precedente all'adesione della Repubblica ceca all'Unione, vale a dire, per il 2004, tra il 1° gennaio e il 30 aprile 2004. L'articolo 2 dell'atto di adesione prevede che dalla data di adesione le disposizioni dei Trattati originari e gli atti adottati dalle istituzioni e dalla Banca centrale europea, prima dell'adesione, vincolano i nuovi Stati membri e si applicano in tali Stati alle condizioni previste da tali Trattati e dall'atto di adesione. Conformemente all'atto di adesione e agli orientamenti giurisprudenziali sul punto Orbene, la Corte conclude nel senso che la direttiva 2002/22 è divenuta applicabile alla Repubblica ceca a partire dalla data della sua adesione all'Unione (C.G.U.E., Sesta Sezione, 2 ottobre 1997, causa C-122/96, *Saldanha e MTS*, EU:C:1997:458; C.G.U.E., Sesta Sezione, 12 novembre 2009, causa C-441/08, *Elektrownia Pątnów II*, EU:C:2009:698). Ne segue che la direttiva 2002/22 non è applicabile ai fini della determinazione dell'importo del costo netto degli obblighi di servizio universale assolti dall'impresa designata durante il periodo precedente all'adesione della Repubblica ceca all'Unione, vale a dire, per il 2004, nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 30 aprile 2004.

Ordinamento giudiziario

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEGLI AVVOCATI TRA VECCHIE NORME E NUOVE DISPOSIZIONI	156
di Francesca Picierno	

ORDINAMENTO
GIUDIZIARIO



La responsabilità disciplinare degli avvocati tra vecchie norme e nuove disposizioni

abstract

The law n. 247/2012 has substantially changed the legal profession and the legal forensic system and, consequently, the whole structure of the ethic code. In implementing the reform, the new ethic code, came into force on 15 December 2014, provided for the typing of disciplinary offenses and sanctions. Below we analyze the main cases that configure hypotheses of disciplinary responsibility.

keywords

Layer – disciplinary responsibility – disciplinary offences.

abstract

La legge n. 247/2012 ha modificato sostanzialmente la professione di avvocato e l'ordinamento forense nonché, di conseguenza, l'intera struttura del codice deontologico. In attuazione della riforma, il nuovo codice deontologico forense, entrato in vigore il 15 dicembre 2014, ha provveduto alla tipizzazione degli illeciti disciplinari e delle relative sanzioni. Di seguito si analizzeranno le principali fattispecie che configurano ipotesi di responsabilità disciplinare.

parole chiave

Avvocato – responsabilità disciplinare – illeciti disciplinari.

sommario

1. La pubblicità informativa e la concorrenza. – **2.** L'accaparramento della clientela. – **3.** La formazione continua. – **4.** L'obbligo di adempimento fiscale, previdenziale contributivo e assicurativo. – **5.** Il compenso dell'avvocato ed il divieto del patto quota lite. – **6.** La responsabilità disciplinare della società.

1. La pubblicità informativa e la concorrenza

Uno degli argomenti più dibattuti in tema di responsabilità disciplinare riguarda la pubblicità della professione forense e dei limiti entro cui viene ammessa.

Negli ultimi anni, grazie alla crescita esponenziale dell'utilizzo dei mezzi di comunicazione, si è posto il problema di verificare la compatibilità della pubblicità

con il ruolo e la funzione attribuiti all'avvocatura ed in che modo incide sugli aspetti deontologici della professione forense, stabilendo i limiti entro cui un avvocato può pubblicizzare la propria attività.

In passato, partendo dalla nozione di pubblicità come "qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o professionale, allo scopo di promuovere la vendita dei beni oppure la prestazione di opere o di servizi", vigeva il divieto di propaganda, che veniva visto, nell'opinione generale, come un principio deontologico importante, diretto a sottolineare la particolare dignità della professione forense, non equiparabile ad una qualunque attività di servizi¹.

In Italia, a differenza del sistema americano dove la pubblicizzazione dell'attività forense avviene anche con spot commerciali, solo dal 2006, con la legge sulle liberalizzazioni², si è consentita la pubblicità informativa in relazione ai "titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo ed i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio".

Successivamente, si è precisato³ che la pubblicità informativa è consentita "con ogni mezzo" e che le informazioni devono essere "trasparenti, veritiere, corrette e non devono essere equivocate, ingannevoli e denigratorie".

In senso analogo, il d.P.R. n. 137/2012 ha ribadito che «la pubblicità informativa deve essere funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo di segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria»⁴.

Da ultimo l'art. 10 della legge professionale⁵, insieme agli artt. 17 e 35 del nuovo codice deontologico,

¹ La pubblicità veniva considerata contraria e disdicevole alla funzione dell'avvocatura, evidenziando l'importanza del riserbo che la deve circondare per la delicatezza delle questioni trattate che coinvolgono profili, attinenti al patrimonio e alla persona, particolarmente sensibili degli assistiti privilegiando una competizione dignitosa e decorosa, fondata sulla preparazione, sullo studio e sulla capacità tecnica ed etica nelle prestazioni e sulle qualità acquisite.

² D.l. 4 luglio 2006 n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006 n. 248.

³ D.l. 13 agosto 2011, conv. in L. 14 settembre 2011 n. 148, c.d. "mavovra bis".

⁴ Art. 4 d.P.R. 3 agosto 2012 n. 127.

⁵ L. 31 dicembre 2012, n. 247.

hanno mantenuto le informazioni sui titoli e le specializzazioni, ma hanno escluso i compensi delle prestazioni dal novero delle informazioni che possono essere diffuse.

Tali disposizioni stabiliscono che è consentita all'avvocato la pubblicità sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e sulla struttura dello studio, sulle eventuali specializzazioni e titoli scientifici professionali posseduti.

Si parla, a riguardo, di c.d. pubblicità informativa, essendo permessa la sola pubblicità relativa alle informazioni sulla propria attività professionale, specializzazione, titoli e struttura dello studio⁶.

Dunque viene consentita non una pubblicità indiscriminata, ma la diffusione di specifiche informazioni sull'attività, i contenuti e le condizioni di offerta dei servizi professionali, al fine di orientare razionalmente le scelte di coloro che ricercano assistenza legale.

C'è da dire che la norma non rappresenta una vera e propria novità, in quanto l'oggetto della pubblicità informativa è sostanzialmente coincidente con quanto era già previsto dall'art. 4 del d.P.R. n. 137/2012, che includeva anche informazioni sui compensi.

In particolare, la pubblicità e tutte le informazioni relative alla propria attività possono essere diffuse pubblicamente con qualunque mezzo, anche informatico e devono essere trasparenti, veritiere e corrette; non devono essere comparative con altri professionisti, equivoche, ingannevoli, denigratorie o suggestive.

Per la prima volta, il legislatore, con la nuova legge professionale, ha voluto introdurre il divieto di pubblicità comparativa e di pubblicità suggestiva ed il principio di trasparenza in precedenza non espressamente vietati.

Ciò che viene sanzionato, non è tanto il contenuto delle informazioni pubblicitarie, quanto la modalità con cui vengono rese, essendo ammessa esclusivamente la c.d. pubblicità informativa. Ne consegue che è vietata non solo la pubblicità ingannevole, ma anche quella comparativa.

Com'è stato sottolineato più volte, infatti, la pubblicità informativa, quanto alla forma ed alla modalità, deve rispettare la dignità ed il decoro della professione e non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa e comparativa⁷.

⁶ Secondo il Consiglio Nazionale Forense, si deve affermare la liceità dell'informazione resa anche attraverso l'indicazione degli eventi formativi cui si sia partecipato o che si siano organizzati, perché nella nozione di attività professionale va ricompreso non solo quanto costituisca esercizio dello specifico mandato difensivo, ma anche tutto quanto sia connesso e funzionale al miglior svolgimento dello stesso (C.N.F., parere, 9 aprile 2014, n. 17).

⁷ In giurisprudenza si è sempre stabilito che «non è in discussione il diritto al libero esercizio di una "pubblicità promozionale" dell'attività professionale, bensì esclusivamente la modalità secondo la quale detta pubblicità sia realizzabile nel doveroso rispetto di precisi e specifici limiti deontologici disciplinarmente rilevanti» (cfr. Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2013, n. 10304; Cass.

La pubblicità consentita è solo quella informativa e non quella promozionale ed il discrimine tra le due forme risiede nella potenziale efficacia delle espressioni utilizzate ad attingere la sfera "razionale" o, invece, quella "emotiva": un conto è dare informazioni, anche dettagliate, sulle modalità con cui viene praticata la professione, un altro è lanciare slogan, usare espressioni suggestive, volte, proprio come la pubblicità commerciale, a stimolare la sfera emotiva degli utenti, più che a consentir loro una comparazione di servizi professionali sulla base di dati oggettivi.

Pertanto, la pubblicità mediante la quale il professionista, con il fine di condizionare la scelta dei potenziali clienti e senza adeguati requisiti informativi, offra prestazioni professionali, viola indubbiamente le prescrizioni normative, integrando il messaggio con modalità attrattive della clientela operate con mezzi suggestivi ed incompatibili con la dignità ed il decoro⁸.

In applicazioni di tali principi, non sono consentite pubblicità di prestazioni gratuite, ovvero informazioni fondate sull'offerta di prestazioni professionali gratuite, a prezzi simbolici o, comunque, molto "competitivi", in quanto volta a suggestionare il cliente sul piano emozionale, con un messaggio di natura meramente commerciale ed esclusivamente caratterizzato da "evidenti sottolineature del dato economico"⁹; né è consentita la pubblicità occulta realizzata attraverso articoli di giornale, mascherati da interviste, nei quali, anche attraverso fotografie, si esaltino la struttura, le competenze e le attività dello studio professionale.

Ancora, sono da ritenersi precluse, perché contrarie ai principi di "riservatezza e segretezza" le pratiche pubblicitarie tese ad enfatizzare e diffondere le percentuali dei successi professionali, così come sono vietate, perché lesive del "decoro e della dignità della professione", la diffusione del proprio fatturato.

Absolutamente vietata la forma di pubblicità comparativa, che lederebbe anche il principio di correttezza nei confronti dei colleghi.

Viceversa, non costituisce una violazione deontologica l'intervista apparsa su un quotidiano quando non sussista alcuna volontà dell'avvocato di farsi pubblicità in violazione delle norme deontologiche e i toni eventualmente "celebrativi" siano ascrivibili esclusivamente alla libera iniziativa del giornalista.

In sostanza vige un principio di libertà di forme nella comunicazione di informazioni sull'attività professionale, purché non si travalichi nella vera e propria

civ., sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287).

⁸ Secondo il C.N.F., la proposta commerciale che offra servizi professionali a costi molto bassi lede il decoro della professione a prescindere dalla corrispondenza o meno alle indicazioni tariffarie, dovendosi considerare l'adeguatezza del compenso al valore e all'importanza della singola attività posta in essere (C.N.F., 2 marzo 2012, n. 34).

⁹ C.N.F., sentenza, 6 giugno 2013, n. 89

pubblicità commerciale, ossia messaggi diretti a suggestionare sul piano emozionale le persone.

Principi, questi, affermati anche dalla legislazione comunitaria¹⁰, secondo cui la pubblicità degli studi legali non deve assumere i contorni della pubblicità commerciale e non deve tendere all'accaparramento della clientela; deve essere conforme alle regole di deontologia professionale e, in particolare, all'indipendenza, dignità, onore della professione, al segreto professionale e alla lealtà verso clienti e colleghi¹¹.

Anche il Consiglio Nazionale Forense, in merito, ha statuito che i principi di dignità, decoro e lealtà nello svolgimento e nella comunicazione delle attività professionali sono, nell'ottica della deontologia forense, superiori all'interesse all'acquisizione di nuova clientela¹².

Inoltre, nelle informazioni al pubblico, l'avvocato non può indicare il nominativo dei propri clienti, anche se questi vi consentano.

Come detto, la pubblicità può essere diffusa con qualunque mezzo, anche informatico.

Certamente devono ritenersi vietati, a titolo esemplificativo, i mezzi televisivi e radiofonici, i giornali e gli annunci pubblicitari in genere, le sponsorizzazioni, le telefonate di presentazione e le visite a domicilio non specificamente richieste, i mezzi di divulgazione anomali (quali distribuzione di volantini a soggetti indeterminati, attraverso cartelloni pubblicitari).

In particolare, l'art. 35 del codice deontologico stabilisce che l'avvocato può utilizzare, a fini informativi, esclusivamente siti web con domini propri senza reindirizzamento, direttamente riconducibili a sé, allo studio legale o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito.

Pertanto, viene espressamente stabilito il divieto di contenere, all'interno del sito riferibile all'avvocato, riferimenti commerciali o pubblicitari sia mediante l'indicazione diretta, che mediante strumenti di collegamento interni o esterni al sito.

Dalla lettura di queste disposizioni, sembra che il legislatore equipari la pubblicità al sito web.

Tale impostazione tuttavia, non può essere condiziona, in quanto è difficile affermare che ogni forma di comunicazione attraverso la rete internet equivalga, *sic et simpliciter*, ad un messaggio pubblicitario, atteso che la natura pubblicitaria di un messaggio non dipende certamente dal veicolo utilizzato per la sua diffusione.

Infatti, richiamando la definizione di pubblicità come «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualunque modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere e servizi»¹³, è chiaro che solo se rispondente a questi criteri, un sito web, come qualsiasi altro tipo di messaggio diffuso presso il pubblico, potrà essere considerato come un messaggio pubblicitario.

Diversamente, esso andrà considerato alla stregua di qualsiasi altra manifestazione del pensiero o forma di comunicazione di idee, informazioni e quant'altro.

Le attuali norme deontologiche hanno dunque superato il divieto *tout court* della pubblicità, per introdurre il principio della libertà dell'informazione, con pieno riconoscimento del fondamento giuridico del diritto di dare informazioni sull'attività professionale, quale autentica espressione dei principi costituzionali sulla libertà di manifestazione del pensiero e della libertà di iniziativa economica, nonché dei consolidati canoni in ordine alla libertà di concorrenza.

Proprio in ordine a tale ultimo aspetto, ovvero la tutela della libertà di concorrenza, l'Autorità garante della concorrenza e del libero mercato, già nell'ottobre 2014, con il provvedimento n. 25154, aveva accertato l'infrazione commessa dal C.N.F. che, con il parere n. 48/2012 aveva posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza, consistente nell'adozione di due decisioni volte a limitare l'autonomia dei professionisti, censurando quale illecito disciplinare sia la richiesta di compensi inferiori, sia l'utilizzo di un canale promozionale ed informativo attraverso il quale veicolare la convenienza economica della prestazione professionale¹⁴.

In particolare, secondo l'Antitrust il C.N.F. aveva posto in essere illegittimamente una «*restrizione della concorrenza tra i professionisti, impedendo loro di utilizzare determinate piattaforme digitali per pubblicizzare i propri servizi professionali, anche con riguardo alla componente economica degli stessi e pertanto limita l'impiego da parte degli avvocati di un importante canale messo a disposizione dalle nuove tecnologie per la diffusione dell'informazione circa la natura e la convenienza dei servizi professionali offerti*».

Di recente, l'Antitrust è nuovamente intervenuta in merito al nuovo codice deontologico, focalizzando l'attenzione sull'art. 35 e considerando tale disposizione in contrasto con i principi vigenti in tema di concorrenza e libero mercato¹⁵.

¹⁰ Sul tema, la direttiva 2006/123/CE c.d. Bolkestein, relativa ai servizi nel mercato interno, con riferimento ai professionisti usa l'espressione «*comunicazioni commerciali emananti dalle professioni regolamentate*», distinguendole nettamente dalla pubblicità strettamente commerciale. Si veda anche la direttiva 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali.

¹¹ Direttiva 2000/31/CE, attuata con il d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70.

¹² C.N.F., 29 novembre 2012, n. 170.

¹³ Art. 2, comma 1, lett. a) d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 7.

¹⁴ Secondo il C.N.F., l'utilizzo da parte dell'avvocato di siti diversi dal proprio per farsi pubblicità costituiva uno «*svilimento della prestazione professionale da contratto d'opera intellettuale*» ed era perciò da evitare.

¹⁵ Con il provvedimento n. 25487, pubblicato il 15 giugno 2015,

2. L'accaparramento della clientela

Il tema della pubblicità dell'attività legale e della libera concorrenza si connette senza dubbio al divieto di accaparramento di clientela.

Dal punto di vista nozionistico, la pubblicità è la comunicazione del proprio ambito di attività professionale e dell'organizzazione dello studio, mentre l'accaparramento di clientela è l'attività diretta all'acquisizione di clienti con metodologie lesive del decoro e della dignità della professione forense.

Sebbene le norme che regolano il divieto di accaparramento della clientela siano cosa diversa rispetto a quelle che regolano la pubblicità, non si può negare che la pubblicità informativa possa costituire un modo attraverso il quale violare il divieto di accaparramento.

La c.d. pubblicità informativa è, infatti, uno strumento destinato a consentire al professionista forense di comunicare a terzi informazioni sulla propria attività professionale, con lo sperato esito di avvicinare possibili clienti con i quali instaurare nuovi rapporti di prestazione d'opera professionale.

Come anche affermato dall'Antitrust, la pubblicità costituisce una leva essenziale nella promozione della concorrenza perché consente una migliore valutazione dei meriti di ciascun operatore, della qualità delle prestazioni e del costo, così facilitando l'ingresso di nuovi soggetti concorrenziali; quando attiene alle attività professionali viene considerata uno strumento indispensabile per il superamento delle asimmetrie informative degli utenti laddove riguardi elementi di fatto quali prezzi, caratteristiche e risultati.

In particolare, l'art. 37 del nuovo codice deontologico, che riprende i precetti stabiliti dall'art. 19 del vecchio testo normativo, stabilisce il divieto, per l'avvocato, di acquisire rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi a correttezza e decoro; il divieto di offrire, oltre che di corrispondere a colleghi provvigioni o altri compensi, ponendo tale divieto in correlazione con l'ottenimento di incarichi professionali e non più solamente con la presentazione di clienti.

In senso analogo, all'interno del testo normativo viene inoltre stabilito il carattere illecito dell'offerta di omaggi o prestazioni a terzi ovvero la corresponsione o la promessa di vantaggi per ottenere difese o incarichi, viene ribadito il divieto di offrire prestazioni professionali nel domicilio degli utenti, nei luoghi di riposo, svago, in luoghi pubblici o parti al pubblico.

Va osservato che l'illecito previsto dall'art. 37 del codice deontologico si consuma indipendentemente dal fatto che il rapporto di clientela si instauri effetti-

vamente per effetto della condotta volta all'accaparramento posta in essere dall'avvocato e, altresì, indipendentemente dal fatto che il medesimo abbia, di fatto, tratto vantaggio dalla condotta assunta, atteso che la norma in esame delinea un illecito di pericolo e non di danno:¹⁶ in sostanza, dunque, l'aver effettivamente raggiunto un concreto vantaggio dalla condotta posta in essere è circostanza irrilevante ai fini della commissione dell'illecito deontologico¹⁷.

Negli ultimi anni la giurisprudenza ha più volte sanzionato la violazione del divieto sancito dalla citata norma, affermando il carattere illecito di condotte e mezzi non consoni alle regole proprie del corretto confronto tra prestazioni rese da diversi professionisti.

Il divieto principale è, quindi, quello di assumere qualsivoglia condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela con modi non conformi alla correttezza e decoro della professione.

Tra tali modi illeciti, in primo luogo vi sono quelli che si avvalgono di agenzie o di procacciatori al fine dell'acquisizione di detti rapporti con possibili clienti.

Al riguardo, è stato sanzionato un avvocato che assumeva pratiche a mezzo di un'agenzia, nonché quello di un avvocato che, con la fittizia interposizione di una società a responsabilità limitata, aveva creato un'organizzazione commerciale di procacciamento di affari e di attività professionale.

Con riferimento, invece, all'infrazione dell'offerta di omaggi o prestazioni a terzi ovvero la corresponsione o la promessa di vantaggi per ottenere difese o incarichi, è stato sanzionato il comportamento di un avvocato che era solito distribuire penne biro recanti la stampa del proprio nome negli uffici giudiziari e nelle carceri, nonché l'invio a Natale ai cancellieri di un biglietto di auguri con il quale li si invitava a recarsi presso un negozio al fine di ritirare un omaggio.

Relativamente al divieto di offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, è stato affermato che viola il divieto di accaparramento di clientela l'avvocato che stabilisce un recapito professionale presso un'agenzia di infortunistica stradale¹⁸, nonché l'avvocato presso il cui studio legale sia ubicata un'associazione di categoria¹⁹.

Una particolare violazione nell'ambito della problematica dell'accaparramento della clientela e della valutazione dell'aspetto pubblicitario, consiste poi nell'uso di insegne stradali poste per la strada, con la finalità di richiamare l'attenzione di possibili utenti.

Il C.N.F. e la Suprema Corte hanno valutato la suddetta fattispecie esaminando il caso di un cartello recante la dicitura "prima consulenza gratuita", affer-

¹⁶ L'Antitrust ha contestato al C.N.F. che le disposizioni contenute nell'art. 35 del codice deontologico forense ripetono sostanzialmente quanto contenuto nel parere n. 48 del 2012, reiterando quindi una infrazione già accertata e continuando a porsi in contrasto sia con il diritto comunitario che con il precedente provvedimento n. 25154 del 22 ottobre 2014.

¹⁶ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2005, n. 309.

¹⁷ C.N.F., 27 ottobre 2008, n. 137.

¹⁸ C.N.F., 12 maggio 2010, n. 21; C.N.F., 23 aprile 2004, n. 95.

¹⁹ C.N.F., 27 ottobre 2008, n. 137.

mando che in tema di illeciti disciplinari riguardanti gli avvocati, mentre è da ritenere legittima la pubblicità informativa dell'attività professionale finalizzata all'acquisizione di nuova clientela, la medesima è sanzionabile disciplinarmente ove venga svolta con modalità lesive del decoro e della dignità della professione²⁰.

Inoltre, si è concluso per la deontologica rilevanza del comportamento posto in essere dal professionista, il quale sulla propria carta intestata faccia uso di diciture, attribuendosi altresì delle competenze, che si configurino come pubblicità suggestiva, perseguendo in tal modo uno scopo di accaparramento della clientela.

Ugualmente, si è ritenuto che integrasse gli estremi dell'illecito disciplinare riconducibile all'accaparramento della clientela, la condotta dell'avvocato che, attraverso delle interviste rese agli organi di stampa, ponga in essere una enfaticizzazione della sua professionalità, nonché delle tecniche processuali e di difesa di cui si avvale.

3. La formazione continua

Nell'esercizio della professione, è previsto per l'avvocato l'obbligo della formazione professionale continua e dell'aggiornamento, con la partecipazione obbligatoria ad eventi formativi per conseguire, in un periodo di un triennio, un certo numero di crediti formativi.

Occorre premettere che la formazione professionale era già imposta come obbligo per gli avvocati in base al regolamento per la formazione permanente approvato dal C.N.F. il 13 luglio 2007 e la medesima materia è stata anche regolata dal d.P.R. n. 137/2012.

Ora tale dovere è consacrato, divenendo obbligo di legge, nell'articolo 11 della nuova disciplina dell'ordinamento professionale forense (l. n. 247/2012) e nel nuovo codice deontologico forense, all'art. 15, oltre che nel regolamento C.N.F. attuativo della riforma (n. 6/2014).

Nell'ambito del regolamento, tra le attività formative vengono ricomprese sia le attività di "aggiornamento", finalizzato all'adeguamento della formazione iniziale, che quelle di "formazione", ossia volte all'acquisizione di nuove competenze o di maggiore specializzazione.

È interessante notare che l'art. 1, comma 3, tenga ben distinte le attività di aggiornamento (finalizzate cioè al mantenimento e allo sviluppo delle competenze tecnico-giuridiche del professionista relative alle materie oggetto di esercizio professionale) da quelle di formazione (intese quali attività finalizzate all'acquisizione di nuove competenze, non necessariamente giuridiche, ma anche interdisciplinari, comunque utili ad un migliore esercizio della professione).

Quanto alla definizione della locuzione "formazione professionale", va chiarito che in passato essa era intesa come percorso di acquisizione conoscitiva culminante nell'ingresso nella vita lavorativa e rispetto ad essa si concepiva l'aggiornamento come forma di mantenimento delle conoscenze già acquisite²¹.

Oggi, invece, l'aggiornamento è inteso non più come mantenimento di conoscenze già acquisite, bensì come processo culturale di crescita professionale, teso al miglioramento e perfezionamento della prestazione professionale: per formazione professionale continua si intende ogni attività di accrescimento ed approfondimento delle conoscenze e delle competenze professionali, nonché il loro aggiornamento mediante la partecipazione ad iniziative culturali in campo giuridico e forense²².

L'obiettivo della formazione continua è quella di garantire all'avvocato una migliore capacità professionale per assicurare ai clienti la qualità della prestazione; la formazione è svolta, quindi, nell'interesse degli utenti e a garanzia di tutela di un interesse pubblico.

A questo fine, è tenuto a curare la formazione nell'arco di tutta la vita professionale.

L'obbligo di formazione sussiste per il solo fatto dell'iscrizione nell'albo, a prescindere dall'esercizio in concreto dell'attività professionale ed anche se l'attività professionale venga svolta in modo non abituale, ma solo episodico.

L'unità di misura della formazione professionale continua è il credito formativo. Ciascun avvocato e ciascun praticante avvocato abilitato al patrocinio, per ottenere il credito formativo, è tenuto a partecipare ad eventi formativi, al fine di conseguire nel triennio almeno 60 crediti, di cui 9 in ordinamento-previdenza-deontologia; il periodo inizierà a decorrere dal primo gennaio successivo alla data di iscrizione all'albo.

Gli eventi formativi alla cui partecipazione, effettiva ed adeguatamente documentata, consegue l'attribuzione di crediti formativi sono: corsi di aggiornamento, *masters*, seminari, convegni, giornate di studio, anche eseguite con modalità telematiche²³.

La formazione professionale continua si consegue anche con lo svolgimento di "attività formative", idonee a surrogare la partecipazione ad eventi formativi ai fini dell'adempimento dell'obbligo formativo, quali, ad esempio:

- relazioni o lezioni negli eventi formativi o in scuole forensi o in scuole di specializzazione;

²¹ COSTAGLIOLA-LAPERUTA, *Riforma Forense*, Rimini, 2012, 18.

²² Secondo BIANCHI, *La formazione tra vecchie esigenze e nuove opportunità*, Roma, 14 marzo 2013, in www.consiglionazionaleforense.it, «a livello europeo, la formazione, per la sua funzione di miglioramento e acquisizione di nuove competenze, spesso più aderenti alle moderne esigenze professionali è, quindi, considerata strumento di competitività».

²³ È prevista la possibilità di frequentare corsi di formazione a distanza, per esempio mediante l'utilizzo di piattaforme on line, ma solo fino al 40% dei crediti del triennio.

²⁰ Cass. civ., sez. un., 23 novembre 2010, n. 23298, che ha confermato C.N.F., 21 dicembre 2009, n. 183.

- pubblicazioni in materia giuridica su riviste specializzate a diffusione o di rilevanza nazionale, anche on line o pubblicazioni di libri, saggi, monografie;
- contratti di insegnamento in materie giuridiche stipulati con istituti universitari ed enti equiparati;
- partecipazione alle commissioni per gli esami di stato per gli esami di avvocato;
- il compimento di altre attività di studio ed aggiornamento svolte in autonomia nell'ambito della propria organizzazione professionale.

L'obbligo formativo viene coniugato con il principio della libertà di formazione, teso a consentire all'avvocato la scelta degli eventi da seguire in coerenza ai propri fabbisogni formativi.

Ogni iscritto può scegliere liberamente gli eventi e le attività formative da svolgere, in relazione ai settori di attività professionale esercitata, l'unica condizione da rispettare è che questi eventi o attività rientrino tra quelli riconosciuti come attributivi di crediti formativi²⁴.

Sono espressamente previsti casi di esonero dagli obblighi formativi per i docenti universitari di prima e seconda fascia, nonché per i ricercatori con incarico di insegnamento, relativamente alle materie di insegnamento.

Inoltre, il regolamento n. 6/2014 del C.N.F. in tema di formazione continua ha introdotto l'attestato di formazione continua, rilasciato dal Consiglio dell'ordine su domanda dell'iscritto che provi l'avvenuto adempimento dell'obbligo formativo e previa verifica dell'effettività dell'adempimento.

Il mancato adempimento dell'obbligo formativo e la mancata o infedele certificazione del percorso formativo seguito, costituiscono illecito disciplinare, attesa l'obbligatorietà della formazione professionale continua.

Del resto, l'art. 15 del codice deontologico forense prevede espressamente che è dovere dell'avvocato «curare costantemente la preparazione professionale, conservando ed accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori di specializzazione e a quelli di attività prevalente».

4. L'obbligo di adempimento fiscale, previdenziale contributivo e assicurativo

L'avvocato deve ottemperare ai suoi obblighi fiscali, previdenziali contributivi e assicurativi.

Con riferimento agli obblighi previdenziali, rappresenta un illecito disciplinare la condotta dell'avvocato che omette di inviare alla cassa forense di appartenenza le comunicazioni relative all'ammontare dei redditi professionali ai fini IRPEF e del volume d'affari ai fini IVA.

²⁴ Condizione per l'attribuzione dei crediti formativi è che tali eventi siano stati promossi o organizzati dal Consiglio Nazionale Forense o dai singoli Consigli dell'ordine territoriale o, comunque, che siano stati preventivamente accreditati dal Consiglio Nazionale Forense o dai singoli Consigli dell'ordine territoriale.

Ciò anche nel caso in cui l'avvocato non sia iscritto alla cassa né abbia l'obbligo di domandare l'iscrizione e quindi di versare il relativo contributo, in quanto il sistema normativo riferisce il dovere di comunicazione del reddito e del volume d'affari indistintamente a tutti gli avvocati, a differenza dei praticanti avvocati, per i quali l'obbligo è espressamente previsto solo se gli stessi siano iscritti alla cassa²⁵.

In caso di mancato adempimento degli obblighi previdenziali, la prescrizione inizia a decorrere dal momento in cui la cassa è posta in grado di verificare la debenza e l'ammontare dei contributi, ossia dal momento della trasmissione del modello 5²⁶.

Il mancato invio del modello 5 alla Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense viene segnalato, in vista della possibile rilevanza disciplinare della omissione, al Consiglio territoriale, il quale è libero di valutare l'omessa comunicazione sotto il duplice profilo della sussistenza dell'illecito e della sua gravità.

Con particolare riferimento all'obbligo assicurativo, l'art. 12 della legge professionale, recepito dall'art. 16 del codice deontologico, in linea con quanto già previsto dall'art. 5 del d.P.R. n. 137/2012, ha sancito l'obbligo di assicurazione per gli avvocati, pena l'illecito disciplinare precisando altresì che l'avvocato è tenuto a comunicare gli estremi delle polizze ed ogni successiva variazione al Consiglio dell'ordine.

In particolare, tale disposizione prevede due distinte fattispecie: il primo comma sancisce l'obbligo dell'avvocato, dell'associazione professionale o della società di professionisti di stipulare una polizza assicurativa a copertura della responsabilità civile derivante dall'esercizio della professione, ivi compresa quella relativa alla custodia di documenti, somme di denaro, titoli e valori ricevuti in deposito dai clienti; il secondo comma, invece, prevede l'obbligo per i medesimi soggetti, di stipulare una ulteriore polizza assicurativa a copertura degli infortuni derivanti a sé e ai propri collaboratori, a seguito dell'attività svolta nell'esercizio della professione e, quindi, anche fuori dei locali dello studio legale ed anche a titolo di sostituto o di collaboratore esterno occasionale.

L'ultimo comma dell'art. 12 sopra citato, stabilisce altresì che le condizioni essenziali e i massimali minimi delle polizze sono stabiliti ed aggiornati ogni cinque anni dal Ministero della Giustizia sentito il Consiglio nazionale Forense.

Recentemente, con il parere n. 35 del 2 giugno 2015, pubblicato il 29 ottobre 2015, il Consiglio Nazionale Forense ha chiarito che l'obbligo per gli avvocati di stipulare una polizza assicurativa sia per la responsabilità professionale sia contro gli infortuni, non è ancora in vigore.

²⁵ Si veda in giurisprudenza, Cass. civ., 6 agosto 2013, n. 18730; in senso conforme, Cass. civ., sez. un., 19 novembre 2021, n. 20219.

²⁶ C.N.F., 1 giugno 2011, n. 79.

A tal fine, occorrerà attendere che il Ministero della Giustizia, sentito il C.N.F., determini le condizioni essenziali ed i massimali minimi di polizza, così come previsto nella legge professionale.

In ogni caso, a prescindere dalla forma assicurativa in concreto prescelta, ciò che deve essere garantito, come precisato dallo stesso C.N.F., è che, in ossequio all'esigenza di garantire la massima tutela per il cliente, tutti i danni, anche quelli la cui origine risalga ad un momento precedente al loro manifestarsi, dovranno essere coperti dalla polizza assicurativa: in altre parole, il cliente dovrà avere la certezza che l'assicurazione sarà valida ed operante nel momento in cui se ne dovesse ravvisare il bisogno. Al tal fine si è proposto che l'assicurazione preveda una retroattività illimitata ed un'ultrattività decennale per gli avvocati che cessano l'attività nel periodo di vigenza della polizza.

5. Il compenso dell'avvocato ed il divieto del patto quota-lite

Il termine patto di quota lite consiste nella convenzione fra il cliente e l'avvocato con la quale viene fissata come compenso professionale, in caso di vittoria, una parte dei diritti che formano oggetto della lite o del procedimento.

Prima dell'entrata in vigore del decreto Bersani²⁷, sia il codice civile²⁸ che i principi deontologici²⁹ hanno costantemente vietato tale convenzione, sulla base della necessità di salvaguardare l'indipendenza del professionista, il quale doveva assumere un ruolo di terzietà rispetto alle sorti della vertenza ed al fine di tutelare l'interesse dello stesso cliente, evitando facili tentazioni di mercimonio su vertenze dall'esito prevedibilmente favorevole.

In base alle norme sopra richiamate erano considerati vietati gli accordi attraverso i quali il compenso era rappresentato da una parte dei beni, o crediti litigiosi ovvero correlato al risultato pratico dell'attività svolta dal legale ovvero consistente in una percentuale del valore del bene o dei crediti litigiosi (ipotesi questa di creazione giurisprudenziale, non essendo espressamente prevista dalla norma).

Il quadro normativo ha subito uno stravolgimento con la già citata Legge Bersani con cui è stato abrogato il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti ed ha stabilito l'obbligatorietà della forma scritta dei patti conclusi

tra avvocati e clienti relativi ai compensi professionali, pena la loro nullità, fermo comunque il divieto di cui all'art. 1261 c.c., norma che proibiva agli avvocati di rendersi cessionari dei diritti oggetto di vertenza.

Dunque, dal tenore testuale della norma, si evinceva implicitamente l'abrogazione del divieto di stipulare i patti di quota lite: la norma prevedendo la nullità dei patti non redatti in modo scritto, implicitamente li ammetteva ove stipulati in tale forma.

Conseguentemente, veniva modificato anche il codice deontologico, consentendo «all'avvocato pattuire con il cliente compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi, fermo il divieto dell'articolo 1261 c.c. e sempre che i compensi siano proporzionali all'attività svolta».

Con l'entrata in vigore della legge professionale e del nuovo codice deontologico, viene espressamente stabilito che la determinazione dei compensi è libera ed è legittima anche la determinazione del compenso in percentuale sul valore dell'affare o su quanto si prevede possa giovare al destinatario della prestazione.

L'unico limite è rappresentato dal divieto di compensi costituiti da una parte dei beni o crediti litigiosi e, comunque, commisurando la misura del corrispettivo richiesto alla misura dell'attività svolta.

La violazione del divieto, stabilito dall'art. 25 del codice deontologico, comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da due a sei mesi.

Le sezioni Unite della Suprema Corte hanno, di recente, affermato la legittimità di quei patti che siano parametrati al raggiungimento degli obiettivi ma con il rispetto della condizione che i compensi siano proporzionali all'attività espletata, stabilendo che «la proporzionalità e la ragionevolezza nella pattuizione del compenso rimangono l'essenza comportamentale richiesta all'avvocato, indipendentemente dalle modalità di determinazione del corrispettivo a lui spettante»³⁰.

A rafforzare questa interpretazione giurisprudenziale concorre anche la lettura coordinata degli artt. 25 e 29 del codice deontologico, in virtù della quale l'avvocato, pur potendo parametrare il proprio compenso agli obiettivi perseguiti, deve altresì tener conto il criterio di proporzionalità, commisurando la misura del corrispettivo richiesto alla misura dell'attività svolta.

6. La responsabilità disciplinare della società di avvocati

In passato, sulla base dell'opinione diffusa che la professione forense, trattando di diritti fondamentali, avesse un ruolo diverso e più delicato rispetto alle altre professioni, il legislatore ha sempre proibito la costituzione di società, consentendo unicamente la costituzione di associazioni tra professionisti, senza perso-

²⁷ D.l. 4 luglio 2006, n. 233, convertito nella L. 4 agosto 2006, n. 248.

²⁸ L'art. 2233 comma 3 c.c. stabiliva che «gli avvocati, i procuratori e i patrocinatori non possono, neppure per interposta persona, stipulare con i loro clienti alcun patto relativo ai beni che formano oggetto delle controversie affidate al loro patrocinio, sotto pena di nullità e dei danni».

²⁹ L'art. 45 dell'allora vigente codice deontologico espressamente vietava l'accordo tra il legale e il cliente diretto ad ottenere quale corrispettivo dell'attività una percentuale del bene controverso ovvero una percentuale rapportata al valore della lite.

³⁰ Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014 n. 25012.

nalità giuridica e, dunque, senza sovrapposizione con l'attività personale svolta dai singoli associati.

Successivamente, anche in ossequio ai principi comunitari in materia di libero mercato, il legislatore è intervenuto sulla materia, ammettendo la possibilità, con il d.lgs. n. 96/2001, di costituire una società tra professionisti, che viene ammessa solo con l'esplicita previsione di chiari limiti organizzativi e disciplinari³¹.

Proprio sotto quest'ultimo aspetto, l'introduzione della disciplina sull'esercizio in forma societaria della professione forense, ha sollevato alcuni interrogativi in relazione alla responsabilità disciplinare della società tra avvocati.

In realtà, tali interrogativi sono stati affrontati dal legislatore sin dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 96/2001.

Premesso che i singoli professionisti e la stessa società devono osservare le norme deontologiche dell'ordine a cui sono iscritti, viene espressamente previsto che «la società tra avvocati risponde delle violazioni delle norme professionali e deontologiche applicabili all'esercizio in forma individuale della professione di avvocato» (art. 30 d.lgs. 96/2001).

Ciò significa che la società potrà essere incolpata delle violazioni deontologiche commesse (se e in quanto riferibili alla stessa) e potrà essere sospesa, cancellata, radiata dall'albo o sanzionata con l'avvertimento o la censura.

Naturalmente, la responsabilità disciplinare della società è indipendente da quella dei soci, sicché, quando la sanzione importi preclusione all'esercizio professionale, la società dovrà astenersi dal compiere attività, mentre i singoli soci che non saranno colpiti da analogo provvedimento potranno svolgere la loro attività a titolo individuale.

Il coinvolgimento tra soci e società avviene solo quando la violazione commessa dal socio professionista è ricollegabile a direttive impartite dalla società; in tal caso la responsabilità disciplinare del socio concorre con quella della società.

In quest'ultimo caso, il Consiglio dell'ordine presso il quale è iscritta la società, è competente anche per il procedimento disciplinare nei confronti del socio, benché iscritto presso altro Consiglio dell'ordine, salvo che l'illecito disciplinare contestato al professionista riguardi un'attività che non sia stata svolta nell'interesse della società.

Diversamente, quando le violazioni commesse dal socio non si ricollegano a direttive della società, quest'ultima non ne risponde.

Tali principi sono altresì cristallizzati nell'art. 8 del nuovo codice deontologico, secondo cui «la responsabilità disciplinare della società concorre con quella del socio quando la violazione deontologica commessa da

quest'ultimo è ricollegabile a direttive impartite dalla società».

Le disposizioni sulla responsabilità disciplinare della società costituiscono una particolare eccezione al principio della responsabilità personale, tuttavia non è volta ad escludere la responsabilità in capo al singolo socio professionista, bensì ad estenderla anche alla società professionale nel caso in cui il socio professionista abbia agito nell'interesse e secondo le direttive impartite dalla società professionale.

Peraltro, non bisogna dimenticare che, nei confronti delle società tra professionisti, trovano applicazione anche le norme contenute nel d.lgs. n. 231/2001, che disciplina la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, società ed associazioni, i cui criteri possono senza dubbio trovare applicazione analogica anche in materia di responsabilità disciplinare.

Ciò posto, occorre sottolineare che la partecipazione ad una società da parte di un avvocato non deve per questo pregiudicare l'autonomia, la libertà e l'indipendenza dell'incarico che gli viene conferito e la società deve, sotto quest'aspetto, vigilare che l'operato dei propri soci professionisti sia conforme a tali direttive.

Inoltre, la società deve garantire che il mandato professionale conferito alla medesima sia espletato secondo il principio della personalità della prestazione e svolto da un soggetto qualificato, nonché iscritto all'albo; sotto tale aspetto, lo statuto deve essere chiaro nel definire le modalità di conferimento dell'incarico in modo da garantire la personalità della prestazione.

³¹ Sul tema si veda anche COLAVITTI-DONNARUMMA, *Riforma forense*, Milano, 2013.

Questioni

a cura di Mariano Valente, Procuratore dello Stato

DIRITTO CIVILE

Quali sono i limiti del controllo giurisdizionale nella procedura di composizione della crisi da “sovraindebitamento”? Che relazioni intercorrono tra la predetta procedura ed il processo esecutivo a seguito della riforma dell’art. 480, comma 2, c.p.c., ad opera del d.l. n. 83/2015 (convertito dalla legge n. 132/2015)? 166
di Alba De Barnardo

DIRITTO PENALE

L’occupazione temporanea (inferiore a 120 giorni) con strutture mobili, chioschi e simili, in zone soggette a vincolo paesaggistico, è attività “libera” o è necessario munirsi di autorizzazione? Il caso di cui al punto n. 38 dell’allegato al d.P.R. n. 139 del 2010. 170
di Giacomo Romano

DIRITTO AMMINISTRATIVO

È configurabile l’istituto del silenzio inadempimento della Pubblica Amministrazione allorquando quest’ultima notifici all’interessato una nota con la quale si limiti semplicemente a rappresentare i motivi del ritardo nell’emissione del provvedimento richiesto? 173
di Michela Del Vecchio



Diritto civile

Quali sono i limiti del controllo giurisdizionale nella procedura di composizione della crisi da "sovraindebitamento"? Che relazioni intercorrono tra la predetta procedura ed il processo esecutivo a seguito della riforma dell'art. 480, comma 2, c.p.c., ad opera del d.l. n. 83/2015 (convertito dalla legge n. 132/2015)?

Con l'istituzione della procedura volta alla composizione delle crisi da sovraindebitamento, il legislatore si è posto l'obiettivo di risolvere, sul piano stragiudiziale, le situazioni di eccessivo indebitamento, ovvero quelle situazioni caratterizzate dal perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte dal debitore e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, ovvero dalla definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Con due recenti decreti di omologazione del 31/03/2015 (r.g. n. 24/2015 e n. 25/2015), la seconda sezione civile del Tribunale di Bergamo ha offerto una reale rappresentazione delle potenzialità di questo strumento e delle reali possibilità di farne ricorso, cogliendo inoltre l'occasione per chiarire i confini del controllo giurisdizionale in merito al "piano del debitore".

La questione diviene ancor più rilevante ove si tenga presente che il d.l. n. 83/2015 (convertito dalla legge n. 132/2015), ha modificato l'art. 480, comma 2, c.p.c. prevedendo l'obbligo di indicazione formale nell'atto di precetto dell'avviso al debitore della possibilità di optare per la procedura di composizione della crisi, in caso di sovraindebitamento, anziché subire la procedura esecutiva, generando un ginepraio di problemi pratici di non poco momento e di difficile risoluzione giuridica.

Orbene, prima di procedere nell'analisi, appare doveroso fare alcuni preliminari riferimenti di carattere sostanziale, passando brevemente in rassegna l'evoluzione legislativa che ha contraddistinto la materia, analizzando l'attuale disciplina giuridica ed evidenziando, se del caso, eventuali differenze e somiglianze che intercorrono con le procedure concorsuali "classiche".

Segnatamente, il tema della composizione della crisi da sovraindebitamento è stato oggetto di forte dibattito sin dalla sua introduzione sul piano normativo, avvenuta con il decreto legge del 2011, n. 212, convertito, con modifiche, nella legge n. 3 del 2012, avendo

rappresentato una grande svolta nel sistema del diritto positivo italiano.

Fino a quel momento, infatti, l'equiparazione tra debitore civile e debitore commerciale non aveva mai trovato terreno fertile per l'ingresso nel nostro sistema. Non a caso il legislatore, anche dopo la "comercializzazione del diritto privato" nel codice civile allora in vigore, decise di tenere separate le due sfere, disciplinando il fallimento e le altre procedure concorsuali in una legge speciale dedicata all'insolvenza dell'impresa (r.d. n. 267/1942).

In un simile contesto risulta di facile comprensione la portata innovativa della predetta legge, che ha introdotto, in maniera del tutto rivoluzionaria, una nuova tipologia di "concordato" per comporre le crisi di liquidità del singolo debitore, al quale non si possono applicare le ordinarie procedure concorsuali.

I vantaggi derivanti dal disegno legislativo appaiono di immediata percezione: da un lato, un indubbio ristoro economico per il debitore, che altrimenti sarebbe sottoposto ad una pluralità di azioni esecutive da parte dei singoli creditori, dall'altro, un alleggerimento per la macchina giudiziaria, ovvero per il sistema giudiziario nel suo complesso, che vedrebbe ridursi l'instaurazione di procedure esecutive per espropriazione forzata.

Su tale disciplina, inizialmente prevista per le imprese che per ricavi, attivo patrimoniale o volume di debiti erano al di sotto della soglia di fallibilità (o delle altre procedure concorsuali), è successivamente intervenuto il decreto legge n. 179 del 2012 (c.d. decreto sviluppo *bis*) che ne ha modificato alcuni aspetti e ne ha esteso l'ambito applicativo soggettivo ricomprendendo anche l'ipotesi del sovraindebitamento del consumatore, introducendo nel nostro ordinamento una procedura concorsuale anche nei confronti del debitore persona fisica (attivabile, però, solo dal debitore stesso e non dai creditori).

La legge non ha disposto nulla, invece, per quanto riguarda gli enti pubblici, che restano pertanto esclusi sia dalle procedure concorsuali tradizionali che dalla disciplina in oggetto.

In breve, attualmente, l'ambito di applicazione della disciplina giuridica in commento è il seguente:

- relativamente al profilo soggettivo, il soggetto beneficiario è identificato dalla legge con due termini

ni: quello generale di debitore, ricomprendendo in via residuale anche la figura dell'imprenditore non fallibile, e quello, più contenuto, di debitore consumatore;

- con riguardo al profilo oggettivo, occorre che sussista una situazione di sovraindebitamento intesa come perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, ovvero la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, ma solamente per le situazioni di insolvenza sottratte alle procedure concorsuali tradizionali.

Con riferimento, invece, ai profili squisitamente procedurali, la normativa prevede tre possibili soluzioni tra loro alternative, che si possono definire come un ibrido tra il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Tali procedimenti sono:

- un accordo di ristrutturazione dei debiti raggiunto con i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti;
- un piano del consumatore;
- una procedura alternativa di liquidazione dei beni della durata di quattro anni.

Il primo e l'ultimo possono essere attivati sia dagli imprenditori non assoggettabili a procedure concorsuali sia dai professionisti intellettuali che dai consumatori, mentre il secondo è invece riservato in via esclusiva ai consumatori (per questi, al termine dei procedimenti si ha l'esdebitazione, che libera il consumatore sovraindebitato dai debiti residui nei confronti dei creditori per titolo e causa anteriore all'apertura della procedura che l'ha interessato).

La normativa prevede, inoltre, durante tutte le fasi di snodo della procedura, il necessario coinvolgimento di un organo competente istituito *ad hoc*, il c.d. Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (di seguito, per brevità, OCC), che sovrintende le fasi della stessa, agevolando il lavoro di successiva omologazione giurisdizionale.

L'art. 15 della legge n. 3/2012 rimandava, però, la definizione dei requisiti degli OCC e delle modalità di iscrizione nel registro, ad un apposito regolamento del Ministero di Giustizia.

Tale regolamento è però intervenuto solo in tempi recenti (decreto del 24 settembre 2014, n. 202 - G.U. 27.01.2015), e ciò chiarisce perché i primi interventi applicativi dell'istituto siano avvenuti solo a distanza di tempo dall'introduzione del rimedio.

La legge prevede che possano essere OCC ovvero svolgere tali funzioni: gli enti pubblici, purché iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero di Giustizia, e professionisti o società tra professionisti (avvocati, commercialisti, ragionieri, notai).

Essi svolgono in generale attività di assistenza al debitore finalizzate al superamento della crisi di liquidità, di soluzione delle eventuali difficoltà insorte

nell'esecuzione dell'accordo e di vigilanza sull'esatto adempimento dello stesso. Più precisamente, rientrano tra le funzioni svolte dall'OCC: a) verificare la veridicità dei dati contenuti nella domanda e nei documenti allegati alla stessa; b) attestare la fattibilità del piano; c) trasmettere e relazionare al giudice i consensi espressi dai creditori e il conseguente raggiungimento o meno della maggioranza degli stessi, allegando le eventuali osservazioni ricevute; d) relazionare ai creditori riguardo le adesioni e il raggiungimento dell'eventuale maggioranza; e) eseguire la pubblicità della proposta e dell'accordo come disposto dal giudice; f) effettuare tutte le comunicazioni disposte dal giudice; g) risolvere i conflitti sorti con i creditori in fase di esecuzione; h) sorvegliare l'esatta esecuzione dell'accordo dopo l'omologazione.

È importante infine notare che il procedimento finalizzato all'omologazione da parte del giudice dell'accordo di ristrutturazione presuppone l'accettazione da parte dei creditori che rappresentino almeno il 60 per cento dei crediti (prima delle modifiche apportate dal d.l. n. 179/2012, la percentuale minima richiesta era fissata al 70 per cento), mentre per quanto riguarda la posizione dei creditori rimasti estranei all'accordo proposto dal debitore, la legge ritiene che siano sufficientemente tutelati dalla valutazione sulla convenienza dell'accordo di ristrutturazione rispetto alla liquidazione dei beni del debitore, effettuata dall'OCC prima e dal tribunale poi.

Nel piano del consumatore, invece, non è richiesta l'adesione o approvazione dei creditori, essendo demandata l'omologazione del piano ad una pura valutazione giudiziale di meritevolezza del consumatore, fattibilità e convenienza della proposta.

Ma qual è l'oggetto del controllo giurisdizionale e fin dove può spingersi la valutazione del giudice in tale peculiare procedimento? Quali sono i poteri di cui è dotato l'organo dell'omologazione?

La risposta è di fondamentale importanza in quanto la fase di controllo giurisdizionale sulla proposta è l'unico vero momento di presidio in termini legittimità, anche e soprattutto in considerazione del fatto che la procedura è di natura concordataria, per cui potrebbe verosimilmente prestarsi a violazioni di norme imperative o a tentativi di frode ai creditori.

Tale esigenza è stata da subito avvertita dalla giurisprudenza, tant'è che già nei primi decreti di omologazione è apparso necessario definire tanto l'oggetto quanto il perimetro della valutazione che il giudice deve effettuare.

Dalla disamina dei recenti decreti del 31/03/2015 della seconda sezione civile del Tribunale di Bergamo (Giudice estensore dott. Mauro Vitiello, r.g. n. 24/2015 e n. 25/2015), relativi all'ipotesi dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (procedimento sub. 1), emerge che il giudice delegato, per poter omologare l'accordo di ristrutturazione, deve controllare:

- la legittimità del procedimento.
Il giudice deve sempre *«accertare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità sostanziali e formali della procedura concorsuale, la carenza di ragioni ostative all'omologazione, la mancanza, nei contenuti della proposta, di violazioni a norme imperative»*.
- la fattibilità del piano sottostante alla proposta di accordo.

Il controllo di fattibilità può definirsi più formale che sostanziale; difatti, siccome la legge demanda all'OCC il compito di attestare, sotto la propria responsabilità, la veridicità delle asserzioni e l'attuabilità degli accordi, intesa come l'idoneità degli stessi a consentire il soddisfacimento dei creditori concorsuali come da proposta *«la presenza di una relazione che si presenti provvista dei requisiti di analiticità motivazionale, esaustività, coerenza logica e non contraddittorietà, comporta che il giudice delegato, nella sostanza, possa limitarsi a recepirne i contenuti e conclusioni, ovviamente a condizione che vi sia rispondenza logica tra contenuti del piano e l'argomentare dell'OCC»*.

la convenienza dell'accordo di ristrutturazione rispetto alla liquidazione dei beni del debitore, solo in caso di contestazioni da parte dei creditori.

Il giudizio di convenienza, a differenza dei precedenti controlli, deve essere effettuato dal giudice delegato solamente in presenza di formali contestazioni da parte dei creditori concorsuali. Se la domanda di omologazione non è accompagnata da alcuna contestazione *«deriva che la valutazione cui il giudice delegato è chiamato non può inerire alla convenienza della proposta di soddisfacimento rispetto all'ipotesi alternativa del pagamento derivante dalla liquidazione concorsuale del patrimonio del debitore»*.

È interessante notare che, nei casi esaminati dal giudice del Tribunale di Bergamo, i debitori, a fronte di un debito verso terzi di rilevante consistenza (circa 300.000,00 euro) proponevano ai creditori il pagamento dei debiti con una significativa riduzione, arrivando al soddisfacimento nella sola percentuale del 2,5%.

Il giudice delegato, rilevata l'assenza di contestazioni da parte dei creditori (circostanza che, come detto, esclude la possibilità di valutare la convenienza dell'accordo da parte dell'organo giurisdizionale), verificata la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi nonché l'assenza di ragioni ostative all'omologazione e preso atto della capacità economica del debitore, procedeva all'omologazione del piano affermando che *«la fattibilità del piano è desumibile dalla coerenza dei suoi contenuti concreti ed è attestata dalla relazione definitiva dell'OCC, da considerarsi analitica, esaustiva e coerente, in quanto tale rispettosa dei suindicati principi generali che ne governano la redazione»*.

Va infine segnalato, per onor di completezza, che, nell'ipotesi di piano del consumatore (procedimento

sub. 2), ai predetti controlli va aggiunta la valutazione che il giudice deve effettuare in ordine alla "meritevolezza" del consumatore, consistente nell'accertamento della natura non colposa del sovraindebitamento, quale contrappeso alla mancata previsione legislativa di una percentuale minima di adesioni al piano, in termini rappresentatività del credito globale.

Ciò posto, veniamo ora alla spinosa problematica che è sorta a seguito della riforma dell'art. 480, comma 2, c.p.c., ad opera del d.l. n. 83/2015 (convertito con modifiche dalla legge n. 132/2015) che ha previsto, per i precetti notificati dopo il trentesimo giorno dall'entrata in vigore della legge di conversione, un nuovo adempimento formale per il creditore, il quale è tenuto ad avvertire il debitore della possibilità di ricorrere ad un organismo di composizione della crisi o ad un professionista nominato dal giudice al fine di porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento, concludendo con i creditori un accordo di composizione della crisi o proponendo agli stessi un piano del consumatore, anziché subire l'esecuzione.

Il nuovo avvertimento dovrà essere obbligatoriamente inserito dal creditore all'interno dell'atto, unitamente agli altri previsti dall'art. 480 c.p.c. (indicazione delle parti, data di notifica del titolo, se è fatta separatamente, trascrizione integrale se richiesta dalla legge, dichiarazione di residenza o elezione domicilio dell'istante nel comune in cui ha sede il giudice competente per l'esecuzione).

L'obiettivo della riforma operata dal legislatore con il decreto cd. anti *credit crunch*, che ha fortemente inciso sulla procedura esecutiva (di cui la modifica in commento rappresenta solo un tassello) è quello di accorciare i tempi del recupero dei crediti, evitando al contempo, l'aggravamento delle situazioni di crisi.

In tale ordine di idee, la novella del comma 2 dell'art. 480 c.p.c., altro non è che una previsione concepita sia a vantaggio del debitore, che potrà cercare di porre rimedio alla situazione di sovraindebitamento, potendo trovare una soluzione che gli consenta di pagare i propri debiti, sia a vantaggio del creditore che, grazie all'aiuto di un professionista o di un organismo *ad hoc*, ha maggiori possibilità di vedere soddisfatte le proprie istanze (anche se non si capisce come mai il debitore, avendo già da prima la possibilità di chiudere la crisi con il creditore, attenda il precetto per avvalersene).

Tale novità comporta notevoli impatti nel campo del diritto processuale civile, in quanto gli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento pongono diversi problemi relativi al rapporto tra la procedura esaminata e l'esecuzione forzata e, in particolare, all'eventuale inadempimento all'accordo di composizione della crisi.

Preliminarmente è bene evidenziare che non sono ancora del tutto chiare le conseguenze della mancata previsione dell'avvertimento all'interno dell'atto di precetto.

Deve ritenersi, a parere di chi scrive, che la mancanza di questo avvertimento comporti la sanzione della nullità del precetto, così come previsto per la mancata indicazione delle prescrizioni di cui al comma 1 dell'art. 480 c.p.c., anche se la mancata esplicitazione dell'avvertimento non è prescritta dalla legge in modo espresso a pena di nullità, per cui, diversamente argomentando, il debitore potrebbe solo far dichiarare l'inefficacia del pignoramento già eseguito in virtù della successiva proposizione della domanda di ammissione alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Altra problematica che deve essere affrontata riguarda i tempi del precetto, ovvero il rapporto tra l'eventuale richiesta del debitore di avere una composizione della crisi e il termine previsto dal medesimo articolo 480 c.p.c., secondo il quale decorsi 10 giorni dalla notifica del precetto è possibile iniziare l'esecuzione forzata.

In altre parole, ci si chiede se l'eventuale richiesta del debitore di procedere all'accordo incida sui 10 giorni, aumentando, dilatando o sospendendo tale termine.

Nel silenzio normativo, la risposta alla domanda dovrebbe essere negativa atteso che non è prevista alcuna dilatazione del termine *ex lege*. Quindi, anche in presenza di una richiesta del debitore di avvalersi della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, l'esecuzione forzata dovrebbe poter iniziare dopo 10 giorni dalla notifica del precetto, ancorché la *ratio* retrostante alla novella sia proprio quella di evitare tale epilogo.

Del resto, il mero deposito della domanda di ammissione alle procedure di risoluzione del sovraindebitato ha il solo effetto di sospendere il corso degli interessi legali o moratori, ma non anche quello di sospendere il corso di procedure esecutive od inibirne l'avvio, restando riservata tale facoltà unicamente al giudice in fase di decreto di fissazione udienza.

Discende dunque che la semplice presentazione della domanda non produce alcun effetto né sul termine dilatorio dei dieci giorni prima di procedere a pignoramento, né sul termine di perenzione del precetto, né tanto meno inibisce l'azione del creditore.

Ovviamente la scelta sarà rimessa al creditore, che, naturalmente, in presenza di una valida e "fattibile" richiesta del debitore, sceglierà verosimilmente di non sostenere inutilmente i costi dell'esecuzione forzata.

Sotto altro versante, occorre chiedersi quale sarà il rapporto tra questo accordo e il titolo esecutivo.

Quid iuris se le parti decidono di accordarsi per una riduzione dell'ammontare del debito e successivamente il debitore risulti nuovamente inadempiente? Sarà possibile azionare l'originario titolo esecutivo o se ne dovrà ottenere uno nuovo basato sul *medio tempore* intervenuto accordo?

Inoltre, altri problemi sorgono qualora l'accordo preveda una dilazione di pagamento che sfori i 90 giorni di efficacia del precetto.

In tale ipotesi il creditore dovrà in ogni caso iniziare l'esecuzione forzata per evitare che perda efficacia il precetto e dover iniziare tutto *ex novo*?

Il creditore, qualora il precetto andasse perentorio, per avvalersi della procedura esecutiva dovrebbe notificare un nuovo precetto (contenente un nuovo avvertimento) vedendosi nuovamente "incastrare" nel circolo vizioso del sistema?

Com'è evidente, la normativa prevede numerose lacune e contraddizioni, che generano risvolti problematici di non poco momento, per la cui risoluzione dovremo attendere che le nuove disposizioni prendano vita nelle stanze giudiziarie.

Più in generale, il permanere di zone oscure nell'ambito della disciplina dell'istituto della composizione della crisi da sovraindebitamento potrebbe pregiudicare sul nascere un'esperienza che, almeno sulla carta, riuscirebbe davvero ad apportare sensibili benefici al sistema nel suo complesso.

In tal guisa potrebbe determinarsi la sgradevole conseguenza che l'istituto in esame, che ha tra l'altro rivitalizzato fortemente il ruolo dell'autonomia privata, possa essere relegato nell'alveo delle normative di "nessuna applicazione pratica", dettando la rinuncia alle rilevanti utilità che lo strumento può apprestare per la risoluzione delle situazioni di sovraindebitamento. Situazioni che, purtroppo, non risultano essere così rare.

Diritto penale

L'occupazione temporanea (inferiore a 120 giorni) con strutture mobili, chioschi e simili, in zone soggette a vincolo paesaggistico, è attività "libera" o è necessario munirsi di autorizzazione? Il caso di cui al punto n. 38 dell'allegato al d.P.R. n. 139 del 2010.

La presente questione trae avvio dall'ordinanza emessa in data 26 agosto 2014 dal tribunale della libertà di Nuoro con la quale veniva annullato il decreto di sequestro preventivo emesso dal G.i.p. presso il medesimo tribunale per la violazione del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. c), e d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 181, comma 1-*bis*.

Ai sensi del primo comma dell'art. 181 citato «*1. Chiunque, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici è punito con le pene previste dall'articolo 44, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380*». Per quanto concerne, poi, la determinazione della pena il comma 1-*bis* dispone la «*reclusione da uno a quattro anni qualora i lavori di cui al comma 1: a) ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori; b) ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'articolo 142 ed abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi, ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi*».

Nel caso concreto, la struttura oggetto di collocazione temporanea consisteva in un chiosco bar costituito da tre moduli prefabbricati adibiti a servizi igienici, locale di lavoro e bar, di superficie pari a 35 mq e altezza di metri 2,70, collegati ad una rete di urbanizzazione primaria, nonché alla rete idrica fognaria ed elettrica realizzate in condotte interrate.

Il tribunale della libertà sosteneva che le opere non richiedessero l'autorizzazione paesaggistica, quantunque semplificata, in quanto tale procedimento sarebbe richiesto soltanto per gli interventi di lieve entità e sempre che questi comportino una alterazione dei luoghi o dell'aspetto esteriore degli edifici, indicati nell'elenco di

cui all'all. I (d.P.R. 9 luglio 2010, n. 139 Regolamento recante procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità, a norma del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 146, comma 9, e successive modificazioni).

Il tribunale cautelare affermava, inoltre, che il procedimento semplificato di autorizzazione amministrativa può applicarsi esclusivamente alle «*occupazioni temporanee su suolo privato, pubblico o di uso pubblico, con strutture mobili, chioschi e simili, per un periodo superiore a 120 giorni*», con la conseguenza che lo stesso procedimento non era necessario nel caso di specie in quanto l'occupazione da parte della società amministrata dall'indagato era prevista soltanto per un periodo di tempo non superiore a 120 giorni e ciò avrebbe comportato la perfetta legittimità della condotta posta in essere dalla società per la realizzazione della struttura nei tempi previsti.

Il pubblico ministero proponeva, dunque, gravame assumendo come il tribunale avesse erroneamente sostenuto che non fosse necessario, nel caso di specie, il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica per la realizzazione delle opere sequestrate sul rilievo della loro amovibilità e siccome destinate ad essere utilizzate per un tempo inferiore a 120 giorni, con ciò interpretando erroneamente il d.P.R. n. 139 del 2010, art. 1, comma 1, che, all'all. I del suo punto n. 38, prevede solamente per le strutture ivi indicate, da installare per un periodo superiore a 120 giorni, un'autorizzazione paesaggistica semplificata. Tale semplificazione tuttavia non escluderebbe la necessità dell'autorizzazione paesaggistica neppure per strutture che comportano, come nel caso in esame, una occupazione del suolo inferiore a 120 giorni, essendo pacifico che l'opera fosse collegata ad una rete di urbanizzazione primaria, alla rete idrica fognaria ed elettrica sicché l'esistenza di tali opere primarie conferiva alla struttura carattere di stabilità e, di conseguenza, tutta l'opera doveva considerarsi nuova costruzione ai sensi del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 3, comma 1, lett. e.5) e, come tale, necessitava del titolo abilitativo rappresentato dal permesso di costruire ai sensi del d.P.R. n. 380 del 2001, art. 10, la cui inosservanza è presupposto di applicazione della legge penale e quindi del cit. d.P.R., art. 44, lett. c).

Questa la vicenda processuale.

La questione posta con il gravame del pubblico mi-

nistero – sebbene attraverso una diversa interpretazione della normativa che regola la materia e con una *causa petendi* ulteriore quanto al collegamento degli interventi con le opere di urbanizzazione primaria – è se, con riferimento a detti interventi, fosse o meno necessaria l'autorizzazione paesaggistica, sia pure in forma semplificata.

La formulazione letterale del punto n. 38 dell'Allegato al d.P.R. n. 139 del 2010, che assoggetta ad autorizzazione paesaggistica semplificata l'«*occupazione temporanea di suolo privato, pubblico, o di uso pubblico, con strutture mobili, chioschi e simili, per un periodo superiore a 120 giorni*», lascerebbe intendere, per l'appunto, che l'autorizzazione paesaggistica semplificata sia necessaria solo per il posizionamento di strutture temporanee quali case mobili e chioschi per un tempo superiore a 120 giorni, mentre per una durata inferiore non servirebbe alcuna autorizzazione.

Il tribunale cautelare percorrendo un siffatto approccio esegetico è pervenuto alla conclusione che, nel caso di specie, non occorresse alcuna autorizzazione paesaggistica, vertendosi al cospetto di un'attività, a tal fine, “libera”.

La questione è stata, invero, molto raramente affrontata in giurisprudenza, anche in quella amministrativa, la quale nelle poche occasioni in cui si è espressa ha avallato la tesi del tribunale della libertà di Nuoro.

In un caso simile, il T.a.r. Puglia – Lecce, sez. I, con sentenza del 06 marzo 2013 n. 485 ha affermato che il procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica si applica unicamente in relazione ad occupazioni di suolo pubblico di durata superiore a 120 giorni. Dunque, gli interventi collocati per un periodo inferiore a 120 giorni (d.P.R. n. 139/10 punto 38 allegato I) non integrano in alcun modo il concetto di “intervento edilizio”, ed escludono, pertanto, recisamente la necessità di un preventivo vaglio autorizzatorio.

Ebbene, tale interpretazione, sebbene apparentemente confortata dalla lettera della legge, si presta però a critiche di ordine logico, esegetico e sistematico.

Dal punto di vista dell'inquadramento sistematico, tale nuova disciplina di rango regolamentare trae il proprio fondamento giuridico dall'art. 146 del cd. “Codice Urbani” (il d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, che ha introdotto il “Codice dei beni culturali e del paesaggio”), il quale, nel normare il rilascio del nulla osta paesistico per le opere di carattere – se vogliamo dir così – ordinario, aveva delegato ad un futuro regolamento di delegificazione la previsione di procedure semplificate per assentire interventi edilizi di minor impatto sul territorio oggetto di tutela.

Come precisato nella Relazione illustrativa al testo del decreto, la previsione di un regolamento di delegificazione deriva dalla necessità di affrontare uno dei problemi centrali dell'amministrazione del paesaggio: data la vastità dei territori soggetti a vincolo paesistico, nel nostro Paese, ogni anno vengono presentate centi-

naia di migliaia di istanze di autorizzazione, che per la maggior parte riguardano interventi di lieve entità, con la conseguenza di congestionare gli uffici preposti presso gli enti locali e, a cascata, le stesse Soprintendenze.

Di qui, l'opportunità di prevedere una disciplina più snella e veloce per tutta una serie di opere che, da un punto di vista oggettivo, presentano un'incidenza limitata sul territorio assoggettato a vincolo paesaggistico.

Date le forti ripercussioni di ordine pratico, non è un caso che già la Regione Lazio – Direzione Regionale Territorio, Urbanistica, Mobilità e Rifiuti Area Legislativa e Conferenze di servizi, nell'esprimere parere in ordine in merito all'interpretazione del d.P.R. 139/2010, allegato I, punto 38, chiedeva in data 8 gennaio 2014 all'Ufficio legislativo del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo di voler chiarire il senso della disposizione.

Un primo ordine di problema riguarda l'applicazione del punto 39 dell'allegato 1 che, senza alcun riferimento a limiti temporali, assoggetta alla procedura semplificata le «*strutture stagionali non permanenti collegate ad attività turistiche, sportive o del tempo libero, da considerare come attrezzature amovibili*».

La Direzione riteneva la disposizione non applicabile ai chioschi sia perché queste strutture sono espressamente elencate nel punto 38 sia perché esse sono estranee alle finalità turistica, sportiva e del tempo libero.

L'attenzione si deve concentrare allora sul punto 38 considerando necessariamente il contesto normativo di riferimento.

Ebbene, in materia vige l'art. 149 del d.lgs. n. 42 del 2004 che, con norma di principio, elenca i casi in cui l'autorizzazione paesaggistica non è necessaria tra i quali non sono comprese le nuove costruzioni di durata temporanea che sono perciò soggette senza alcun dubbio all'autorizzazione paesaggistica.

Per tale ragione si deve escludere che il d.P.R. n. 139 del 2010, all. 1, individuando gli interventi di lieve entità al fine di semplificare il procedimento per conseguire l'autorizzazione paesaggistica, possa estendere ai casi non previsti dall'art. 149, e quindi ulteriori rispetto alla previsione legislativa (il d.P.R. n. 139 del 2010 è, infatti, un regolamento emanato ai sensi della l. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, comma 2, quindi una fonte – atto di rango secondario), gli interventi paesaggisticamente “liberi”, con la conseguenza che tutti gli interventi in zone paesaggisticamente vincolate che non rientrano nel campo di applicazione del d.P.R. n. 139 del 2010 (che prevede i casi in cui è possibile fare ricorso all'autorizzazione semplificata) e nel campo di applicazione dell'articolo 149 del codice (che prevede i casi di attività paesaggisticamente libera) sono soggetti al procedimento autorizzatorio ordinario.

Tuttavia, nel caso del punto 38 questa conclusione porta a risultati paradossali poiché assoggettate ad autorizzazione semplificata le strutture mobili di durata

superiore a 120 giorni, deriverebbe che per quelle di durata inferiore si dovrebbe richiedere la procedura ordinaria, pervenendosi in tal modo ad una conclusione del tutto illogica ed in contrasto con l'art. 146, comma 9, in quanto la procedura più onerosa sarebbe richiesta per l'occupazione di durata più ristretta.

Evidenti ragioni di coerenza logica e giuridica vorrebbero che fossero soggette a procedura semplificata l'occupazione di suolo avente durata non superiore a 120 giorni, termine oltre il quale dovrebbe essere esperimento il procedimento ordinario.

Peraltro, la lettura dei singoli punti dell'allegato al d.P.R. n. 139 del 2010 conferma tale convinzione: i numeri 1, 7, 8, 9, 13, 19, 23, 24, 25, 26, 34, 35, 37 prevedono espressamente che gli interventi ivi contemplati devono rispettare un limite previsto per ciascuno di essi «non superiore a...» una determinata misura, oltre la quale l'intervento non può considerarsi di lieve entità e richiede il regime autorizzatorio ordinario. Anche i punti 15 e 30 esprimono diversamente il rispetto di un limite massimo imponendo per i rispettivi interventi «dimensioni inferiori a 18 m²» e «fino a 4». In nessun caso, oltre a quello considerato, l'allegato prevede interventi superiori a uno specifico parametro.

Pertanto è stato ipotizzato che, per mero errore materiale nella formulazione del punto 38 dell'allegato I del regolamento 139 del 2010, sia stato omesso l'avverbio "non" e che conseguentemente la norma assume perciò un significato diametralmente opposto a quello effettivamente voluto dal legislatore.

L'"insormontabilità" del dato testuale ha condotto, dunque, la Direzione Regionale a richiedere all'Ufficio legislativo del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo di voler chiarire il senso della disposizione apparendo comunque ragionevole, in attesa del chiarimento, richiedere l'autorizzazione paesaggistica semplificata anche in caso di occupazione di suolo con strutture mobili, chioschi e simili, per un periodo di tempo inferiore ai 120 giorni.

Il Ministero, del resto, ha condiviso le perplessità della Direzione Regionale tanto da aver proposto, nello schema di provvedimento recante modifiche al d.P.R. n. 139/2010, predisposto in attuazione dell'art. 44 del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, una formulazione del punto più coerente con le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio (artt. 146 e 149).

Tuttavia, tale schema di regolamento, approvato in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri del 22 dicembre 2012, non ebbe ulteriore corso.

Allo stato attuale la questione è stata oggetto, però, di decise evoluzioni giurisprudenziali.

La Cassazione penale, sezione III, 08 luglio 2015, n. 29080, esprimendosi sulla questione per la prima volta, ha pressoché interamente condiviso gli approdi della Direzione Regionale sopra citata affermando la necessità munirsi, nei casi in questione, di un'autorizzazione semplificata, la cui mancanza, al pari dell'au-

torizzazione paesaggistica ordinaria, configura il reato previsto dal cit. d.lgs. art. 181.

In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto di poter superare la lettera della disposizione attraverso una interpretazione "logica" della stessa.

Infatti, volendo rimanere ancorati alla lettera della norma e al significato stesso delle parole utilizzate nella disposizione, non sia corretto valorizzare nell'economia della fattispecie esclusivamente il dato cronologico di riferimento (120 giorni) sottostimando il segno linguistico «occupazione temporanea», che costituisce il vero contenuto precettivo della fattispecie e che per ciò stesso esclude ogni possibilità di ricorso ad interventi "incertus quando" perché senza uno sbarramento circa il termine finale (*dies ad quem*) l'occupazione, contrariamente all'intento del legislatore, può assumere connotati di non temporaneità e quindi non rientrare nel novero degli interventi lievi, i soli che giustificano il ricorso ad una procedura semplificata, il che da il senso di una antinomia interna alla fattispecie che consente una interpretazione conforme al sistema (come in precedenza delineato) riportando alla coerenza la disposizione, nel senso che l'autorizzazione paesaggistica semplificata sarebbe consentita per le occupazioni temporanee inferiori a 120 giorni mentre per quelle superiori sarebbe necessario il ricorso alla procedura ordinaria.

Costituisce principio consolidato che quando il significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, non sia, come nella specie, chiaro e univoco tanto da rifiutare una diversa e contrastante interpretazione, si deve ricorrere al criterio logico: ciò al fine di individuare, attraverso una congrua valutazione del fondamento della norma, la precisa "intenzione del legislatore", avendo cura, però, di individuarla quale risulta dal singolo testo che è oggetto di esame.

Ne consegue che il criterio di interpretazione teleologica, previsto dall'art. 12 preleggi, può assumere rilievo prevalente rispetto all'interpretazione letterale nel caso, eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della disposizione normativa sia incompatibile, situazione nella specie sussistente, con il sistema normativo (Cass. pen., 13 aprile 1996, n. 3495; sez. III, 21 maggio 2004, n. 9700).

In conclusione, si rileva che la Cassazione, contrariamente alla sentenza del T.a.r. Puglia – Lecce, sez. I, 06 marzo 2013 n. 485 sopra citata, ha ritenuto dotato di evidente stabilità il complesso costituito dal chiosco e dai locali di servizio, tale da configurare i caratteri della nuova costruzione realizzata senza permesso di costruire. Secondo consolidata giurisprudenza, infatti, perché si configuri il requisito della temporaneità e dell'assenza di modifiche all'assetto territoriale, non sono rilevanti le caratteristiche costruttive, i materiali impiegati e l'agevole rimovibilità, ma le esigenze temporanee alle quali l'opera eventualmente assolve (Cass. pen., sez. III, 25 febbraio 2009, n. 22054).

Michela Del Vecchio
Dottoressa in Giurisprudenza

Diritto amministrativo

È configurabile l'istituto del silenzio inadempimento della Pubblica Amministrazione allorché quest'ultima notificò all'interessato una nota con la quale si limitò semplicemente a rappresentare i motivi del ritardo nell'emissione del provvedimento richiesto?

La fattispecie concreta, la cui esegesi ha sollecitato l'interrogativo *de quo*, è relativa ad un privato che, a fronte della propria richiesta di rimborso delle indennità e degli oneri permissori corrisposti a seguito di domanda di condono edilizio, poi negata, otteneva dalla Pubblica Amministrazione la notifica di una nota che, anziché riferire in merito al provvedimento richiesto, notiziava sulle ragioni del ritardo nella definizione del procedimento amministrativo relativo.

Prima di esaminare nello specifico la vicenda citata, corre l'obbligo di svolgere alcune considerazioni di carattere normativo e giurisprudenziale sull'istituto del silenzio inadempimento.

Il silenzio, per sua natura, ha un valore neutro così come recita la locuzione latina *“qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare”* ossia *“chi tace, è vero che non confessa, ma tuttavia non nega”* e quindi chi tace nulla dice.

Il termine silenzio, nel diritto amministrativo, si riferisce tradizionalmente agli istituti preposti alla rimozione o alla prevenzione degli effetti negativi dell'inerzia della Pubblica Amministrazione, in vista della tutela dei soggetti interessati all'emanazione di un atto amministrativo.

Nei casi in cui l'inerzia dell'Amministrazione non è diversamente disciplinata da una norma positiva, viene in considerazione l'istituto del silenzio rifiuto o silenzio inadempimento: si tratta di un rimedio di origine giurisprudenziale che presuppone l'interesse qualificato di un soggetto all'emanazione di un atto, attribuendogli la possibilità di ricorrere al giudice amministrativo per ottenere l'attuazione coattiva del dovere di provvedere inadempito dalla Pubblica Amministrazione.

L'espressione silenzio rifiuto richiamava le origini dell'istituto, allorché la giurisprudenza interpretava l'inerzia come atto negativo tacito, al fine di configurare un atto impugnabile davanti al giudice amministrativo.

A partire dall'inizio degli anni sessanta, la concezione del silenzio come atto di rifiuto è stata abbandonata a favore di una concezione dell'inerzia come mero comportamento omissivo dell'Amministrazione.

La giurisprudenza, tuttavia, ancor oggi fa uso della locuzione *“silenzio rifiuto”*, mentre in dottrina si è affermata la denominazione di *“silenzio inadempimento”* a sottolineare che l'inerzia costituisce violazione di un obbligo di provvedere posto a carico dell'Amministrazione e a tutela del soggetto interessato all'emanazione dell'atto amministrativo.

La condotta inerte della Pubblica Amministrazione, che crea inevitabilmente una situazione di assoluta incertezza, rappresenta in linea di principio un illecito di tipo omissivo, ponendosi in contrasto con l'obbligo sopra richiamato ovvero con quanto previsto dall'art. 2 del cod. proc. amm., secondo cui *«ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziata d'ufficio, le Pubbliche Amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso»*.

Mette conto rilevare come la qualificazione del silenzio in termini d'inadempimento è stata anche autorevolmente criticata da autorevole dottrina (SCOCA, D'ORSOGNA). Queste le ragioni: l'istituto del c.d. silenzio rifiuto o silenzio inadempimento ha la funzione di consentire al privato la tutela giurisdizionale contro l'inerzia dell'Amministrazione, oggi esperibile attraverso lo strumento processuale di cui all'art. 21-bis legge T.a.r.

A tal fine, presupposto necessario e sufficiente per adire il giudice è il contegno omissivo tenuto dall'Amministrazione nella sua consistenza di fatto oggettivo, indipendentemente dalla sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'inadempimento. Pertanto, la qualificazione del silenzio in termini d'inadempimento sarebbe inopportuna. La condotta inadempiente della Pubblica Amministrazione potrà eventualmente venire in rilievo ad altri fini, come quello della tutela risarcitoria del privato ma in una sede diversa dal giudizio contro il silenzio previsto dall'art. 21-bis, legge T.a.r.

Presupposto imprescindibile del silenzio inadempimento è dunque il riconoscimento della sussistenza di un obbligo giuridico della Pubblica Amministrazione di provvedere, in quanto il fondamento dell'illegitti-

mità del comportamento omissivo dell'Amministrazione non può risiedere in un semplice "*nihil facere*", bensì in una "*non facere quod debetur*".

Prima della l. n. 241 del 1990, valeva il principio dell'auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione in base al quale il soggetto pubblico, in quanto unico depositario della cura e del perseguimento dell'interesse generale, non conosceva limiti di tempo cui parametrare le proprie azioni. Solo con la previsione dell'art. 2 della suindicata norma, nel quale si sancisce l'obbligo di concludere il procedimento, si passa ad un sistema improntato sulla generalizzazione del principio della certezza temporale dell'agire amministrativo, in virtù del quale il cittadino ha diritto di ricevere nei tempi di legge una risposta all'istanza rivolta al soggetto pubblico.

Tuttavia, non ogni istanza, specie se proviene da un privato, fa automaticamente nascere in capo alla Pubblica Amministrazione l'obbligo di provvedere. Quest'ultimo sussiste innanzitutto quando è la legge a prevederlo espressamente a fronte di una specifica istanza o comunque *«indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongono ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogni (anche) qualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione, in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia»* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318).

Una volta chiarita la natura giuridica del silenzio inadempimento non ci si può esimere dall'esaminare i presupposti temporali a partire dai quali la condotta omissiva dell'amministrazione possa ritenersi illegittima.

Come già riferito, nel sistema procedimentale anteriore alla l. n. 241 del 1990 i tempi dell'azione amministrativa non erano conoscibili *a priori*: il termine come istituto generale era assente.

Successivamente, con l'entrata in vigore della l. n. 241, viene sanato il principio della "*certezza*" dei tempi dell'azione amministrativa: la conclusione del procedimento deve, infatti, intervenire entro un preciso lasso temporale indicato dalla legislazione di settore o, in mancanza, fissato con atto di natura regolamentare dall'organo d'indirizzo dell'Amministrazione procedente. Tale termine non deve superare i novanta giorni, salvo che, considerati gli interessi in gioco, la complessità delle valutazioni sottese e la sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa (novità introdotta dall'art. 7 della l. n. 69 del 2009), non sia necessario spingersi fino a centottanta giorni.

Dunque, il superamento dei limiti è ammesso ove ritenuto indispensabile.

Inoltre, innovando rispetto alla previsione previgente, l'attuale comma 7 dell'art. 2, l. n. 241/1990, circoscrive l'eventualità della sospensione dei tempi procedurali alla sola ipotesi della necessità di acquisire informazioni o certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'Amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre Amministrazioni, peraltro riducendo il periodo di sospensione a trenta giorni.

Ciò posto quanto alla disciplina dei termini, occorre considerare che, per orientamento consolidato in giurisprudenza, il termine di conclusione del procedimento ha natura ordinatoria e non decadenziale. I termini previsti dall'art. 2 hanno quindi natura acceleratoria non contenendo lo stesso alcuna prescrizione in ordine alla loro perentorietà, né alla decadenza della potestà amministrativa, né all'illegittimità del provvedimento adottato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1084; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 13 giugno 2012, n. 1633).

Pertanto, le numerose sentenze che ribadiscono la non perentorietà dei termini di conclusione del procedimento amministrativo intendono semplicemente dire che, anche dopo la scadenza del termine, l'Amministrazione ha l'obbligo di provvedere ma certo non intendono legittimare provvedimenti tardivi della Pubblica Amministrazione.

La giurisprudenza amministrativa chiarisce che *«l'art. 2 della L. n. 241/1990, in materia di termini per la conclusione dei procedimenti, non sancisce la perentorietà dei termini fissati, poiché la disciplina è volta a regolare l'esercizio del potere in modo da garantire la celerità del procedimento e la conseguente certezza degli assetti regolati, ma non implica che, in caso di inosservanza del termine medesimo, l'Amministrazione ne decada dal potere di provvedere»* (cfr. T.a.r. Lazio, Roma, sez. I, 29 settembre 2006, n. 9585).

Delineato sommariamente l'*iter* del procedimento per la formazione del silenzio inadempimento, per addivenire alla soluzione più ragionevole del quesito in oggetto è d'uopo tornare alla vicenda fattuale che vi sottende.

Nel caso di specie, il privato, chiedendo il rimborso degli oneri e delle oblazioni indebitamente trattenuti.

In assenza di ogni risposta, l'interessato diffidava nuovamente le Amministrazioni, in particolare il Comune ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Quest'ultimo provvedeva a rispondere all'interessato con una missiva stragiudiziale, comunicando quelle che erano le ragioni del ritardo e le evidenti difficoltà organizzative dovute all'abnorme carico di lavoro circa la trattazione della richiesta *de qua*.

Prima facie questa condotta sembra rientrare nell'ipotesi normativamente prevista dall'art. 7 della L. n. 69/2009 per la quale i limiti di legge sono superabili anche in caso di difficoltà organizzative. In verità, però la risposta del M.E.F. è intervenuta ben oltre i centot-

tanta giorni (oltre quattro mesi dopo l'ultima diffida del privato), dunque superando il limite massimo previsto dalla legge.

Senonché il carattere notoriamente ordinatorio e non perentorio di questi termini, secondo giurisprudenza costante, precluderebbe la proposizione del ricorso giurisdizionale a seguito della suddetta comunicazione, avendo quest'ultima interrotto lo stato d'inerzia della Pubblica Amministrazione anche se successivamente ai termini di legge. In altri termini la predetta nota dell'Amministrazione farebbe venir meno i presupposti per l'azione giudiziale intentata poi dal privato, ponendo in essere una carenza originaria d'interesse ad agire.

Al riguardo, si evidenzia che il Consiglio di Stato n. 2237 del 2007 ha precisato che *«l'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un qualsivoglia provvedimento (anche non satisfattivo dell'interesse pretensivo fatto valere dal privato) in risposta alla diffida dell'interessato, fa venir meno i presupposti per la condanna della stessa Amministrazione a provvedere sull'istanza. In particolare, poi, l'adozione di un qualsivoglia provvedimento esplicito in risposta all'istanza, rende il ricorso inammissibile, per carenza originaria d'interesse ad agire, nel caso in cui il provvedimento (e quindi anche comunicazioni) intervenga prima della proposizione del ricorso medesimo»* (ex

multis, Cons. Stato n. 910/2009; n. 5311/2007; n. 1193/2006; n. 7969/2003).

Conseguenzialmente, nell'ipotesi in cui l'interessato proponesse ricorso per la declaratoria dell'illegittimità del silenzio inadempimento del M.E.F. e quest'ultimo, in pendenza del giudizio, invitasse il ricorrente ad integrare la documentazione necessaria ai fini della definizione del provvedimento amministrativo richiestosi verificherebbe la interruzione dello stato d'inerzia con conseguente sopravvenuta carenza d'interesse ad agire da parte del privato.

In un'analoga fattispecie, infatti, il T.a.r. Puglia, Bari, nella sentenza del 21 maggio 2012, n. 976, ha statuito che *«è improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso giurisdizionale contra silentium nell'ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione, nel corso del giudizio instaurato, abbia adottato un provvedimento con cui richiede all'interessato di integrare la documentazione incompleta, in quanto tale atto, benché di natura meramente endoprocedimentale, ha comunque interrotto lo stato di inerzia della Pubblica Amministrazione, la quale, peraltro, ha il diritto di essere posta nella condizione di esaminare compiutamente la domanda»* (in senso conforme T.a.r. Sardegna, sez. I, 21 ottobre 2011, n. 1023).

Novità legislative

a cura di Rosa Pezzullo, Consigliere della Corte di Cassazione

LA MINI RIFORMA CONCORSUALE DEL DECRETO “GIUSTIZIA”	178
di Enrico Quaranta	
LA RIFORMA DEL PROCESSO ESECUTIVO (OVVERO UN’APPLICAZIONE DELLA LEGGE DI WASHLESKY)	191
di Alessandro Auletta	
IL NUOVO ARTICOLO 2929-BIS DEL CODICE CIVILE: UNA NORMA DIROMPENTE?	205
di Teodora Scarfò	



La mini riforma concorsuale del Decreto "Giustizia"

sommario

Premessa. – 1. La finanza interinale. – 2. Le novità in tema di concordato preventivo. – 2.1. Le offerte concorrenti. – 2.2. L'ammissione alla procedura e le proposte concorrenti. – 2.3. Ulteriori disposizioni in materia di proposta di concordato preventivo e di adesione alla stessa. – 3. I nuovi requisiti per la nomina del curatore. – 4. Il programma di liquidazione. – 5. La chiusura del fallimento. – 6. I contratti pendenti. – 7. L'indebitamento verso intermediari finanziari. – 7.1. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. – 7.2. La convenzione di moratoria.

Premessa

Con il decreto legge n. 83 del 27 giugno 2015, convertito con modifiche dalla legge n. 132 del 6 agosto 2015, nell'ambito delle misure urgenti adottate in materia giudiziaria (implicanti interventi sul codice civile, sul processo civile e sulla disciplina del funzionamento dell'amministrazione giudiziaria) il legislatore ha apportato una serie di modifiche alle norme del r.d. 267/1942, regolanti a sua volta le procedure concorsuali.

Il tenore e l'entità dell'intervento ha fatto correttamente rilevare agli operatori di essere in presenza di una mini riforma della disciplina di settore, sostanzialmente inaspettata – soprattutto per il tramite di un decreto d'urgenza – a fronte della prevista prossima chiusura dei lavori della cd. Commissione Rordorf e la relativa predisposizione di un disegno di legge delega volta al complessivo ed organico riordino della normativa in tema di crisi d'impresa¹.

¹ In questi termini N. GRAZIANO, *Il curatore ha due anni per liquidare l'attivo fallimentare*, in *Guida al Diritto*, 31/2015; E. FORGILLO, in *Possibile concedere finanziamenti senza documenti*, ivi; ancora N. GRAZIANO, in *Procedure concorsuali, così la mini riforma batte in volata il riordino*, in *Guida al Diritto*, 38/2015. Il riferimento degli autori e del presente contributo è ai lavori della Commissione istituita con decreto Ministero della Giustizia, 28 gennaio 2015, per la riforma delle procedure concorsuali. La Commissione, presieduta dal Dott. Renato Rordorf, presidente della I Sezione Civile della Corte di Cassazione, composta da magistrati e docenti universitari e supportata da un Comitato Scientifico, ha invero ricevuto mandato, con scadenza al 31 dicembre 2015, per la presentazione di proposte normative sulla base di ambiti che lo stesso Decreto di nomina individua nei suoi 9 articoli (incentivazione del concordato preventivo in continuità

Ad ogni buon conto il presente contributo intende dare una prima lettura delle modifiche intervenute, provando a rilevare le presumibili criticità interpretative che insorgeranno dall'applicazione delle nuove disposizioni.

Tra le varie possibili opzioni, s'è ritenuto di sviluppare l'esame delle norme nell'ordine in cui esse sono contenute nell'articolato legislativo, prescindendo quindi da una risistemazione degli interventi in ragione delle collocazioni originarie degli istituti attinti.

1. La finanza interinale

L'art. 1 del Titolo I del d.l. 83/2015 (denominato appunto "Interventi in materia di procedure concorsuali"), rubricato "Finanza interinale" contiene una serie di modifiche all'art. 182 *quinquies* della legge fallimentare.

Si tratta di una norma che rientra nel solco di quelle che già in precedenza il legislatore ha confezionato, a proposito della regolamentazione d'istituti diretti alla composizione negoziale della crisi, a partire dal d.l. 35/2005 ed alla successiva riforma fallimentare del d.lgs. 5/2006; peraltro con risultati nella pratica non troppo brillanti².

aziendale, semplificazione e razionalizzazione, disciplina spettante ai creditori privilegiati, divisione dei creditori in classi, accelerazione dei procedimenti liquidatori).

Tuttavia va segnalato che in dottrina, se non si tace da taluno del surplus d'interventi del legislatore nel settore attinto dal d.l. 83/2015 – così ad esempio M. FABIANI, *L'iperτροφica legislazione concorsuale, fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *Il caso.it* – altri ritengono che quello del decreto costituisca «intervento che non giunge inatteso» non senza aver rilevato prima che alcune delle innovazioni previste erano già contenute nella bozza del cd. Investment Compact, non recepita nella versione finale del d.l. 3/2015 (così S. AMBROSINI, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella miniriforma del 2015*, in *Il caso.it*).

² Così E. FORGILLO, *op. cit.* L'autore sottolinea, in particolare, che il grosso intervento di riforma della disciplina concorsuale, contenuto nel d.lgs. 5/2006, era stato salutato con favore quale espressione di un'inversione di tendenza nella regolamentazione della crisi d'impresa, con il riconoscimento di un nuovo o accentuato peso agli strumenti convenzionali di composizione rispetto a quelli tipicamente liquidatori conosciuti dalla legislazione concorsuale. Tuttavia lo stesso autore segnala, al contempo, come la prassi abbia mostrato l'esistenza di un limitato numero di proposte di composizione negoziale dell'insolvenza, espressione di un disfavore degli imprenditori rispetto agli istituti previsti, ritenuti all'evidenza scarsamente appetibili o ostacoli da troppi adempimenti burocratici.

La finalità della nuova previsione è quella di favorire il reperimento di provvista da destinare alle procedure concordatarie.

Prima di addentrarsi nell'analisi del suo contenuto, occorre premettere che tale articolo si occupa del tema dei finanziamenti "prededucibili" – che generano quindi debiti della procedura che devono avere soddisfazione prima di ogni altro – dettandone la relativa disciplina per i casi di presentazione di una domanda di concordato o di preconcordato, di una proposta o di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione.

Nell'interpretazione dottrinale, la nozione di finanziamenti appare invero riconducibile alle sole operazioni idonee a determinare l'insorgenza di un diritto di credito nei confronti del debitore, con esclusione – pertanto e ad esempio – dei casi di apporto di capitale di rischio.

La qualificazione interinale vale poi a distinguere le erogazioni disciplinate da questa norma dai cd. "finanziamenti ponte", concessi prima della presentazione di tali domande e dai cd. "finanziamenti in esecuzione", erogati dopo l'omologazione ed in fase di esecuzione del concordato.

Così delineato l'ambito in cui è intervenuta la riforma, la novella ha anzitutto modificato il primo comma dell'art. 185-*quinquies*.

In particolare, onde dirimere le controverse opinioni che erano insorte al riguardo, il legislatore ha precisato che il Tribunale può autorizzare il debitore a contrarre finanziamenti in prededuzione ancor prima del deposito della documentazione prescritta dai commi 2 e 3 dell'art. 161.

Ciò sta a significare che la relativa richiesta può intervenire dopo la presentazione delle domande riferite e, soprattutto, dopo il deposito di quella prenotativa di cui al comma 6 dell'art. 161 (in un momento, cioè, in cui non sono stati ancora predisposti né il piano né la proposta di concordato).

Per altro verso, come pure correttamente rilevato dai primi commentatori, il richiamo della riforma alla documentazione riferita dai suddetti commi dell'art. 161, fa ritenere che i finanziamenti possano essere invocati relativamente a qualunque forma di concordato (in continuità, in bianco e preconcordato)³.

Ad ogni modo, l'istanza deve essere corredata da un'attestazione di un esperto (in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l.fall.) il quale, verificato il complessivo fabbisogno del debitore sino all'omologazione delle domande, attesti che i finanziamenti siano funzionali ad una maggiore soddisfazione del ceto creditorio.

Di fronte alla richiesta così formulata e documentata, previa assunzione (ove ritenuto) di sommarie informazioni e quindi di seguito ad un procedimento to-

talmente deformalizzato di tipo camerale, il Tribunale potrà concedere l'autorizzazione.

L'art. 1 ha poi introdotto un nuovo terzo comma all'art. 185-*quinquies*.

In base a tale previsione, il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo, anche in assenza del piano, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o una proposta di accordo volta a evitare azioni cautelari o esecutive, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via di urgenza a contrarre finanziamenti prededucibili, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale e ciò:

(i) fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale per la presentazione della proposta del piano e della relativa documentazione prescritta; (ii) fino all'udienza di omologazione; (iii) fino al termine di non oltre 60 giorni, stabilito dal tribunale, per il deposito dell'accordo di ristrutturazione, nel momento in cui dispone il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive.

La norma ha inoltre definito il contenuto della domanda, che dovrà contenere: (I) l'indicazione della destinazione dei finanziamenti; (II) l'allegazione di non essere nella possibilità di reperire altrimenti risorse; (III) l'allegazione che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda.

Rispetto ai finanziamenti senza documentazione, presi in considerazione dal primo comma, viene qui espressamente previsto che l'autorizzazione sia subordinata a motivi indifferibili.

Giacché anche le erogazioni oggetto dell'altra istanza presuppongono, evidentemente, una situazione d'illiquidità dell'imprenditore, può ritenersi che quelle previste da questa norma siano subordinate ad una condizione ancor più grave.

In altre parole, l'autorizzazione in tal caso potrà essere concessa solo ove il debitore deduca pregiudizi imminenti e non altrimenti riparabili per l'azienda.

Alla funzione generale dei finanziamenti, di tutelare le ragioni creditorie, in questo caso si aggiunge, quindi, quella specifica della salvaguardia (strumentale alla prima esigenza) del valore aziendale.

Di certo il ricorso introduttivo del procedimento dovrà contenere, già nella fase assertiva, quanto specificamente richiesto dal legislatore, tal che la mancanza di taluno degli elementi già citati in rassegna potrebbe dar luogo ad una pronuncia d'inammissibilità da parte del Tribunale.

Ove la domanda sia correttamente formulata, corredata del caso dalle garanzie reali e personali previste (compresa la cessione di crediti dell'imprenditore, introdotta dalla novella), il Tribunale dovrà vagliarne il merito a seguito di un'istruttoria celere.

In tale contesto l'ufficio potrà assumere sommarie informazioni dal richiedente, anche in ordine al con-

³ Ancora E. FORGILLO, *op. cit.*

tenuto della proposta in corso di elaborazione; potrà ascoltare il commissario giudiziale, ove già nominato; infine, potrà sentire i principali creditori.

Giacché la norma non prevede che all'istanza sia allegata l'attestazione di un professionista (designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)), che verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori, per adottare la sua decisione il Tribunale dovrà tener conto, in buona sostanza, di quanto prodotto dalla parte nel preconcordato, nella domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o nella proposta anteriore a tale domanda.

Ciò vuol dire che, sia quanto all'individuazione dei creditori da escutere e della destinazione dei finanziamenti, che per l'esame delle condizioni cui la legge subordina la possibile concessione del provvedimento, potrà vagliare: (i) nel primo caso (della domanda anticipata di concordato) la domanda, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti; (ii) nel secondo caso, di accordo in corso di omologazione, la documentazione di cui all'articolo 161, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore (in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto di termini ivi previsti; (iii) nel terzo caso, un'autodichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare.

Ad ogni modo, l'audizione dei creditori principali – identificati in base alla richiamata documentazione – consentirà al Tribunale di verificare la correttezza delle informazioni fornite dall'imprenditore ed il comportamento da questi tenuto nei rapporti con il ceto creditizio.

Il procedimento, in forma camerale e, per quanto visto a proposito delle ragioni d'indifferibilità da verificare, con connotazioni tipiche dei procedimenti cautelari, dovrà concludersi nel termine di dieci giorni dalla presentazione del ricorso.

2. Le novità in tema di concordato preventivo

Con gli articoli 2, 3 e 4 del d.l. 83/2015, il legislatore ha adottato una serie di modifiche alla disciplina del concordato preventivo.

Come evidenziato dai primi autorevoli commentatori, gli interventi di riforma appaiono indirizzati al riequilibrio dei rapporti tra debitore e creditori⁴.

Nella relazione tecnica di accompagnamento alla riforma si evidenzia la volontà di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore, quindi evitare che possano essere presentate proposte che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per loro⁵.

In tali ottiche: (i) si è anzitutto rinforzato il diritto all'informazione dettagliata e completa del ceto creditorio – anche alla luce dell'intervento della Corte di legittimità sul tema del sindacato sulla relativa fattibilità economica – rendendo necessaria l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti; (ii) è stato ampliato il termine di fissazione dell'adunanza dei creditori da trenta a centoventi giorni dalla data del decreto di ammissione; (iii) è stata prevista la possibilità – per i creditori che rappresentino almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione aggiornata depositata a corredo della domanda, escluse le società che controllano la debitrice, quelle controllate da quest'ultima e quelle sottoposte a comune controllo – di presentare domanda concorrente di concordato con il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza; (iv) è stata prevista, inoltre, una soglia minima del 20% di soddisfacimento dei creditori chirografari, per l'ammissibilità di un concordato liquidatorio⁶; (v) è stata infine prevista l'abolizione del meccanismo del silenzio-assenso per l'approvazione della proposta.

2.1. Le offerte concorrenti

L'articolo 163-bis, introdotto *ex novo* dall'articolo 2 del d.l. 83/2015, come convertito, detta la disciplina delle cd. "offerte concorrenti".

⁴ In proposito cfr. S. AMBROSINI, *op. cit.*; sul rafforzato peso nella procedura del ceto creditorio, a fronte dell'esclusione d'interventi diretti di terzi nel concordato preventivo, v. pure L. VAROTTI, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare – terza parte*, in *Il caso.it*.

⁵ Sul contenuto della relazione illustrativa del provvedimento cfr. S. AMBROSINI, *op. cit.*

⁶ Come evidenziato dalla dottrina, con la soglia così prevista la norma sembra recepire le spinte dell'imprenditoria a non consentire l'accesso a forma concordatarie quando la previsione di soddisfacimento appaia limitata. Si tratta, all'evidenza, di una previsione che fonda sul convincimento che l'eventuale fallimento possa essere maggiormente soddisfacente per i creditori. A parte la considerazione che tale convincimento pare essere contraddetto dalle emergenze della prassi, soprattutto quanto all'esito delle procedure fallimentari dell'area centro-meridionale del Paese, non può comunque non rilevarsi che il disfavore espresso dal legislatore, con l'approntamento della soglia in esame, riguarda i concordati di tipo liquidatorio e non, piuttosto, quelli in continuità. Peraltro la disposizione sembra imporre al debitore-proponente non la semplice allegazione, ma un impegno a garantire la percentuale di soddisfazione delle ragioni creditorie. In questi termini si esprime anche S. AMBROSINI, *op. cit.*

Più specificamente stabilisce che, nelle ipotesi in cui il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e)⁷ comprenda un'offerta da parte di un soggetto già individuato, che abbia ad oggetto il trasferimento in suo favore (anche non immediato ed anche prima dell'omologazione) verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale debba disporre la ricerca di interessati all'acquisto, mediante l'apertura di un procedimento competitivo.

Invero si tratta di una disciplina che intende regolare una fattispecie già diffusa nella prassi.

In base al contenuto della novella, il tribunale deve aprire d'ufficio tale procedimento.

Ed invero la disciplina contenuta nella stesura originaria del decreto, prima della sua conversione, prevedeva: (i) che il commissario giudiziale, ove ritenesse l'offerta formulata dal debitore non corrispondente al miglior interesse dei creditori, anche alla luce delle eventuali manifestazioni di interesse pervenute, avrebbe dovuto formulare istanza motivata al tribunale per l'apertura di un procedimento competitivo; (ii) il Tribunale, sentito il commissario, avrebbe dovuto decidere sull'istanza ovvero aprire d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo tenuto conto del valore dell'azienda o del bene nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori.

Con il testo convertito, invece, come visto è stata prevista l'apertura officiosa del meccanismo competitivo, mediante un decreto del tribunale che deve stabilire:

(i) le modalità di presentazione di offerte irrevocabili – prevedendo che ne sia assicurata in ogni caso la comparabilità;

(ii) i requisiti di partecipazione degli offerenti;

(iii) le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta;

(iv) la data dell'udienza per l'esame delle offerte;

(v) le modalità di svolgimento della procedura competitiva;

(vi) le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto.

Con il medesimo decreto deve poi disporsi la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 del codice di procedura civile e stabilirsi l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte devono prevedere.

In buona sostanza, nella fase dell'ammissione al concordato e prima della convocazione dell'adunanza dei creditori, ove la proposta abbia un contenuto che preveda la cessione di assets dell'imprenditore, il giudice adito deve dar corso al meccanismo delle ven-

dite competitive già disciplinato dagli articoli 105 e seguenti della legge fallimentare nella fase propriamente liquidatoria.

L'obiettivo – come già detto in sede di analisi generale del contenuto della complessiva novella – è di coinvolgere gli operatori del mercato per il reperimento di maggiori risorse finanziarie per agevolare, da un canto, il risanamento dell'impresa in crisi e, soprattutto, per consentire ai creditori il conseguimento di risultati più vantaggiosi ovvero il migliore soddisfacimento dei crediti di massa⁸.

In base alla norma, l'offerta contenuta nella proposta originaria del debitore diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata in conformità a quanto previsto dal decreto di apertura della procedura competitiva e viene prestata la garanzia ivi stabilita.

In presenza di più offerte migliorative, il giudice delegato deve disporre la gara tra gli offerenti, che può avere luogo alla stessa udienza o a un'udienza immediatamente successiva e deve concludersi, necessariamente, prima dell'adunanza dei creditori, anche quando il piano prevede che la vendita o l'aggiudicazione abbia luogo dopo l'omologazione, allo scopo di consentire l'adeguamento del piano alla offerta aggiudicata.

Qualora, con la vendita o con l'aggiudicazione, l'offerta sia assegnata a soggetto diverso da quello individuato nella proposta originaria, quest'ultimo è liberato dalle obbligazioni eventualmente assunte nei confronti del debitore e il commissario dispone in suo favore 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.

Tale limite appare decisamente opportuno, nella logica di evitare richieste onerose nonché l'adozione di orientamenti applicativi diversificati presso i singoli uffici giudiziari.

Il meccanismo delle proposte concorrenti attribuisce al commissario giudiziale un ruolo informativo degli interessati, per quanto necessario per la formulazione di offerte adeguate.

Si può immaginare che a questi ultimi sia consentito l'accesso ai documenti a sostegno della domanda di concordato (la documentazione di cui all'articolo 161 l. fall.) e che nel decreto sia previsto che il commissario renda notizie acquisite nell'espletamento dell'incarico imponendogli gli opportuni vincoli di segretezza.

La disciplina delle offerte competitive, conclude la norma, può trovare applicazione anche agli atti di straordinaria amministrazione oggetto di apposita autorizzazione nonché all'affitto di azienda o di ramo di essa.

⁷ Ovvero quello che contiene la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

⁸ Si confronti sul punto – in tema di acquisizione di nuova finanza per il buon esito della procedura concordataria, ma anche quanto alla genesi dell'istituto, quale trasposizione normativa delle esperienze offerte dalla prassi – F. PROIETTI, *Imprese: nuova linfa da proposte e offerte concorrenti*, in *Guida al Diritto*, 31/2015.

2.2. L'ammissione alla procedura e le proposte concorrenti

Particolarmente rilevanti le modifiche apportate dalla novella all'articolo 163, rubricato ammissione alla procedura e proposte concorrenti⁹.

In primo luogo è stato ampliato il termine di fissazione dell'adunanza dei creditori, passato da trenta a centoventi giorni dalla data del decreto di ammissione.

Tale modifica tiene anzitutto conto della prassi applicativa, generalmente caratterizzata dal mancato rispetto del termine originario – di tipo ordinatorio¹⁰.

Peraltro suddetta violazione ha costituito spesso strumento per permettere al commissario giudiziale di relazionare in maniera adeguata ed approfondita, soprattutto per le procedure di maggiore complessità.

L'ampliamento riferito del resto oggi appare conseguenza dei nuovi termini previsti dalla legge: (i) quello del deposito della relazione *ex art.* 172 l. fall., da compiersi da parte del commissario nei quarantacinque giorni precedenti l'adunanza; (ii) quello concesso ai creditori, di cui infra, fino a trenta giorni prima l'adunanza, per il deposito di proposte concordatarie concorrenti; (iii) quello concesso al debitore e ai suddetti creditori, sino a quindici giorni prima dell'adunanza, per modifiche alle relative proposte; (iv) quello attribuito nuovamente al commissario, sino a dieci giorni prima antecedenti l'adunanza, per rendere una sua relazione integrativa e finale.

In secondo luogo, è stata prevista l'aggiunta all'art. 163 di un terzo comma che prevede testualmente che *«Uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. Ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. La relazione di cui al comma terzo dell'articolo 161 può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano. Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 161, terzo 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'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari»*.

⁹ Ne sono convinti F. PROIETTI, L. VAROTTI, *op. cit.*

¹⁰ Ancora F. PROIETTI, *op. cit.*

La norma attribuisce quindi anche ai creditori la possibilità di presentare proposte concordatarie.

Non a tutti, in verità, ma solo a coloro che rappresentino almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione aggiornata depositata a corredo della domanda; con esclusione delle società che controllano la debitrice, di quelle controllate da quest'ultima e di quelle sottoposte a comune controllo, a fronte di possibili condizionamenti e di situazioni di conflitto d'interesse.

Tra l'altro può trattarsi di soggetti che acquisiscono la posizione creditoria richiesta dal punto di vista quantitativo, anche successivamente alla presentazione della domanda di concordato¹¹.

Tutti i creditori legittimati, anche quelli a seguito di acquisti di ragioni di credito pendente la procedura concordataria, avranno diritto di voto sulla proposta (se collocati in un'autonoma classe).

Tale ultima previsione deve essere tuttavia coordinata con il testo dell'art. 177 l.fall., che viceversa in generale esclude dagli aventi diritto al voto coloro che siano divenuti aggiudicatari e cessionari di crediti meno di un anno prima della proposta di concordato¹².

In linea generale occorre rilevare come la previsione di proposte concorrenti, contenuta nella novella paia giustificata: (i) dalla necessità di ampliare le forme tutela del ceto creditorio, evitando di limitare le relative prerogative all'assenso o al dissenso rispetto alla proposta formulata dal debitore; (ii) dalla conseguente prospettiva d'indurre l'imprenditore a non formulare proposte poco soddisfattorie in relazione al valore dell'azienda; (iii) in tale ottica, dalla tutela della posizione del debitore – ove questi si sforzi di assicurare il pagamento di almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari nei concordati di tipo liquidatorio o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari – sanzionando d'inammissibilità, in tali ipotesi, le proposte concorrenti dei creditori; (iv) come segnalato da altri commentatori, dall'opportunità di aprire ad un mercato degli investimenti dei debiti in sofferenza (*distressed debt*), tipico di altre realtà economiche¹³.

La legittimazione alle proposte concorrenti viceversa non risulta estesa a terzi estranei al ceto creditorio.

Ed invero l'opzione così praticata pare da un lato consentanea alla *ratio legis* di cui s'è riferito, di particolare attenzione, nell'impianto ai poteri ed alle ragioni dei creditori.

¹¹ L. VAROTTI, *op. cit.*, sostiene comunque che tale condizione legittimante non debba essere mantenuta per tutta la durata della procedura.

¹² Ancora L. VAROTTI, che ben segnala la discrasia normativa, nonostante anche l'art. 177 l. fall. sia stato attinto dalla riforma.

¹³ Condivide la ricostruzione sulle finalità e sugli obiettivi perseguibili F. PROIETTI, *op. cit.*

D'altro canto, alla collocazione dell'istituto nell'ambito proprio del *genus* della regolamentazione dei rapporti da parte degli unici soggetti realmente coinvolti, in coerenza con la natura espropriativa (o di esecuzione forzata) del concordato¹⁴.

Ad ogni buon conto i terzi possono intervenire a sostenere le proposte concorrenti, anche in termini di erogazioni di aumenti di capitale in favore della società per azioni o a responsabilità limitata, che costituisca la forma dell'impresa del debitore.

In queste ultime ipotesi, prevedendo la novella che l'apporto possa avvenire con la contestuale previsione della limitazione o dell'esclusione del diritto d'opzione degli altri soci, è ben possibile prefigurare che la partecipazione dei terzi si risolva nell'acquisto della posizione di socio di maggioranza della società in crisi.

Quanto al termine di presentazione delle proposte concorrenti, il legislatore ne fissa uno di chiusura, nei trenta giorni precedenti l'adunanza dei creditori; tace, invece, in ordine al termine iniziale.

Pare condivisibile, al riguardo, quella tesi che ritiene che il debitore sia l'unico soggetto che – disponendo del suo patrimonio – possa dare impulso alla procedura concordataria.

Solo una volta che questi abbia optato per tale soluzione, nell'ottica del perseguimento degli obiettivi di partecipazione attiva alla vicenda e di perseguimento della migliore soddisfazione delle relative pretese, i creditori possono intervenire mediante la formulazione delle proprie proposte di definizione.

In caso di presentazione di proposte concorrenti, la relazione di cui al comma 3 dell'articolo 161 può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario e può essere omessa qualora non ve ne siano.

Si tratta di attestazione demandata al professionista incaricato dal debitore, in posizione di terzietà e di apparente indipendenza rispetto al proponente originario.

Le proposte concorrenti, come detto, sono comunque ammissibili solo se non risulti, dalla citata attestazione, che quella del debitore «assicuri» il pagamento, ancorché dilazionato, di almeno il 40% dell'ammontare dei crediti chirografari aumento di capitale sociale (da praticarsi per le società di capitali) con eventuale esclusione o limitazione del diritto di opzione all'evidente scopo, ancora, di sollecitare l'intervento di investitori esterni alla compagine sociale preesistente o, nel caso di concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-*bis*, di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.

È chiaro che l'istituto nella pratica potrà evidentemente risentire della condotta del debitore, che potrebbe formulare una proposta con alte percentuali di

realizzo per i creditori chirografari proprio al fine di limitare l'iniziativa di alcuni di loro, ottenendo una pronuncia di inammissibilità della relativa domanda¹⁵.

Ai fini della presentazione delle suddette proposte concorrenti spetterà al commissario giudiziale, previa valutazione di congruità della richiesta medesima, rendere agli interessati le informazioni utili sullo stato dell'impresa, come risultante dalla documentazione allegata dal ricorrente ovvero da se stesso acquisita nell'assolvimento del proprio mandato professionale.

In base al novellato art. 172, il commissario dovrà poi depositare la propria relazione non più dieci giorni prima bensì 45 giorni prima dell'adunanza previa: (i) redazione dell'inventario dei beni del debitore; (ii) analisi delle cause del dissesto o della crisi; (iii) verifica della condotta del creditore; (iv) esame critico della proposta di concordato e le garanzie offerte ai debitori; (v) valutazione analitica di ciascuna delle proposte concorrenti, anche al fine di un giudizio comparativo tra esse. Da tal punto di vista, il suo giudizio dovrebbe servire ad offrire ai creditori le informazioni necessarie per addivenire ad un'espressione di voto completamente consapevole.

È bene ricordare che tutte le proposte di concordato possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza.

L'ultima valutazione al riguardo competerà nuovamente al commissario, che dovrà depositare una relazione integrativa almeno dieci giorni prima dell'adunanza.

Ai sensi dell'articolo 175 l. fall. riformato, infine, prima delle operazioni di voto quest'ultimo dovrà illustrare tutte le proposte formulate dal debitore e dai creditori.

Su tali proposte, previa eventuale audizione del debitore e dei creditori, questi saranno chiamati a esprimere il voto su ciascuna proposta, secondo l'ordine temporale di deposito.

In caso di plurime proposte concorrenti, si considererà approvata quella che abbia conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto.

La prescrizione vale a significare che ogni creditore potrà esprimere il proprio voto favorevole per più di una proposta.

D'altro canto, in ipotesi di più proposte che abbiano raggiunto la maggioranza assoluta del capitale e di numero di classi di creditori, dovrà considerarsi approvata quella avente la maggioranza più alta.

Se nessuna proposta raggiungerà le maggioranze prescritte, il giudice delegato, con decreto da adottare entro trenta giorni dal termine previsto per la manifestazione del voto (venti giorni dalla chiusura del verba-

¹⁴ Diffusamente sul punto si confronti L. VAROTTI, *op. cit.* L'autore giustifica l'esclusione proprio perché si verte nell'ambito degli strumenti che l'art. 2910 c.c. attribuisce ai creditori e non ai terzi.

¹⁵ Tuttavia la norma non sembra accontentarsi, come visto, di una generica allegazione, quanto richiedere un forte impegno da parte del debitore. Vedi F. PROIETTI, *op. cit.*, che pone in evidenza che potrebbe trattarsi della richiesta di vera e propria garanzia di soddisfacimento.

le dell'adunanza), rimetterà al voto la proposta che ha conseguito la maggioranza relativa, fissando il termine per la comunicazione ai creditori (comunicazione che deve essere curata dal commissario) e il termine a partire dal quale, nei venti giorni successivi, potranno far pervenire il proprio dissenso (che dovrà essere espresso, restando ferma la regola del silenzio-assenso).

In questa ultima ipotesi le maggioranze dovranno essere raggiunte secondo la regola ordinaria.

L'articolo 177 specifica che sono escluse dal voto le società controllanti della debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, codificando l'orientamento prevalente formatosi tra i giudici di merito soprattutto nei concordati di gruppo.

Le modifiche esaminate hanno importato anche quella dell'articolo 185 l. fall., in tema di esecuzione del concordato.

Ed infatti il debitore dovrà dare esecuzione non solo alla propria proposta, ma anche a quella dei creditori che, raggiunte le maggioranze prescritte, sia stata omologata dal tribunale.

Qualora il debitore non dovesse adempiere o fosse in grave ritardo, il commissario riferirà tempestivamente al tribunale che, sentito il debitore, potrà attribuire al commissario i poteri necessari per curare la fase attuativa.

Parimenti, i soggetti interessati alla concreta attuazione della proposta omologata, potranno attivarsi affinché il tribunale, sentito il debitore e il commissario, attribuisca al commissario i poteri di cui sopra ovvero, in caso di società, provveda alla nomina di un amministratore giudiziario con poteri, appunto, esecutivi del piano.

Se la proposta prevede un aumento del capitale sociale, l'amministratore nominato dovrà convocare l'assemblea straordinaria per la deliberazione di competenza. Nel caso in cui col decreto di omologazione sia stato nominato un liquidatore (nomina che viene disposta quando la proposta non rechi una indicazione dettagliata delle attività di liquidazione), le funzioni di amministratore giudiziario potranno essere affidate al liquidatore.

2.3. Ulteriori disposizioni in materia di proposta di concordato preventivo e di adesione alla stessa

L'art. 4 del d.l. 83/2015, come convertito, contiene a sua volta una serie di modifiche introdotte alle norme in tema di concordato preventivo e di adesione alla procedura.

In dettaglio: 1) all'art. 160 l. fall. tra i presupposti di ammissibilità del concordato preventivo, di tipi diverso da quello con continuità aziendale di cui all'art. 186-bis, una proposta che contenga l'assicurazione del pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari.

La disposizione appare ulteriore espressione principio informatore della riforma di cui s'è riferito, di

particolare tutela delle ragioni creditorie e, comunque, segnale di un certo sfavore all'istituto concordatario, almeno quale sua applicazione verificata nella prassi con prospettive (e percentuali) soddisfattorie del ceto creditorio assolutamente limitate;

2) l'aggiunta all'articolo 161, secondo comma, lettera e), per cui la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore.

Anche tale norma appare manifestazione del *favor creditoris*, nel senso di obbligare l'imprenditore a rendere le informazioni necessarie onde consentire al creditore un'adeguata ed approfondita valutazione della proposta, anche in termini di prospettive di fattibilità, nonché di esprimere un voto informato al riguardo¹⁶.

3) l'ulteriore aggiunta al quinto comma dell'art. 161, volta a prevedere la trasmissione al pubblico ministero di copia degli atti e documenti depositati a norma del secondo e del terzo comma, nonché di copia della relazione del commissario giudiziale prevista dall'articolo 172.

È evidente che per quanto qui rileva – al di là di ogni questione sulla rilevanza penale del comportamento degli interessati, da analizzarsi in altra sede – tale circolazione informativa da parte del debitore e del commissario appare strumentale a consentire una partecipazione consapevole del pubblico ministero al procedimento, in funzione della sua eventuale iniziativa ai fini di una possibile dichiarazione di fallimento dell'imprenditore nelle ipotesi di declaratoria d'inammissibilità, di revoca o di mancata approvazione del concordato;

4) l'aggiunta all'articolo 163, secondo comma, come modificato dalla lettera b) del comma 1 dell'ar-

¹⁶ La previsione sembra prendere spunto da quanto affermato dalla Suprema Corte, in funzione monofilattica, a proposito della distribuzione dei giudizi di fattibilità del concordato tra tribunale e creditori, ed essere scritta propria onde consentire a questi ultimi di compiere la propria valutazione. Si cfr. sul punto: «Premesso che la fattibilità del piano di concordato non deve essere confusa con la convenienza della proposta (vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al tribunale e riservato ai creditori), occorre precisare che la fattibilità, intesa come una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, implica una ulteriore distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica. La verifica della fattibilità giuridica spetta sicuramente al giudice, il quale dovrà esprimere un giudizio negativo sull'ammissibilità della proposta quando le sue modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili. È, invece, di competenza esclusiva dei creditori il giudizio in ordine alla fattibilità economica del concordato, posto che questa valutazione consiste in un giudizio prognostico che comporta margini di opinabilità e possibilità di errore che si traducono inevitabilmente in un fattore di rischio per i soggetti interessati; è quindi ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto del concordato preventivo, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori», Cass. civ., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, I. s.a.s. C. Fallimento I. s.a.s. di R. & C. e altri, in *Il caso.it*, 2013.

articolo 3 del decreto, dell'ordine al ricorrente di consegnare al commissario giudiziale, entro sette giorni, copia informatica o su supporto analogico delle scritture contabili e fiscali obbligatorie;

5) l'aggiunta all'articolo 165, come modificato dal comma 2 dell'articolo 3 del decreto, dell'obbligo del commissario giudiziale di fornire ai creditori che ne facciano richiesta, valutata la relativa congruità e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, sulla base delle scritture contabili e fiscali obbligatorie del debitore, nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso; nonché, di fornire tale informativa anche in caso di richieste, da parte di creditori o di terzi, di informazioni utili per la presentazione di offerte ai sensi dell'articolo 163-bis; infine, dell'obbligo del commissario giudiziale di comunicare senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni.

È chiaro si tratti di un flusso informativo che – generato dall'assolvimento da parte del debitore degli obblighi di deposito della propria documentazione contabile nonché di una proposta corredata dalle notizie richieste dal riformato art. 161 – espone il commissario a doveri d'indagine non solo ai fini delle valutazioni richieste dall'art. 172, in ordine sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte, ma anche per la segnalazione di eventuali notizie di reato acquisite nell'espletamento di dette funzioni;

6) l'aggiunta all'articolo 172, primo comma, come modificato dalla lettera a) del comma 3 dell'articolo 3 del decreto, dell'obbligo per il commissario d'illustrare nella relazione le utilità che, in caso di fallimento, possano essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi.

Si tratta, a ben vedere, di un'ulteriore esempio della *voluntas legis* di offrire ai creditori ogni utile elemento per un'approfondita valutazione sulla meritevolezza della proposta;

7) la sostituzione del quarto comma dell'articolo 178, con la previsione di un'ulteriore modalità di manifestazione di voto da parte dei creditori che non l'abbiano già esercitato, per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale dell'adunanza.

3. I nuovi requisiti per la nomina del curatore

L'articolo 5 del d.l. 83/2015, come convertito, apporta delle modifiche all'articolo 28 l. fall., dedicato al tema dei requisiti per la nomina a curatore del fallimento.

In primo luogo la novella prevede l'incompatibilità alla nomina per coloro che, nei cinque anni anteriori

(e non più nei due) alla dichiarazione di fallimento, abbiano concorso al dissesto dell'impresa.

La proroga di tale termine può essere intesa quale espressione dell'esperienza acquisita in ordine alla genesi ed al periodo di gestazione delle crisi.

In altre parole, proprio in considerazione del fatto che l'inizio e la durata della situazione che ha portato infine al dissesto, possono essere fatti risalire ad un tempo superiore ai due anni considerati dal testo ante riforma, onde garantire il più possibile l'imparzialità e la distanza del professionista incaricato con le vicende dell'impresa fallita *in bonis*, il legislatore ha inteso prevedere il riferito ampliamento del lasso temporale.

D'altra parte la riforma ha escluso che possa essere nominato curatore chi abbia svolto la funzione di commissario giudiziale o abbia partecipato ad un'associazione professionale che abbia svolto tale funzione, in relazione a una procedura di concordato riguardante lo stesso imprenditore.

La norma invero non è stata salutata con troppo favore dai primi commentatori.

Dietro di essa si è ritenuto celata una sorta di prevenzione nei confronti dei professionisti incaricati del ruolo commissariale nel concordato, quasi come a considerarli in qualche modo silenti sostenitori del cattivo esito della procedura a beneficio di quella fallimentare.

D'altra parte si è sostenuta l'inopportunità dell'opzione, nella misura in cui essa potrebbe finire per privare gli altri organi fallimento del patrimonio di conoscenze e di informazioni sulla situazione dell'impresa proprie del commissario, con evidenti ricadute su un celere e proficuo svolgimento della procedura fallimentare¹⁷.

Ciò soprattutto con riferimento a situazioni potenzialmente molto complesse.

A maggior ragione si è censurata la scelta anche nell'ottica di una nomina che il tribunale deve compiere strumentale al rispetto dei tempi previsti dal programma di liquidazione di cui all'articolo 104-ter l. fall.

Il tribunale per altro verso, ai fini della designazione dell'incaricato deve tener conto delle risultanze dei rapporti riepilogativi di cui all'articolo 33, comma 5, l. fall., depositati dal professionista in altre procedure.

Le prescrizioni esaminate sembrano privilegiare nomine in favore di coloro che abbiano già svolto incarichi ovvero di coloro che si doteranno di una struttura adeguata per il relativo e proficuo assolvimento.

4. Il programma di liquidazione

L'art. 6 del d.l. 83/2015 ha introdotto alcune modifiche dell'articolo 104-ter l.fall.

¹⁷ Sul punto si confronti il primo esame compiuto da parte di N. GRAZIANO, *Il curatore ha due anni per liquidare l'attivo fallimentare*, in *Guida al Diritto*, 31/2015.

In base a quanto ora previsto, il programma di liquidazione da parte del curatore deve essere formato, in ogni caso e al più tardi, non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento.

La violazione di tale termine costituisce una giusta causa di revoca dell'ausiliario, al pari del mancato rispetto dei due anni dal deposito della sentenza, per il completamento della liquidazione dell'attivo.

Limitatamente a determinati ben acquisiti alla massa, il curatore potrà tuttavia richiedere una proroga del biennio, indicando specificamente le ragioni a suo fondamento.

In quel caso spetterà al comitato dei creditori, cui viene attribuito il compito di approvare il piano, anche di valutare la ricorrenza delle condizioni per la deroga.

In funzione acceleratoria, il curatore potrà poi essere autorizzato dal giudice delegato a essere coadiuvato nella vendita dei beni anche da società specializzate.

Ciò detto, è bene ricordare che il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare:

a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell'art. 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'art. 104-bis;

b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto;

c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito;

d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco;

e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti;

f) il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell'attivo.

Prima della riforma era previsto quale *dies ad quem* per la sua presentazione quello dei sessanta giorni successivi alla redazione dell'inventario.

Stante il contenuto impegnativo imposto dal legislatore al programma – per altro verso emendabile su richiesta del comitato dei creditori ovvero oggetto di supplemento da parte del curatore – l'esperienza applicativa, ma oserei dire prima ancora la logica, hanno dimostrato la sostanziale impossibilità di addivenire ad una corretta ed analitica pianificazione, nei sensi richiesti, nel breve lasso concesso dalla norma¹⁸.

¹⁸ Sulla genesi dell'istituto, in particolare quale strumento tratto dal d.lgs. 5/06 di riforma delle procedure fallimentari dall'esperienza del piano previsto dal d.lgs. 270/1999 (la cd. Prodi *Bis*) in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, vedi A. CENICOLA, *Il programma di liquidazione*, in *Fallimento e Concordati*, a cura di CELENTANO e FORGILLO, Utet. L'autore già segnalava in tale ambito i problemi della tempistica del programma e dell'assenza di sanzioni per la violazione del termine prescritto. Si consenta di evidenziare sul punto anche quanto affermato da E. QUARANTA in *Il programma di liquidazione*,

Per meglio dire, la pratica ha reso manifesto un aggiramento della norma per il tramite della prosecuzione delle attività inventariali, con la relativa chiusura (da cui la decorrenza del termine in esame) in un momento utile a consentire la redazione di un piano sufficientemente dettagliato, frutto dell'esame della contabilità del fallito (ove depositata) e dell'accertamento di eventuali atti distrattivi e/o dissipativi da impugnare, dell'acquisizione dei beni dell'imprenditore e verifica delle migliori modalità di relativa allocazione.

La riforma mira ad evitare tale escamotage, fissando comunque un termine ultimo per la predisposizione del programma decorrente dal deposito della sentenza di fallimento.

Sarà la pratica a chiarire se – come appare – la norma non sarà di difficile applicazione.

Peraltro l'aggiunta della previsione di una giusta causa di revoca del curatore costituirà un condizionamento alla stessa accettazione dell'incarico.

I dubbi appena palesati non possono non riguardare anche la previsione del termine biennale per le attività di liquidazione dell'attivo¹⁹.

È pur vero che ad assicurare il rispetto del precetto potranno valere l'ausilio al curatore di società specializzate (come autorizzato dal giudice delegato) e le procedure dettate dall'articolo 11 del decreto legge, che ha integrato il contenuto dell'articolo 107 stabilendo: (i) che le vendite e gli altri atti di liquidazione potranno prevedere che il versamento del prezzo possa essere rateizzato (sempre che sia compatibile con la ragionevole durata della procedura fallimentare), rinviando il legislatore all'applicazione sulla possibile vendita con incanto, sulle modalità di vendita e sull'inadempimento dell'aggiudicatario del bene; (ii) che il curatore dovrà adottare adeguate forme di pubblicità delle vendite per la massima informazione e per favorire la partecipazione degli interessati, tramite l'avviso mediante pubblicazione sul portale delle vendite pubbliche del sito internet del ministero della Giustizia almeno 30 giorni prima dell'inizio delle procedure competitive.

Ciononostante, l'alea della liquidazione, soprattutto ove riferita a beni di difficile allocazione per mancanza di offerte, porterà il curatore in una posizione di difficile equilibrio, tra: 1) l'esigenza di rispetto dei termini, con la conseguente prospettiva di svendita degli assets o di relativo abbandono per ottemperarvi; 2) la violazione dei termini, con possibilità di subire la revoca dell'incarico; 3) l'apparente ossequio a suddetti termini mediante il compimento, tuttavia, di attività sostanzialmente dannose per la massa dei creditori (quali quelle sub 1), con esposizione non solo al rischio di revoca, ma anche di subire azioni di danno.

Ad ogni modo non può non rilevarsi come la riforma *in parte qua* si atteggi quale tentativo funziona-

Il Nuovo Fallimento, a cura di F. SANTANGELI, Giuffrè Editore.

¹⁹ In tal senso vedi anche N. GRAZIANO, *op. cit.*

le alle esigenze del complessivo sistema Italia, con la perseguita contrazione dei tempi del processo anche al fine favorire investimenti dall'estero.

5. La chiusura del fallimento

Anche mediante la modifica dell'articolo 118 della legge fallimentare, contenuta nell'articolo 7, il legislatore pare aver inteso perseguire la finalità di favorire l'accelerazione delle procedure.

Prima ancora di esaminarne il contenuto, va segnalata anche la parziale riforma dell'articolo 39, terzo comma, nel senso di prevedere che – salvo ricorrano giustificati motivi – ogni acconto può essere liquidato dal tribunale al curatore solo se preceduto dalla presentazione di un progetto di ripartizione parziale.

Anche con tale norma il legislatore pare aver individuato un altro mezzo di stimolo alla curatela, per svolgere nella maniera più veloce e soddisfacente il proprio incarico.

Di poi il d.l. 83/2015, sempre in omaggio al tentativo di conferire speditezza alle procedure, ha poi aggiunto all'articolo 43 l.fall. il comma per il quale: (i) le controversie in cui è parte un fallimento devono essere trattate con priorità; (ii) il capo dell'ufficio deve trasmettere annualmente al presidente della corte di appello i dati relativi al numero di tali procedimenti e la loro durata, nonché le disposizioni adottate per la perseguire finalità indicata.

La scelta pare consentanea alla constatazione di quanto emergente dalla prassi, ovvero che molto spesso ragioni ostative alla chiusura del fallimento sono costituite da liti attive pendenti.

Dopo aver previsto meccanismi per garantire una strada privilegiata a quei processi, ritornando all'art. 118 la novella ha previsto che comunque la chiusura della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3), ovvero a seguito d'intervenuti riparti, non sia impedita dalla pendenza di (quei) giudizi.

Per far ciò il legislatore ha inoltre stabilito che, una volta dichiarato chiuso il fallimento, il curatore: a) conservi la rappresentanza processuale anche nei successivi stati e gradi di quelle controversie non definite; b) debba trattenere somme necessarie a coprire le spese del giudizio nonché quelle ricevute per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato.

Ha poi previsto la possibilità di riparti supplementari con modalità disposte dal tribunale e che le eventuali sopravvenienze dell'attivo non comportano la riapertura della procedura di fallimento.

Quando a seguito del riparto supplementare conseguente alla chiusura di un giudizio pendente i creditori siano stati in parte soddisfatti, ha concesso la possibilità di una tardiva ammissione all'esdebitazione del fallito, ove la richiesta venga avanzata entro un anno dalla data del riparto supplementare.

Suddette modifiche hanno portato anche a quella dell'articolo 120 l.fall., tal che oggi esso prevede: a) che nonostante la chiusura del fallimento la pendenza dei giudizi inerenti i rapporti patrimoniali del fallito consenta la permanenza in carico del curatore e del giudice delegato; b) che i creditori non potranno agire su quanto oggetto dei giudizi in corso.

D'altra parte l'art. 118 è stato modificato anche derogando l'art. 35 l.fall. nel senso che – in difetto di una previsione di ultrattività del cdc – l'autorizzazione alla rinuncia alle liti pendenti riferite o alla transazione delle stesse spetterà al giudice delegato.

La norma in buona sostanza pare coerente con la previsione del termine biennale di durata delle attività di liquidazione e, in generale, con la necessità dell'ossequio al precetto costituzionale della ragionevole durata della procedura fallimentare dall'altra.

Peraltro – giacché la chiusura del fallimento determina in generale il riacquisto per i creditori del libero esercizio dei propri diritti – la scelta normativa di aver consentito la prosecuzione dei giudizi già intrapresi dalla curatela sotto il controllo degli organi della procedura e di aver vietato ogni possibilità al ceto creditore di tentare soddisfazione solo sui beni interessati da queste ultime controversie, a chi scrive pare realizzare un giusto temperamento delle esigenze di ragionevole durata del fallimento e, comunque, di tutela delle ragioni dei creditori concorsuali e concorrenti non completamente soddisfatti.

6. I contratti pendenti

L'articolo 8 del decreto legge, introducendo l'articolo 169-*bis*, ha modificato la disciplina dei contratti pendenti in sede concordataria, allo scopo dichiarato di risolvere tutti i contrasti in ordine alla facoltà del debitore di sciogliersi da tali contratti e di rimuovere ostacoli tali da ritardare lo svolgimento e la definizione della procedura.

Per realizzare la sbandierata finalità, il legislatore ha uniformato la disciplina dei contratti pendenti nel concordato a quanto già dettato per il fallimento.

Più in particolare si è previsto che il debitore – con il ricorso di ammissione al concordato preventivo di cui all'articolo 161 o successivamente – potrà chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato, sentito l'altro contraente ed assunte, ove necessarie, sommarie informazioni, lo autorizzi a sciogliersi dai contratti ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambi i contraenti alla data della presentazione del ricorso.

È evidente, dal tenore della norma, che i contratti unilaterali – compresi quelli integralmente eseguiti da una parte, mediante il compimento della propria prestazione – non rientrano nel suo ambito di applicazione.

L'istanza di scioglimento o di sospensione (tanto col ricorso originario quanto successivamente) potrà

poi riguardare anche i concordati prenotativi, laddove il provvedimento di accoglimento della richiesta produrrà effetti per l'altra parte solo con la relativa comunicazione.

A tal proposito, tale adempimento non può ritenersi a carico dell'ufficio, anche perché tutto il procedimento che porta all'adozione del decreto si caratterizza per una sua completa deformalizzazione.

Sarà pertanto onere del debitore provvedere all'incombente, in tempo utile e conforme ai propri interessi.

La novella ha poi esteso al concordato la disciplina fallimentare del contratto di locazione finanziaria prevedendo che in caso di scioglimento del contratto, 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 così versata al debitore è acquisita alla procedura.

Il concedente ha inoltre 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 viene soddisfatto come credito anteriore al concordato.

7. L'indebitamento verso intermediari finanziari

L'articolo 9 del d.l. 83/2015, rubricato: «Crisi d'impresa con particolare indebitamento verso intermediari finanziari» ha introdotto nuove figure previste dall'articolo 182-*septies* della legge fallimentare, denominate accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione moratoria.

La norma costituisce attuazione della Raccomandazione della Convenzione europea del 12 marzo 2014, nella parte in cui essa stabiliva che gli Stati membri avrebbero dovuto prevedere forme di accordi di ristrutturazione da concludersi con determinati creditori o determinate categorie di creditori.

Come evidenziato dai primi commentatori, essa pare funzionale all'esigenza dell'imprenditore di godere di uno strumento di definizione della debitoria che non sia influenzato dal dissenso all'accordo da parte di creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità, tale da indurre l'insuccesso della operazione e la possibile apertura di una procedura concorsuale²⁰.

²⁰ Ne tratta diffusamente L. VAROTTI, «Articolo 182-*septies*. Accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria», in *Il caso.it*. L'autore evidenzia in particolare come nella prassi applicativa degli accordi di cui all'art. 182-*bis*, spesso il dissenso proveniva da aziende di credito, meno indirizzate delle altre banche creditrici a concedere nuova finanza all'imprenditore in crisi ovvero a riconoscergli dilazioni di pagamento. Con l'effetto che il debitore, pur avendo raggiunto l'accordo con la maggioranza degli altri istituti di credito, vedeva non andare a buon fine la ristrutturazione del passivo ed aprirsi la

Ciò in ragione delle emergenze della prassi applicativa dell'art. 182-*bis* l. fall., ove la posizione di contrasto di taluna delle aziende bancarie titolari di ragioni di credito nei riguardi dell'imprenditore, a fornire al predetto nuove linee di finanziamento per la realizzazione dell'accordo, unitamente agli altri istituti appartenenti alla categoria, finiva spesso per determinare il venir meno delle condizioni necessarie alla buona riuscita dell'operazione ed a porre le basi per un'emergenza della crisi in sede concorsuale.

7.1. L'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari

La figura dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari intende attribuire al debitore la possibilità di estendere gli effetti dell'accordo di ristrutturazione anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria.

In altre parole - fermi i diritti dei creditori diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari - quando l'impresa in crisi abbia debiti verso tali soggetti in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo, la norma prevede che l'accordo può individuare una o più categorie tra i creditori contemplati, che abbiano fra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei, ai quali possano essere estesi, su espressa richiesta del debitore, gli effetti dell'accordo.

Ciò sempre che i creditori appartenenti a tale categoria siano stati informati delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e che i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei crediti della categoria.

In tal caso, è previsto che la disciplina di cui all'articolo 182-*bis* venga integrata dalle nuove disposizioni e in deroga agli articoli 1372 e 1411 del cc.

Differente appare l'accordo di ristrutturazione ordinario e quello speciale della novella²¹.

Ed inverò l'art. 182-*bis* prevede che la parte raggiunga un accordo con tanti creditori che rappresentino il sessanta per cento della complessiva debitoria e che assicuri il pagamento dei creditori estranei all'accordo alle scadenze previste dalla norma.

Si tratta, a ben vedere, di un istituto di tipo negoziale che si distingue dal concordato preventivo.

Più nello specifico, esso esprime una regolamentazione dei rapporti su base contrattuale (*ex* art. 1372 c.c.) che vincola i soli interessati. Ben sarebbe possibile un trattamento differenziato per i diversi creditori che abbia dato luogo ad una pluralità di convenzioni, richiedendo la norma solamente il raggiungimento di un accordo complessivo con i titolari del sessanta per cento del debito complessivo dell'imprenditori.

strada alla necessaria presentazione di un ricorso per concordato preventivo, liquidatorio o in continuità.

²¹ Segnala le differenze L. VAROTTI, *op. cit.*

Manca, nella disciplina dell'art. 182-*bis*, un procedimento che – attraverso l'adunanza dei creditori ed il voto ivi espresso – preveda una decisione della maggioranza che vincoli i dissenzienti.

Nel caso dell'accordo speciale della novella, viceversa, si prevede un superamento della disciplina contrattualistica, da indurre il legislatore a parlare espressamente di deroga agli articoli 1372 e 1411 del c.c. che disciplinano il principio della relatività degli effetti del contratto.

La nuova norma porta in particolare al sacrificio della volontà dei creditori non aderenti e delle relative posizioni del credito, in omaggio alla tutela delle ragioni della maggioranza²².

Prevede anzitutto un unico accordo che all'interno della categoria (costituita da soggetti aventi posizione giuridica ed interessi omogenei) raggiunga una percentuale molto alta di aderenti, pari al settantacinque per cento; stabilisce, poi, che i non aderenti possano subire la ristrutturazione del debito esistente decisa da quella maggioranza.

Benché loro non può comunque essere imposta l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti, sta di fatto che essi possono essere considerati anche aderenti all'accordo anche ai fini del raggiungimento della soglia del sessanta per cento di cui al primo comma dell'articolo 182-*bis* della legge fallimentare.

Da qui le prime critiche all'istituto, anche da un punto di vista di legittimità costituzionale della norma²³.

Proprio questa deriva dallo schema prettamente negoziale ha indotto il legislatore a prevedere una forma d'interrogazione ovvero di adunanza semplificata con tutti i creditori.

Ed infatti tutti i componenti della categoria – figura da un punto di vista terminologico non esistente nell'ambito dell'accordo ordinario – devono essere informati dell'avvio della trattative con gli altri componenti e messi in grado di parteciparvi.

A ciò devono aggiungersi i particolari poteri che vengono affidati al tribunale nel procedere al giudizio di omologazione.

²² Ancora L. VAROTTI, *op. cit.*, ove l'autore si dilunga sulle caratteristiche del nuovo istituto, sino ad affermare che in realtà non si sarebbe in presenza di alcuna deroga alle norme degli artt. 1372 e 1411 c.c., non trattandosi testualmente "di estendere gli effetti del contratto o di concludere un accordo a favore del creditore non aderente" ma "invece di una applicazione del principio di maggioranza". Viceversa N. GRAZIANO, "Risanamento precoce per evitare il blocco della procedura", in *Guida al Diritto*, 31/2015, afferma che proprio il richiamo a tali norme costituisce manifestazione dell'impostazione contrattuale a fondamento della disciplina in esame.

²³ Segnala il problema N. GRAZIANO, *op. cit.*

Aperto il procedimento, con il compimento degli adempimenti pubblicitari già previsti (la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese) e con la notifica del ricorso e della documentazione di cui al comma 1 dell'articolo 182-*bis* della legge fallimentare, direttamente ai soggetti cui il debitore chiede di estendere gli effetti dell'accordo (ai quali viene concesso il termine di trenta giorni per proporre opposizione, decorrenti dalla data della notificazione) spetta al tribunale verificare: (i) che i soggetti ai quali si chiede di estendere gli effetti dell'accordo abbiano effettivamente posizione giuridica e interessi economici omogenei; (ii) che questi abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti (attestati dal professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d) e siano stati messi in condizione di partecipare alla trattativa in buona fede; (iii) che possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative praticabili.

Ne consegue che il tribunale potrà rifiutare l'omologazione se accerta la scorretta formazione delle categorie ovvero dell'informazione ai creditori appartenenti a una data categoria dell'avvio delle trattative.

La buona fede del debitore impone che questi fornisca notizie sulla sua situazione patrimoniale, economica e finanziaria nel momento in cui iniziano le trattative e non nel momento della proposizione del ricorso, perché esse sono strumentali, in primo luogo, alla decisione di prendere parte alle trattative e, nel caso di scelta positiva, di decidere se aderire o meno all'accordo proposto.

Per altro verso l'ufficio potrà rifiutare l'omologazione attraverso la previsione di un particolare controllo di carattere sostanziale, sull'esistenza di alternative praticabili di segno almeno pari a quelle offerte agli altri aderenti, che possano essere quelle offerte da un concordato o dal fallimento dichiarato al posto dell'omologa.

7.2. La convenzione moratoria

L'istituto della convenzione moratoria, di nuovo conio, pare rispondere alle esigenze provenienti dalla prassi di approntare uno strumento convenzionale idoneo a garantire all'imprenditore in crisi di liquidità, ma con attitudine a realizzare risultati economici positivi, di estendere gli effetti di una possibile dilazione dei pagamenti – concordata con una maggioranza qualificata di creditori – anche a quelli non aderenti e a non subire le conseguenze negative dagli ostacoli frapposti da questi ultimi.

Più in particolare si tratta della regolamentazione del possibile accordo fra l'impresa debitrice e una o più banche o intermediari finanziari – titolari del settantacinque per cento dell'ammontare del passivo riferibile a tale categoria – diretta a disciplinare in via provviso-

ria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti.

Si prevede che la convenzione raggiunta con quel largo consenso, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del c.c., produca effetti nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari non aderenti, a condizione che questi ultimi siano stati informati dell'avvio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi in buona fede.

Il richiamo al meccanismo delle maggioranze qualificate, come già detto a proposito dell'accordo di ristrutturazione speciale fa pensare ad uno schema diverso da quello contrattuale tipico e, piuttosto, ad uno misto, simile a quello operante in sede di concordato preventivo, con una partecipazione dei creditori ad una sorta di adunanza senza rigida predeterminazione delle forme²⁴.

Mancando un intervento giurisdizionale omologatorio, la norma richiede che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d), attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici fra i creditori interessati alla moratoria.

Estesa l'efficacia della convenzione moratoria a creditori non aderenti, è prevista per essi la possibilità di proporre opposizione nel termine di trenta giorni dalla comunicazione della convenzione e della relazione del professionista, che deve essere effettuata tramite spedizione di lettera raccomandata o posta elettronica certificata, a mezzo della quale si chiede al tribunale di impedire produzione degli effetti della convenzione.

Il tribunale adotterà la sua decisione con decreto motivato, reclamabile nel termine di quindici giorni dalla sua comunicazione dinanzi alla competente Corte di appello.

Le criticità dell'istituto parrebbero risiedere nella possibile eterogeneità di contenuto della convenzione, apparendo difficile che il debitore richieda ed ottenga semplicemente una dilazione dei tempi di adempimento, avente medesima scansione e uguali garanzie per tutti i creditori.

È più facile immaginare, viceversa, che l'accordo preveda differenze di trattamento rispetto a ciascuno o almeno ad alcuni degli aventi diritto.

Ma una tale ipotesi porterebbe due problemi: 1) la compatibilità di uno schema di accordo articolato con l'apparente univocità di contenuto della convenzione richiesta dalla norma; 2) ove ritenuta tale compatibilità, l'ambito degli effetti estesi ai creditori non aderenti, tutelati dalla legge solo in termini di esenzione dall'obbligo di eseguire nuove prestazioni, di concedere affidamenti, di mantenere quelli esistenti e di erogare nuovi finanziamenti.

Del resto, la previsione di possibili differenze di trattamento del ceto creditorio potrebbe limitare nella prassi l'utilizzo dell'istituto, facendo ricadere le ipotesi convenzionali nel più ampio *genus* dei piani attestati di risanamento.

²⁴ Così L. VAROTTI, *op. cit.*

Alessandro Auletta

Giudice dell'esecuzione presso il Tribunale di Napoli Nord in Aversa e dottore di ricerca in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II"

NOVITÀ
LEGISLATIVA

La riforma del processo esecutivo (ovvero un'applicazione della legge di Washlesky)*

Il contributo intende analizzare le recenti e significative novità introdotte dal d.l. n. 83 del 2015 in tema di esecuzione forzata. La novella tocca sia il Codice civile (ove si è prevista una nuova forma di aggressione dei "beni passati" del debitore) sia, e soprattutto, il Libro III del Codice di procedura civile e alcune disposizioni di attuazione dello stesso; in molte sue parti, la riforma trova applicazione con riferimento alle procedure pendenti, ponendo all'interprete difficili (e già molto discusse) questioni di diritto intertemporale.

Particolarmente penetranti sono le modifiche introdotte alla disciplina dell'espropriazione forzata immobiliare; meno dirompenti, perché per lo più dirette a positivizzare orientamenti pretori consolidati, quelle riguardanti la disciplina dell'espropriazione presso terzi, nel mentre non è dato sapere se e quanto le numerose misure "acceleratorie" o quelle lato sensu deflattive (dirette a favorire il ricorso a procedure stragiudiziali di esdebitazione) potranno effettivamente produrre o contribuire a produrre l'atteso effetto in punto di ragionevole durata del processo (esecutivo).

sommario

1. Sguardo panoramico alle novità sul processo esecutivo introdotte dal d.l. n. 83 del 2015, nel quadro della recente fase di euforia riformistica. – **2.** La novella del Codice civile. – **3.** Le novità sull'atto di precetto e sulle norme in materia di espropriazione forzata in generale. – **4.** Le novità in materia di espropriazione immobiliare. – **5.** Le novità in materia di espropriazione di beni mobili e di autoveicoli. – **6.** Le novità in materia di espropriazione presso terzi. – **7.** Le novità in materia di opposizioni esecutive e quelle in materia di *astreintes*.

1. Sguardo panoramico alle novità sul processo esecutivo introdotte dal d.l. n. 83 del 2015, nel quadro della recente fase di euforia riformistica

Se è vero, come rileva Cassese, che in Italia la riforma è divenuta una funzione pubblica permanente, questa affermazione assume connotati che si muovono ai confini del parossismo, se parametrata alla evoluzione (?) normativa registrata negli ultimi anni con riguardo alla disciplina del processo esecutivo.

Sul presupposto della (perenne) urgenza di rendere competitivo (o più competitivo) il c.d. sistema-Paese,

si è scelto più volte di incidere sul segmento processuale ove si realizza effettivamente il diritto consacrato nel titolo esecutivo¹.

Ma lo si è fatto, a noi pare, nel modo sbagliato, sia per quanto attiene alla forma che alla sostanza.

In primo luogo, appare perfino superfluo unirsi al coro unanime di chi denuncia l'abuso dello strumento della decretazione d'urgenza, oltretutto utilizzato senza alcun ancoraggio ad una logica programmatica di medio periodo².

Basti pensare che il d.l. n. 83 del 2015 agli artt. 18 e 20 (che non interessano in via diretta il presente discorso) ha inciso su due novità introdotte poco più di un anno fa, sempre con decreto (si allude al d.l. n. 90 del 2014) e sempre sul presupposto della assoluta indifferibilità di tali misure: e così, da un lato, è stato previsto il trattenimento in servizio fino al 31 dicembre 2016 dei magistrati che non abbiano ancora compiuto il settantaduesimo anno di età al 31 dicembre prossimo³, dall'altro, è stata revocata la decisione di sopprimere le sedi distaccate dei Tribunali amministrativi regionali ubicate in città che non sono sedi di distretti di Corte d'appello⁴.

* La legge di Washlesky, riconducibile al filone delle leggi di Murphy, recita: "è più facile disfare che fare".

Al di là dell'opinione personale di chi scrive, si lascia il lettore libero di intendere questa massima come riferita alla compulsiva opera riformatrice che interessa con ciclica regolarità il processo civile e in specie quello esecutivo, con la conseguente difficoltà di interiorizzare i cambiamenti, che pertanto incidono poco e male sulla materia riformata; o, in alternativa, come *memento* per chi si accinge a leggere, interpretare ed applicare le norme di cui si tratta.

¹ Sulla effettività della tutela esecutiva come volano dello sviluppo economico, v. DE STEFANO, ALARI, *Il primo forum mondiale sull'esecuzione (Strasburgo, 10 dicembre 2014)*, in *Riv. esec. forz.*, 2015, 2, pp. 193 e ss..

² In questi termini v. già, con lungimiranza, CELOTTO, *L'abuso del decreto legge, Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, I, Padova, 1997, p. 375 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

³ In pratica sono stati differiti gli effetti dell'art. 1, comma 3, d.l. n. 90 del 2014, secondo cui "i trattenimenti in servizio, pur se ancora non disposti, per i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari che alla data di entrata in vigore del presente decreto ne abbiano i requisiti ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503, e successive modificazioni, sono fatti salvi sino al 31 dicembre 2015 o fino alla loro scadenza se prevista in data anteriore".

⁴ Ciò attraverso l'abrogazione dei commi 1 e 1-bis dell'art. 18 del

Viene allora da chiedersi se fosse più urgente l'introduzione di queste misure ovvero la necessità del differimento della loro efficacia o il loro depennamento, con buona pace della chiarezza e della stabilità delle regole, ossia di valori che potrebbero contribuire se non alla crescita del Paese quanto meno alla creazione di prassi virtuose in grado di incidere sulla velocità e sulla effettività dei processi (esecutivi, ma non solo).

È stato sottolineato che il proliferare (disorganico) di riforme espone il sistema al rischio che il contenzioso verta più (e prima ancora) che sulla fondatezza delle pretese sostanziali delle parti sulle modalità di svolgimento del processo⁵.

Le recenti riforme, in altri termini, si caratterizzano, nel migliore dei casi, per l'esiguo spessore dei contenuti; in altri casi, "gli interventi 'a sorpresa' sganciati da qualsiasi programmazione e prevedibilità, da qualsiasi dibattito culturale e parlamentare, hanno finito, con continui ed insipienti interventi sul codice di procedura, per aggravare lo stato di crisi della giustizia civile"⁶.

Ebbene, eccezion fatta per qualche aspetto (coincidente con le norme del decreto che hanno modificato il Codice al fine di adeguarlo al formante giurisprudenziale, cioè a quanto la giurisprudenza, in forza di meditati e progressivi assestamenti, aveva già affermato a Codice invariato), il d.l. n. 83 del 2015 pare potersi ascrivere a quest'ultima categoria di interventi legislativi, tanto da doversi condividere l'idea, autorevolmente espressa dalla dottrina, per cui "conta l'approvazione della riforma, più che il grado della sua effettiva attuazione, poiché la prima è facilmente conteggiabile, la seconda meno"⁷.

Nell'attesa (forse vana) che lo svilupparsi del dibattito in dottrina e tra gli operatori del diritto (magistratura ed avvocatura) possa portare, in un futuro non troppo lontano, all'adozione, da parte di un legislatore più attento alle istanze provenienti dagli "addetti ai lavori", di misure correttive in relazione ai punti maggiormente oscuri della riforma, occorre però frangere, con qualche urgenza (questa volta non solo proclamata), l'incidenza della novella, specie se si tiene conto del fatto che, in virtù di una a dir poco criticabile disciplina intertemporale, alcune delle norme del decreto si applicano anche alle procedure in corso.

Volendo schematizzare, e con riserva di esaminare più approfonditamente le diverse aree tematiche, la riforma incide:

A) sul Codice civile, laddove con la disposizione di nuovo conio contenuta nell'art. 2929-*bis* viene

consentito al creditore munito di titolo esecutivo di aggredire i beni del debitore se sugli stessi siano stati compiuti atti dispositivi a titolo gratuito ovvero se sugli stessi siano impressi vincoli di indisponibilità, ancorché non sia stata ancora ottenuta una sentenza dichiarativa dell'inefficacia di tali atti ed a condizione che il pignoramento sia trascritto entro un anno dalla data di trascrizione degli atti suddetti;

B) sul Codice di procedura civile e su alcune delle disposizioni di attuazione del Codice medesimo, ed in specie:

- i) sulla disciplina del precetto e sulle norme in materia di espropriazione forzata in generale;
- ii) sulla disciplina in materia di espropriazione immobiliare;
- iii) sulla disciplina in materia di espropriazione mobiliare e di autoveicoli;
- iv) sulla disciplina in materia di espropriazione presso terzi;
- v) sulla disciplina delle opposizioni esecutive e su quella delle misure di coazione indiretta, di cui all'art. 614-*bis* c.p.c.

Quanto alla efficacia delle disposizioni in esame, con riferimento al tempo della relativa entrata in vigore, occorre distinguere tra:

- 1) disposizioni che entrano in vigore immediatamente e che non si applicano alle procedure in corso;
- 2) disposizioni che entrano in vigore immediatamente e che si applicano anche alle procedure in corso;
- 3) disposizioni ad efficacia differita.

A mano a mano che saranno esaminate le varie novità, si avrà cura di specificare in quale delle suddette categorie ogni disposizione rientri.

2. La novella del Codice civile

A dispetto dell'enfasi profusa dal legislatore, che ha corredato l'art. 12 della rubrica "Modifiche al Codice civile", la novella si esaurisce, *in parte qua*, nella introduzione di una sola nuova norma (o per esser più precisi di una nuova Sezione, composta unicamente della nuova norma).

La quale, come è stato condivisibilmente osservato⁸, è criticabile sotto ogni punto di vista.

In primo luogo, dal punto di vista della ubicazione topografica.

L'art. 2929-*bis* c.c. si colloca infatti come ideale (ma, per le ragioni che diremo, inappropriata) "cerniera" tra le disposizioni di cui agli artt. 2910-2929 c.c. (Libro VI, Titolo IV, Della tutela dei diritti, Capo II, Dell'esecuzione forzata, Sezione I, Dell'espropriazione), attinenti agli effetti sostanziali degli atti esecutivi dei procedimenti di espropriazione forzata, e gli artt. 2930-2933 c.c. (Libro VI, stesso Titolo e Capo, Sezione II, Dell'esecuzione forzata in forma specifica), attinenti agli aspetti sostanziali dei processi esecutivi

d.l. n. 90 del 2014.

⁵ FINOCCHIARO, *Il decreto giustizial1*, in *Guida dir.*, 2015, 30, p. 84.

⁶ CAPPONI, *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, in *giustiziavivile.com*.

⁷ CAPPONI, *Doing business as a purpose of Civil Justice?*, consultabile in <http://https://nyu.academia.edu/RemoCaponi>.

⁸ FINOCCHIARO, *Il decreto giustizial2*, in *Guida dir.*, 31, p. 63.

per consegna o rilascio, obblighi di fare o non fare, nonché sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto.

Considerato il relativo contenuto (di cui diremo appresso), sarebbe stato più coerente il suo inserimento tra le norme dedicate alla disciplina "della responsabilità patrimoniale, delle cause di prelazione e della conservazione della garanzia patrimoniale" (Titolo III del Libro VI) e segnatamente nel Capo V (Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale), a complemento della Sezione II, relativa all'azione revocatoria (artt. 2901-2904 c.c.)⁹.

In secondo luogo, la norma è criticabile dal punto di vista dei contenuti¹⁰, specie perché lascia irrisolti alcuni nodi problematici relativi ai rapporti con l'azione revocatoria ed alla disciplina dell'intervento.

L'art. 2929-*bis* c.c. riconosce in capo al creditore una alternativa all'esperimento dell'azione revocatoria laddove si intenda aggredire un bene che non fa più parte del patrimonio del debitore, in deroga alla fondamentale regola contenuta nell'art. 2740 c.c. per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; il che significa che, normalmente, i beni "passati" non fanno parte della garanzia patrimoniale generica del soggetto passivo del rapporto obbligatorio.

In particolare, il creditore munito di titolo esecutivo può agire per la realizzazione coattiva della propria pretesa pignorando un bene uscito dal patrimonio del debitore, senza attendere la pronuncia dichiarativa dell'inefficacia dell'atto dispositivo ed alle seguenti condizioni:

- a) deve trattarsi di un atto dispositivo a titolo gratuito, che abbia l'effetto di alienare il bene in questione (si pensi ad un *trust*), ovvero di un atto impositivo di un vincolo di indisponibilità (si pensi alla costituzione di un fondo patrimoniale *ex* art. 167 c.c.);
- b) deve trattarsi di beni immobili o di un beni mobili iscritti in pubblici registri;
- c) deve trattarsi di acquisto trascritto non oltre il termine di un anno computato a ritroso dalla data di trascrizione del pignoramento (appare problematica, quindi, l'applicabilità della disposizione al pignoramento di quote di una società a responsabilità limitata, considerato che, in questo caso, non è necessaria la trascrizione, ma l'iscrizione nel registro delle imprese);
- d) il debitore deve essere a conoscenza del pregiudizio arrecato al creditore (come si desume dalla parte conclusiva del terzo comma).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ È stato notato, sotto questo profilo, che "la nuova disposizione (...) è come uno di quei graffiti tracciati su antiche bombolette spray: entrambi deturpano la bellezza e l'armonia l'uno del sistema giuridico, l'altro dell'opera artistica". Cfr. in tal senso FINOCCHIARO, *Il decreto giustizial2*, in *Guida dir.*, 31, p. 63

La forma dell'esecuzione sarà quella dell'esecuzione contro il terzo proprietario (per tale intendendosi l'avente causa a titolo gratuito dal debitore alienante), ai sensi degli artt. 602 e ss. c.p.c.: il pignoramento va quindi notificato sia al debitore che al terzo.

A questo punto è fatto onere al debitore, al terzo avente causa a titolo gratuito o a chi beneficia del vincolo, di proporre "le opposizioni all'esecuzione di cui al titolo V del libro III del Codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché la conoscenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore" (ancorché, inspiegabilmente, tale elemento soggettivo non sia annoverato tra i presupposti previsti dal primo comma per rendere l'atto aggredibile).

Sulle modalità di coordinamento del giudizio di opposizione intentato dal terzo e dell'azione pauliana eventualmente già intentata dal creditore il legislatore ha serbato il più totale silenzio.

Notevoli difficoltà di coordinamento si pongono, poi, con la disciplina dell'intervento (artt. 499 e ss. c.p.c.), posto che l'art. 2929-*bis* c.c. si applica, se ricorrono le condizioni prima descritte, anche al creditore "anteriore" (cioè il cui diritto sia sorto anteriormente al compimento dell'atto dispositivo¹¹) che sia intervenuto nell'esecuzione promossa da altro creditore.

Occorre infatti distinguere (per quanto la norma non distingua) tra l'esecuzione promossa da altro creditore del debitore esecutato (dante causa del terzo proprietario), nel qual caso si applicano le regole ordinarie del concorso, e l'esecuzione promossa da altro creditore del terzo avente causa dal debitore esecutato, nel qual caso l'interventore deve essere postergato rispetto ai creditori del terzo avente causa.

La disposizione di cui all'art. 2929-*bis* c.c. si applica esclusivamente alle procedure esecutive iniziate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge.

3. Le novità sull'atto di precetto e sulle norme in materia di espropriazione forzata in generale

Tra le modifiche del Codice di procedura civile assume rilievo preliminare quella riguardante l'atto di precetto, che trova applicazione a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione.

Nell'ottica di favorire il ricorso a strumenti di composizione stragiudiziale delle liti, del genere di quelli disciplinati dagli artt. 6-16 del d.lgs. n. 3 del 2012 e ss.mm. (poco o punto utilizzati nella pratica), il "nuovo" precetto deve contenere l'avvertimento al debitore circa la possibilità di concludere con i creditori accordi di composizione della crisi o di proporre agli stessi un piano del consumatore, con l'ausilio di un organismo di composizione della crisi o di un professionista nominato dal Giudice.

¹¹ Così FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 66.

Le procedure di che trattasi, però, non sono applicabili con riguardo agli obblighi suscettibili di esecuzione in forma specifica: onde è corretto ritenere che, in queste ipotesi, il precetto non debba contenere il menzionato avvertimento¹².

Dubbia è la conseguenza dell'omissione dell'avvertimento di cui si tratta: vi è chi esclude la nullità sul presupposto che tale sanzione non sia espressamente prevista¹³, ma va osservato che l'alinea in questione fa corpo con il comma 2, onde si potrebbe ritenere che la prescrizione di determinati contenuti a pena di nullità si estenda anche a quelli menzionati nell'ultima parte di tale comma (cioè appunto all'alinea introdotto in sede di riforma).

Di certo il contenzioso in materia di opposizioni (ipoteticamente anche pretestuose) registrerà un incremento nei primi mesi di vigenza della norma.

Nell'ambito delle norme sull'espropriazione forzata in generale specifica menzione meritano, poi, le disposizioni che hanno novellato gli artt. 490 e 492-*bis*.

Quanto al primo, è stata prevista l'istituzione di un portale informatico delle vendite pubbliche, su scala nazionale.

In sintesi, la pubblicazione telematica subentra all'affissione all'albo dell'Ufficio giudiziario.

È previsto l'onere del creditore di versare, per ogni avviso, un contributo di 100 euro: ciò per effetto dell'inserimento dell'art. 18-*bis* nel tessuto del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115.

Si tratta dell'ennesimo recente esempio di onere fiscale imposto in connessione al compimento di attività processuali: il che avvalorando ulteriormente la tesi di quanti rilevano la deriva della disciplina del contributo unificato, paventando una sua frizione con l'art. 24 Cost. nel punto in cui, di fatto, tale contributo rappresenta un limite sempre più consistente (ed a volte dirimente) alla tutela giurisdizionale dei diritti¹⁴.

A rendere cogente il suddetto onere sta la previsione, contenuta nel nuovo art. 631-*bis* c.p.c., di una specifica causa di estinzione della procedura per l'ipotesi in cui sia mancata, per fatto imputabile al creditore procedente, la pubblicazione sul portale unico.

Laddove l'omessa pubblicazione sia addebitabile al professionista delegato o al commissario¹⁵ si sostiene che il creditore potrà rivalersi nei loro confronti laddove la procedura sia dichiarata estinta¹⁶.

¹² FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 67.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ VERDE, *Questione giustizia*, Torino, 2015, *passim*.

¹⁵ I quali hanno l'obbligo di curare la pubblicazione sul portale (obbligo cui deve assolvere in via subordinata il creditore), in specie per quanto attiene all'invio "all'indirizzo di posta elettronica ordinaria o certificata, ad ogni interessato che ne ha fatto richiesta e si è registrato mediante un'apposita procedura disciplinata dalle specifiche tecniche di cui al primo comma, un avviso contenente le informazioni relative alle vendite di cui è stata effettuata la pubblicità".

¹⁶ FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 73.

Ambedue le disposizioni, quella che prevede la pubblicità e quella che sanziona il mancato espletamento della stessa, si applicano decorsi trenta giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale delle specifiche tecniche previste dall'art. 161-*quater* disp. att. c.p.c.

Occorre anche ricordare la modifica riguardante il comma 3 dell'art. 490 c.p.c., sulla quale il legislatore è ulteriormente intervenuto in sede di conversione del decreto legge.

La disposizione previgente, che vincolava il Giudice a disporre la pubblicazione sui quotidiani di informazione, era stata modificata nel senso che a tanto si potesse provvedere solo su istanza del creditore procedente o dei creditori intervenuti, e cioè ai soggetti che sono, per un verso, quelli maggiormente interessati alla adeguata pubblicizzazione degli avvisi e, per altro verso, quelli che sopportano i relativi costi.

In sede di conversione, la norma è stata ulteriormente modificata nel senso che il potere valutativo del Giudice può essere esercitato "anche su istanza dei creditori": il che significa che il potere di disporre la pubblicazione "sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata (...)" può, da tale istanza, anche prescindere.

Si deve ritenere, però, che nell'ipotesi in cui l'istanza sia formulata l'ampiezza del potere valutativo del Giudice torni ad assottigliarsi.

È assai probabile che, in una prima fase, un poco per le difficoltà notoriamente connesse alla informatizzazione delle attività processuali, un poco per la scarsa diffusione che il portale internet può avere per una determinata tipologia di utenza rispetto alla "classica" pubblicazione cartacea, si procederà pressoché sempre ad ordinare (anche) l'inserzione sui quotidiani.

L'art. 492-*bis* (a sua volta introdotto, in via di urgenza, con il d.l. n. 132 del 2014) c.p.c. è stato dapprima modificato dal d.l. n. 83 del 2015 e poi ulteriormente rimaneggiato in sede di conversione.

Riguardo ai correttivi disposti in sede di decretazione d'urgenza, si segnala:

i) l'espunzione dell'espressione "procedente", riferita al creditore che può fare istanza al Presidente del Tribunale per essere autorizzato ad effettuare le ricerche con modalità telematiche dei beni da pignorare. Vi è da dire che si tratta di una modifica appropriata, dal momento che, prima del pignoramento, non vi è tecnicamente un creditore procedente¹⁷;

¹⁷ Ed invero nel vigore della formulazione previgente il riferimento al creditore "procedente" aveva dato luogo a tre interpretazioni: a) che vi fosse già stato un tentativo di pignorare beni del debitore, rivelatosi infruttuoso; b) che fosse in corso il procedimento esecutivo; c) che il creditore procedente fosse il creditore in procinto di esercitare l'azione esecutiva. Nel vigore della nuova norma si pone la questione se la ricerca dei beni con le modalità di cui all'art. 492-*bis* possa avvenire o meno innanzi al Giudice dell'esecuzione e cioè nell'ambito di un processo esecutivo già

ii) si precisa che l'istanza può essere proposta (salvi casi urgenti) solo dopo che sia spirato il termine ad adempiere contenuto nel precetto. Considerato quanto sopra, i tempi per richiedere ed ottenere l'autorizzazione di che trattasi e procedere alla ricerca prima che sia spirato il termine di efficacia del precetto (art. 481 c.p.c.) sono abbastanza esigui: con la conseguenza che il creditore potrebbe vedersi costretto ad intimare un nuovo precetto, sopportando i costi del primo, andato perento¹⁸.

Quanto alle modifiche disposte in sede di conversione:

i) sono stati espunti i riferimenti alle banche dati alle quali "le pubbliche amministrazioni possono accedere" ed al "pubblico registro automobilistico". Mentre quest'ultima modifica è stata dettata dalla necessità di eliminare dal testo normativo una superfezione, atteso che all'accesso al PRA il creditore può provvedere autonomamente, la prima può essere spiegata se letta in combinato disposto con il novellato art. 155-*quater* disp. att. c.p.c., laddove si prevede:

- 1) in primo luogo, che l'Agenzia per l'Italia digitale fissi degli *standard* di comunicazione e delle regole tecniche per consentire l'accesso alle banche dati stesse;
- 2) in secondo luogo, che l'accesso è consentito previa stipulazione, da parte del Ministero della giustizia, di una convenzione finalizzata alla fruibilità informatica dei dati, sentito il Garante per la protezione dei dati personali;
- 3) in terzo luogo, che il Ministero della giustizia provveda a rendere pubbliche le banche dati accessibili con apposita pubblicazione sul portale dei servizi telematici.

In estrema sintesi dal combinato disposto delle due modifiche (quella "riduttiva" dell'art. 492-*bis* e quella "additiva" dell'art. 155-*quater* disp. att. c.p.c.) si evince l'attuale impossibilità del creditore di procedere, tramite le banche dati delle pubbliche amministrazioni (salvo quanto si dirà *infra*), alla ricostruzione della consistenza del patrimonio del debitore;

pendente.

¹⁸ È pertanto preferibile ritenere che l'istanza di ricerca dei beni avanzata al Presidente del Tribunale non contenga, implicita, una richiesta di pignoramento rivolta all'Ufficiale giudiziario che per avventura rinvenga beni con le modalità previste dall'art. 492-*bis*. Ciò implica la persistente necessità di distinguere tra due procedimenti: quello volto alla ricerca dei beni da pignorare e quello diretto ad effettuare il pignoramento. Non manca però una diversa lettura (che parte dal presupposto concettuale dell'unicità dei due procedimenti e punta alla conservazione degli effetti di un atto, nella specie preliminare all'esecuzione), alla stregua della quale l'istanza al Presidente, contenendo anche una richiesta di pignoramento (nel caso in cui vengano rinvenuti beni pignorabili), impedirebbe la perdita di efficacia del precetto per decorso del termine di cui all'art. 481 c.p.c.

ii) è stato modificato l'art. 155-*quinquies* disp. att. c.p.c., per consentire all'ufficiale giudiziario di interrogare le banche dati dell'anagrafe tributaria, nonché quelle degli enti previdenziali, anche prima del loro inserimento nell'elenco di cui all'art. 155-*quater*.

Continuano a non essere disciplinate le conseguenze di un eventuale rifiuto delle amministrazioni di consentire l'accesso alle banche dati in questione;

iii) in caso di estinzione anticipata della procedura per infruttuosità (art. 164-*bis* disp. att. c.p.c.) o per tardiva iscrizione a ruolo del pignoramento ai sensi degli artt. 159-*ter* e 164-*ter* disp. att. c.p.c., il compenso all'ufficiale giudiziario non è dovuto (tanto per effetto della modifica dell'art. 122 del d.p.r. n. 1229 del 1959 sull'ordinamento degli ufficiali giudiziari).

L'art. 159-*ter* disp. att. c.p.c. rileva, ulteriormente, nell'analisi delle modifiche aventi portata trasversale.

Al fine di ovviare ad un notevole inconveniente pratico emerso nella prassi, si prevede che l'iscrizione a ruolo del pignoramento possa avere luogo anche da parte di un soggetto diverso dal creditore, e segnatamente da colui che intenda proporre una istanza nell'ambito di un procedimento esecutivo instaurando.

Il caso di maggiore frequenza pratica sarà verosimilmente quello del debitore che voglia spiegare opposizione ex artt. 615 e 617 c.p.c.

Fino ad oggi le Cancellerie di alcuni Uffici giudiziari hanno istituito dei "registri informali" ove allibrare queste istanze in attesa del perfezionamento dell'iscrizione a ruolo da parte del creditore; una volta effettuata l'iscrizione a ruolo, tali istanze venivano abbinate al corrispondente fascicolo dell'esecuzione. Si è ritenuto così di poter evitare che la parte interessata avesse a subire le conseguenze negative di una decadenza comminata per la scadenza di un termine da computarsi dalla data di notifica del pignoramento (tipico il caso dell'opposizione ex art. 617, comma 2, c.p.c.)¹⁹.

La norma rinvia all'art. 16-*bis* del d.l. n. 179 del 2012 per evidenziare che in questo caso il deposito dell'atto o dell'istanza può avvenire anche con modalità non telematiche.

¹⁹ È opportuno rilevare, tuttavia, che allo stato la norma, per quanto opportuna, rischia di rimanere inattuata, a causa del mancato adattamento del sistema informatizzato utilizzato dalle Cancellerie per ricevere telematicamente gli atti: in questo frangente, infatti, la creazione di quello che in gergo viene denominato "evento" (nella specie l'iscrizione a ruolo) è preclusa, di fatto, dalla circostanza che il sistema richiede, come condizione imprescindibile per completare l'operazione, l'inserimento di informazioni di cui dispone solo il creditore e non anche il debitore (e, ancor meno, il terzo), come la data in cui l'atto di pignoramento è stato riconsegnato all'Ufficiale giudiziario. Si attende quindi il sollecito adattamento del sistema informatico visto che, in mancanza, le Cancellerie potranno, al più, continuare ad osservare la prassi finora utilizzata (riportata nel testo).

Vi è però che la norma appena citata si riferisce alle “parti precedentemente costituite” (nel giudizio di cognizione?) e l’interpretazione di questo rinvio pone problemi apparentemente insormontabili, ad esempio, nell’ipotesi in cui il creditore agisca sulla base di un titolo stragiudiziale.

Infine, va segnalata la riforma dell’istituto della conversione del pignoramento, di immediata applicazione.

Le novità, in specie, riguardano la rateizzazione:

- i) la rateizzazione è oggi ammessa anche laddove il pignoramento riguardi cose mobili (mentre in precedenza questa possibilità era prevista solo per l’espropriazione immobiliare)²⁰;
- ii) si può accedere ad un beneficio più ampio, che si compendia nella determinazione di trentasei (anziché diciotto) rate mensili al fine di coprire la somma determinata ai sensi del terzo comma dell’art. 495 c.p.c.

Il beneficio della più ampia rateizzazione è controbilanciato dalla possibilità di provvedere, ogni sei mesi, alla distribuzione del ricavato.

In molti Uffici giudiziari, in sede di ammissione al beneficio della conversione, i Giudici dell’esecuzione già fissavano delle udienze “interlocutorie” con cadenza semestrale per vigilare sul corretto adempimento delle obbligazioni rateali.

A questo punto l’udienza “interlocutoria” diverrà la sede della distribuzione, *pro parte*, di quanto ricavato di sei mesi in sei mesi.

Restano ferme le conseguenze del mancato versamento anche di una sola rata, come pure la disposizione (modificata solo per necessità di adattamento alla mutata estensione dell’ambito applicativo del beneficio della rateizzazione) che la liberazione dal pignoramento avvenga con il versamento dell’intera somma.

Il legislatore ha invece perso l’occasione di chiarire la reale portata applicativa dell’ultimo comma dell’art. 495 c.p.c., in merito alla questione (ad oggi discussa) se il mancato accoglimento di una prima istanza a causa della erronea determinazione della somma da depositare in Cancelleria precluda l’accoglimento di una seconda istanza accompagnata da un deposito conforme alla legge ovvero se la preclusione scatti soltanto nel caso in cui il debitore, una volta ammesso al beneficio, sia decaduto dallo stesso²¹.

²⁰ Benvero, la riforma del 1976 aveva già previsto la possibilità per il debitore di ottenere la rateizzazione, ma la liberazione del bene pignorato conseguiva all’ordinanza di ammissione alla conversione, con evidenti possibilità di abuso da parte del debitore. Per questo motivo, l’istituto della rateizzazione fu espunto dalla riforma del 1990 per poi essere reintrodotta, ma solo per i pignoramenti immobiliari, nel 1998. In questo caso però si prevede che la liberazione del bene avesse luogo con l’integrale pagamento di quanto dovuto. Nel 2005 la rateizzazione è stata portata a diciotto mesi.

²¹ Nel senso che la preclusione opererebbe solo nel caso in cui

4. Le novità in materia di espropriazione immobiliare

Con riferimento all’espropriazione immobiliare si segnalano:

- A) modifiche incidenti sui termini, nel segno di una loro drastica riduzione;
- B) modifiche incidenti sulle operazioni di vendita e sulla relativa delega, nonché sulle modalità di versamento del prezzo e sul compenso dell’esperto stimatore;
- C) modifiche incidenti sull’istituto dell’assegnazione;

A) Quanto alle prime, sono stati dimezzati:

- a) il termine di efficacia del pignoramento, nel senso che l’istanza di vendita o assegnazione deve essere formulata (appunto a pena di inefficacia del pignoramento) nel termine di quarantacinque giorni dal compimento del primo atto dell’esecuzione (l’art. 497 c.p.c. rientra invero tra le norme sull’espropriazione forzata – Sezione II, Del pignoramento –, ma assume il suo maggiore spessore applicativo, da un punto di vista pratico, con riguardo al pignoramento immobiliare);

- b) i termini per il deposito della documentazione catastale, oggi ridotti a sessanta giorni sia con riguardo al “primo termine” sia con riguardo al “secondo termine” concesso su istanza del creditore sia infine al termine concesso dal Giudice laddove riscontri l’incompletezza della documentazione.

È appena il caso di notare che l’intento (in astratto commendevole) di ridurre i tempi processuali deve coniugarsi con il canone della ragionevolezza, e quindi non andare eccessivamente a discapito del creditore procedente, ovvero di un soggetto che ha già ottenuto l’accertamento della spettanza di un diritto di credito certo, liquido ed esigibile.

In questa logica la previsione di termini oggettivamente abbastanza esigui potrebbe rivelarsi ingiustificatamente penalizzante per il creditore, onerandolo di intraprendere un nuovo processo esecutivo nell’ipotesi in cui il primo pignoramento diventi inefficace o nei casi di estinzione anticipata, con ricadute non positive sulla deflazione del carico giudiziario (paradossalmente, visti gli obiettivi programmatici che hanno ispirato le più recenti riforme del comparto giustizia);

il debitore sia stato ammesso al beneficio e poi dichiarato decaduto dallo stesso, v. Trib. Torino, 15 novembre 2001, in *Giur. it.*, 2002, 1636; nel senso che la preclusione opererebbe sempre se è già stata presentata una istanza e questa sia stata respinta per qualsiasi motivo, v. SOLDI, *Manuale dell’esecuzione forzata*, V ed., Padova, 2014, spec. pp. 354; pone invece delle distinzioni a seconda del motivo che abbia portato alla reiezione della prima istanza CAMPESE G., *L’espropriazione forzata immobiliare*, Milano, 2006, 131.

c) il termine per la nomina dell'esperto stimatore²² (quindici giorni e non più trenta dal deposito della documentazione)²³, soggetto che però beneficia, in un'ottica di compensazione rispetto ai contenuti ampi che oggi si richiedono per la relazione di stima, di un termine più lungo per il deposito della perizia: trenta giorni e non più quarantacinque prima dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c.

Trattandosi di un termine intermedio, non si incide sulla durata complessiva del processo esecutivo, ma si rende più gravosa l'attività delle parti, che avranno soltanto quindici giorni (e non più trenta) per studiare la relazione e proporre osservazioni almeno quindici giorni prima dell'udienza;

Il termine per la fissazione dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c. viene invece ridotto da centoventi a novanta giorni.

Le disposizioni relative all'accelerazione dei tempi del processo esecutivo sopra descritte si applicano con esclusivo riguardo alle procedure iniziate successivamente alla data di entrata in vigore del decreto (non anche a quelle già pendenti a tale data).

B) Il ricorso all'istituto della delega viene reso pressoché automatico sia nell'espropriazione mobiliare che immobiliare²⁴.

In quest'ultimo ambito, il Giudice può decidere di non delegare le operazioni di vendita e procedere in prima persona solo se emergono particolari esigenze di tutela "degli interessi delle parti" (ad esempio se il

valore dell'immobile è assai inferiore rispetto al costo presumibile connesso al conferimento dell'incarico ad un professionista).

Il delegato determina il prezzo base del bene pignorato alla stregua del primo (e non più del terzo) comma dell'art. 568 c.p.c., per l'occasione interamente riscritto²⁵: in specie, il valore dell'immobile è determinato dal giudice avuto riguardo al valore di mercato sulla base degli elementi forniti dalle parti e dall'esperto nominato all'uopo.

Nella determinazione di tale valore "l'esperto procede al calcolo della superficie dell'immobile, specificando quella commerciale, del valore per metro quadro e del valore complessivo, esponendo analiticamente gli adeguamenti e le correzioni della stima, ivi compresa la riduzione del valore di mercato praticata per l'assenza della garanzia per vizi del bene venduto, e precisando tali adeguamenti in maniera distinta per gli oneri di regolarizzazione urbanistica, lo stato d'uso e di manutenzione, lo stato di possesso, i vincoli e gli oneri giuridici non eliminabili nel corso del procedimento esecutivo, nonché per le eventuali spese condominiali insolute"²⁶.

La novità trova applicazione anche con riguardo alle procedure pendenti ed anche con riguardo a quelle per le quali sia già stata disposta la vendita e si debba procedere a disporre una nuova vendita da parte del Giudice o del professionista delegato²⁷.

Rileva segnalare la prassi seguita in alcuni Uffici giudiziari, ove il provvedimento di conferimento dell'incarico all'esperto stimatore già contemplava la necessità di adeguare il valore di mercato tenendo conto degli elementi oggi presi in considerazione, *de iure*, dal combinato disposto degli artt. 568 c.p.c. e 173-bis disp. att. c.p.c.

Se le direttive impartite all'esperto già contenevano l'indicazione di applicare i suddetti "abbattimenti", per le procedure pendenti non si dovrà richiedere una integrazione alla relazione di stima da parte del professionista; diversamente, occorrerà differire le udienze di vendita già fissate per consentire all'esperto gli adattamenti del caso.

Riguardo alle modalità della vendita, va segnalato che queste sono, normalmente, quelle di cui all'art. 571 c.p.c. (vendita senza incanto), dandosi corso alla vendita con incanto soltanto se il Giudice ritiene probabile che la vendita secondo tale modalità possa dare luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene, come determinato ai sensi dell'art. 568 c.p.c.

²² Sulla funzione dell'esperto stimatore nell'attuale disciplina delle esecuzioni immobiliari, cfr. D'ADAMO - GABALLO, *Il ruolo dello stimatore nell'espropriazione immobiliare*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 5.

²³ L'accettazione dell'incarico avviene prestando il giuramento in Cancelleria tramite la sottoscrizione del verbale di accettazione. In alcuni Uffici giudiziari il Giudice consente all'esperto (e se nominato anche al custode) di accettare l'incarico con atto depositato telematicamente. Al deposito di questo atto è condizionata l'efficacia delle prescrizioni cui attenersi nell'espletamento dell'incarico medesimo.

²⁴ Il primo comma dell'art. 591-bis c.p.c., infatti, è stato modificato nel senso che il Giudice "delega" le operazioni di vendita, mentre, come si dirà nel testo, non provvede a tanto solo se "sentiti i creditori, ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti". Si prevede la revocabilità dell'incarico a fronte del mancato rispetto dei termini e delle direttive per lo svolgimento delle operazioni. In sede di conversione, si è prevista, ancora, in analogia alla modifica dell'art. 534-ter c.p.c. disposta in sede di decretazione di urgenza, la reclamabilità dei provvedimenti emanati dal Giudice riguardo a incidenti sorti nel corso dell'espletamento della delega. Benché si richiami l'art. 669-terdecies si ritiene che né il provvedimento impugnato né quello su cui viene resa la decisione collegiale hanno natura o funzione cautelare (in questo senso v. FINOCCHIARO, *Il decreto giustizia/2*, in *Guida dir.*, 2015, 38, p. 55).

Si pone però il problema (del quale il legislatore non ha tenuto conto) della individuazione dei rimedi esperibili avverso la decisione del gravame e della relativa incidenza sull'ulteriore corso della procedura.

²⁵ È stata quindi formalmente eliminata la possibilità (di scarsa ricorrenza nella prassi) di stabilire il prezzo di base alla stregua dei valori catastali.

²⁶ È stato modificato, per quanto di ragione, anche l'art. 173-bis disp. att. c.p.c., riguardante il contenuto della relazione di stima.

²⁷ Il riferimento al professionista delegato è stato aggiunto in sede di conversione.

È noto che questa modifica era stata già disposta dal d.l. n. 132 del 2014 e che l'art. 569 c.p.c., come novellato in quella sede, trovava applicazione con riferimento ai procedimenti iniziati a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del citato decreto.

Il legislatore ha ulteriormente modificato l'art. 569 c.p.c. (nel senso che si dirà), ma la disposizione resta invariata con riguardo al rapporto di regola ad eccezione tra la vendita senza incanto e con incanto.

Tuttavia, in forza della disciplina transitoria del "nuovissimo" art. 569, la norma (anche per la parte già modificata nel 2014) si applica alle procedure pendenti e perfino alle procedure per le quali la delega sia già stata conferita ma occorra disporre nuovamente la vendita (per esempio quando il primo tentativo di vendita sia andato deserto) da parte del Giudice o del professionista delegato²⁸. Quest'ultimo intervento genera complicati problemi di coordinamento con la disciplina intertemporale introdotta dal d.l. n. 132 del 2014: a fronte di una lettura "intuitiva" secondo cui le nuove norme intertemporali si sovrappongono alle precedenti, decretandone l'abrogazione implicita, si potrebbe avanzare un'ipotesi di lettura "contro-intuitiva" secondo cui la nuovissima formulazione dell'art. 569 c.p.c. si applica solo alle procedure già ricadenti nel campo di applicazione della stessa norma, avuto riguardo alla versione modificata dal d.l. n. 132 del 2014.

Ma la tesi che appare allo stato assolutamente prevalente è la prima, che tuttavia comporta non poche complicazioni, delle quali appresso si farà cenno.

È stata infatti prevista la possibilità di avanzare offerte inferiori al prezzo base, purché di non oltre un quarto²⁹.

Deve ritenersi quindi che l'offerta minima (che il Giudice deve indicare ai sensi del novellato art. 569, comma 3, c.p.c.: la modifica riguardante l'offerta minima è stata introdotta in sede di conversione) non possa comunque essere inferiore di un quarto al prezzo base stabilito nell'ordinanza di vendita.

²⁸ Il riferimento al professionista delegato è stato aggiunto in sede di conversione.

²⁹ È stato modificato anche l'art. 173-*quinquies* disp. att. c.p.c. nel senso di prevedere che "Il giudice, con l'ordinanza di vendita di cui all'articolo 569, terzo comma, del codice, può disporre che la presentazione dell'offerta d'acquisto e la prestazione della cauzione ai sensi degli articoli 571 del medesimo codice possano avvenire con sistemi telematici di pagamento ovvero con carte di debito, di credito o prepagate o con altri mezzi di pagamento disponibili nei circuiti bancario e postale. È consentita la prestazione della cauzione anche mediante fideiussione autonoma, irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da banche, società assicuratrici o intermediari finanziari disciplinati dal decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. La fideiussione è rilasciata in favore della procedura esecutiva ed è escussa dal custode o dal professionista delegato su autorizzazione del giudice. In ogni caso, è stabilito che l'offerente comunichi, a mezzo posta elettronica certificata la dichiarazione contenente le indicazioni prescritte dall'articolo 571".

È questa, a noi pare, l'unica lettura che consente la "pacifica convivenza" tra il nuovo art. 569 c.p.c. ed il nuovo art. 571 c.p.c.

Stando così le cose, rileva segnalare un inconveniente notevole, derivante dall'applicazione delle nuove norme sull'offerta minima anche alle procedure pendenti, per le quali sia già stata conferita la delega e si debba procedere, da parte del Giudice o del delegato, a disporre una nuova vendita.

Il riferimento alla nuova vendita disposta dal delegato, evidentemente, sta a significare che anche le deleghe in corso di esecuzione vanno adeguate alla nuova disciplina: è stata così superata, prima ancora che avesse il tempo di essere presa in considerazione, la tesi che era parsa ragionevole all'indomani dell'introduzione del d.l. n. 83 del 2015, secondo cui il riferimento alla vendita "disposta dal giudice" (e non anche dal delegato) significasse questo, che la novella si applicasse solo alle nuove deleghe e che le deleghe già conferite dovessero essere portate a termine secondo le prescrizioni già impartite, quantunque non conformi alla disciplina normativa sopravvenuta.

Si pone quindi in termini pressanti l'esigenza di "adattare" le deleghe già conferite, specie nell'ipotesi (molto frequente) in cui si tratti di deleghe "onnicomprensive", cioè contenenti l'autorizzazione al delegato di procedere a successivi tentativi di vendita, al ribasso, laddove il primo esperimento (o quello successivo) sia andato deserto.

In altre parole, se il primo tentativo di vendita (o anche un tentativo successivo), attuato in conformità alla delega originaria, sia andato deserto, si dovrà procedere alla formazione di un nuovo avviso che contenga la possibilità di offrire un prezzo inferiore di un quarto rispetto al prezzo base.

Come si debba realizzare questo "allineamento" resta uno dei nodi maggiormente problematici sottesi alla disciplina intertemporale, sotto due distinti profili.

In primo luogo, è dubbio se occorra provvedere in relazione a ciascuna procedura e in caso positivo se si debba convocare all'uopo una udienza, diretta a dettare le modifiche dell'originario programma di vendita (nel contraddittorio delle parti).

Qualche Ufficio giudiziario, nell'evidente intento di non congestionare per un tempo indefinito le udienze dei magistrati e le Cancellerie, ha proceduto a diramare una "circolare" (a firma del Presidente del Tribunale) volta ad impartire a tutti i delegati direttive sulla formazione degli avvisi di vendita successivi all'entrata in vigore della riforma.

Da parte di altri si ipotizza la immediata operatività della norma, a prescindere da un intervento correttivo del Giudice, stante il contenuto imperativo delle nuove disposizioni, da cui seguirebbe l'etero-integrazione automatica della delega.

Come che sia – sulla selezione delle modalità dell'adattamento influiranno molto i carichi di lavoro dei

diversi Uffici, con la conseguenza che quelli più grandi ricorrono alla circolare valida per tutti e quelli più piccoli o comunque con una pendenza inferiore provvederanno *singulatim* –, vi è un secondo inconveniente, non meno grave del primo.

Per comprenderlo a pieno, ipotizziamo il caso in cui sia stata conferita, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 83 del 2015, una delega "omnicomprensiva", contenente cioè la autorizzazione al delegato di procedere ad esperimenti successivi ribassando il prezzo; situazione cui siano seguiti la pubblicazione di un primo avviso di vendita secondo le previgenti disposizioni e un primo esperimento di vendita andato deserto.

A questo punto, vuoi perché vi sia stato un intervento "singolare" del G.E. riguardo alla specifica procedura di che trattasi, vuoi perché si adegui *tout court* alla novella ovvero alle direttive generali impartite con circolare valida *erga omnes* dal Presidente del Tribunale, il delegato procederà a formare il secondo avviso di vendita prevedendo la facoltà di offrire fino ad un quarto in meno del prezzo base.

Orbene, se si ipotizza che il prezzo di partenza posto a base del primo esperimento di vendita sia di 100, si potrebbe giungere, al secondo tentativo di vendita, al ribasso dello stesso fino al prezzo di 56,5, dato dalla combinazione del ribasso applicato dal delegato conformemente alle disposizioni della delega originaria (che prevedeva l'autorizzazione in tal senso in sede di secondo esperimento) e della facoltà di formulare un offerta inferiore fino ad un quarto rispetto al prezzo base prevista dalla nuova normativa (e quindi dal nuovo avviso di vendita).

A fronte del rischio del deprezzamento del bene sotteso ad una simile operazione appare più cauto ritenere, sulla scia della prassi che pare si stia formando presso alcuni Tribunali, che il secondo esperimento debba partire dallo stesso prezzo del primo (100), con la facoltà, non prevista per il primo esperimento, di formulare un'offerta al ribasso fino ad un quarto (75).

Una volta concluse le operazioni di vendita e sempre che ricorrano giustificati motivi, il Giudice dell'esecuzione può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a dodici mesi³⁰.

Non è chiaro quando l'offerente debba dedurre i suddetti motivi al fine di ottenere il beneficio di cui s'è detto: è ragionevole ritenere, comunque, che l'avviso di vendita debba contenere l'avvertimento che sussiste siffatta possibilità.

³⁰ È di tutta evidenza che si tratta di un beneficio di scarsa o nulla incidenza. Nella prassi infatti possono darsi, volendo semplificare, due ordini di casi: quello di chi debba accendere un mutuo per il pagamento del saldo-prezzo della vendita forzata e quello di chi disponga di liquidità per provvedervi senza dover contrarre un mutuo. La previsione della possibilità di rateizzare il pagamento a dodici mesi non si attaglia né al primo né al secondo caso.

In questo caso, il Giudice dell'esecuzione "può autorizzare l'aggiudicatario che ne faccia richiesta, ad immettersi nel possesso dell'immobile venduto, a condizione che sia prestata una fideiussione, autonoma, irrevocabile e a prima richiesta per un importo pari ad almeno il trenta per cento del prezzo di vendita" (art. 574 c.p.c. come modificato).

In caso di mancato versamento anche solo di una rata entro dieci giorni dalla scadenza del termine il G.E.: dispone la decadenza dall'aggiudicazione; decreta l'incameramento delle rate già versate a titolo di multa; ordina il rilascio dell'immobile se sia stata autorizzata l'immissione nel possesso da parte dell'aggiudicatario ammesso al beneficio della rateizzazione del prezzo con decreto che costituisce titolo esecutivo per il rilascio stesso (art. 587 c.p.c. come modificato).

Riguardo al compenso dell'esperto stimatore, si prevede:

- a) che lo stesso è parametrato al prezzo ricavato dalla vendita (e non al valore stimato);
- b) che non possono essere liquidati acconti in misura superiore alla metà del compenso calcolato sul valore di stima.

Le novità di cui si tratta, introdotte in sede di conversione, se da un lato mirano a contenere i costi della procedura, atteso che il prezzo ricavato dalla vendita è di norma inferiore a quello stimato dal professionista, dall'altro lato non sembrano tenere in alcuna considerazione:

- 1) quali siano le conseguenze sul compenso dell'esperto in ipotesi di estinzione anticipata della procedura;
- 2) quali siano le conseguenze sul compenso dell'esperto laddove il bene non venga venduto (art. 161, ult. comma, disp. att. c.p.c.).

In generale, si deve notare che, anche quando la procedura si rivela fruttuosa, i tempi della relativa chiusura sono, malgrado tutti gli sforzi degli operatori, tutt'altro che "ragionevoli", onde il compenso potrà verosimilmente essere liquidato all'esperto solo dopo qualche anno dal compimento della relativa attività professionale.

Alla luce di quanto sopra, assume rilievo la previsione che possono essere liquidati acconti (sebbene in misura non superiore alla metà) parametrati al "compenso calcolato sulla base del valore di stima".

Si può però ritenere che la disposizione riguardi non il compenso inteso nel suo complesso, bensì la sola "voce" di esso calcolata in percentuale rispetto al valore stimato dell'immobile (art. 13, d.p.r. n. 352 del 1998).

Se dovesse passare questa linea interpretativa (che pare già propugnata da alcuni Tribunali di grosse dimensioni), il G.E. potrà, all'atto del deposito della relazione o (per comodità) quando autorizza la vendita, liquidare a titolo definitivo un compenso che inglobi le spese occorse e gli emolumenti "per l'attività" previ-

sti dell'art. 12, d.p.r. n. 352 del 1998 e, in quella stessa sede, liquidare un acconto pari alla metà del compenso calcolato ex art. 13, d.p.r. n. 352 del 1998 (con saldo al momento della chiusura fruttuosa della procedura).

Più radicalmente si potrebbe addirittura dubitare della costituzionalità di questa norma, in specie sotto il profilo della irragionevolezza delle disposizione, anche alla luce della disparità di trattamento rispetto a quanto accade alle liquidazioni effettuate in sede fallimentare (dove non è prevista la falcidia), nonché sotto il profilo che attiene alla ragionevole durata del processo, considerato che la durata del sub-procedimento di liquidazione delle spettanze dell'esperto rimane indefinitamente (ed irragionevolmente) legata alle sorti di altro procedimento (quello relativo alla vendita) sui cui esiti, oltretutto, l'esperto non può in alcun modo influire.

L'ultimo comma dell'art. 161 disp. att. c.p.c. trova applicazione alle liquidazioni effettuate dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, ancorché gli incarichi peritali siano stati conferiti (e semmai anche completati) prima dell'entrata in vigore della legge di conversione: la norma infatti si rivolge al Giudice che effettua la liquidazione.

C) Il decreto n. 83 del 2015 punta a rivitalizzare l'istituto dell'assegnazione, da sempre visto con sfavore dall'ordinamento alla luce della sua possibile frizione con il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.: si tratta di una riforma chiaramente ispirata dall'intento di favorire i creditori, specie quelli professionali.

Il Giudice dell'esecuzione deve (quando sono state presentate istanze a norma dell'art. 588 c.p.c.) disporre l'assegnazione:

- i) se nella vendita senza incanto l'unica offerta presentata ovvero la migliore offerta presentata all'esito della gara tra gli offerenti sia inferiore al prezzo base;
- ii) se nella vendita con incanto ai sensi del terzo comma dell'art. 591 c.p.c. "al secondo tentativo la vendita non ha luogo per mancanza di offerte".

L'istanza di assegnazione "deve contenere l'offerta di pagamento di una somma non inferiore a quella prevista nell'articolo 506 (vale a dire pari alle spese di procedura e al valore dei crediti aventi diritto di prelazione rispetto a quello dell'offerente, n.d.s.) ed al prezzo base stabilito per l'esperimento di vendita per cui è presentata" (art. 589 c.p.c.).

Ciò esclude, in astratto, che il creditore possa approfittare della propria posizione di forza nei riguardi del debitore, anche in considerazione del fatto che il Giudice può sospendere e revocare l'assegnazione "se ritiene che prezzo offerto sia notevolmente inferiore a quello giusto" (art. 586 c.p.c.).

Considerata la previsione della possibilità di chiedere anticipatamente il processo esecutivo per infruttuosità (art. 164-bis disp. att. c.p.c.), la presentazione

dell'istanza di assegnazione potrebbe rappresentare, per il creditore, la *chance* di non vedere pregiudicata la prospettiva di una soddisfazione anche parziale delle sue pretese, pregiudizio cui si sommerebbe quello della refusione delle spese di procedura.

Rilevato però che ogni creditore, oltre all'istanza di assegnazione, può proporre offerte di acquisto, è necessario che il Giudice dell'esecuzione fissi il termine per la presentazione delle istanze di assegnazione successivamente a quello per la prestazione delle cauzioni per partecipare alla vendita³¹.

Le modifiche in tema di assegnazione si applicano immediatamente, anche con riguardo alle procedure pendenti.

5. Le novità in materia di espropriazione di beni mobili e di autoveicoli

In materia di espropriazione mobiliare presso il debitore si prevede l'utilizzo del portale delle vendite (v. *supra* par. 3) ed è consentita la rateizzazione del pagamento del prezzo (analogamente a quanto accade in materia di esecuzione immobiliare) se il valore dei beni supera i 20.000 euro. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 569, terzo comma, terzo periodo, 574, primo comma, secondo periodo e 587, primo comma, secondo periodo.

La vendita tramite commissionario diventa la regola come si evince dal fatto che in luogo dell'espressione verbale "può disporre" l'art. 532 c.p.c. oggi prevede che "il Giudice dispone" la vendita secondo la suddetta modalità.

Tra gli obblighi del commissionario vi è quello di fornire la "prova di avere effettuato la pubblicità disposta dal giudice".

Se i tentativi di vendita (in numero non inferiore a tre) hanno esito negativo, il commissionario restituisce gli atti in Cancelleria e relaziona in ordine alle attività compiute per rinvenire acquirenti dei beni staggiti.

L'art. 534-ter è stato modificato per quanto di ragione al fine di consentirne l'applicazione alla vendita tramite commissionario.

È necessario che il commissionario sia iscritto in appositi elenchi istituiti presso ogni Tribunale ai sensi dell'art. 169-sexies c.p.c. (norma introdotta dalla riforma).

Le modifiche di cui sopra si applicano anche alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del decreto legge.

In sede di conversione sono state introdotte diverse modifiche all'art. 521-bis in materia di "pignoramento e custodia di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi".

In particolare:

- i) si prevede che i suddetti beni possano essere pignorati anche nelle forme previste dall'art. 518 c.p.c. Si ritiene che la disposizione non abbia carattere in-

³¹ FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 55.

- novativo, ragion per cui sono salvi i pignoramenti realizzati nella forma del pignoramento mobiliare diretto prima dell'entrata in vigore della novella³²;
- ii) il comma 1 dell'art. 521-*bis* è stato modificato nel senso che il debitore esecutato deve consegnare il bene pignorato all'istituto di vendite autorizzato a operare nel territorio del circondario ove ha la residenza, il domicilio, la dimora o la sede, oppure, in mancanza, all'istituto di vendite più vicino;
- iii) similmente è stato modificato il comma 4 della disposizione: "gli organi di polizia che accertano la circolazione dei beni pignorati o comunque li rinvergono [il che significa che la norma si applica anche ai veicoli in sosta, n.d.s.³³] procedono al ritiro della carta di circolazione nonché, ove possibile, dei titoli e dei documenti relativi alla proprietà e all'uso dei beni pignorati e consegnano il bene pignorato all'istituto vendite giudiziarie più vicino al luogo in cui il bene pignorato è stato rinvenuto. Si applica il terzo comma";
- iv) in base al nuovo comma 7 della disposizione in esame il termine di efficacia del pignoramento di quarantacinque giorni si computa, in deroga a quanto previsto dall'art. 497 c.p.c., dal deposito della nota di iscrizione a ruolo da parte del creditore ovvero dal deposito da parte di quest'ultimo delle copie conformi degli atti, a norma dell'articolo 159-*ter* disp. att. c.p.c.

Questa disposizione mira a fronteggiare l'inconveniente pratico che si verificava in caso di mancata consegna dell'autoveicolo all'istituto di vendite giudiziarie.

Dal momento della comunicazione della presa in consegna del bene da parte di tale istituto decorre il termine di trenta giorni per l'iscrizione a ruolo del pignoramento, mentre, a partire dall'iscrizione a ruolo, decorre il termine di quarantacinque giorni spirato il quale, senza che sia stata chiesta la vendita o l'assegnazione, il pignoramento diviene inefficace.

6. Le novità in materia di espropriazione presso terzi

Le modifiche concernenti l'espropriazione presso terzi, come si anticipava, sono state prevalentemente mosse dall'intento di adeguare il dettato normativo al formante giurisprudenziale.

Riguardo all'espropriazione di crediti di natura pensionistica, occorre ricordare:

- i) che, con sentenza n. 506 del 2002, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.128, r.d.l. 4 ottobre 1935, n. 1827 (Per-

fezionamento e coordinamento legislativo della previdenza sociale), convertito, con modificazioni, nella legge 6 aprile 1936 n. 1155, nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare di pensioni, assegni ed indennità erogati dall'I.N.P.S., anziché prevedere l'impignorabilità – con le eccezioni previste dalla legge per i crediti qualificati – della sola parte della pensione, assegno o indennità necessari per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita, con la conseguente pignorabilità della residua parte nei limiti del quinto;

- ii) che con tale pronuncia la Consulta ha individuato un regime di impignorabilità assoluta, suscettibile di rilievo di ufficio, indipendentemente dall'opposizione del debitore, poiché stabilito nell'interesse pubblico atteso che emolumenti pensionistici hanno, invero, la funzione di garantire il soddisfacimento delle condizioni di vita minime del pensionato³⁴;
- iii) che, non avendo la menzionata pronuncia offerto elementi per individuare in concreto l'ammontare della parte di pensione idoneo ad assicurare i mezzi adeguati di vita del pensionato (scelta rimessa, ad avviso della Consulta, al potere discrezionale del legislatore), si è dovuto fare ricorso ad altri parametri al fine di determinare la quota assolutamente impignorabile – per esigenze di uguaglianza e di uniformità di trattamento – in astratto ed in misura fissa, rigida e vincolata, assumendo a parametro un riferimento positivo, espressione di una valutazione dell'ordinamento sull'importo costituente il minimo vitale da garantire a tutti i pensionati e per tutte le pensioni;
- iv) che, a tal fine, hanno assunto pregnante significatività le disposizioni contenute nell'art. 38, comma primo e quinto, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 e nell'art. 39, comma 8, l. 27 dicembre 2002 n. 289, con cui è stata prevista (e successivamente estesa sotto il profilo soggettivo) la maggiorazione della misura dei trattamenti pensionistici sociali sino a garantire, in ogni caso, un reddito a tutti i pensionati non inferiore alla somma di euro 516,46 mensili, importo all'attualità pari ad euro 525,89 (in alcuni Tribunali si assumeva un importo superiore, di qualche decina di euro, a quello appena indicato);
- v) che, in conformità con l'orientamento invalso negli Uffici giudiziari dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 506 del 2002, la quota dell'emolumento pensionistico assolutamente impignorabile è stata individuata nella misura di euro 525,89.

La Corte Costituzionale si è inoltre di recente pronunciata³⁵ sulla questione di legittimità costituzionale

³² FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 49.

³³ In questa ipotesi sarà impossibile per gli organi di polizia procedere al "ritiro della carta di circolazione", ma questo non impedirà il perfezionamento del pignoramento né la messa in vendita del bene, purché si tenga conto, nella determinazione del relativo prezzo, degli incombenzi necessari ad ottenere il duplicato di tali documenti e dei relativi costi.

³⁴ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 22 marzo 2011, n. 6548, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 3, p. 442.

³⁵ Corte Cost., 15 maggio 2015, n. 85, in *www.cortecostituzionale.it*.

sollevata con riferimento alla norma che non distingueva, in caso di pignoramento di un conto corrente bancario, se la somma pignorata avesse la sua causa in prestazioni di natura pensionistica o retributiva o meno.

In specie, la disposizione censurata “consentendo la totale apprensione dei proventi della pensione una volta versati nel conto corrente, violerebbe l’art. 38 Cost. che, nel sancire il diritto dei lavoratori, in caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria, a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita, vorrebbe che sia garantita loro la corresponsione di un *minimum* vitale, il cui ammontare è riservato all’apprrezzamento del legislatore”. La norma inoltre “violerebbe inoltre l’art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, in quanto paleserebbe una difformità di trattamento (subita dall’esecutato) – determinatasi a seguito dell’entrata in vigore della norma impugnata, in ragione della scelta del creditore tra l’aggressione del credito eseguito presso il datore di lavoro o presso l’ente previdenziale od invece il pignoramento delle medesime somme presso l’istituto di credito, dopo il loro accredito sul conto corrente, trattandosi (...) di situazioni sostanzialmente identiche ma disciplinate in modo ingiustificatamente diverso”.

Com’è noto, la Corte ha ritenuto inammissibile la questione sul presupposto della erronea individuazione della norma da applicare: si legge nella pronuncia che il Giudice non doveva fare applicazione, nel caso di specie, “della norma impugnata – volta ad assicurare misure di tutela della sicurezza sociale e di contrasto alla criminalità organizzata – bensì delle disposizioni in tema di conto corrente, le quali comportano (...) l’assenza di limiti al generale principio della responsabilità patrimoniale di cui all’art. 2740 cod. civ. (...). È in base a tale generale principio che, in assenza di eccezioni tassative di legge, non risulta possibile garantire le necessità primarie del pensionato soggetto a pignoramento delle somme esistenti sul proprio conto corrente. (...) L’art. 12, comma 2, non ha, quindi, inciso sulla tematica inerente alla soggezione al pignoramento delle somme giacenti sul conto corrente, in relazione alla quale è costante in senso affermativo la giurisprudenza della Corte di cassazione, ma ha soltanto acuitizzato, in via di fatto, il problema della pignorabilità indiscriminata degli emolumenti provenienti da crediti di lavoro e pensionistici, una volta transitati nel conto corrente, dal momento che ha reso obbligatorio detto transito. D’altra parte, la cessazione della situazione di impignorabilità già in precedenza conseguiva all’avvenuta erogazione di detti emolumenti, quand’anche riscossi in contanti dall’avente titolo”.

Pur ritenendo inammissibile la questione, tuttavia, il Giudice delle leggi ha a chiare lettere indicato la necessità di un intervento correttivo del legislatore: “il vulnus riscontrato e la necessità che l’ordinamento si doti di un rimedio effettivo per assicurare condizioni

di vita minime al pensionato, se non inficiano – per le ragioni già esposte – la ritenuta inammissibilità delle questioni e se non pregiudicano la ‘priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario’ (sentenza n. 23 del 2013), impongono tuttavia di sottolineare la necessità che lo stesso legislatore dia tempestiva soluzione al problema individuato nella presente pronuncia”.

In considerazione di tale monito, nonché dei rilievi sovrastanti circa la difficoltà di individuare l’esatto ammontare del minimo vitale impignorabile, il legislatore ha avvertito la necessità di normare espressamente sulle suesposte questioni, prevedendo:

- i) che i crediti pensionistici “non possono essere pignorati per un ammontare corrispondente alla misura massima mensile dell’assegno sociale, aumentato della metà. La parte eccedente tale ammontare è pignorabile nei limiti previsti dal terzo, quarto e quinto comma [dell’art. 545 c.p.c., n.d.s.] nonché dalle speciali disposizioni di legge”. Il superamento di questi limiti può essere rilevato d’ufficio dal Giudice che dispone l’inefficacia del pignoramento per l’eccedenza;
- ii) due regimi differenti da applicare al pignoramento dei crediti di lavoro e pensionistici accreditati su conto corrente, a seconda che il pignoramento intervenga successivamente o anteriormente all’accredito:
 - 1) le somme accreditate *prima* del pignoramento possono essere pignorate per l’importo eccedente il triplo dell’assegno sociale;
 - 2) quelle accreditate *dopo* il pignoramento seguono le ordinarie regole del pignoramento di crediti di lavoro o pensionistici fatti *presso il datore di lavoro o l’ente previdenziale*.
- iii) l’inefficacia parziale del pignoramento che ecceda dai predetti limiti;
- iv) infine, quanto agli obblighi del terzo, che “nel caso di accredito su conto bancario o postale intestato al debitore di somme a titolo di stipendio, salario, altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, nonché a titolo di pensione, di indennità che tengono luogo di pensione, o di assegni di quiescenza, gli obblighi del terzo pignorato non operano, quando l’accredito ha luogo in data anteriore al pignoramento, per un importo pari al triplo dell’assegno sociale; quando l’accredito ha luogo alla data del pignoramento o successivamente, gli obblighi del terzo pignorato operano nei limiti previsti dall’articolo 545 e dalle speciali disposizioni di legge”.

Le disposizioni menzionate si applicano per i procedimenti instaurati successivamente all’entrata in vigore della riforma.

Assai rilevanti, e sempre ispirate all’intento di ade-

guare la normativa al formante giurisprudenziale, sono le nuove disposizioni in materia di mancata dichiarazione del terzo e di accertamento dell'obbligo del terzo.

Relativamente alle prime, vanno registrate le notevoli difficoltà applicative che sono conseguite, dopo la riforma del 2012, al richiamo del principio di non contestazione.

In particolare, nel recente passato, si era diffuso presso molti Tribunali l'orientamento per cui l'applicabilità di tale principio non sarebbe incondizionata, e che, al contrario, la "sanzione" di un pignoramento esplorativo ("tutte le somme dovute e debende") fosse quella della non accoglibilità dell'istanza di assegnazione, attesa la persistente incertezza circa l'esistenza e l'ammontare del credito pignorato.

Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, si è ritenuto, in dottrina, che l'ordinanza di assegnazione emessa in mancanza della dichiarazione di quantità ed in mancanza di elementi idonei ad attestare l'esistenza e la consistenza del rapporto obbligatorio tra il terzo ed il debitore fosse sfornita dei requisiti propri del titolo esecutivo³⁶.

E così è stato autorevolmente rilevato che "la soluzione preferibile sembra (...) quella secondo cui il riconoscimento presunto o implicito non possa operare in tutti i casi in cui ad esso non corrisponde una indicazione del creditore così specifica da rendere possibile l'individuazione della esistenza e della misura dell'obbligo del terzo"³⁷.

Questa tesi, condivisibile in linea di principio perché, anche nel processo di cognizione, la non contestazione presuppone un'allegazione dell'attore dotata di un sufficiente grado di specificità, finiva però per pregiudicare il creditore a fronte del contegno non partecipativo serbato dal terzo, sterilizzando, di fatto, l'effettività di questa forma di tutela esecutiva dei diritti.

In altri Tribunali si era perciò inclini ad assegnare il credito, rovesciando sul terzo l'onere di proporre opposizione agli atti esecutivi avverso l'ordinanza di assegnazione.

Appare quindi assai opportuna la modifica (introdotta in sede di conversione) dell'art. 547 c.p.c. che condiziona l'operatività del principio di non contestazione alla circostanza che l'allegazione del creditore sia abbastanza precisa da consentire "l'identificazione del credito o dei beni di appartenenza del debitore in possesso del terzo".

D'altro canto, il creditore dispone di mezzi per verificare se il debitore sia, ad esempio, titolare di un reddito lavorativo o pensionistico (attraverso le ricerche di cui all'art. 492-bis), onde non pare irragionevole (in questo quadro ordinamentale) imputargli il costo di un'allegazione generica (il rigetto dell'istanza di assegnazione).

³⁶ SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, pp. 10 e ss., spec. p. 15.

³⁷ SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, V ed., Padova, 2014, p. 740.

Quanto all'accertamento endoesecutivo dell'obbligo del terzo, si prevede:

- i) il necessario impulso di parte (il Giudice non può procedere d'ufficio);
- ii) che il caso della dichiarazione carente o perplessa (su cui sorgano contestazioni) è equiparato, ai fini dell'accertamento di che trattasi, a quello della mancata fornitura della dichiarazione di quantità. Ricollegandoci a quanto anzidetto riguardo al principio di non contestazione (che non opera incondizionatamente), il creditore che non abbia allegato fatti idonei a consentire l'individuazione del credito vantato dal debitore verso il terzo e della relativa misura (e che per quanto detto non può avvantaggiarsi del meccanismo della non contestazione) ha a disposizione, prima di vedersi rigettata l'istanza di assegnazione, un ulteriore rimedio tendente a procurare l'accertamento della consistenza dell'obbligo del terzo. D'altro canto, la dottrina prevalente aveva già ritenuto che "pur nel silenzio dell'art. 549 c.p.c., i creditori muniti di titolo esecutivo possano provocare la introduzione del procedimento incidentale per l'accertamento dell'obbligo del terzo anche quando questi abbia mancato di rendere la dichiarazione e tuttavia non sussistano le condizioni per procedere all'assegnazione o alla vendita in virtù del riconoscimento implicito della esistenza del credito o del possesso delle cose mobili"³⁸;
- iii) si prevede che l'accertamento, per quanto sommario, avvenga in contraddittorio con il debitore ed il terzo (che quindi diventa parte).

La Cassazione aveva già patrocinato questa linea interpretativa, ritenendo:

- 1) che l'accertamento dell'obbligo del terzo, pur non costituendo un giudizio di cognizione, si traduce in una richiesta di tutela esecutiva da parte del creditore, al fine di propiziare una decisione, resa in forma di ordinanza sulla base dei "necessari accertamenti", circa l'esistenza del rapporto sostanziale che il pignoramento assume intercorra tra il debitore ed il terzo pignorato, con la precisazione che, pertanto, rispetto a tale accertamento, il creditore precedente assume la veste di attore ed il terzo pignorato quella di convenuto³⁹;
- 2) che, pur non essendo la contestazione mossa dal creditore direttamente rivolta al debitore esecutato, quest'ultimo debba comunque partecipare al procedimento in quanto titolare del rapporto sostanziale con il terzo e soggetto passivo del procedimento di esecuzione, onde può svolgere nella fase di accertamento le difese tese a contrastare la domanda di accertamento nella

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cass. 18 novembre 2010, n. 23324, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, 11, p. 1740.

misura in cui essa è funzionale a far proseguire il processo esecutivo, potendo ad esempio eccipire l'inesistenza nel suo patrimonio del credito staggito, perché soddisfatto o ceduto in epoca anteriore alla notificazione del pignoramento⁴⁰, ma non anche negare la veridicità di una eventuale dichiarazione positiva, non avendo egli interesse ad una contestazione negativa sulla sussistenza di un diritto di credito che fa parte del suo patrimonio⁴¹.

In diversi Tribunali, seguendo la giurisprudenza appena citata, il Giudice onerava (e quindi continuerà ad onerare) il creditore di notificare al terzo ed al debitore il verbale d'udienza e la pedissequa ordinanza, semmai contenente indicazioni in ordine ai profili meno chiari della dichiarazione del terzo (se resa), nell'ottica di delimitare il *thema disputandum* del giudizio endoesecutivo di accertamento, con l'invito a comparire in un'udienza successiva appositamente fissata.

Il legislatore non ha chiarito se l'ordinanza che decide su tale domanda debba o meno contenere la condanna alle spese. Deve però propendersi per la tesi affermativa.

Anche le disposizioni sulla mancata dichiarazione del terzo e sull'accertamento endoesecutivo si applicano solo alle procedure iniziate dopo l'entrata in vigore della legge.

È però ragionevole ritenere che, trattandosi di norme recettive di orientamenti pretori sufficientemente stabili, le stesse troveranno (in via interpretativa) applicazione anche per le procedure in corso.

7. Le novità in materia di opposizioni esecutive e quelle in materia di *astreintes*

La modifica dell'art. 615, comma 1, c.p.c. va rubricata tra quelle volte a determinare l'accelerazione del processo esecutivo: se infatti la contestazione del debitore cade soltanto su una parte del diritto portato dal titolo esecutivo, in relazione alla quale, ad esempio, si sia verificato un fatto estintivo, il Giudice, ricorrendo tutti i presupposti, può sospendere l'efficacia esecutiva del titolo stesso in relazione alla parte contestata, mentre per la parte residua il titolo potrà validamente sorreggere l'incipiente processo esecutivo.

Benché la collocazione topografica della norma lasci intendere che la disposizione si applichi soltanto alle opposizioni all'esecuzione c.d. preventive, è ragionevole sostenere che la sospensione parziale dell'efficacia esecutiva del titolo fosse già possibile alla stregua del combinato disposto degli artt. 624 e 615, commi 1 e 2, c.p.c. (pur nella previgente formulazione)⁴².

⁴⁰ Cass. 26 ottobre 2002, n. 15141, in *Foro it.*, 2003, I, 498, con nota di SCODITTI.

⁴¹ Cass. 12 marzo 2004, n. 5153, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 3.

⁴² In dottrina sulla sospensione ex art. 624 c.p.c. cfr. LUISO, *Sospensione processo civile: processo di esecuzione forzata*, in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano 1990, pp. 66 e ss.

In senso favorevole si era già espressa, peraltro, la più accreditata dottrina⁴³.

Assai interessante la modifica riguardante le misure di coercizione indiretta, per quanto la stessa sfiori soltanto l'oggetto della presente trattazione in considerazione del rilievo che, nel nostro ordinamento, tali misure sono appannaggio esclusivo del Giudice della cognizione.

Nella originaria formulazione della norma si alludeva alla possibilità di adottare siffatta condanna condizionale⁴⁴, relativa al diritto ad ottenere una somma di denaro nell'eventualità che vi sia l'inadempimento del comando giudiziale relativamente a tutti i provvedimenti di condanna: ma guardando alla rubrica della disposizione, nonché alla sua (primitiva) collocazione topografica, si riteneva che l'ambito applicativo dell'istituto si esaurisse con riferimento alle condanne relative all'attuazione di obblighi di fare infungibili o di non fare.

Per effetto del d.l. n. 83 del 2015 l'art. 614-*bis* c.p.c. viene spostato in un Titolo a sé stante (il Titolo IV-*bis*, Delle misure di coercizione indiretta) e si estende il relativo ambito di applicazione a tutti i provvedimenti di condanna, con la sola eccezione delle condanne al pagamento di una somma di denaro⁴⁵.

La misura coercitiva di che trattasi potrà quindi accedere pure a condanne ad un *facere* (anche) fungibile, di consegna, rilascio ed a quelle a concludere contratti, salvo che non si voglia ritenere che in questo caso trovi (sempre) applicazione la clausola di salvaguardia relativa alla manifesta iniquità della misura⁴⁶.

⁴³ SOLDI, *op. ult. cit.*, p. 1303.

⁴⁴ Non si tratta, precisa la dottrina, di una condanna in futuro, poiché tale modello è caratterizzato dal fatto che il titolo esecutivo produrrà i propri effetti a partire da un certo termine, posto che vengono in rilievo diritti sottoposti a termine iniziale: cfr., per la distinzione, CHIZZINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, a cura di BALENA - CAPONI - CHIZZINI - MENCHINI, Torino, 2009, *sub* art. 614-*bis*, spec. pp. 165 e ss.

⁴⁵ A dimostrazione del fatto che tale scelta rappresenta una scelta di diritto positivo, non potendosi sostenere che le *astreintes* siano ontologicamente incompatibili con l'ipotesi in cui resti inadempita una condanna pecuniaria si possono citare non solo i noti esempi tratti da alcuni ordinamenti stranieri, ma anche la giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con riferimento all'analoga misura coercitiva indiretta disciplinata dall'art. 114, comma 4, lett. e) del Codice del processo amministrativo, ha affermato che la stessa può accedere anche a provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15, su cui sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, al mio *Le astreintes nel processo amministrativo, con particolare riferimento alla possibilità della loro comminatoria rispetto a sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro*, in *www.giustamm.it*.

⁴⁶ Come sembra ritenere FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, p. 57. La tesi non appare convincente in quanto la valutazione circa la non manifesta iniquità della misura deve essere condotta caso per caso, senza possibilità di valutare come aprioristicamente iniqua la misura coercitiva allorché venga in rilievo un provvedimento di condanna alla stipula di un contratto.

Teodora Scarfò
Notaio

Il nuovo articolo 2929-*bis* del codice civile: una norma dirompente?

L'art. 2929-*bis* del c.c., introdotto dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83¹ in tema di espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito, muterà sicuramente la realtà sulla quale è destinato ad incidere. La nuova normativa ha le sue radici in due fattori, che, sempre presenti, hanno però negli ultimi anni assunto connotati di tale rilevanza da creare motivi di allarme in tutti i settori dell'ordinamento: da un lato la crisi economica che induce oltre ogni ragionevolezza il debitore al tentativo di sottrarre i beni al creditore e dall'altra le difficoltà dovute al carico della giustizia civile che dilatano in maniera insopportabile i tempi di attesa del creditore. La disciplina introdotta dalla novella appare ragionevole e soddisfacente, purché interpretata in stretta coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento, cosa che hanno immediatamente fatto i primi commentatori. Resta di fondo il rammarico di esser dovuti ricorrere a norme che da un lato espongono il debitore, il quale potrebbe essere soggetto non necessariamente in difficoltà irreparabili a prescindere dal depauperamento immobiliare, a farsi carico di un'attività probatoria di un certo peso, e dall'altro aggravano ancora di più la posizione del proprietario-donatario in un sistema nel quale la circolazione dei beni di provenienza donativa non ha ancora trovato correttivi adeguati alle forti tutele esistenti per i diritti dei legittimari. Meglio sarebbe stato poter contare su un sistema giustizia che in tempi rapidissimi desse esito alle azioni revocatorie così come pensate dal legislatore del '42. Questa nuova normativa è ancora una volta il sintomo del progressivo ritirarsi dell'intervento statale da alcuni ambiti e del propagarsi di aree di "privatizzazione" della giustizia; non che ciò sia un male in sé, ma tale potrebbe rivelarsi qualora i nuovi sistemi siano utilizzati in maniera distorta a causa del substrato storico e culturale non corrispondente al mezzo utilizzato.

Prima di esaminare gli aspetti puramente tecnici della normativa è bene subito evidenziare due risultati sicuramente immediatamente positivi del suo ingresso nel nostro ordinamento. Dall'osservatorio privilegiato di cui gode il Notariato rispetto ai rapporti tra priva-

ti, e quindi alle relazioni giuridiche fisiologiche nella vita reale e non nell'astrattezza delle norme, emerge quale dato di esperienza comune la preoccupazione di molti, più o meno malconsigliati, di ricorrere alla donazione per porre i propri beni al riparo da pretese creditorie già in atto. Ebbene, da oggi, grazie all'art. 2929-*bis*, sarà più facile per tutti gli operatori del diritto far comprendere ai propri interlocutori l'illiceità e l'inutilità del ricorso a quell'espedito.

Un secondo importante risultato sarà invece, come è stato giustamente osservato², quello di condurre, a fronte della presunzione temporanea di legge, in presenza di determinate condizioni, dell'intento frodatario dell'imposizione di un vincolo di destinazione o dell'atto di alienazione a titolo gratuito, fuori dal sospetto, questo invece perenne, che il ricorso a negozi quali il fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione, il trust sia per definizione strumento elusivo delle ragioni del creditore. L'art. 2929-*bis* sarà in tal senso il motore grazie al quale tutte le fattispecie negoziali da esso interessate andranno a riposizionarsi, guadagnando la funzione e la causa corrette per le quali sono state pensate. Quindi, una volta chiarito che l'uso distorto di quei negozi potrà essere oggi più facilmente contrastato, sarà allo stesso modo più facilmente diffuso, per la riconquistata "rispettabilità" della causa nell'opinione comune, l'utilizzo di quelle fattispecie negoziali tutte le volte in cui si presentino realmente le ragioni che le hanno rese sulla carta meritevoli di tutela.

Per poter dar conto degli aspetti puramente tecnici della nuova normativa è opportuno premettere il tenore letterale dell'art. 2929-*bis*:

"Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, ad esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza di vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto.

¹ Convertito con l. 6 agosto 2015, n. 132; l'art. 2929 *bis* è l'unico della nuova Sezione I-*bis* del Capo II del Titolo IV del codice civile.

² G. RIZZI, *L'art. 2929-bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditario*, 21 settembre 2015 sul sito di Federnotizie.

La disposizione di cui al presente comma si applica anche al creditore anteriore che, entro un anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, interviene nell'esecuzione da altri promossa.

Quando il pregiudizio deriva da un atto di alienazione, il creditore promuove l'azione esecutiva nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario.

Il debitore, il terzo assoggettato ad espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo possono proporre le opposizioni all'esecuzione di cui al Titolo V del Libro III del Codice di procedura civile quando contestano la sussistenza dei presupposti di cui al primo comma, nonché la conoscenza, da parte del debitore, del pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore³.

In sintesi, per la durata di un anno, tutti gli atti costitutivi di vincoli di indisponibilità o di alienazione, aventi ad oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri e compiuti a titolo gratuito, sono inefficaci *ex lege* nei confronti dei creditori del disponente che risultino già precedentemente titolari di un credito esigibile entro un anno dalla trascrizione di uno degli atti in questione. L'azione esecutiva potrà essere esercitata a prescindere dall'esperimento vittorioso dell'azione revocatoria ed alla sola condizione che il creditore abbia trascritto il pignoramento nell'anno dalla trascrizione di uno degli atti a lui pregiudizievole contemplati dalla nuova norma. Si tratta di una notevole scorciatoia. A margine va sottolineato che l'atto conserva piene validità ed efficacia tra le parti e nei confronti di ogni altro soggetto diverso dai creditori anteriori e che nei cinque anni dal compimento dell'atto medesimo è sempre possibile esperire l'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. —. In caso si tratti di atto di alienazione l'azione esecutiva è *promossa* nelle forme dell'espropriazione contro il terzo proprietario, ma a prescindere dalle condizioni richieste dall'art. 602 c.p.c., poiché nel caso che ci riguarda il bene non è gravato da ipoteca per debito altrui né la sua alienazione è stata revocata per frode.

La disciplina di nuova introduzione, offrendo risparmi nei costi e nei tempi, senza dubbio rafforza il principio fondamentale dell'art. 2740 c.c., ma è necessario, come si è detto in principio, armonizzarne i contenuti con i principi fondamentali del nostro ordinamento civilistico.

Il primo e fondamentale punto critico è dato dalla sorte dei terzi subacquirenti. A seguito dell'azione revocatoria *ex art.* 2901 c.c. l'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dal terzo subacquirente di buona fede che abbia trascritto il suo atto di acquisto prima della trascrizione della domanda di revocatoria (art. 2652, comma I, n. 5, c.c.); al contrario l'inefficacia pregiudica i terzi subacquirenti a titolo gratuito ed i terzi subacquirenti a titolo oneroso in mala fede, che dovranno quindi subire le conseguenti azioni esecutive o conservative

ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2902 c.c. —. Si è detto che nella fattispecie dell'art. 2929-*bis* per terzo debba necessariamente intendersi "colui che è estraneo al contratto intercorso tra disponente e beneficiario, altrimenti la portata della novella non avrebbe alcun senso"³. Una pignorabilità come quella disposta dall'art. 2929-*bis* dovrebbe ritenersi necessariamente assistita da una sorta di diritto di seguito o di sequela che rende "reale" il diritto all'esperimento dell'azione esecutiva da parte del creditore, diversamente opinando la concreta portata della norma sarebbe del tutto relativa in quanto il beneficiario dell'atto potrebbe porre in essere, a sua volta, un ulteriore atto di trasferimento del bene al fine di far trasmigrare immediatamente e facilmente la sua situazione al di fuori del perimetro applicativo della nuova norma. Con il silenzio il legislatore ha sottovalutato il pericolo dello scardinamento dei principi generali inerenti la certezza dell'acquisizione del diritto in capo al terzo, in quanto la disposizione in parola non impedisce che il creditore, qualora il beneficiario avesse nel frattempo alienato a terzi perpetuando il danno, abbia il diritto di agire esecutivamente anche nei confronti del terzo. Negare che ciò sia possibile dovrebbe indurre a ridurre sensibilmente la portata della novella poiché sarebbe facile l'elusione grazie ad intestazioni fiduciarie del bene ad un terzo. Pur riconoscendo la logicità e la fondatezza delle riserve avanzate in ordine alla limitazione dell'esecuzione *ex art.* 2929-*bis* nei confronti del solo beneficiario dell'atto a titolo gratuito, unico soggetto terzo proprietario, dalla quale discenderebbe il depotenziamento della nuova norma, è, per chi scrive, da ritenersi assolutamente condivisibile l'opinione⁴ secondo la quale il silenzio della nuova norma va necessariamente riempito con la disciplina dettata per l'azione revocatoria, in quanto una lettura che escludesse qualsiasi tutela per il terzo subacquirente (a titolo oneroso ed in buona fede) finirebbe con il sovvertire in maniera inammissibile i principi cardine dell'ordinamento in tema di circolazione di beni immobili e mobili registrati. L'interpretazione che s'intende respingere renderebbe praticamente incommerciabile l'immobile o il bene mobile registrato per tutto l'anno successivo alla donazione ed assesterrebbe un durissimo colpo al sistema dei Registri Immobiliari in quanto destituirebbe la trascrizione del terzo acquirente di buona fede del tipico effetto di assicurare il prevalere di chi prima trascrive (o iscrive). Le ragioni addotte a sostegno dell'applicabilità delle tutele dei subacquirenti a titolo oneroso di buona fede anche ai subacquirenti del beneficiario dell'atto a titolo gratuito dell'art. 2929-*bis* sono di estremo interesse: si sot-

³ A. TESTA, *Atti di donazione: gli effetti del nuovo articolo 2929-bis del Codice Civile*, Altalex, 22 luglio 2015, articolo tratto da Il Quotidiano Giuridico Wolters Kluwer.

⁴ G. RIZZI, *L'art. 2929-bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditore*, 21 settembre 2015 sul sito di Federnotizie, cit.

tolinea innanzitutto il tenore letterale della normativa dal quale si evince in termini abbastanza chiari che il terzo che subisce l'esecuzione è l'acquirente a titolo gratuito ed in proposito si può aggiungere che con il termine terzo il legislatore ha più probabilmente inteso riferirsi all'estraneità del beneficiario proprietario dell'immobile al rapporto creditorio; si afferma poi correttamente che il principio contenuto nell'art. 2901, ultimo comma, c.c., di tutela dei diritti del terzo subacquirente a titolo oneroso ed in buona fede, può considerarsi un principio di carattere generale a tutela del sistema di circolazione dei beni immobili, della sua sicurezza e della sua stabilità e perciò ineludibile; si osserva infine che l'applicazione del principio generale enunciato è l'unica soluzione in grado di consentire una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 2929-*bis*; diversamente non sarebbe giustificabile, alla luce dell'art. 3 della Costituzione, il diverso trattamento riservato ai terzi subacquirenti a seconda che si ricada nella fattispecie di cui all'art. 2901 o di cui all'art. 2929-*bis* c.c. -.

L'applicazione della nuova normativa impone in seconda battuta la necessità di circoscrivere l'ampiezza terminologica utilizzata dal legislatore che fa generico riferimento alla costituzione di vincoli di indisponibilità ed alle alienazioni (di beni immobili o di beni mobili registrati) a titolo gratuito. Avverso la pressoché infinita rappresentazione di situazioni limite, che nel futuro saranno portate dalla pratica e dalla giurisprudenza ad oggetto di approfondimento, allo stato ci è possibile solo riportare in sintesi l'efficace breve disamina recentissimamente formulata.⁵

Le scriminanti sono da un lato sotto il profilo causale poiché deve trattarsi di atti costitutivi di vincoli di indisponibilità o di alienazione a titolo gratuito e dall'altro sotto il profilo oggettivo in quanto deve trattarsi di atti aventi per oggetto beni immobili o beni mobili registrati.

Sono ricompresi nell'ambito applicativo dell'art. 2929-*bis* c.c. in quanto atti a titolo gratuito:

- gli atti di donazione di immobili o mobili registrati, comprese anche la donazione remuneratoria (art. 770 c.c.), la donazione gravata da onere (art. 793 c.c.), la donazione con riserva di disporre di cose determinate (art. 790 c.c.), la donazione con condizione di reversibilità (art. 791 c.c.), in quanto le peculiarità di tali fattispecie non incidono sulla loro natura di "atto gratuito";
- gli atti di trasferimento di immobili o mobili registrati in adempimento di obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) qualora la disposizione non sia proporzionata al patrimonio dell'alienante;
- i patti di famiglia quando con tali atti si trasferisca un'azienda comprendente beni immobili e/o beni

mobili registrati ovvero nei quali sia prevista la liquidazione dei legittimari in natura, mediante il trasferimento di immobili o mobili registrati;

- gli atti di assoggettamento al regime della comunione legale dei beni (art. 210 c.c.), quando oggetto della convenzione sia un bene immobile o un bene mobile registrato;
- gli atti costitutivi di fondo patrimoniale relativi a beni immobili o mobili registrati e ciò sia se con la convenzione costitutiva del fondo patrimoniale ci si limiti semplicemente a costituire il vincolo di destinazione (a far fronte ai bisogni della famiglia) sia nel caso in cui oltre che al vincolo si proceda anche al trasferimento della proprietà del bene (da coniuge a coniuge in quota ovvero da terzo a favore di entrambi i coniugi);
- gli atti costitutivi di vincoli di destinazione *ex* art. 2645-*ter* c.c. (che per definizione possono riguardare solo beni immobili o beni mobili registrati);
- gli atti di conferimento di beni immobili o mobili registrati in trust, sia esso trust autodichiarato (ossia quando sia lo stesso disponente ad assumere la veste di trustee) sia esso trust puro (ossia quando i beni conferiti vengono intestati a soggetto, il trustee, diverso dal disponente);
- le delibere costitutive di patrimoni destinati ad uno specifico affare *ex* artt. 2447-*bis* e segg. c.c., con le quali per le sole società per azioni possono essere costituiti uno o più patrimoni destinati in via esclusiva ad uno specifico affare;

Sono sicuramente esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c. gli atti traslativi a titolo oneroso e gli atti anche costitutivi di vincoli di indisponibilità ovvero di di alienazione a titolo gratuito che abbiano per oggetto beni mobili non registrati, crediti, azioni, quote societarie o, comunque, beni diversi da quelli immobili o mobili registrati. Sembra, inoltre, che debbano rimanere esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 2929-*bis* c.c. per le motivazioni più varie:

- le liberalità indirette;
- gli atti di trasferimento di immobili o mobili registrati in adempimento di obbligazione naturale (art. 2034 c.c.) qualora la disposizione sia proporzionata al patrimonio dell'alienante;
- gli atti di trasferimento di immobili o mobili registrati in esecuzione di verbale di separazione consensuale omologato o in esecuzione di sentenza di divorzio, poiché si tratta di atti traslativi, che trovano la propria causa ed occasione, nella sistemazione dei rapporti tra coniugi, in conseguenza della crisi del matrimonio, che non possono considerarsi come "compiuti a titolo gratuito" e che costituiscono esecuzione di veri e propri obblighi assunti con accordi passati al vaglio dell'Autorità giudiziaria;
- le rinunce abdicative, in quanto atti unilaterali non recettizi per i quali bisogna escludere che si sia in

⁵ G. RIZZI, *L'art. 2929-bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditore*, 21 settembre 2015 sul sito di Federnotizie, cit.

presenza di un atto “di alienazione compiuto a titolo gratuito”.

L'autore si pronuncia anche su alcuni casi particolari quali il mandato ad alienare (con o senza rappresentanza) che resta fuori dalla nuova normativa in quanto privo di effetti traslativi, mentre vi sarebbe soggetto l'atto con il quale il mandante trasferisce al mandatario la proprietà del bene da alienare poiché a tutti gli effetti si tratta di atto di alienazione compiuto a titolo gratuito anche se in esecuzione di altro contratto ossia del contratto di mandato senza rappresentanza; non così l'atto di ritrasferimento al mandante dei beni somministrati al mandatario e dallo stesso non alienati, una volta sopravvenuta una causa di estinzione del mandato, in quanto non sono beni di proprietà “effettiva” del mandatario. Sono evidenziati quali casi dubbi di maggior rilievo la compravendita con contestuale dichiarazione di remissione del debito, nella quale è fin troppo evidente possa esservi un intento donativo, e la costituzione di garanzie reali anche per debiti altrui, nella quale può sicuramente ravvisarsi un vincolo di indisponibilità pregiudizievole per il ceto creditorio, specie se effettuata a garanzia di un debito altrui. Per questa seconda ipotesi si è ritenuto applicabile il principio contenuto nell'art. 2901, comma II, c.c., in base al quale la prestazione di garanzia è atto a titolo oneroso se contestuale al credito garantito, quindi fuori dalla disciplina di cui all'art. 2929-bis c.c., ed è invece atto non a titolo oneroso portante un vincolo di indisponibilità se non contestuale al credito garantito, soggetto come tale alla disciplina di cui all'art. 2929-bis c.c.

Altri⁶ evidenzia le difficoltà di prendere posizione su ipotesi come quella del *negotium mixtum cum donatione*, per il quale ai fini della norma dell'art. 2929-bis occorrerebbe stabilire, in sede esecutiva, quale porzione del valore del bene debba essere trattata in equiparazione all'oggetto di una donazione.

Passando alla disciplina concreta della tutela offerta dall'art. 2929-bis c.c. se ne individuano i presupposti nel pregiudizio recato al realizzo del credito dall'atto interessato, nell'antiorità del credito all'atto, nell'esistenza di un titolo esecutivo, nella trascrizione del pignoramento entro un anno dalla trascrizione dell'atto interessato. Il primo presupposto implica che il bene di cui si dispone abbia un valore importante in rapporto al patrimonio del debitore/disponente ed all'obbligazione da soddisfare. Nessuno spazio ci sarà per l'esecuzione *ex art. 2929-bis* avverso l'atto compiuto da chi dispone di un patrimonio sufficiente a soddisfare tutti i debiti assunti. Il secondo presupposto non è sempre di facile accertamento quando manchi un titolo di natura contrattuale soggetto a particolari forme. Saranno la dottrina e la giurisprudenza a fissare principi in pro-

posito, probabilmente in analogia a quanto è avvenuto in materia di azione revocatoria.⁷ Sul piano temporale devono senz'altro ritenersi esclusi i crediti sorti posteriormente all'atto, a prescindere dalle intenzioni, in quanto la norma nulla dice e non può ritenersi applicabile in via analogica la disciplina dell'art. 2901 c.c. che colpisce gli atti dolosamente preordinati. Il terzo presupposto non è altro che la ripetizione dell'art. 474 c.p.c. che prescrive ai fini dell'esecuzione forzata la necessità di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile. Il quarto ed ultimo presupposto concerne la temporaneità della tutela, che è concessa purché la trascrizione del pignoramento avvenga entro un anno dalla data in cui è stato trascritto l'atto interessato, termine da considerarsi di decadenza, quindi non suscettibile né di interruzione né di sospensione. Il termine vale anche per il creditore anteriore che interviene nell'esecuzione promossa da altri.

Con riguardo all'opposizione del debitore esecutato la novità evidente rispetto all'esecuzione preceduta dall'esperimento vittorioso dell'azione revocatoria è l'inversione dell'onere della prova imposta dall'art. 2929-bis. Sarà perciò il debitore, in sede di opposizione all'esecuzione, a dover dimostrare che ignorava al momento del compimento dell'atto che lo stesso poteva arrecare pregiudizio alle ragioni del creditore e decidere sulla legittimità dell'azione intrapresa dal creditore non spetterà più al giudice di merito, ma al giudice delle esecuzioni.

È stata posta a completamento della nuova disciplina una norma transitoria. L'art. 23, comma 6, d.l. 27 giugno 2015, n. 83 stabilisce che la disposizione dell'art. 2929-bis c.c. si «applica esclusivamente alle procedure esecutive iniziate successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto»; il senso di tale disposizione è *assolutamente oscuro* poiché essa riguarda i presupposti per attivare la procedura esecutiva e quindi è riferibile ad un momento nel quale la procedura non è ancora iniziata. L'unica lettura che consente di armonizzarne il contenuto con il sistema, come è stato osservato⁸, è quella in stretta correlazione con l'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice Civile, nel senso cioè della applicabilità della nuova tutela del ceto creditorio introdotta dall'art. 2929-bis c.c. agli atti costitutivi di vincoli o di alienazione a titolo gratuito posti in essere a partire dal 27 giugno 2015, ossia dalla data di entrata in vigore del d.l. 27 giugno 2015, n. 83. La disposizione generale in tema

⁷ In tema di azione revocatoria si è data rilevanza al momento in cui il credito è sorto e non a quello successivo in cui il credito è accertato con sentenza; per il credito risarcitorio il credito è considerato sorto al momento in cui c'è stato l'inadempimento o il fatto illecito e non al momento dell'accertamento giudiziale; il credito verso il fideiussore si reputa esistente al momento della nascita stessa del credito e non al momento dell'inadempimento dell'obbligazione da parte del debitore principale.

⁸ G. RIZZI, *L'art. 2929-bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditorio*, 21 settembre 2015 sul sito di Federnotizie, cit.

⁶ A. TESTA, “Atti di donazione: gli effetti del nuovo articolo 2929-bis del Codice Civile”, *Altalex*, 22 luglio 2015, articolo tratto da *Il Quotidiano Giuridico*, Wolters Kluwer;

di efficacia della legge nel tempo di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al Codice Civile stabilisce che “*la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo*” e tale principio nel nostro caso si traduce nell'impossibilità di assoggettare il terzo proprietario che ha acquistato a titolo gratuito prima del 27 giugno 2015 ad un pignoramento immediato nelle forme di cui agli artt. 602 e segg. c.p.c. del quale non poteva al momento dell'atto aver cognizione alcuna.

Per quanto fin qui detto si può azzardare la risposta alla domanda contenuta nel titolo: è l'art. 2929-*bis* norma dirompente? Non sembra, a patto di accettare le interpretazioni proposte dalla neonata dottrina dirette a mettere la norma in linea con il sistema e con i principi generali. La nuova disciplina appare senz'altro un opportuno correttivo all'uso distorto di strumenti diretti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, che, vuoi per il momento storico, vuoi per aberrazioni culturali, aveva assunto dimensioni inaccettabili. La norma, sostanziandosi in un'inversione dell'onere della prova ed in una scorciatoia processuale, in grado anche di velocizzare il corso della giustizia civile, ha una sua coerenza anche rispetto ad altri settori dell'ordinamento che già esprimevano gli stessi principi e che quindi ne costituiscono precedente. È stato ricordato⁹ infatti il disposto dell'art. 64, comma 1, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare) che prevede anch'esso un’*“inefficacia temporanea e relativa ex lege”* degli atti compiuti a titolo gratuito¹⁰. La norma in materia fallimentare, conformemente a quanto avviene con quella che oggi ci occupa, riconosce una maggiore tutela ai creditori avverso gli atti a titolo gratuito del debitore rispetto agli atti a titolo oneroso. Infatti, l'inefficacia di eventuali atti a titolo oneroso posti in essere dal fallito prima della dichiarazione di fallimento sono subordinati al vittorioso esperimento, da parte del curatore, dell'azione revocatoria fallimentare, nel rispetto dei termini e delle condizioni previste nell'art. 67 della legge fallimentare. Per gli atti a titolo gratuito (esclusi, peraltro, i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante) l'art. 64, comma 1, legge fallimentare prevede, invece, un’*“inefficacia ex lege*, pure questa (come quella ora prescritta dall'art. 2929-*bis* c.c.) *temporanea e relativa*. Anche in materia fallimentare è peraltro intervenuta una nuova norma, sempre introdotta dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, contenuta nell'art. 6, comma 1-*bis*, del seguente tenore: «I beni oggetto degli atti di cui al primo comma sono acqui-

siti al patrimonio del fallimento mediante trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento. Nel caso di cui al presente articolo ogni interessato può proporre reclamo avverso la trascrizione a norma dell'articolo 36». Quindi, coerentemente con il trend inaugurato dall'art. 2929-*bis*, non è più neppure necessaria la pronuncia giudiziaria, di natura dichiarativa, per dare atto dell'avvenuta apprensione alla massa fallimentare dei beni trasferiti con atti a titolo gratuito, posti in essere dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, è sufficiente la trascrizione della sentenza dichiarativa di fallimento.

⁹ G. RIZZI, *L'art. 2929-bis c.c.: una nuova tutela per il ceto creditore*, 21 settembre 2015 sul sito di Federnotizie, cit.

¹⁰ «Sono privi di effetto rispetto ai creditori, se compiuti dal fallito nei due anni anteriori alla dichiarazione di fallimento, gli atti a titolo gratuito esclusi i regali d'uso e gli atti compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio donante».

Recensioni

TEORIA E PRATICA DEI CONTRATTI DI LAVORO DOPO IL JOBS ACT
di M. Tiraboschi, Adapt University Press, 2015 212
di Gabriele Burlarelli



Teoria e pratica dei contratti di lavoro dopo il Jobs Act di M. Tiraboschi, Adapt University Press, 2015

L'opera, esito di un lungo processo di ricerca ed esperienza pratica dell'Autore nel campo giuslavoristico, intende guardare sotto diversa prospettiva allo studio e all'approfondimento delle recenti novità normative in tema di diritto del lavoro, superando la tradizionale trasmissione statica e principalmente nozionistica delle relative leggi di interesse, e ponendo al centro del percorso argomentativo l'analisi pratica e casistica del fatto, nonché le possibili conseguenze, in termini di disciplina del rapporto e di tutela del lavoratore, che le recenti novità normative possono comportare.

Accanto ad una prima sezione che si occupa principalmente del metodo lavorativo e dell'analisi della sua regolamentazione sociale e giuridica, come scaturita in esito al cd. *Jobs Act* e dei relativi decreti di attuazione, il volume raccoglie, nel suo impianto centrale, formule e modelli contrattuali, attraverso cui sperimentare e vivere il concreto vivere dei traffici giuridici giuslavoristici, ed al preordinato fine di fornire al lettore una preparazione ed un aggiornamento completo, sia teorico che pratico e casistico.

Più precisamente, principiando da un'analisi generale, non solo giuridica, del concetto di "lavoro", unitamente alla descrizione dei vari orientamenti in relazione alla sua funzione economico sociale, anche alla luce della nostra Carta Fondamentale, l'Autore passa poi alla trattazione dello strumento principe in materia giuslavoristica: il contratto.

Di grandissima attualità ed aggiornamento è poi la successiva trattazione del neonato istituto dei cd. contratti di lavoro a tutele crescenti, frutto della recentissima produzione normativa del nostro legislatore, oltre alla trattazione delle nuove e, per certi versi, atipiche forme di lavoro del *job sharing*, e del *job on call*.

Di grande interesse anche l'analisi delle fattispecie – per il vero poco trattate dalla recente manualistica in materia – relative ai rapporti di lavoro cd. senza contratto (tirocini formativi e di orientamento, lavoro accessorio, con un particolare sguardo al patologico fenomeno, molto diffuso da noi, dello sfruttamento del lavoro "in nero").

Al termine di ogni trattazione, l'Autore ha cura di inserire un glossario finale, unito ad un breve approfondimento normativo e giurisprudenziale, di sicura utilità per il lettore che si accinge allo studio delle te-

matiche in oggetto, al fine di una più completa opera di documentazione.

La parte finale dell'Opera è invece dedicata, in ottica assolutamente innovativa sull'argomento, all'analisi di fattispecie casistiche e allo studio di formule e tecniche redazionali dei principali contratti in materia di lavoro, oltre che a fornire al lettore interessanti e spesso trascurati spunti al fine di una corretta redazione e compilazione di un *curriculum vitae*.

Indice delle sentenze

Diritto e procedura civile

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. civ., sez. II, 06.11.2015, n.22701 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 05.11.2015, n.22664 s.m.
 Cass. civ., sez. VI, 30.10.2015, n. 22179 s.m.
 Cass. civ., sez. I, ord. 28.10.2015, n. 22003 s.m.
 Cass. civ., sez. VI, ord. 23.10.2015, n. 21672 s.m.
 Cass. civ., sez. III, 15.10.2015, n. 20895 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 09.10.2015, n. 20305 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 05.10.2015, n. 19785 s.m.
 Cass. civ., sez. I, 22.09.2015, n. 18695 s.m.
 Cass. civ., sez. II, 16.09.2015, n. 18140 s.m.
 Cass. civ. sez. un., 16.09.2015, n. 18131
 (con nota di Alfano)
 Cass. civ., sez. I, 11.09.2015, n.17962 s.m.
 Cass. civ., sez. un., 07.09.2015, n. 17685
 (con nota di Sorrentino)
 Cass. civ., sez. III, 20.08.2015, n. 16993
 (con nota di Berrino)
 Cass. civ., sez. I, 26.06.2014, n. 14552
 (con nota di Locorotolo)

TRIBUNALE

- Trib. S. M. Capua Vetere, 17.11.2014, n. 4789 s.m.
 Trib. Salerno, 06.11.2015, n. 4636 s.m.
 Trib. Trapani, 22.10.2015, n.1009 s.m.
 Trib. Lodi, 21.10.2015, n. 966 s.m.
 Trib. Mantova, 13.10.2015, n. 942 s.m.
 Trib. Roma, 13.10.2015, n. 20420 s.m.
 Trib. Nola, 12.10.2015, n. 2620 s.m.
 Trib. Lecce, 09.10.2015, n.4800 s.m.
 Trib. Milano, 06.10.2015, n. 11139 s.m.
 Trib. Roma, 24.09.2015 s.m.
 Trib. Terni, 01.09.2015, n. 719 s.m.
 Trib. Roma, 08.08.2015 s.m.
 Trib. Napoli, 04.08.2015, n. 11013 s.m.
 Trib. Brescia, 20.07.2015, n. 2249 s.m.
 Trib. Benevento, 21.07.2014, n. 187 s.m.
 Trib. Torino, 20.06.2014 s.m.

Diritto e procedura penale

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. pen., sez. un., 27.11.2014, n. 38518
 (dep. 22.09.2015) s.m.

- Cass. pen., sez. II, 06.10.2015, n. 41785
 (dep. 16.10.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. II, 30.09.2015, n. 41742
 (dep. 16.10.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. II, 24.09.2015, n. 40912
 (dep. 12.10.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. II, 22.09.2015, n. 41735
 (dep. 16.10.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. II, 16.09.2015, n. 40308
 (dep. 07.10.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. un., 15.09.2015, n. 37107
 (con nota di Pignatelli)
 Cass. pen., sez. un., 28.07.2015, n. 33041
 (con nota di Pignatelli)
 Cass. pen., sez. un., 21.07.2015, n. 31617
 (con nota di Pignatelli)
 Cass. pen., sez. VI, 04.06.2015, n. 36656
 (dep. 10.09.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. VI, 04.06.2015, n. 36402
 (dep. 09.09.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. II, 26.05.2015, n. 36424
 (dep. 09.09.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. VI, 21.05.2015, n. 35988
 (dep. 04.09.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. VI, 12.05.2015, n. 33875
 (dep. 31.07.2015) s.m.
 Cass. pen., sez. VI, 07.05.2015, n. 36676
 (dep. 10.10.2015) s.m.

TRIBUNALE

- Trib. Nola, G.o.T. Ardolino, 04.11.2015, n. 2880 s.m.
 Trib. Napoli sez. I, ord.12.10.2015 s.m.
 Trib. Napoli, sez. X riesame, ord. 01.10.2015, n. 857
 s.m.
 Trib. Napoli, sez. I, 06.10.2015, n. 14044 s.m.
 Trib. Napoli, sez. I, 29.09.2015, n.13576 s.m.
 Trib. Nola, coll. D), 28.09.2015, n. 2416 s.m.
 Trib. Napoli, G.M. Bottillo, 21.09.2015, n. 13169
 s.m.
 Trib. Napoli, sez. I, 14.07.2015, n.12130 s.m.
 Trib. Napoli, sez. I, 14.07.2015, n.12130 s.m.
 Trib. Nola, G.M. Di Iorio, 14.07.2015, n. 2133 s.m.
 Trib. Napoli, G.M. Bottillo, 13.07.2015, n. 12107
 s.m.
 Trib. Nola, G.o.T. Sabato, 03.07.2015, n. 2077 s.m.
 Trib. Napoli, G.M. Bottillo, 08.06.2015, n. 11340
 s.m.

G.U.P.

Trib. Nola, G.U.P. Aurigemma, 12.10.2015, n. 6888 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Aurigemma, 06.10.2015, n. 273 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Napolitano, 24.09.2015, n. 264 s.m..

Trib. Nola, G.U.P. Sepe, 15.09.2015, n. 254 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Sepe, 15.09.2015, n. 253 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Borrelli, 01.07.2015, n. 219 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Aurigemma, 25.06.2015, n. 215 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Sepe, 17.06.2015, n. 204 s.m.

Trib. Nola, G.U.P. Campoli, 16.06.2015, n. 194 s.m.

Diritto internazionale e dell'Unione Europea

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

C.E.D.U., *Case of Vasiliauskas v. Lithuania*, (ricorso n. 35343/05), sentenza depositata il 20.10.2015

C.E.D.U., *affaire Belek et Velioglu c. Turquie*, ricorso n. 44227/04, sentenza depositata il 06.10.2015

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

C.G.U.E., sez. V, 06.10.2015, causa C-508/14, *T-Mobile Czech Republic e Vodafone Czech Republic*

Diritto tributario

CORTE DI CASSAZIONE

Cass., sez. V, 21.10.2015, n. 21385 s.m.

Cass., sez. V, 16.10.2015, n. 20964 s.m.

Cass., sez. un., 02.10.2015, n. 19704 s.m.

Cass., sez. VI, 02.09.2015, n. 17497 s.m.

Cass., sez. V, 19.08.2015, n. 16950 s.m.

Cass., sez. V, 19.08.2015, n. 16951 s.m.

CORTE DI GIUSTIZIA

C.G.U.E., 22.10.2015, C-264/14 *Skatteverket* s.m.

C.G.U.E., 29.09.2015, C-276/14, *Gmina Wrocław* s.m.

C.G.E.U., Grande Sezione, 08.09.2015, C105/14, *Taricco e a.* s.m.

Diritto amministrativo

CONSIGLIO DI STATO

Cons. Stato, sez. V, 28.10.2015, n. 4942 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 28.10.2015, n. 4937 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 22.10.2015, n. 4860 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 21.10.2015, n. 4812 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 15.10.2015, n. 4764 s.m.

Cons. Stato, sez. IV, 13.10.2015, n. 4711 s.m.

Cons. Stato, sez. V, 06.10.2015, n. 4652 s.m.

Cons. Stato, sez. III, 06.10.2015, n. 4647 s.m.

