

Anno IX (2020)
Maggio – Agosto
Fascicolo 2

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO SCIENTIFICO

Enrico Al Mureden, Paola. Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Francesco Antonio Genovese, Giuseppe Grisi, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Daniela Memmo, Stefania Pacchi, Gabriele Racugno, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Giuseppe Sbisà, Maria Cristina Vanz

RESPON SABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Marcelo José Magalhães Bonizzi, Maria Novella Bugetti, Juliana Cordeiro de Faria, Elena Depetris, Vincenzo De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Michela Bailo Leucari, Andrea Lolli, Rita Lombardi, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Leonardo Netto Parentoni, Paolo Passaniti, Giulio Peroni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Tania Tomasi, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Ansanelli, Francesco Camilletti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Filippo Maisto, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Andrea Rossetti, Giacomo Pongelli, Paolo Rondini, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due membri del Comitato per la Valutazione Scientifica.

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche. Nel primo caso il revisore non esprime alcuna motivazione, nel secondo fornisce le ragioni ostative alla pubblicazione, nel terzo indica le modifiche che ritiene necessarie affinché il contributo possa essere pubblicato.

In caso di parere negativo dei Revisori il contributo non verrà pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (IX) 2020 – N. 2 – Maggio – Agosto

ARTICOLI

GABRIELE RACUGNO, <i>La s.r.l. a capitale ribassato</i>	243
FILIPPO MAISTO, <i>Circa l'opportunità della distinzione tra risarcimenti punitivi convenzionali e clausola penale</i>	249
ANDREA LOLLI, MARIA GINEVRA PAOLUCCI, <i>Le disposizioni emergenziali in materia di riduzione del capitale sociale, di sussistenza della continuità aziendale ai fini della redazione del bilancio e di finanziamenti da parte della compagine sociale</i>	269
MARIA NOVELLA BUGETTI, <i>Brevi note su inadempimento e risoluzione ai tempi della pandemia</i>	281
ALBERTO VILLA, <i>Contratti di carattere personale e procedura liquidatoria: riflessioni a margine dell'art. 175 CCI</i>	295
FRANCESCO CAMILLETTI, <i>Il divieto di distribuzione degli utili nelle società sportive dilettantistiche e le sue principali implicazioni</i>	307
FLAVIA MARISI, <i>Interim measures and injunctive relief in common law and civil law jurisdictions: a comparative study</i>	323
MARIO JUNIOR MAZZOTTA, <i>Gestione dei crediti deteriorati: limiti regolamentari al recupero degli utp</i>	347
FEDERICO FOGGETTA, <i>La legislazione d'emergenza e la continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: problemi di coordinamento tra fictio contabile e obblighi degli amministratori</i>	366

DIBATTITI

BEATRICE FICCARELLI, <i>Un decennio di mediazione civile e commerciale: evoluzione, bilanci e prospettive</i>	381
---	-----

GIROLAMO LAZOPPINA, <i>Le società per azioni con la partecipazione dello Stato ed enti pubblici</i>	390
---	-----

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

LAURA BACCAGLINI, <i>Obbligazione solidale e processo esecutivo. Tra tutela del creditore e abuso del processo</i>	397
MICHELLE VANZETTI, <i>Condanna generica e domande complanari</i>	414
ALBERT HENKE, <i>Dell'ammutinamento tedesco alla UE e alle sue istituzioni</i> ...	425
CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU, <i>È ammissibile il recesso del socio se la s.p.a. limita la distribuzione dell'utile</i>	440
ANTONIO GENNARO, <i>La responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie nel caso di discostamento dai precedenti</i>	480

Sez. II – Osservatorio

<i>Delegabilità al notaio delle operazioni di sigillazione: Tribunale di Milano, 12 giugno 2020</i>	496
<i>Art. 83, comma 3, TUB: va consolidandosi l'orientamento secondo cui le domande di accertamento negativo restano procedibili: Tribunale di Venezia, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 27 maggio 2020, n. 838</i>	497

MATERIALI

Sez. I – Legislazione

Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76 <i>“Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”</i>	500
---	-----

Sez. II – Giurisprudenza

Banca (istituti di credito) – Enti creditizi sottoposti a risoluzione – Stato di insolvenza – Accertamento – Infruttuosi tentativi di intervento del fondo interbancario di tutela dei depositi – Rilevanza – Esclusione – Fondamento – Fattispecie: Corte di cassazione, Sez. I, 6 giugno 2020, n. 11267	500
Conflitto di competenza – Giudice di appello – Termine per il rilievo dell'incompetenza – Applicabilità al giudizio di impugnazione dell'art. 38 comma 3 c.p.c. – Sussistenza: Corte di cassazione, Sezioni Unite, 18 giugno 2020, n. 11866	500
Concordato preventivo – Obbligatorietà – Domanda di fallimento presentata da creditore concordatario – Ammissibilità – Necessità di previa risoluzione del concordato – insussistenza: Tribunale di Vercelli, 22 luglio 2020	501

LA S.R.L. A CAPITALE RIBASSATO

GABRIELE RACUGNO
Professore ordinario f.r.
nell'Università di Cagliari

SOMMARIO. 1. Generalità. – 2. Il capitale sociale. – 3. La c.d. riserva “a formazione accelerata”. – 4. I finanziamenti dei soci.

1. – Attualmente, l'art. 2463, che disciplina la costituzione della s.r.l., prevedendo al primo comma, n. 4, l'ammontare del capitale sottoscritto non inferiore a diecimila euro, stabilisce, al quarto comma, che il capitale può essere determinato in misura inferiore a euro diecimila, pari almeno ad un euro¹, introducendo così quella che, condividendo il suggerimento di Spolidoro², può essere denominata *s.r.l. a capitale ribassato*, la quale può essere costituita senza alcun limite, da persone fisiche e giuridiche³, sia con

¹ “Si è diffusa in Europa la convinzione che le regole relative al capitale, e soprattutto quelle che attengono alla fissazione di un minimo legale di capitale, mortifichino le energie imprenditoriali delle persone fisiche, soprattutto se giovani, e che racimolare diecimila euro di capitale da investire in un'impresa sia così difficile da imporre un correttivo”: M.S. SPOLIDORO, *La s.r.l. semplificata e la s.r.l. a capitale ribassato*, in *Le società a responsabilità limitata*, a cura di C. Ibba e G. Marasà, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, 143). Sul convincimento che “il capitale strategicamente più rilevante” sono le idee, cfr. le osservazioni critiche di G.B. PORTALE, *Società a responsabilità limitata senza capitale sociale e imprenditore individuale con “capitale destinato”*, in *Riv. soc.*, 2010, 1238, che sottolinea come l'attacco al capitale sociale sia frutto della “supina americanizzazione del diritto societario europeo”.

² M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 145, che sottolinea, procedendo a un confronto con la società a responsabilità limitata semplificata (s.r.l.s., ex art. 2463-bis), come i vantaggi di quest'ultima rispetto alla s.r.l. a capitale ridotto sono sostanzialmente rappresentati dall'esonero dalle spese e dagli oneri notarili, con l'“aggravante” che la s.r.l.s. deve necessariamente adottare l'atto costitutivo standard tipizzato secondo i decreti ministeriali. Fra i numerosi scritti in materia, v. in Liber Amicorum *Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, G. FERRI jr., E. MACRÌ, G. PRESTI, M. RESCIGNO, G.A. RESCIO.

³ Senza che non vi sia l'obbligo di inserire alcuna particolare indicazione nella denominazione sociale. Originariamente la s.r.l. a capitale ribassato, denominata dal legislatore s.r.l. a capitale ridotto, in quanto destinata a favorire la imprenditoria giovanile, prevedeva che potesse essere costituita unicamente da persone, con un limite massimo di 35 anni per poter assumere la qualità di socio (d.l. n. 89/2012, convertito con legge n. 134/2012, che introduceva la c.d. s.r.l. a capitale ridotto, poi espunta dall'ordinamento del d.l. n. 76/2013, convertito con l. n. 99/2013, che ha introdotto nell'art. 2463, il quarto comma di cui si è detto). Per un articolato esame del 4° e del 5° comma dell'art. 2463, collocati “nel terreno del sistema societario comune”, cfr. E. LOFFREDO, *Sub art. 2463 c.c.*, in *Codice civile commentato*, a cura di G.

contratto che con atto unilaterale, e può aumentare il proprio capitale senza alcuna restrizione. L'atto costitutivo, secondo la regola generale della s.r.l., deve essere redatta per atto pubblico,

Il quarto comma dell'art. 2463 è stato aggiunto dall'art. 9, comma 15-ter, d.l. 28.6.2013, n. 76, così come modificato dall'allegato alla legge di conversione (l. 9.8.2013), con decorrenza dal 28.3.2013.

2. – Il richiamato 4° comma dell'art. 2463 prevede che i conferimenti devono farsi unicamente in denaro, devono essere versati per intero, da eseguirsi, come previsto dalle norme generali sulla s.r.l. nelle mani degli amministratori, e ne deve essere data evidenza nell'atto costitutivo della dichiarazione degli amministratori di aver ricevuto la somma. Non è quindi ammesso il versamento parziale del 25% del capitale in danaro, con l'ovvia esclusione della possibilità di conferimento in natura o di crediti⁴.

Trova quindi applicazione il secondo comma dell'art. 2468, per cui, se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni sono determinate in misura proporzionale al conferimento, ma con possibilità di assegnazione non proporzionale.

Nonostante le variegiate opinioni emerse circa l'ambito temporale in cui possa trovare applicazione la regola del capitale sociale inferiore a euro diecimila, pare preferibile una lettura della legge che ne estenda l'applicazione oltre la fase di costituzione della società, considerando la s.r.l. con capitale pari almeno a 1 euro e inferiore all'importo di 10.000 euro, piuttosto che un tipo sociale autonomo, rappresenta una variante o sottotipo della s.r.l. "ordinaria", con la conseguenza che il passaggio dal tipo al sottotipo e viceversa costituisce una semplice modificazione statutaria e non già una trasformazione.

Di qui la possibilità di ridurre il capitale originario di euro diecimila ad "un euro" o a importo comunque inferiore a diecimila. Parimenti va riconosciuta la legittimità di dare vita ad una s.r.l. con capitale inferiore a diecimila euro per effetto di trasformazione, fusione o scissione.

Pertanto sussiste la possibilità che il capitale della s.r.l. possa essere determinato in misura inferiore a euro diecimila, pari ad almeno un euro,

Alpa e V. Mariconda, Milano, 2013, e nel medesimo *Codice civile commentato*, C. CINCOTTI, Sub art. 2463-bis (*società a responsabilità limitata semplificata*).

⁴ Esclusione che verosimilmente trova la sua *ratio* in un'ottica di semplificazione delle formalità in sede di costituzione, che, peraltro, come più volte sottolineato, non vieta alla società di ricevere apporti in natura o crediti iscrivibili all'attivo di bilancio il cui valore non sia imputato a capitale, né di acquistare dai soci beni o crediti nel biennio dopo la costituzione, oppure, antecedentemente, nel rispetto delle disposizioni di cui al secondo comma dell'art. 2465.

non soltanto in fase di costituzione, ma per effetto di riduzione volontaria⁵ (ancorché sia dubbia la possibilità che possa in conseguenza della riduzione procedersi al rimborso ai soci) o per perdite, come pure in conseguenza di operazioni straordinarie.

Per quanto concerne il capitale sociale nelle s.r.l. l'evoluzione normativa ha così determinato la possibilità di passaggio dalla s.r.l. ordinaria (tipo) ad una sotto-tipo, come pure da un sotto-tipo ad un altro sotto-tipo, come si vedrà in sede di esame della s.r.l. semplificata. Attraverso l'adozione delle opportune modificazioni statutarie i passaggi sono possibili sia dal modello "tipo" ai vari sotto-tipi, come pure, in senso inverso, nel rispetto naturalmente delle regole proprie del modello di destinazione: quindi, nel passaggio alla s.r.l. a capitale ribassato, la necessità che tutti i conferimenti risultino effettuati in denaro, salvo differenti apporti a patrimonio, sia in natura, come pure d'opera o di servizio. Passaggi che esulano dalla trasformazione, con conseguente inapplicabilità del recesso previsto dall'art. 2473 per cambiamenti del tipo di società.

Con il raggiungimento del capitale sociale a diecimila euro la società potrà ricevere conferimenti in natura o di servizi, e poter fruire della disciplina del versamento parziale dei conferimenti in danaro.

3. – Il quinto comma dell'art. 2463 prevede l'accantonamento di una parte degli utili netti, risultanti dal bilancio regolarmente approvato, per formare la riserva prevista dall'art. 2430, di una somma almeno pari a un quinto degli stessi, fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l'ammontare di diecimila euro: la società con un capitale sotto la soglia ordinaria minima viene così assoggettata ad una regola di capitalizzazione necessaria successiva alla costituzione.

Il collegamento tra il quinto comma e il precedente, che ha introdotto il sotto-tipo della società con capitale inferiore ad euro diecimila, è evidente: a fronte dell'ingresso nel mercato di una s.r.l. sottocapitalizzata, viene sancita la necessità di assicurarne la patrimonializzazione dei mezzi propri secondo l'entità del modello tipo, provocando in tal modo quella funzione di tutela dei creditori sociali che pur sempre il capitale sociale assolve.

Passando ora all'analisi del confronto tra la quota di accantonamento di utili prevista per la costituzione della riserva legale, quantificata dall'art.

⁵ Soluzione questa non condivisa in sede notarile, in quanto sarebbe in contrasto con la funzione tipo delle società a capitale ridotto di "favorire l'avvio di un'impresa e non di consentire ai soci di una società in attività – e non in perdita – di decapitalizzarla, restituendo ai soci parte del capitale sociale: G. LAURINI, *La società a responsabilità limitata. Post-riforma*, Cedam. Trento, 2014, 235; conforme, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Diritto delle società*, 2015, 556.

2430 nella ventesima parte dell'utile annuale, pari cioè al cinque per cento, e l'accantonamento previsto dal quinto comma dell'art. 2463, determinato nel quinto degli stessi, cioè del venti per cento, pare preferibile l'applicabilità, seppure in tempi successivi, della coesistenza delle due prescrizioni, stante il richiamo, avente portata generale, dell'art. 2478-bis alle disposizioni di cui alla sezione IX del libro V del codice civile, dove è ricompreso l'art. 2430, che disciplina appunto la riserva legale. Dalla stessa lettura del quinto comma dell'art. 2463 si desume agevolmente che la sostituzione delle riserva legale ex art. 2430 con la riserva in questione (c.d. riserva "a formazione accelerata") è limitata, poiché opera "fino a che la riserva non abbia raggiunto, unitamente al capitale, l'ammontare di diecimila euro", riprendendo poi vigore la disciplina della riserva legale ex art. 2430 se ed in quanto il relativo limite (1/5 del capitale sociale) non sia già stato raggiunto⁶.

Può a questo punto dedursi che, ferma l'unicità della riserva, la costituzione della stessa, nelle s.r.l. di cui al quarto comma dell'art. 2463, debba essere effettuata per somma maggiore di quella prevista dall'art. 2430, senza necessità che l'entità prevista da questa norma trovi applicazione. E' infatti da escludere che la riserva ex art. 2463 si aggiunga a quella ex art. 2430, poiché, come emerge dalla stessa lettera della legge, ha la sua stessa natura e la sua stessa funzione.

Una volta che il patrimonio netto (capitale sociale + riserva) abbia raggiunto l'ammontare di diecimila euro non troverà più applicazione la disciplina della riserva accelerata, ma l'art. 2430 soltanto nell'ipotesi in cui la riserva non abbia raggiunto il quinto del capitale sociale⁷.

La riserva ex art. 2463, comma 5, conclude la norma, può essere utilizzata solo per imputazione a capitale e per copertura di eventuali perdite, e deve essere reintegrata se viene diminuita per qualsiasi ragione, restando dunque vincolata esclusivamente alle operazioni di accrescimento e di salvaguardia del capitale.

Deve ritenersi che la riserva in parola possa essere utilizzata per aumenti gratuiti del capitale sociale fino a 10.000 euro, considerato che tale riserva è finalizzata appunto a compensare la mancanza di capitale minimo.

4. – La sottocapitalizzazione della s.r.l. in esame presuppone che l'attività imprenditoriale sia portata avanti ricorrendo al capitale di debito, costituito, innanzitutto, dalle dilazioni dei tempi di pagamento concesse dai fornitori, e, quindi, dai mutui e dai prestiti bancari, ed innanzitutto dei

⁶ Cfr. L. TRONCI, *La riserva legale a formazione accelerata: problemi vecchi e nuovi*, in *Riv. soc.*, 2014, 200.

⁷ La parte eccedente l'accantonamento obbligatorio ex art. 2430 costituisce una riserva disponibile e distribuibile.

finanziamenti dei soci, anche mediante apporti rappresentati da beni in natura o servizi.

I finanziamenti dei soci, sostitutivi dal capitale proprio, sono soggetti all'art. 2467, che ne prevede la postergazione⁸ del rimborso rispetto alla soddisfazione degli altri creditori se i finanziamenti siano stati effettuati in presenza di un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto⁹ oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento. L'attenzione va al patrimonio netto, senza che assuma rilievo di per sé l'entità del capitale sociale, sicuramente di per sé insufficiente in una società a capitale ribassato a far fronte all'indebitamento, con conseguente superamento del primo nei presupposti per l'applicazione del criterio della postergazione, che, per converso, necessita un esame della situazione finanziaria della società al momento del finanziamento del socio.

E qui entra in gioco l'analisi della sussistenza della continuità aziendale, cioè la capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento per un periodo di almeno 12 mesi¹⁰, che comporta la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare¹¹.

Abstract

LIMITED LIABILITY COMPANY AT LOWERED CAPITAL

Nel terreno del sistema societario comune, a partire dal 2013, è presente la s.r.l. che può essere costituita anche con un capitale inferiore al minimo legale di € 10.000, purché pari ad almeno € 1, nel pur discusso presupposto che "il capitale strategicamente rilevante" sono le idee.

La società può essere costituita sia da persone fisiche che giuridiche, con contratto o con atto unilaterale. I conferimenti devono farsi per intero ed in danaro, ed è previsto un maggior accantonamento di utili per la riserva legale.

È discusso se le società già dotate di capitale minimo di €10.000, possano successivamente ridurlo al di sotto di tale soglia.

In the area of the common corporate system, starting from 2013, there is the limited company "s.r.l." which can also be set up with a capital lower than the legal minimum of € 10,000, as long as it is at least € 1, on the discussed assumption that "the relevant strategic capital" is ideas.

⁸ Con coeva menzione nella nota integrativa (art. 2427, comma 1, n. 19-bis).

⁹ Che può certamente superare la soglia che tipizza il capitale della s.r.l. a capitale ribassato.

¹⁰ Principio di revisione internazionale (ISA Italia) n. 570.

¹¹ Cfr. art. 13, comma 1, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

The company can be set up by both persons and legal entities, by contract or by unilateral deed. Share capital contributions must be made in full and in cash, and a greater allocation of profits is envisaged for the legal reserve.

It is debated whether companies that already have a minimum capital of € 10,000, can subsequently reduce it below this threshold.

CIRCA L'OPPORTUNITÀ DELLA DISTINZIONE TRA RISARCIMENTI PUNITIVI CONVENZIONALI E CLAUSOLA PENALE

FILIPPO MAISTO

Professore ordinario

nell'Università della Calabria

SOMMARIO: 1. Caratteri strutturali del paradigma dei risarcimenti punitivi: rilievo eminente dell'*extra-compensation*. – 2. Profili di potenziale incostituzionalità della determinazione dell'impegnatività di prestazioni pecuniarie sanzionatorie in ipotesi non tipizzate dal legislatore nazionale. Garanzie costituzionali a presidio del principio d'inviolabilità del patrimonio dei consociati. – 3. Il ruolo della gerarchia tra i valori coinvolti: le soluzioni operative scaturenti dal bilanciamento degli interessi in conflitto, alla luce dell'ordine di prevalenza voluto dalle superiori emanazioni di sovranità. Esplicazioni di risarcimenti punitivi, non previsti da una specifica disposizione di legge ("atipici"), accolti dal diritto vivente (danno tanatologico; cumulo tra risarcimento e indennizzo; *punitive damages* aggiudicati da Corti straniere). – 4. Estensione della figura all'ambito degli illeciti contrattuali. Riflessi operativi della distinzione tra le due qualifiche dei risarcimenti punitivi convenzionali e della prestazione programmata nella clausola penale – 5. (*Segue*) Il limite della proporzionalità (rischio di *overdeterrence*). – 6. Riflessi sistematici: dalla "pubblicizzazione del diritto privato" alla "civiltà della tutela di interessi generali".

1. – Astrattamente, il sintagma "risarcimento punitivo" evoca l'idea della coercibilità di una prestazione pecuniaria con le seguenti caratteristiche: essere a carico dell'autore di una condotta illecita (in particolare, valutata a titolo di responsabilità extracontrattuale)¹; andare tendenzialmente a beneficio della vittima dell'eventuale danno²; eccedere la

¹ Cfr. C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019, 65; IDEM, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1662.

² Sul piano della concreta esperienza giuridica, L.E. PERRIELLO, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. Europa*, 2018, 444, rimarca il dato che "in alcune giurisdizioni americane, poi, una percentuale dei danni punitivi è devoluta allo Stato (ad esempio, in Indiana il 75 %)". In prospettiva sistematica, bisogna sottolineare che la prestazione pecuniaria ultracompensativa, quando trapassa dai rapporti intersoggettivi a quelli tra individuo e Istituzioni, perde i caratteri della pretesa civilistica (*i.e.* dell'inerenza al diritto civile) e assume quelli

misura ontologica del danno medesimo (c.d. *extra-compensation*); variare in base alla gravità della colpa del danneggiante. Come è del tutto evidente, la caratteristica strutturale distintiva di una simile prestazione consiste, soprattutto, nel dato (effettivo/potenziale) dell'eccedenza dell'entità della prestazione pecuniaria rispetto al valore monetario del danno³. In questo modo, il risarcimento assume una funzione extracompensativa potenzialmente afflittiva, la quale richiama l'ulteriore criterio della variabilità in considerazione della gravità della colpa⁴.

È bene evidenziare che l'elemento dell'*extra-compensation* distingue (dal punto di vista contenutistico) il paradigma del risarcimento punitivo rispetto a quello concernente la prestazione penale, la quale nella nostra tradizione civilistica evoca nella denominazione una prestazione rimediale con funzione afflittiva per l'autore di un illecito contrattuale⁵. In vero, occorre rimarcare il dato che il riferimento all'interesse del creditore (art. 1384 c.c.) legittima la decisione di ammettere l'eccedenza della prestazione penale

delle sanzioni amministrative (i.e. attiene al diritto pubblico-amministrativo, v., *infra*, § 6). Sul punto, anche G. SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 515 ss., sottolinea il concetto che i risarcimenti punitivi, quando si traducono nella determinazione della vincolatività di un'attribuzione pecuniaria in favore dello Stato (piuttosto che nell'evento pratico-economico di uno spostamento patrimoniale all'interno di un rapporto intersoggettivo), assumono i caratteri indicati dall'inerenza al diritto pubblico e non al diritto privato. In tal senso, può essere inteso anche il monito di TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 689 s., secondo il quale "ben diversa è la valutazione di regole che prevedano, in occasione di un giudizio civile di responsabilità, l'applicazione di sanzioni pecuniarie punitive da versare alle casse dello Stato".

³ Diffusamente: F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013, 210 ss.; A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 386. Similmente, C. CASTRONOVO, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 329, sottolinea il dato che con i *punitive damages* accade sempre che si attribuisca al danneggiato "un valore maggiore di quello che ristora la perdita". Sulla stessa linea, TRIMARCHI, *o.c.*, 692, focalizza l'attenzione sul carattere extracompensativo delle prestazioni pecuniarie. Diversamente, G. SPOTO, *o.c.*, 501, sostiene la opportunità/necessità di distinguere tra "danni punitivi" e "danni ultracompensativi".

⁴ Sottolineano la valenza di questo criterio di giudizio: F. BENATTI, *Correggere e punire. Dalla Law of Torts all'inadempimento del contratto*, Milano, 2008, pp. 121 e 350; L.E. PERRIELLO, *o.c.*, 434.

⁵ Con argomentazioni simili, anche G. SPOTO, *o.c.*, 496, richiamando l'opinione *mainstream* (confermata dal disposto dell'art. 1384 c.c.) che la clausola penale sia "un mezzo di anticipazione forfettario della liquidazione del danno in ottica riparatoria e non sanzionatoria", inferisce il concetto che il dato dell'*extra-compensation* sia ontologicamente estraneo alle vicende pratico-economiche proiettate dal suddetto atto di autonomia.

rispetto al normale risarcimento del danno, ma circoscrivendola entro limiti precisi (e, piuttosto, angusti): essa consente di estendere il danno risarcibile, considerando, oltre le strettoie indicate dalla Corte di cassazione⁶, anche le lesioni non patrimoniali e, in deroga alla previsione dell'art. 1223 c.c., pure i pregiudizi soltanto indirettamente connessi al fatto dannoso (come, ad es., un mancato incremento del volume d'affari, il quale sia dovuto all'esclusione di una probabile crescita della propria reputazione professionale indotta dall'inadempimento di un fornitore). In altri termini, la prestazione pecuniaria a titolo di penale, pur essendo (potenzialmente) superiore al valore del danno (normalmente) risarcibile, risulta pur sempre ancorata ai pregiudizi (anche non patrimoniali e indiretti) effettivamente subiti dal danneggiato⁷. Pertanto, di là dalla suggestione nominalistica, rileva il dato che la prestazione penale è, comunque, connotata da una funzione compensativa⁸.

Il precedente rilievo conferma l'estraneità della categoria ordinante del risarcimento punitivo rispetto alla tradizione giuridica italiana. Le ragioni non sono teoriche, ma storiche. È opportuno evidenziare che un punto fermo dell'evoluzione della convivenza civile è consistito nell'abolizione del "carcere per debiti" (l. 6 dicembre 1877, n. 4166). In chiave ideologica, si delinea, più ampiamente, un atteggiamento di riprovazione per l'impiego di provvedimenti afflittivi per conformare i rapporti intersoggettivi.

⁶ Bisogna rimarcare che le Sezioni Unite, concependo il criterio di giudizio della risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento, ne hanno circoscritto l'impiego all'ipotesi di "lesione dei diritti inviolabili della persona" (cfr. Cass., Sez.Un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Foro it.*, I, c. 120). Per l'evidenziazione di questo passaggio, v. G. ANZANI, *Danno non patrimoniale e responsabilità da inadempimento*, in *Studium Iuris*, 2017, 402).

⁷ Alla luce della vicenda della riducibilità *ex art.* 1384 c.c., nell'apparato decisorio innescato dalla penale si configura anche un particolare vantaggio processuale per il danneggiato: operando questa tecnica, vale l'assunto che la dimostrazione dell'entità del danno sia assorbita da un'inversione dell'onere della prova a carico del danneggiante.

⁸ Similmente, A. DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Europa dir. priv.*, 2018, 1313, sostiene che la clausola penale "ha dunque una valenza risarcitoria, pur essendo indipendente dalla prova del danno". In questa prospettiva, egli rileva che detta prestazione è commisurata "al presumibile danno, che il soggetto avrebbe subito a seguito dell'inadempimento", e che "la sua riduzione "in considerazione dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento" (art. 1382) lo dimostra". Per la concezione, alquanto diffusa, che la clausola penale sia preordinata alla giustiziabilità di vicende utilitaristiche, le quali le conferiscono la fisionomia di "mezzo di liquidazione preventiva del danno", v. anche G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 305.

Nonostante le predette avversità, bisogna registrare che più volte la valutazione dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi ha cercato di affermarsi nel diritto vivente. Soprattutto, di recente, essa ha trovato degli importanti riscontri nell'ambito del diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale). Un tale rilievo sembra attestare la capacità di simili tecniche decisorie di favorire, oltre ad interessi individuali meritevoli, anche obiettivi politici concernenti l'ordinato sviluppo della convivenza civile. Nella prospettiva di un'evoluzione dell'ordinamento, è opportuno, pregiudizialmente, verificare l'inesistenza di un contrasto con i principi informativi espressi dalle supreme manifestazioni di sovranità. Coerentemente con il metodo del "positivismo etico"⁹, bisogna considerare il dato della mono/polifunzionalità della responsabilità civile quale una ricostruzione descrittiva *a posteriori*, piuttosto che assumerlo come premessa applicativa *a priori*¹⁰.

2. – Come è noto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2017 hanno enunciato l'assunto della non assoluta contrarietà della statuizione straniera della coercibilità di *punitive damages* all'ordine pubblico di cui agli artt. 16, 64, lett. g), e 65, l. 31 maggio 1995, n. 218¹¹. La valutazione positiva, però, è stata subordinata alla condizione che la condanna al risarcimento punitivo "sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi". In altri termini, si deve trattare di figure che, rispetto all'ordinamento di provenienza, abbiano caratteri equivalenti a quelli che nella nostra esperienza giuridica discendono dalla tipizzazione da parte di una disposizione di legge a struttura "regolamentare"¹².

⁹ Per questa impostazione metodologica, v. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, *passim*, ma spec. 122 ss.

¹⁰ La "questione metodologica" è (condivisibilmente) sollevata da PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 119 ss. In diversa prospettiva scientifica, A. MONTANARI, *Del "risarcimento punitivo" ovvero dell'ossimoro*, in *Europa dir. priv.*, 2019, 443 ss., ritiene, invece, decisivo il rilievo dell'estraneità della funzione punitiva del risarcimento (non al disegno dei principi informativi costituzionali e sovranazionali, ma) al sistema (di matrice dogmatico-codicistica) della responsabilità civile. In particolare, egli ritiene che un simile dato conduca alle negatività consistenti nell'"incertezza dei rapporti" e della "frantumazione dell'ordine", le quali fungerebbero da fondamento assiologico per concepire soluzioni operative contrarie ad innovazioni troppo radicali della tradizione giuridica nazionale.

¹¹ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, 419 ss.

¹² Circa la differenza tra "disposizioni regolamentari" ed "enunciazioni di principio": PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-*

È bene osservare che la precedente considerazione pregiudiziale non si traduce univocamente nell'assunto che i ragionamenti applicativi, i quali sono preordinati alla determinazione dell'impegnatività di un risarcimento punitivo, risultino compatibili con i valori fondamentali della legalità costituzionale. Occorre segnalare che, nell'ambito della scienza giur-internazionalprivatistica, l'attuazione in Italia di vicende effettuali desunte da determinazioni straniere contrarie ai principi costituzionali è consentita dai seguenti artifici dogmatici: la teoria della distinzione tra le due nozioni di "ordine pubblico internazionale" e di "ordine pubblico interno"¹³; la teoria della distinzione tra "questione principale" e "questioni preliminari"¹⁴; la teoria dell'"effetto attenuato dell'ordine pubblico"¹⁵. Di là

comunitario delle fonti, cit., 225 ss.; IDEM, *Legal principles and values*, in *ItalLJ*, 2017, 1, 135 ss.; IDEM, *Il diritto civile tra regole di dettaglio e principi fondamentali. Dall'interpretazione esegetica all'interpretazione sistematica*, in *Foro nap.*, 2019, 379 ss.

¹³ Secondo questa distinzione la nozione di ordine pubblico internazionale sarebbe rappresentata dall'insieme dei valori comuni a tutte le Nazioni civili, mentre quella di ordine pubblico interno atterrebbe al complesso dei valori fondanti del nostro ordinamento estrapolati soprattutto dalle disposizioni costituzionali. Tra i principali fautori di questa teoria: G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969, *passim*; ID., *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 110 ss.; N. PALAJA, *L'ordine pubblico internazionale: problemi interpretativi sull'art. 31 delle disposizioni preliminari al codice civile*, Padova, 1974, *passim*. In particolare, il primo a. citato sostiene la tesi della differenziazione, argomentandola da due ordini di ragioni. In primo luogo, egli ritiene che la distinzione tra i due tipi di ordine pubblico sia immanente alla funzione del diritto internazionale privato rappresentato dal "fine universalistico dell'uniformità di regolamento nello spazio" (cfr. G. BARILE, *Ordine pubblico*, cit., 1112). Un simile rilievo, tuttavia, appare alquanto inconferente, dato che l'obiettivo dell'uniformità rappresenta un valore in sé soltanto nel campo dei diritti patrimoniali; al contrario esso in diversi casi (di frequente) non merita di essere perseguito con riguardo ai regimi attinenti agli interessi esistenziali o ai rapporti personali (cfr. F. MAISTO, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato*, Napoli, 2011, 64 ss.). In secondo luogo, il succitato a. sostiene che la coincidenza di significati tra le categorie dell'ordine pubblico "interno" e di quello "internazionale" condurrebbe all'"assurda conseguenza che il nostro diritto internazionale privato risulterebbe inattuabile nelle molte materie regolate quasi esclusivamente da norme inderogabili di diritto materiale italiano (così in quelle relative alla capacità ai rapporti di famiglia, ai rapporti personali fra coniugi, ecc.)" (cfr. G. BARILE, *o.u.c.*, 1116). Sul punto, è opportuno notare che la paventata aporia può essere sufficientemente scongiurata, considerando i margini consentiti all'operatività delle norme straniere incidenti su interessi esistenziali dalla "teoria del bilanciamento" (v., F. MAISTO, *o.c.*, 28 ss.).

¹⁴ Secondo questa concezione il limite dell'ordine pubblico non avrebbe pieno vigore, quando la norma straniera serva a risolvere una questione preliminare. L'idea che la qualifica di "questione preliminare" sarebbe preordinata all'esclusione ovvero ad una forte attenuazione della valenza decisoria del canone dell'ordine pubblico è,

da motivazioni tecniche più specifiche per ciascuna teoria¹⁶, merita di essere accolto l'argomento della loro contrarietà al costrutto dell'unitarietà dell'ordinamento¹⁷. Soltanto dopo aver sgombrato il campo da queste ambiguità, è corretto concludere che la S.C. abbia, surrettiziamente, affermato il concetto della compatibilità – nei limiti della tassatività della casistica – della determinazione dell'impegnatività di risarcimenti punitivi

comunemente, fatta risalire a LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit International privé*, Paris, 1959, 73 ss. Questa teoria è richiamata (*ad abundantiam*) da Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1458. La S.C., a mo' di esempio, ricorda che in base ad un tale ragionamento ermeneutico "è stato affermato, così, che il figlio e la moglie del musulmano poligamo sono comunque ammessi a succedere ai beni lasciati da costui in Italia". Per un approfondimento di queste categorie è d'uopo rinviare a PICONE, *Saggio sulla struttura formale del problema delle questioni preliminari nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1971, *passim*.

¹⁵ Secondo questa concezione il suddetto canone non potrebbe precludere l'esercizio in Italia di diritti conseguenti a qualifiche giuridiche e *status* stabilmente acquisiti all'estero (detta teoria è illustrata e accolta da S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, 174 ss.; analoghe implicazioni pratiche sono suggerite da G. PASTINA, *La nozione di famiglia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi alimentari derivanti da unioni personali*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato* a cura di G. Carella, Torino, 2009, cit., 171). Tale concezione discende dalla categoria dell'"ordine pubblico di prossimità" coniata dalla dottrina francese (cfr. COURBE, *L'ordre public de proximité*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, 227 ss.). La similitudine tra la teoria della questione preliminare e quella dell'effetto attenuato consiste, soprattutto, nella preordinazione a modulare la portata preclusiva dell'ordine pubblico in proporzione al grado di estraneità della fattispecie rispetto all'ordinamento interno. La precedente notazione è sviluppata da G. CARELLA, *Diritto di famiglia islamico, conflitti di civilizzazione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato* a cura di G. Carella, cit., 69. Questa a. sottolinea, in primo luogo, che per la teoria delle questioni preliminari il giudice italiano "potrebbe riconoscere gli effetti di tali istituti [contrari ai principi fondamentali] se posti in essere all'estero, data la maggiore estraneità della fattispecie rispetto al foro". In secondo luogo, ella rileva che in base alla teoria dell'effetto attenuato (cd. ordine pubblico di prossimità) "si esclude l'operare dell'ordine pubblico quando la fattispecie non sia collegata al foro da criteri significativi, quali il domicilio o la cittadinanza".

¹⁶ Cfr. F. MAISTO, *o.c.*, 31 ss.

¹⁷ Così, G. PERLINGIERI-G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 15 ss., dove si spiega l'eventuale deviazione delle statuizioni applicabili alle fattispecie transnazionali rispetto a quelle concepibili per i rapporti intersoggettivi privi di elementi di estraneità (c.dd. fattispecie domestiche), invocando (non una differente consistenza del parametro dell'ordine pubblico, ma) la sussistenza di diversi valori da bilanciare.

con la legalità costituzionale (integrata dai principi sovranazionali *ex* artt. 11 e 117 cost.)¹⁸.

L'acquisizione delle predette conclusioni, tuttavia, richiede un approfondimento del vaglio della non contrarietà della tecnica dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi rispetto ai principi costituzionali. Soprattutto, si segnala un potenziale contrasto con gli enunciati degli artt. 23 e 25, comma 2, cost.¹⁹.

L'art. 23 Cost. recita che: "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta in base alla legge". Con riferimento ai rapporti di cooperazione intersoggettiva (*i.e.* più strettamente civilistici) questa prescrizione svolge un ruolo fondamentale a livello ideologico. Essa, combinandosi con il primo comma dell'art. 3 cost., delinea la rappresentazione che l'attribuzione della titolarità, a favore dei consociati, di diverse situazioni di diritti e di obblighi discende, normalmente, dalla volontà che essi stessi hanno espresso (*c.d.* giustizia retributiva). Soltanto quando ricorrono le superiori esigenze di politica sociale ed economica richiamate dal testo del secondo comma dello stesso art. 3 cost., la legge potrebbe scegliere di attribuire a singoli o categorie di singoli dei sacrifici o

¹⁸ La S.C. ha chiarito di aver acquisito l'idea che la categoria dell'ordine pubblico si riferisca al sistema di tutela dei diritti fondamentali risultante dall'integrazione dei valori costituzionali con quelli predicati dalla Carta di Nizza.

¹⁹ Il rilievo dell'esistenza di un potenziale conflitto tra "una disposizione legislativa che si limitasse a prevedere il potere del giudice di irrogare risarcimenti punitivi" con le prescrizioni degli artt. 23 e 25, comma 2, cost. è sollevato da C. CASTRONOVO, *o.c.*, 331. Aderiscono alla tesi restrittiva, sottolineando, però, che il sindacato d'incostituzionalità/illegittimità sia circoscritto alle sole determinazioni giudiziali di risarcimenti punitivi "atipici" (*i.e.* non espressamente comminati da una specifica disposizione di legge): G. PONZANELLI, *Novità per i danni esemplari*, in *Contr. impr.*, 2015, 1023 s.; C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., pp. 1669 e 1673 ss., e (più di recente) IDEM, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., 263 (la quale riconosce un contrasto soltanto con l'art. 23 cost.); G. MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2648 ss.; A. CIATTI CAIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle corti di common law*, in *Contr. impr. Europa*, 2017, 9 ss. (il quale, oltre al requisito della tipicità, ritiene essenziale anche la rispondenza alla "necessità di protezione di interessi costituzionali"); G. SPOTO, *o.c.*, 497 s.; G. SCARCHILLO, *o.c.*, 321 s.; A. MONTANARI, *o.c.*, 390. *Contra*, ritiene, aprioristicamente, che non vi sia alcun contrasto tra figure di risarcimenti punitivi "atipici" (*i.e.* non riconducibili ad una "espressa norma di legge") a titolo di responsabilità civile e i summenzionati enunciati costituzionali: A. DI MAJO, *o.c.*, 1313. In differente prospettiva metodologica, anche L.E. PERRIELLO, *o.c.*, 449 ss., perviene a (condivisibili) soluzioni ordinatorie informate al canone dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi atipici, desumendole (però) dall'argomento (non della gerarchia dei valori, ma) della compatibilità della clausola generale dell'art. 2043 c.c. con le condizioni richieste dal testo dell'art. 25 cost.

delle utilità, nei confronti della collettività (rapporti amministrativistici) o di altri consociati (rapporti civilistici), indipendentemente dalla loro volontà (c.d. giustizia distributiva). In questo quadro di enunciazioni di sovranità, l'art. 23 cost. assolve il compito di esprimere la scelta di adottare il criterio politologico-economistico della giustizia retributiva come modello-base della ripartizione delle risorse disponibili. In detta prospettiva, si osserva che un simile enunciato serve a legittimare la determinazione della vincolatività di condotte di cooperazione intersoggettiva (prestazioni e spostamenti patrimoniali) soltanto in due casi: se vi sia stata una scelta spontanea degli interessati; se una legge ne abbia valutato l'opportunità per il perseguimento di superiori obiettivi di convivenza civile. Con riferimento a condotte (non di cooperazione, ma) afflittive (*i.e.* tradizionalmente penalistiche) il testo dell'art. 23 Cost. assume la diversa connotazione ideologica (non di favorire la giustizia retributiva, ma) di protezione della persona e del patrimonio dei consociati rispetto agli abusi dei pubblici poteri (*i.e.* un'estensione dell'*habeas corpus* di cui all'art. 13 cost.). Cionondimeno, costante è l'impianto valutativo espresso dalla manifestazione di sovranità: la statuizione della vincolatività di una condotta afflittiva (qual è la prestazione di un risarcimento punitivo) è valutata positivamente soltanto alle seguenti condizioni (alternative): se previamente concordata dagli interessati (*i.e.* non imposta loro, ma voluta da loro); se prescritta da una disposizione di legge specifica.

Una limitazione di maggiore intensità si desume dal testo dell'art. 25, comma 2, cost., secondo il quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge". Il testo circoscrive la valutazione "pregiudiziale" (*i.e.* vincolante i giudici) positiva rispetto alla determinazione precettiva dell'impegnatività di condotte afflittive (compresi i risarcimenti punitivi), subordinandola alla condizione della ricorrenza di ipotesi strettamente tipizzate dalla legge. In particolare, un (pre)giudizio negativo si estende sia ai casi in cui tali condotte siano state programmate dagli interessati senza una copertura legislativa, sia ai casi in cui una simile soluzione ordinatoria sia desumibile soltanto da disposizioni di legge formulate in termini di clausole generali (ad es., l'art. 2043 c.c.)²⁰ o di principio (ad es., art. 2 Cost.). La ragione politica ispiratrice di questo impianto valutativo è, evidentemente, il rafforzamento della garanzia dell'*habeas corpus* di cui all'art. 13 cost. (*i.e.* della protezione della persona dei consociati contro gli abusi dei pubblici poteri), tramite l'estensione della tassatività a qualsiasi punizione, anche non implicante una restrizione della libertà personale, e la fissazione del canone dell'irretroattività delle norme afflittive.

²⁰ Cfr. PERLINGIERI, *Legal principles and values*, cit., 141.

3. – Pur acclarato che la tecnica dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi non tipizzati dal legislatore nazionale, comunemente (*i.e.* nelle epifanie potenzialmente più diffuse), contrasta con talune enunciazioni costituzionali, tuttavia, non ne risulta definitivamente pregiudicata l'applicabilità: la statuizione di danni punitivi atipici risulterebbe adeguatamente legittimata dalla formula della "conformità alla gerarchia dei valori dell'ordinamento", là dove fosse dimostrato che l'interesse del singolo danneggiato converge con la necessità di attuare preminenti obiettivi di politica del diritto. Occorre, a questo punto, approfondire l'analisi degli interessi potenzialmente coinvolti alla luce della gerarchia dei valori assunta dall'ordinamento. In questa prospettiva, tuttavia, non ha rilievo dirimente la verifica della riconducibilità al paradigma dei risarcimenti punitivi di talune tecniche rimediali espressamente prescritte dalla legge (*i.e.* previste da enunciati legislativi strutturati secondo il modello delle disposizioni regolamentari)²¹. Da un lato, infatti, una simile caratterizzazione della vicenda effettuale non ne implicherebbe alcun contrasto con gli artt. 23 e 25, comma 2, cost., i quali esprimono una valutazione negativa esclusivamente per le ipotesi non tipizzate dal legislatore. D'altro lato, la identificazione di figure tipizzate dalla legge non integra alcuna ragione scientifica per escludere o attenuare la riprovazione per le figure atipiche espressa dai suddetti enunciati costituzionali.

Le maggiori epifanie del paradigma dei risarcimenti punitivi legislativamente atipici nella nostra esperienza giuridica sono state: in ambito (strettamente) personalistico, il risarcimento del danno tanatologico *jure hereditatis*²² e il cumulo tra danno e indennizzo per lesione dell'integrità

²¹ Seguendo una diversa impostazione metodologica, insiste su tale verifica A. MONTANARI, *o.c.*, 404 ss. Così, egli si diffonde nell'analisi dei seguenti enunciati legislativi: le disposizioni concernenti il danno da diffamazione a mezzo stampa; quelle applicabili in caso di danno da abuso d'informazione privilegiate o da manipolazione del mercato; l'art. 709 *ter*, commi 2 e 3, c.p.c. circa il danno provocato da gravi inadempienze nell'affido condiviso di minori; l'art. 614 *bis* c.p.c. sulle *astreinte*; l'art. 96, comma 3, c.p.c. riguardante il caso di lite temeraria; le disposizioni concernenti la restituzione dei proventi dell'illecito sfruttamento di un bene oggetto dell'altrui diritto di privativa. A proposito di queste prescrizioni di legge, TRIMARCHI, *o.c.*, 692 ss., esclude che esse possano essere considerate quali epifanie del paradigma dei risarcimenti punitivi nella nostra esperienza giuridica. Diversamente, A. MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, Napoli, 2017, 25 ss., analizza le medesime disposizioni legislative, offrendone una ricostruzione favorevole alla tesi dell'ammissibilità dei risarcimenti punitivi.

²² Circa l'articolata vicenda giurisprudenziale che ha portato all'emersione della questione della risarcibilità del danno tanatologico agli eredi, meritano di essere segnalate, soprattutto: Cass., 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, c. 719, la quale ha "sdoganato" l'argomentazione a favore della formula della risarcibilità;

psico-fisica; in area (anche) patrimoniale, i *punitive damages* comminati da Corti di *common law*.

La regola della risarcibilità del danno tanatologico *jure hereditatis* sottende un ragionamento applicativo, secondo il quale si ricorre al titolo dell'illecito civile per vincolare colui, che abbia provocato la morte altrui, al pagamento di una prestazione pecuniaria. Una simile vicenda utilitaristica è caratterizzata da una scissione tra il (formalmente) titolare del diritto e l'effettivo beneficiario della prestazione. La titolarità della situazione attiva, infatti, è astrattamente riconosciuta al morto, il quale, come è evidente, non è in condizione di trarne alcuna utilità reale. Pertanto, il vero destinatario della somma è identificato nel congiunto/erede. Alla luce di un simile assetto d'interessi, ontologicamente, la prestazione risarcitoria non è preposta a svolgere alcuna funzione compensativa (a differenza dei risarcimenti attribuiti ai congiunti *jure proprio*)²³. Ragionando per esclusione, è facile affermare che nei casi in oggetto il pagamento di una somma di danaro da parte dell'autore dell'illecito assume i connotati di un risarcimento a scopo afflittivo/sanzionatorio. Un simile assunto trova conferma, analizzando gli aspetti sociologici e antropologici del fenomeno. In tale prospettiva, rileva il dato (inconfutabile) che l'inflizione di una diminuzione patrimoniale al danneggiante a vantaggio dei congiunti del morto assume un valore simbolico, il quale soddisfa l'esigenza diffusa che la morte causata dall'imprudenza o negligenza altrui non resti impunita. In questi casi, infatti, l'impossibilità tecnica della comminazione di risarcimenti compensativi porterebbe a svalutare la percezione diffusa dell'antisocialità di condotte incuranti della salvaguardia della vita altrui. D'altra parte, tali soluzioni operative non sembrano nemmeno gravare eccessivamente sulla posizione del colpevole, visto che, normalmente, la prestazione è a carico dell'assicurazione e soltanto surrettiziamente (soprattutto, in ragione dell'aumento dei premi futuri) si ritrasferisce su di lui²⁴.

Acclarata l'ontologica funzione sanzionatoria del risarcimento del danno tanatologico *jure hereditatis*, è opportuno attenzionare gli indicatori di legittimità usati nella prassi per vincolare i giudici ad applicare queste soluzioni ordinatorie. Soprattutto, si può fare riferimento al combinato disposto dell'art. 2 Cost. (essendo il diritto alla vita ricompreso tra "i diritti

Cass., Sez.Un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2690, la quale ha inteso ripristinare la soluzione dell'esclusione del risarcimento *jure hereditatis*.

²³ Cfr. A. VIGLIANISI FERRARO, *È risarcibile iure hereditario il danno da morte o il danno ("biologico irreversibile") da lesioni mortali?*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 623 ss.

²⁴ Data la ricaduta negativa per l'assicurato in termini di aumento dei premi assicurativi, si prospetta il costrutto che il connotato dell'assicurabilità della responsabilità sia compatibile con la funzione punitiva (*contra*, Trimarchi, *o.c.*, 691 s., spec. note 11 e 15).

inviolabili dell'uomo") e l'art. 2043 c.c.²⁵. È facile notare che si tratta di volizioni sovrane strutturate, rispettivamente, in forma di principio e di clausola generale. Per questa ragione (alla luce dell'analisi precedente), si verifica il contrasto della determinazione precettiva della coercibilità del risarcimento punitivo con il testo degli artt. 23 e 25, comma 2, cost. Bisogna notare, tuttavia, che in questi casi essa è deputata ad assolvere un'utilità sociale preminente, in quanto espressione di un'esigenza primaria di civile convivenza in grado di configurare dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 cost. In tal senso, alla luce della gerarchia dei valori assunta dall'ordinamento appare concepibile un allentamento del principio dell'invulnerabilità patrimoniale (oltre che personale) dei consociati (i.e. dell'*habeas corpus* in senso ampio) desumibile dagli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. Un simile bilanciamento consente, in ogni caso, di legittimare la decisione del giudice di concedere il risarcimento del danno tanatologico *jure hereditatis*.

Un discorso simile vale anche rispetto al fenomeno del cumulo tra risarcimento e indennizzo in caso di lesione dell'integrità psico-fisica. In dette circostanze, la statuizione della coercibilità della prestazione risarcitoria si desume dalla combinazione tra la clausola generale della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) e l'artificio della mancata previsione del criterio della *compensatio lucri cum damno*²⁶. Data la corresponsione dell'indennizzo (previdenza sociale²⁷ o assicurazione privata senza surroga²⁸), tuttavia, il risarcimento non assolve la normale funzione compensativa. In questo contesto, pertanto, la prestazione pecuniaria del responsabile assume, essenzialmente, fisionomia sanzionatoria. Ricorrono, pertanto, gli estremi della contrarietà della determinazione del risarcimento

²⁵ Appare superfluo richiamare anche l'art. 2059 c.c., nonostante il fatto integri, normalmente gli estremi del reato di omicidio colposo. Infatti, si considera acquisita l'interpretazione di questo enunciato legislativo, secondo la quale la categoria del "danno non patrimoniale" non si riferisce ai pregiudizi causati alla sfera esistenziale della persona umana (cfr. PERLINGIERI, *L'onnipresente art. 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 523).

²⁶ Si diffonde sugli argomenti a favore dell'operatività, a particolari condizioni, della tecnica della cumulabilità, A. LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Napoli, 2018, 190 ss. Diversamente, per il (definitivo?) consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale propenso a riconoscere la valenza della regola della *compensatio lucri cum damno*, v. Cass., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567, in *Foro it.*, 2018, I, 1900.

²⁷ U. IZZO, *La "giustizia" del beneficio. Fra responsabilità civile e welfare del danneggiato*, Napoli, 2018, 137 ss., prende in considerazione diversi tipi di indennizzi.

²⁸ Circa il costruito della disponibilità della surroga di cui all'art. 1916 c.c., cfr. A. DONATI e G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2016, 161 ss.

al principio di tassatività delle pene di cui all'art. 25 cost., dal quale si potrebbe desumere, in via d'interpretazione adeguatrice, un vincolo per il giudice ad applicare la regola della *compensatio lucri cum damno*. Un diverso ragionamento applicativo, però, si delinea, analizzando l'assetto degli interessi coinvolti alla luce della gerarchia dei valori. In una simile prospettiva, è facile rilevare che anche in questi casi – come in quello del danno tanatologico – il pagamento di una somma di danaro dal responsabile al danneggiato appare necessario per sensibilizzare i consociati all'uso di particolari cautele nel compimento di attività potenzialmente in grado di pregiudicare l'altrui integrità psico-fisica. Altrimenti, la mancanza di un gesto “catartico” (una sorta di riequilibrio karmico) di soddisfazione del danneggiato ad opera dell'autore della condotta imprudente o negligente potrebbe portare alla diffusione tra gli altri consociati di un pericoloso *sentiment* di indistinzione nella percezione sociale dell'antisocialità della condotta²⁹.

In ambito (anche) patrimoniale, l'esplicazione più evidente di risarcimenti punitivi nella nostra esperienza giuridica s'identifica, senz'altro, nelle prestazioni di *punitive damages* ordinate da Autorità giurisdizionali di *common law*³⁰, delle quali sia stata chiesta l'esecuzione forzata in Italia. Alla luce di tali presupposti, è corretto rilevare che si tratta di determinazioni precettive circoscritte al campo del diritto internazionale privato (*rectius* diritto civile transnazionale). La loro (potenziale) estensione agli illeciti patrimoniali si evince, considerando (tra gli altri) il caso *BMW of North America v. Gore*³¹. In questo caso la condanna al pagamento di una somma “esponenziale” rispetto al danno era stata emanata per sanzionare una condotta fraudolenta, la quale era consistita nell'atto di spacciare “per nuova” all'ignaro acquirente un'automobile in realtà danneggiata e restaurata. In simili ipotesi, la transnazionalità della decisione suggerisce l'opportunità di un adeguamento della lettera l'art. 25 cost. Per detta

²⁹ U. Izzo, *o.c.*, 390 s., sottolinea l'esigenza, in questi contesti, di preservare il senso di giustizia della comunità.

³⁰ Sulla genesi storica dell'impianto valutativo dei *punitive damages* nell'esperienza di *common law*, diffusamente, G. SCARCHILLO, *o.c.*, 290 ss.

³¹ Corte Suprema USA, 20 maggio, 1996, *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421, con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi “grossly excessive”*, il quale sottolinea il dato di “come nel caso concreto non si sia verificato alcun danno alla persona: Mr Gore poteva vantare solo un *economic loss*”. Attiene all'area della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, invece, la fattispecie giudicata da Cass., Sez.Un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., la quale si è occupata della vicenda del pagamento di danni punitivi in relazione al caso di una condanna comminata da una Corte della Florida all'impresa italiana produttrice di un casco difettoso a favore del motociclista rimasto gravemente leso in un incidente.

ragione, il parametro, costituito dall'esistenza di un'espressa previsione di legge della condotta illecita, va riferito alla volizione sovrana di un'entità politica equipollente nella diversa esperienza giuridica. In tal modo, operano talune determinazioni precettive, le quali configurano la giustiziabilità di risarcimenti punitivi in mancanza di una specifica disposizione di legge (italiana). A livello ideologico, rileva che sia rispettato (in qualche modo) il principio dell'inviolabilità patrimoniale dei consociati, implicante l'assunzione di una stringente responsabilità politica per l'imposizione, in via eteronoma, di diminuzioni patrimoniali per i consociati³². Dato che la vicenda del pagamento in Italia di risarcimenti esponenziali preposti a sanzionare condotte non tipizzate dal legislatore richiede un sistema delle fonti normative connotate dal potere creativo dell'Autorità giudiziaria, anche una volta ammessa in ambito gius-internazionalprivatistico, essa rimane estranea alle fattispecie "domestiche"³³.

4. – Dalla precedente analisi è emerso il dato che i ragionamenti applicativi, sinora affiorati nella nostra esperienza giuridica in materia di responsabilità extracontrattuale, i quali esprimono una valutazione positiva della statuizione della vincolatività del pagamento di risarcimenti punitivi desunti direttamente da principi, clausole generali o orientamenti giurisprudenziali (*i.e.* concepiti in ipotesi non tipizzate dal legislatore), sono subordinati alla presenza di circostanze alquanto circoscritte (*i.e.* l'uccisione della vittima di illecito civile; la lesione dell'integrità psico-fisica per la quale è predisposta un'indennità; un provvedimento straniero di condanna al pagamento di *punitive damages*). La rottura con la tradizione dogmatica spiega la complessità del loro inquadramento teorico-sistematico. Non si comprende, invece, la reazione di allarme sociale suscitata. La ragione di tali atteggiamenti risulta ancora latente. In tal senso, appare utile osservare che l'estensione delle figure "atipiche" di risarcimenti punitivi (anche) alle condotte lesive di beni patrimoniali è contigua alla tesi dell'applicabilità della statuizione della coercibilità del pagamento di simili prestazioni

³² Il rispetto di un simile principio da parte delle pronunce statunitensi può essere ritenuto (presuntivamente) garantito dalla sentenza della Corte Suprema USA, 7 aprile 2003, *Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Inez Preece Campbell*, 538 U.S. 408 (2003), in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355, con nota di G. PONZANELLI, *La "costituzionalizzazione" dei danni punitive: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, il quale evidenzia il giudizio che un risarcimento punitivo sproporzionato sia contrario all'VIII Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

³³ Similmente, G. SCARCHILLO, *o.c.*, 320, sottolinea che "occorre contestualizzare le conclusioni della pronuncia nell'ambito del diritto internazionale privato".

pecuniarie, anche là dove l'atto illecito presenti i connotati dell'inadempimento (*i.e.* dell'illecito contrattuale)³⁴.

È evidente che la soluzione dell'impegnatività di risarcimenti punitivi "atipici" incontra maggiori ragioni contrarie, qualora se ne prospetti la valenza in materia di responsabilità contrattuale. Affiora la distinzione tra due ipotesi: quella in cui i risarcimenti punitivi siano prescritti direttamente dal giudice; il caso che simili prestazioni pecuniarie siano state previamente programmate dagli interessati. Nella prima eventualità, la determinazione giudiziale della doverosità del pagamento di prestazioni pecuniarie ultracompensative contrasta con le disposizioni degli artt. 1223-1229 c.c., dato che esse circoscrivono l'entità della somma dovuta dal debitore inadempiente all'equivalente dei pregiudizi comunemente subiti (c.d. danno risarcibile). Al cospetto di un previo accordo tra le parti, invece, una simile statuizione risulta contraria all'enunciato dell'art. 1384 c.c., il quale, tramite il riferimento all'interesse, ancora, pur sempre, la prestazione penale al danno effettivo, vale a dire esteso anche ai pregiudizi di natura personale (*i.e.* non patrimoniali e/o indiretti)³⁵. Queste criticità specifiche si aggiungono all'argomento generale che, nell'attuale sistema ordinamentale, la tecnica, consistente nel riconoscere la pretesa del creditore ad una prestazione ultracompensativa in caso d'inadempimento del debitore, contrasta con il requisito di tipicità, il quale è preposto dagli artt. 23 e 25, comma 2, cost. a presidio dell'inviolabilità patrimoniale (oltre che personale) dei consociati³⁶. Dal punto di vista assiologico, infatti, queste tecniche ordinatorie si associano mentalmente alla triste vicenda della carcerazione (più genericamente, punizione) per debiti.

³⁴ *Contra*, TRIMARCHI, *o.c.*, 690, ritiene che il paradigma dei risarcimenti punitivi non si possa declinare nel campo "delle sanzioni pecuniarie stabilite contrattualmente". In vero, una simile preclusione sembrerebbe discendere, essenzialmente, dall'identificazione di tali prescrizioni contrattuali con la clausola penale (la quale, indubbiamente, non può assumere carattere punitivo). Maggiormente articolata (ma, sostanzialmente, analoga) è la ricostruzione offerta da C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., 98: ella, reputando che non sussistano ragioni di ordine sistematico per valutare negativamente la disposizione legislativa di risarcimenti punitivi preordinati a rimediare all'inadempimento (*i.e.* ostacoli alla configurabilità di danni punitivi "tipici" in materia di responsabilità contrattuale), a contrario riafferma la concezione della generale esclusione dell'ammissibilità di prestazioni risarcitorie ultracompensative "atipiche" (*i.e.* in mancanza di un'espressa previsione legislativa).

³⁵ V., *retro*, note 5-8.

³⁶ Nella prospettiva di *Law and Economics*, invece, l'argomento principale, contro l'azionabilità di risarcimenti punitivi a titolo di responsabilità contrattuale, è la teoria dell'"inadempimento efficiente". Approfonditamente, C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., 80 ss.

È opportuno precisare che, nel caso in cui simili prestazioni, pur in mancanza di un'espressa previsione legislativa, fossero previamente convenute dagli interessati, il contrasto si verificherebbe soltanto rispetto alla prescrizione dell'art. 25, comma 2, cost., ma non anche nei confronti dell'art. 23 cost. Una tale considerazione si spiega, rilevando che quest'ultimo enunciato ammette, anche in mancanza di una specifica disposizione di legge, prestazioni, le quali non siano "imposte" (*i.e.* prescritte eteronomamente), ma concordate dagli interessati (*i.e.* volute autonomamente). Pertanto, nel sindacato di legittimità, alla luce della gerarchia dei valori dell'ordinamento, appare opportuno focalizzare l'attenzione sulla determinazione della coercibilità di risarcimenti punitivi in caso d'inadempimento, i quali siano stati previamente pattuiti dagli interessati.

In tale prospettiva, appare chiaro che la semplice funzione di rafforzamento della posizione creditoria non è in grado di legittimare la soluzione della impegnatività di risarcimenti punitivi convenzionali. Un adeguato bilanciamento di tale esigenza socialmente apprezzabile rispetto al valore (superiore) della salvaguardia dell'integrità patrimoniale del debitore appare pienamente demandato alla prestazione programmata dalla clausola penale. In tal senso, depone proprio il dato che la prestazione della clausola penale, a differenza del risarcimento punitivo, pur essendo potenzialmente capace di avere un ammontare superiore al danno risarcibile, può essere ridotta *ex art.* 1384 c.c., se supera il danno effettivo parametrato all'interesse del creditore³⁷.

Approfondendo l'analisi, occorre rilevare che, in particolari contesti, impiegando la formula dei risarcimenti punitivi convenzionali per motivare la determinazione giudiziale della vicenda del pagamento di somme dall'ammontare ultracompensativo, si potrebbero favorire dei preminenti obiettivi di politica del diritto. In particolare, una simile attitudine si esplica, quando l'inadempimento pregiudichi, insieme all'interesse del creditore, una superiore esigenza di civile convivenza³⁸. Emblematico è il caso di un

³⁷ V., *retro*, nota 6. Come si dirà nel prossimo paragrafo, applicando il principio di proporzionalità anche il risarcimento punitivo può essere ridotto, ma a condizioni molto diverse (v., *infra*, note 41–43).

³⁸ Bisogna segnalare che in questa prospettiva non basta il rilievo che sia minacciato un diritto inviolabile dell'uomo (su questo dato, invece, si focalizza la considerazione di F. QUARTA, *o.c.*, 318 ss.). Là dove si concepisca un pieno risarcimento del danno non patrimoniale, una simile prestazione presenta, comunque, natura soddisfattoria per il danneggiato, piuttosto che afflittiva per il danneggiante. Sull'attitudine riparatoria/compensativa del risarcimento (pieno) del danno alla persona, diffusamente, TRIMARCHI, *o.c.*, 700 ss.; *contra*, G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in AA.VV., *Le pene private* a cura di F.D. Busnelli e G.

inadempimento con finalità “discriminatorie”³⁹. Adattando un caso celebre⁴⁰, si potrebbe pensare alla seguente eventualità: un pasticciere s’impegna contrattualmente a fornire una torta per celebrare un’unione civile omosessuale, ovvero una festività musulmana o ebraica, o anche il compleanno di una persona appartenente ad una minoranza etnica, etc.; al momento convenuto per l’adempimento, egli ci ripensa, indotto da motivazioni discriminatorie (magari, per non perdere clienti orientati da ideologie “antisociali”), e preferisce subire le perdite (tutto sommato ridotte, se c’è stato un congruo preavviso) comportate dal risarcimento del danno (compreso quello originariamente imprevedibile di cui all’art. 1225 c.c.), invece che eseguire la prestazione promessa. Altro caso significativo potrebbe essere il seguente: un datore di lavoro s’impegna contrattualmente a predisporre misure straordinarie a tutela della salute dei propri lavoratori; quando riceve il preventivo dei costi, tuttavia, egli ritiene più conveniente affrontare le eventuali pretese risarcitorie e rifiuta di ottemperare alle proprie promesse. Merita di essere considerata, infine, anche questa ipotesi: un editore si obbliga nei confronti di un’organizzazione “di tendenza” a pubblicare scritti ad elevato grado di politicizzazione “antagonistica”; in seguito, calcolando che è meglio rifondere i danni che inimicarsi le forze politiche di maggioranza, rifiuta di effettuare le azioni convenute. Nelle circostanze di cui sopra, la minaccia del pagamento di somme ultracompenso appare opportuna per prevenire la lesione di preminenti interessi a carattere “diffuso”, rispetto ai quali il danneggiato assume un ruolo esponenziale.

In casi come quelli sopra richiamati, appare evidente che l’inadempimento del debitore, pregiudichi, oltre all’interesse del singolo creditore, anche il perseguimento di superiori obiettivi di civile convivenza. Giustificandosi un temperamento del principio di tassatività delle prestazioni afflittive posto dagli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. a garanzia del principio d’inviolabilità patrimoniale (oltre che personale), ne discende la

Scalfi, Milano, 1985, 304 ss., e F. QUARTA, *o.c.*, 377 ss. In questa prospettiva, la vicenda utilitaristica della compensazione appare comunque un rimedio idoneo rispetto alla lesione di un interesse individuale slegato da quello degli altri membri della comunità (ad es., lesione dell’integrità psico-fisica di un singolo). L’evento pratico-economico dell’ultracompenso, piuttosto, risulta opportuno/necessario, quando ci sia bisogno di rimediare all’interesse di un singolo convergente con quello di altri membri della comunità altrimenti indifesi (secondo la dogmatica tradizionale c.d. “interesse diffuso”).

³⁹ Circa l’opportunità d’impiegare la tecnica dei risarcimenti punitivi per sanzionare condotte (illecite) discriminatorie, F. QUARTA, *o.c.*, 385 ss.

⁴⁰ Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others [2018] UKSC, analizzata approfonditamente da L.E. PERRIELLO, *Discrimination Based on Sexual Orientation and Religious Freedom in European Contract Law*, in ILJ, 2018, 2, 639 ss.

legittimità della determinazione operativa dell'impegnatività delle prestazioni pecuniarie ultracompensative (*i.e.* sanzionatorie) previamente concordate tra le parti.

Una volta acquisito il criterio di giudizio della validità, a condizioni particolari, dell'accordo su risarcimenti punitivi in caso d'inadempimento, occorre segnalare un preciso risvolto operativo. Si delinea un ragionamento applicativo per cui, data la differenza tra risarcimenti effettivamente ultracompensativi e prestazione pianificata da una clausola penale, una simile qualificazione è in grado di escludere la statuizione della vicenda della riduzione *ex art.* 1384 c.c. Cionondimeno, come si vedrà nel paragrafo seguente, può in certi casi essere comunque accolta la pretesa del debitore ad una parziale riduzione dell'ammontare di un risarcimento punitivo, ma secondo parametri affatto distinti (e, consequenzialmente, in misura sensibilmente diversa).

Nella prospettiva della funzionalizzazione dei risarcimenti punitivi convenzionali alla realizzazione d'interessi superindividuali, appare opportuno anche applicare il criterio processuale della rilevabilità *ex officio*. In questo senso, la soluzione ordinatoria della condanna al pagamento di prestazioni pecuniarie ultracompensative convenzionali a carico del debitore inadempiente potrebbe operare, anche là dove nel processo sia mancata un'esplicita richiesta da parte del creditore.

5. – Una volta legittimata la statuizione della coercibilità di risarcimenti punitivi atipici, sia in caso d'illecito extracontrattuale che nell'ipotesi d'inadempimento, talune argomentazioni scientifiche si rivelano potenzialmente in grado di motivare la vicenda della diminuzione della prestazione ultracompensativa. Soprattutto, merita di essere considerato l'assunto che essa, pur essendo ontologicamente maggiore del danno (sia quello risarcibile, sia quello effettivo), non può eccedere i limiti desumibili dal principio di proporzionalità di cui all'art. 49, comma 3, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴¹. Un simile canone giustifica la decisione giudiziale della riduzione della prestazione pecuniaria, là dove essa risulti ultronea in considerazione della gravità della colpa del responsabile⁴² e,

⁴¹ L'acquisizione della valenza decisoria di un simile principio rende, oramai, ridondante l'assunto tradizionale, secondo il quale il principio di legalità delle pene di cui all'art. 25, comma 2, cost. si declina (oltre che nella specifica previsione delle condotte illecite) anche nel requisito della rigida calcolabilità delle sanzioni in base a criteri predeterminati, richiamato da C. DE MENECH, *Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi*, cit., 1671 s.

⁴² L.E. PERRIELLO, *o.c.*, 452 ss., il quale ritiene che la valutazione della proporzionalità vada parametrata, essenzialmente, al grado di repressibilità e

soprattutto, dell'importanza dell'obiettivo di politica del diritto pregiudicato dalla condotta illecita/inadempimento. Bisogna sottolineare, però, il dato che entro questi limiti la prestazione ultracompensativa assume, comunque, un ammontare sensibilmente superiore rispetto al valore delle perdite (sia oggettive che soggettive) e dei mancati guadagni riportati dal danneggiato⁴³.

I suddetti eventi pratico-economici sono costanti, ma distinte sono le tecniche processuali per la loro realizzazione. Rileva la distinzione tra risarcimenti punitivi atipici irrogati dal giudice e risarcimenti punitivi atipici convenzionali.

Là dove il contrasto col principio di proporzionalità investe risarcimenti punitivi comminati dal giudice (in sede di responsabilità extracontrattuale), la vicenda della diminuzione discende da un provvedimento emanato in base alla distinzione dei gradi di giudizio (sistema delle impugnazioni giudiziali).

Quando la violazione del principio di proporzionalità sia prospettata da prestazioni ultracompensative convenzionali (*i.e.* in caso d'inadempimento di un preesistente rapporto obbligatorio), l'evento della riduzione è il portato di un provvedimento emanato in ottemperanza ad una patologia contrattuale. In questi casi, infatti, sembra corretta la rappresentazione mentale che il vizio colpisce soltanto quella parte della prestazione pecuniaria ultracompensativa convenuta, la quale eccede la misura adeguata al principio di proporzionalità. Fissato un simile dato, sussistono le condizioni per ricorrere alla formula della nullità parziale *ex art.* 1419 c.c., la quale legittimerebbe la determinazione della coercibilità della sola parte del risarcimento pattuito rispettosa del requisito della proporzionalità. Altrimenti, bisognerebbe ritenere che, ricorrendo i presupposti sintetizzati dalla qualifica della contrarietà della clausola a una norma (di principio) imperativa di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., operi la determinazione della nullità totale della prestazione pattuita. Quest'ultima soluzione ordinatoria, tuttavia, appare in contrasto con l'esigenza di attuare l'utilità sociale, dal perseguimento della quale dipende la giustificazione della prestazione ultracompensativa.

colpevolezza (piuttosto che di antisocialità) della condotta del danneggiante. Su questa linea, v. anche F. BENATTI, *o.c.*, pp. 121 e 350.

⁴³ Anche A. MALOMO, *o.c.*, 48 ss., spec. 56, invoca il principio di proporzionalità per giustificare la determinazione della riduzione dei danni punitivi. Ella, però, ritenendo che una simile vicenda sia orientata, pur sempre, dal rispetto della "esigenza dell'imprescindibile rispondenza tra *quantum damni* e lesione subita" (*i.e.* possa giungere al contenimento della prestazione risarcitoria nei limiti del "danno effettivo"), esautora di qualunque valenza operativa la (qui proposta) distinzione tra danni punitivi convenzionali e clausola penale.

Sul piano assiologico, è bene segnalare che i ragionamenti applicativi preordinati alla vicenda effettuale della riduzione di risarcimenti punitivi sproporzionati assolvono un fondamentale compito di politica del diritto. Bisogna rilevare che la potenziale coercibilità di prestazioni eccessivamente ultracompensative potrebbe indurre gli interessati ad astenersi dall'impegnarsi al compimento di azioni, le quali siano opportune (o necessarie) per la realizzazione di un ordinato sviluppo della convivenza civile. Alla luce di un simile dato sociologico, il limite ricavato dal requisito della proporzionalità dell'ammontare delle prestazioni ultracompensative appare idoneo a scongiurare il rischio di *overdeterrence* rispetto ai consociati interessati⁴⁴.

6. – Sul piano sistematico, gli impianti valutativi sin qui delineati dimostrano un particolare profilo evolutivo del diritto civile pos(t)moderno: rileva il fenomeno dell'impiego di tecniche civilistiche (uno spostamento patrimoniale tra soggetti pariordinati) per la realizzazione di utilità di carattere generale, le quali siano in grado di bilanciare il sacrificio (delle garanzie poste a tutela) del bene dell'inviolabilità patrimoniale dei consociati.

Un simile dato ha generato delle avversità in dottrina, in quanto in esso sono stati ravvisati i caratteri di una generale tendenza alla "pubblicizzazione del diritto privato"⁴⁵. Tale ricostruzione, però, sembra dipendere da un'ipostatizzazione dei concetti in questione. A diversa conclusione si perviene, infatti, procedendo ad un'analisi storicistica. In tal senso, bisogna preliminarmente osservare che la scissione del diritto privato (*rectius* civile) dal diritto pubblico è il portato dell'esigenza di garantire una sfera di autonomia nella distribuzione e gestione delle risorse disponibili⁴⁶. Alla luce di detta premessa, acquista valore dirimente il rilievo che l'assunto dell'ammissibilità di risarcimenti punitivi convenzionali estende l'area dell'impegnatività degli accordi tra gli interessati, piuttosto che limitarla⁴⁷. Per questa ragione, non risulta conferente il ricorso alla metafora della "pubblicizzazione del diritto privato".

⁴⁴ Sul rischio di *overdeterrence*, v. A. MONTANARI, *o.c.*, 447 s.

⁴⁵ A. MONTANARI, *o.c.*, 380.

⁴⁶ A. GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, pp. 785 s. e 792.

⁴⁷ In una simile prospettiva, merita apprezzamento la ricostruzione di M. GRONDONA, *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui "risarcimenti punitivi"*, Napoli, 2017, 149 s., secondo il quale il costruito della funzione sanzionatoria della responsabilità civile riflette la tendenza contemporanea all'espansione della libertà individuale.

Nell'ottica dell'evoluzione dell'esperienza giuridica, occorre notare che il dato della funzionalizzazione delle vicende dei rapporti intersoggettivi alla realizzazione di preminenti obiettivi di politica del diritto è espressione di una generale tendenza, la quale ha la sua massima epifania negli apparati decisori (virtualmente) desumibili dall'introduzione del principio di sussidiarietà "orizzontale"⁴⁸. In tal senso, la determinazione della vincolatività di risarcimenti punitivi convenzionali assume la fisionomia della "civiltà della tutela d'interessi generali", la quale proietta su di essa un giudizio sostanzialmente positivo⁴⁹.

In senso contrario, è stato, di recente, osservato che, concependo la predisposizione di tecniche civilistiche per la tutela d'"interessi diffusi", si verificherebbe un aumento incontrollato del tasso d'incalcolabilità delle decisioni⁵⁰. La ragione è che tali impianti valutativi demandano al decisore il calcolo del "costo sociale complessivo" delle condotte individuali e dei vantaggi sociali degli eventi pratico-economici indotti nei rapporti intersoggettivi. In questo modo, non potendo i costi privati e i costi pubblici della decisione essere "gerarchizzati", la discrezionalità del decisore si trasformerebbe in autentico "arbitrio". Un tale ragionamento risulta, evidentemente, incompatibile con la linea di pensiero, la quale reputa l'esistenza di una netta gerarchia di valori nell'attuale sistema delle fonti con carattere *multilevel*. In vero, condivisibile è l'assunto che l'interesse della collettività non necessariamente prevalga sull'interesse individuale. In particolare, nello Stato personalista i valori esistenziali dell'individuo sono preferiti rispetto agli interessi patrimoniali (anche delle Istituzioni): così, ad esempio, il bene della salute, entro certi termini, può essere preteso anche col sacrificio della contabilità pubblica. Il dato che la gerarchia dei valori non rifletta la distinzione tra interesse pubblico e privato, tuttavia, non implica la sua inesistenza, ma piuttosto che essa sia modulata sul primato del

⁴⁸ Le complessive ragioni del superamento della dialettica "diritto privato/diritto pubblico" sono, assai approfonditamente, enunciate da PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., 138 ss. Sulla progressiva obsolescenza dell'antinomia "diritto privato/diritto pubblico", C. MAZZÙ, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014, 16 ss.

⁴⁹ In tale quadro sistematico, non si condivide l'idea che la tutela d'interessi generali, i quali convergano con interessi individuali, debba essere attuata necessariamente con la tecnica ordinatoria pubblicistica del pagamento di una "sanzione pecuniaria civile [...] a favore dello Stato" (così, invece, TRIMARCHI, *o.c.*, 722).

⁵⁰ A. GAMBARO, *o.c.*, 792 ss., spec. 793.

personalismo e del solidarismo di cui all'art. 2 cost.⁵¹. Una volta scoperto il bilanciamento tra valori sotteso a ciascun ragionamento applicativo, esso diviene pienamente vagliabile in base all'ordine desumibile dalle manifestazioni di sovranità riconosciute dotate di legittimazione politica. Alla luce di queste considerazioni, non risulta condivisibile la teoria che la tutela civilistica di interessi diffusi imponga un'insostenibile compressione del bene della certezza giuridica.

Sgombrato il campo dalle argomentazioni contrarie, appare corretto concludere che l'assunto della configurabilità del paradigma dei risarcimenti punitivi atipici, applicabili, in caso d'inadempimento (*i.e.* nel campo della responsabilità contrattuale), in base ad una previa pattuizione tra gli interessati (*i.e.* di natura convenzionale), sia conforme al sistema attuale del diritto civile. Naturalmente, una simile conclusione discende dalla premessa metodologica di considerare le categorie ordinanti non come ipostasi astoriche, ma entità storicizzate.

Abstract

ON THE OPPORTUNITY OF DISINCTION BETWEEN CONVENTIONAL PUNITIVE DAMAGES AND PENALTY CLAUSE

Dall'analisi degli enunciati costituzionali emerge il potenziale contrasto della tecnica dell'azionabilità di risarcimenti punitivi, in casi non previsti dalla legge, con gli artt. 23 e 25, comma 2, cost. In modo controintuitivo, però, si conclude che il ricorso alla formula della gerarchia dei valori dell'ordinamento legittima l'operatività di una simile soluzione ordinatoria, anche nel campo della responsabilità contrattuale, quando l'interesse del danneggiato/creditore converge con la realizzazione di un prevalente obiettivo di civile convivenza.

From the analysis of the constitutional statements emerges the potential contrast of the technique of the enforceability of punitive compensation, almost unexpected by the law, with Articles 23 and 25, paragraph 2, cost. Controversially, but, if it is concluded that the use of the hierarchy of values formula of the legal system legitimizes the operation of a similar ordering solution, even in the field of contractual liability, when the interest of the injured party / credit converges with the realization of a prevalent objective of civil coexistence.

⁵¹ Sul primato costituzionale dei valori del personalismo e del solidarismo, PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, *passim*, spec. 161 ss.

**LE DISPOSIZIONI EMERGENZIALI IN MATERIA DI RIDUZIONE DEL
CAPITALE SOCIALE, DI SUSSISTENZA DELLA CONTINUITÀ
AZIENDALE AI FINI DELLA REDAZIONE DEL BILANCIO E DI
FINANZIAMENTI DA PARTE DELLA COMPAGINE SOCIALE**

ANDREA LOLLI

Professore associato nell'Università di Ferrara

MARIA GINEVRA PAOLUCCI*

Professore a c. nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le disposizioni temporanee in tema di riduzione del capitale sociale. – 3. La valutazione della continuità aziendale nel periodo dell'emergenza pandemica. – 4. I finanziamenti dei soci ai tempi del Covid-19.

1. – L'attuale situazione di crisi conseguente alla pandemia da Covid19 ha condotto il legislatore a prevedere con il c.d. decreto liquidità, – d.l. 23/2020, conv. con mod. in l. 40/2020¹ –, delle deroghe ai principi del codice civile in ambito societario, nell'ottica, da un lato di neutralizzare temporaneamente gli effetti contabili legati alle perdite da "Coronavirus"² così da non porre gli organi sociali di fronte alla scelta "ricapitalizza o liquida" e, dall'altro lato, di incentivare la partecipazione dei soci al finanziamento della società, derogando alla disciplina della postergazione altrimenti applicabile ai sensi degli art. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., dall'altro lato ancora tali deroghe consentono agli organi sociali di bypassare la spinosa valutazione della sussistenza del *going concern* ai tempi del Coronavirus.

Le deroghe alle norme in tema di perdita del capitale sociale riprendono pressochè testualmente la previsione di cui all'attuale art. 182

* I paragrafi 1 e 3 sono da attribuire a Andrea Lolli; i paragrafi 2 e 4 sono da attribuire a Maria Ginevra Paolucci.

¹ D.l. 8 aprile 2020 n. 23, in G.U. n. 94, dell'8.4.2020, conv. con mod. in l. 5 giugno 2020 n. 40, in G.U. n. 143, del 6.6.2020, recante "Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali".

² V. in generale Assonime, Impatto della pandemia sa Covid-19 sui bilanci delle imprese relativi all'esercizio 2019, n. 5/2020.

sexies l.f., confermata anche dagli artt. 64 e 89 del codice della crisi, la cui entrata in vigore è stata prorogata al 1 settembre 2020³.

La deroga in tema di finanziamenti soci riecheggia soltanto quanto previsto dall'art.182 *quinquies* della legge fallimentare, con la differenza di non poco conto che nel concordato, il debitore può chiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, prededucibili *ex art.* 111, se "un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori" mentre nel caso di specie il – diverso – beneficio dell'esclusione della postergazione viene concesso a prescindere. In questo modo da un punto di vista societario si equiparano le società in crisi che presentato domanda di concordato, alle società che non hanno fatto ricorso ad alcuna procedura concorsuale, ma che si trovano in una situazione, dal punto di vista contabile di crisi. Va detto però che mentre queste norme applicate a società in concordato trovano una loro giustificazione nella circostanza che la società, avendo fatto ricorso ad una procedura concorsuale ha deciso come porsi davanti alla situazione di crisi in cui versa, ragione che giustifica la prededucazione dei finanziamenti contratti, nel caso della deroga di cui agli artt. 6 e 7 e 8 del d.l. 23/2020, il legislatore esime la società dall'applicazione della normativa generale senza che le società abbiano individuato alcuna strada per affrontare la crisi e senza imporre alcuna soluzione.

Sempre nell'ottica di neutralizzare gli effetti della pandemia si pone la previsione di cui all'art. 7 in tema di principi di redazione del bilancio.

Proseguendo il parallelismo con le disposizioni dettate dalla legge fallimentare, si osserva che manca una norma speculare che riguardi la redazione del bilancio per le imprese che hanno optato per la soluzione concordataria. La giurisprudenza peraltro, parte dal presupposto che le società in concordato siano tenute alla redazione del bilancio "Poiché il concordato preventivo, a differenza del fallimento, non comporta la dissoluzione dell'ente, posto che il presupposto oggettivo del concordato è dato dal mero stato di crisi, e non anche dall'irreversibile stato d'insolvenza". In ragione di ciò "diviene rilevante per il socio, tanto da comportare il suo interesse ad agire, sottoporre a controllo giudiziario le iscrizioni delle poste di bilancio"⁴ e dunque si interroga sui criteri da utilizzare per la redazione del bilancio delle società in crisi che abbiano optato per la domanda di concordato. In proposito l'orientamento sembra essere che "il ricorso ai criteri valutativi propri della liquidazione debba

³ Art. 5 d.l. 23/2020, conv. con mod. in l. 40/2020.

⁴ V. Trib. Milano, 28 luglio 2016, in *Ilfallimentarista*, 2017.

avvenire dopo l'avvio della procedura stessa", tenendo però conto che "il rendiconto sulla gestione degli amministratori va comunque compiuto tenendo conto dell'intervenuto scioglimento della società, e, quindi, dei relativi riflessi per la mancanza di prospettiva di continuità aziendale"⁵.

In definitiva per quanto riguarda le società in crisi o in concordato l'orientamento attuale è quello di consentire la redazione del bilancio con criteri di continuità aziendale ovvero liquidatori a seconda del contenuto del piano concordatario.

Se tale interpretazione coglie nel segno, la disciplina di cui all'art. 7 sembra anch'essa ispirata alle stesse finalità, ancora una volta con la differenza sostanziale che la continuità in sede di concordato è garantita dal pagamento con moneta "concordataria" dei creditori della procedura, pagamento che consente un riequilibrio dei flussi finanziari, mentre invece per quanto riguarda le società in crisi all'epoca del Coronavirus è rimessa alla totale discrezionalità degli amministratori.

Indubbiamente, quantomeno sulla carta, queste norme danno agli organi sociali un ampio margine di manovra, sollevandoli dagli obblighi legati alle perdite del capitale sociale, ovvero alla mancanza di continuità aziendale. Resta da capire se questo ampio margine di manovra possa comunque essere fonte di responsabilità da parte degli organi sociali se mal utilizzato.

In ultimo a livello di premessa, si rileva che le predette disposizioni, unitamente a quelle che prevedono finanziamenti agevolati, nonché altre forme di incentivo alle imprese⁶, sono tutte misure volte a favorire la ripresa dell'economia, scongiurando che questa crisi sistemica induca gli imprenditori a un definitivo *lockdown*⁷.

2. – Il fatto che si sia perso il capitale sociale – che in tempi normali impone lo scioglimento della società e la necessità di avere una gestione conservativa e obbliga gli amministratori a non porre in essere nuove operazioni – non dà più luogo all'obbligo di scioglimento della società. Per effetto dell'art. 6 d.l. 23/2020, infatti, risulta sterilizzata la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, co. 1, n. 4 c.c.

Ci si chiede se tale previsione incida o meno anche sulle responsabilità dei vari organi in particolare dell'organo amministrativo e di quello di

⁵ Sempre Trib. Milano 28 luglio 2016.

⁶ La legislazione a supporto delle imprese è racchiusa non soltanto nel d.l. 23/2020, conv. in l. 27/2020, ma anche nel c.d. decreto rilancio, d.l. 19.5.2020, n. 34, in G.U. n. 128, del 19.5.2020, non ancora convertito in legge.

⁷ V. anche VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Società*, 2020, 525 ss.

controllo anche alla luce del “nuovo” 2° comma dell’art. 2086 c.c. richiamato dagli artt. 2257, 2380 *bis*, 2409 *novies* e 2475 c.c.

Sicuramente l’ottica del legislatore è quella di alleggerire la responsabilità degli organi delle società colpite dalla crisi, come si desume anche dai passi della relazione. Nella pratica però non è così certo che tale obiettivo sia effettivamente raggiunto.

La previsione di cui all’art. 6 del decreto non vieta di ridurre il capitale o di sciogliere la società in presenza del verificarsi dei presupposti di cui agli artt. 2446, co. 2, e 2447 e 2482 *bis* co. 4, 5 6 e 2482 *ter* c.c., ma semplicemente non fa discendere da tali presupposti un obbligo in tal senso. Il tutto per il periodo intercorrente “dalla data di entrata in vigore del presente decreto fino alla data del 31.12.2020”. Per quanto riguarda l’elemento temporale preso in esame dalla norma la relazione precisa che “la previsione in esame mira a evitare che la perdita del capitale dovuta alla crisi del COVID 19 e verificatesi negli esercizi chiusi al 31.12.2020”, ponga gli amministratori davanti all’alternativa “ricapitalizza o liquida”, il che significa, in altre parole, che la norma troverà applicazione per lo meno per l’intero primo semestre dell’anno 2021 visto che è in tale periodo che verranno sottoposti ad approvazione i bilanci chiusi al 31.12.2020. Nel caso di bilanci chiusi al 30.6.2021, ad avviso di chi scrive, la norma troverà comunque applicazione con riguardo alle rilevazioni contabili volte a rappresentare gli accadimenti maturati nel secondo semestre del 2020. Quanto al momento iniziale della deroga di cui alla norma, il dettato della disposizione è criptico, affermando che la sospensione opera dal 9.4.2020 e fino alla data del 31.12.2020 “per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data”. Stando alla lettera della norma sembrerebbero doversi ritenere coperte dalla sospensione anche quelle perdite del capitale che si sono verificate nel corso dell’esercizio non ancora chiuso alla data del 9.4.2020, ricomprendendosi quindi, anche situazioni di perdita del capitale che prescindono completamente dalla crisi sistemica dovuta alla pandemia, in palese contrasto con lo spirito della normativa dell’emergenza. A tale interpretazione si oppone però il testo della relazione che fa espresso riferimento alla “perdita di capitale dovuta alla crisi da COVID-19”. Onde evitare che la norma si presti a un utilizzo strumentale, coprendo perdite di capitale pregresse, riteniamo, anche confrontando la norma con il disposto del successivo art. 7, che il *dies a quo* vada riferito alle perdite di capitale verificatesi dal momento in cui è stata dichiarata dall’OMS emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale l’epidemia da COVID-19 e sono state dettate le prime misure a livello nazione collegate all’emergenza, ovvero il 23.2.2020.

Detto ciò, dalla previsione di cui alla norma discendono alcune conseguenze. *In primis*, gli amministratori, anche in virtù del mancato

richiamo all'art. 2446 co. 1, devono comunque necessariamente convocare l'assemblea, sottoponendole una relazione sulla situazione patrimoniale della società con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione, affinché possa decidere quale scelta intraprendere per l'ipotesi in cui il capitale sociale risulti perduto: il che implica un perdurante obbligo di informazione e di controllo da parte degli amministratori e dell'organo di controllo. La perdurante sussistenza di tale obbligo è più che logica per almeno un duplice ordine di ragioni, primo che la sterilizzazione prevista dall'art. 6 in esame non sterilizza anche il divieto di distribuzione degli utili fino a quando le perdite non sono state eliminate, secondo, che non è parimenti congelata la causa di scioglimento della società di cui all'art. 2484, co. 1, n. 6, ovvero lo scioglimento deliberato dall'assemblea.

Potranno gli amministratori essere chiamati a rispondere in caso di loro omissione all'obbligo di informativa all'assemblea? Non ci sembra un'ipotesi così remota, tenuto conto del fatto che adesso non si è ancora in grado di prevedere l'evoluzione di questa crisi.

Inoltre, non ci sembra revocabile in dubbio che nella documentazione sociale debba darsi atto dell'intervenuta perdita del capitale sociale, in misura tale da dare informazione ai terzi di tale circostanza, indubbiamente rilevante nell'ottica della tutela dei loro diritti.

Ma soprattutto non pare conforme agli obblighi di comportamento cui sono tenuti gli organi di gestione e di controllo, tanto più alla luce del nuovo art. 2086 c.c., ipotizzare che gli stessi siano tenuti ad un uguale gestione della società sia che il capitale sia perduto sia che lo stesso non sia stato intaccato per effetto della pandemia. Nel primo caso infatti riteniamo che la situazione economico finanziaria in cui versa la società imponga maggiore prudenza. Se non pare revocabile in dubbio il fatto che per effetto della sospensione di cui alla norma, resti parimenti sterilizzato l'obbligo per gli amministratori, ex art. 2486 c.c.⁸, di gestire la società ai soli fini conservativi, riteniamo opportuno improntare la gestione in un'ottica quantomeno prudenziale, dato che a partire dal 1 gennaio 2021 la sospensione viene meno e allo stato non si è ancora in grado di stabilire se questa crisi sistemica sarà superata.

Resta un vuoto in merito alle conseguenze soprattutto sotto il profilo della responsabilità degli organi di gestione e controllo circa le conseguenze se la società che si è avvalsa della previsione di cui alla norma, non dovesse

⁸ Affermano la sterilizzazione dell'art. 2486 c.c. Galletti, I doveri reattivi dell'imprenditore sotto l'Impero CoVid-19 e l'obbligo di non arrendersi, in *ilFallimentarista*, 2020; D'Attorre, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale sociale ed obblighi degli amministratori di società in crisi*, in *Fall.*, 2020, 597 ss.

poi essere in condizioni di uscire dall'intervenuta perdita del capitale sociale.

3. – L'art. 7 del. d.l. 23/2020 detta una disciplina temporaneamente derogatoria per quanto riguarda l'applicazione dei principi codicistici in tema di redazione del bilancio di esercizio, bilancio di esercizio che, in base all'art. 106, d.l. 17.3.2020, n. 18, conv. con mod. in l. 24.4.2020, n. 27⁹, dovrà essere approvato entro 180 giorni dalla chiusura, anziché gli ordinari 120 giorni.

Questa disposizione prende espressamente in considerazione sia il bilancio relativo all'esercizio 2019 sia quello relativo all'esercizio 2020. Questo appare chiaro dalla circostanza che il primo comma esordisce facendo espresso riferimento al "bilancio di esercizio in corso al 31.12.2020", mentre il secondo comma precisa che le disposizioni di cui al comma 1° si applicano anche "ai bilanci chiusi entro il 23.2.2020 e non ancora approvati".

La deroga di cui alla norma riguarda esclusivamente "la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività di cui all'art. 2423-bis, comma primo, n. 1), del codice civile", ovvero l'applicazione della valutazione nella prospettiva del c.d. *going concern*.

Secondo la normativa emergenziale si presuppone l'esistenza del *going concern*, al fine della valutazione dei cespiti in tale prospettiva "se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23.2.2020". Il comma 2° dello stesso articolo precisa, come già detto, che "le disposizioni di cui al comma primo si applicano anche ai bilancio chiusi entro il 23.2.2020 e non ancora approvati".

⁹ Si segnala che con la legge di conversione del decreto liquidità è stato introdotto all'art. 7 un comma 2-bis, secondo cui "All'art. 106, co. 1, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "E' facoltà delle società cooperative che applicano l'articolo 2540 del codice civile di convocare l'assemblea generale dei soci delegati entro il 30 settembre 2020"".

Non può non criticarsi la collocazione sistematica della norma, non avendo alcun senso nel contesto della disposizione concernente le disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio, tanto più in considerazione del fatto che riguarda soltanto le cooperative che hanno previsto le assemblee separate.

La previsione di consentire alle società cooperative che utilizzano lo strumento delle assemblee separate di allungare i tempi per la convocazione dell'assemblea generale, seppur inserita in un contesto non proprio, va comunque salutata con favore.

Si segnala che sempre con la legge di conversione, tra l'art. 6 e l'art. 7 è stato introdotto un art. 6-bis, rubricato "Disposizioni per il sostegno dei settori alberghiero e termale". Anche in relazione a tale disposizione non può non criticarsi la collocazione.

Occorre premettere che la continuità aziendale costituisce un postulato del bilancio, enunciato non soltanto nell'art. 2423-bis, comma primo n. 1, ma anche nello IAS 1, per le società che redigono i bilanci in base ai principi IAS/IFRS¹⁰ 11. Malgrado la disposizione dell'art. 7 del decreto liquidità faccia espresso riferimento soltanto all'art. 2423, riteniamo che, anche per rispetto del principio della parità di trattamento, la deroga debba operare anche per le società che redigono i bilanci secondo i principi IAS/IFRS¹², anche se indubbiamente non sarebbe dispiaciuta una presa di posizione espressa, almeno in sede di conversione.

Detto ciò, premesso che il *going concern* riguarda la possibilità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni per i 12 mesi successivi alla chiusura dell'esercizio, l'art. 7 stabilisce che il bilancio chiuso al 31.12.2020 potrà essere redatto nella prospettiva della sussistenza della continuità aziendale, nel caso in cui tale continuità fosse ritenuta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23.2.2020, ovvero il bilancio al 31.12.2019.

Va detto che per i bilanci al 31.12.2019, la cui approvazione sarebbe dovuta avvenire entro il 30.4.2020, detta approvazione è slittata al 30.6.2020, ed è proprio per questo motivo, riteniamo, che è stata inserita la sibillina previsione di cui al comma 2°, previsione che pone più di un problema interpretativo.

Infatti, è proprio con riguardo al bilancio chiuso al 31.12.2019 che il criterio del *going concern* rischia di essere compromesso dalla pandemia, dato che la sua sussistenza presuppone che la società sia in grado di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni per tutto il periodo intercorrente tra il 1.1.2020 e il 31.12.2020. Punto nodale è, quindi, l'interpretazione della previsione di cui al 2° comma della norma.

Ci sembra da escludere in radice la tesi, pur da taluni sostenuta¹³, secondo cui per i bilanci chiusi al 31.12.2019, la sussistenza della continuità

¹⁰ Sono tenute alla redazione dei conti annuali e consolidati secondo i principi IAS/IFRS, le società con azioni o altri strumenti finanziari quotati in Italia o in altro stato membro UE o diffusi tra il pubblico in misura rilevante, le banche le società di assicurazione e gli altri intermediari finanziari. Le altre società possono facoltativamente adottare i principi IAS, altrimenti sono tenute a rispettare le norme del codice civile.

¹¹ Il *going concern* è enunciato anche dall'OIC 11, nonché dal principio di revisione n. 570, v. *amplius*, tra i più recenti, IRRERA – FREGONARA, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di IRRERA, *I quaderni di RES* 3/2020, 18 ss.

¹² V. VENTORUZZO, *op. cit.*, 526 s.

¹³ BOZZA, *Valutazione della continuità aziendale "al netto" dell'effetto Covid-19*, in *Eutekene.info*, 8 aprile 2020.

aziendale vada valutata con riferimento al bilancio chiuso al 31.12.2018, dato che, un simile ragionamento condurrebbe ad ignorare tutto ciò che è successo nel 2019, consentendo anche a società in crisi per ragioni estranee alla pandemia di profittare della legislazione dell'emergenza.

Riteniamo invece che il senso della norma sia quello di richiedere agli amministratori di valutare, in relazione al bilancio chiuso al 31.12.2019, la sussistenza o meno di tale requisito cristallizzando la loro valutazione a quanto da loro ritenuto *ante* 23.2.2020 ovverosia ponendosi temporalmente in un momento in cui il COVID-19 non era ancora deflagrato. Così ragionando il senso della norma assume un significato comprensibile consentendo, da un lato, la sterilizzazione degli effetti della pandemia, senza, dall'altro lato, permettere alle imprese che indipendentemente dalla crisi si trovavano in uno stato di perdita della continuità, di profittare della norma.

Sempre con riguardo al bilancio chiuso al 31.12.2019, riteniamo, inoltre, che, se nel corso di tale esercizio gli amministratori ritengono che siano maturate condizioni estranee alla pandemia che fanno presumere il venir meno della continuità aziendale, allora non sussisteranno i presupposti per applicare la deroga di cui alla norma.

Fermo restando quanto sopra con riguardo al bilancio chiuso al 31.12.2019, torniamo a considerare che la deroga si applica *"nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31.12.2020"*. Quindi secondo il dettato della norma gli amministratori, nella redazione del bilancio in corso a tale data, saranno esentati dalla valutazione della sussistenza della continuità aziendale per il periodo dal 1.1.2021 al 31.12.2021, se la sussistenza di tale requisito esisteva secondo la valutazione formulata ante 23.2.2020. Tale previsione sembra, quindi, dare per presupposto che gli effetti della pandemia si propaghino per molto tempo, conformandosi alle previsioni degli esperti e delle principali associazioni di categoria¹⁴.

Vista la ratio della norma, – finalizzata *"a neutralizzare gli effetti devianti dell'attuale crisi economica conservando ai bilanci una concreta e corretta valenza informativa anche nei confronti dei terzi, consentendo alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva nella redazione dei bilanci degli esercizi in corso nel 2020, ed escludendo, quindi, le imprese che, indipendentemente dalla crisi da COVID-19, si trovavano*

Affrontano il problema, VENTORUZZO, *op. cit.*, 529 ss. e riferimenti *ivi* citati; LEGNANI, *Le nuove disposizioni in materia societaria volte a fronteggiare l'emergenza*, in *ilSocietario*, 16 aprile 2020.

¹⁴ V. LOCARNO – ZIZZA, *Previsioni ai tempi del Coronavirus*, Banca d'Italia, note COVID-19, 11 maggio 2020; Centro studi di Confindustria, *Le previsioni per l'Italia. Quali condizioni per la tenuta e il rilancio dell'economia?*, in www.confindustria.it

autonomamente in stato di perdita di continuità”, ci sembra che nel caso in cui il venir meno del *going concern* sussistesse a prescindere dagli effetti della pandemia, la deroga non possa trovare applicazione.

La mancata applicazione del principio del *going concern* dovrà essere bilanciata da un’adeguata informativa resa in sede di bilancio dagli organi di amministrazione e di controllo. Lo stesso testo della norma infatti precisa che “il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa¹⁵ anche mediante richiamo delle risultanze del bilancio precedente”. In buona sostanza gli amministratori dovranno dar conto, a nostro avviso, sia delle criticità affrontate in ragione del COVID-19, sia degli effetti che la pandemia ha avuto sull’attività di impresa, specificando che la sussistenza della continuità aziendale è stata sterilizzata (o meno) applicando l’art. 7 del decreto liquidità. Il mancato rispetto degli obblighi informativi – rammentando che la clausola generale di una rappresentazione veritiera e corretta di cui all’art. 2423 c.c. non è stata oggetto di deroga –, esporrà il bilancio a censure di invalidità e dall’altra parte potrà essere fonte di responsabilità per gli organi sociali.

In ultimo vogliamo ricordare che la valutazione prospettica della capacità dell’impresa di far fronte ad obbligazioni future è disciplinata non soltanto dalle norme sul *going concern* ma anche dall’art. 13 del codice della crisi, non ancora entrato in vigore, che risulta integrato dagli indici predisposti dal CNDCEC, indici tra i quali figura il “DSCR”. Tale indice, come noto, valuta la capacità dell’impresa di far fronte alle proprie obbligazioni con risorse finanziarie idonee nel periodo dei sei mesi successivi. A nostro avviso, ed a prescindere dal fatto che l’entrata in vigore del codice della crisi è slittata al 1.9.2021, fino a quando (il 31.12.2021) è consentita la deroga al *going concern*, deve essere consentita la disapplicazione dell’indice “DSCR”.

4. – La previsione di cui all’art. 8 del decreto liquidità si inserisce nell’ambito dei provvedimenti in tema di finanziamento alle imprese legati all’emergenza COVID 19.

A tal proposito il d.l. 23/2020, rappresenta solo uno dei tasselli che compongono il quadro degli interventi finanziari destinati a sostenere l’economia per mitigare gli effetti del Coronavirus.

Le discussioni e le proposte che stanno maturando in seno all’Unione Europea, gli sgravi fiscali, i finanziamenti a fondo perduto e le altre misure per il sostegno alla liquidità delle imprese, sono tutti elementi che quantomeno sulla carta, dovrebbero offrire un salvagente che consente alle

¹⁵ La norma parla di “nota informativa”, ma è chiaro che il riferimento è alla “nota integrativa”.

imprese di emergere, o quantomeno di sopravvivere, alla crisi. Rispetto a tali provvedimenti, c'è stata una critica unanime, specialmente dal mondo imprenditoriale, ma coinvolgente anche le Autorità di vigilanza, dato che ad oggi nei fatti l'erogazione del denaro promesso procede a rilento e con grande difficoltà. Ancora, i fondi dell'Unione Europea sono soltanto apparentemente già approvati, dato che non rappresentano una realtà attuale, mentre quanto agli sgravi fiscali si tratta di provvedimenti di mera sospensione e, comunque, di incerta applicazione.

L'incertezza legata alle misure assunte dal legislatore a sostegno delle imprese rappresenta un elemento che gli amministratori dovranno valutare nelle assunzioni relative alla prospettiva della continuità aziendale e alla possibilità di superamento della crisi, visto che l'effettiva possibilità di contare su un aiuto esterno agevolato, se non a fondo perduto, finisce per condizionare le decisioni che debbono necessariamente essere assunte, anche in presenza di una disposizione quale quella di cui all'art. 8 del decreto legge 23/2020 che, pur tendendo ad alleggerire la responsabilità dei gestori, non la elimina. Non può del resto non tenersi presente che, ai sensi del nuovo art. 2086, co. 2, c.c., la valutazione della continuità aziendale non è più relegata soltanto alla fine dell'esercizio, quindi al momento di approvazione del bilancio, ma è un obbligo costante, che si riflette sulla responsabilità degli amministratori stessi.

In questo contesto, la possibilità concreta per l'impresa di finanziarsi è legata unicamente all'autofinanziamento e qui interviene la norma in oggetto per consentire ai soci che intendono investire nell'impresa, almeno di non dover subire la postergazione. Onde evitare un abuso dello strumento, la deroga opera soltanto ai finanziamenti prestati tra la data di entrata in vigore del decreto alla data del 31.12.2020.

Per uniformità anche con il dettato dell'art. 7, il legislatore avrebbe potuto prevedere che la deroga anche in tema di finanziamenti operasse a decorrere da quelli prestati dal 23.2.2020, in modo da premiare quei soci che avessero deciso di intervenire personalmente a sostegno della propria società sin dal momento in cui la pandemia ha cominciato a manifestarsi.

La deroga di cui alla norma, sembra non fare distinzione alcuna in relazione al motivo per cui si rende necessario il finanziamento, motivo che potrebbe essere anche del tutto indipendente dal Coronavirus, con la possibilità che lo strumento espressamente previsto per fronteggiare una situazione di emergenza venga utilizzato per finanziamenti che sono generati da necessità del tutto diverse.

Altro problema è quello legato alla restituzione dei finanziamenti: la postergazione, come l'obbligo di restituzione dei finanziamenti se prestati

nell'anno che precede la dichiarazione di fallimento¹⁶, sono legati alla circostanza che il socio, conoscendo la situazione della società è in grado di condizionare l'organo amministrativo a restituire quanto da lui erogato senza avere il rischio che il dissesto della società gli precluda la restituzione di quanto versato.

Al fine di evitare degli abusi, sarebbe opportuno che i finanziamenti dei soci prevedessero un termine di restituzione non rimesso alla mera volontà del socio, per evitare che la situazione, che nella normalità dei casi giustifica la postergazione, consenta al socio un comportamento in palese violazione del principio della *par condicio*, come quello del socio che pretende la restituzione non appena ha sentore di una crisi o di un'insolvenza della società. E ciò anche a tutela della responsabilità degli amministratori che altrimenti si troverebbero sempre sotto la spada di damocle della richiesta di restituzione da parte del socio e, dunque, nell'impossibilità di una pianificazione strategica, tanto più nell'attuale situazione di difficoltà.

THE EMERGENCY PROVISIONS CONCERNING CAPITAL REDUCTION, THE GOING CONCERN ASSUMPTION FOR THE PURPOSE OF DRAWING UP THE BUDGET AND SHAREHOLDERS LOANS

L'articolo esamina le deroghe disposte dal legislatore dell'emergenza alle norme del codice civile in ambito societario, nell'ottica di neutralizzare gli effetti della pandemia da COVID 19.

L'attenzione si focalizza sulle disposizioni temporanee in tema di riduzione del capitale, di valutazione del principio della continuità aziendale in sede di redazione del bilancio e di finanziamenti soci, che, se da un lato mirano a favorire la ripresa economica, scongiurando che l'attuale crisi sistemica conduca alla cessazione definitiva di molte realtà imprenditoriali, dall'altro lato, se non correttamente interpretate, possono prestarsi ad abusi da parte di società che già pre COVID-19 si trovavano in crisi.

Gli Autori tentano di dare una corretta interpretazione al dettato normativo, evidenziando anche le possibili ripercussioni sulla responsabilità degli amministratori.

The Paper analyses the exceptions provided by the emergency legislator to the rules of the Civil Code in the corporate field, with a view to neutralizing the effects of the pandemic by COVID 19.

The focus is on the temporary provisions on capital reduction, on the going concern principle assumption when drawing up the budget, and on shareholder loans, which, while

¹⁶ Va detto che l'art. 383 del codice della crisi, – la cui entrata in vigore è stata differita al 1 settembre 2021, dall'art. 5 d.l. 23/2020 – sopprime al primo comma dell'art. 2467 le parole "e se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito".

aimed at fostering economic recovery, by avoiding that the current systemic crisis leads to the closure of many companies, on the other hand, if not correctly interpreted, they may be open to abuse by companies that were already in crisis before COVID-19.

The Authors try to give a correct interpretation to the temporary provisions, highlighting the possible impact on the directors' liability.

BREVI NOTE SU INADEMPIMENTO E RISOLUZIONE AI TEMPI DELLA PANDEMIA

MARIA NOVELLA BUGETTI

*Professore associato
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. L'incidenza dell'art. 91 d.l. 18/2020 in ordine all'imputabilità dell'inadempimento. – 2. La responsabilità del debitore alla luce del d.l. 18/2020. – 3. L'incidenza delle misure restrittive ai fini dell'applicazione dell'art. 1223 c.c. – 4. I limiti posti all'applicazione di penali o decadenze. – 5. Inadempimento e risoluzione del contratto.

1. – Le misure di contenimento della pandemia sono destinate ad avere un impatto enorme sui rapporti obbligatori e contrattuali (ben oltre i mesi di relativa efficacia). Le misure di contenimento hanno fortemente inciso sull'adempimento di un numero relevantissimo di prestazioni, divenute (definitivamente, parzialmente o temporaneamente) impossibili a causa degli impedimenti ivi contenuti; l'interruzione della produzione, la sospensione delle attività commerciali, la limitazione degli spostamenti hanno reso in molti casi inattuabile il rapporto obbligatorio, cagionando un inadempimento che in sé evoca le regole poste a presidio della patologia dell'obbligazione.

Le difficoltà finanziarie ed economiche conseguenti al fermo delle attività produttive e commerciali pongono in evidenza la necessità di valorizzare l'operatività degli strumenti attuativi della "giustizia contrattuale", allo scopo di declinare il principio *pacta sunt servanda* in ragione delle esigenze di tutela del contraente più colpito da eventi straordinari e imprevedibili sopravvenuti nel corso del rapporto contrattuale¹. Il che scopre talune criticità della disciplina codicistica delle sopravvenienze contrattuali, tradizionalmente così restia a dar spazio alle istanze solidaristiche ed al bilanciamento tra gli interessi individuali con quelli della "comunità". Il legislatore dell'emergenza è intervenuto al riguardo – con una disposizione di carattere per così dire generale, alla quale si affiancano di volta in volta provvedimenti mirati a specifici settori – nell'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (che ha inserito il comma 6-bis all'art.

¹ MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 17 marzo 2020, 3 e ss.; BENDETTI-NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*.

3 del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6)². La citata norma – la quale ridefinisce i limiti della responsabilità del debitore se ed in quanto l’inadempimento derivi dall’osservanza da parte sua delle misure di contenimento adottate dal Governo – sarebbe, secondo una lettura, dettata espressamente per i contratti pubblici (tenuto conto della rubrica *Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall’attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici*), anche se la “*eadem ratio*” imporrebbe di estendere il principio a tutti i contratti, indipendentemente dall’oggetto e dalla natura dei contraenti³.

Pare invece preferibile – anche in considerazione della natura eccezionale del portato del richiamo all’art. 1223 c.c., e dunque di per sé insuscettibile di applicazione analogica, come oltre si dirà – ritenere che la rubrica, così come il testo, della norma sia bipartita, e che il riferimento ai contratti pubblici sia riferita unicamente all’ “anticipazione del prezzo” e non anche ai “ritardi o inadempimenti contrattuali”. Di guisa che il comma 6 *bis* prima parte è da intendersi come riferito a qualsivoglia rapporto contrattuale, anche “privato”.

Ciò posto, leggendo la disposizione alla luce del sistema della responsabilità del debitore per l’inadempimento se ne trae in prima battuta la considerazione per la quale il legislatore dell’emergenza ha con essa inteso esplicitare normativamente che l’osservanza delle misure di contenimento costituisce una causa di “forza maggiore”, riconducibile alla figura del *factum principis*: allorché il debitore sia inibito dalla legge allo svolgimento delle attività finalizzate o strumentali all’adempimento, tale circostanza “è sempre valutata” ai fini della esclusione della responsabilità o ai fini della quantificazione del danno, sia in caso di ritardo sia in caso di omissione dell’adempimento. Per il vero, proprio la riconduzione delle norme restrittive poste dal decreto emergenziale nel novero dei provvedimenti dell’autorità pubblica impeditiva dell’adempimento, induce a ritenere che la norma richiamata espliciti un principio ricavabile dal sistema generale delle obbligazioni e dunque di per sé non costituisca un *quid novi*. Tuttavia in forza del comma 6 *bis* il debitore risulta senz’altro agevolato sul piano probatorio, nel senso che invocando tale norma egli non è tenuto a dar prova della forza maggiore, *sub specie* di *factum principis*, in quanto è la legge stessa che riconosce alle misure contenitive quel carattere di imprevedibilità e

² DI MARCO, *L’esonero da responsabilità contrattuale prevista dall’art. 91, comma 1, del Cura Italia*, in *Quot. giur.*, 10.4.2020.

³ VERZANI, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata la COVID-19*, in *Giustiziavivile.com*, *Approfondimento* del 25 marzo 2020, 4.

straordinarietà che, in mancanza della norma, sarebbe suo onere provare⁴.

Il tenore letterale del comma 6-*bis* induce a ritenere che il giudice, chiamato a valutare la sussistenza della responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. o a quantificare il danno sia tenuto ad un accertamento relativo alla non imputabilità della impossibilità della prestazione o del ritardo nell'adempimento⁵, andando a verificare se tale omissione o ritardo si pongano come conseguenza del rispetto delle misure di contenimento. La legge, invero – e condivisibilmente –, non stabilisce alcun automatismo, imponendo per contro una verifica caso per caso: se, all'esito della "valutazione" il ritardo o l'omissione risulteranno connessi in termini di causa-effetto con il rispetto delle limitazioni imposte dal decreto 18/2020, potrà allora escludersi la responsabilità "ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 c.c. e 1223 c.c.", viceversa no. Al riguardo, e a titolo puramente esemplificativo, può osservarsi quanto segue.

Rimane di principio priva di rilievo l'impossibilità finanziaria del debitore di una somma di denaro; inoltre, a seguito della diffusione dei mezzi di pagamento elettronico risulta difficile ipotizzare una impossibilità di procedere al pagamento in ragione dell'osservanza delle misure di contenimento. Per tale ragione pare comunque difficile invocare la non imputabilità ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 231/2002 dettata in materia di ritardo di pagamento delle transazioni commerciali, giusta il quale "Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto (omissis) *salvo che il debitore dimostri che il ritardo di pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*".

In relazione a prestazioni di fare o consegnare, o che abbiano ad oggetto l'erogazione di servizi, la valutazione della incidenza delle misure di contenimento può senz'altro venire in rilievo, salvo verificare in maniera puntuale se l'inadempimento potesse comunque essere possibile *aliomodo* anche durante la vigenza delle misure restrittive o mediante l'utilizzo di metodi alternativi "a distanza", almeno senza che questo comportasse per il debitore uno sforzo eccessivo. Si dovrà altresì escludere il richiesto nesso di causalità allorché l'impossibilità derivi da una inerzia del debitore rispetto all'adozione di specifiche misure richieste per l'esecuzione della prestazione

⁴ BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto "Cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.

⁵ In generale sull'istituto *ex plurimis* COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Milano, 1955; DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, Milano, 2003; ROLLI, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione imputabile al creditore*, Padova, 2000; CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub artt. 1463–1466, Bologna–Roma, 2002; CAGNASSO, *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989.

ovvero, al contrario, da cautele peculiari derivanti da letture “originali” della normativa emergenziale⁶ o da paventate conseguenze legate alla situazione di emergenza.

All’esito di tale valutazione il giudice può escludere radicalmente la responsabilità del debitore.

Ci si è riferiti fin ad ora al caso – più lineare dal punto di vista delle conseguenze giuridiche – in cui la prestazione sia divenuta *in toto* e definitivamente impossibile a causa dell’osservanza delle prescrizioni governative legate all’emergenza Covid-19, cosicché la relativa obbligazione si è estinta ai sensi dell’art. 1256 c.c.

Diverso il caso, e presumibilmente più frequente, in cui la impossibilità di eseguire la prestazione sia stata solo temporanea, cosicché l’obbligazione è rimasta sospesa – in quanto momentaneamente inibita –, ma ha potuto (o poteva) essere eseguita una volta cessata l’efficacia delle misure di contenimento. In tal caso la valutazione della non imputabilità è riferita al ritardo, di guisa che saranno da escludere per la medesima ragione i danni derivanti al creditore per il ritardo nell’esecuzione della prestazione. Salvo quanto si dirà in tema di risoluzione del contratto, in questo caso il ritardo non è imputabile e l’esecuzione deve intendersi come legittimamente rinviata.

Sulla diversa ipotesi in cui la prestazione non rientri in quelle direttamente impedita dall’osservanza delle misure di contenimento, inidonee dunque ad elidere la responsabilità del debitore, ci si interroga se la situazione di emergenza possa essere comunque considerata ai fini della limitazione o riduzione del *quantum* del risarcimento dovuto (v. *infra* § 2).

Come ulteriore conseguenza della non imputabilità dell’inadempimento – se ed in quanto ricorra la forza maggiore –, deve ritenersi che non sussistano i presupposti per l’operare della mora del debitore. Ai sensi dell’art. 1256, comma 2, c.c., infatti, il debitore finché l’impossibilità perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento; tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a riceverla. Si tratta di una valutazione da compiersi tenuto conto di criteri di “oggettiva ragionevolezza”, anche alla luce delle circostanze del caso concreto, tali da giustificare tanto il rifiuto del creditore di ricevere la prestazione, in considerazione del ritardo – seppur non imputabile – nel riceverla, quanto il rifiuto del debitore di adempiere,

⁶ BENEDETTI, *op. loc. cit.*

considerando dunque definitiva l'impossibilità⁷.

2. – Il comma 6-*bis* afferma che l'osservanza delle misure restrittive è sempre valutata ai sensi dell'art. 1223 c.c., e dunque ai fini della quantificazione del danno. A quest'ultimo riguardo occorre precisare come il comma 6 *bis* introduce una causa tipica di "riduzione del danno", che segue una logica del tutto diversa (*rectius* opposta) rispetto a quelle già previste dal codice civile. Di norma, infatti, il debitore deve risarcire il danno derivante dall'inadempimento – nelle voci del lucro cessante e del danno emergente –, così da lasciare indenne il creditore dalle conseguenze negative dell'inadempimento, tenuto anche conto del criterio della causalità (di modo che il danno sia risarcito solo nella misura in cui sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento), della prevedibilità (poiché è risarcibile il solo danno che poteva essere previsto nel momento in cui è sorta l'obbligazione), del concorso di colpa del creditore (diminuendo dunque il *quantum* nel caso in cui il creditore con fatto colposo abbia contribuito alla produzione del danno), della evitabilità del danno con l'uso dell'ordinaria diligenza (essendo esclusi dall'obbligazione risarcitoria i danni non prevedibili nel tempo in cui l'obbligazione è sorta) e della valutazione equitativa (se il creditore non è in grado di provare l'entità esatta del danno patito). La causa di modulazione del *quantum* risarcitorio introdotto dal comma 6-*bis* risponde dunque ad una *ratio* diversa da quella sottesa ai predetti criteri, discostandosi a ben vedere dal presupposto fondamentale del sistema della responsabilità, *id est* che il risarcimento copra l'intero ammontare del danno. Rispetto a tale principio la disposizione in commento introduce una norma di senso contrario (e dunque eccezionale nel sistema della responsabilità del debitore), secondo la quale una porzione della lesione subita dal creditore in ragione dell'inadempimento può rimanere a carico di questi, in ragione della particolare condizione di limitazione in cui si è trovato ad operare il debitore. Tale disciplina di favore nella quantificazione del danno è applicabile sia in caso di ritardo sia in caso di inadempimento, parziale o totale.

Ci si domanda però quale sia l'esatta portata del richiamo all'art. 1223 c.c. È infatti da escludersi che il richiamo alla norma sulla quantificazione del danno possa avere portata alcuna in riferimento a tutte le ipotesi in cui l'osservanza delle misure restrittive abbia condotto alla radicale

⁷ Cfr. tra le altre Cass. 27 febbraio 2017, n. 4939, la quale ha statuito che "L'impossibilità parziale ha effetto risolutivo solo quando, avuto riguardo all'interesse delle parti, investa l'essenza stessa dell'operazione negoziale, privando il resto, in parte significativa, di utilità o, comunque, mutando significativamente lo scopo perseguito con il negozio, ai sensi degli artt. 1362 ss. c.c.".

impossibilità di eseguire la prestazione o abbia cagionato un ritardo nell'esecuzione. In tali casi, infatti, neppure può discorrersi di responsabilità del debitore e di risarcimento del danno, in quanto l'inadempimento non è imputabile al debitore.

La norma opera invece in relazione ai casi in cui l'inadempimento (per omessa o parziale o tardiva esecuzione della prestazione) non sia dovuto alla forza maggiore di cui al d.l. 18/2020, cosicché possa discorrersi di una responsabilità del debitore. In tal caso l'inadempimento è imputabile e dunque non è esclusa la responsabilità del debitore. A fronte del riconoscimento da parte del giudice della mancanza di requisiti per dichiarare la radicale estinzione dell'obbligazione ai sensi del 1256 c.c. o la non imputabilità del ritardo (estinguendo dunque in radice la responsabilità del debitore), nondimeno, la posizione del debitore inadempiente risulta agevolata, dovendo il giudice *sempre* valutare anche in riferimento all'applicazione delle regole sulla quantificazione del danno "il rispetto delle misure di contenimento". Quanto viene in rilievo – e, lo si ribadisce, in maniera eccezionale rispetto al sistema di regole che governano la responsabilità del debitore – è la necessità di bilanciare l'interesse del creditore a veder risarcita per intero la lesione patrimoniale conseguente all'inadempimento e la tutela della posizione del debitore, non già in ragione di criteri valutativi comunque connessi alla sua posizione, bensì in ragione della "situazione di emergenza" che la abbia resa più gravosa.

Alla luce di quanto osservato, l'operatività della modulazione a vantaggio del debitore delle norme sulla quantificazione del risarcimento può riferirsi al citato caso in cui il ritardo si sia verificato prima della emergenza sanitaria, cosicché le misure di contenimento non hanno di per sé *causato* il ritardo, ma possono – e sempre che sussista il nesso di causalità – aver aggravato la posizione del debitore. Ancora, si pensi all'ipotesi in cui il debitore della prestazione non abbia adempiuto non già in ragione della osservanza delle misure di contenimento, ma preferendo sospendere la produzione di beni o l'erogazione di servizi piuttosto che adeguarsi alle misure di prevenzione fissate dal Governo. Infine, e sempre a titolo esemplificativo, può darsi il caso in cui l'inadempimento (anche solo parziale) sia giustificato da ragioni prudenziali, connesse a rischi collegati all'emergenza sanitaria e alla decretazione d'urgenza (come ad esempio il supposto rischio del collasso dei sistemi informatici).

L'introduzione del criterio di rimodulazione del danno può entrare in conflitto con la regola di cui all'art. 1224 c.c.⁸, giusta il quale il creditore di

⁸ Per un quadro, tra gli altri, BRECCIA, *Le obbligazioni*, in Tratt. Iudica-Zatti, Milano, 1991; INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995; MAZZARESE, *Mora del debitore*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994.

una somma di denaro dal giorno della mora (ma automaticamente nei casi di c.d. mora *ex re* di cui all'art. 1219 c.c.) ha diritto agli interessi moratori, salva naturalmente la prova del maggior danno (art. 1224 comma 2 c.c.). Ciò che viene in rilievo, infatti, è la quantificazione (minima) legale del danno, rappresentata dagli interessi moratori, di per sé suscettibili di essere calcolati in automatico, ed il correttivo *in minus* attuabile però, in mancanza di accordo tra le parti, solo da parte del giudice. Delle due l'una: o si ritiene che la forza maggiore spezzi l'automatismo di cui alla suddetta norma, oppure deve ritenersi che a fronte della richiesta legittima degli interessi moratori da parte del creditore, il debitore non possa che rivolgersi al giudice affinché effettui la richiesta valutazione di rimodulazione degli interessi a vantaggio del debitore, stante il nesso di causalità tra il ritardo ed il rispetto delle misure di contenimento. In verità, tenuto conto che le prestazioni pecuniarie, come ricordato, non diventano mai oggettivamente impossibili, non venendo mai in rilievo l'impotenza finanziaria del debitore come causa di non imputabilità dell'inadempimento, pare necessario concludere che il comma 6 *bis* non solo non rileva in tal caso come esimente per l'omissione o per il ritardo, ma neppure possa in concreto venire in rilievo ai fini della rimodulazione della responsabilità ai sensi della normativa emergenziale. Per la medesima ragione pare di difficile applicazione la suddetta disposizione in riferimento all'art. 3 del d.lgs. 231/2002 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali⁹, giusta il quale il debitore può dimostrare che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile¹⁰.

3. – A corollario della speciale previsione circa la responsabilità del debitore e la quantificazione del danno, un ulteriore inciso del comma 6 *bis* contribuisce a comporre l'arsenale degli strumenti posti a favore del debitore che a causa del rispetto delle misure di contenimento risulti inadempiente;

⁹ Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori, ai sensi degli articoli 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

¹⁰ Giova richiamare la ulteriore possibile ricostruzione secondo la quale se un fatto non imputabile impedisce il pagamento alla scadenza, il debitore nel caso dell'art. 1224 c.c. non deve gli interessi, data la non imputabilità dell'adempimento (secondo l'esimente generale *ex art.* 1218 c.c.), ma li deve, in base al generale principio dell'art. 1282 c.c., allorché, pur non essendo a lui imputabile il ritardo, abbia ugualmente goduto della somma (INZITARI, *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, 246). Se però il fatto non imputabile ha impedito il godimento del denaro, alcun interesse è dovuto.

esso deve infatti essere sempre valutato anche ai fini della esclusione dell'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardi od omessi adempimenti. La norma deve intendersi riferita a decadenze o penali poste a carico del debitore, in quanto pattuite o previste allo scopo di rafforzare la posizione del creditore riducendo il rischio dell'inadempimento. Se invece residua una valutazione di imputabilità in relazione all'inadempimento o al ritardo, allora deve altresì escludersi tale aggiuntiva forma di tutela nei confronti del debitore.

Il riferimento esplicito è alle penali e alle decadenze, ma a ben vedere possono ritenersi parimenti incluse nella portata applicativa della norma in via estensiva la clausola risolutiva espressa, le clausole che prevedano interessi moratori, ecc.¹¹. In relazione alla penale, pare coerente che a fronte della non imputabilità dell'inadempimento neppure sia esigibile la somma di denaro o altra prestazione, convenzionalmente quantificata per evitare di dover determinare, una volta avvenuto l'inadempimento, il *quantum* del danno, con funzione risarcitoria nonché – eventualmente, a seconda di quale ne sia l'ammontare – “punitiva”.

Se l'inadempimento trova causa nell'osservanza delle misure di contenimento, deve ritenersi non operi la caparra confirmatoria, che i paciscenti abbiano convenzionalmente introdotto allo scopo tanto di rafforzare il vincolo contrattuale (dato che in caso di inadempimento di colui che l'ha versata, la somma non deve essere restituita) quanto di assicurare un risarcimento forfettario del danno (dato che in caso di inadempimento della parte che ha ricevuto la caparra, questa sarà tenuta a versare il doppio) (ma sul punto v. anche oltre *sub* § 4).

4. – Allorché il rapporto obbligatorio discenda da un contratto a prestazioni corrispettive, le problematiche anziesposte in relazione al rapporto obbligatorio si intrecciano con quelle relative alla eventuale risoluzione del rapporto contrattuale¹² ed ai conseguenti effetti restitutori e

¹¹ BENEDETTI, *op. loc. cit.*

¹² LUMINOSO, in LUMINOSO, CARNEVALI, COSTANZA, *Della risoluzione per inadempimento*, Bologna-Roma, 1990; PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000; BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001; BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; BIANCA, *Rescissione e risoluzione dei contratti*, Padova, 2003; BORRIONE, *La risoluzione per inadempimento*, Padova, 2004; GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990; MACIOCE, *Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento*, Napoli, 1988; SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2008; TAMPONI, *Risoluzione per inadempimento*, in GABRIELLI (a cura di), *Il contratto in generale*, II, Torino, 1999.

risarcitori¹³.

Occorre al riguardo distinguere due differenti ipotesi: allorché infatti l'inadempimento sia totale e definitivo, nonché connesso all'osservanza delle misure di contenimento, in quanto la prestazione è divenuta impossibile, opera la risoluzione *ex art.* 1463 c.c. Nella diversa ipotesi in cui la prestazione sia divenuta eseguibile una volta cessata l'efficacia delle misure di contenimento, la prestazione è da considerarsi, come osservato, sospesa, cosicché non può ritenersi che il contratto sia risolubile, sempre che sussista l'interesse del creditore a riceverla.

La non imputabilità dell'inadempimento fa sì che possa ritenersi efficace la diffida ad adempiere che il creditore abbia fatto nel tempo di "sospensione" dell'obbligazione allo scopo di ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale. La diffida ad adempiere¹⁴ infatti ha come presupposto l'inadempimento della prestazione imputabile. Ciò non toglie tuttavia che il creditore possa dimostrare di non aver più interesse a ricevere la prestazione tardiva, influenzando il ritardo in concreto sull'utilità derivante dal contratto. Tenuto conto che la risoluzione del contratto allo spirare del termine essenziale si pone come strumento di tutela del creditore – di guisa che egli non si trovi vincolato da un contratto in relazione al quale non ha più alcun interesse – ci si domanda se tale forma di risoluzione possa essere invocata dalla parte creditrice che dimostri che il ritardo nell'esecuzione della prestazione, ancorché non imputabile al debitore se correlato alle misure di contenimento, non già non abbia più alcuna utilità, ma piuttosto una utilità molto ridotta. Si pensi, ad esempio, ad un contratto che abbia ad oggetto la compravendita di capi di abbigliamento per la stagione primaverile, che siano stati consegnati con moltissimo ritardo. Ponendo che il ritardo non sia imputabile, tanto non era possibile risolvere il contratto mediante la diffida durante il periodo di cessazione delle attività di distribuzione, quanto non è invocabile una risoluzione per termine essenziale – almeno nel silenzio del contratto – in quanto manca il presupposto della oggettiva inutilità della prestazione tardiva: la merce, infatti, può comunque essere collocata sul mercato della vendita al dettaglio. È evidente però che ci si attenderanno ricavi molto inferiori a causa della più ridotta finestra temporale di vendita. In casi simili, pare forse più opportuno rivolgersi all'istituto della

¹³ D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529 ss.

¹⁴ ALOISIO, *Diffida ad adempiere*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988; AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942; BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968; DALMARTELLO, *Risoluzione del contratto*, in *Nov. dig. it.*, XVI, Torino, 1969; LOZUPONE, *La diffida ad adempiere*, Milano, 2007; PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008; SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982.

risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, come a breve si dirà.

Mentre il caso di impossibilità definitiva e totale la risoluzione del contratto non pone particolari problemi, nel senso che la parte creditrice non è tenuta alla controprestazione e, nel caso in cui l'abbia già corrisposta, ha diritto di richiederla, nel caso di impossibilità temporanea possono porsi problemi di non poco momento. Infatti, e specie allorché si tratti di contratti di durata, se la prestazione è temporaneamente impossibile l'altra parte è comunque tenuta ad eseguire la controprestazione. È pacifico che l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. possa essere fatta valere anche nel caso in cui l'inadempimento temporaneo non sia imputabile al debitore.

Una ulteriore disposizione in materia di risoluzione del contratto che può trovare applicazione è quella di cui all'art. 1464 c.c., giusta il quale "Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale". La rilevanza del disposto in relazione allo stato emergenziale affiora con chiarezza allorché lo si applichi ai contratti di durata e tra questi, *in primis*, al contratto di locazione di immobili commerciali. In caso di temporanea impossibilità per il conduttore di godere dell'immobile locato è stato evidenziato come il conduttore potrebbe opporre al locatore "non il diritto a restare nella cosa locata senza pagare alcun canone sino alla naturale conclusione del contratto e in attesa del ripristino del rapporto, ma certamente il diritto a una riduzione del canone, che tenga conto della minor utilità che si trova a ritrarre dalla detenzione del bene di una condizione in cui ne è ostacolato il pieno godimento contrattuale"¹⁵. Si badi come, ad avviso di chi scrive, l'invocazione della riduzione del canone di locazione (e relativamente ai mesi di chiusura degli esercizi, salvo poi l'eventuale invocazione della rinegoziazione del canone *pro futuro*) trovi appiglio argomentativo nella norma generale di cui all'art. 1464 c.c., mentre pare priva di rilievo la disposizione speciale contenuta nell'art. 1575 n. 2 c.c., giusta il quale tra le obbligazioni del locatore vi è quella di mantenere la cosa locata in istato da servire all'uso convenuto. È infatti evidente che il *factum principis* esonera il locatore da qualsivoglia responsabilità per il mancato utilizzo del bene, determinato dalla decretazione emergenziale.

Deve ricordarsi peraltro la previsione di cui all'art. 216 comma 3 del d.l. 34/2020 (c.d. decreto rilancio), a norma del quale "La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei

¹⁵ VERZANI, *Effetti sui contratti in corso*, cit., 9 e, in giurisprudenza, Cass, 27 febbraio 2004, n. 3991.

ministri attuativi dei citati decreti, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1467 e 1468, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito". La prima parte della citata disposizioni esplicita un principio ricavabile dal sistema, applicabile a tutte le locazioni commerciali. È invece dubbio se anche la seconda parte della norma abbia portata di carattere generale, in forza di una applicazione analogica o estensiva anche alle locazioni immobiliari commerciali che come palestre o impianti sportivi abbiano subito i provvedimenti di contenimento. In senso positivo milita la considerazione per la quale la quantificazione dimidiata del canone di locazione pare espressione di una regola valevole ogniquale si riscontri il presupposto di cui alla prima parte della norma; di talché, concretandosi tale fattispecie, non pare irragionevole che la ridefinizione *ex post* del canone di locazione avvenga sulla base di tale regola.

Una volta ammesso che possa essere invocata la riduzione del canone in considerazione della sopravvenuta impossibilità parziale del godimento del bene da parte del conduttore esercente l'impresa, ci si domanda se esso possa addirittura azzerarsi¹⁶. Ciò sarebbe radicalmente da escludere non solo e non tanto perché si ipotizza che nella più parte dei casi (e dunque almeno in relazione a questi) il conduttore utilizzi la cosa locata anche solo per conservarvi all'interno le attrezzature o le merci¹⁷, ma altresì in considerazione del fatto che le misure di contenimento intervenute nel corso del rapporto di locazione non alterano in maniera così radicale il rapporto

¹⁶ DOLMETTA, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per "misure di contenimento" pandemico*, ne *ilCaso.it, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 8.: "La compiuta determinazione della misura di riduzione del canone si affida, naturalmente, alla valutazione di tutte le variabili che vengano proposte dalla fattispecie concreta. In questa prospettiva non è da escludere *a priori* l'eventualità che, in certi casi, la riduzione del canone dovuto si spinga – per una o più mensilità – sino a portarlo allo zero".

¹⁷ Sembra aderire a tale conclusione anche un Tribunale di merito, che ha accolto un provvedimento di urgenza inibitorio sollecitato dal conduttore contro il locatore che intendeva incassare assegni bancari versati dal conduttore "a garanzia" del pagamento del canone di affitto, in concreto non versato a causa della chiusura delle attività commerciali determinata dalla pandemia da Covid-19 Trib. Bologna, 15 maggio 2020, in Banca dati Leggi d'Italia Professionale.

sinallagmatico tra prestazione e controprestazione, e a ben vedere l'onerosità del canone (maggiore, se rapportata al calo della produzione o delle vendite) deve intendersi rientrare almeno in parte nel rischio di impresa.

Quanto alla diversa causa di risoluzione del contratto costituita dalla eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione¹⁸, deve precisarsi come essa si fondi su di un aspetto per così dire qualitativo, in quanto a differenza dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione non altera il rapporto di interdipendenza tra la prestazione e la controprestazione, bensì persegue la finalità di mantenere nell'ambito della normalità l'alea dell'aggravio economico della prestazione, salvaguardando la parte da un rischio di eccessiva onerosità economica della prestazione derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio economici¹⁹. Non vi è dubbio che la situazione economica determinata dalla osservanza delle misure restrittive a tutta prima può configurarsi come sopravvenienza rilevante ai fini della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità della prestazione, con conseguente scioglimento del rapporto contrattuale in relazione a tutta una serie di rapporti. Ancora una volta appare significativo l'esempio del canone di locazione di immobile ad uso commerciale, allorché, come pare pressoché inevitabile, gli effetti negativi della pandemia si protrarranno a lungo ed andranno ad incidere sul sistema economico a breve-medio termine. In tale prospettiva il canone concordato prima della pandemia potrebbe rivelarsi per il conduttore "eccessivamente oneroso" alla luce degli eventi eccezionali verificatisi. Mentre tuttavia nel caso di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione il rimedio è per definizione demolitorio, conducendo all'estinzione del rapporto contrattuale, nel caso della eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione il codice apre la strada – alternativa a quella dello scioglimento del rapporto contrattuale – ad un rimedio "manutentivo" del rapporto mediante (volontaria) modifica delle condizioni del contratto, particolarmente apprezzabile come strategia di bilanciamento della posizione delle parti, allo scopo di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale.

La rinegoziazione delle condizioni contrattuali alla luce di eventi successivi che abbiano alterato l'equilibrio originario delle pattuizioni è invero da una parte della dottrina qualificato come un'obbligazione delle parti radicato nel principio di buona fede nell'esecuzione del contratto²⁰. In

¹⁸ GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, ne *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, in *Tratt. Rescigno*, I, 2, II ed., Torino, 2006, 1809.

¹⁹ Così Cass. 25 maggio 2007, n. 12235.

²⁰ BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537 ss.; DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. giur.*, 2000, XI. Si rinvia alla disamina sul punto offerta da SIRENA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in corso di pubblicazione in *Jus*, 2020.

relazione ad alcuni contratti la rideterminazione del contenuto del contratto trova un riscontro normativo puntuale: è il caso del contratto di mutuo (art. 1818 c.c.) e del contratto di appalto (1664 c.c.). Il particolare frangente che si sta attraversando configura come particolarmente opportuna la valorizzazione della rinegoziazione delle condizioni contrattuali – sebbene necessariamente mediati da un accordo delle parti – così da consentire la prosecuzione dei contratti in essere, ma riadattati ai mutati interessi di uno o di entrambi i contraenti.

A ben vedere nella direzione di una rideterminazione (per così dire *ex lege*) del contenuto contrattuale – e non dunque in una logica risolutoria – si è mosso il legislatore dell'emergenza agli artt. 88 e 88-*bis* del d.l. 18/2020, in materia di contratti inerenti allo spettacolo e a viaggi, soggiorni e pacchetti turistici. Allo scopo di proteggere la liquidità delle imprese e di contenere l'importante impatto economico della richiesta di rimborsi a causa della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, il legislatore dell'emergenza ha previsto la conversione in un *voucher* di importo pari a quanto pagato per viaggi o spettacoli di cui il creditore non abbia potuto godere a causa delle misure di contenimento.

Il sistema del *voucher* era stato introdotto con d.l. 2 marzo 2020, n. 9 a tutela dei pacchetti e dei biglietti per i trasporti aerei, navali e ferroviari, di modo che, se il servizio non potesse essere utilizzato per l'osservanza delle misure governative di contenimento, non sorgesse in capo al vettore-professionista l'obbligo di rimborso del prezzo previsto dall'art. 41 del Codice del Turismo in considerazione della risoluzione del contratto. L'articolo 88 *bis* introdotto dalla legge di conversione ha ampliato l'operatività del *voucher*, esteso ora dunque non solo ai contratti di viaggio, ma anche di soggiorno e di pacchetti turistici²¹. Ciò a lumeggiare come l'ordinamento privilegi, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, non già la risoluzione del contratto, ma piuttosto la prosecuzione del rapporto contrattuale ancorché modificato nel suo contenuto *ex lege*.

Abstract

SHORT REMARKS ON BREACH AND TERMINATION AT THE TIME OF PANDEMIC

²¹ Sulla disciplina dei pacchetti turistici v. FINESSI, *La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio* (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1307; DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio* (dir. 2015/2302/Ue) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1121; ID., *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto "pacchetti turistici" nel "codice del turismo"* (d.legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Prima parte), in *Studium iuris*, 2011, 1146.

L'Autore misura l'impatto della legislazione d'emergenza su alcune categorie classiche del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Si prendono in considerazione segnatamente i rapporti allacciati tra l'art. 91 d.l. n. 18/2020 e l'imputabilità dell'inadempimento, la responsabilità del debitore nella prospettiva del medesimo decreto, e l'incidenza delle misure restrittive ai fini dell'applicazione dell'art. 1223 c.c. L'analisi si sposta poi sui limiti dedotti all'applicazione di penali e decadenze, sull'inadempimento e sulla risoluzione del contratto.

The Author examines the emergency legislation impact upon certain classic categories of obligation and contract law. In particular, relationships between art. 91 d.l. 18/2020 and breach of obligation imputability, debtor liability in the aforementioned decree perspective and restrictions measures incidence for art. 1223 c.c. application will be considered. Analysis then shifts on the limits imposed to penalty clauses and forfeitures, alongside breach of contract and termination.

**CONTRATTI DI CARATTERE PERSONALE
E PROCEDURA LIQUIDATORIA:
RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ART. 175 C.C.I.**

ALBERTO VILLA
*Professore associato
nell'Università di Milano-Bicocca*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Contratti di carattere personale e fallimento. –
3. I presupposti applicativi del nuovo art. 175 c.c.i. – 4. La disciplina.

1. – Le procedure concorsuali postulano, per definizione, il confronto con situazioni *dinamiche*. Il quadro fattuale su cui esse incidono è, invero, in costante sviluppo, privo della “staticità dei singoli oggetti che usualmente, nell’azione esecutiva ordinaria, vengono colpiti dal pignoramento”¹. Diventa quindi rilevante considerare, *inter alia*, anche la categoria dei rapporti giuridici pendenti, e dunque, basilariamente, dei contratti che risultano ineseguiti, in tutto o in parte, al momento dell’apertura della procedura.

La recente – ma ancora “aperta” rispetto agli esiti² – rivoluzione normativa intervenuta in relazione alla regolamentazione della crisi d’impresa e dell’insolvenza, concretatasi come noto nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14³, contiene, all’art. 175, una specifica disciplina dedicata ai contratti c.d. *intuitu personae*, connotati dalle caratteristiche soggettive di (almeno) uno dei contraenti. Il comma 2 della norma così definisce i rapporti in questione: “I contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte [...] è stata motivo determinante del consenso”.

La previsione è inserita tra le norme che disciplinano la nuova procedura della liquidazione giudiziale (e, infatti, la parte del contratto, la cui “qualità soggettiva” è rilevante *in subiecta materia*, è, sempre ai sensi dell’art. 175, comma 2, quella “nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale”) e, in particolare, nel novero delle disposizioni dedicate alla regolamentazione degli effetti dell’apertura della procedura liquidatoria “sui

¹ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, 7ª ed., Milano, 2008, 457.

² L’entrata in vigore della riforma è, allo stato, differita al 1° settembre 2021 (v. art. 5, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla l. 5 giugno 2020, n. 40). Rispetto al differimento dell’entrata in vigore del codice, anche in relazione agli ultimi eventi pandemici, si richiamano le riflessioni di RORDORF, *Il codice della crisi e dell’insolvenza in tempi di pandemia*, in *Giustizia insieme*, 8 aprile 2020.

³ “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”.

rapporti giuridici pendenti”, qualificati dall’art. 172, comma 1, c.c.i. – *ad instar* dell’attuale art. 72, comma 1, l. fall. – come i contratti “ancora ineseguit[i]”, ovvero anche “non compiutamente eseguit[i]”, “da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura”⁴.

Oltre al riportato comma 2, definitorio dei contratti *intuitu personae*, l’art. 175 contiene, al comma 1, la disciplina rilevante: “I contratti di carattere personale si sciolgono per effetto dell’apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti, salvo che il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell’altro contraente, manifesti la volontà di subentrarvi, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi”.

L’art. 175 rappresenta una delle disposizioni di nuovo conio introdotte nel codice del 2019. Rispetto al tema dei contratti pendenti, una delle direttive della legge delega (n. 155/2017) era appunto quella di integrare la relativa disciplina “prevedendo lo scioglimento dei contratti aventi carattere personale che non proseguano con il consenso della controparte”⁵. Con le parole la relazione illustrativa del nuovo codice, “per i contratti di carattere personale, e quindi quelli nei quali la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata un motivo determinante, è logico ritenere che non possano *sic et simpliciter* proseguire se alla persona sottoposta alla liquidazione si sostituisce il curatore: si prevede dunque lo scioglimento automatico per effetto della apertura della liquidazione giudiziale a meno che il curatore, con l’autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell’altro contraente,

⁴ È peraltro appena il caso di ricordare che il tema dei rapporti giuridici pendenti ha una rilevanza generale rispetto alle procedure concorsuali *tout court*. In particolare, l’art. 97 del nuovo codice disciplina i “contratti pendenti” in caso di concordato preventivo, rispetto ai quali la disciplina vigente è contenuta nell’art. 169-bis l. fall. (sul quale v. per tutti INZITARI, *Contratti in corso di esecuzione nel concordato: art. 169 bis l.f.*, in questa *Rivista*, 3 dicembre 2012). Merita altresì menzionare l’art. 50 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che disciplina i “contratti in corso” in caso di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza. Per un inquadramento generale della normativa sui contratti pendenti, cfr. CAIAFA e VALERIO, *I rapporti pendenti nel concorso*, in Caiafa, *I rapporti pendenti nel fallimento e nelle soluzioni concordate di crisi*, Roma, 2018, 59 ss.

⁵ Art. 7, 6° comma, l. 155/2017. Sul punto v., da ultimo, DE NOVA, *Arbitrato, contratto, danno*, Torino, 2019, 227, ove il richiamo alle previsioni della legge delega in punto di contratti pendenti; BARANCA, *Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti*, in GIORGETTI (a cura di), *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Commento al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14*, Pisa, 2019, 168: “La legge delega n. 155 del 2017 ha [...] previsto la necessità di integrare la disciplina dei rapporti giuridici pendenti, prevedendo, tra l’altro, lo scioglimento dei contratti aventi carattere personale “che non proseguano con il consenso della controparte””.

manifesti la volontà di subentrarvi in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi”⁶.

2. – La problematica dei contratti *intuitu personae*, e della loro disciplina nell’ambito delle regole dedicate ai contratti pendenti al momento dell’apertura della procedura liquidatoria, non è peraltro nuova.

In particolare, anche nel sistema vigente plurime disposizioni sono ricondotte, avuto riguardo alla relativa *ratio*, all’*intuitus personae*. Possono essere segnalati: l’art. 77, 1° comma, l. fall., ai sensi del quale “la associazione in partecipazione si scioglie per il fallimento dell’associante”; l’art. 78, commi 1 e 2, l. fall., per cui “i contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per il fallimento di una delle parti” e “il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario”⁷; l’art. 81 l. fall., ai sensi del quale, “nel caso di fallimento dell’appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto”⁸. Si tratta di disposizioni

⁶ Occorre infine dare atto che la norma in esame non è stata oggetto del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (“Disposizioni integrative e correttive a norma dell’articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155”), il quale, rispetto al plesso normativo di cui agli artt. artt. 172 ss. c.c.i., è intervenuto soltanto sull’art. 189 (relativo ai “rapporti di lavoro subordinato”).

⁷ Si tratta della norma come riformata nel 2006. La versione originaria della stessa prevedeva soltanto che “i contratti di conto corrente, di mandato e di commissione si sciolgono per il fallimento di una delle parti”.

⁸ Laddove il primo comma della stessa norma prevede invece che “il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all’altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie”. Si tratta della norma come riformata nel 2006. La versione originaria della stessa era la seguente: “Il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, a meno che il curatore, sentito il comitato dei creditori, se è stato nominato, e con l’autorizzazione del giudice delegato, non dichiari di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all’altra parte nel termine di giorni venti dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie. La prosecuzione del rapporto non è consentita nel caso di fallimento dell’appaltatore, quando la considerazione della sua persona è stato un motivo determinante del contratto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche”. Sul punto, cfr. CENSONI, *Gli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 1168: “Quanto al contratto di appalto – a parte la necessità dell’autorizzazione del comitato dei creditori, anziché del giudice delegato e l’aumento da venti a sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento per la comunicazione da parte del curatore di voler subentrare nel

il cui contenuto è usualmente riportato al “carattere fiduciario del rapporto”⁹, alla “non fungibilità della prestazione richiesta”¹⁰, al fatto che il contratto potrebbe presentare “una certa carica di *intuitus personae*”¹¹.

Ancora, e in termini generali, ci si è chiesti se, oltre ai casi espressamente regolati dalla legge, siano individuabili ulteriori fattispecie nella quali la sostituzione del curatore e la prosecuzione del rapporto siano da escludere poiché “la considerazione dell’identità o della qualità dell’originario contraente è stata determinante del contratto”¹², pervenendo ad articolate esemplificazioni e prospettando, rispetto a esse, anche l’applicabilità in via analogica delle previsioni specifiche appena richiamate (per esempio, dell’art. 81, comma 2, rispetto al contratto d’opera¹³, o dell’art.

rapporto – la modifica più rilevante riguarda l’ipotesi che, nel caso di fallimento dell’appaltatore, la considerazione della qualità soggettiva di quest’ultimo sia stata “un motivo determinante del contratto”; infatti, mentre fin qui era stabilito che la prosecuzione di questo non fosse consentita (espressione che l’opinione prevalente, ma non del tutto fondata, interpretava nel senso che il rapporto si sciogliesse automaticamente, anche contro la volontà del committente di proseguirlo), ora è fatto espressamente salvo il caso che il committente intenda proseguire il rapporto medesimo con la curatela fallimentare: ciò che tutela in modo più razionale ed equilibrato gli opposti interessi, rispettando la volontà delle parti”.

⁹ Così, rispetto all’associazione in partecipazione, GUGLIELMUCCI, sub art. 77, in GUGLIELMUCCI et al., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Comm. l. fall. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, 260.

¹⁰ Così, rispetto al mandato nell’ipotesi di fallimento del mandatario, NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4^a ed., Bologna, 2017, 197. In giurisprudenza, rispetto al conto corrente, cfr. Trib. Brindisi, 25 maggio 2009, in *DeJure*: “In caso di fallimento di società, del pagamento eseguito dalla banca in virtù di un preesistente contratto di c/c risponde quest’ultima. Il contratto di c/c, infatti, è fondato sull’*intuitus fiduciae* e si scioglie automaticamente col fallimento del correntista, eventuali pagamenti eseguiti dalla banca per conto del fallito dovranno dunque ritenersi inefficaci”.

¹¹ Così, rispetto all’appalto, PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 491. In giurisprudenza, rispetto all’appalto di opere pubbliche, cfr. Trib. Milano, 17 luglio 2014, in *DeJure*, che ha ritenuto che, “negli appalti di lavori pubblici, la qualità soggettiva dell’appaltatore costituisca sempre un motivo determinante del contratto” e che, pertanto, l’art. 81, 2° comma, “va interpretato nel senso che il rapporto contrattuale si scioglie automaticamente col fallimento dell’impresa affidataria dei lavori”.

¹² GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 8^a ed., Torino, 2017, 138.

¹³ Cfr. TARZIA, *Gli effetti del fallimento sui rapporti pendenti dopo la riforma ed il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2007, 1390: “Una volta ammesso che l’espressione usata dal nuovo art. 72 comma 1 non vada intesa come una delimitazione rigida ed invalicabile dell’eccezione rispetto alla facoltà di scelta del Curatore fra prosecuzione e scioglimento dei rapporti pendenti (ma piuttosto come un’eccezione solo nel *corpus* di quella Sezione), si dovrebbe dare una risposta flessibile anche” all’“interrogativo [...] sulla utilizzabilità, nel nuovo regime, delle applicazioni analogiche che si erano

78 rispetto al *franchising*¹⁴), in una con l'”applicazione della generale regola dell'art. 1180 c.c. sulla possibilità del rifiuto dell'adempimento del terzo da parte del creditore che abbia “interesse che il debitore esegua personalmente la prestazione””¹⁵.

Quello dei contratti colorati dal carattere personale del rapporto è quindi tema di ampio respiro e da sempre rilevante rispetto alla regolamentazione dei rapporti giuridici pendenti al momento dell'apertura della procedura liquidatoria. Purtuttavia, esso è disciplinato da una norma *ad hoc* per la prima volta nel codice del 2019.

3. – Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che, nello stesso codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, continuano a essere contemplate anche disposizioni specifiche che, in relazione a determinati rapporti pendenti, attribuiscono rilievo alla qualità soggettiva di una delle parti¹⁶. In questo

elaborate nel previgente sistema, sotto la spinta della necessità di integrare i vistosi “vuoti” di una normativa lacunosa e frammentaria (oltretutto priva di qualsiasi enunciazione di regole generali) sulla sorte dei contratti pendenti. Va ricordato che, a tal fine, si erano anzitutto ricercate le possibili ragioni della non-proseguibilità dei contratti in corso nel caso di fallimento di uno dei contraenti, e tali ragioni erano state individuate soprattutto nella incompatibilità con inderogabili principi ed esigenze della liquidazione fallimentare, ma anche, talora, con una inderogabile tutela del contraente *in bonis*; dopo di che, la ricerca si era particolarmente rivolta ai contratti affini a quelli di cui era espressamente previsto lo scioglimento *ex lege*”; “si riteneva che [...] anche in sede fallimentare una facoltà di prosecuzione del rapporto in capo al Curatore fosse da escludere se la prestazione dovuta era caratterizzata da un *intuitus personae*; in altri termini, si generalizzava quel che era già previsto in tema di fallimento dell'appaltatore se la sua persona fosse stata determinante per la conclusione del contratto, ritenendo la regola estensibile anche ad altre prestazioni di *facere*, o comunque infungibili, ad es. nel contratto d'opera, nella prestazione d'opera intellettuale, ecc.”.

¹⁴ Cfr. PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 475, ove è richiamata la lettura che evidenzia “la necessità del persistere della fiducia tra concedente e concessionario e fra *franchisor* e *franchisee*, per cui sembrerebbe più coerente adottare il criterio dei contratti *intuitus personae* sancita dall'art. 78, ovvero lo scioglimento automatico, che costituisce tuttora una deroga alla regola generale del 72 di sospensione del contratto”.

¹⁵ TARZIA, *op. cit.*, 1390.

¹⁶ In particolare, ai sensi del nuovo art. 182, 1° comma, c.c.i., “l'associazione in partecipazione si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'associante”; ai sensi del nuovo art. 183, 1° e 2° comma, c.c.i., “i contratti di conto corrente, anche bancario, e di commissione, si sciolgono per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti” e “il contratto di mandato si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del mandatario”; ai sensi del nuovo art. 186, 2° comma, c.c.i., “nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto

scenario, l'art. 175 assurge a norma generale, non riferita a uno specifico tipo contrattuale. E invero, "la Riforma, introducendo la regola dello scioglimento per la categoria dei contratti personali, aggiunge – con il citato art. 175 – una disciplina per categoria contrattuale, e non per tipo"¹⁷. Il quanto tale, l'art. 175 è potenzialmente idoneo a essere applicato a una serie indeterminata di fattispecie, siano esse normate, ovvero anche non normate.

Per quanto concerne la prima ipotesi, e quindi per quanto riguarda il rapporto tra l'art. 175 e le altre previsioni riferibili a determinati contratti, la norma generale potrebbe venire in rilievo rispetto a una previsione concernente un determinato rapporto *intuitu personae*, che, in ragione del suo disposto, sia ritenuta suscettibile di integrazione¹⁸.

Nella seconda ipotesi, e cioè quella di un contratto non normato, l'art. 175 potrebbe "prevalere" anche rispetto all'applicazione della disciplina, anch'essa generale, di cui all'art. 172 c.c.i., qualora si accrediti la lettura secondo la quale presupposto applicativo della regola contenuta oggi nell'art. 72 l. fall. e, con l'entrata in vigore del codice, nell'art. 172, sia anche quello della sua compatibilità con la struttura contrattuale oggetto di scrutinio, con la conseguenza che alcune fattispecie potrebbero essere ritenute, per il loro carattere personale, sottoposte allo scioglimento, e quindi escluse dalla latitudine applicativa dell'art. 172 e, per contro, sottoposte all'art. 175 (si pensi, a titolo di esempio, ai contratti di credito bancario o al contratto d'opera¹⁹).

contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto".

¹⁷ DE NOVA, *op. cit.*, 231.

¹⁸ A titolo meramente esemplificativo, il citato art. 186, 2° comma, prevede, rispetto all'appalto, che, "nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto"; la necessità, per la prosecuzione del rapporto, dell'autorizzazione del comitato dei creditori potrebbe essere mutuata (oltre che dal 1° comma dello stesso art. 186, per cui "il contratto di appalto si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di sessanta giorni dall'apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie") dall'art. 175.

¹⁹ Cfr., rispetto al plesso normativo di cui agli artt. 72 ss., GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 139, nota 37: "Diversa è invece la soluzione comunemente seguita per i contratti nei quali, a fronte della prestazione del contraente *in bonis* sia dovuta la restituzione di somme di danaro: cioè per i contratti di credito. Il problema è stato considerato per lo più con riguardo all'apertura di credito che si ritiene pressoché pacificamente si scioglia per fallimento dell'accreditato"; TARZIA, *op. cit.*, 1390, ove il

Come richiamato in apertura, il comma 2 dell'art. 175 chiarisce in quali casi possa discettarsi di un contratto "di carattere personale", prevedendo che, "ai fini di cui al comma 1", e quindi affinché possa trovare applicazione la relativa disciplina, "i contratti sono di carattere personale quando la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata motivo determinante del consenso". Rilevano quindi la "qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale" e, inoltre, il fatto che tale qualità sia assunta a "motivo determinante del consenso".

Quanto al primo dei divisati presupposti, la peculiare disciplina di cui all'art. 175, comma 1, c.c.i. non concerne l'ipotesi in cui la parte provvista di una particolare qualità soggettiva sia rimasta *in bonis*. Può dunque anzitutto escludersi che, almeno di regola, possano essere ritenute rilevanti eventuali qualità riferibili a quest'ultima²⁰.

Circa poi la "qualità soggettiva" della parte sottoposta a liquidazione, l'*intuitus personae* potrebbe investire l'originario contraente, in primo luogo, in relazione a sue determinate caratteristiche, avuto particolare riguardo a qualifiche o competenze rilevanti rispetto all'esecuzione della prestazione (si potrebbero richiamare in proposito, a titolo esemplificativo, il contratto d'opera, o la subfornitura²¹). Inoltre, "l'*intuitus personae* può investire l'originario contraente quale destinatario della prestazione"²², in relazione a rapporti rispetto ai quali "può sussistere un interesse del contraente *in bonis*, socialmente apprezzabile e giuridicamente rilevante, a non soddisfare gli interessi di un soggetto diverso da quello dell'originario contraente"²³; in quest'ottica, si è osservato che "fra i contratti nei quali il carattere determinante della considerazione della persona dell'originario contraente

richiamo, "sul versante dell'incompatibilità con le caratteristiche e le esigenze della liquidazione fallimentare", dei "contratti di credito bancario" e del "contratto d'opera".

²⁰ Il tutto ferma peraltro la notazione – che non incide su quanto detto nel testo – per cui, rispetto a determinate fattispecie contrattuali, il carattere personale potrebbe essere predicato rispetto a entrambi i contraenti (si pensi per esempio al contratto di *franchising*), sicché l'intervenuta liquidazione giudiziale potrebbe rilevare se aperta nei confronti dell'una come dell'altra parte.

²¹ Cfr. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 138, testo e nota 37, ove è menzionato, tra i "contratti *intuitu personae*", quando cioè la considerazione dell'identità o della qualità dell'originario contraente è stata determinante del contratto, "oltre ai casi espressamente regolati [...] quello del contratto d'opera"; SANZO, *Fallimento e rapporti pendenti*, in SANZO et al., *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, 14, ove il richiamo "alla subfornitura, che presenta o, quanto meno, può presentare, tra i propri caratteri quello dell'*intuitus personae*".

²² GUGLIELMUCCI, *op. ult. cit.*, 139, nota 37.

²³ GUGLIELMUCCI, *Ibidem*.

osta al subentro del curatore può essere [...] fatto rientrare il comodato concesso per ragioni di amicizia o di cortesia"²⁴. Ancora, *l'intuitus personae* potrebbe concernere il rapporto in sé considerato, rispetto al quale venga in ogni caso in rilievo (*i.e.*, anche eventualmente a prescindere da determinate caratteristiche dell'originario contraente) l'elemento fiduciario; in quest'ottica, si sono per esempio evidenziate "la personalità del rapporto e la necessità del persistere della fiducia tra concedente e concessionario e fra *franchisor* e *franchisee*"²⁵.

Venendo al presupposto secondo il quale la qualità della parte nei cui confronti si è aperta la liquidazione giudiziale debba essere stata motivo determinante del consenso, il relativo scrutinio postulerà una verifica delle specifiche caratteristiche del rapporto, i cui esiti saranno fatalmente dipendenti dalle peculiarità della fattispecie. In ogni caso, e ancora a titolo esemplificativo, potrà spaziarsi da situazioni in cui la riconduzione della qualità della parte a motivo determinante del consenso sia in sostanza *in re ipsa* (*ad instar*, per esempio, di quanto si è ritenuto in giurisprudenza per il caso dell'appalto di opere pubbliche²⁶), fino a situazioni in cui occorrerà

²⁴ GUGLIELMUCCI, *Ibidem*. Cfr. anche TARZIA, *op. cit.*, 1390, ove, nell'individuazione di possibili ipotesi di non-proseguibilità dei contratti in corso per esigenze di tutela del contraente *in bonis*, il richiamo ai "contratti gratuiti [...], ove la gratuità appaia giustificata da un particolare rapporto intercorrente fra il contraente *in bonis* ed il fallito, non trasferibile in capo ad altro soggetto (ed in particolare al Curatore), come accade ad es. nel comodato, ove, fra l'altro, proprio quella *ratio* spiega nella disciplina del contratto il divieto di sub-comodato e l'intrasmissibilità del comodato agli eredi del comodatario".

²⁵ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 475.

²⁶ Cfr. Trib. Milano, 17 luglio 2014, cit.: "Ciò che invece è oggetto della presente causa ed è controverso, è l'applicabilità della citata disposizione alla fattispecie in esame, circostanza contestata dal Fallimento opposto in forza dell'art. 81 l. fall., a mente del quale "nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono fatte salve le norme relative al contratto per le opere pubbliche" (comma 2). Tanto premesso, è indubbio che, negli appalti di lavori pubblici, la qualità soggettiva dell'appaltatore costituisca sempre un motivo determinante del contratto, stante la normativa stringente che concerne i requisiti che vengono richiesti all'affidatario degli stessi [...]. Conseguentemente il comma 2 dell'art. 81 l. fall. citato va interpretato nel senso che il rapporto contrattuale si scioglie automaticamente col fallimento dell'impresa affidataria dei lavori e che la clausola di salvezza prevista in favore del committente ("salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto") deve essere coordinata con la disciplina dettata in materia di contratti di appalto per le opere pubbliche"; Trib. Roma, 14 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2002, 1372: "Nel contratto di appalto di opere pubbliche la prosecuzione del rapporto non è consentita in caso di fallimento dell'appaltatore [...]"

valutare le specificità della fattispecie sottoposta all'interprete. Per esempio, rispetto ai contratti bancari non regolati dall'art. 78 l. fall., si è ritenuto che "ogni contratto andrà esaminato nella sua intima essenza, al fine di individuare se si tratta di un contratto in cui l'*intuitus personae* è fondamentale"²⁷, pervenendosi a soluzioni differenziate rispetto a quella, "naturale" per i contratti di carattere personale, dello scioglimento del rapporto²⁸.

Resta ferma, e dovrà essere opportunamente vagliata dagli operatori, la possibilità di introdurre nel testo dello stipulando contratto una specifica disposizione che dia atto del carattere personale dell'accordo. E invero, "le parti ben potranno evidenziare nel contratto (ad esempio nelle premesse) che il motivo determinante del consenso sono state le qualità personali dei contraenti o di uno di essi"²⁹; il tutto con la rilevante conseguenza di concorrere a chiarire che l'apertura della procedura concorsuale dovrebbe dar luogo allo scioglimento del vincolo, orientando così "la sorte del contratto verso il suo scioglimento"³⁰.

4. – In presenza dei presupposti fin qui richiamati, l'art. 175, comma 1, prevede che i contratti "si sciolgono per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale nei confronti di uno dei contraenti". Come anticipato, la regola generale della sospensione – scolpita, oggi, nell'art. 72 l. fall., e, con la riforma, nell'art. 172 c.c.i. – è sostituita da quella dello scioglimento del contratto, il che è conforme con la *ratio* normativa, basata sulla circostanza che il contraente *in bonis* abbia a suo tempo individuato l'altro contraente, poi sottoposto a procedura, considerando la sua qualità soggettiva³¹. Rispetto ai rapporti di carattere personale, la regola diventa

perché trattasi di contratto *intuitu personae*, in cui costituisce motivo determinante la persona dell'appaltatore".

²⁷ PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 483.

²⁸ Cfr. ancora, e sempre a titolo esemplificativo, PAJARDI e PALUCHOWSKI, *op. cit.*, 482 s., ove i rilievi per cui, "per il contratto di servizio relativo alle cassette di sicurezza, altro contratto bancario, si deve ritenere che non si sciolga in caso di fallimento di una delle parti"; "pare coerente che il deposito bancario non si sciolga automaticamente, ma si sospenda e sia il curatore a dover scegliere tra la prosecuzione o lo scioglimento".

²⁹ DE NOVA, *op. cit.*, 231.

³⁰ DE NOVA, *ibidem*.

³¹ Cfr. BARANCA, *op. cit.*, 168: "La *ratio* della previsione è facilmente intuibile se si pensa alla natura stessa del contratto, appunto "personale"; con il subentro di un terzo soggetto (il curatore) all'originaria parte del rapporto, infatti, viene meno il vincolo personale alla cui base gli interessati avevano concluso il rapporto".

quella dello scioglimento del contratto³². La norma parla di apertura della procedura “nei confronti di uno dei contraenti”, ma, coordinando la previsione in esame con quella del comma successivo, dovrà trattarsi della parte la cui “qualità soggettiva” è venuta in rilievo rispetto alla conclusione del contratto³³.

La disposizione fa salva la possibilità che il curatore, “con l’autorizzazione del comitato dei creditori e il consenso dell’altro contraente”, “manifesti la volontà” di subentro nel contratto, “assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi”. Per il subentro, quindi, occorrerà l’autorizzazione del comitato dei creditori, in linea con la generale previsione dell’art. 172, comma 1, c.c.i., che postula tale atto per l’ipotesi della prosecuzione del rapporto (e non già, secondo lettura invalsa e preferibile, per il caso del suo scioglimento). Occorrerà, inoltre, il consenso dell’altro contraente, a tutela del quale è previsto lo scioglimento del contratto, e la cui tutela sarebbe di fatto vanificata qualora il curatore potesse subentrare in seguito a propria, unilaterale, determinazione³⁴. Non essendo previsto un termine per il subentro, e dovendosi ritenere che lo scioglimento operi in via automatica (“i contratti di carattere personale si sciolgono per effetto dell’apertura della procedura di liquidazione giudiziale”, recita l’art. 175³⁵), la manifestazione della volontà di subentro e il consenso dell’altro

³² Cfr. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2019, 137: “I contratti di carattere personale (art. 175) si caratterizzano per la rilevanza determinata della qualità soggettiva della parte nei confronti della quale è aperta la liquidazione giudiziale e, di conseguenza, deve escludersi che possano proseguire se alla persona sottoposta alla liquidazione si sostituisce il curatore. La norma, coerentemente, dispone il loro scioglimento automatico a seguito dell’apertura della liquidazione giudiziale”.

³³ Impregiudicata ovviamente la possibilità che, rispetto a una determinata fattispecie contrattuale, l’*intuitus personae* rilevi in relazione a entrambe le parti.

³⁴ Cfr. SCIUTO, *Il fallimento*, in CIAN (a cura di), *Diritto commerciale*, vol. II, *Diritto della crisi d’impresa*, Torino, 2018, 92, a commento dell’art. 81 l. fall.: “Per la prosecuzione del rapporto potrebbe rendersi necessario anche il consenso del terzo, se questi fosse il committente e la persona dell’appaltatore (cioè del fallito) fosse stata, per lui, un elemento determinante del contratto; l’*intuitus personae*, allora, impedirebbe al curatore di decidere da solo la prosecuzione del contratto”.

³⁵ E cfr. anche la già richiamata relazione illustrativa del nuovo codice: “Per contratti di carattere personale, e quindi quelli nei quali la considerazione della qualità soggettiva della parte nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è stata un motivo determinante, è logico ritenere che non possano *sic et simpliciter* proseguire se alla persona sottoposta alla liquidazione si sostituisce il curatore: si prevede dunque lo scioglimento automatico per effetto della apertura della liquidazione giudiziale”.

contraente opereranno risolutivamente rispetto all'intervenuto scioglimento, determinando la reviviscenza del rapporto contrattuale³⁶.

Quanto agli effetti del subentro, oltre ovviamente all'assunzione, da parte della procedura, di tutti i diritti e gli obblighi contrattuali³⁷, varrà la regola generale per cui, "in caso di prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura", come previsto dal nuovo art. 172, comma 3, c.c.i. E invero, rispetto al tema dei contratti pendenti, la principale direttiva contenuta nella l. 155/2017 era quella di integrare la relativa disciplina "limitando la prededuzione, in ogni caso di prosecuzione o di subentro del curatore, compreso l'esercizio provvisorio e salva diversa previsione normativa, ai soli crediti maturati nel corso della procedura" (art. 7, comma 6, l. 155/2017). L'art. 172, comma 3, ha recepito la direttiva (con previsione mutuata anche nell'art. 211, comma 8, in punto di esercizio dell'impresa³⁸). Come annotato dalla relazione illustrativa del nuovo codice, "la prosecuzione nel contratto comporta la prededucibilità dei soli crediti maturati in corso di procedura, e ciò in ossequio alla prescrizione del legislatore delegante di limitare le ipotesi di prededuzione, al fine di salvaguardare il più possibile le aspettative di soddisfacimento dei creditori".

Occorre infine dare conto che, per l'ipotesi in cui sia disposto l'esercizio dell'impresa del debitore sottoposto a liquidazione, l'art. 175 andrebbe coordinato con l'art. 211, comma 8, c.c.i., il quale prevede che, "durante l'esercizio" dell'impresa, "i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli", *ad instar* di quanto dispone oggi l'art. 104, comma 7, l. fall.³⁹. Ancorché rispetto all'art. 104 l. fall., nel suo rapporto con la disciplina fallimentare dei contratti pendenti, non siano state espresse soluzioni univoche⁴⁰, parrebbe potersi

³⁶ Cfr., rispetto al rapporto tra art. 104, 7° comma, l. fall., sulla prosecuzione dei contratti pendenti in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, e la disciplina generale sui contratti pendenti, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 115: "Per coordinare le norme che considerano il fallimento quale causa automatica di scioglimento di determinati contratti con quella che prevede la prosecuzione dei contratti in caso di esercizio provvisorio, si dovrà considerare l'evento dissolutivo, determinato automaticamente dalla dichiarazione di fallimento senza contestuale disposizione dell'esercizio dell'impresa, risolutivamente condizionato alla eventuale successiva autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa".

³⁷ Cfr. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 138; BARANCA, *op. cit.*, 168.

³⁸ Istituto sul quale si tornerà subito *infra*, nel testo.

³⁹ Per cui "durante l'esercizio provvisorio i contratti pendenti proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderne l'esecuzione o scioglierli".

⁴⁰ Cfr. per esempio NIGRO e VATTERMOLI, *op. cit.*, 204 e GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 115, diversamente orientati rispetto alla questione se, in caso di esercizio provvisorio dell'impresa, siano derogati, oltre all'art. 72 l. fall., anche le

mutuare, vieppiù di fronte al nuovo art. 175, la lettura secondo la quale l'art. 104 "si pone come eccezione, deve ritenersi, al solo art. 72, con la conseguenza che è la regola generale che cambia, non già la disciplina specifica dei singoli contratti contenuta negli artt. 72-bis ss. Alcune di queste norme, infatti, esprimono [...] una preventiva valutazione, *ex lege*, di incompatibilità di determinati contratti con la funzione e/o la struttura del fallimento"⁴¹. Nella sistematica del nuovo codice, l'art. 175 introduce un'innovativa "preventiva valutazione" di carattere generale rispetto a tutti i contratti a carattere personale, prevedendone lo scioglimento, e sembrerebbe coerente con tale innovazione la prevalenza della stessa rispetto alla regola della prosecuzione del contratto in caso di esercizio dell'impresa. Del resto, l'art. 175 postula, per il subentro del curatore, il "consenso dell'altro contraente", che non pare possa essere bypassato senza minare *ab imis* la stessa *ratio* della norma sui rapporti *intuitu personae*. La regola dello scioglimento del contratto pare quindi suscettibile di applicazione anche in caso di esercizio dell'impresa in costanza di liquidazione.

Abstract

norme che prevedono lo scioglimento del rapporto. Sul tema cfr. anche, prima della riforma del 2006, SANDULLI, *Esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali e rapporti pendenti*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 208: "Si pone, a questo punto, il problema se la disciplina legale dei rapporti giuridici preesistenti nel fallimento subisca una qualche automatica modificazione, quando venga disposta la continuazione dell'esercizio dell'impresa (in via provvisoria, o successivamente). La legge al riguardo tace. L'opinione assolutamente prevalente è nel senso che tale disciplina sotto il profilo sostanziale non subisca alcuna modificazione [...]: cioè, non è ritenuto possibile che la posizione contrattuale del terzo contraente *in bonis* possa subire ulteriori condizionamenti oltre quelli già previsti dagli artt. 72 ss. l. fall. Che l'esercizio provvisorio temporaneamente disposto dal Tribunale nell'immediatezza della dichiarazione di fallimento possa pregiudicare i diritti dei creditori concorsuali, non può esser posto in dubbio; ciò in forza del combinato disposto degli artt. 90, 1° comma e 111, 1° comma, n. 1 l. fall. Cosa accade per il terzo contraente nel rapporto pendente? Una risposta tranquillante, ma non del tutto appagante sarebbe quella secondo cui sotto il profilo del rapporto obbligatorio nulla è innovato rispetto alle norme previste in via generale per il fallimento (art. 72 l. fall.). Nutro, peraltro, una qualche insoddisfazione rispetto a tale soluzione, che nella sostanza provocherebbe una contraddizione tra l'esigenza riconosciuta dal Tribunale (e già prima dal Giudice Delegato in sede di apposizione dei sigilli) di proseguire l'esercizio dell'impresa al fine di evitare un danno grave ed irreparabile (di rilevanza collettiva), e le disposizioni che prevedono in via generale lo scioglimento di taluni rapporti".

⁴¹ NIGRO e VATTERMOLI, *op. loc. cit.* Diversamente orientato, GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., 115, ove il rilievo per cui, in caso di esercizio dell'impresa, è "esclusa l'applicazione della norma generale che prevede la sospensione automatica dei contratti, oltre che delle norme che prevedono lo scioglimento *ex lege* di determinati contratti".

**"INTUITU PERSONAE" AGREEMENTS AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS:
REMARKS ON ARTICLE 175 ON THE NEW INSOLVENCY CODE**

L'Autore esamina l'art. 175 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, relativo ai contratti "intuitu personae", evidenziando le differenze della nuova disciplina rispetto a quella ricavabile dalla legge fallimentare. In particolare, sono analizzati i presupposti applicativi dell'art. 175 e le regole ivi contenute.

The Author analyses the art. 175 of the new bankruptcy code regulating the "intuitu personae" contracts, underlining the differences with the regulation provided by the bankruptcy law of 1942. In particular, the paper deals with the conditions for the application of the art. 175 and the rules set in the provision.

IL DIVIETO DI DISTRIBUZIONE DEGLI UTILI NELLE SOCIETÀ SPORTIVE DILETTANTISTICHE E LE SUE PRINCIPALI IMPLICAZIONI

FRANCESCO CAMILLETTI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. La disciplina nazionale vigente delle società sportive dilettantistiche. – 2. Il divieto di lucro oggettivo e soggettivo. – 3. Affitto di ramo di azienda da società a responsabilità limitata a SSD. – 4. La cessione delle quote societarie della società sportiva dilettantistica e le conseguenze del suo scioglimento.

1. – Il nostro ordinamento ammette tre possibili forme giuridiche per l'esercizio di attività sportive dilettantistiche riconosciute dal Coni: le associazioni sportive prive di personalità giuridica, le associazioni sportive con personalità giuridica di diritto privato e, infine, le società sportive dilettantistiche (di seguito anche 'SSD') strutturate o come società di capitali o come società cooperative¹.

In relazione a tutte queste tipologie societarie e associative la legge espressamente esclude il fine di lucro oggettivo e soggettivo, disponendo che tanto lo statuto delle associazioni sportive dilettantistiche, quanto quello delle società sportive dilettantistiche deve prevedere l'assenza di un fine di lucro (cd. lucro oggettivo) e il divieto di distribuzione dei proventi dell'attività tra gli associati/soci (cd. lucro soggettivo), anche in forma indiretta; così differenziando in modo sostanziale la disciplina di tali enti da quella delle società sportive professionistiche ove la distribuzione degli utili è ammessa, con l'unico limite, di cui all'art. 10, comma 3, della legge 23 marzo 1981, n. 91, come modificato dall'art. 4, comma 1, del D.L. 20 settembre 1996, n. 485, costituito dall'obbligo di destinare almeno il 10%

¹ Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 90, comma 17: *"Le società e associazioni sportive dilettantistiche devono indicare nella denominazione sociale la finalità sportiva e la ragione o la denominazione sociale dilettantistica e possono assumere una delle seguenti forme:*

a) associazione sportiva priva di personalità giuridica disciplinata dagli articoli 36 e seguenti del codice civile;

b) associazione sportiva con personalità giuridica di diritto privato ai sensi del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361;

c) società sportiva di capitali o cooperativa costituita secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono le finalità di lucro".

dell'utile conseguito a scuole giovanili di addestramento e formazione tecnico-sportiva.

Un'inversione di tendenza è stata realizzata con l'intervento normativo di cui all'art. 1, commi da 353 a 360 della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), con il quale è stata riconosciuta, per la prima volta nel nostro ordinamento, la possibilità di svolgere attività sportiva dilettantistica mediante società sportive dilettantistiche lucrative (SSDL), aventi non solo la forma di società di capitali, ma anche di società di persone, senza alcun limite di lucro soggettivo e oggettivo.

La normativa *de qua*, dalla indubbia portata innovativa e con l'obiettivo sia di stimolare e favorire la crescita del settore sportivo dilettantistico, sia di consentire per la prima volta un importante prelievo fiscale anche sull'attività istituzionale delle società sportive dilettantistiche², ha avuto però una breve durata; e infatti, è stata sin da subito abrogata dal d. l. 12 luglio 2018, n. 87 (cd. Decreto Dignità), convertito in legge 9 agosto 2018, n. 96, che ha nuovamente affermato il principio secondo cui le società sportive dilettantistiche non possono essere connotate né da un lucro oggettivo né da un lucro soggettivo, confermando di conseguenza l'applicazione della precedente normativa. Conseguentemente, sulla base della disciplina legislativa vigente, lo scopo di lucro può connotare solo le società sportive professionistiche ma non anche quelle dilettantistiche, le quali possono essere organizzate esclusivamente in forma associativa o come società di capitali o cooperative e non più come società di persone. Una scelta legislativa, quest'ultima, che ha lasciato irrisolto il problema delle società sportive dilettantistiche già costituite e/o oggetto di trasformazione³, ed ha riproposto il 'peccato originale' che aveva connotato l'iniziale normativa sulla disciplina dello sport professionistico⁴, ossia la previsione di una società di capitali impossibilitata, in deroga a quanto previsto dall'art. 2247 cod. civ., a conseguire e dividere gli utili, con ciò 'mutilando' la causa di tale contratto associativo costituito proprio dallo scopo, comune a tutti i soci, di

² Cfr. Relazione illustrativa al disegno di legge di bilancio integrato 2018, A.S. n. 2960.

³ Cfr. M.R. DE RITIS, *Riforma del terzo settore e attuali assetti societari delle imprese sportive: propositi e spropositi del legislatore*, in *Gius. civ.*, fasc. 3, 1° marzo 2018, 763.

⁴ Già con riferimento alle società sportive professionistiche, infatti, la dottrina si chiedeva se potessero o meno qualificarsi come delle vere e proprie società; si vedano sul tema, in particolare, G. VOLPE PUTZOLU, *Oggetto sociale ed esercizio dell'impresa nelle società sportive*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 333; G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151; M. T. CIRENELI, *Le associazioni sportive società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, 467.

dividere gli utili conseguiti dallo svolgimento dell'attività sociale⁵; peccato originale poi sanato essendosi, come si è già evidenziato, successivamente ammesso lo scopo lucrativo.

Ne consegue, quindi, che nelle società sportive dilettantistiche la causa in concreto del contratto associativo non va individuata nella preclusa distribuzione degli utili, bensì nell'esercizio in sé dell'attività sportiva, con una evidente sovrapposizione dell'oggetto sociale con lo scopo soggettivo comune degli associati.

È chiaro che la tendenza legislativa è quella di utilizzare le società come degli schemi organizzativi neutri, in grado di essere destinati allo svolgimento tanto di attività lucrativa, quanto di attività non lucrativa; ma non può non ritenersi che una tale scelta susciti quantomeno confusione, in quanto si è in presenza di società alle quali, in forza del menzionato divieto di distribuzione degli utili, sono precluse molte delle principali attività societarie previste dalla disciplina civilistica. Si pensi, all'emissione di azioni di risparmio, azioni di godimento, azioni privilegiate nella distribuzione degli utili, all'attribuzione a favore di alcuni soci di particolari diritti, riguardanti la distribuzione degli utili, ai sensi dell'art. 2468, comma 3 o, ancora, alla possibilità di quotarsi in borsa⁶, nonché inapplicabilità del divieto di patto leonino, per essere i soci *ex lege* esclusi dalla partecipazione agli utili.

In proposito si sottolinea che le società sportive dilettantistiche si costituiscono con le modalità previste dal codice civile per le società di capitali e per le cooperative, con il rispetto tuttavia di alcune disposizioni speciali dettate, in particolare, dall'art. 90 della legge n. 289 del 2002 (*'Disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica'*) secondo cui lo statuto societario deve espressamente indicare:

- "a) la denominazione;*
- b) l'oggetto sociale con riferimento all'organizzazione di attività sportive dilettantistiche, compresa l'attività didattica;*
- c) l'attribuzione della rappresentanza legale dell'associazione;*
- d) l'assenza di fini di lucro e la previsione che i proventi delle attività non possono, in nessun caso, essere divisi fra gli associati, anche in forme indirette;*
- e) le norme sull'ordinamento interno ispirato a principi di democrazia e di uguaglianza dei diritti di tutti gli associati, con la previsione dell'elettività delle*

⁵ Per una riflessione sul tema si veda V. MASTROIACOVO, "La mancanza dello scopo di lucro nelle società di capitali: lo strano caso del regime fiscale delle società che svolgono attività sportiva dilettantistica", in *Riv. dir. trib.*, 2004, fasc. 6, pp. 787.

⁶ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5271/I, *Società sportive e profili di interesse notarile della nuova disciplina*, Approvato dalla Commissione Studi d'Impresa il 17 settembre 2004, pp. 8-11.

cariche sociali, fatte salve le società sportive dilettantistiche che assumono la forma di società di capitali o cooperative per le quali si applicano le disposizioni del codice civile;

f) l'obbligo di redazione di rendiconti economico-finanziari, nonché le modalità di approvazione degli stessi da parte degli organi statutari;

g) le modalità di scioglimento dell'associazione;

h) l'obbligo di devoluzione ai fini sportivi del patrimonio in caso di scioglimento delle società e delle associazioni".

Il comma 18-bis dell'art. 90, legge n. 289/2002, inoltre, pone a capo degli amministratori delle società sportive dilettantistiche e delle associazioni sportive dilettantistiche il divieto di ricoprire cariche sociali in altre società o associazioni sportive dilettantistiche che operino nell'ambito della medesima federazione sportiva o disciplina associata, se riconosciuta dal CONI, ovvero nell'ambito della medesima disciplina facente capo ad un ente di promozione sportiva⁷. La *ratio legis* di siffatta disposizione normativa potrebbe risiedere anche nella necessità di evitare che attraverso un amministratore che gestisce più società sportive, con il medesimo oggetto sociale, si addivenga di fatto ad una forma di controllo indiretto funzionale a deviare una o più società del gruppo dal loro scopo tipico, ossia l'esercizio e la promozione dello sport dilettantistico. Inoltre va rilevata anche la necessità, coerente con la struttura delle SSD che vieta il perseguimento del lucro anche soggettivo, di evitare che il socio amministratore, prestando la propria attività per più soggetti, moltiplichi i propri compensi, con ciò aggirando il predetto divieto, come meglio si evidenzierà in seguito.

Le SSD così costituite, ai fini del riconoscimento del fine sportivo, devono iscriversi presso il Registro tenuto dal CONI il quale, nella sua veste di garante dell'unicità dell'ordinamento sportivo nazionale, trasmette annualmente all'Agenzia delle Entrate i dati per la verifica dei presupposti di ammissione a tutti i benefici di natura fiscale previsti dalla disciplina vigente; il riconoscimento da parte del CONI, infatti, non incide sul procedimento di costituzione della SSD ma esclusivamente sulla concessione delle agevolazioni fiscali alle stesse riconosciute dalla legge⁸, con ciò

⁷ Art. 90, comma 18-bis, legge 27 dicembre 2002, n. 289, come sostituito dall'art. 4 del D.L. 22 marzo 2004, n. 72: "È fatto divieto agli amministratori delle società e delle associazioni sportive dilettantistiche di ricoprire la medesima carica in altre società o associazioni sportive dilettantistiche nell'ambito della medesima federazione sportiva o disciplina associata se riconosciute dal CONI, ovvero nell'ambito della medesima disciplina facente capo ad un ente di promozione sportiva".

⁸ Art. 7 del Decreto Legge 28 maggio 2004, n. 136: "1. In relazione alla necessità di confermare che il CONI è unico organismo certificatore della effettiva attività sportiva svolta dalle società e dalle associazioni dilettantistiche, le disposizioni di cui ai commi 1, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 e 12 dell'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, e successive modificazioni, si

rivestendo evidente natura costitutiva a tali fini.

Inoltre, al fine di conseguire i benefici fiscali, le SSD hanno altresì l'obbligo di osservare le disposizioni del CONI e i regolamenti emanati dalle Federazioni nazionali o dagli Enti di promozione sportiva cui la società intende affiliarsi.

È importante precisare che per il godimento dei vantaggi fiscali riconosciuti alle SSD è necessario che il rispetto delle condizioni e dei requisiti prescritti dalla legge sia sostanziale e non solo formale e l'onere della prova incombe sulla società sportiva dilettantistica e non può ritenersi assolto con la mera dimostrazione dell'affiliazione al CONI⁹, dovendosi fornire in concreto la prova dell'esercizio di attività sportiva in forma dilettantistica¹⁰.

applicano alle società ed alle associazioni sportive dilettantistiche che sono in possesso del riconoscimento ai fini sportivi rilasciato dal CONI, quale garante dell'unicità dell'ordinamento sportivo nazionale ai sensi dell'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, e successive modificazioni. 2. Il CONI trasmette annualmente al Ministero dell'economia e delle finanze – Agenzia delle entrate, l'elenco delle società e delle associazioni sportive dilettantistiche riconosciute ai fini sportivi”.

⁹ Comm. trib. reg. Trieste, (Friuli–Venezia Giulia) sez. III, 26 febbraio 2019, n. 38: *“Gli enti di tipo associativo non godono di uno status di extra fiscalità che li esenta da ogni prelievo fiscale, potendo anche le associazioni senza fine di lucro svolgere di fatto attività a carattere commerciale; affinché le associazioni stesse possano conseguire i benefici fiscali per esse legislativamente ed appositamente previsti non è sufficiente il riconoscimento da parte del CONI della qualificazione di società sportiva dilettantistica, ma è necessario che le medesime diano la prova della sussistenza dei presupposti di fatto che giustificano l'applicazione dei benefici”*. Con riguardo alle associazioni sportive dilettantistiche, ma con un principio estensibile alle SSD, si veda Comm. trib. prov. le Taranto sez. II, 21 febbraio 2019, n. 450: *“In tema di agevolazioni tributarie, l'esenzione d'imposta prevista dall'art. 148 del D.P.R. n. 917 del 1986 in favore delle associazioni non lucrative (nella specie un'associazione sportiva dilettantistica), dipende non solo dall'elemento formale della veste giuridica assunta, ma anche dall'effettivo svolgimento di attività senza fine di lucro, il cui onere probatorio incombe sul contribuente e non può ritenersi soddisfatto dal dato, del tutto estrinseco e neutrale, dell'affiliazione al CONI, essendo invece rilevante che le associazioni interessate si conformino alle clausole relative al rapporto associativo, che devono essere inserite nell'atto costitutivo o nello statuto”*. Cass., sez. trib., 30 gennaio 2020, n. 2152: *“Il regime fiscale dedicato alle associazioni sportive dilettantistiche, di cui all'art. 148 d.P.R. n. 917 del 1986 e all'art. 90, l. n. 289 del 2002, non può essere applicato nel caso di una palestra alla quale venga contestato il mancato rispetto delle prescrizioni in ordine alla tenuta dei libri associativi e la prevalenza dell'attività economica rispetto allo scopo associativo. Pertanto, la concessione dei benefici fiscali può essere accordata quando emerge sia il profilo formale dell'affiliazione (che indica già un implicito riconoscimento ed esame ai fini sportive), ma anche il profilo sostanziale dell'aderenza dell'attività effettivamente svolta alla promozione sportiva dichiarata”*.

¹⁰ Sul tema si vedano G. MARTINELLI, *Agevolazioni OK senza requisiti*, in *Il Sole 24 Ore Sport*, n. 11 ottobre 2004, 24; N. FORTE, *Società e Associazioni sportive*, Milano, 2005, 83.

In particolare, sia le associazioni, sia le società sportive dilettantistiche possono godere, se iscritte nel registro del C.O.N.I., di un particolare regime fiscale connotato da una serie di vantaggi.

In *primis*, possono optare per un regime di determinazione forfettaria del reddito imponibile e dell'IVA, di cui alla legge n. 398 del 1991, riservato alle associazioni e società sportive dilettantistiche senza scopo di lucro che, nel corso del periodo d'imposta precedente, abbiano conseguito proventi derivanti da attività commerciale per un importo non superiore a 400.000 euro (prima il limite era di euro 250.000) e che comporta anche una notevole riduzione degli adempimenti contabili.

Inoltre, possono usufruire del vantaggio previsto dall'art. 148, comma 3, T.U.I.R. relativo alla non imponibilità ai fini IRES di alcune prestazioni, in presenza dei seguenti presupposti: a) le attività agevolate devono essere effettuate dagli organismi associativi tassativamente indicati (tra cui dapprima le sole associazioni sportive dilettantistiche e, in seguito all'art. 90 della legge n. 289 del 2002, anche le SSD); b) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi devono essere rese in favore degli iscritti, associati o partecipanti ovvero di altre associazioni che svolgono la medesima attività e che fanno parte di un'unica organizzazione locale o nazionale, dei rispettivi associati o partecipanti e dei tesserati dalle rispettive organizzazioni nazionali; c) le stesse attività devono essere effettuate *"in diretta attuazione degli scopi istituzionali"*, *id est* si deve trattare di un'attività di naturale completamento dei particolari scopi che caratterizzano l'ente; d) la conformazione delle clausole statutarie a quanto disposto dall'art. 148, comma 8, T.U.I.R.

Da ultimo, il decreto legislativo n. 117 del 3 luglio 2017 (Codice del Terzo settore), nonché il decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112 relativo all'impresa sociale, emanati in attuazione della legge delega per la riforma del Terzo settore (legge 6 giugno 2016, n. 106)¹¹, hanno espressamente annoverato anche l'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche tra le attività di interesse generale in cui operano gli enti del Terzo settore per il perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e per le quali sono previsti specifici benefici fiscali sia dal Codice del Terzo Settore che dal decreto sull'impresa sociale. Di talché le associazioni sportive dilettantistiche e le società sportive dilettantistiche, queste ultime solo se qualificabili come imprese sociali¹², potranno decidere

¹¹ SANNA, *Dalla legge di riforma al "codice del terzo settore": alcuni profili introduttivi*, in *Resp. civile prev.*, 1 giugno 2018, fasc. 6, pp. 2083.

¹² Cfr. art. 4, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117: *"Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso,*

di entrare a far parte degli enti del terzo settore e usufruire dei vantaggi fiscali riconosciuti dalla relativa disciplina o, in alternativa, potranno scegliere se conservare le agevolazioni fiscali ad esse specificamente riservate dalla vigente disciplina¹³.

Pertanto, trattandosi non di nuove tipologie societarie o associative, ma delle stesse tipologie societarie/associative previste e disciplinate dal codice civile con le particolarità espressamente previste, ivi inclusa l'assenza dello scopo di lucro, la distinzione tra associazione e società rileva principalmente sul piano della maggiore economicità e semplicità di costituzione di una struttura associativa e sul fronte delle responsabilità personali per i debiti dell'associazione/società in caso di dissesto delle stesse¹⁴. I vantaggi fiscali, prima in parte esclusivamente riservati alle associazioni sportive dilettantistiche, sono infatti stati estesi dalla legge 27 dicembre 2002, n. 289 anche alle cooperative e alle società di capitali costituite per lo svolgimento di attività sportive dilettantistiche e senza scopo di lucro¹⁵.

le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore"; ne consegue che le società sportive dilettantistiche senza scopo di lucro, stante la loro natura societaria, possono optare per l'iscrizione al Registro Unico nazionale del terzo settore solo qualificandosi come impresa sociale.

¹³ A. MAZZULLO, *Il nuovo Codice del Terzo settore. Profili civilistici e tributari* (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), Torino, 2017, 67, l'A. osserva come seppur tra le attività di interesse generale è inserita, all'art. 5, comma 1, lett. t), d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 anche l'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche tuttavia l'art. 4, comma 1, non menziona espressamente le associazioni sportive dilettantistiche tra gli enti del terzo settore. Nonostante ciò nulla osta a che un'associazione avente come scopo e oggetto sociale lo svolgimento di attività sportiva dilettantistica senza finalità lucrative possa scegliere di assumere la qualifica di ente del terzo settore, mediante iscrizione nel relativo Registro unico nazionale del terzo settore, al fine di usufruire dei vantaggi fiscali previsti dalla normativa agli enti del terzo settore.

¹⁴ Per una approfondita analisi delle differenze organizzative e gestionali tra associazioni sportive dilettantistiche e società sportive dilettantistiche, si veda E. CORTESELLI, *Aspetti civilistici delle SSD. Società sportivo-dilettantistiche*, Padova, 2017, pp. 27.

¹⁵ Art. 90, comma 1, della legge 27 dicembre 2002, n. 289: *"Le disposizioni della legge 16 dicembre 1991, n. 398, e successive modificazioni, e le altre disposizioni tributarie riguardanti le associazioni sportive dilettantistiche si applicano anche alle società sportive dilettantistiche costituite in società di capitali senza fine di lucro"*, con la conseguenza che anche alle società sportive dilettantistiche senza scopo di lucro si applica, oltre al regime fiscale disciplinato dalla legge n. 398 del 1991, in via eccezionale, anche la normativa di cui all'art. 148, comma 3, del T.U.I.R. sull'esclusione da IRES delle attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, effettuate verso

Rimane ferma la considerazione per cui le società sportive dilettantistiche anche se prive di un fine lucrativo, dal punto di vista della soggettività fiscale, rivestono natura commerciale e sono pertanto riconducibili nell'ambito dei soggetti passivi IRES.

Per quel che riguarda invece la responsabilità per i debiti dell'associazione/società sportiva dilettantistica, nonché per le varie ipotesi di responsabilità dell'organo gestorio e di controllo, troveranno applicazione le norme del codice civile disciplinanti la responsabilità dell'organizzazione collettiva prescelta (associazione, società di capitali, cooperativa).

2. – L'art. 90 della legge n. 289 del 2002, già citato, si limita ad escludere la possibilità di dividere i proventi dell'attività tra i soci e ad estendere questo divieto anche alla distribuzione in forma indiretta senza, tuttavia, chiarire quando si possa configurare in concreto questa forma di percezione indiretta dei proventi dell'attività sportiva¹⁶.

In proposito, è utile fare riferimento all'art. 10, comma 6, d. lgs. n. 460 del 1997 che con riguardo al concetto di indiretta distribuzione degli utili (assimilabile, per quel che rileva in questa sede, a quello di distribuzione dei proventi dell'attività sportiva) richiama una serie di attività, quali:

- la cessione di beni e la prestazione di servizi a favore di soci, componenti degli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, a persone che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado e ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate, effettuate a condizioni più favorevoli;

- la corresponsione ai componenti gli organi amministrativi e di controllo di emolumenti individuali annui superiori al compenso massimo (ossia quello previsto dal D.P.R. 645/1994 e dal D.L. 239/19956, convertito dalla L. 336/1995);

pagamento di corrispettivi specifici nei confronti dei soci e di altre categorie di soggetti individuati dalla legge.

¹⁶ Non si tratta di una novità assoluta introdotta per la prima volta dalla legge n. 289 del 27 dicembre 2002, in quanto la medesima previsione era già inserita all'art. 111, comma 4– *quinquies* del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 91 (T.U.I.R.). La riforma legislativa, realizzata con l'articolo 4 del D.L. 22 marzo 2004, n. 72, ha però eliminato quello che precedentemente era un ulteriore limite per le società sportive dilettantistiche, ossia il divieto di riconoscere un compenso agli amministratori; e infatti, il comma 18, lett. a), punto 5) della legge 27 dicembre 2002, n. 289 nella sua originaria formulazione normativa prevedeva la necessaria "gratuità degli incarichi degli amministratori", in antitesi con la disciplina civilistica delle società secondo la quale gli amministratori hanno diritto a percepire un compenso per l'attività esercitata.

- la corresponsione ai lavoratori dipendenti di salari o stipendi superiori del 20% rispetto a quelli previsti per le medesime qualifiche dai contratti collettivi di lavoro;

- la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso ufficiale di sconto.

L'Agenzia delle Entrate ha, a più riprese, sostenuto che la disposizione appena richiamata individua alcune fattispecie che costituiscono, in ogni caso, indici di una distribuzione indiretta degli utili o degli avanzi di gestione e che assumono la valenza di una presunzione assoluta di distribuzione indiretta, non suscettibile quindi di prova contraria da parte dei soci¹⁷; attribuendo così alla disposizione *de qua* una funzione antielusiva.

Al di fuori di queste ipotesi espressamente previste dalla legge, gli altri casi di distribuzione indiretta devono costituire oggetto di accertamento caso per caso in considerazione delle condotte elusive poste in essere in concreto dai soci della società diletantistica sportiva.

La medesima casistica, con piccole differenze, è stata ripresa anche dall'art. 8, comma 3, del d.lgs. n. 117 del 3 luglio 2017 (cd. Codice del terzo settore)¹⁸.

¹⁷ L'Agenzia delle Entrate con circolare n. 124/E del 22 maggio 1998 ha stabilito che, in mancanza di una espressa indicazione legislativa specificamente dettata per le società sportive dilettantistiche, soccorrono i criteri previsti all'art. 10, comma 6, del d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, in quanto *"Tale ultima disposizione, relativa alla disciplina tributaria delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, nell'individuare alcune fattispecie che costituiscono in ogni caso distribuzione indiretta di utili o avanzi di gestione, può, infatti, considerarsi come norma di valenza generale"* Questo principio è stato affermato anche nelle più recenti risoluzioni n. 294/E del 10 settembre 2002 e n. 9/E del 25 gennaio 2007.

¹⁸ D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117, art. 8, comma 3: *"Ai sensi e per gli effetti del comma 2, si considerano in ogni caso distribuzione indiretta di utili: a) la corresponsione ad amministratori, sindaci e a chiunque rivesta cariche sociali di compensi individuali non proporzionati all'attività svolta, alle responsabilità assunte e alle specifiche competenze o comunque superiori a quelli previsti in enti che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni; b) la corresponsione a lavoratori subordinati o autonomi di retribuzioni o compensi superiori del quaranta per cento rispetto a quelli previsti, per le medesime qualifiche, dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ai fini dello svolgimento delle attività di interesse generale di cui all'articolo 5, comma 1, lettere b), g) o h); c) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale; d) le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a soci, associati o partecipanti, ai fondatori, ai componenti gli organi amministrativi e di controllo, a coloro che a qualsiasi titolo operino per l'organizzazione o ne facciano parte, ai soggetti che effettuano erogazioni liberali a favore dell'organizzazione, ai loro parenti entro il terzo grado ed ai loro affini entro il secondo grado, nonché alle società da questi direttamente o indirettamente controllate o collegate,*

Proprio con specifico riguardo alle società sportive dilettantistiche, l'Agenzia delle entrate interpellata – tra le altre questioni – sulla possibilità dei soci fondatori e amministratori di una SSD di concedere in locazione la struttura del centro sportivo di proprietà degli stessi senza incorrere nella violazione del divieto di distribuzione indiretta dei proventi dell'attività sociale, ha espresso il seguente parere: *“per quanto concerne la configurabilità del canone di locazione percepito dai soci fondatori della società sportiva dilettantistica come forma indiretta di divisione dei proventi dell'attività sociale, si ritiene che tale distribuzione vietata dall'art. 90, comma 18, lett. d), della citata legge n. 289 del 2002, si realizzi laddove il canone praticato sia superiore a quello di mercato, determinato ai sensi dell'art. 9 del TUIR”*¹⁹.

È stato precisato altresì che qualora i soci e gli amministratori percepiscano oltre ad un corrispettivo per la locazione dello stabile anche dei compensi per l'attività svolta o come consiglieri di amministrazione o come prestatori di servizi sportivi dilettantistici, ai fini della verifica dell'elusione del divieto di distribuzione indiretta occorre considerare non solo i compensi o i corrispettivi singolarmente considerati, che di per sé potrebbero essere anche al di sotto dei limiti normativi richiamati dall'art. 10, comma 6, d.lgs. n. 460 del 1997 e rispettare un rapporto di proporzionalità rispetto all'attività svolta dal socio – amministratore, ma il cumulo dei compensi stessi.

È infatti, come già accennato, nella vigente formulazione dell'art. 90 della legge 289/2002 non è più prevista la necessaria gratuità delle cariche degli amministratori²⁰, di talché ai componenti dell'organo amministrativo, sia se esterni alla compagine societaria, se se rivestano anche la qualifica di soci/associati, è indubbiamente riconosciuta la possibilità di percepire un compenso per l'attività svolta. Nei confronti del socio – amministratore, pur tuttavia, è necessario che la ricezione di un corrispettivo per l'incarico di amministratore costituisca una violazione o elusione del divieto di distribuzione indiretta e occulta degli utili del sodalizio sportivo. Sul tema l'Agenzia delle Entrate, nella già citata risoluzione,²¹ ha chiarito che l'importo corrisposto all'amministratore che sia anche socio/associato riveste la natura di compenso erogato per l'incarico rivestito nei soli casi in cui sia

esclusivamente in ragione della loro qualità, salvo che tali cessioni o prestazioni non costituiscano l'oggetto dell'attività di interesse generale di cui all'articolo 5; e) la corresponsione a soggetti diversi dalle banche e dagli intermediari finanziari autorizzati, di interessi passivi, in dipendenza di prestiti di ogni specie, superiori di quattro punti al tasso annuo di riferimento. Il predetto limite può essere aggiornato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”.

¹⁹ Agenzia delle Entrate, risoluzione del 25 gennaio 2007, n. 9.

²⁰ Cfr. precedente nota n. 14.

²¹ Agenzia delle Entrate, risoluzione del 25 gennaio 2007, n. 9, cit.

contenuto nei limiti stabiliti dalla legge (D.P.R. 645/1994) Peraltro, agli amministratori che siano anche soci non è preclusa neanche la partecipazione diretta all'attività del sodalizio sportivo, mediante lo svolgimento di attività di istruttore, allenatore, sportivo dilettante, purché anche in questo caso il compenso corrisposto per le prestazioni sportive svolte non sia superiore del venti per cento rispetto ai salari previsti per le medesime qualifiche dai contratti collettivi di lavoro.

Nel confronti del socio che sia anche amministratore e prestatore di attività sportiva della società, il rispetto del divieto di distribuzione indiretta, al di là del rispetto dei limiti quantitativi per ogni compenso, dovrà essere oggetto di una valutazione omnicomprensiva e concreta, da svolgersi caso per caso, che dovrà tenere conto, da un lato, dell'entità di tutte le erogazioni percepite dal socio e, dall'altro, del complesso di attività svolte a favore della società, al fine di verificare che il compenso sia effettivamente proporzionato all'attività concretamente svolta; di talché è il rispetto del rapporto di congruità tra compenso e attività a delimitare la linea di demarcazione tra quella che è una regolare percezione di un compenso e quella che costituisce una irregolare distribuzione occulta dei proventi commerciali del sodalizio sportivo, ossia una indebita distribuzione di utili o avanzi di gestione, vietata dall'art. 90, comma 18, lett. d) del d.lgs. n. 289 del 2002²².

3. – In considerazione della risoluzione n. 9/E del 25 gennaio 2007 già richiamata e dell'interpretazione sostanzialistica del concetto di distribuzione 'in forma indiretta' dei proventi dell'attività cui ha aderito anche l'Agenzia delle Entrate, l'elusione del divieto presuppone che vi sia una corrispondenza, anche solo indiretta, tra i proprietari dell'immobile adibito a locale sportivo e concesso in locazione alla SSD e i soci di quest'ultima, tale per cui la ricezione dei canoni della locazione si possa ritenere una forma elusiva di distribuzione dei proventi derivanti dalla gestione dell'attività sportiva.

A tal proposito, si richiama un'importante pronuncia in cui si è invece esclusa la finalità elusiva anche in presenza di un contratto di locazione concluso tra società con scopo di lucro e SSD appartenenti agli stessi soci, facendo leva però – seppur implicitamente – sulla congruità del canone corrisposto.

In particolare, la Commissione tributaria ha affermato che *"I soci di un circolo sportivo di golf (ossia di un'associazione sportiva dilettantistica, ndr) sono autorizzati a creare una società di capitali purché essa abbia come scopo lecito quello di essere proprietaria di immobili offerti in locazione al circolo: ciò infatti riserva all'associazione la facoltà di utilizzare tali beni immobili per lo svolgimento*

²² Agenzia delle Entrate, risoluzione del 25 gennaio 2007, n. 9, cit.

*dell'attività sportiva, senza l'intervento di altri soggetti che potrebbero aumentare il canone di locazione in modo non sostenibile per il circolo sportivo"*²³.

Una finalità elusiva sarebbe difficilmente rinvenibile nel caso in cui la stessa operazione di affitto del ramo di azienda – assimilabile per identità di *ratio* a quella della locazione dell'immobile in cui è presente l'impianto sportivo – sia posta in essere tra enti societari aventi una compagine societaria e un consiglio di amministrazione non riconducibili alle medesime persone. Di talché, la costituzione di una società di capitali, in particolare una società a responsabilità limitata (che per definizione può perseguire uno scopo lucrativo sia soggettivo sia oggettivo) proprietaria di una o più rami di azienda rappresentati da impianti sportivi, i cui soci e amministratori non siano né corrispondenti né riconducibili (es. si pensi a coniugi o parenti) ai soci e amministratori delle società sportive dilettantistiche a favore delle quali verrebbero locati gli immobili, non si sostanzierebbe in una elusione del divieto di distribuzione indiretta dei proventi della SSD stante il difetto di corrispondenza soggettiva, intesa anche in senso lato, tra i soci della SSD e i soci della società proprietaria degli impianti, percettori dei canoni di locazione.

Peraltro, appare opportuno sottolineare che il divieto di distribuzione anche indiretta degli utili costituisce principio eccezionale rispetto alla norma generale secondo cui le società non solo possono, ma in realtà devono, distribuire gli utili, costituendo la comunione di scopo elemento intrinseco del contratto associativo; da ciò consegue che il predetto divieto non sarà suscettibile di applicazione analogica, stante il limite posto dall'art. 14 delle preleggi, ma potrà essere applicato solo alle ipotesi cui è espressamente riferito.

L'alterità soggettiva tra, da un lato, i soci e amministratori di una società a responsabilità limitata che persegue un lucro oggettivo e soggettivo realizzato mediante la concessione in locazione degli impianti sportivi di cui è proprietaria e, dall'altro, i soci e amministratori della SSD, persone esperte del settore sportivo e che possono apportare la propria competenza e professionalità, che prendono in locazione gli impianti per la realizzazione delle finalità sportive senza scopi di lucro, porta ad escludere una qualificazione della società di capitali come mero 'schermo' tra la SSD e l'immobile. Ciò perché la disomogeneità soggettiva tra i componenti dei due enti collettivi esclude ogni rapporto causale tra percezione del canone di affitto e lucro indiretto.

L'identità della compagine societaria o la riconducibilità della stessa al medesimo gruppo di persone (inclusiva dei coniugi e/o parenti), al contrario, potrebbe portare a ritenere che il pagamento del canone di affitto del ramo

²³ Comm. trib. reg. Milano, (Lombardia), sez. I, 26 maggio 2016, n. 3203.

di azienda sia solo un'operazione artatamente posta in essere al fine di 'sviare' i proventi dell'attività dilettantistica ai fini sportivi previsti dallo statuto societario mediante una indiretta distribuzione degli stessi ai soci, salva sempre l'ipotesi di congruità del canone come sembra desumibile nella sentenza sopra richiamata.

Impregiudicato il divieto di distribuzione indiretta dei proventi dell'attività sportiva, nulla vieta che le quote della società a responsabilità limitata, proprietaria del ramo di azienda affittato alla SSD, siano intestate ad una società o a un soggetto fiduciario, che in tal caso si legittimerebbe nei confronti dei terzi come titolare delle quote ed eserciterebbe tutti i diritti patrimoniali e corporativi connessi alla sua qualità di socio della società a responsabilità limitata, pur agendo sulla base delle istruzioni impartite dal fiduciante. Il che escluderebbe, almeno in via diretta, la violazione del divieto di lucro soggettivo, in quanto l'utile derivante alla s.r.l. dalla percezione del canone di affitto di azienda sarebbe in via immediata attribuito alla società o al soggetto fiduciario.

Occorre però sottolineare che nel nostro ordinamento, com'è noto, vige il divieto di frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) che espressamente sanziona l'uso di uno strumento giuridico lecito (nella specie, l'intestazione fiduciaria) per perseguire una finalità illecita (nella specie, la distribuzione dei proventi dell'attività sportiva dilettantistica ai soci della SSD). Ne consegue che in caso di accertamento, per qualsiasi ragione, della corrispondenza o riconducibilità dei fiduciari ai soci della SSD, potrebbe ricorrere la fattispecie appena descritta, suscettibile in una ipotesi di nullità della causa per frode alla legge, con l'immediata conseguenza di perdita dei benefici fiscali e con l'applicazione di eventuali sanzioni.

4. – Il divieto di distribuzione diretta e indiretta dei proventi derivanti dall'attività sportiva dilettantistica incide anche sulla possibilità del socio della società sportiva dilettantistica di cedere la propria quota dietro pagamento di un corrispettivo, con una sostanziale limitazione al regime di circolazione delle quote stesse.

Prima ancora però è necessario chiarire se le quote della società sportiva dilettantistica possano costituire oggetto di cessione perché, con riferimento alle associazioni sportive dilettantistiche, l'art. 148, comma 8, T.U.I.R., tra i requisiti per accedere ai vantaggi fiscali previsti nello stesso testo di legge, prevede l'*"intrasmissibilità della quota o contributo associativo ad eccezione dei trasferimenti a causa di morte e non rivalutabilità della stessa"* e si sono affermate opinioni contrastanti in merito al piano di operatività di siffatto divieto e alla sua estensione anche alle società sportive dilettantistiche, con la conseguente decadenza dai benefici fiscali. E anche riguardo a tale ambito non si può fare a meno di sottolineare come la normativa fiscale si ponga in

contrasto con i principi generali dettati dalle norme del codice civile e più specificatamente da quelle del diritto societario, che vedono con particolare sfavore i limiti posti alla circolazione del diritto di proprietà in generale (si pensi, ad esempio, ai patti di non alienazione) e delle partecipazioni sociali in particolare (si pensi, ad esempio, alla disciplina sulle clausole di gradimento e sui sindacati di blocco).

Riguardo alla trasmissibilità o meno delle quote si sono affermati due differenti orientamenti.

Il primo secondo cui, nel rispetto del tenore letterale della disposizione appena richiamata, è da escludersi la cedibilità delle quote societarie di società sportive dilettantistiche, ammettendosi esclusivamente il recesso del socio senza diritto al rimborso e, quindi, con il conseguente accrescimento patrimoniale della quota dei soci superstiti.

In particolare, in una recente pronuncia la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia ha statuito che le quote di partecipazione al capitale sociale sono intrasferibili e, conseguentemente, il socio che recede dalla società non ha diritto ad ottenere alcun rimborso²⁴. Peraltro anche l'Agenzia delle Entrate²⁵ ha implicitamente aderito a questa conclusione, ritenendo che le società sportive di capitale che intendano applicare l'articolo 148, comma 3 del T.U.I.R., relativo all'esclusione da imposizione, ai fini delle imposte sui redditi, delle attività svolte in diretta attuazione degli scopi istituzionali, effettuate verso pagamento di corrispettivi specifici nei confronti dei soci e di altre categorie di soggetti specificamente individuati dalla legge, *"a differenza delle associazioni sportive dilettantistiche non devono integrare i propri statuti con le clausole concernenti la democraticità del rapporto associativo previste dalle lettere c) ed e) del comma 8 dell'articolo 148 del TUIR"*, confermando in tal modo – sulla base di una argomentazione *a contrario*, soffermandosi solo su questa condizione come elemento differenziale tra le società e le associazioni sportive – l'obbligo di inserimento della incedibilità delle quote sociali.

Un secondo orientamento, invece, più attento agli effetti sostanziali dell'operazione di cessione delle quote societarie e alla effettiva incidenza sul patrimonio sociale, ammette la cessione delle quote al loro valore nominale, in quanto in questo caso l'operazione negoziale posta in essere tra il socio cedente e il cessionario non arreca nessun effetto pregiudizievole al

²⁴ Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, Milano, sez. XXII, sent. 11 luglio 2017, n. 3088.

²⁵ Agenzia delle Entrate, circolare 18/E del 1° agosto 2018. *"Questioni fiscali di interesse delle associazioni e delle società sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, emerse nell'ambito del Tavolo tecnico tra l'Agenzia delle entrate ed il Comitato Olimpico Nazionale Italiano"*.

patrimonio societario.

In tale contesto si inserisce la ricostruzione del Consiglio Nazionale del Notariato che rimarca una differenziazione tra la cessione di quote societarie e la liquidazione della quota al socio receduto o escluso e chiarisce che “la cessione delle partecipazioni prescinde da qualsiasi collegamento con il divieto di distribuzione degli utili, mentre il rimborso della partecipazione in caso di recesso e/o esclusione, potendo avvenire anche mediante l'utilizzazione di riserve disponibili (per l'esclusione ed il recesso) o mediante la riduzione del capitale sociale (per il solo recesso), è strettamente collegato con il citato divieto di distribuzione degli utili”²⁶; ammettendo senz'altro la cessione delle quote societarie.

Fra i due orientamenti giurisprudenziali appare preferibile il primo sia per ragioni sistematiche, sia per ragioni cronologiche; in ogni caso, anche qualora si volesse ritenere ammissibile la cedibilità delle quote, il corrispettivo della vendita delle stesse dovrebbe necessariamente avvenire al suo valore nominale e non a quello reale parametrato al patrimonio e non al capitale sociale e ciò perché l'eventuale plusvalenza realizzata dal socio costituirebbe, di fatto, un utile, o comunque un lucro, connesso alla partecipazione all'attività dilettantistica che la legge espressamente vieta.

Infine, nel caso di scioglimento della SSD l'eventuale utile residuo non potrà essere ripartito tra i soci, in quanto la legge già citata (art. 90, comma 18, lett. h, d.lgs. 289/2002) espressamente dispone l'obbligo di devoluzione ai fini sportivi del patrimonio societario in caso di estinzione dell'ente. Anche questa disposizione ribadisce quindi l'assoluto divieto per i soci di lucrare, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, dalla loro partecipazione ad una SSD.

Abstract

THE PROHIBITION OF PROFIT DISTRIBUTION IN AMATEUR SPORTS COMPANIES AND ITS MAIN IMPLICATIONS

Il presente articolo ripercorre la disciplina legislativa dell'attività sportiva dilettantistica, soffermandosi sul divieto di lucro oggettivo e soggettivo che concerne tanto le associazioni sportive dilettantistiche, riconosciute e non, quanto le società sportive dilettantistiche, ai sensi dell'art. 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. Con riguardo a queste ultime il predetto divieto di distribuzione degli utili era stato eliminato solo dalla legge di bilancio 2018, per poi essere repentinamente confermato per effetto del cd. Decreto Dignità (d.l. 12 luglio 2018, n. 87), continuando così a rappresentare il principale tratto distintivo tra società sportive professionistiche e società sportive dilettantistiche.

Inquadrate il significato e la portata del divieto di distribuzione anche indiretta dei proventi dell'attività sportiva, alla luce delle interpretazioni fornite dalle

²⁶ Studio nr. 5271/1 del Notariato del 17 settembre 2004, *cit.*

competenti autorità, anche in considerazione anche delle definizioni normative di distribuzione indiretta degli utili presenti nella legislazione nazionale (art. 10, comma 6, d. lgs. n. 460 del 1997; d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117, art. 8) si sono analizzate le sue implicazioni e possibili elusioni sia in caso di affitto di ramo di azienda, sia in caso di cessione delle quote societarie e scioglimento della società.

L'articolo in oggetto si propone, in conclusione, di far soffermare l'attenzione sulla difficoltà di coordinare il divieto di lucro soggettivo e oggettivo imposto alle società sportive dilettantistiche con la causa caratterizzante il contratto di società *ex art. 2247 cod. civ.*, *id est* lo scopo, comune ai soci, di dividere gli utili conseguenti dallo svolgimento dell'attività sociale e sulla conseguente inevitabile confusione tra oggetto sociale e causa del contratto nelle società sportive dilettantistiche.

This article deals with the legislative discipline of amateur sports activity, focusing in particular on the “not-for-profit” principle that concerns both amateur sports associations, recognized and not, as well as amateur sports companies, according to the art. 90 of the Law 27 December 2002 n. 289.

With regard to the latter, the aforesaid prohibition of profit distribution was eliminated by the 2018 Budget Law, and subsequently reintroduced by Decree-Law 12 July 2018 n. 87 (so-called Dignity Decree), thus continuing to represent the main distinction between professional sports companies and amateur sports companies.

On the basis of the interpretations provided by the competent authorities, (according to the provisions of art. 10, paragraph 6, of Legislative Decree 4 December 1997 n. 460 and art. 8 of Legislative Decree 3 July 2017 n. 117) this article has also analyzed the consequences and possible elusions to the above mentioned prohibition of profit distribution both in case of lease of company branch and in case of sale of company shares and dissolution of the company.

In conclusion, this article aims to focus attention on the difficulty of coordinating the “not-for-profit” principle imposed on amateur sports companies with the central concept of the company agreement as provided by art. 2247 Civil Code, that is the purpose, common to the shareholders, to divide the profits resulting from the performance of the social activity and the inevitable confusion between the corporate purpose and consideration of the contract in amateur sports companies.

INTERIM MEASURES AND INJUNCTIVE RELIEF IN COMMON LAW AND CIVIL LAW JURISDICTIONS: A COMPARATIVE STUDY

FLAVIA MARISI

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. Interim measures: an overview. – 2. Prerequisites for granting interim measures. – 3. Interim measures in selected countries. – 3.1. (*Segue*) Types of Interim Measures: Greece, Poland, UK. – 3.2 (*Segue*) Eligible applicants. – 3.3 (*Segue*) Jurisdiction. – 3.4 (*Segue*) *Ex Parte* Orders and the Right of Defence of the Defendant. – 3.5 (*Segue*) Experts' reports. – 3.6 (*Segue*) Appeal. – 4. Injunctive relief. – 4.1 (*Segue*) Overview on Injunctive Relief. – 5. The Injunctions Directive. – 5.1 (*Segue*) Strengths of the Injunctions Directive. – 5.2 (*Segue*) Limitations of the Injunctions Directive. – 5.3 (*Segue*) External constraints. – 6. Further secondary legislation. – 7. Policy evaluations. – 8. Conclusive remarks.

1. – Interim measures: an overview.

Interim measures represent a kind a provisional or conservatory relief by which the court may safeguard the position or assets of a party before issuing the final ruling.

Interim measures can take the form of:

- restraining orders, which are intended to prevent situations in which either party may suffer harm because the other party did/continued an act which was the matter in issue;
- directive orders, which are intended to ensure that a party maintains a specific behaviour until the trial is finalised or additional orders are given by the court¹.

Although the principal aim of interim measures is to safeguard the interests and rights of the party which has started the case, for the duration of the proceedings, interim measures may also protect the interest of a third party, who may be affected by the proceedings and more generally speaking the interest of justice.

To give an example, in the case of a legal dispute between spouses, an interim measure can take the form of a preliminary court order regarding

¹ For instance, in *Raja v Secretary of State*, England, the Employment Appeal Tribunal ordered to continue the contract of employment of a dismissed employee pending a full tribunal hearing. *Raja v Secretary of State for Justice* UKEAT/0364/09/CEA.

the parties' duties towards any existing children. Such a measure is intended to protect both the parents' and the children's interests².

In criminal proceedings, the detention of a defendant is an interim measure, imposed in the interest of justice and for the protection of the whole society³. In a civil case, the interim measure usually adopted in order to guarantee that a final judgment can be enforced is an injunction hindering a party from interfering with its assets or from engaging or not engaging in certain activities⁴. Interim measures may also involve freezing or seizing of certain assets until the final ruling is issued, or else interim-based payment of an established sum to the court. The validity of interim measures may be upheld:

- until the case is resolved;
- until enforcement prerequisites are satisfied, or
- until temporary protection is no longer required⁵.

Interim measures are divided by legal theorists⁶ into three major types, as follows:

- conservatory measures: they ensure that a substantive right will be fulfilled;
- regulatory measures: they ensure provisional settlement of specific issues disputed between the parties⁷;
- anticipatory measures: they ensure that the substantive right is upheld until the final ruling is issued⁸.

Interim measures have the following inherent characteristics:

- they support the goal of the primary proceedings, which is substantive legal action according to the merits of the case;
- they are embedded in the principle of disposition;
- they are provisional rather than decisive in nature; this means that, on the one hand, they cannot influence the decision of the proceedings on

² E. ROZALINOVA, A. ANGELOV and I. GEORGIEV. *Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Provisional and Protective Measures under Regulation 44/2001 (International cooperation in civil matters)* in 4 *Revist Forumul Judecatorilor* 2012, 81

³ *Ibidem*

⁴ K.R. HICKIE. *The Enforceability of Interim Measures of Protection Granted by Arbitral Tribunals Outside the Seat of Arbitration: A New Approach* in 12 *Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb* 2008, 221

⁵ T. ZOROSKA-KAMILOVSKA. *Interim Measures in IP Litigation from the Macedonian Perspective* in 4 *Iustinianus Primus Law Review* 2013, 1

⁶ M. STORME (ed). *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Leiden, 1994

⁷ X.E. KRAMER. *Harmonisation of Provisional and Protective Measures in Europe* in M. Storme (ed), *Procedural laws in Europe: towards harmonisation*, Antwerpen – Apeldoorn, 2003, 305

⁸ ZOROSKA-KAMILOVSKA, *supra* note 5

the merits and, on the other hand, their effect may be nullified by the result of the proceedings on the merits;

- they are subject to time limitations due to their transient nature;
- they exhibit flexibility, that is their content can be modified or even finished if the conditions so require;
- they are proportional to the parties' goals⁹.

The plaintiff may approach the court before which the case is pending during any stage of the proceedings, with a motion to grant interim protective measures. Interim measures may be sought even before the action is brought before the court.

In a nutshell, in civil proceedings the purpose of the interim measures is to preserve the rights and interests of both parties, avoiding the occurrence of irreversible harm prior to the final court ruling on the merits of a case.

Moreover, in some cases, protective measures are applied to coerce the defendant to continue carrying out his/her legal duties, which could lead to dispute resolution before trial. Under such circumstances, provisional measures serve to prevent waste of time and financial resources for both parties.

Interim measures are most frequently requested in cases involving debt claims or property disputes in situations when the debtor threatens or intends to remove or dispose of his property to defraud his creditor or if the defendant in the suit threatens to dispossess the claimant or otherwise cause injury to the claimant in relation to the disputed property.

In similar cases, the court may grant to the plaintiff:

- Attachment of immovable property;
- Attachment of movables and receivables;
- Suspension from operating a motor vehicle; and
- Stay of enforcement proceedings.

In any case, the court may grant any other provisional measures that it deems appropriate¹⁰.

Interim measures are most frequently enforced within the national context. They are applied in administrative and/or civil proceedings as provided for in national legislation. On the other hand, these measures can be considered in the context of enforcement of EU law provisions. The

⁹ C.A. ESPLUGUES, *Provisional Measures in Spanish Civil Procedure* in R. Stürner and M. Kawano (eds), *Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures*, Heidelberg, 2011

¹⁰ ROZALINOVA, ANGELOV and GEORGIEV, *supra* note 2

Treaty of Functioning of the European Union ('TFEU')¹¹ has a specific provision, Article 279, according to which: a) interim measures may be requested alongside claims brought before the Court of Justice of the European Union ('CJEU') and b) the CJEU may order interim measures in any case which it has to decide.

Based on this norm, a request for interim orders may be made by the European Commission to the CJEU with the purpose of instructing defendant Member States to stop enforcing specific national legislation or administrative rules, as well as to adopt the necessary actions to put a halt to existing or potential activity that the European Commission claims to breach EU law¹².

It can be deduced from Article 279 TFEU that interim measures may be applied for solely when cases are taken before the CJEU. As a consequence, interim measure proceedings cannot exist on their own, but only in conjunction with other legal proceedings pursued at EU level¹³.

The international context involves frequent application of interim measures as well, particularly with regard to the safeguard of human rights. For example, according to Rule 39 of the Rules of the European Court of Human Rights, interim measures conducive to the interests of the parties or to the smooth unfolding of the proceedings may be proposed by the Chamber to the parties involved, or, under particular circumstances, by its President.

In sum, interim measures are not substitute for civil litigation, as they "do not in principle determine civil rights and obligations"¹⁴, but have a great significance in the determination of civil rights and obligations, as stated by the European Court of Human Rights ('ECtHR'). In the same decision, the ECtHR highlighted that there is a widespread consensus among the Council of Europe Member States on the use and application of interim measures¹⁵.

In addition, EU Member States have been guided by EU Directives (including the Procurement Remedies Directive and the IPR Enforcement Directive) and a number of international conventions (including the International Convention for the Protection of All Persons and the New York Convention) to grant their national courts the authority to enforce interim measures.

¹¹ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union

¹² M. HEDEMANN-ROBINSON. *Enforcement of EU Environmental Law and the Role of Interim Relief Measures*, in 19 *European Energy and Environmental Law Review* 2010, 204

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Micallef v Malta – 17056/06 [2009] ECHR 1571 (15 October 2009)*

¹⁵ HEDEMANN-ROBINSON, *supra* note 12

2. – Prerequisites for granting interim measures.

Interim measures will be granted when specific prerequisites are met:

- the claimant brings an admissible action, that is the claimant is allowed to enforce the alleged right;
- the action is *prima facie* founded (*fumus boni iuris*), that is there are sound reasons to believe that such right has been or is likely to be infringed by the defendant. In other words, this requirement refers to the reasonable probability of the claimant's success with the alleged claim. For this reason, the claimant must submit solid written evidence to the court. *A contrario*, if upon examination it appears that the facts alleged by the applicant cannot as a matter of law sustain such a right, then there are two possibilities: 1) the court may require submission of further evidence showing the need for imposing the requested measure; 2) there is no subject matter to be preserved and therefore no interim measure will be granted¹⁶.

Moreover, in several countries:

- the requested protective measure has to be urgent, that is the court has to estimate that this measure is important to avert any risks of impending danger, uphold a right or manage a situation (*periculum in mora*)¹⁷;
- the protective measure requested by the claimant has to be necessary for protecting specific interests and rights under the future judgment;
- the particular interim measure has to be proportional to the claimant's interest. This means that the benefits provided by interim measures to the plaintiff must be balanced with the inconveniences caused by them to the defendant¹⁸. In other words, an interim measure limiting the defendant's rights beyond what is needed to guarantee that the final judgment is enforced will not be awarded to the claimant.

3. – Interim measures in selected countries.

3.1. – Types of Interim Measures: Greece, Poland, UK.

Greece

The injunctive measures available are the following:

- surety;

¹⁶ ZOROSKA-KAMILOVSKA, *supra* note 5

¹⁷ B. ADKINS and S. BEIGHTON (eds), *Private Antitrust Litigation*, London, 2013

¹⁸ M. BORONKAY, *The Protection of Trade Secrets and Know-How: Hungary*, Stockholm 2015

- registration of a mortgage prenotation;
- conservative attachment;
- judicial sequestration;
- interim hearing of claims;
- interim regulation of the situation;
- impoundment;
- release from impoundment;
- stock-taking; and
- deposit of assets at a bank¹⁹.

Poland

Pecuniary claims are secured by:

- seizure of movables, remuneration for work, bank accounts or other claims or property right;
- establishing an obligatory mortgage on the obligor's real estate;
- establishing a prohibition to sell, or encumber real estate for which there is no land and mortgage register, or for which the land and mortgage register is lost or damaged;
- establishing a sea mortgage on a vessel or vessel under construction;
- establishing a prohibition to sell the cooperative ownership right to premises;
- issuing an administration order against the obligor's business, farm or an establishment making up the obligor's business or its part, or a part of the obligor's farm (Art. 747 Code of Civil Procedure).

Non-pecuniary claims

Based on the circumstances, a court can resort to various means to secure pecuniary or non-pecuniary claims. In particular, the court may:

- settle rights and obligations of the parties or participants for the entire period when the proceedings are carried out;
- order a prohibition to sell objects or rights covered by the proceedings;
- suspend execution or enforcement proceedings;
- settle responsibilities related to child custody;
- order to issue a warning to the land and mortgage register or to any other register (Art. 755 sec. 1 Code of Civil Procedure).

UK

Based on the circumstances of each case, the claimant may need to: (i) maintain assets in keeping with the expected decision of the civil case

¹⁹ ADKINS and BEIGHTON, *supra* note 17

against the defendant; (ii) protect evidence that the defendant might seek to destroy or hide upon finding out that their breach have come to light; and (iii) consolidate the civil claim by securing proof from third parties. These objectives can be accomplished by means of specific interim measures outlined below:²⁰

- interim injunctions;
- interim declarations;
- orders regarding detention, custody, preservation, inspection, sampling, sale of or payment regarding a property;
- orders authorizing the entry into any land or building;
- orders to give up goods;
- freezing orders and orders directing that a party provide information about the location of any property or assets which are the subject of such freezing order;
- search orders;
- orders for disclosure of documents or inspection of property prior to a claim being made against either an actual or potential opposing party and/or against an entity which is not party to the proceedings;
- orders for interim payment on account of any damages, debt or other sum the court may hold the defendant liable to pay;
- orders regarding the payment of monies to the court pending the outcome of proceedings;
- orders directing a party to file an account or directing an account/inquiry be made by the court; and
- orders regarding the enforcement of intellectual property proceedings (CPR 25.1(1)).

Freezing orders (Mareva orders)

The order takes its name from the case *Mareva Campania Naviera S.A. v International Bulkcarriers S.A.*²¹. The Civil Procedure Rules now refer to it as a freezing injunction (CPR 25.1 (1)(f)).

Initially, the authorities believed that injunctions were not applicable to UK-based defendants, as they were originally formulated against non-British defendants who owned assets in the UK. The Civil Procedure Rules currently provide that the injunction may be granted in relation to assets “whether located within the jurisdiction or not” (CPR 25.1 (1)(f)).

To ensure that a defendant’s assets are enough to fulfil a ruling against him/her, the defendant can be forbidden from dissipating his/her assets through a freezing order, which can also be implemented after the ruling in

²⁰ K. OLIVER. *UK: Civil Interim Measures in England* in *Mondaq*, 2016

²¹ *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA The Mareva* [1980] 1 All ER 213.

order to maintain the assets until the ruling is enforced. A worldwide freezing order can be issued by the court if the assets owned by the defendant in the jurisdiction are not sufficient to cover the plaintiff's claim.

A Penal Notice serves to authorize both freezing and search orders. However, the viability of worldwide orders depends on their recognition, registration or enforcement by the relevant foreign courts, since the English court lacks jurisdiction over third parties not residing in the UK. This procedure is known as the 'domestication' of the English order²².

The freezing order does not encompass all the assets of the defendant, but only those which are necessary to cover the plaintiff's claim and any accruing legal expenses and interest. The "surplus" assets can be used by the defendant. In addition, the freezing order can be discharged through payment into court of the amount equal to the value of the limit or providing security in that sum²³.

Freezing orders do not deprive the defendant of his/her proprietary rights over the owned assets but prohibit the defendant from dissipating them. Hence, if the defendant becomes insolvent, the plaintiff does not gain any benefit from the insolvency. However, in cases in which claims of proprietary rights are made over frozen assets, things stand differently. Since a freezing order constitutes an interim measure, the defendant can resort to the frozen assets to cover legal costs and daily living costs to a limit established by the court. To ensure that the assets are not used unreasonably by the defendant, the plaintiff can control, to a certain extent, cost increases asserted by the defendant. For instance, the plaintiff, or if there is no agreement, the court, must approve any rise in costs²⁴.

The worldwide freezing order requires that the defendant give details of the value, location and other characteristics of assets within the jurisdiction or elsewhere.

The level of control afforded to the plaintiff enables him/her to keep track of the assets and inform third parties about the freezing order. However, if such information is compromising for the defendant, it may be concealed or disclosed only partially. On the other hand, if the defendant relies on this privilege, this is generally regarded as an admission of liability²⁵.

The defendant is not informed when a freezing order request is submitted to the court, becoming aware of the order only when he/she receives it personally. This procedure is intended to avoid informing the

²² OLIVER, *supra* note 20

²³ *Ibidem*

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*

defendant and third parties that the claimant intends to start a claim against the defendant or to take legal action in order to secure the assets and/or evidence. If the plaintiff's intent is known to the defendant, the freezing order may be denied by the court, as "the court is unlikely to make orders which are futile"²⁶.

The plaintiff must fulfil several conditions to secure a freezing order: he/she must:

- have a good arguable case;
- demonstrate that the likelihood of assets dissipation is high; and
- demonstrate the correctness and viability of the order²⁷.

In order to keep a proper balance, the plaintiff will be requested by the court to give a "cross-undertaking in damages", that is to pledge that he/she will conform to any action the court might take if it concludes that the defendant suffered damages due to the freezing order and is therefore entitled to be repaid for his/her loss.²⁸

Proprietary injunctions

The plaintiff can obtain a proprietary freezing injunction if he/she can prove that his/her property, including cash or earnings from the property – in other words his/her proprietary assets – are held by the defendant²⁹.

Section 25 of the Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 provides the plaintiff with a valuable weapon, as it enables an English court to award interim relief in order to support legal action unfolding in another location. This is applicable in cases in which the assets are in England whereas the defendant is in another location, outside the jurisdiction, where the substantive proceedings are undertaken. Foreign proceedings do not necessarily need to have already been initiated, if it is sure that they will be initiated. As long as adequate geographical connection can be proven, relief that cannot be secured where the substantive proceedings occur can be secured in England³⁰.

3.2 – Eligible applicants

In some countries, for instance in Poland, the beneficiary or the entity exerting beneficiary rights (e.g. the prosecutor or a voluntary organisation) can demand security interests. Moreover, in cases in which proceedings can

²⁶ *Oaktree Financial Services Ltd v Higham* [2004] EWHC 2098 (Ch), LTL 11/5/04

²⁷ C.A. RICKARDS and J.M. MANNING. *Mareva Injunctions and Attachment Orders: How we Have Reaped What the Shady Mariners Have Sowed in Legal Education Society of Alberta*, 2008

²⁸ OLIVER, *supra* note 20

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*

be commenced ex officio, the security interests may be granted ex officio as well³¹.

3.3 – Jurisdiction

Belgium

In Belgium there are different courts that can grant interim measures, depending on the subject matter of the dispute: for instance, an application for interim measures can be made to the President of the Court of First Instance, to the Labour Court or the Commercial Court.

Italy

In Italy, state courts have jurisdiction over interim proceedings when either the measure requested has to be enforced in Italy or judgment on the merits (*giudizio di merito*) falls within Italian jurisdiction. As Italian Law prevents arbitral tribunals from granting any preliminary or interim relief measures (such as seizures or other interim measures), whether *ante causam* or during the proceedings (Art. 818, Codice di procedura civile) ('c.p.c.'), interim measures must be sought from state courts, addressing the request to the competent court. The parties' request to a court for interim relief has no effect on the jurisdiction of the arbitral tribunal; Article 669–octies c.p.c. deals with interim measures in disputes submitted to arbitration.

England and Wales

In England and Wales, English courts have jurisdiction on the interim measures' decision if:

- a defendant is in England;
- a defendant submits to the jurisdiction;
- the assets in question are within or have passed through the jurisdiction; and
- the act was within the jurisdiction.

Moreover, English courts have the power to grant interim relief when proceedings between the same parties are pending in the courts of another Lugano Convention³² State (Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982, section 25).

In general, an application must be made to the court where the claim is presently being dealt with. This will be the court where the proceedings were commenced (CPR 23.2(1)) unless:

³¹ E–note 1, *The prerequisites for execution in European judicial Enforcement* 2016

³² Convention on the jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters Lugano 1988.

- the claim has been transferred (CPR 23.2(2));
- the claim has been listed for trial at another court, in which event the application should be made to the trial court (CPR 23.2(3)); or
- the application is made after judgment, in which event the application may need to be made to the court dealing with enforcement (CPR 23.2(5)).

3.4 – *Ex Parte* Orders and the Right of Defence of the Defendant

Hungary

Courts usually grant the defendant the chance to respond to an interim measure request brought by the claimant, unless in extremely urgent cases (Section 156(4) Code of Civil Procedure), in which the interim measures are awarded by the court *ex parte*. The occurrence of *ex parte* orders is rather rare: they are only issued when it is likely that deferral might engender irreversible damage, or when evidence might be lost (Section 88(11) of the Competition Act).

Romania

In the last few years the Romanian courts have granted a significant number of interim measures, even in *ex parte* proceedings³³.

3.5 – Experts' reports

Belgium

Experts' reports are an important source of evidence, especially in cases of technical complexity. The court may demand an expert report based on its own initiative, or one of the parties' request. In both circumstances, the court is responsible for establishing the role of the expert, who provides advice exclusively on technical issues. Furthermore, during the process, the parties shall cooperate through attending meetings and supplying the expert with the information and documents needed to conduct a technical evaluation of the points at issue. If the parties refuse to cooperate, the court can draw the appropriate conclusions from their refusal. The expert provides the court with a draft of the report with his/her findings. The final expert report is not binding on the court, nevertheless it is considered as important evidence. In general, the expert's conclusions are accepted by the court. If instead the

³³ D.M. VILAU, *Romania: Tackling infringement in Romania*, in *World Trademark Review* 2016

court does not accept the conclusions reached by the expert, it has to state the reasons for its decision³⁴.

In case of urgency, the President of the Court can be petitioned to designate an expert during the interim proceedings³⁵.

Italy

If the matter is complex, the judge could appoint a court expert (*consulente tecnico d'ufficio*) ('CTU') to assist the court in the technical matters involved; in this case, the urgent proceedings could have a duration of about two/six months (Art. 62 c.p.c.).

3.6 – Appeal

Hungary

The court has to decide on the request for interim measures within 15 days and, in case of an appeal, the second instance court also has 15 days to render its decision (CPC, s 156(8)).

Italy

If the court awards its decision regarding the interim measure request, granting or refusing seizure, description and injunction, during the hearing or hearing communication or service, the petitioner can appeal the decision (*reclamo*) before a panel consisting of three judges of the court of first instance in a period of 15 days from the decision (Art. 669.13 c.p.c.). Every aspect is reanalysed by this panel and its decision is final.

However, if new information or juridical justification arises in an urgent case, a new request for interim measures may be brought by the claimant (Art. 669.10 c.p.c.).

Netherlands

The party who initially requested interim measures can afterward demand a summary appeal (*spoedappel*)³⁶.

4. – Injunctive Relief

4.1 – Overview on Injunctive Relief

³⁴ BAKER and MCKENZIE, *Dispute Resolution Around the World – Belgium*, Chicago, 2013

³⁵ *Ibidem*

³⁶ W. SCHENK and J.H. BLAUW. *Het kort geding. A Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn, 2002

An injunction is an order issued by a court, which requires a *person* to *do* or cease doing a particular action: in the former case the court will issue a mandatory injunction, in the latter a prohibitory injunction³⁷.

Injunctions are aimed at hindering future infringements of the law, or at demanding that the defendant rectify past violations of the law. Injunctions are needed in all those cases in which the harm done to the claimant would be protracted or worsened if the court's decision was issued only at the end of the trial. An example thereof could be an oil spill, which otherwise could pollute marine and coastal environment: in such case, a prohibitory injunction would forbid the defendant to pump oil in the pipeline as long as the malfunction or *breakdown has not been* fixed, and a mandatory injunction would impose to the defendant to clean up waters and coasts. It is not uncommon to find injunctions that have both prohibitory and mandatory elements, disallowing certain conduct and prescribing another one.

In the United States, injunctions can be distinguished also into preliminary injunctions and permanent injunctions. The former are granted provisionally before a trial to maintain the *status quo* until the court hears both sides and decides whether to grant a permanent injunction; the latter are given after the trial. In the EU the different forms are called interlocutory injunctions and permanent injunctions: their purpose is, respectively, to avert impending infringement or stop the alleged infringement from going on.

For instance, in order to comply with Directive 2004/48/EC on the Enforcement of Intellectual Property Rights ('IPRED'), Member States must make specific measures available to the holder of rights, including interlocutory and permanent injunctions (Arts. 9 and 11 IPRED).

Research pointed out that not only can "consumers (...) be protected better at the European level than at the national level"³⁸, but also that "consumers expect and support such action"³⁹.

Many researchers and experts share the opinion that consumer protection policy must be shaped at the EU level for several reasons:

- No single Member State has the authority to generate community-wide law, and so no single Member State can address the problem of generating consumer confidence in the single market;

³⁷ K. STOLL-DEBELL, N.L. DEMPSEY and B.E. DEMPSEY. *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, Chicago, 2009

³⁸ J. HUET. *Recent Developments in the Field of Consumer Protection in the European Community* in 16(4) *Hastings International & Competition Law Review*, 583

³⁹ D.J. SCHWARTZ. *Loose Teeth in European Union Consumer Protection Policy: The Injunction Directive and the Mass Default Scenario*, in 28 *Ga. Journal of International and Comp Law* 2000, 527

- The European institutions are the only bodies with the authority to carry out EU-wide initiatives due to the primacy and direct applicability of EU law.

Indeed, the EU adopted a first program for consumer protection and information policy already in 1975: here, one of the five consumers' fundamental rights was mentioned as "proper redress (...) by means of swift, effective, and inexpensive procedures".⁴⁰

However, until 1998 substantive consumer law directives were adopted with the principal aim to afford individual consumers a better position. In that year, the Action for Injunction was introduced by the EU (then still known as the European Communities) as an autonomous collective enforcement tool.

5. – The Injunctions Directive

The Directive 98/27/EC of 19 May 1998 on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests ('Injunctions Directive') offers a comprehensive scheme regarding implementation of consumer law in court proceedings undertaken at both national and international level.

It was aimed at giving attention to the "urgent need for some degree of approximation of national provisions designed to enjoin the cessation of (...) [violations of consumer protection regulations] irrespective of the country in which the unlawful practice has produced its effects" (Recital 6 Injunctions Directive).

This "urgent need" arose, on the one hand, from the fact that businesses had the possibility to move to a different Member State with lower consumer protection standards (Recital 4 Injunctions Directive), distorting competition in this way; on the other hand, it derived from the awareness that, although there were both national and EU measures aimed at guaranteeing compliance to directives for consumer protection, the existing legislation could not always stop infringements in a timely fashion (Recital 2 Injunctions Directive).

It was considered that such shortcomings interfered with the "smooth functioning of the internal market" (Recital 2 Injunctions Directive) and likely diminishing "consumer confidence in the internal market" (Recital 5 Injunctions Directive).

Therefore, the Injunctions Directive was deemed necessary, especially in cases of collective interests. To put it in the words of Weatherill "such collective action represents an important mechanism for securing law

⁴⁰ Preliminary Program of the European Economic Community for a Consumer Protection and Information Policy 1975

enforcement in light of the inability of an individual consumer relying on the private law effectively to dissuade widespread malpractice"⁴¹.

This paper will now examine in detail the main characteristics of the Injunctions Directive, according to the approach proposed by some researchers⁴².

5.1 – Strengths of the Injunctions Directive

The main strengths of the Injunctions Directive concern standing and the principle of mutual recognition, the strict time constraints granted for stopping unlawful practices, its breadth and resoluteness.

Standing through Mutual Recognition

Compared to earlier consumer protection directives, the Injunctions Directive constituted a major step forward: through the principle of mutual recognition, the Injunctions Directive afforded legal standing, in cases bearing a transnational dimension, to qualified bodies: not only to public agencies but also to consumer organizations with EU-level registration.

According to the principle of mutual recognition, the standing of these entities must be accepted by courts at national level in all Member States. Overcoming the problems previously related to the non-recognition of consumer organizations, the Injunctions Directive removed an important obstacle hindering consumer organizations from requesting termination of infringements harmful to the collective interests.

In effect, when the Proposal for an Injunctions Directive was made, the effectiveness of the existing directives⁴³ was circumscribed by the following limitations:

- litigation could be initiated solely by qualified entities, and
- "in certain Member States the very admissibility of the action [was] predicated on the infringement of a provision of national law"⁴⁴.

Although the first limit has not been addressed by the Injunctions Directive, the second one has been tackled through the implementation of the mutual recognition principle (Recital 11 Injunctions Directive). The

⁴¹ S. WEATHERILL. *EC Consumer Law and Policy*, Harlow, 1997

⁴² SCHWARTZ, *supra* note 39

⁴³ Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984; Council Directive 89/577/EEC of 20 December 1985; Council Directive 87/102/EEC of 22 December 1986; Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 (as amended by Directive 97/36/EC); Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990; Council Directive 92/28/EEC of 31 March 1992; Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993; Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994; Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997.

⁴⁴ Commission Proposal for a European Parliament and Council Directive on injunctions for the protection of consumers' interests (1996) (96/C 107 /03)

principle has been precisely defined in the Opinion of the European Economic and Social Committee ('EESC') on the "Proposal for a European Parliament and Council Directive on injunctions for the protection of consumers' interests", in which the EESC stated: "[it means] that a 'qualified entity' (i.e. a person having an interest in bringing an action) in country A may either apply directly to a court in country B or initiate injunction proceedings via a qualified entity in country B (para 1.5)"⁴⁵.

If the principle of mutual recognition did not apply and the situation was not covered by any international convention, Member State B would not be bound to enforce rulings awarded to groups in Member State A, nor to groups in Member State B representing a plaintiff in Member State A⁴⁶. On the contrary, applying the principle of mutual recognition, "[w]hen practices contrary to ... [the covered directives] are detected ... in a Member State apart from the one in which they originated, the Directive requires the relevant bodies in the second Member State to take direct or indirect action in the first one"⁴⁷.

Many researchers stressed that the mutual recognition principle is one of the most important legal instruments in international and transnational relations⁴⁸.

Strict Time Constraints Granted for Stopping Unlawful Practices

The Injunctions Directive affords a two-week time span to infringers in order to cease infringement and conform with the rules in force prior to the issuing of an injunction (Art. 5(1) Injunctions Directive).

Breadth

Referring to nine directives, the Injunctions Directive is very broad and serves to compel Member States to comply with the EU requirement of implementing homogeneous injunction proceedings⁴⁹.

Resoluteness

Some directives concerning consumer protection are listed in the Annex to the Injunctions Directive. These directives already included injunction

⁴⁵ Economic and Social Committee, Opinion of the Economic and Social Committee on the 'Proposal for a European Parliament and Council Directive on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests' 1997 OJ C 30/27

⁴⁶ B. SCHMITZ. *Advertising and Commercial Communications—Towards a Coherent and Effective EC Policy* in N. Reich and G. Woodroffe (eds) *European Consumer Policy After Maastricht*, Heidelberg, 1994

⁴⁷ SCHWARTZ, *supra* note 39

⁴⁸ M. ORTINO. *The Role and Functioning of Mutual Recognition in the European Market of Financial Service*, in 56(2) *The International and Comparative Law Quarterly* 2007, 309; A. ROMA VALDÉS. *The Mutual recognition principle in criminal matters: a review*, in 16(3) *ERA Forum* 2015, 29123

⁴⁹ SCHWARTZ, *supra* note 39

provisions; but the Injunctions Directive significantly differs from the earlier ones because here the EU adopted a much more resolute position.

For instance, Article 7 Directive 93/13/EEC on Unfair Terms in Consumer Contracts affirms that "Member States shall ensure that adequate and effective means exist to prevent the continued [infractio]n]" but does not set some highly desirable characteristics of the response, such as promptness and efficacy.

On the contrary, the Injunctions Directive establishes that Member States shall possess the capacity to act with "all due expediency" by way of "summary procedure" (Art. 2(a) Injunctions Directive) issuing orders, publishing decisions and corrective statements in order to "eliminate[e] the continuing effects of the infringement" (Art. 2(1)(a)(b) Injunctions Directive).

The powers attached to the Injunctions Directive are reinforced by Article 2, which grants Member States the power to force infringers to make payments to the public purse or to a beneficiary chosen, "insofar as the legal system of the Member State concerned so permits" (Art. 2(1)(c) Injunctions Directive).

5.2 – Limitations of the Injunctions Directive

As research pointed out, the power of the Injunctions Directive is weakened by some internal limitations: some of them are connected to its specific content, whereas others are rather connected to its nature as a directive⁵⁰. Among the former there are: narrowness of the term "qualified entities", lack of provisions for damages and limitation in the covered directives. Among the latter we can identify subsidiarity principle and purpose of directives.

Scope of the Term "Qualified Entities"

As previously mentioned, standing in legal proceedings under the Injunctions Directive is restricted to qualified entities.

Art. 3 clarifies what this term encompasses: "A 'qualified entity' is: any body or organisation which, being properly constituted according to the law of a Member State, has a legitimate interest in ensuring that the provisions referred to in Article 1 are complied with, in particular: (a) one or more independent public bodies, specifically responsible for protecting the interests referred to in Article 1, in Member States in which such bodies exist and/or (b) organisations whose purpose is to protect the interests referred to in article 1, in accordance with the criteria laid down by their national law" (Art. 3 Injunctions Directive).

Notwithstanding the narrowness of this definition, these qualified entities exhibit significant variation in terms of numbers and power within

⁵⁰ *Ibidem*

national jurisdictions. In some Member States such as the United Kingdom and Germany, these entities are government funded. In other Member States these organizations can count only on membership fees⁵¹.

Lack of Provisions for Damages

The EESC found that a major shortcoming of the Injunctions Directive is the absence of any provisions related to action for damages⁵². In the context of a mass default, defined as a situation in which a company obtains high revenues from the infringement of EU consumer laws to the disadvantage of consumers, such as the case where a company imposes high penalties on consumers who want to repay their loans earlier than scheduled, in violation of EU law. In this situation, the likelihood of later injunctions may not necessarily constitute a deterrent for the infringer, and the risk of lawsuits is rather low, as the legal costs significantly exceed the monetary damage caused to each consumer.

The practical consequence is that the infringer can continue to cause damages to others remaining unpunished⁵³.

Some scholars argue that pressure from the industries might have determined the non-inclusion of such a provision in the Injunctions Directive⁵⁴.

Limitation in the Covered Directives

Only a handful of directives associated with consumer protection are listed in the Annex to the Injunctions Directive, whereas some key directives, such as those related to product safety, banking and insurance, are not included⁵⁵.

Subsidiarity

Although paragraph 7 in the Preamble states that: “the objective of the action envisaged can only be attained by the Community; (...) [and] it is therefore incumbent on the Community to act”, based on the principle of subsidiarity, Member States are allowed to interpret enforcement-related aspects in their own way.

According to the Preamble, the Injunctions Directive can be enforced:

- “by independent public bodies, specifically responsible for the protection of the collective interests of consumers”; and

⁵¹ European Commission, *Consumer Policy in Austria as Compared with the Other Member States of the European Union*, XXIV (98) A.2 (1998)

⁵² Economic and Social Committee, *Opinion of the Economic and Social Committee on the ‘Proposal for a European Parliament and Council Directive on Injunctions for the Protection of Consumers’ Interests’ 1997 OJ C 30/27*

⁵³ SCHWARTZ, *supra* note 39

⁵⁴ G.T. BRADY. *Consumer Protection in the European Community: Hope for the Consumer or Unfulfilled Promises?*, in 23(1) *NCJ Int’l L & Com Reg* 1997, 155

⁵⁵ *Ibidem*

- "by organisations whose purpose is to protect the collective interests of consumers, in accordance with criteria laid down by national law" (Recital 9 Injunctions Directive).

Research argued that the second option is detrimental to consumers, because, in cases with transnational implications "the authorities at the place of the damage are not obliged to take legal action as they are not the national bodies of the country of the individual affected"⁵⁶.

An additional important limitation of the Injunctions Directive can be found in Article 4. The foreign plaintiff may be requested by the Member State where the infringement occurred to resort to a qualified entity from that Member State to initiate proceedings: the EESC claimed that this results in a restriction of the principle of mutual recognition⁵⁷.

Nature of Directives

Some limits are linked to the specific nature of this kind of secondary legislation. It is widely known that directives have usually no horizontal direct effect: this means that they cannot directly impose obligations on private parties, as they are only "binding in relation to each Member State to which (...) [they are] addressed"⁵⁸. As a consequence, the effectiveness of a directive is closely connected to the way it is transposed by the different Member States.

Member States enjoy a considerable freedom in transposing directives, which they use for establishing the most appropriate way to improve achievements. However, some researchers claim that sometimes this freedom could also be interpreted "as a concise formula for inaction"⁵⁹.

5.3 – External constraints

Research stressed that there are also external constraints which limit the effectiveness of the Injunctions Directive: they include the traditional European diffidence against class actions, the lack of a single authority in charge for consumer affairs, and the different attitudes toward consumers and businesses.

Diffidence against Class Actions

Due to the traditional European diffidence against class actions, the actions available are not class actions, but group actions, which are structured in a different way. In group actions individual plaintiffs having

⁵⁶ V. KENDALL, *EC Consumer Law*, Hoboken, 1994

⁵⁷ Economic and Social Committee, Opinion of the Economic and Social Committee on the 'Proposal for a European Parliament and Council Directive on Injunctions for the Protection of Consumers' Interests' 1997 OJ C 30/27

⁵⁸ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, 2 ed., Cambridge, 2018

⁵⁹ L. GIBSON, *Subsidiarity: The Implications for Consumer Policy*, in 16 *J. Consumer Pol'y*, 1993, 323

similar rights join together as co-plaintiffs or have their actions consolidated. In class actions one party brings a claim in his name, both on his own behalf and on behalf of the class, that is all those who are in a similar situation.

Lack of a Single Authority in Charge for Consumer Affairs

Most Member States did not designate one single authority to deal with consumer affairs⁶⁰. This leads to issues regarding the allocation of duties between the various ministries responsible for consumer protection and, as a consequence, to a lack of co-ordination and harmonization of the Member States' policies on consumer protection.

Different Attitudes toward Consumers and Businesses

Consumer protection is implemented to different extents in the Member States. Research highlighted that: "[t]he organizations of the northern countries are more structured and there is a strong tradition of consumer awareness [as] compared to the Mediterranean countries"⁶¹.

Other researchers pointed out that the lack of homogeneity among Member States is detrimental to the standardization that the single market needs⁶².

Moreover, a Member State may show a benevolent attitude towards defendant businesses. In presenting itself as a business-friendly haven, the State could promote the localization of multinational corporations within its borders⁶³.

6. – Further secondary legislation

Further pieces of secondary legislation concerning injunctions were issued between 2009 and 2013. They are Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers' interests and Recommendation 2013/396/EU on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms

Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers' interests

⁶⁰ Italy: Ministry of Economic Development; Spain: the consumer protection policy is a shared competence between the State (the Central Government) and the regional governments of the Autonomous Communities ('Comunidades autónomas'), the latter ones within their respective territories, the Central Government through the Ministry of Health, Social Affairs and Equality; Hungary: Ministry for National Economy, Ministry of National resources, Ministry of Public administration and Justice.

⁶¹ KENDALL, *supra* note 56

⁶² BRADY, *supra* note 54

⁶³ S. LI, *East Asian Business in the New World: Helping Old Economies Revitalize*, Amsterdam, 2016

In 2009, the Directive on injunctions for the protection of consumers' interests was issued, repealing Directive 98/27/EC.

Indeed, the preamble and the articles are identical, except for Article 8 on implementation. The amended part is, essentially, the list of the directives covered.

Recommendation 2013/396/EU on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms

In June 2013, the European Commission published the Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union Law ('Commission Recommendation'). It does not impose obligations on Member States but may represent a guide to improve their present legislations, making available to consumers and investors effective methods to compensate the harm endured.

The Commission Recommendation inspired the European Parliament in its report "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress" ('European Parliament Report'), in which the European Parliament expressed its own perspective:

"[The European Parliament] takes the view that injunctive relief also plays an important role in safeguarding rights which citizens and companies enjoy under EU law and believes that the mechanisms introduced under Regulation (EC) No 2006/2004 on consumer protection cooperation, as well as Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumer interests can be significantly improved so as to foster cooperation and injunctive relief in cross-border situations" (Recital 11 European Parliament Report)⁶⁴;

"takes the view that the need to improve injunctive relief remedies is particularly great in the environmental sector" (Recital 12 European Parliament Report)⁶⁵;

"consider that injunctive relief should focus on the protection of both the individual interest and the public interest, organisations should not enjoy easier access to justice than individuals" (Recital 13 European Parliament Report)⁶⁶;

"emphasis[e], nonetheless, the fact that neither Directive 98/27/EC nor Regulation (EC) No 2006/2004 allows consumers to be compensated for the damage suffered" (Recital 14 European Parliament Report)⁶⁷;

⁶⁴ European Parliament, report "Towards a Coherent European Approach to Collective Redress" (2011/2089(INI))

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ *Ibidem*

“stress that many of the infringements of Union law identified by the Commission in the field of EU consumer protection measures call for the strengthening of injunctive relief (1), while acknowledging that injunctive relief is not sufficient when victims have suffered damage and have the right to compensation” (Recital 23 European Parliament Report)⁶⁸.

7. – Policy evaluations

The most important evaluations on the policies concerning injunctions are: the Study on the application of Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers’ interests, the REFIT Fitness Check of consumer law, and the Roadmap for the REFIT of the Consumer Law Acquis 2016.

Study on the application of Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers’ interests

This study was commissioned in December 2011 by the Directorate-General Health and Consumer Protection of the European Commission (DG SANCO): it deals exclusively with the application of the Injunctions Directive 2009/22/EC¹ in nine Member States, examining the practices of both domestic and cross-border injunctions for the protection of consumers’ interests⁶⁹. The study constitutes a useful basis for considerations on the relevant role that consumer injunctions can play in the protection of consumers’ interests.

Indeed, the European Parliament itself stressed that: “Injunctive relief plays an important role in safeguarding rights which citizens and companies enjoy under EU law and believes that the mechanisms introduced under [...] Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumer interests can be significantly improved so as to foster cooperation and injunctive relief in cross-border situations”⁷⁰.

REFIT Fitness Check of consumer law

In December 2015, the European Commission issued the REFIT Fitness Check of consumer law: therein, with regards to the Injunctions Directives, it claims:

“The first 2008 Report on the Injunctions Directive reported on its transposition by Member States, its application and obstacles for the use of the injunction procedure for cross-border infringements. The second 2012 Report provided for more detailed analysis of the use of the injunction

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ J. KARSTEN. *Study on the application of Directive 2009/22/EC on injunctions for the protection of consumers’ interests (former Directive 98/27/EC)*, European Commission Directorate-General for Health and Consumers, 2011

⁷⁰ European Parliament, Committee on Legal Affairs, Draft Report on Towards a Coherent European Approach to Collective Redress, 2011/2089(INI), Motion for a European Parliament Resolution, para. 6.

procedure, reported on its impact on consumers and explored more in depth the question of its effectiveness. The two above mentioned Commission reports showed that the introduction – thanks to the Injunctions Directive – of the injunction procedure in all EU Member States has brought substantial benefits to the European consumers. Injunctions proved to be a successful tool for policing markets, especially to ensure fair contract terms. The injunction procedure has been largely used for national infringements but had had a much more limited impact on cross-border infringements. The two reports provided for an important analysis of the application of the Directive, responded to some extent to the evaluation questions and concluded that the application of the Directive should be further examined at the occasion of future Commission reports, in order to decide whether there is a need for its amendment”⁷¹.

Roadmap for the REFIT of the Consumer Law Acquis 2016

The Roadmap for the REFIT of the Consumer Law Acquis 2016 was published in April 2016 by BEUC – The European Consumer Organization.

This document stresses that there are several reasons why the Injunctions Directive has failed as a consumer protection mechanism. These reasons include the expensive nature of international proceedings, the potential lack of compensation for the expenses accumulated during the proceedings by consumer organizations, even when the latter won the case, as well as procedural difficulties like issues of evidence acquisition and extensive duration of proceedings.

Moreover, it suggests assessing the possibility to include other areas in the scope of the Directive, for instance product liability or data protection, and to create a platform for collecting information on all injunction requests filed in cross-border cases. Furthermore, it highlights that besides consumers’ collective interests, individual consumers’ interests should be protected as well, for instance through compensation or through the possibility to withdraw from the contract if the trader acted unfairly.

8. – Conclusive remarks

This article has provided the reader with an introduction to interim measures, whose main purpose is to preserve the rights and interests of both parties, avoiding the occurrence of irreversible harm prior to the final court ruling on the merits of a case. In its first part, the paper has highlighted some relevant aspects of interim measures, such as requirements, applicants, jurisdiction, *ex parte* orders, experts’ reports, and appeal.

A particular type of interim measures is the injunction, through which a court may order to perform or to abstain from performing a certain act. In its

⁷¹ European Commission, REFIT Fitness Check of consumer law (2015)

second part, the article has specifically focused on the evolution of injunctive measures at the European Union level, analysing the Injunctions Directive and the pieces of secondary legislation which originated from it.

Abstract

INTERIM MEASURES AND INJUNCTIVE RELIEF IN COMMON LAW AND CIVIL LAW JURISDICTIONS: A COMPARATIVE STUDY

L'articolo offre una panoramica comparatistica sui provvedimenti cautelari, ne presenta le tipologie e i presupposti per l'adozione. La prima parte dello studio esamina la normativa sulle misure cautelari in diversi Paesi europei, analizza le condizioni e i requisiti di ammissibilità del ricorso, la competenza del giudice, le condizioni per l'emissione di un decreto *inaudita altera parte* e le impugnazioni ai provvedimenti cautelari. La seconda parte dell'articolo verte sulle ingiunzioni come tipologia di misura cautelare. Ripercorre l'evoluzione della normativa sulle ingiunzioni a livello europeo, ed analizza la Direttiva 98/27/EC, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, abrogata dalla Direttiva 2009/22/CE e relative modifiche. Lo studio analizza i limiti intrinseci della Direttiva 2009/22/CE e i fattori esterni che ne hanno determinato un'applicazione non ottimale, chiarendo le ragioni del suo insuccesso come strumento di protezione dei consumatori, e presenta le proposte avanzate per un uso più ampio delle ingiunzioni.

This paper provides an overview on interim measures, presenting the different forms they can take and the necessary requirements to grant them. The first part of the paper examines the regulation of interim measures in various European countries and discusses the eligibility of applicants, the court's jurisdiction, ex parte orders and the available remedies. The second part of the article focuses on injunctions, a specific kind of interim measures. It retraces the evolution of injunctive measures at the European Union level. It analyses the Injunctions Directive, on the injunctions for the protection of consumers' interests, and further pieces of secondary legislation which stemmed from it. By scrutinising its inherent limitations and external constraints, it examines the failures on the implementation of the Injunctions Directive to act as a consumer protection mechanism and presents suggestions for a wider use of the injunction procedure.

GESTIONE DEI CREDITI DETERIORATI: LIMITI REGOLAMENTARI AL RECUPERO DEGLI UTP

MARIO JUNIOR MAZZOTTA

Avvocato

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La categoria degli *Unlikely To Pay*: classificazione e disciplina applicabile. – 3. La cartolarizzazione degli *Unlikely To Pay*. – 3.1 (*Segue*) Le modifiche alla Legge sulla Cartolarizzazione in ottica di recupero aziendale. – 4. La Garanzia sulla Cartolarizzazione delle Sofferenze: possibile estensione agli *Unlikely To Pay*? – 5. Criticità e proposte per gli *Unlikely To Pay*.

1. – La crisi economico-finanziaria del 2008 ha determinato un incremento rilevante degli *stock* dei crediti deteriorati nei bilanci delle banche europee¹.

Per favorire la dismissione rapida e dare impulso a una gestione più attiva di tali crediti – in ottica di stabilità finanziaria del mercato – sono stati adottati numerosi provvedimenti, vincolanti e non, a livello europeo e nazionale.

Nell'ambito di tali discipline, particolare attenzione merita la categoria dei crediti classificati come "inadempienze probabili", conosciute con l'acronimo UtP (*Unlikely to Pay*).

L'ultimo report sulla stabilità finanziaria – pubblicato in aprile 2020 dalla Banca d'Italia – fotografa l'ingente *stock* attestando provvisoriamente che a dicembre 2019 le esposizioni lorde totali classificate come "deteriorate" ammontavano a 147 miliardi di euro di cui 65 miliardi di euro, classificate come "inadempienze probabili"².

Si nota, quindi, come a seguito della cospicua dismissione di sofferenze realizzata negli ultimi anni³, circa la metà delle esposizioni deteriorate

¹ Per una precisa rappresentazione cronologica degli eventi mediante i quali la crisi si è manifestata, si rinvia a E. GALANTI, *N. 72/Appendice – Cronologia della crisi 2007–2012*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale n. 72 Banca d'Italia*, consultabile su <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2013-0072a/index.html>.

² Si veda il Rapporto sulla stabilità finanziaria di Banca d'Italia n. 1 – 2020, consultabile su <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/rapporto-stabilita/2020-1/index.html>.

³ Si veda l'analisi di Studio PWC, *Npl in Italia, nel 2018 cessioni record a 70 miliardi*, sul *Sole24ore*, disponibile su <https://www.ilsole24ore.com/art/npl-italia-2018-cessioni-record-70-miliardi-AERcRjvG>.

iscritte nei bilanci delle banche è rappresentata da “inadempienze probabili” (44% e 54% del totale, rispettivamente, al lordo e al netto delle rettifiche di valore).

Per tale ragione, si profila la creazione di un vero e proprio mercato di UtP contraddistinto da una visione – da parte delle banche – tesa a individuare forme efficienti di gestione di tali crediti per evitarne la totale svalutazione e – da parte degli investitori – tesa a soddisfare le richieste della banca in una potenziale operazione di dismissione di tali crediti.

Nel mezzo di tale dicotomia – concepita soltanto in ottica di dismissione e investimento in tali *assets* – si pone l'imprenditore che – tipicamente in situazioni di crisi – registra una rilevante esposizione verso il sistema bancario in molti casi sbilanciata rispetto all'entità del capitale investito nell'impresa e allo scarso ricorso al mercato obbligazionario⁴.

Lo scenario che va, quindi, prefigurandosi nel mercato europeo esula – allo stato attuale – dalla prassi ormai definita di dismissione e gestione dei crediti classificati come “sofferenze”.

Difatti, le banche, piuttosto che avere a riguardo a quanto già accaduto in relazione ad un rapporto di credito, saranno tenute a compiere una valutazione di carattere prospettico (“*Forwards Looking*”) fondata su un giudizio indipendente – dalla presenza di eventuali importi (o rate) scaduti e non pagati – che non presume necessariamente la sussistenza del sintomo esplicito di anomalia (il mancato rimborso) ma che si basa sulla percezione di alcuni fattori di carattere endogeno ed esogeno relativi alla situazione economia-finanziaria del debitore⁵.

Tale approccio si tradurrà in una maggiore difficoltà da parte delle banche stesse a classificare e frazionare i propri portafogli UtP che richiederà necessariamente una riconciliazione tra l'approccio *single name*, fondato sulle specificità del singolo debitore e l'approccio di tipo *cluster*, teso a raggruppare i crediti sulla base di criteri comuni.

⁴ Per una rappresentazione del grado di indebitamento delle imprese nei principali paesi europei si rinvia a E. CARLUCCIO – V. CONCA, *Il mercato dei NPLs tra domanda e offerta*, Milano, Egeo 2017.

⁵ Cfr. *Orientamenti sull'applicazione della definizione di default ai sensi dell'art. 178 del Regolamento (UE) n. 575/2013*, EBA/GL/2016/07 del 18.01.2017, paragrafi 59 e 60, disponibili

su [https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1721448/bd010dde-c308-4057-ae9c-842c2462a7ec/Guidelines%20on%20default%20definition%20\(EBA-GL-2016-07\)_IT.pdf](https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/1721448/bd010dde-c308-4057-ae9c-842c2462a7ec/Guidelines%20on%20default%20definition%20(EBA-GL-2016-07)_IT.pdf), la cui applicazione è prevista a partire dal 1° gennaio 2021 e la Comunicazione del 26 giugno 2019 – *Segnalazioni statistiche di vigilanza e bilancio delle banche: modifiche relative alla “Qualità del credito”* della Banca d'Italia, consultabile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c272/Com_26giugno2019.pdf.

Pertanto, le soluzioni che si prospettano per la banca sono in primo luogo, una vendita effettiva dei crediti (*derecognition*) che, come in seguito descritto, si profila usualmente nel contesto di operazioni di cartolarizzazione oppure, in secondo luogo, un affidamento della gestione a piattaforme interne ovvero a *servicer* esterni specializzati.

Quale tra queste possa definirsi come l'opzione più efficiente dipenderà da una valutazione *case by case* che la banca sarà tenuta a compiere alla luce delle possibilità che il mercato sia in grado di offrire, con un occhio alla costante esigenza di migliorare l'*asset quality* nel breve termine.

La difficoltà di tale scelta è acuita maggiormente nei contesti, come quello italiano, nei quali i tempi del sistema giudiziario costituiscono un fattore rilevante così come il fenomeno del multi-affidamento delle operazioni in *pool* che impone un accordo tra banche creditrici che si trovano in situazioni diverse in relazione alle singole posizioni (anche in forza delle regole di escussione tra loro concordate in ragione delle garanzie detenute).

In aggiunta, particolare rilievo assumerà la tipologia tipica di debitore, che varia a seconda delle peculiarità dei tessuti imprenditoriali di riferimento e condizionerà la scelta delle singole banche di continuare a garantire o meno liquidità⁶.

Ebbene, ai fini del presente elaborato ci limiteremo ad ipotizzare alcune proposte tese a favorire una possibile gestione degli UtP esaminando e valutando se l'attuale impianto normativo sia sufficiente a consentire a ciascuna banca di selezionare forme adeguate per gestire la complessità tipica degli UtP, in un'ottica che non sia meramente incentrata sulla dismissione di tali *assets* ma anche sul rientro *in bonis* dell'esposizione in modo da garantire la continuità aziendale delle imprese in crisi e migliorare la qualità del credito allocato.

2. – Le “inadempienze probabili” sono esposizioni per le quali la banca giudichi improbabile che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni creditizie.

Mentre l'ordinamento italiano – con la circolare della Banca d'Italia 272 del 30 luglio 2008, 7° aggiornamento del 20 gennaio 2015 – ha fornito, seppur a fini statistici, un'espressa definizione di “inadempienze probabili”⁷

⁶ Sulla base degli ultimi dati relativi al decennio 2009–2019, è stato rilevato che istituti di credito di Olanda, Francia e Germania sono stati in grado non solo di mantenere la stabilità del livello dei prestiti, ma in certi casi aumentare tale iniezione di liquidità; diversamente le banche in Italia e Spagna, hanno registrato una contrazione del volume complessivo dei finanziamenti alle imprese.

⁷ Cfr. Circolare della Banca d'Italia 272 del 30 luglio 2008 – Testo integrale al 12° aggiornamento che distingue le attività finanziarie deteriorate in 1) Sofferenze: “ovvero il complesso delle esposizioni creditizie per cassa e fuori bilancio nei

– a livello europeo – tale sotto categoria rientra, senza distinzioni in merito al grado di anomalia dell'esposizione, nella nozione armonizzata di “*Non-Performing Exposures*” (NPEs)⁸.

Secondo la definizione generale europea⁹, un'esposizione creditizia rientra nella categoria delle NPEs qualora le obbligazioni di pagamento siano scadute da oltre 90 giorni (*past due*) oppure qualora l'intermediario, a seguito di giudizio circa la capacità di rimborso del debitore, reputi necessaria l'escussione delle garanzie.

Ebbene, a livello europeo, nonostante la consapevolezza delle differenze sostanziali tra la categoria degli UtP e quella degli NPLs, è stata adottata una nozione onnicomprensiva fondata sulla semplice dicotomia scaduto/inadempienza probabile, giustificata dall'esigenza di evitare “arbitraggi”, ovvero non consentire alle banche di ritardare il passaggio degli UtP ad NPLs in modo artificioso¹⁰.

L'uniformità terminologica consentirebbe di orientare l'azione di vigilanza delle autorità poiché l'esistenza di regole difformi tra i vari ordinamenti in relazione alla definizione della qualità degli attivi ha reso

confronti di un soggetto in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdite formulate dalla banca. Sono escluse le situazioni le cui anomalie siano riconducibili a profili attinenti al rischio paese”; 2) Inadempienze probabili (U.T.P.): “la classificazione in tale categoria è il risultato del giudizio della banca circa l'improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali ad esempio l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie. Tale valutazione va operata in maniera indipendente dalla presenza di eventuali importi (o rate) scaduti e non pagati” e 3) Esposizioni scadute e o sconfinanti deteriorate: “sono esposizioni (diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili) che sono scadute o che eccedono i limiti di affidamento da oltre 90 giorni e oltre una predefinita soglia di rilevanza”.

⁸ Per la definizione di “NPE” si rinvia alla normativa tecnica “*Final technical standards on NPLs and Forbearance reporting requirements*” pubblicata dall'Autorità Bancaria Europea (“EBA”) nel 2013, poi recepita con il Regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014 della Commissione, del 16 aprile 2014, che stabilisce norme tecniche di attuazione per quanto riguarda le segnalazioni degli enti a fini di vigilanza conformemente al regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁹ È utile segnalare che l'esposizione oggetto di misure di concessione (*forborne*), ovvero dilazioni di pagamento e riduzione di interessi, non è una categoria a parte e può, in presenza di alcune condizioni, rientrare sia tra le esposizioni *in bonis* (*Forborne performing exposures*) che tra le NPE (*Non performing exposures with forbearance measures*).

¹⁰ Sul punto si veda F. GEROSA, *La Bce valuta la distinzione tra utp e npl*, in *Milano Finanza*, settembre 2018, disponibile su <http://app.milanofinanza.it/news/la-bce-valuta-la-distinzione-tra-utp-e-npl-201809281315545060>.

complesso il confronto tra i vari sistemi bancari, penalizzando gli ordinamenti che utilizzavano criteri più stringenti¹¹.

Fermo restando tale differenziazione terminologica, un tassello fondamentale è stato posto nel contesto della creazione della *Banking Union* che ha visto – in materia di gestione dei crediti deteriorati – l’emanazione da parte della BCE delle Linee Guida per le Banche sui Crediti Deteriorati (NPL) della Banca Centrale Europea, a cui sono seguite in data 30 gennaio 2018 in maniera sostanzialmente uniforme – a livello nazionale – le “Linee Guida di Banca d’Italia per le banche Less Significant in materia di gestione dei crediti deteriorati”.

Le Linee Guida della BCE – applicabili secondo il principio *comply or explain*¹² a tutti gli enti significativi (*significant institutions, SI*) sottoposti a vigilanza diretta nell’ambito del Meccanismo di vigilanza unico (MVU) – raccomandano alle *SI* di dotarsi di un’efficiente strategia gestionale degli NPLs (categoria inclusiva, quindi, degli UtP) definita sulla base di una serie di fattori tra cui un’autoanalisi delle proprie capacità gestionali, del contesto operativo esterno, del volume e delle caratteristiche dei portafogli deteriorati¹³.

Alle Linee Guida del marzo 2017 è poi seguita, nel marzo 2018, la pubblicazione da parte della BCE della versione definitiva di un *Addendum* volto a precisare le aspettative di vigilanza in merito ai livelli di

¹¹ La problematica è stata affrontata sia a livello regolamentare che dottrinale. L’EBA nel *Risk assessment of the European Banking Authority System* del 2013 ha affermato “[...] a range of different national approaches makes it difficult to obtain a clear picture of the extent of asset quality problems across the EU in a transparent way. Differing practices across jurisdiction to address not only asset quality concerns, but also debt forbearance, create uncertainties about the actual level of credit risk in banks’ balance sheets and the valuation of bank assets”.

In dottrina, è interessante l’analisi di S. BARISITZ, *Nonperforming Loans in Western Europe – A Selective Comparison of Countries and National Definitions, Focus on European Economic Integration*, Oesterreichische Nationalbank (Austrian Central Bank), Q1/2013, disponibile su <https://ideas.repec.org/a/onb/oenbf/y2013i1b2.html>.

¹² Sul punto si rinvia a F. BASSAN, *La riforma della regolazione bancaria. Dalla discrezionalità delle scelte a una flessibilità di sistema*, in *Banca Impresa Società*, 2017, pp. 383–430.

¹³ Le Linee Guida del marzo 2017 emanate dalla BCE rientrano nella categoria normativa della c.d. *soft law* e, quindi, non sostituiscono né inficiano alcun requisito normativo o contabile applicabile, linee guida sancite con regolamenti o direttive vigenti dell’UE e relative trasposizioni o disposizioni equivalenti a livello nazionale, né gli orientamenti emanati dall’EBA. Esse rappresentano piuttosto uno strumento di vigilanza allo scopo di chiarire le aspettative della vigilanza riguardo all’individuazione, gestione, misurazione e cancellazione degli NPL in settori non disciplinati o specificamente trattati dai regolamenti, dalle direttive o dalle linee guida vigenti.

accantonamento prudenziale per le esposizioni classificate come “deteriorate” a partire dal 1 aprile 2018, mediante la previsione di stringenti regole necessarie affinché si possa definire prudente il trattamento applicato alle singole esposizioni¹⁴.

L’*Addendum* raccomanda alle SI l’adozione del c.d. “approccio di calendario” (*Calendar Provisioning*) distinguendo tra NPL garantiti e non garantiti.

Per quanto concerne gli NPL non garantiti (a cui viene assimilata la quota dei crediti garantiti non coperta dal valore della garanzia) la copertura integrale è prevista una volta trascorsi due anni dalla data del relativo *default*; per gli NPL garantiti, la svalutazione dovrà iniziare a partire dalla fine del terzo anno dalla data di *default* per un ammontare pari al 40% del credito per poi essere incrementata di un 15% all’anno fino a raggiungere il 100% dopo il settimo anno.

Pare evidente che un “approccio di calendario” predefinito mal si concilia con l’esigenza di gestire situazioni complesse tipiche degli UtP che si contraddistinguono per essere dinamiche in quanto il ritorno *in bonis* delle stesse o il passaggio a sofferenza dipende in misura prevalente proprio dall’efficacia della gestione.

Infine, con la medesima finalità di incentivare la riduzione delle NPEs dai bilanci bancari, nel 2017, il Consiglio “Economia e finanza” ha concordato con altre istituzioni europee un piano d’azione per la riduzione dei crediti deteriorati in Europa, in esecuzione del quale sono state emanate, in data 31 ottobre 2018, da parte dell’EBA, le “*Guidelines on management of non-performing and forborne exposures*”¹⁵ e, infine, è stato adottato il Regolamento (UE) 2019/630 modificativo del Regolamento (UE) 575/2013 (*Capital Requirements Regulation*, “CRR”) che ha introdotto obblighi di copertura minima delle perdite connesse alle esposizioni *non performing* applicabili a tutte le banche aventi sede in Unione Europea.

Il Regolamento (UE) 2019/630 istituisce un limite prudenziale all’accumulo di NPLs da parte delle banche europee, comprese quelle attive sul mercato secondario, imponendo loro di operare talune deduzioni dai

¹⁴ *Addendum alle Linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati (NPL): aspettative di vigilanza in merito agli accantonamenti prudenziali per le esposizioni deteriorate*, consultabile su https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.npl_addendum_201803.it.pdf.

¹⁵ “*Guidelines on management of non-performing and forborne exposures*”, EBA/GL/2018/06, 31 ottobre 2018, consultabile su <https://eba.europa.eu/eba-publishes-final-guidance-on-management-of-non-performing-and-forborne-exposures>.

fondi propri nel caso in cui gli NPLs in portafoglio non siano sufficientemente coperti dagli accantonamenti o da altre rettifiche¹⁶.

Rispetto all'Addendum alle Linee Guida della BCE, il Regolamento (UE) 2019/630 presenta molteplici divergenze di rilievo e si pone quale normativa primaria vincolante applicabile a tutti i crediti deteriorati derivanti dai prestiti concessi dopo il 26 aprile 2019¹⁷.

Nonostante l'adozione dei provvedimenti illustrati – tra i quali è utile segnalare anche il Regolamento (UE) 2017/2402 in materia di cartolarizzazioni “semplici, trasparenti e standardizzate”¹⁸ – l'EBA ha evidenziato che il processo di riduzione delle NPEs dai bilanci non ha probabilmente sortito gli effetti sperati a causa dei vincoli regolamentari presenti nel quadro normativo attuale¹⁹.

In particolare, come illustrato dall'EBA nel Risk Dashboard relativo al quarto trimestre 2019, le banche italiane figurano al di sopra della media europea per quanto attiene all'accumulo di NPLs nel mese di giugno 2019, con un NPL ratio pari al 7.9%, ben distante dalla media europea del 3% e più basso soltanto della Grecia, di Cipro e del Portogallo²⁰.

A ciò si aggiunge che sia l'Addendum che il nuovo Regolamento, facendo espresso richiamo alla definizione di NPE dell'EBA, continuano a non operare alcuna distinzione tra la categoria degli NPL e degli UtP determinando un disincentivo per le banche a mantenere il sostegno finanziario a quelle imprese che si trovano in stato di difficoltà transitoria con il rischio concreto che un'applicazione troppo stringente della normativa possa determinare una restrizione del credito verso l'economia²¹.

¹⁶ Per una ricostruzione degli interventi normativi a livello europeo si veda A. PEZZUTO, *L'evoluzione del quadro regolamentare e di vigilanza sui crediti deteriorati*, in *Diritto Bancario*, settembre 2019.

¹⁷ Sul punto si rinvia a MESSINA, *Unlikely to pay: potenzialità e difficoltà nelle operazioni di mercato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia*, Secondo Supplemento al n. 2/2019.

¹⁸ Regolamento (UE) 2017/2402 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, che stabilisce un quadro generale per la cartolarizzazione, instaura un quadro specifico per cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate e modifica le direttive 2009/65/CE, 2009/138/CE e 2011/61/UE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 648/2012.

¹⁹ Sul punto si veda G. CONSOLI – S. SARDO, *Opinion EBA sulle cartolarizzazioni di NPE: proposte di modifica a CRR e Securitisation Regulation*, in *Diritto Bancario*, novembre 2019.

²⁰ Sul punto si rinvia al *The EBA Risk Dashboard of Q4 2019*, consultabile su <https://eba.europa.eu/risk-analysis-and-data/risk-dashboard>.

²¹ Sul punto si veda ANGELINI, *I crediti deteriorati: mercato, regole e rafforzamento del sistema*, in *Convegno "NPL: sfide e opportunità. Requisiti regolamentari, strategie delle banche e dei nuovi operatori"*, 9 ottobre 2018, consultabile su

Il legame tra mantenimento del sostegno finanziario alle imprese e requisiti di capitale delle banche gioca, quindi, un ruolo chiave nella gestione di crediti come gli UtP, in quanto lo stato di salute delle imprese finisce per ripercuotersi sul rischio di deterioramento delle esposizioni.

La correlazione tra efficienza della *governance* di una società e accesso alla finanza, da una parte, e qualità del credito, dall'altra, non è estranea al legislatore europeo che ha di recente introdotto la Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva *Insolvency*)²², preceduta in Italia dall'adozione del Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155)²³.

Nel III Considerando della Direttiva *Insolvency* si afferma che *“i quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero inoltre prevenire l'accumulo di crediti deteriorati. La disponibilità di quadri efficaci di ristrutturazione preventiva garantirebbe di poter intervenire prima che le società non siano più in grado di rimborsare i prestiti, contribuendo in tal modo a ridurre il rischio di un deterioramento di questi ultimi nei periodi di congiuntura sfavorevole nonché di attenuare l'impatto negativo sul settore finanziario”*.

Ebbene, gli strumenti di ristrutturazione dell'impresa, la gestione del rischio da parte del sistema bancario ed infine l'impatto del processo di ristrutturazione sui requisiti di capitale della banca hanno quindi un effetto giuridico e gestionale sia per l'impresa che per il sistema bancario.

Dal rispetto del quadro normativo attuale dipendono sia le scelte imprenditoriali della banca, come il mantenimento dell'esposizione in bilancio o la cessione a terzi e finanche la concessione di nuova finanza, sia, di conseguenza, le modalità di impostazione della ristrutturazione da parte dell'impresa²⁴.

<https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-vari/int-var-2018/Angelini-09102018.pdf>.

²² Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza) reperibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32019L1023>.

²³ Per un'analisi del rapporto tra la normativa europea in materia di NPL e il nuovo codice della crisi di impresa, si rinvia a ANGELINI, *La nuova regolamentazione sugli NPLs e il nuovo Codice delle crisi d'impresa in Appunti per gli interventi al convegno “Le opportunità del debitore in crisi”, Mantova, 12 ottobre 2019, e al seminario “Crediti bancari deteriorati. Il compito del legislatore per un recupero tempestivo”, promosso da Arel, Roma, 21 ottobre 2019.*

²⁴ Cfr. A. MALINCONICO – F. PARENTE, *Dalla gestione in outsourcing alla cessione dei NPL: opzioni strategiche e linee guida della BCE*, in *Bancaria*, 2017, n. 5; F. CAPRIGLIONE,

3. – Tra le tecniche primarie di gestione dei crediti deteriorati vi è, in primo luogo, la cessione che comporta la *derecognition* contabile e prudenziale della posizione dal bilancio, con conseguenti effetti sul conto economico in termini di perdite registrate nel caso in cui il valore di cessione sia inferiore al valore del credito iscritto in bilancio al netto delle rettifiche (*net book value* o NBV)²⁵.

Nella maggior parte delle transazioni²⁶, l'operazione di cessione dei crediti si inserisce nel contesto di un'operazione di cartolarizzazione strutturata mediante la vendita (di regola, *pro soluto*) dei crediti da parte della banca (*originator*) ad una società di cartolarizzazione (*special purpose vehicle*) la quale – contestualmente all'acquisto dei crediti e con la finalità di ottenere le risorse per pagarne il prezzo d'acquisto e le spese dell'operazione – emette dei titoli obbligazionari incorporante i crediti (*Asset-Backed Securities*), da sottoscrivere da parte di investitori (*noteholders*)²⁷.

L'operazione produce un duplice effetto: in primo luogo, la banca cedente soddisfa le proprie esigenze di liquidità in misura immediata rispetto ai tempi di incasso dei crediti oggetto di cessione e, in secondo luogo, la segregazione patrimoniale, in forza della quale le somme corrisposte dai debitori ceduti saranno destinate in via esclusiva dalla società cessionaria al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi.

Tale struttura ha visto numerose applicazioni nell'ambito della dismissione di NPLs realizzate dalle banche negli ultimi anni e, di recente, sta caratterizzando anche le operazioni avente ad oggetto gli UtP.

Differentemente dalla prassi di mercato ormai consolidatasi in materia di NPLs, le operazioni di cartolarizzazione relative agli UtP presentano alcuni profili di complessità che investono sia la fase commerciale di strutturazione dell'operazione che la fase esecutiva relativa alla contrattualistica.

La problematica dei crediti deteriorati, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia, Temi e problemi di diritto dell'economia*, 2019.

²⁵ Sul punto si veda G. GALLO, *I crediti deteriorati. Tecniche di gestione negoziale: cessione e ristrutturazione*, in *Diritto Bancario*, luglio 2019.

²⁶ Sul punto si rinvia al Report redatto da PWC, *The Italian NPL Market, Another brick in the wall*, dicembre 2019.

²⁷ La letteratura italiana in materia di cartolarizzazione è particolarmente vasta. Sul punto si segnalano, a titolo esemplificativo, FERRO-LUZZI, *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Impresa c.i.*, 1999, 2586; AA.VV., *La securitisation*, a cura di Bontempi e G. Scagliarini, Milano, 1999.

Esistono, inoltre, vari modelli di cartolarizzazione elaborati dalla prassi finanziaria: sul punto si segnala l'analisi di M. GRANIERI – A. RENDA, *Introduzione. La securitization tra diritto ed economia, tra normativa nazionale e modelli stranieri*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 1999.

In primo luogo, i tassi di copertura, anche in ragione della probabilità di recupero della posizione *in bonis*, risultano inferiori a quelli delle sofferenze in riferimento alle quali il recupero è quantificato nella sola escussione delle garanzie (41,3% contro 63,3% nel dicembre 2019 secondo il report di Banca d'Italia).

Pertanto, in caso di cessione, particolare rilievo assumerà la fase preliminare di *due diligence* che riguarderà non soltanto la singola posizione oggetto di cessione ma anche il patrimonio del debitore ceduto.

A tal fine, la qualità delle informazioni che il venditore sarà in grado di fornire al potenziale acquirente sulla posizione avranno un impatto significativo sul prezzo di cessione dei crediti.

In questa direzione, la normativa europea sopra illustrata non risulta di particolare ausilio in quanto la classificazione indistinta delle esposizioni nella macro categoria delle *NPEs* rischia di svilire il valore degli UtP in fase di cessione, assimilandolo ai valori degli scaduti²⁸.

In aggiunta alle valutazioni commerciali, la struttura del contratto di cessione dovrà riflettere la specifica esigenza della banca: cedere l'intero rapporto giuridico, onnicomprensivo del credito e dei relativi accessori con contestuale subentro della società cessionaria in tutte le posizioni attive e passive derivanti dai rapporti giuridici ceduti ovvero, in alternativa, limitare l'oggetto della cessione al solo credito, unitamente a tutte le garanzie, ai privilegi e le cause di prelazione che li assistono²⁹.

Anche tale profilo produce un effetto – non solo sulla disciplina giuridica del contratto di cessione – ma anche sul prezzo di cessione poiché se i contratti di finanziamento ceduti sono stati interamente eseguiti dalla banca cedente (e pertanto nessuna delle parti vanta al riguardo residue pretese di erogazione o concessione di ulteriore credito) gli stessi sono privi di autonomo valore economico e quindi il prezzo sarà parametrato soltanto sul valore dei crediti, con le relative implicazioni sopra illustrate.

3.1 (*Segue*). – Un primo passo teso a favorire soprattutto la cartolarizzazione dei crediti UtP si è avuto con l'articolo 60-*sexies* del D.L. 24 aprile 2017 n. 50, convertito in legge 21 giugno 2017 n. 96, che ha introdotto nella L. 30 aprile 1999 n. 130 il nuovo articolo 7.1, rubricato "*Cartolarizzazione di crediti deteriorati da parte di banche e intermediari finanziari*".

In primo luogo, nel tentativo di semplificare le cessioni dei crediti – soprattutto con riferimento agli UtP, le cui peculiarità sono state in parte

²⁸ Sul punto si veda F. BASSAN, *Unlikely to pay regulation and management, the new challenges*, in *Bancaria*, n. 3/2019.

²⁹ In materia di cessione del credito e cessione del contratto, si rinvia a PERLINGIERI, *Cessione dei crediti*, Edizioni scientifiche italiane volume n. 38, ottobre 2010.

descritte al paragrafo 3 che precede – il comma 6 del nuovo articolo 7.1 ha semplificato le regole per l'efficacia della cessione anche non in blocco di crediti deteriorati, prevedendo un regime di pubblicità fondato su formalità analoghe a quelle di cui all'articolo 58 del Testo Unico Bancario con indicazione, inoltre, nell'avviso di cessione *“delle informazioni orientative sulla tipologia di rapporti da cui i crediti ceduti derivano e sul periodo in cui tali rapporti sono sorti o sorgeranno, nonché del sito internet in cui il cedente e il cessionario renderanno disponibili, fino alla loro estinzione, i dati indicativi dei crediti ceduti e la conferma della avvenuta cessione ai debitori ceduti che ne faranno richiesta”* e conseguente applicazione degli effetti di cui all'articolo 1264 c.c.

Il nuovo articolo 7.1 ha, inoltre, ampliato le possibilità operative delle società cessionarie dei crediti, consentendo loro anche di *“concedere finanziamenti finalizzati a migliorare le prospettive di recupero di tali crediti e a favorire il ritorno in bonis del debitore ceduto”*, le cui difficoltà possono essere superate attraverso una ristrutturazione della posizione debitoria o la concessione di nuova finanza, il cui rischio potrà essere trasferito agli investitori nelle tranche emesse dalle società di cartolarizzazione.

La norma prevede, inoltre, che le società veicolo *“possono acquisire o sottoscrivere azioni, quote e altri titoli e strumenti partecipativi derivanti dalla conversione di parte dei crediti del cedente e concedere finanziamenti al fine di migliorare le prospettive di recupero dei crediti oggetto di cessione e di favorire il ritorno in bonis del debitore ceduto”*.

In tal modo, si apre alle società di cartolarizzazione l'operatività – tipica delle operazioni di *turnaround aziendale* dei fondi di *private equity* – di effettuate *debt to equity swap* tramutando l'originario portafoglio di crediti acquisiti in strumenti di capitale.

Tali operazioni – come specificato dal comma 3 del nuovo articolo 7.1 della L. 30 aprile 1999 n. 130 – vengono poste in essere, di norma, nell'ambito di piani di riequilibrio economico e finanziario concordati con il soggetto cedente o di accordi di ristrutturazione dei debiti, accordi di ristrutturazione agevolati, concordati preventivi e concordati in liquidazione giudiziale.

L'effetto positivo che la norma mira a produrre è duplice: in primo luogo, liberare il patrimonio per le banche che possono incrementare la propensione al rischio evitando restrizione del credito all'economia e, in secondo luogo, apportare risorse finanziarie al debitore ceduto, attraverso il finanziamento del sottostante credito, che altrimenti non avrebbe potuto reperire risorse attraverso altri canali.

Da ultimo, nella medesima direzione tesa a facilitare le operazioni di trasferimento degli UtP si pone l'altra novità introdotta a seguito dell'approvazione del Decreto Legge n. 34 del 30 aprile 2019 (c.d. “Decreto Crescita”) convertito, con modificazione, in Legge n. 58/2019 che, in primo

luogo, ha reso fiscalmente neutrali le operazioni effettuate mediante l'intervento delle c.d. società veicolo d'appoggio ("SVA") nella valorizzazione dei beni posti a garanzia dei crediti.

In secondo luogo, intervenendo sull'articolo 4, comma 4-*ter* della L. 30 aprile 1999 n. 130 ha inteso facilitare l'intenzione delle banche di cedere i crediti UtP relativi a rapporti di aperture di credito ai sensi dei quali sussistono obblighi di erogazione in favore del debitore ceduto.

Ebbene in tali contesti, la nuova norma consente alla banca cedente di trasferire ad un'altra banca o intermediario finanziario gli impegni e/o le facoltà di erogazioni derivanti dai relativi contratti, pur mantenendo i relativi conti correnti associati a tali aperture di credito.

L'effetto pratico è garantire la separazione tra la domiciliazione dei conti e gli impegni contrattuali trasferiti evitando lo scioglimento del contratto o lo spostamento dei conti correnti.

La stessa norma fissa, inoltre, l'estensione del principio di segregazione patrimoniale agli incassi registrati su tali conti che verranno, quindi, a costituire a tutti gli effetti patrimonio separato da quello della banca cedente e da quello relativo ad altre operazioni a tutela dei portatori dei titoli, della banca o dell'intermediario finanziario cessionario degli impegni o delle facoltà di erogazioni.

4. – Uno strumento rivelatosi essenziale, nel favorire la cessione dei crediti deteriorati e limitare il *pricing gap* tra valori di bilancio dei crediti e i prezzi di acquisto offerti dagli investitori, è stato il ricorso allo schema della Garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze (GACS) introdotto dal decreto-legge 14 febbraio 2016, n. 18, convertito con L. 8 aprile 2016, n. 49³⁰.

La GACS è una garanzia prestata dallo Stato a copertura del mancato pagamento delle somme dovute per interessi e capitale ai detentori dei titoli *senior* emessi dalle società veicolo nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione di crediti in sofferenza ceduti da banche italiane ovvero da intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'articolo 106 del Testo Unico Bancario aventi sede legale in Italia.

³⁰ La Legge 8 aprile 2016 n. 49 prevedeva una validità iniziale della GACS di 18 mesi. In seguito, sono state concesse tre proroghe: la prima ai sensi del decreto MEF del 21 novembre 2017 che ha prolungato lo schema GACS fino al 6 settembre 2018; la seconda, con decreto MEF del 10 ottobre 2018 che ne ha disposto il prolungamento fino al 6 marzo 2019; e infine, la terza disposta dal decreto legge n. 22 del 25 marzo 2019 che ha rinnovato la garanzia statale fino al 27 maggio 2021, ovvero per ulteriori 24 mesi (prorogabili per ulteriori 12 mesi, previa adozione del decreto da parte del MEF, soggetto all'approvazione dalla Commissione Europea).

L'utilizzo di tale strumento è circoscritto temporalmente, salvo ulteriori proroghe, fino al 27 maggio 2021³¹ e limitato economicamente, in base alle risorse di un fondo vincolato costituito *ad hoc* ed autoalimentato dai proventi pagati a titolo di corrispettivo della garanzia.

Nonostante tali limitazioni la GACS ha avuto, dalla sua introduzione, un'applicazione significativa favorendo la dismissione di crediti per un ammontare nominale pari a circa 62 miliardi di euro³².

Per quanto concerne il funzionamento, la garanzia può essere rilasciata soltanto previa verifica della conformità alle condizioni previste nel decreto legge che includono, l'emissione di almeno due tranches di titoli, un rating per i titoli *senior* non inferiore all'*investment grade* (BBB-), una definita struttura della remunerazione, un preciso ordine dei pagamenti, la sovraordinazione della classe *senior* e subordinazione di quella *junior* e l'affidamento della gestione dei crediti a un soggetto terzo e indipendente rispetto al cedente il cui compenso è parametrato in rapporto alla *performance* dell'operazione.

Tra questi fattori, il rating rappresenta un elemento fondamentale tanto per l'ammissibilità delle singole operazioni al supporto pubblico, quanto per la determinazione del costo dello strumento stesso.

La GACS risulta compatibile con la disciplina europea in materia di aiuti di stato e con la politica economica del bilancio pubblico, in forza del rispetto di due condizioni previste dal decreto legge: il prezzo di vendita dei crediti non dovrà essere superiore al valore netto contabile e il cedente dovrà trasferire un ammontare di titoli *junior* e *mezzanine* idoneo a consentire l'eliminazione contabile dei crediti ceduti dal bilancio del cedente (o del gruppo di appartenenza).

Nel rispetto di tali condizioni si stima oggi che a fronte dello smobilizzo di circa 62 miliardi di euro, il rischio effettivo complessivo dello Stato si potrebbe configurare in un 15-20% del totale nominale a fronte di un introito quantificato in circa 1-1,5% su tutta la durata dei titoli³³.

³¹ Il decreto legge n. 22 del 25 marzo 2019, che ha disposto la proroga, ha apportato anche alcune modifiche sostanziali in merito alla struttura delle operazioni di cartolarizzazione, al livello di rating richiesto ai fini del rilascio della garanzia per i titoli *senior* e *mezzanine*, all'ordine dei pagamenti dei titoli, ai compensi del *servicer* parametrati in relazione alla *performance* dell'operazione e infine alla determinazione del corrispettivo della garanzia.

³² Sul punto si veda l'analisi sull'andamento delle cessioni a cura di C. FESTA, *Crediti deteriorati, ecco come stanno andando le Gacs garantite dallo Stato*, in *Sole24ore*, 26 giugno 2019, consultabile su <https://www.ilsole24ore.com/art/crediti-deteriorati-ecco-come-stanno-andando-gacs-garantite-stato-ACEiYjU>.

³³ Sul punto si veda E. GINEVRA – N. SCHETTINI – G. CONSOLI – S. SARDO, *La futura evoluzione degli Npl in Italia: una proposta per gli Utp a sostegno delle imprese*, in *Bancaria Editrice*, 2019, 54.

In ogni caso, lo Stato è assistito da talune cautele volte ad allineare l'incremento del rischio, tra cui il pagamento a favore dello stesso di premi unitari più elevati da corrispondersi per un periodo di tempo più prolungato rispetto a quello originariamente ipotizzato, in caso di rallentamento del rimborso dei titoli *senior*.

Per quanto attiene al meccanismo di escussione, il regolamento dei titoli dovrà prevedere che il mancato pagamento di un importo dovuto a titolo di interessi e la conseguente escussione della garanzia non comporti la decadenza dal beneficio del termine né della società veicolo né del garante.

In caso di escussione, infatti, il pagamento del MEF in favore dei portatori dei titoli *senior* avrà ad oggetto soltanto l'importo non pagato alla relativa data di pagamento interessi.

Di conseguenza, il MEF si surrognerà nei diritti dei portatori e – in caso di escussione parziale – avrà diritto a recuperare le somme pagate subordinatamente a quanto dovuto ai portatori dei titoli *senior* per la quota interessi.

Il pagamento della quota capitale da parte del MEF sarà, quindi, eventualmente effettuato soltanto quando dovuto dalla società veicolo, ovvero, sulla base delle usuali scadenze di pagamento delle cartolarizzazioni, allo scadere del termine legale del titolo *senior*.

Ebbene, la “fattibilità tecnica” di estendere tale strumento agli UtP è stata considerata nella Nota di Aggiornamento del Documento di Economia e Finanza 2018³⁴ ma in fase finale non approvata.

Essa avrebbe sicuramente garantito uno strumento in più nel ventaglio di soluzioni di smaltimento dei crediti da parte delle banche ma, probabilmente, non avrebbe invece agito nell'ottica di ottimizzare le possibilità di recupero aziendale.

Come molti operatori del settore hanno sottolineato³⁵, la categoria degli UtP include posizioni tra loro molto diverse e, soprattutto con riferimento alle esposizioni meno deteriorate e sprovviste di garanzie reali, il gap tra domanda e offerta risulterebbe eccessivo.

5. – Il quadro normativo delineato e le tecniche di gestione dei crediti analizzate mostrano alcune complessità se traslate nel mercato dei crediti UtP.

³⁴ Cfr. pagina 90 del paragrafo “Settore Bancario” della Nota di Aggiornamento del Documento di Economia e Finanza 2018, consultabile su http://www.mef.gov.it/inevidenza/documenti/NADEF_2018.pdf.

³⁵ Sul punto si veda l'articolo *Banche, NadeF: governo studia estensione Gacs a inadempienze probabili*, ottobre 2018, consultabile su <https://it.reuters.com/article/topNews/idITKCN1MF1OY-OITTP>.

Assunto che alcuni *input* in termini di regolazione giungeranno dalla prassi degli operatori specializzati che – soltanto nell’ultimo anno³⁶ – hanno strutturato e perfezionato transazioni significative aventi ad oggetto crediti UtP, allo stadio attuale è possibile constatare che le attuali regole europee, *soft law* e *best practices* sembrano mosse da un obiettivo comune, ovvero favorire la dismissione dei crediti deteriorati (inclusivi degli UtP) in ottica di stabilità del sistema bancario.

Tale impianto normativo sembra, sotto taluni profili, non concentrarsi sugli effetti economici che il rientro *in bonis* di un’esposizione UtP può, invece, generare per l’intero sistema economico.

Occorre, quindi, che regolatori e *policy makers* tentino una mediazione tra i beni primari collettivi in gioco: da una parte la stabilità del sistema bancario, necessaria per tenere ben saldo il rapporto tra finanza ed economia e, dall’altra, la tenuta del tessuto imprenditoriale.

Pertanto, in primo luogo, è bene evidenziare che gli UtP presuppongono una gestione dinamica del supporto finanziario: le imprese necessitano di ricorrere a nuova finanza a breve termine, mutui, leasing ed aperture di credito che evidentemente presuppongono una salda relazione con la banca.

Tale rapporto tra debitore e banca viene meno nel caso di cessione della posizione ad investitori e conseguente affidamento della gestione ad un *servicer* orientata soltanto al mero recupero del credito.

Il subentro nella titolarità del rapporto da parte della società di cartolarizzazione in un’ottica esclusivamente liquidatoria riduce la prospettiva di rientro *in bonis* che invece potrebbe apportare un effetto economico in termine di valore inespresso anche per la banca, da un punto di vista pubblico, in quanto in grado di generare un incremento dell’occupazione e la preservazione del tessuto imprenditoriale.

A tal proposito l’introduzione dell’articolo 7.1 nella Legge sulla Cartolarizzazione, sopra illustrato, seppur apprezzabile in quanto estensivo della capacità operativa delle società di cartolarizzazione, fa riferimento alla possibilità di erogare nuova finanza nell’ambito di piani di riequilibrio economico e finanziario concordati con il soggetto cedente o di accordi di ristrutturazione dei debiti.

³⁶ Da ultimo il maxi accordo firmato e reso noto al mercato in data 31 luglio 2019 tra Intesa Sanpaolo e Prelios che prevede due operazioni: un contratto di durata decennale per il *servicing* di crediti Utp del segmento Corporate e Sme (piccole imprese) del Gruppo Intesa Sanpaolo da parte di Prelios, con un portafoglio iniziale pari a circa 6,7 miliardi di euro al lordo delle rettifiche di valore; la cessione e cartolarizzazione di un portafoglio di crediti UtP del segmento Corporate e Sme del Gruppo Intesa Sanpaolo pari a circa 3 miliardi di euro al lordo delle rettifiche di valore, a un prezzo pari a circa 2 miliardi di euro, in linea con il valore di carico.

In tal senso – in linea con gli innovativi principi di allerta della crisi d’impresa di cui alla Direttiva *Insolvency*³⁷ – potrebbe rivelarsi interessante prevedere che operazioni di nuova finanza o di risanamento e/o ristrutturazione, con conversione dei crediti in capitale, possano avvenire anche nell’ambito della fase di allerta quando il debitore accede ad una composizione assistita della crisi³⁸.

In tal modo la banca non rischierebbe di subire una svalutazione integrale del credito e d’altro canto, l’esposizione – seppur ceduta ad una società di cartolarizzazione – beneficerebbe di un finanziamento idoneo a consentirne un potenziale rientro *in bonis*.

Allo stesso modo, il persistere della relazione tra la banca e il soggetto che – in caso di crediti UtP è qualificabile ancora come cliente piuttosto che debitore insolvente – potrebbe garantire all’impresa la possibilità di beneficiare delle “misure di concessione” (*forbearance*).

La banca resta, infatti, allo stadio attuale la controparte più idonea ad assumere tutte le informazioni necessarie ad un puntuale *assessment* della situazione economico-finanziaria del debitore ai fini della stabilizzazione della posizione e della individuazione delle corrette misure di concessione.

Sulla base delle risultanze dell’*assessment*, la banca potrebbe optare per l’adozione di misure di concessione tese a riportare il debitore in una situazione di rimborso sostenibile, tenendo conto dell’ammontare dovuto e delle perdite attese³⁹.

La classificazione dell’esposizione come *forborne* – a seguito dell’adozione di una misura di concessione – non comporta necessariamente che la medesima venga classificata come *NPE*.

Qualora la posizione era considerata come *performing*, la banca dovrà eseguire una valutazione per verificare se sia necessario riclassificarla come *non performing*.

Di converso, una esposizione deteriorata oggetto di misura di concessione dovrebbe permanere tale almeno per un anno e, la riclassificazione dovrebbe ovviamente avvenire a seguito di una analisi finanziaria che evidenzii l’assenza di criticità riguardanti la capacità del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni di pagamento.

La capacità, quindi, di prevenire il deteriorarsi di una posizione mediante l’adozione di provvedimenti tarati sulla singola posizione

³⁷ Sul punto si veda S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio tra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *ilcaso.it*, 14 gennaio 2019.

³⁸ Sul punto si veda V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e crisi sistemiche*, in *in Executivis La rivista telematica dell’esecuzione forzata*, 20 aprile 2020.

³⁹ Sul punto si veda F. CALLEGARO, *La gestione delle non performing e forborne exposures nelle nuove Linee Guida E.B.A. in consultazione*, in *Diritto Bancario*, 9 ottobre 2018.

rappresenta il fulcro nella gestione dinamica di esposizioni non deteriorate che trova, però, due ostacoli rilevanti nella qualità e completezza dei flussi informativi e nei limiti temporali.

Con riferimento a questi ultimi viene in rilievo l'“approccio di calendario” sopra illustrato che, con ogni probabilità, mal si concilia con la gestione dinamica degli UtP rischiando di generare effetti paradossali: se la banca è consapevole che allo scadere di soli due anni per i crediti non garantiti, le viene suggerito di rettificare il credito come integralmente accantonato, è plausibile immaginare un contestuale “accantonamento” anche del rientro *in bonis* della posizione, con conseguenti effetti economici critici per l'impresa.

Lo strumento più adeguato, in ottica di recupero aziendale e rientro *in bonis*, sembra essere la partnership tra banche e società di gestione dei crediti, finalizzata a costituire una struttura gestionale⁴⁰ che consenta alle aziende in difficoltà di ottenere nuova finanza e/o di negoziare rimodulazioni del proprio debito.

Volendo, invece, immaginare una dismissione nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione, quest'ultima potrebbe essere strutturata come cartolarizzazione sintetica e *on balance sheet* piuttosto che cartolarizzazione tipica e *off balance sheet*⁴¹.

Operando in tal senso, la banca tratterrebbe un interesse assieme al soggetto a cui trasferisce il rischio magari tramite il mantenimento, in tutto o in parte, di una esposizione verso la c.d. prima perdita del portafoglio.

Una struttura così congeniata non contempla la cessione del credito ma soltanto il trasferimento del rischio relativo agli stessi, eludendo anche le difficoltà applicative sopra illustrate tipiche della cessione avente ad oggetto gli UtP.

In tal modo la banca potrebbe continuare a mantenere il rapporto con il cliente e, in caso di rientro *in bonis*, il relativo credito potrebbe uscire dalla copertura rientrando nella cascata di pagamenti sintetica riducendo il rischio dell'investitore terzo⁴².

In tal senso, un fondamento regolamentare, potrebbe essere rappresentato dal paragrafo 2.3 dell'*Addendum* alle Linee Guida nel quale si

⁴⁰ Si veda l'accordo sottoscritto tra Banca IFIS e SGA, reso pubblico con il comunicato consultabile su <https://www.bancaifis.it/comunicati-stampa-price-sensitive/banca-ifis-e-sga-accordo-per-la-gestione-dei-crediti-problematici-delle-pmi-meritevoli/>.

⁴¹ In materia di cartolarizzazione sintetica, si rinvia a A. FABBRI, *Le synthetic securitization: struttura, caratteristiche economiche e logiche di valutazione*, in *Bancaria*, I, 2001, 54, ss.; E. ANGELINI, *La synthetic securitization: una valida simbiosi tra derivati di crediti e cartolarizzazione*, in *Bancaria*, IV, 2003, 52 ss.

⁴² Così G. CONSOLI – S. SARDO, *op. cit.*

riconosce alla BCE la possibilità di considerare “*le circostanze specifiche che possano rendere inappropriate le aspettative in merito agli accantonamenti prudenziali per un determinato portafoglio o una determinata esposizione*”.

A ciò si aggiunge lo strumento della GACS, accuratamente strutturato in un’ottica prevalentemente dismissiva dei crediti che mal si sposa con la gestione degli UtP nelle cui transazioni, peraltro, il *pricing gap* è molto alto poiché, nella prospettiva della banca, i tassi di copertura sono mediamente inferiori rispetto alle sofferenze e l’offerta degli investitori spesso si avvicina maggiormente al prezzo di acquisto tipico di una sofferenza.

Vagliata con poco successo l’estensione totale anche alle cartolarizzazioni aventi ad oggetto gli UtP, alcuni operatori hanno valutato l’applicazione di tale schema nel contesto di cartolarizzazioni sintetiche circoscrivendo la garanzia al solo rimborso della tranche *mezzanine*, mediante una controgaranzia, che potrebbe comportare una riduzione del costo per la banca *originator* dell’operazione nel suo complesso⁴³.

Le soluzioni brevemente considerate rappresentano un punto di partenza e non certo di arrivo in un mercato come quello degli UtP che, con ogni probabilità andrà incrementandosi⁴⁴, anche a causa della situazione di emergenza sanitaria determinatasi a causa della diffusione del Covid-19.

Alla luce di ciò occorrerà immaginare una ristrutturazione del modello industriale, finanziario ed economico, spingendo per una soluzione organica che determini un allineamento di interessi di tutti i vari soggetti coinvolti.

Abstract

THE MANAGEMENT OF NON-PERFORMING LOANS:

REGULATORY LIMITATIONS TO THE RECOVERY OF THE UTP CLAIMS

Negli ultimi anni le banche italiane hanno ridotto l’ingente volume di NPLs generati dalla crisi economico-finanziaria del 2008.

Nell’ottica di garantire non soltanto il rispetto dei requisiti di capitale previsti dalla normativa europea ma anche la continuità aziendale delle imprese in difficoltà finanziaria, la gestione dei crediti classificati come “inadempienze probabili” assume un ruolo cruciale.

Nonostante la normativa europea non operi alcuna distinzione tra UtP ed NPLs, l’ingente stock di UtP ha determinato la creazione di un nuovo mercato contraddistinto dalla presenza di banche, investitori e imprese in crisi.

Pertanto, è interessante valutare come i limiti regolamentari e le tecniche consolidate in materia di NPLs rischiano di non favorire una gestione mirata al recupero degli UtP in un’ottica di continuità aziendale delle imprese in crisi, anche in

⁴³ Sul punto si veda E. GINEVRA – N. SCHETTINI – G. Consoli – S. SARDO, *op. cit.*

⁴⁴ Si veda MASENZA – A. BONISSONI, *Quell’occasione da non sprecare sugli utp*, in *Milano Finanza*, aprile 2020.

conformità ai principi di cui al nuovo quadro normativo in materia di ristrutturazione e prevenzione della crisi.

In recent years the Italian banks reduced the large stock of NPLs arising from the 2008 economic and financial crisis.

In order to guarantee not only the compliance with the capital requirements provided under the European regulation but also the safeguard of the economic viability of the firms in financial difficulties, the management of the claims classified as "Unlikely To Pay" plays a crucial role.

Despite at European level no distinction between UtP and NPLs is made, the large stock of UtP has led to a creation of a new specific UtP market which is marked by the presence of banks, investors and firms in financial difficulties.

Therefore, it is interesting to assess that the regulatory limitations and the well-established management techniques relating to the NPLs could not facilitate a management of the UtP aimed to recover them in order to enable debtors in financial difficulties to continue business, also in accordance with the new preventive restructuring frameworks.

LA LEGISLAZIONE D'EMERGENZA E LA CONTINUITÀ AZIENDALE NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA: PROBLEMI DI COORDINAMENTO TRA *FICTIO* CONTABILE E OBBLIGHI DEGLI AMMINISTRATORI

FEDERICO FOGGETTA
Dottore in giurisprudenza

SOMMARIO: 1. Premessa: l'area di analisi. – 2. Le novità introdotte dal CCI in tema di continuità aziendale. – 3. La disciplina d'emergenza in tema di continuità aziendale e i problemi di coordinamento: tra rilevanza contabile e sostanziale della continuità aziendale. – 4. Conclusioni.

1. – La legislazione d'urgenza legata all'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19¹ ha spiegato i propri effetti anche sul diritto societario e su quello che, non senza critiche², è stato definito il "diritto societario della crisi"³.

Nello specifico, i provvedimenti legislativi di emanazione governativa hanno riguardato, tra le altre cose, quanto meno in via indiretta, il disposto del secondo comma dell'art. 2086 c.c., per come introdotto dal d.lgs. 19 gennaio 2019, n. 14⁴ ("Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", detto anche semplicemente "Codice della crisi" o "CCI").

In tale disposizione, il legislatore della riforma delle procedure concorsuali si è occupato della regolamentazione di situazioni di perdita della continuità aziendale e di crisi dell'impresa, ponendo la propria

¹ Si segnalano, facendo esclusivo riferimento agli atti legislativi: il d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Decreto Cura Italia"), convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27; il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, convertito con modificazioni nella l. 22 maggio 2020, n. 35; il d.l. 8 aprile 2020, n. 22 (c.d. "Decreto Scuola"), convertito con modificazioni nella l. 6 giugno 2020, n. 41; il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "Decreto Liquidità"), convertito con modificazioni nella l. 5 giugno 2020, n. 40; il d.l. 30 aprile 2020, n. 28; il d.l. 10 maggio 2020, n. 29; il d.l. 10 maggio 2020, n. 30; il d.l. 16 maggio 2020, n. 33; il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio").

² R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *NLCC*, 2018, 1280 ss.

³ U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. soc.*, 2013, 1138 ss.; riprende la medesima definizione anche MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Riv. soc.*, 2018, 62 ss.

⁴ La cui entrata in vigore è stata rinviata, per effetto dell'art. 5 del Decreto Liquidità, dal 15 agosto 2020 al 1° settembre 2021, fatto salvo naturalmente per le disposizioni indicate all'art. 389, comma 2, CCI, già entrate in vigore il 16 marzo 2019.

attenzione sia sugli obblighi c.d. “preventivi” dell’organo amministrativo⁵ sia sugli obblighi c.d. “successivi” rispetto all’emersione di una situazione di crisi o di perdita della continuità aziendale⁶, ponendoli tutti a carico esclusivo dell’organo amministrativo⁷.

Il “collegamento” (*rectius*, il problema di coordinamento o, meglio ancora, il mancato collegamento) tra la legislazione d’urgenza legata all’emergenza sanitaria e il CCI (nella parte in cui ha modificato il disposto dell’art. 2086, comma 2, c.c.) si rinviene nel concetto di continuità aziendale.

Da una parte, infatti, il CCI ha riservato alla continuità aziendale e alla sua perdita un’attenzione del tutto inedita da un punto di vista legislativo⁸, collegando alla stessa non solo obblighi meramente contabili (come derivabili dall’art. 2423-*bis* c.c.), ma anche e soprattutto obblighi propriamente gestori gravanti sull’organo amministrativo. D’altra parte,

⁵ Inerenti l’istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili volti alla rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale. Su questo tema, è stato già scritto molto. Cfr., tra i tanti, N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d’impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.; BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 274 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *Amministratori e gestione dell’impresa nel Codice della crisi*, in *Giur. comm.*, 2020, 5 ss.; S. A. CERRATO, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari*, in *Riv. soc.*, 2019, 149 ss.; F. GENNARI, *Modelli organizzativi dell’impresa e responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2019, 293 ss.; C. IBBA, *Codice della crisi e codice civile*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2019, 248; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. affari*, 2019, 151 ss.; M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l’instestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *NDS*, 2020, 115 ss.; G. A. POLICARO, *La crisi d’impresa e gli strumenti di monitoraggio nel disegno di legge di riforma fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2017, 1038 ss.; L. ROVELLI, *Dall’insolvenza alla crisi dell’impresa. Ricadute sul diritto societario*, in *Dir. affari*, 2020, 6 ss.; M. S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell’impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.; con specifico riguardo all’applicabilità della *business judgement rule* agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, si veda L. BENEDETTI, *L’applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss.; in giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 08/04/2020, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.

⁶ Quelli di “attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”, come dispone la seconda parte del secondo comma dell’art. 2086 c.c.

⁷ Cfr. in proposito, l’art. 377 del CCI.

⁸ Cfr., in seguito, par. 2.

però, l'art. 7 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (il c.d. "Decreto Liquidità"), convertito con modificazioni nella l. 5 giugno 2020, n. 40, ha introdotto, limitatamente ai bilanci relativi all'esercizio 2020 e precedenti se non ancora approvati al 23 febbraio 2020, una "*fictio*" di continuità aziendale⁹ di difficile coordinamento con i nuovi obblighi, appena citati, introdotti dal CCI.

Ciò che in questa sede si intende fare è analizzare dapprima le modifiche introdotte dal CCI in tema di continuità aziendale (e di perdita della stessa), ponendole anche a confronto con la situazione dottrinale antecedente rispetto all'introduzione del Codice della crisi, e, successivamente, analizzare le disposizioni contenute all'art. 7 del Decreto Liquidità, mettendo in luce i problemi di coordinamento tra le due discipline e tentando di trarre alcune conclusioni di natura sistematica.

2. – Prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 2086, comma 2, c.c., la continuità aziendale era contemplata dalla legge solo nell'ambito della disciplina del bilancio¹⁰. In particolare, l'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1), c.c. prevedeva (e ancora prevede¹¹) che, nella redazione del bilancio, "*la valutazione delle voci [dovesse] essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività*".

Vista la centralità del concetto in questione, assunto dal codice civile quale presupposto valutativo delle voci di bilancio, la normativa tecnica di settore si è, negli anni, impegnata a specificare e definire la continuità

⁹ Sul punto, pur nel breve periodo che ci separa dall'introduzione del Decreto Liquidità, è stato già scritto molto: cfr., senza pretese di completezza, ASSONIME, *Impatto della pandemia da Covid-19 sui bilanci delle imprese relativi all'esercizio 2019*, Caso n. 5/2020, disponibile su www.assonime.it; E. BOZZA, *Valutazione della continuità aziendale "al netto" dell'effetto Covid-19*, disponibile su eutekne.info, 8 aprile 2020; S. CAROLLO, *Crisi Covid-19 e Bilancio 2019: il problema della continuità aziendale*, disponibile su www.fiscoetasse.com, 25 marzo 2020; M. DI SARLI, *Redazione del bilancio e dintorni ai tempi del Coronavirus: prime riflessioni*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. IRRERA, *I quaderni di RES* 3/2020, disponibile su www.centrores.org, 46 ss.; ID., *L'applicazione della presunzione di continuità nella redazione dei bilanci IAS/IFRS: è davvero ammissibile (opportuna)?*, disponibile su www.blog.ilcaso.it, 9 maggio 2020; M. IRRERA – E. FREGONARA, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del coronavirus*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, *I quaderni di RES* 3/2020, disponibile su www.centrores.org, 18 ss.; M. VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, in *Società*, 2020, 525 ss.

¹⁰ Cfr., tra gli altri, ASSONIME, *Le nuove regole sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti d'allerta*, Circolare n. 19 del 2 agosto 2019, disponibile su www.assonime.it, 15; D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, in *Riv. not.*, 2014, 488.

¹¹ Ma sul punto si veda *infra*, par. 3.

aziendale¹², permettendo oggi di giungere a una definizione pressoché univoca del concetto, che, a parere di chi scrive, può essere così formulata: la continuità aziendale corrisponde alla capacità dell'impresa di operare come un complesso aziendale funzionante (e quindi di far fronte alle proprie obbligazioni e ai propri impegni) per un periodo di almeno dodici mesi¹³. La perdita della continuità aziendale, conseguentemente, si verifica nel momento in cui l'impresa *non* è più in grado di operare come un complesso aziendale funzionante per un periodo di almeno dodici mesi.

Quanto agli obblighi degli amministratori previsti dalla legge in ipotesi di perdita della continuità aziendale, da un'analisi letterale dell'art. 2423-bis, comma 1, n. 1), c.c. poteva derivarsi un dovere di dare conto di tale circostanza nella relazione sulla gestione e nella nota integrativa e, in

¹² L'OIC 11, ai paragrafi 21 e 22 prevede che *"L'articolo 2423-bis, comma 1, n. 1, del codice civile, prevede che la valutazione delle voci di bilancio sia fatta nella prospettiva della continuazione dell'attività e quindi tenendo conto del fatto che l'azienda costituisce un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito"* e che *"Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio [...]"*; il principio contabile IAS 1, al paragrafo 25 recita: *"Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento [...]"* e al paragrafo 26 recita: *"Nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività è applicabile, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, dodici mesi dopo la data di chiusura dell'esercizio [...]"*; il Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) 570 prevede che *"In base al presupposto della continuità aziendale, un'impresa viene considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro [...]"* e che, ove la direzione dell'impresa abbia considerato, ai fini della valutazione circa la continuità aziendale, un periodo inferiore ai dodici mesi dalla data cui si riferisce il bilancio, *"il revisore deve richiedere alla direzione di estendere la sua valutazione ad un periodo di almeno dodici mesi a partire da quella data [...]"*; il Documento Banca d'Italia/Consob/Isvap n. 2 del 6 febbraio 2009 afferma: *"Il concetto di continuità aziendale implica che la società continuerà nella sua esistenza operativa per un futuro prevedibile. La redazione del bilancio nella prospettiva della continuità aziendale è incompatibile con l'intenzione o la necessità di liquidare l'entità o interromperne l'attività"*; nello stesso documento si definisce poi la nozione di *"futuro prevedibile"* facendo riferimento al già citato Principio IAS 1, indentificandolo pertanto con un periodo non inferiore a dodici mesi.

¹³ Cfr., tra i tanti, ASSONIME, *Le nuove regole sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti d'allerta*, cit. nt. 10, 18; F. COSSU, *Continuità aziendale, società in liquidazione e principi contabili internazionali IAS/IFRS*, in *Giur. comm.*, 2019, 320; D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, cit. nt. 10, 488 ss.; ODCEC MILANO, *Il rischio di continuità aziendale nel bilancio IAS ed in quello OIC*, Quaderno Commissione Principi Contabili n. 47, a cura di Girolamo Matrangola, 9 ss., reperibile all'indirizzo www.odcec.mi.it.

manca di un piano volto al recupero della continuità aziendale, un obbligo di rivedere contabilmente il bilancio, redigendolo non più in una prospettiva di continuità ma in una prospettiva liquidatoria o di cessione¹⁴.

Già prima del CCI, tuttavia, molta parte della dottrina aveva rinvenuto nella perdita di continuità aziendale il nascere di alcuni obblighi degli amministratori che andavano oltre la materia strettamente contabile.

L'ampio filone dottrinale che aveva ricollegato alla perdita di continuità aziendale (pur in assenza di dispersione del capitale sociale) l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, facendone derivare l'integrazione della causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, comma 1, n. 2), c.c.¹⁵, è da considerarsi oggi superato dalla maggior parte della dottrina. Quest'ultima si è infatti mostrata in disaccordo con il precedente approdo, basando le proprie critiche sul fatto che la perdita di continuità aziendale (al contrario

¹⁴ Cfr. sul punto, F. COSSU, *Continuità aziendale, società in liquidazione e principi contabili internazionali IAS/IFRS*, cit. nt. 13, 330 ss.; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. comm.*, 2010, 213; sul punto si vedano anche il già citato Principio di Revisione internazionale (ISA Italia) 570, ove prevede che "I bilanci redatti per scopi di carattere generale sono predisposti sulla base del presupposto della continuità aziendale, a meno che la direzione intenda liquidare l'impresa o interromperne l'attività o che non abbia alternative realistiche a tale scelta", e l'OIC 11, nella seconda parte del paragrafo 22, ove stabilisce che, se a seguito della valutazione sulle prospettive di continuità aziendale dovessero essere identificate incertezze sul punto, "nella nota integrativa dovranno essere chiaramente fornite le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi ed incertezze [...]"; nel senso di un mutamento di prospettiva nella redazione del bilancio, v. anche Trib. Milano 22/02/2019, n. 1784, in *DeJure.it*; sulle differenze tra le due prospettive (quella di continuità e quella liquidatoria/di cessione) si veda D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, cit. nt. 10, 488 ss.

¹⁵ Cfr. N. DE LUCA, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 563; A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive. Atti del Convegno internazionale di studi (Venezia, 10–11 novembre 2006)*, a cura di Balzarini – G. Carcano – M. Ventoruzzo, Giuffrè, Milano, 2007, I, 512 ss. e pp. 531–532; A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 829 ss.; G. RACUGNO, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, cit. nt. 14, 208 ss., pp. 223–228; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, 2014, 304 ss. e 323 ss.; sono critici nei confronti dell'orientamento N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, in *Riv. soc.*, 2016, 568 ss. e 575 ss. e D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, cit. nt. 10, 487 ss.

dell'insolvenza) ha natura non definitiva e irreversibile¹⁶ e sul fatto che, da un punto di vista sistematico, non sarebbe coerente ricollegare alla perdita di continuità aziendale (situazione, per come definita dalla normativa di settore, decisamente meno grave rispetto all'insolvenza¹⁷) una conseguenza più grave rispetto a quella derivante, nel sistema antecedente al CCI, dalla dichiarazione di fallimento¹⁸. Tutto ciò, inoltre, avrebbe probabilmente comportato una frustrazione della finalità di risanamento perseguita dalla legislazione concorsuale¹⁹.

Tuttavia, sempre in tema di obblighi gestori derivanti dalla perdita della continuità aziendale, la dottrina non si è accontentata di aver superato l'orientamento appena riportato. La scienza giuridica italiana, infatti, rilevata l'esistenza di una lacuna normativa sul punto²⁰, ha rinvenuto, tramite un'analisi sistematica delle disposizioni della legge fallimentare e degli obblighi di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, di attuazione dell'oggetto sociale e di corretta gestione imprenditoriale²¹, un

¹⁶ D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, cit. nt. 10, 487 ss.; C. MONTAGNANI, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, 245 ss.; G. NICCOLINI, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Tratt. soc. per az.*, diretto da G.E. Colombo – G.B. Portale, VII, 3, Torino, 1997, pp. 262–274; Trib. Milano, 21/12/2005, in *Società*, 2006, 1514, con nota di M. Venuti; Trib. Bologna, 29/04/2019, in *DeJure.it*.

¹⁷ La perdita di continuità aziendale poteva essere infatti definita, utilizzando un'espressione particolarmente efficace (pur formulata con riferimento specifico alla crisi d'impresa per come regolata dal CCI), come "insolvenza prospettica". Cfr. B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit. nt. 5, 153 ss.

¹⁸ N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, cit. nt. 15, 579; G. FERRI JR., *Fallimento e scioglimento della società*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, pp. 8–9; G. FERRI JR. – M. SILVA, *In tema di impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale e scioglimento delle società di capitali*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 237–2014/I, disponibile su www.notariato.it, 6; A. NIGRO, *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*, *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa – G.B. Portale, I, Torino, 2006, 177 ss., 188.

¹⁹ N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, cit. nt. 15, 583; G. FERRI JR., *Fallimento e scioglimento della società*, cit. nt. 18, pp. 8–10.

²⁰ D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale: i doveri dell'organo gestorio*, cit. nt. 10, 499.

²¹ Cfr., tra tutti, N. BACCETTI, *La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento*, cit. nt. 15, 599 ss.; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. Cicu – F. Messineo – L. Mengoni – Schlesinger, I, Milano, 2012, 369, pp. 389–391; V. CALANDRA

dovere degli amministratori di “affrontare”²² la situazione di difficoltà economico-finanziaria²³ e di segnalare lo stato di perdita della continuità aziendale a soci e creditori²⁴.

Questo dunque, descritto molto brevemente, era lo “stato dell’arte” in tema di continuità aziendale (e di perdita della stessa) al momento dell’introduzione del CCI.

Il Codice della crisi si è innestato in questo scenario e, pur non definendo il concetto di continuità aziendale²⁵, ha ricollegato alla perdita della stessa specifici obblighi gestori degli amministratori: quelli “preventivi” di istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della perdita della continuità

BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nelle società per azioni*, Milano, 1985, 224 ss.; A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, cit. nt. 15, 518 ss., 525 ss.; vi è anche chi ha ritenuto che la perdita di continuità aziendale comportasse anche rilevanti limitazioni alla possibilità di ricorrere al credito, cfr. F. PACILEO, *Concessione “abusiva” di credito e “sana e prudente gestione”: linee-guida giurisprudenziali*, cit. nt. 23, 209 ss.

²² La non specificità del termine ha portato anche a ritenere che un corretto adempimento all’obbligo di “affrontare” la situazione di perdita della continuità aziendale avrebbe potuto essere garantito non solo tramite la decisione di intraprendere misure volte al “recupero” della continuità aziendale, ma anche tramite l’immediata convocazione dell’assemblea con l’intento di far deliberare la messa in liquidazione della società. La soluzione riecheggia in una certa misura la regola c.d. “ricapitalizza o liquida”, prevista dagli artt. 2447 e 2482-ter c.c., alla quale è stata affiancata la regola c.d. “ristabilisci l’equilibrio finanziario o liquida”. Sul punto cfr. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, cit. nt. 5, 286, nt. 14; L. STANGHELLINI, *Directors’ duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the “Recapitalize or Liquidate” rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, diretto da Benazzo – M. Cera – S. Patriarca, Torino, 2011, 733; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, cit. nt. 23, 658 ss.

²³ D. MARI, *ivi*, 491 ss.; F. PACILEO, *Concessione “abusiva” di credito e “sana e prudente gestione”: linee-guida giurisprudenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 209 ss.; G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. soc.*, 2012, 625.

²⁴ Obbligo derivante dall’art. 2381, comma 5, c.c., il quale stabilisce il dovere di monitorare il generale andamento della gestione e la sua evoluzione, cfr. D. MARI, *Perdita di continuità aziendale e impossibilità di conseguimento dell’oggetto sociale: i doveri dell’organo gestorio*, cit. nt. 10, 498.

²⁵ Il che ha fatto condivisibilmente ritenere pienamente applicabile la definizione desumibile dalla normativa tecnica di settore, cfr. ASSONIME, *Le nuove regole sull’emersione anticipata della crisi d’impresa e gli strumenti d’allerta*, cit. nt. 10, 15 ss.

aziendale; quelli “successivi” di rilevazione dell’avvenuta perdita del *going concern* e di tempestiva azione volta al recupero dello stesso.

In questo modo, il CCI ha dato indipendenza funzionale alla continuità aziendale, trasformandola in “punto di riferimento centrale nella gestione dell’impresa, negli obblighi conseguenti all’eventuale crisi e, da ultimo, nella responsabilità degli organi sociali”²⁶ e, conseguentemente, ha spostato indietro nel tempo l’obbligo di azione da parte degli amministratori²⁷, a circa (almeno) un anno prima del verificarsi dell’insolvenza, garantendone un’emersione anticipata²⁸.

L’anticipata emersione della crisi, tuttavia, non può essere di per sé uno strumento sufficiente ad evitare che la stessa possa influire sull’operatività dell’impresa (soprattutto dopo che, con il CCI, l’apertura della procedura di liquidazione giudiziale e di liquidazione controllata è stata ricompresa tra le cause di scioglimento della società previste dall’art. 2484 c.c.) e sulla soddisfazione dei creditori. Per questo motivo, il legislatore delegato ha previsto, nella seconda parte del comma 2 dell’art. 2086 c.c., un obbligo di azione (gravante sugli amministratori) degli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva, consistente nel dovere “di attivarsi senza indugio per

²⁶ Cfr., M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l’intestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, cit. nt. 5, 120.

²⁷ Sul punto, cfr. B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit. nt. 5, 159 ss. L’A., pur riferendosi specificamente alla crisi dell’impresa, ricollega all’introduzione del CCI un sensibile ampliamento della diligenza del debitore (l’imprenditore, gli amministratori) in ipotesi di “insolvenza prospettica”. In particolare, si sostiene che i nuovi obblighi posti a carico dell’imprenditore non riguardino l’adempimento in sé dell’obbligazione nei confronti dei creditori, ma “le condizioni per evitare che la capacità di adempiere all’obbligazione venga compromessa” e “nel caso in cui questo si verifichi, gli strumenti cui il debitore deve ricorrere affinché gli effetti pregiudizievoli di tale evento vengano neutralizzati o perlomeno arginati o comunque limitati”. La natura proattiva del comportamento richiesto al debitore certifica ulteriormente il cambio di prospettiva del legislatore concorsuale, che ha spostato il punto centrale di interesse della normativa dall’insolvenza alla crisi dell’impresa.

²⁸ Cfr. art. 4, comma 1, legge 19 ottobre 2017, n. 155 (legge delega); Relazione illustrativa al Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, *passim*; Raccomandazione 2014/135/UE, *Considerando* n. 1; Direttiva UE 2019/1023; ASSONIME, *Le nuove regole sull’emersione anticipata della crisi d’impresa e gli strumenti d’allerta*, cit. nt. 10, *passim*; BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, cit. nt. 5, 285, 292; M. S. SPOLIDORO, *Procedure d’allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. soc.*, 2018, 171.

l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

Se, leggendo la disposizione appena richiamata, emerge immediatamente che il legislatore della riforma abbia inteso seguire quel filone dottrinale che teorizzava la sussistenza di obblighi anche "extracontabili" derivanti dalla perdita della continuità aziendale, tuttavia si può notare sin da subito che il CCI, in più, ha ricollegato l'obbligo, generico, di agire a un fine specifico: quello del *recupero* della continuità aziendale.

Orbene, è evidente che il dovere gravante sull'organo amministrativo non può essere considerato obbligo "di risultato"²⁹. Tuttavia, pare che esso non possa essere adempiuto in maniera soddisfacente utilizzando le stesse modalità che, prima dell'introduzione del CCI, si potevano considerare adeguate ad "affrontare" la situazione di perdita della continuità aziendale.

In particolare, l'eventuale azione volta alla messa in liquidazione della società (mediante proposta in tal senso all'assemblea) non sembra oggi essere in linea con la lettera dell'art. 2086 c.c., posto che in tal modo non si raggiungerebbe l'obiettivo normativamente dettato del *recupero* della continuità aziendale. Una simile determinazione potrebbe forse essere considerata in linea con il disposto normativo in una situazione di crisi dell'impresa, posto che l'art. 2086, comma 2, c.c. impone all'organo amministrativo di agire per il "superamento" della crisi. In tale ipotesi si potrebbe forse ritenere (non senza qualche dubbio) che la liquidazione della società sia una modalità di "superamento" della crisi. Di certo, però, non può ritenersi che con la liquidazione della società si raggiunga l'obiettivo, posto dal legislatore, del "recupero" della continuità aziendale³⁰.

Dunque, nella formulazione del CCI, la continuità aziendale deve essere, da una parte, preventivamente mantenuta tramite l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati a rilevarne tempestivamente la perdita e, dall'altra parte, ove persa, tempestivamente

²⁹ La circostanza emerge invero anche dalla stessa lettera della norma, che collega l'obbligo non al recupero della continuità aziendale, ma all'adozione e all'attuazione *"di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale"*.

³⁰ Tuttavia, naturalmente, se è la compagine sociale a chiedere la liquidazione della società, l'organo amministrativo non potrà far altro che prendere atto della decisione e agire perché la stessa sia eseguita. Allo stesso modo, ove gli amministratori, in seguito a un'indagine svolta in maniera adeguatamente informata, dovessero rilevare che, prospetticamente, nessuno strumento a loro disposizione potrebbe portare a un soddisfacente recupero della continuità aziendale, è evidente che essi potrebbero proporre in assemblea la messa in liquidazione della società, preferibilmente accompagnandovi una relazione sull'analisi svolta, dipendendo in massima parte proprio da quest'ultima il giudizio sulla diligenza dell'organo amministrativo.

recuperata (*rectius*, fatta oggetto di adozione di strumenti e provvedimenti volti al suo recupero) da parte dell'organo amministrativo.

Tutto ciò chiarisce la posizione centrale che, nel CCI, è stata riservata a quelle circostanze che caratterizzano l'"insolvenza prospettica" dell'impresa³¹ e conduce a ritenere che il Codice della crisi, dando rilievo normativo e indipendenza funzionale al concetto di continuità aziendale, abbia reso quest'ultima uno "stato" tipico dell'impresa funzionante ed operativa³², stato che deve essere mantenuto e preservato dall'impresa e la cui perdita deve immediatamente emergere e comportare una tempestiva azione dell'organo amministrativo volta al suo recupero.

3. – Nel contesto normativo appena descritto (peraltro recentemente riformato) si inserisce la pandemia da Covid-19 e la conseguente legislazione d'urgenza.

In particolare, con riferimento alla continuità aziendale, l'art. 7 del Decreto Liquidità, rubricato "*Disposizioni temporanee sui principi di redazione del bilancio*", per come modificato dalla legge di conversione (l. 5 giugno 2020, n. 40) e per quanto qui rileva, prevede: "*Nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività, di cui all'articolo 2423-bis, comma primo, n. 1), del codice civile può comunque essere operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020 (...). Il criterio di valutazione è specificamente illustrato nella nota informativa anche mediante il richiamo delle risultanze del bilancio precedente*". Al secondo comma del medesimo articolo, si legge: "*Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati*".

Nell'analisi della norma in questione, i primi contributi dottrinali pubblicati hanno affrontato soprattutto tre problemi interpretativi: (i) l'applicabilità dell'art. 7 del Decreto Liquidità alle imprese IAS-adopter³³; (ii) la data di riferimento per la valutazione della sussistenza della continuità

³¹ Cfr. B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit. nt. 5, 151 ss.

³² Cfr., in tal senso, M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, cit. nt. 5, 120.

³³ Cfr. ASSONIME, *Impatto della pandemia da Covid-19 sui bilanci delle imprese relativi all'esercizio 2019*, cit. nt. 9, paragrafi 3 e 4; M. DI SARLI, *Redazione del bilancio e dintorni ai tempi del Coronavirus: prime riflessioni*, in *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, cit. nt. 9, 52; M. VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, cit. nt. 9, 526 ss.

aziendale per il bilancio, non ancora approvato al 23 febbraio 2020, relativo a un esercizio precedente a quello del 2020³⁴; (iii) la possibilità di sfruttare la *fictio* per due esercizi consecutivi³⁵. Per la soluzione a tali problemi interpretativi si fa rinvio ai contributi citati, volendo in questa sede occuparsi esclusivamente del rapporto tra le implicazioni contabili della continuità aziendale e le conseguenze gestorie della sua perdita.

Prima di passare all'analisi delle disposizioni contenute nell'art. 7 del Decreto Liquidità, tuttavia, è bene segnalare che la continuità aziendale è, anzitutto, come emerge peraltro da tutto quanto detto nei precedenti paragrafi, un elemento sostanziale³⁶. Essa corrisponde infatti, come già più volte ripetuto, alla capacità dell'impresa di agire come un'entità in funzionamento per un periodo di almeno 12 mesi. D'altra parte, la natura sostanziale della (perdita della) continuità aziendale emerge anche dal fatto che, come acutamente osservato³⁷, a differenza della situazione di crisi dell'impresa, il (mancato) *going concern* può dipendere non solo da elementi patrimoniali, reddituali o finanziari (i quali rappresentano elementi quantitativi e hanno un riscontro contabile immediato), ma anche da elementi qualitativi, come la sfera gestionale o l'esistenza di piani di recupero della continuità aziendale. Si tratta, dunque, prima di tutto di un elemento di fatto, il quale ha poi delle rilevanti implicazioni contabili.

Come si è visto, il legislatore ha ricollegato alle vicende *sostanziali* della continuità aziendale degli obblighi che, in un primo momento, erano solo ed esclusivamente di natura contabile e che, successivamente, sulla spinta anche della dottrina, hanno assunto natura gestoria: degli obblighi di monitoraggio volti a individuare tempestivamente la perdita della continuità aziendale e degli obblighi di azione in contrasto della perdita della stessa. Gli obblighi contabili e gestori vanno necessariamente di pari passo: la perdita del *going concern*, ove non risolta da un punto di vista sostanziale attraverso la tempestiva azione dell'organo amministrativo, dovrà necessariamente tradursi in una revisione dei criteri contabili utilizzati per la redazione del bilancio d'esercizio.

Tutto ciò premesso, si può apprezzare la peculiarità dell'art. 7 del Decreto Liquidità: dalla lettura della disposizione riportata, deriva infatti che, ai fini della valutazione delle voci contenute nei bilanci relativi all'esercizio in corso al 31 dicembre 2020 e di quelli chiusi ma non ancora

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ivi*, 530.

³⁶ Cfr. *ivi*, 526, ove si richiama SFAMENI, *L'esercizio sociale e il bilancio nelle società per azioni*, in *La disciplina giuridica del bilancio di esercizio*, a cura di L. A. Bianchi, Milano, 2001.

³⁷ ASSONIME, *Le nuove regole sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti d'allerta*, cit. nt. 10, 36.

approvati al 23 febbraio 2020, non rileva la continuità aziendale intesa in senso sostanziale, ma solo una continuità aziendale per così dire “contabile”, e cioè quella risultante dall’ultimo bilancio d’esercizio approvato.

Si registra, dunque, una scissione tra la realtà della situazione patrimoniale, reddituale, finanziaria e anche gestoria dell’impresa e la rappresentazione³⁸ che della stessa viene data nel bilancio d’esercizio (per questo si è parlato e si parla di “*factio*” di continuità aziendale).

Tale scissione porta a domandarsi se essa debba riprodursi anche nel campo degli obblighi degli amministratori, e cioè se, in ipotesi di rilevazione della perdita della continuità aziendale, “congelati” gli obblighi contabili gravanti sugli stessi, operino comunque i nuovi (introdotti dal CCI) obblighi gestori di azione volti al recupero del *going concern*.

La risposta, se non si commettono errori, dovrebbe essere positiva e le ragioni a supporto di tale soluzione sono almeno tre.

Anzitutto, l’art. 7 del Decreto Liquidità non prevede alcuna deroga al comma 2 dell’art. 2086 c.c. La circostanza consente di far ricorso al noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Inoltre, la norma emergenziale in questione è evidentemente considerabile legge eccezionale (in quanto riferita a una situazione congiunturale e limitata nel tempo), rispetto alla quale l’art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale anteposte al codice civile proibisce espressamente il ricorso all’analogia. D’altra parte, non pare esservi spazio³⁹ per un’interpretazione estensiva, dal momento che il risultato di ritenere che l’art. 7 del Decreto Liquidità deroghi anche al disposto dell’art. 2086, comma 2, c.c. non comporterebbe una mera attività di adeguamento della lettera della norma alla volontà del legislatore⁴⁰, ma un’attività quasi creativa dell’interprete, in mancanza di qualsivoglia base letterale per una tale operazione.

In secondo luogo, la lettera dell’art. 2086, comma 2, c.c. e tutte le considerazioni svolte al precedente paragrafo in merito alla continuità aziendale quale “punto di riferimento centrale nella gestione dell’impresa”⁴¹, ove lette congiuntamente all’art. 7 del Decreto Liquidità e alla relativa

³⁸ È vero che la continuità aziendale, nella disciplina del bilancio, non è una voce ma un presupposto valutativo. Tuttavia essa è, per così dire, “rappresentata” in bilancio tramite la valutazione delle voci sul presupposto che vi sia continuità aziendale.

³⁹ Né tanto meno ragioni, ma sul punto v. subito di seguito nel corpo del testo.

⁴⁰ Cfr., in tema di interpretazione estensiva, per tutti, A. TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24 ed., a cura di Franco Anelli e Carlo Granelli, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 54.

⁴¹ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l’instestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, cit. nt. 5, 120.

relazione tecnica⁴², portano logicamente a ritenere che l'obiettivo del legislatore fosse quello di una sterilizzazione meramente contabile degli effetti della pandemia (e della conseguente crisi economica) sulla continuità aziendale. D'altra parte, la continuità aziendale rappresenta oggi il primo stadio della difficoltà dell'impresa⁴³ e l'introduzione di obblighi di azione degli amministratori derivanti proprio dalla perdita della stessa rappresenta uno strumento di anticipata emersione (e superamento) della crisi d'impresa: ciò impedisce di pensare che l'intento del Governo, con l'introduzione del Decreto Liquidità, volto a *"neutralizzare gli effetti devianti dell'attuale crisi economica dovuta allo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19"* (così la relazione tecnica) fosse quello di sterilizzare altresì tutti quegli obblighi volti proprio ad evitare un ulteriore aggravamento della difficoltà dell'impresa.

La terza ragione in forza della quale si ritiene che rimanga fermo il disposto dell'art. 2086, comma 2, c.c. è di tipo sistematico. Un indizio nel senso di ritenere salvi gli obblighi gestori degli amministratori derivanti dalla perdita della continuità aziendale può infatti essere tratto dall'art. 6 del Decreto Liquidità, il quale prevede: *"A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino alla data del 31 dicembre 2020 per le fattispecie verificatesi nel corso degli esercizi chiusi entro la predetta data non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile"*⁴⁴. Ciò che in questa sede interessa della norma citata è che il legislatore, pur avendo introdotto un'ampia deroga agli obblighi di riduzione del capitale sociale per perdite superiori a 1/3, dando spazio anche al recupero di considerazioni relative all'effettiva utilità del capitale sociale⁴⁵, non ha tuttavia derogato al disposto degli artt. 2446, comma 1, e 2482-bis, commi 1, 2 e 3, c.c., e cioè a quelle

⁴² Ove si legge, per quanto qui rileva: *"La disposizione in esame prevede di neutralizzare gli effetti devianti dell'attuale crisi economica dovuta allo stato di emergenza epidemiologica da Covid-19, consentendo alle imprese di redigere e approvare i bilanci operando la valutazione delle voci secondo il principio della prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato di cui all'articolo 2423 bis, comma primo, n. 1), del codice civile [...]"*.

⁴³ Cfr. ASSONIME, *Le nuove regole sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti d'allerta*, cit. nt. 10, 18 ss.

⁴⁴ Per una compiuta analisi della disposizione, cfr. A. BUSANI, *Il 2020 come anno "di grazia" per le perdite da COVID-19*, in *Società*, 2020, 538 ss.; M. VENTORUZZO, *Continuità aziendale, perdite sul capitale e finanziamenti soci nella legislazione emergenziale da Covid-19*, cit. nt. 9, 531 ss.

⁴⁵ *Ivi*, 532.

disposizioni in cui si pone a carico degli amministratori, nelle S.p.A. e nelle S.r.l., l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea *"per gli opportuni provvedimenti"*. Anche in queste ipotesi, dunque, il legislatore dell'emergenza ha voluto sedare un effetto essenzialmente contabile, scindendo completamente⁴⁶, seppur per un limitato periodo di tempo, il capitale sociale reale dal capitale sociale nominale e lasciando che le due quantità legittimamente non corrispondano, senza però esimere l'impresa dall'assunzione di *"opportuni provvedimenti"*, naturalmente volti a ristabilire l'equilibrio patrimoniale della società.

Le tre ragioni elencate conducono a ritenere che, quella contenuta nell'art. 7 del Decreto Liquidità, sia una mera esenzione contabile, che permette all'organo amministrativo che rilevi la perdita della continuità aziendale di non rivedere le valutazioni di bilancio ma che non lo assolve dall'obbligo di agire per il recupero della stessa continuità aziendale, dipendendo da questo l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa.

Pertanto, l'organo amministrativo, una volta rilevata la situazione di perdita della continuità aziendale⁴⁷, accantonati gli obblighi prettamente contabili, dovrà in ogni caso *"attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento"* per il recupero della continuità aziendale. Tutto ciò poiché la perdita del *going concern*, costituendo situazione di fatto dell'impresa, ha effetti sostanziali che non possono essere evitati mediante una *fictio* contabile e che, invece, devono essere tempestivamente e adeguatamente affrontati al fine di evitare un aggravamento dello squilibrio economico-finanziario dell'impresa.

4. – A conclusione della breve analisi svolta nei paragrafi precedenti, al di là di ogni considerazione relativa all'opportunità e alla funzionalità dei provvedimenti assunti dal legislatore⁴⁸, si possono formulare quanto meno due osservazioni: una di tipo storico-evolutivo e una di tipo sistematico.

⁴⁶ Si usa qui l'avverbio *"completamente"* poiché, nella costruzione del codice civile, la scissione (nel senso di non corrispondenza) tra capitale sociale reale e capitale sociale nominale è parzialmente ammessa e accettata. Il riferimento è sia alle ipotesi in cui le perdite non superino la misura di 1/3 del capitale sociale, a quelle in cui, pur superando le perdite tale misura (senza però una riduzione del capitale al disotto del minimo legale), la società si trovi ancora nell'anno c.d. *"di grazia"*, cioè quello successivo alla rilevazione della perdita superiore a 1/3 del capitale sociale.

⁴⁷ Situazione che deve necessariamente essere nuova, cioè non presente già nel bilancio dell'esercizio precedente.

⁴⁸ Difficile peraltro tacere i dubbi di *"effetti collaterali"* che pone una disciplina volta sostanzialmente ad alterare artificiosamente i criteri di valutazione delle voci di bilancio, peraltro agendo in maniera indiscriminata sia su imprese che, per effetto dell'emergenza sanitaria e della conseguente crisi economica, hanno effettivamente perso la continuità aziendale *"sostanziale"* sia su imprese che tale continuità hanno

Quanto all'osservazione storico-evolutiva, si segnala che, nella ricostruzione delle vicende che negli anni hanno riguardato il *going concern*, si è partiti da una situazione in cui la continuità aziendale, pur rimanendo sempre una condizione sostanziale dell'impresa, aveva, quanto meno normativamente, un significato e un effetto esclusivamente contabile. Con l'introduzione del nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. da parte del CCI, e quindi a partire dal 16 marzo 2019, la continuità aziendale ha assunto (anche da un punto di vista esplicitamente normativo e non solo esegetico) un rilievo anche gestorio. Ora, con l'art. 7 del Decreto Liquidità, gli effetti contabili della (perdita della) continuità aziendale "sostanziale" sono congelati, rimanendo operativi solo gli effetti prettamente gestori della medesima circostanza. È pur vero che il Decreto Liquidità è parte di una legislazione d'urgenza che risponde a un'emergenza sanitaria ed economica, ma il punto non è privo di interesse. Pare infatti che si sia assistito a una "metamorfosi funzionale"⁴⁹ della continuità aziendale. E infatti, fermo il medesimo concetto, ciò che è mutato è la funzione dello stesso: da un ruolo prettamente contabile, la continuità aziendale sostanziale assume (quanto meno nel periodo di operatività dell'art. 7 del Decreto Liquidità) un ruolo esclusivamente gestorio, determinando obblighi degli amministratori solo in tal senso. È interessante, quanto meno, assistere a una così rapida inversione di rotta (pur, ovviamente, motivata da situazioni emergenziali e non da volontà del legislatore in tal senso).

Per quanto riguarda, poi, l'osservazione di natura sistematica, il trattamento della continuità aziendale nella legislazione d'emergenza legata al Covid-19 può portare a confermare quanto già rilevato in tema di centralità della continuità aziendale nella gestione dell'impresa⁵⁰. L'art. 7 del Decreto Liquidità, infatti, introducendo la *fictio* di continuità aziendale ma non derogando all'art. 2086, comma 2, c.c., certifica ulteriormente (per quanto possa valere, trattandosi di legislazione d'emergenza, per sua natura frettolosa e mai esente da critiche) l'indipendenza funzionale della continuità aziendale ("sostanziale") – non solo rispetto agli altri stadi della difficoltà dell'impresa (crisi dell'impresa e insolvenza), ma anche rispetto alla stessa continuità aziendale rilevante ai fini contabili – nella vita dell'impresa e nella determinazione degli obblighi degli amministratori. L'obbligo sancito dall'art. 2086, comma 2, c.c., infatti, rimane valido, a

mantenuto.

⁴⁹ La locuzione è legata al fatto che il concetto di continuità aziendale ha mantenuto la medesima definizione sia ai fini contabili che ai fini di determinazione degli obblighi gestori, quindi si è assistito solo a un mutamento di funzione della stessa.

⁵⁰ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo (tra Codice della Crisi e bozza di decreto correttivo)*, cit. nt. 5, 120.

prescindere dalla *fictio* contabile prevista, sancendone la centralità ai fini della operatività dell'impresa.

Abstract

**EMERGENCY LEGISLATION AND GOING CONCERN IN THE NEW
INSOLVENCY CODE: COORDINATION PROBLEMS BETWEEN
ACCOUNTING "*FICTIO* " AND DIRECTORS' OBLIGATIONS**

Nel CCI, la perdita di continuità aziendale ha assunto un ruolo diverso e ulteriore rispetto a quello assegnatole nella precedente legislazione, raggiungendo un'indipendenza funzionale rispetto agli altri momenti della difficoltà dell'impresa e divenendo fonte di obblighi gestori specifici degli amministratori. La legislazione di emergenza ha agito sulla continuità aziendale nel suo aspetto contabile, ponendo problemi di coordinamento quanto agli obblighi gestori derivanti dalla perdita della stessa e – di fatto – scindendo le figure di continuità aziendale "sostanziale" e continuità aziendale "contabile".

In the Insolvency Code, the company's not being a going concern has taken on a different and additional role compared to that assigned to it in previous legislation, achieving functional independence from other moments of the company's difficulty and becoming a source of specific management obligations for the directors. The emergency legislation has acted on the company's not being a going concern in its accounting aspect, posing problems of coordination with regards to the management obligations arising from the loss of the same and – in fact – splitting the figures of "substantial" going concern and "accounting" going concern.

UN DECENNIO DI MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE: EVOLUZIONE, BILANCI E PROSPETTIVE

BEATRICE FICCARELLI

*Professore associato
nell'Università di Siena*

Risale ormai al marzo 2010 l'innesto della mediazione nel nostro procedimento giudiziario.

Come noto, coerentemente con la finalità deflattiva e di razionalizzazione delle risorse giudiziarie che sembra caratterizzare ogni iniziativa recente del nostro legislatore –il quale, non a caso, pochi anni più tardi per il tramite della legge n.162 del 2014, ha introdotto nel modello italiano anche la negoziazione assistita in certi casi con forme di obbligatorietà oltre a dare variegato impulso a meccanismi deflattivi del contenzioso–, il legislatore medesimo, in attuazione di una legge delega e delle indicazioni provenienti dall'Europa (vale a dire la Direttiva 2008/52/CE¹), con il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, ha intrapreso la strada della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, attraverso l'introduzione di una pluralità di metodi di accesso a tale forma di composizione delle liti con l'obiettivo primario di ridurre il carico di lavoro delle corti e dunque di diminuire i tempi del processo civile, in un sistema liberato da una rilevante quota del contenzioso ordinario².

A dispetto dell'unico *nomen juris* utilizzato – mutuato ed anzi tradotto dal termine inglese *mediation* –, il nostro legislatore con il provvedimento succitato ha introdotto tre diversi tipi di mediazione, tutti soggetti al medesimo procedimento, ma radicalmente differenti quanto ai presupposti:

¹ Su cui AA.VV., *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, a cura di N. Trocker A. De Luca, Firenze, 2011.

² Si veda, al momento dell'entrata in vigore dell'istituto, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575. Nella vastissima letteratura intervenuta, tra i principali commenti sull'istituto si vedano: F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; EAD., *La nuova mediazione, profili applicativi*, Bologna, 2013; AA.VV., *La mediazione civile e commerciale*, a cura di C. Besso, Torino, 2011; *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di M. Bove, Padova, 2011; F. DANOVÌ– F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011; D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, 45 ss.; F. FERRARIS, voce *Mediazione e civile e commerciale*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2016.

una mediazione su base volontaria stragiudiziale ed extraprocessuale per cui le parti possono esperire un tentativo di mediazione prima ed indipendentemente dalla proposizione di una controversia davanti al giudice civile; una mediazione stragiudiziale ma endoprocessuale, con un'attività di mediazione svolta da un organismo non giudiziale (cioè l'organismo di mediazione), ma su sollecitazione (oggi vincolante) del giudice statale, già attualmente investito della controversia (la cosiddetta mediazione delegata che ha subito richiamato la *court-annexed mediation* dei paesi anglosassoni); c) una mediazione extraprocessuale ed extragiudiziale obbligatoria, prevista per una moltitudine di controversie, e configurata come condizione di procedibilità³.

Il legislatore, in modo del tutto isolato nel panorama comparatistico, guidato dall'intento di deflazionare il contenzioso, ha privilegiato la via del ricorso obbligatorio alla mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziale, prevedendo a tal fine che il mancato esperimento della mediazione stessa possa, non oltre la prima udienza, formare oggetto

³ Si tratta della classificazione proposta tra i primi da F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., 51, e riproposta da L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione*, cit., 578. V'è stato anche chi, consapevole della possibilità, a fronte delle scelte originali effettuate da legislatore del 2010, di ricorrere a differenti possibili classificazioni/qualificazioni delle diverse ipotesi di mediazione previste dal decreto 28/2010 ha subito preferito ricorrere al distinguo tra una mediazione *obbligatoria*, una mediazione *facoltativa* ed una mediazione *concordata*. La prima si concreta in quel procedimento di mediazione il cui esperimento, ai sensi dell'art. 2 del d.lgs., costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale, atteggiandosi, nella sostanza, a condizione di accesso alla tutela giurisdizionale; la seconda è rimessa ad una possibile iniziativa delle parti o del giudice stante, per un verso, il disposto di cui all'art. 2 del decreto 28 in forza del quale "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni dello stesso decreto, per altro verso, il disposto dell'art. 5, comma 2 del medesimo decreto, in forza del quale il giudice, anche in sede di giudizio di appello, può invitare le parti stesse a procedere alla mediazione; la terza è invece intesa quale mediazione legata alla sussistenza di apposita clausola che la preveda, stante il disposto dell'art. 5, nella parte in cui dispone che, ferma restando l'applicabilità delle regole in tema di mediazione obbligatoria, "se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente prevedono una clausola di mediazione o conciliazione", il giudice o l'arbitro "su eccezione di parte, proposta nella prima difesa" ove rilevi che: 1) il tentativo non risulta esperito, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi; 2) la mediazione è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di quattro mesi. V. E. FABIANI-M. LEO, *Prime riflessioni sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione" delle controversie civili e commerciali di cui al d. lgs. n. 28/2010*, in www.judicium.it.

di eccezione da parte del convenuto e di rilievo d'ufficio da parte del giudice⁴.

È questa, peraltro, la previsione del decreto che, come ben si sa, ha rappresentato l'aspetto più controverso e contrastato dell'intera normativa in tema di mediazione sia sotto il profilo dell'eccesso di delega che della conformità al dettato costituzionale, considerato anche che il procedimento di mediazione medesimo è stato subito imposto in una serie di controversie molto eterogenee tra loro e suscettibili di notevole espansione (come in effetti, poi, è stato).

Nota è la vicenda che ha riguardato il percorso della mediazione nelle maglie della compatibilità alla Carta costituzionale: con la sentenza n. 272 del 6 dicembre 2012, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina relativa alla c.d. mediazione obbligatoria, con la conseguenza che la relativa normativa è stata espunta dal d.lgs. n. 28 del 2010⁵.

⁴ Si confronti il precedente art. 5, ora art. 5, comma 1 *bis*: "Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-ter del Codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. A decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni del presente comma. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni".

⁵ Circa la contrarietà dell'obbligatorietà della procedura di mediazione con il disposto di cui all'art. 24 Cost. v. G. SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, in *www.judicium.it*; ID., *Trilogia (in senso proprio, ovvero tre tragedie) sulla giustizia civile*, in *www.judicium.it*; ID., *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.lgs. 28/2010*, in *Foro it.*, 2011, col. 54; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di*

Come parimenti noto, tuttavia, la Corte Costituzionale ha ritenuto illegittime le disposizioni relative alla mediazione obbligatoria specificamente “per eccesso di delega”, cosicché il d.l. n. 69 del 21 giugno 2013 le ha prontamente reintrodotte, sia pur con qualche modesta modifica relativa ad alcuni dei profili che erano stati maggiormente criticati.

La Corte costituzionale si è limitata, pertanto, a rilevare l’illegittimità costituzionale della mediazione obbligatoria sotto un profilo meramente formale, mantenendo infine l’istituto nella configurazione voluta fin da subito dal legislatore.

Attualmente la mediazione civile é così disciplinata dal d.lgs. 28/2010 come riformato nel 2013 ad opera del richiamato decreto del 2013 (salvo una modifica all’art. 12 in tema di esecutività dell’accordo conciliativo introdotta dal d.l. 132/2014, conv. con mod. in l. 162/2014).

Ai sensi del (nuovo) art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010, per determinate controversie previste tassativamente *ex lege* l’esperimento del procedimento di mediazione costituisce così (nuovamente) condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁶.

mediazione, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 624; M. BOVE, *La mancata comparizione innanzi al mediatore*, in *Società*, 2010, 760 e G. CALIFANO, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011.

⁶ Attualmente, come già ricordato riportando il testo normativo, le ipotesi di mediazione obbligatoria sono identificate dall’art. 5, comma 1-bis, d.lgs. n. 28 del 2010 e riguardano le controversie vertenti in materia di condominio; diritti reali; divisione; successioni ereditarie; patti di famiglia; locazione; comodato; affitto di aziende; risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria; risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità; contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Per dette controversie (salvo le esclusioni di cui si dirà) vige pertanto la regola della condizione di procedibilità della domanda di mediazione introdotta dal richiamato art. 5, comma 1-bis d.lgs. n. 28 del 2010.

La riforma del 2013 ha escluso dall’elenco delle controversie assoggettate alla disciplina della mediazione obbligatoria quelle in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti (originariamente previste nella disciplina del 2010); ha aggiunto, accanto alle controversie in materia di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica (assoggettate all’obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione), anche quelle derivanti dalla responsabilità sanitaria (con l’avvertenza che la disciplina della mediazione obbligatoria di cui all’art. 5, comma 1-bis necessita di essere aggiornata alla l. 17 marzo 2017 n. 24 sulla nuova responsabilità sanitaria giacché, come noto, l’art. 8, l. 24/2017 prevede, come tentativo obbligatorio di conciliazione, lo svolgimento del procedimento di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite *ex art. 696-bis c.p.c.* in alternativa al procedimento di mediazione con la conseguenza che l’esperimento del procedimento di mediazione, a rigore, non è più obbligatorio in senso stretto in tale materia, potendo la condizione di procedibilità essere soddisfatta tramite lo svolgimento della procedura di cui art. 696-bis c.p.c. Sulla questione si

Dicevamo che oltre alla mediazione obbligatoria e a quella volontaria il legislatore ha previsto un terzo modello di mediazione, il modello cd. “delegato” o di “mediazione endoprocessuale” (simile ma non identico sotto il profilo strutturale– organizzativo alla *court annexed mediation* dei paesi anglosassoni⁷) oggi accolto all’art. 5 punto 2 dell’attuale testo del d.lgs. 28/2010⁸.

La norma prevede che, fermo quanto previsto dal comma 1–*bis* (in ordine al tentativo obbligatorio di conciliazione) e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4 (cioè che lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari e che la mediazione delegata non si applica in alcuni procedimenti tassativamente

veda V. ANSANELLI, *Struttura e funzione della consulenza tecnica preventiva in materia medico–sanitaria*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 165 ss. La “reintroduzione” della obbligatorietà della mediazione ha rappresentato l’occasione per consolidare l’istituto, contemporaneamente sollevando una serie di criticità interpretative in riferimento alla sua applicazione a determinate controversie, nonché ai procedimenti con la stessa intersecanti. La vicenda più nota è stata quella riguardante l’identificazione della parte processuale in capo alla quale gravi l’onere di esperire il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, al momento risolta dalle sezioni unite della Corte di Cassazione con la sentenza n.19596 del 18 settembre 2020, secondo cui l’onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta, vale a dire il creditore, nonché il problema della partecipazione personale della parte alla mediazione, risolta nel senso della sua necessità in virtù della natura personalissima delle attività da compiersi nel procedimento di mediazione. Si veda in tal senso Trib. Roma n.13630 del 2019 e, in dottrina F. FERRARIS, nota a Trib. Vasto, 9 marzo 2015, in *Contr.*, 2015, 687. Sulla questione si veda ampiamente M. LUPOL, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all’italiana?*, Bologna, 2018, 121 ss.

⁷ Sui precedenti in tal senso relativi ai principali ordinamenti stranieri v. AA.VV., *L’altra giustizia*, a cura di V. VARANO, Milano, 2007; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L’esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007; CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit.; F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008.

⁸ Esso così recita: “Fermo quanto previsto dal comma 1–*bis* e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l’esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell’udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all’articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”.

2–*bis*: “Quando l’esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l’accordo”.

indicati dalla legge⁹) il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione.

L'*invito* deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista¹⁰, prima della discussione della causa¹¹.

Sebbene l'intento del legislatore possa essere apparso quello di spostare in avanti il momento processuale in cui far intervenire la mediazione – probabilmente affinché questa si collocasse in un momento già “maturo” del percorso processuale (un momento in cui cioè siano già chiari *thema decidendum e probandum* della causa) –, l'aver previsto esclusivamente un termine finale e non un termine iniziale ha indotto subito a ritenere che già in sede di prima udienza *ex art. 183 c.p.c.*, prima dell'autorizzazione al deposito delle memorie scritte di cui al sesto comma della norma ora ricordata, il giudice possa dare impulso al percorso di mediazione delegata. Se le parti aderiscono all'*invito*, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6¹² e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Nell'intento originario del legislatore, la valutazione relativa all'opportunità di seguire la via conciliativa, di conseguenza, spettava in

⁹ Così il comma 4 dell'art. 5: “I commi 1-*bis* e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;

b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile

c) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile;

d) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;

e) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

f) nei procedimenti in camera di consiglio;

g) nell'azione civile esercitata nel processo penale”.

¹⁰ Come noto, nel sistema processuale vigente non esiste più un'apposita udienza di precisazione delle conclusioni che vige solo nella prassi ormai codificata.

¹¹ Si confronti indietro alla nota 8.

¹² Ai sensi dell'art. 6 dedicato alla *durata* del procedimento di mediazione, il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi. Il termine di cui al comma 1 decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del sesto o del settimo periodo del comma 1-*bis* dell'articolo 5 ovvero ai sensi del comma 2 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale.

prima battuta al giudice, il quale *invitava*, e in seconda battuta alle parti, che *aderivano*: se all'invito aderivano tutte le parti, la causa era rinviata ad altra udienza, per consentire l'espletamento della mediazione. Oggi, invece, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 5, comma 2 del d.lgs. 28/2010, l'invito si è tramutato in *ordine* stabilendo che il giudice, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione. L'effetto dell'ordine – che parrebbe consentito perfino nelle ipotesi in cui, essendo la mediazione obbligatoria per legge, il relativo procedimento sia stato già precedentemente ed infruttuosamente instaurato¹³ – è quello di subordinare egualmente la procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello al previo esperimento della mediazione¹⁴. Anche in questa ipotesi il giudice rinvia la causa ad udienza successiva rispetto alla scadenza del termine massimo di durata del procedimento di mediazione, cioè tre mesi e, qualora tale procedimento non sia stato già avviato, assegna contestualmente alle parti un termine di 15 giorni per la presentazione della relativa domanda¹⁵.

La nuova formulazione della norma, la quale pone un notevole potere in capo al giudice il quale può rinviare le parti in mediazione per ogni controversia relativa a diritti disponibili (anche e soprattutto nei casi in cui la mediazione non sia già condizione di procedibilità della domanda¹⁶),

¹³ Così G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., vol. II, Bari, 2019, 31.

¹⁴ Si veda ad es. Trib. Firenze, 13 ottobre 2016 in *DeJure*.

¹⁵ Ancora BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, *Ibidem*. Sulla "imposizione" della mediazione si veda F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione, profili applicativi*, Bologna, 2013, 219. In giurisprudenza si confronti ad es. Trib. Siracusa, 15 maggio 2018 (in *DeJure*) per cui in caso di mediazione delegata l'obbligatorietà della mediazione non deriva dall'oggetto materia della controversia, ma da una valutazione operata dal giudice in relazione alla potenziale "mediabilità" della lite, derivando da ciò che tale vaglio non può essere operato dalle parti al primo incontro informativo di cui all'art. 8 del d.lgs. 28/2010 poiché esso, per l'appunto, è già stato fatto dal giudice stesso prima di decidere di demandare la promozione della procedura. Pertanto il mediatore e le parti devono, già in sede di primo incontro, iniziare immediatamente la discussione in ordine ai profili di merito della controversia, onde tentare di trovare una composizione amichevole della controversia.

¹⁶ Così LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, cit., 102 il quale riporta l'ordinanza del Tribunale di Milano del 14 ottobre 2015 (in *www.ilcaso.it*) che si esprime in termini di "addentellato normativo che iscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale". V. in tal senso anche Trib. Firenze, 4 giugno 2015, parimenti in *www.ilcaso.it*. Sul punto si veda specialmente M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, 2018, 459 ss., cui si rinvia per il delicato tema delle conseguenze

applicabile anche ai procedimenti pendenti ha senza dubbio contribuito a rivitalizzare questa tipologia di mediazione, anche in ragione delle conseguenze negative che possono derivare alla parte che non partecipi al procedimento, come indicato dal giudice, per esempio sul piano della responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.¹⁷.

Non è un caso, del resto, che la mediazione nel corso del processo sia il tipo di mediazione che ha sempre incontrato il maggior favore negli ordinamenti stranieri¹⁸ e che, anche nel nostro paese, nonostante l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione prevista in numerosi settori, è quello suscettibile di maggiori potenzialità di sviluppo, visto anche lo scetticismo con cui si continua ancora a guardare alla mediazione preventiva. Oltretutto, con la mediazione endoprocessuale si può superare uno degli ostacoli più seri che impedisce alla conciliazione giudiziale di avere successo, ovvero il fatto che alla stessa provveda quel giudice che in caso di fallimento del tentativo deve decidere sull'oggetto della lite.

La circostanza che l'invito (*ordine*) alla mediazione provenga dal giudice, può avere il duplice vantaggio di consentire alle parti di aderirvi con maggior consapevolezza, e nello stesso tempo di evitare di assumere un'iniziativa che potrebbe essere interpretata dalla controparte come indice di debolezza nella strategia processuale¹⁹.

Senza considerare che la mediazione endoprocessuale interviene quando le parti hanno quantomeno esplicitato nel giudizio le proprie ragioni attraverso gli atti introduttivi e ciascuna può avere una ragionevole previsione sull'esito della lite (e ciò, a maggior ragione, quando l'invito alla mediazione intervenga dopo il deposito delle memorie di cui all'art.183, sesto comma c.p.c.).

Naturalmente, la mediazione delegata endoprocessuale (al pari delle altre forme di mediazione introdotte dal legislatore nazionale), non può essere considerata il rimedio alle disfunzioni della giustizia civile. I metodi

del mancato rispetto dell'ordine anche in analogia a quanto accade nella mediazione obbligatoria.

¹⁷ Si veda ancora LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, cit., 103 che riporta all'uopo la decisione del Trib. Roma, 28 settembre 2017, in www.mondoadr.it.

¹⁸ I primi studi sulla mediazione hanno dimostrato che la maggiore percentuale di successo è raggiunta proprio dalle mediazioni che sorgono nel corso del processo. Cfr. CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 162 la quale, alla fine della indagine comparativa condotta sulla conciliazione, afferma che questo procedimento, che realizza un innesto del meccanismo stragiudiziale all'interno del processo giurisdizionale, rappresenta il punto d'arrivo dei fenomeni conciliativi e la sintesi più attuale dei procedimenti tradizionali di conciliazione giudiziale e stragiudiziale.

¹⁹ V. ancora CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, cit., 162 ss. e 307 ss. sia pur in riferimento alla disciplina originaria che lo vedeva come invito.

negoziali di composizione delle controversie possono avere un valore aggiunto rispetto alla giustizia civile statale, quand'anche questa funzioni in modo efficiente. La diffusione e il successo dello strumento conciliativo, come in generale dei sistemi *ADR*, è sicuramente maggiore in una situazione di buon funzionamento della giustizia civile. La prospettiva di una tutela giurisdizionale efficiente scoraggia strategie ostruzionistiche e dilatorie²⁰.

Anche la mediazione/conciliazione disciplinata dal nostro legislatore, alla luce del trascorso decennio merita di essere apprezzata in quest'ottica, vale a dire come completamento degli strumenti messi a disposizione dal sistema per la tutela dei diritti in alternativa (o in aggiunta) alla via giurisdizionale.

Dopo che il rapporto tra processo e mediazione è stato per lungo tempo interpretato in termini prima di priorità e poi di sussidiarietà del processo, per effetto del d.lgs. 28/2010, il rapporto medesimo va letto in chiave di complementarietà: una complementarietà in cui l'accesso alla giurisdizione statale rimane centrale, in quanto viene sempre e comunque garantito, non solo a livello formale (nel senso che la previsione/possibilità di ricorrere alla mediazione non può mai escludere il ricorso al processo), ma anche a livello sostanziale nel senso che, fallita la mediazione, la tutela in via giurisdizionale non deve risentirne negativamente: la controversia, cioè, deve poter "ripartire" davanti al giudice, senza che le parti subiscano alcun pregiudizio dal mancato esito positivo della via mediatrice.

Complementarietà, dunque, come previsione della possibilità per le parti di ricorrere alla mediazione (o per il giudice di ordinare alle parti a farvi ricorso) allorché, in relazione alla natura del conflitto, la mediazione appaia come il mezzo più adeguato per risolverlo.

Abstract

A DECADE OF MEDIATION PROCEEDING: EVOLUTIONS AND MAIN PERSPECTIVES

L'articolo si ripromette di verificare nell'arco di un decennio dalla sua entrata in vigore il percorso del legislatore sulla via della mediazione soffermandosi brevemente sulle principali problematiche incontrate dall'istituto per poi concentrarsi sull'attuale configurazione della cosiddetta "mediazione delegata" la quale rappresenta il modello di mediazione più attrattivo anche in rapporto alle esperienze straniere.

²⁰ Cfr. R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28). Quadro generale*, in *Foro. it.*, 2010, V, col. 90. Così v. anche BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, cit., 11 e già F.P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1204 ss.

The article aims to verify within a decade of its entry into force the path of the legislator thorough the mediation proceeding by briefly representing the main problems encountered by the institute and then concentrating on the current configuration of the so-called “delegated mediation” which represents the most attractive mediation model also in relation to foreign experiences.

LE SOCIETÀ PER AZIONI CON LA PARTECIPAZIONE DELLO STATO O DEGLI ENTI PUBBLICI

GIROLAMO LAZOPPINI

Professore a c.

nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le partecipazioni dello Stato o degli enti pubblici in società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. – 3. Le partecipazioni in società che fanno ricorso al capitale di rischio. – 4. La fallibilità delle società a partecipazione pubblica.

1. – Il legislatore consente allo Stato e agli enti pubblici di avere delle partecipazioni nelle società per azioni e di perseguire, per tale via, l'interesse pubblico. Il fatto che lo Stato si avvalga di uno strumento privatistico non modifica la natura della società di capitali la quale rimane un soggetto di diritto privato a tutti gli effetti (è conseguentemente attribuita al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie relative alla nomina degli amministratori). Tale principio è stato cristallizzato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ le quali hanno chiarito che la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto privato solo perché l'Ente pubblico ne possieda, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed Ente pubblico azionista è, in altri termini, di assoluta autonomia. Le Sezioni Unite hanno anche precisato che all'ente pubblico non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto e sull'attività della società mediante l'esercizio di poteri autoritativi, potendo esso avvalersi solo degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina pubblica presenti negli organi della società.

2. – Il codice civile (art. 2449, come sostituito dall'art. 13, comma 1, della L. 25 febbraio 2008, n. 34) distingue l'ipotesi in cui lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in società per azioni che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio dall'ipotesi in cui, invece, le società vi fanno ricorso.

Nel primo caso lo statuto può conferire alla parte pubblica la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci o di componenti del consiglio di sorveglianza proporzionale alla partecipazione al capitale

¹ Cass. civ., Un., 14 settembre 2017, n. 21299.

sociale. Tali soggetti, i quali potranno essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati, hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea. Gli amministratori possono essere nominati per un periodo non superiore a tre esercizi (e quindi anche per un periodo inferiore) e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica. Invece i sindaci ed i componenti del consiglio di sorveglianza restano in carica per tre esercizi (non, quindi, per un periodo inferiore) e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione² hanno affermato che spetta al giudice ordinario la cognizione della controversia relativa alla revoca dell'amministratore nominato ai sensi dell'art. 2449 c.c., trattandosi di atto posto in essere dall'ente pubblico "a valle" della scelta iniziale di avvalersi dello strumento societario, compiuto avvalendosi degli strumenti che il diritto comune attribuisce al socio e dunque interamente regolato dal diritto privato. Ciò lo si evince chiaramente – precisano le Sezioni Unite – dal testo del richiamato art. 2449 c.c., il quale, da un lato, individua nello statuto sociale, e dunque in un atto fondamentale di natura negoziale, la fonte esclusiva dell'attribuzione al socio pubblico della facoltà di nominare un numero di amministratori proporzionale alla sua partecipazione, con la correlata facoltà di revocarli, e, dall'altro, precisa che gli amministratori così nominati hanno i medesimi diritti e i medesimi obblighi di quelli designati dall'assemblea; sicché, al pari di questi ultimi, godono dei soli diritti previsti dall'art. 2383, comma 3, c.c. (Nomina e revoca degli amministratori)³, tra i quali non può rientrare, senza violare il principio normativo di uguaglianza dei diritti, la pretesa alla reintegrazione a seguito del sindacato sulla legittimità del provvedimento di revoca, spettando loro solo il diritto al risarcimento dei danni, ove il giudice ritenga che la revoca non sia sorretta da giusta causa.

3. – Per le società che fanno ricorso al capitale di rischio il codice civile dispone che si applichino le stesse norme dell'articolo 2346, comma sesto, cod. civ. in tema di emissione delle azioni. Tale comma fa salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di

² Cass. civ., Un., 11 novembre 2019, n. 29078.

³ Art. 2383 c.c. (Nomina e revoca degli amministratori), comma 3: "Gli amministratori sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dall'assemblea in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa".

opera o servizi, emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, con esclusione del voto nell'assemblea generale degli azionisti. In questo caso sarà lo statuto a disciplinarne le modalità e le condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione. L'art. 2449 c.c. prevede che il consiglio di amministrazione possa anche proporre all'assemblea, che delibera con le maggioranze stabilite per l'assemblea ordinaria, che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni. È però sempre necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.

4. – Le società a partecipazione pubblica sono assoggettabili alla legge sul fallimento e sul concordato preventivo. La giurisprudenza è stata costante nel tempo nell'affermare tale principio ed il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la cui entrata in vigore è stata posticipata a causa della pandemia da Covid-19 al 1° settembre 2021, ha definitivamente eliminato ogni dubbio in proposito.

Con specifico riferimento alle società partecipate dagli enti locali la Corte di Cassazione aveva già da tempo precisato che la scelta del legislatore di consentire l'esercizio di determinate attività a società di capitali comporta che queste assumano i rischi connessi alla loro insolvenza, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto ed attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità⁴. Successivamente le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno sancito che la partecipazione pubblica in una società di capitali non esclude il suo assoggettamento al fallimento ed alle altre procedure concorsuali⁵. Ancora più di recente la Corte di legittimità ha ribadito che tutte le società commerciali a totale o parziale partecipazione pubblica, quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte, restano assoggettate al fallimento, essendo loro applicabile l'art. 2221 c.c. in forza del rinvio alle norme del codice civile, contenuto prima nell'art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 135 del 2012 e poi nell'art. 1, comma 3, del d.l.vo n. 175 del 2016.⁶

⁴ Cass. 27 settembre 2013, n. 22209.

⁵ Cass., Sez. Un., 25 novembre 2013, n. 26823.

⁶ Cass. 2 luglio 2018, n. 17279.

Oggi, con il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il legislatore, quasi ponendo in essere una sorta di interpretazione autentica, ha fatto rientrare le società a partecipazione pubblica nell'ambito di applicazione della nuova normativa sul fallimento (rectius: liquidazione giudiziale). Il nuovo Codice ha infatti ricompreso nel suo ambito di applicazione una figura molto ampia di debitore, sia esso consumatore, professionista, imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici. Pertanto, inserendo espressamente nel proprio ambito di applicazione le società pubbliche e quindi ritenendole assoggettabili alla liquidazione giudiziale ed al concordato preventivo, il legislatore ha posto fine ad ogni dubbio in proposito. In questo senso il nuovo codice, fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche, ha chiarito, facendone un'elencazione tassativa, che sono società pubbliche le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società *in house* di cui all'articolo 2, lettere m), n), o), del Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Ha, infine, abrogato (a partire dalla sua entrata in vigore) l'articolo 2221 del codice civile, il quale prevede che gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso d'insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali.

In conclusione, dunque, le società a partecipazione pubblica, sia totale che parziale, le società a controllo pubblico e le società *in house* sono certamente fallibili e sono assoggettabili alla procedura di concordato preventivo.

Abstract

JOINT-STOCK COMPANIES WITH THE PARTICIPATION OF THE STATE OR PUBLIC BODIES

L'autore analizza l'istituto delle società per azioni partecipate dallo Stato o dagli Enti Pubblici. Particolare attenzione viene dedicata alla fallibilità delle società a partecipazione pubblica, anche alla luce del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

The author analyzes the institution of public limited companies owned by the state or public bodies. Particular attention is paid to the fallibility of publicly owned companies, also in light of the new Code of corporate crisis and insolvency.

Corte di Cassazione, Sez. VI, 24 aprile 2020, n. 8151

Pres. Frasca – Est. D'Arrigo

In tema di esecuzione forzata, non viola gli obblighi di correttezza e buona fede e non contravviene al divieto di abuso degli strumenti processuali il creditore di due o più debitori solidali che, in forza del medesimo titolo, intraprenda un'azione esecutiva nei confronti di uno di essi dopo aver ottenuto, nei confronti di un altro condebitore, un'ordinanza di assegnazione ex art. 553 c.p.c., fintanto che quest'ultima non sia adempiuta dal terzo pignorato sino all'integrale concorrenza del credito azionato, fermo restando il divieto – la cui inosservanza va dedotta con opposizione esecutiva – di conseguire importi superiori all'ammontare del credito stesso.

(*Omissis*). La Guber Banca s.p.a. creditrice dei coniugi S.V. e F.G., debitori solidali, sottoponeva a pignoramento la pensione dovuta al primo dall'I.N.P.S. Successivamente, in data (*Omissis*), notificava un analogo atto di pignoramento a carico della F..

In data 19 giugno 2013, stante la dichiarazione positiva del terzo pignorato, il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Grosseto assegnava in pagamento alla Guber Banca s.p.a., nei limiti di legge, la pensione del S..

Ciò nonostante, la Guber Banca s.p.a. non desisteva dal pignoramento a carico della F., sicchè l'I.N.P.S. continuava ad accantonare le somme pignorate.

La F. proponeva, quindi, opposizione all'esecuzione, sostenendone l'illegittimità. Respinta, anche in esito a reclamo cautelare, la richiesta di sospensione del processo esecutivo, l'opposizione veniva proseguita nel merito.

Il Tribunale di Grosseto rigettava l'opposizione, con sentenza confermata in grado d'appello.

Avverso tale decisione ricorre il S., erede della F., nel frattempo deceduta, per due motivi. La Guber Banca s.p.a. resiste con controricorso.

Il consigliere relatore, ritenuta la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 380-bis c.p.c. (come modificato dal D.L. 31 agosto 2016, n. 168, art. 1-bis, comma 1, lett. e, conv. con modif. dalla L. 25 ottobre 2016, n. 197), ha formulato proposta di trattazione del ricorso in camera di consiglio non partecipata.

Entrambe le parti hanno depositato memorie difensive ex art. 380-bis c.p.c., comma 1.

Diritto

CONSIDERATO

1. Con il primo motivo il ricorrente si duole della violazione dell'art. 112 c.p.c., in quanto la Corte d'appello non avrebbe esaminato il motivo di impugnazione relativo alla inapplicabilità dell'art. 483 c.p.c. ai condebitori solidali.

Il motivo è inammissibile per difetto di specificità (art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6), non essendo stato indicato come e quando sarebbe stato dedotto il motivo di appello che il ricorrente sostiene non essere stato esaminato.

In ogni caso, si tratterebbe anche di una censura manifestamente infondata. La Corte d'appello, infatti, esaminando una questione subordinata rispetto alla falsa applicazione dell'art. 483 c.p.c., ha comunque inteso disattendere implicitamente questa censura, se effettivamente proposta. Del resto, l'art. 483 c.p.c. è certamente richiamato a sproposito dall'opponente. Tale disposizione si riferisce al cumulo dei mezzi di espropriazione nei confronti del medesimo debitore, mentre la questione che viene qui in rilievo è se, in base alla disciplina generale delle obbligazioni solidali, sia possibile per il creditore proseguire l'azione esecutiva intrapresa nei confronti di uno dei due debitori, dopo aver ottenuto un'ordinanza di assegnazione, potenzialmente satisfattiva, nei confronti dell'altro.

2. Con il secondo motivo si affronta più specificatamente il profilo testé illustrato.

Il ricorrente sostiene che la Guber Banca s.p.a. avrebbe agito in violazione dei principi di correttezza e buona fede ed invoca il principio affermato da questa Corte secondo cui, in materia di espropriazione forzata, la necessità di coordinare il principio della cumulabilità dei mezzi di esecuzione con il divieto di abuso degli strumenti processuali – ricavabile dalla previsione dell'art. 111 Cost., comma 1, nonché dall'operatività degli obblighi di correttezza e buona fede anche nell'eventuale fase patologica di una relazione contrattuale – comporta che l'emissione di un'ordinanza di assegnazione, sebbene di regola non precluda la possibilità di ottenerne altre in relazione allo stesso titolo e fino alla soddisfazione effettiva del credito, rende illegittima la scelta del creditore di intraprendere una nuova esecuzione, allorché egli sia stato integralmente soddisfatto in forza di detto provvedimento e non deduca la mancata ottemperanza all'ordine di assegnazione da parte del suo destinatario (Sez. 3, Sentenza n. 7078 del 09/04/2015, Rv. 635106 – 01).

Il motivo è inammissibile a causa della eccessiva genericità delle censure.

Il requisito di specificità e completezza del motivo di ricorso per cassazione è diretta espressione dei principi sulle nullità degli atti processuali e segnatamente di quello secondo cui un atto processuale è nullo, ancorché la legge non lo preveda, allorquando manchi dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento del suo scopo (art. 156 c.p.c., comma 2). Tali principi, applicati ad un atto di esercizio dell'impugnazione a motivi tipizzati, come il ricorso per cassazione, e posti in relazione con la particolare struttura del giudizio di legittimità cassazione, nel quale la trattazione si esaurisce – quando prevista – nell'udienza di discussione e non è consentita alcuna attività di allegazione ulteriore (giacché le memorie di cui agli artt. 378, 380-bis o 380-bis-1 c.p.c. sono finalizzate esclusivamente ad argomentare sui motivi fatti valere e sulle difese della parte resistente), comportano che il motivo di ricorso per cassazione, ancorché la legge non esiga espressamente la sua specificità (come invece per l'atto di appello), debba necessariamente essere specifico, cioè articolarsi nella enunciazione di tutti i fatti e di tutte le circostanze idonee ad evidenziarlo (Sez. 3, Sentenza n. 4741 del 04/03/2005, Rv. 581594 – 01; Sez. 3, Sentenza

n. 6184 del 13/03/2009, Rv. 607129 – 01; Sez. 3, Sentenza n. 24211 del 14/11/2006, Rv. 593552 – 01). E ora Cass., Sez. Un. n. 7074 del 2017, in motivazione.

In particolare, il ricorso nulla chiarisce in ordine allo svolgimento delle vicende espropriative: solo dalla lettura della memoria della banca controricorrente si apprende che nella procedura esecutiva a carico della F. vennero assegnate solo le spese della procedura esecutiva. Sicchè, l'ordinanza di assegnazione a carico della F. non risulta aver avuto ad oggetto somme imputabili, salva esazione, al soddisfacimento del medesimo credito in relazione al quale era stata emessa l'ordinanza di assegnazione a carico del S..

3. Sebbene tale rilievo sia assorbente, è utile esaminare – anche ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3, – la questione di diritto prospettata. Il principio invocato dal ricorrente (peraltro recentemente ripreso e ribadito, in materia di esecuzione forzata tributaria, anche da Sez. 5, Sentenza n. 10668 del 17/04/2019, Rv. 653657 – 02, secondo cui la clausola generale di buona fede viene in rilievo, addirittura, anche nella fase anteriore all'inizio dell'esecuzione) non è applicabile nel caso di specie. Quell'affermazione, infatti, si riferisce al caso in cui un creditore agisca intraprenda una seconda azione espropriativa nei confronti del medesimo debitore e lo stesso titolo, allorquando abbia già conseguito un provvedimento potenzialmente soddisfattivo del credito. Nel caso in esame, invece, la Guber Banca s.p.a. ha separatamente agito nei confronti di due debitori solidali, il S. e la F.. Sussiste, quindi, il presupposto dell'unicità del titolo, ma difetta quello della identità soggettiva dell'esecutato.

Seguendo la tesi del ricorrente, si finirebbe con l'introdurre un *beneficium excussionis* in favore del secondo debitore solidale, non previsto dalla legge e che si pone in insanabile contrasto con la natura stessa dell'obbligazione solidale dal lato passivo, la quale comporta che soltanto il pagamento effettivamente conseguito da un condebitore estingue la pretesa creditoria nei confronti degli altri.

Tale effetto limitativo della responsabilità solidale non può essere attribuito all'assegnazione dei crediti pignorati presso terzi, in quanto la stessa non è immediatamente soddisfattiva. Al contrario, essa è pronunciata "salvo esazione" (art. 553 c.p.c.), sicchè l'estinzione del diritto del creditore ha luogo solo con l'effettivo integrale pagamento, da parte del terzo pignorato, di tutte le somme assegnate. Nel caso particolare del pignoramento di quota del trattamento pensionistico, tale evento estintivo non è immediato, perfezionandosi solo all'esito dell'accantonamento, mese dopo mese, di tutte le somme effettivamente necessarie per la soddisfazione delle ragioni del creditore. Quindi, a maggior ragione si giustifica la facoltà, per il creditore di due o più debitori solidali, la possibilità di instaurare una pluralità di procedure esecutive "parallele" a carico di ciascuno dei condebitori, fintanto che non abbia ottenuta l'integrale soddisfazione del credito.

Ovviamente, al creditore è preclusa la possibilità di ottenere più dell'ammontare del suo credito, ma tale limite opera, in sede esecutiva, solo al momento del materiale soddisfacimento del credito, ossia dell'assegnazione delle somme rivenienti dall'espropriazione forzata. Non è, quindi, preclusa al creditore la possibilità di munirsi di due distinte ordinanze di assegnazione, ciascuna nei

confronti di un diverso condebitore solidale, fermo restando che potrà incassare in forza della seconda solo quanto sopravvanzi, in quel momento, alla prima.

6. Deve essere quindi affermato il seguente principio di diritto: “In tema di esecuzione forzata, non viola gli obblighi di correttezza e buona fede e non contravviene al divieto di abuso degli strumenti processuali l’iniziativa del creditore di due o più debitori solidali che, in forza del medesimo titolo, intraprenda un’azione esecutiva nei confronti di uno di essi dopo aver ottenuto, nei confronti di un altro condebitore, un’ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*, fintanto che la stessa non sia stata interamente eseguita dal terzo pignorato sino all’integrale concorrenza del credito per cui si agisce, fermo restando il divieto di ottenere più dell’ammontare del credito medesimo, la cui violazione deve essere fatta eventualmente valere in sede esecutiva mediante apposita opposizione”. (*Omissis*).

OBBLIGAZIONE SOLIDALE E PROCESSO ESECUTIVO. TRA TUTELA DEL CREDITORE E ABUSO DEL PROCESSO

LAURA BACCAGLINI
*Professore associato
nell’Università di Trento*

1. – Con l’ordinanza in epigrafe, la Cassazione torna ad occuparsi di processo e obbligazioni solidali, per risolvere, questa volta, la questione se (e fino a che punto) sia ammissibile la contemporanea pendenza di una pluralità di esecuzioni forzate contro ciascuno dei coobbligati. La pronuncia tocca il tema dei rimedi che spettano al condebitore esecutato qualora l’obbligazione solidale, *sub iudice* in sede esecutiva, sia stata da altri estinta, senza che il creditore procedente abbia fatto constare alcunché.

La S.C. avverte, infatti, la necessità di chiarire se e quando la scelta del creditore di ricorrere al processo esecutivo per vedere adempiuta l’obbligazione solidale sottenda un abuso dei mezzi di tutela. Si conferma, in questo modo, l’attenzione per il tema dell’abuso del processo, al centro di altre recenti – ma non sempre condivisibili – prese di posizione in argomento, sia pur estranee al tema dell’obbligazione solidale, che qui ci occupa¹.

¹ Ci si riferisce a Cass., ord. 26 settembre 2019, in *Corr. giur.*, 2020, 1258, con nota di B. ZUFFI, *L’abuso dell’abuso del processo: la Cassazione disapplica l’art. 102 c.p.c., invocando il “prisma dell’interesse ad agire” e l’obbligo di lealtà e probità*, e con postilla di C. CONSOLO, *Vera nullità se violato l’art. 102 c.p.c. ma con qualche finesse nel fissare le parti davvero necessarie*. Nel caso di specie, la Cassazione, valorizzando massimamente l’esigenza di evitare l’abuso degli strumenti processuali, è giunta addirittura a

Il caso di specie può essere riassunto nei termini che seguono: il creditore C – in possesso di un titolo esecutivo contro due condebitori solidali, A e B – instaurava, anzitutto contro A, un processo esecutivo, pignorando le somme mensilmente dovute all'esecutato dall'INPS, a titolo di pensione, e ottenendone l'assegnazione periodica fino a concorrenza del credito.

Qualche tempo dopo, C promuoveva un'altra esecuzione forzata contro il coobbligato B, pignorando crediti dell'esecutato per un importo pari all'intero *debitum* solidale.

B, opponendosi *ex art.* 615 c.p.c. all'esecuzione, lamentava in capo a C la violazione dei principi di correttezza e buona fede. A tal fine invocava, peraltro infruttuosamente, un recente precedente di legittimità, nel quale la Cassazione – valorizzando la norma di cui all'art. 483 c.p.c., in tema di cumulo di mezzi di impugnazione – aveva considerato abusiva la scelta del creditore di intraprendere una nuova esecuzione forzata *contro lo stesso debitore* (nostro corsivo), dopo essere stato integralmente soddisfatto in forza di una ordinanza di assegnazione del credito, ottenuta a valle di una precedente esecuzione².

Rigettata l'opposizione sia in primo sia in secondo grado, l'esecutato B ricorreva in Cassazione, reiterando le stesse ragioni di doglianza avverso l'iniziativa promossa dal creditore.

La Suprema Corte, pur dichiarando inammissibile il ricorso, perché giudicato estremamente generico, riconosce, tuttavia, la rilevanza della questione oggetto di impugnazione, e sceglie perciò di enunciare un principio di diritto, nell'interesse della legge.

In un (condivisibile) passaggio argomentativo dell'ordinanza, si legge che il creditore di due o più coobbligati in solido non viola l'obbligo di correttezza e buona fede, né abusa degli strumenti processuali se, in forza di uno stesso titolo esecutivo, promuove un'azione esecutiva contro un

sovvertire l'ordine logico delle questioni (rito–merito), dichiarando inammissibile il ricorso per cassazione (con il quale era stata fatta valere per la prima volta in sede di legittimità la pretermissione di un litisconsorte necessario per ragioni di diritto sostanziale) solo perché ritenute del tutto infondate le censure proposte nel merito dai ricorrenti *ex art.* 360, n. 3., c.p.c., che lamentavano la violazione dell'art. 102 c.p.c. e dunque chiedevano l'annullamento della sentenza e il rinvio della causa in primo grado.

La pronuncia stupisce non solo per la conclusione cui giunge (quella di ritenere insussistente nel caso di specie un litisconsorzio necessario), ma anche per il modo in cui quell'esito viene argomentato, giacché in nome di quella visione efficientista del processo (come l'ha definita da A. PANZAROLA, *La visione utilitarista del processo civile e le ragioni del garantismo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 97 ss.) finiscono per essere disapplicate norme di rito.

² Cass., 9 aprile 2015, n. 7078.

condebitore solidale dopo aver ottenuto, nei confronti di un altro, un'ordinanza di assegnazione *ex art. 553 c.p.c.*

Solo l'integrale pagamento delle somme dovute al creditore assegnatario (non la pronuncia in sé dell'ordinanza *ex art. 553 c.p.c.*) provoca l'estinzione del *debitum* solidale e dunque preclude al creditore di domandare ulteriore tutela³. Per questa ragione – osserva il Supremo Collegio – il ricorso per cassazione proposto dal condebitore opponente, qualora non fosse stato dichiarato inammissibile, sarebbe stato comunque rigettato per infondatezza: dalla lettura delle memorie difensive del creditore, emergeva chiaramente che l'esecuzione dell'ordinanza di assegnazione del credito, pronunciata a valle dell'esecuzione promossa contro A, aveva permesso la sola ripetizione delle spese processuali di quel processo. Risultava ancora integralmente inadempito il credito per il quale C aveva agito in esecuzione contro B, e dunque l'esecuzione forzata intrapresa contro costui non doveva considerarsi affatto illegittima o abusiva (per riprendere l'espressione impiegata dalla S.C.).

In questo senso, del resto, doveva essere letto anche il precedente di legittimità invocato dal ricorrente in maniera del tutto inconferente. Nel caso deciso da quella pronuncia (in cui, peraltro, una pluralità di esecuzioni forzate era stata promossa contro lo stesso e non contro diversi soggetti) ciò che aveva giocato un ruolo determinante, nel senso di considerare illegittima la seconda esecuzione promossa dal creditore, non era certo stata la pronuncia di un'ordinanza di assegnazione del credito, resa a valle della prima esecuzione; al contrario, decisivo era stato il fatto che l'attuazione di quell'ordinanza avesse integralmente soddisfatto il creditore procedente.

2. – L'instaurazione da parte del creditore di una molteplicità di esecuzioni forzate, nei confronti di più coobbligati solidali, è fattispecie che, per quanto possa apparire singolare, costituisce una piana conseguenza di quanto prevede l'art. 1292 c.c.

Se, in forza di questa norma, ciascun condebitore solidale può essere costretto all'adempimento dell'intero, poiché è solo l'integrale adempimento ad estinguere l'obbligazione nei confronti di tutti, ne deriva, sul piano

³ Può considerarsi consolidato l'orientamento che esclude efficacia satisfattiva in capo all'ordinanza di assegnazione del credito, che non genera alcuna presunzione di effettivo incasso. Così, da ultimo Cass. 9 luglio 2020, n. 14601; in arg. per tutti, R. TISCINI, *Sulla stabilità dell'ordinanza di assegnazione del credito nella procedura espropriativa presso terzi*, nota a Cons. Stato, 10 febbraio 2012, n. 2, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1351.

processuale, l'attribuzione a ciascun condebitore di una disgiunta legittimazione a contraddire⁴.

Ciò implica, sul versante della tutela cognitiva, la facoltà del creditore di instaurare tanti giudizi di condanna al pagamento dell'intero, quanti sono i condebitori solidali (con il rischio, certo, di un possibile conflitto, peraltro solo logico, tra giudicati, quanto all'esistenza e al modo di essere dell'obbligazione solidale)⁵. Parimenti, sul piano della tutela esecutiva, il principio sancito dall'art. 1292 c.c. legittima il creditore ad avviare tanti processi esecutivi, quanti i titoli ottenuti nei confronti dei singoli condebitori.

Il limite all'instaurazione e alla prosecuzione delle descritte iniziative processuali del creditore è rappresentato dall'adempimento del *debitum* solidale, che condurrà alla cessazione della materia del contendere, quando il pagamento sopravvenga in pendenza di un processo di condanna o di un'esecuzione forzata contro un coobbligato diverso dal *solvens*⁶.

⁴ Affermazione pacifica, su cui per tutti già E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, 145. Si v. peraltro la diversa deduzione tratta dalla dottrina civilistica (F.D. BUSNELLI, *Le obbligazioni soggettivamente complesse*, Milano, 1974, 388 ss. e ID., *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 396 che limita l'operare della legittimazione disgiunta a contraddire nei soli casi di azione di condanna proposta dal creditore; nelle altre ipotesi (di proposizione di domande di accertamento o costitutive) ricorrerebbe invece il litisconsorzio necessario (ma ciò sulla base di una precisa ricostruzione civilistica dell'obbligazione solidale, nella quale si intravede la sussistenza di una comunione nel debito).

⁵ È questa la conclusione che si trae dalla lettura dell'art. 1306, primo comma c.c.; è affermazione ricorrente e condivisa, quella secondo cui la norma avrebbe istituzionalizzato il contrasto tra giudicati sul *debitum* solidale: una situazione, questa, certamente non auspicabile ma tollerata dall'ordinamento, posto che si traduce in un conflitto tra decisioni che resta circoscritto al piano della motivazione (per tutti, A. ATTARDI, *Sui limiti dell'efficacia dell'art. 1306 cod. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 56; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile. Struttura e potere delle parti*, Milano, 1993, 590 ss.; G. AMORTH, *Possibile formazione di molteplici giudicati sulla stessa obbligazione solidale*, in *Giur. it.*, 1966, I, c. 1324; in arg. cfr. B. GAMBINERI, *Le obbligazioni solidali ad interesse comune. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2012, pp. 89–90 e, se si vuole, L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali "paritarie" e l'azione di regresso*, Milano, 2015, *passim*.

⁶ Sia nell'uno che nell'altro caso si tratterebbe di prendere atto di una soddisfazione extragiudiziale del diritto. Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, 278.

Sul punto, proprio rispetto al caso in cui l'estinzione dell'obbligazione (portata dal titolo esecutivo) sopraggiunga in pendenza di un'esecuzione forzata, merita segnalare l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale tra sezioni semplici della Cassazione.

La questione, che è stata rimessa alle Sezioni Unite dalla III Sezione, 6 marzo 2020, n. 6422, può riassumersi in questi termini: se l'estinzione del credito

Al riguardo, giova però fin da ora evidenziare l'assenza nel nostro ordinamento di una norma che imponga espressamente al creditore di dichiarare se e in che misura vi sia stato adempimento dell'obbligazione. Questa circostanza, unita al fatto che il creditore può esigere il pagamento dell'intero da qualsiasi coobbligato solidale, rende tutt'altro che peregrina l'eventualità che si formino titoli esecutivi per somme non (più) dovute, quante volte il creditore non faccia constare in giudizio l'estinzione del *debitum* solidale avvenuta per mano altrui (circostanza, questa, che il condebitore potrebbe ignorare). Non solo: potrebbe financo giungersi ad un indebito arricchimento del creditore, qualora contro il condebitore, inconsapevole dell'avvenuto adempimento dell'obbligazione, sia stata condotta e portata a termine un'esecuzione forzata⁷.

Le brevi riflessioni che seguono sono dedicate all'analisi dei rimedi che l'ordinamento appresta al coobbligato in solido, parte di un processo di cognizione o di esecuzione, per neutralizzare o sanzionare una siffatta condotta del creditore, certamente contraria a buona fede (arg. ex art. 1175 e art. 1375 c.c.), ma soprattutto ai doveri di lealtà e probità imposti dall'art. 88 c.p.c. imposti dal legislatore processuale⁸.

sopraggiunge in pendenza di un'opposizione all'esecuzione (promossa per altre ragioni), il giudice adito pronuncerà la cessazione della materia del contendere ovvero accoglierà l'opposizione? L'opzione a favore dell'uno o dell'altro corno dell'alternativa non è priva di conseguenze: nel primo caso, la liquidazione delle spese del giudizio non dovrà essere effettuata automaticamente in favore dell'opponente, bensì considerando l'intera vicenda processuale e in particolare gli originari motivi sui quali l'opposizione era stata basata (in questi termini conclude la richiamata ordinanza di remissione, ma già Cass. 15 gennaio 2020, n. 1005, s.m. in questa *Rivista*, 2020, 219, con nota redazionale di B. FICCARELLI, *Cessazione della materia del contendere e ripartizione delle spese di giudizio in sede di opposizione all'esecuzione*, cui si rinvia anche per l'indicazione di altri precedenti). In senso opposto, però, si è espressa la Sez. II della Cassazione, 9 agosto 2019, n. 21240, secondo cui l'avvenuta caducazione del titolo esecutivo in pendenza di un giudizio di opposizione all'esecuzione, benché dovuta a ragioni diverse da quelle fondanti la domanda ex art. 615 c.p.c., pur dando luogo alla cessazione della materia del contendere, presupporrebbe in ogni caso una sostanziale fondatezza dell'opposizione, con conseguente impossibilità per il giudice del merito di porre le spese del giudizio a carico del debitore opponente (in questi termini, anche Cass., sez. III, 13 marzo 2012, n. 3977).

⁷ Rischio, questo, paventato – ma senza fondamento nel caso di specie – dal ricorrente.

⁸ Come rilevato in altra sede (L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 200, nt. 84), l'impiego dell'espressione "abuso del processo" ha per noi valenza solo evocativa o descrittiva di una condotta processuale della parte contraria a buona fede, suscettibile di essere sanzionata già con i rimedi che l'ordinamento processuale predispone agli artt. 92 ss. c.p.c. Di contrario avviso, però, si mostra la giurisprudenza e una parte degli interpreti che ravvisa nell'abuso del processo un

3. – Potrebbe, anzitutto, accadere che sia lo stesso condebitore, convenuto in condanna dal creditore, ad eccepire l'adempimento dell'obbligazione solidale, producendo in giudizio il documento che attesta il pagamento avvenuto per mano di altro coobbligato, senza oltretutto che l'attore abbia fatto constare alcunché.

autonomo istituto dotato di specifica regolamentazione. Senza poter indugiare oltre su questo profilo, ci si limita anzitutto al richiamo alle note Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23276, che hanno individuato una condotta abusiva del creditore nella moltiplicazione delle iniziative giudiziali volte ad ottenere la condanna al pagamento di un credito a *petitum* indivisibile, sanzionando quella condotta non già mediante piana applicazione della disciplina sulle spese processuali (che dà rilievo anche alla violazione del dovere di lealtà e probità processuale) ma addirittura attraverso la declaratoria di inammissibilità/improcedibilità della domanda giudiziale.

Si tratta di quella che è stata definita in dottrina come una “nuova frontiera dell'abuso del processo”, che ha costituito oggetto di indagini di F. GHIRGA dapprima in *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, *passim* e poi in *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012. Secondo questa teorica, l'art. 100 c.p.c., lungi dal riferirsi solo alla necessità che l'affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice, alluderebbe alla possibilità di vagliare la “meritevolezza” della domanda sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale controversia evidenzia un abuso del diritto da parte dell'attore. Per una critica a questa impostazione, però, si v. C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quando all'abuso sanzionabile del processo e all'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1299; M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 85, nt. 218; Marco DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 1007 s. e M. MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, 560, per i quali l'esercizio del potere di azione non tollerebbe di essere qualificato in termini di buona fede o abusività perché, per il suo tramite, non si pone in essere un negozio dispositivo della situazione sostanziale. Il potere dispositivo, operando solo sul piano del processo, si limita a individuare se sussista un margine entro il quale le parti possano incidere su o possano disporre delle situazioni processuali che la legge alle medesime attribuisce (così, quasi letteralmente, M. MARINELLI, *op. ult. loc. cit.*).

In ogni caso, anche a voler circoscrivere l'esistenza di un presunto abuso del processo alla sola fattispecie di abuso dell'azione giudiziale, non v'è chi non veda come non possa qui rientrare il caso del creditore che agisca in giudizio per ottenere un titolo esecutivo ulteriore rispetto a quello formatosi verso altro coobbligato a valle di un precedente processo. Se di condotta abusiva si vuole discorrere, quanto alla fattispecie sopra tratteggiata, è alla mancata dichiarazione dell'*aliunde perceptum* da parte del creditore. Anche in questo caso, però, si tratterebbe di una mera etichetta descrittiva, atteso che quella condotta omissiva del creditore – ove si appuri la violazione dei doveri di cui all'art. 88 c.p.c. – trova già il suo rimedio nell'art. 96 c.p.c. Sulla necessità di valorizzare il ricorso a questa norma, senza dover ricorrere all'incerta e controversa categoria dell'abuso del processo, si v. C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti*, cit., 1299.

In questo caso, il creditore non subirà soltanto il rigetto della domanda proposta e la condanna al pagamento delle spese processuali; la condotta omissiva, *in re ipsa* dolosa o gravemente colposa, circa il fatto di essere stato *aliunde* soddisfatto, potrà costargli una condanna al risarcimento del danno per responsabilità aggravata *ex art. 96*, primo comma, c.p.c. e il pagamento della sanzione, *ex art. 96*, terzo comma, c.p.c.⁹, per aver posto in essere un illecito processuale¹⁰.

Il condebitore, però, potrebbe anche ignorare che l'obbligazione solidale sia stata da altri adempiuta; né del resto, quanto meno rispetto all'obbligazione solidale ad interesse comune, sussiste un onere per il *solvens* di notificare gli altri coobbligati; onere, questo, che invece si ricava arg. *ex art. 1952 c.c.*, quando chiamato ad adempiere sia il fideiussore, coobbligato solidale ad interesse esclusivo¹¹.

Se, dunque, il condebitore convenuto ignori che l'obbligazione sia stata da altri estinta (in tutto o in parte), egli potrebbe rischiare una condanna (e poi un'esecuzione) per importi non più dovuti. Al medesimo esito potrebbe giungersi là dove l'adempimento del *debitum* solidale sopraggiunga dopo che si sia formato un titolo esecutivo contro un diverso coobbligato e il processo esecutivo sia nondimeno promosso (o proseguito)¹².

⁹ Sulla genesi e la storia (piuttosto travagliata) della misura sanzionatoria, introdotta dall'art. 96, comma 3, c.p.c. si rinvia ai numerosi lavori di M. F. GHIRGA, *La riforma della giustizia civile nei disegni Mastella*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 458 ss.; EAD., *Sulla ragionevolezza dell'art. 96, comma 3°, cp.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 498, in nota adesiva a Corte Cost., 23 giugno 2016 n. 152, che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 96, comma 3, c.p.c. (rispetto agli artt. 3, 24, 111 Cost.) nella parte in cui la norma prevede che il pagamento della sanzione sia disposta non già a favore dello Stato bensì della parte. Su questo aspetto, già G. FINOCCHIARO, *Ancora sul nuovo art. 96, 3° comma, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1189 secondo cui la scelta del legislatore di disporre il pagamento della sanzione a favore della controparte e non dello Stato, permetterebbe una più rapida riscossione marcando così la funzione deterrente. Cfr. anche M.F. GHIRGA, *Spese processuali – Corte costituzionale e “sanzioni processuali”*, in *Giur. it.*, 2020, 578 a commento di Corte Cost., 6 giugno 2019, n. 139, che ha dichiarato rispettivamente inammissibile e infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 96, co. 3, c.p.c., per presunta contrarietà agli artt. 25 e 23 Cost.

¹⁰ Come definito da A. D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 253.

¹¹ Su questi aspetti, sia consentito rinviare a L. BACCAGLINI, *Il processo sulle obbligazioni solidali*, cit., 227 ss., spec. nota 138.

¹² Per comodità espositiva, si presuppone che ci sia stato l'adempimento dell'intero. Le considerazioni che seguono, però, sono suscettibili di trovare applicazione, mutato quel che c'è da mutare, anche per il caso in cui si assista ad un adempimento solo parziale, immaginando così che il creditore agisca in esecuzione forzata senza decurtare nel precepto le somme già rimosse da altri coobbligati.

In entrambi i casi, ci si chiede quali siano i rimedi di cui disponga il condebitore, per reagire all'illegittima iniziativa esecutiva intrapresa dal creditore.

L'ordinanza in epigrafe, che si misura con l'ultima delle fattispecie prospettate, individua nell'opposizione all'esecuzione la sede presso cui far constare l'insussistenza del diritto del creditore a procedere ad esecuzione forzata, per ragioni che attengono al cd. merito, ossia che coinvolgono l'esistenza e l'ammontare del diritto di credito portato dal titolo esecutivo.

Per completezza, giova precisare che, almeno stando ad una certa opinione interpretativa, l'opposizione all'esecuzione non riveste qui un carattere esclusivo, ma concorra con il rimedio dell'impugnazione ordinaria, quando il titolo esecutivo sia costituito da un provvedimento giudiziale non ancora passato in giudicato (ad es. l'appello per la sentenza di condanna, con cui sia stata promossa esecuzione)¹³.

Se è stata promossa opposizione ex art. 615 c.p.c., l'esecutato in quella sede potrà domandare la condanna del creditore per aver agito o proseguito l'esecuzione senza adoperare la normale prudenza. In questa ipotesi, che rientra nella previsione contenuta nell'art. 96, secondo comma, c.p.c.¹⁴, non

¹³ Nel senso di riconoscere – a nostro avviso condivisibilmente – che il rimedio sia esclusivamente costituito dagli ordinari mezzi di impugnazione, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 336–337; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 2019, 260. Per i termini del dibattito ed altre indicazioni bibliografiche, A. ROMANO, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, 2008, 105, nt. 10.

¹⁴ Per tutti CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, 600 ss. Si pone, poi, la questione se la responsabilità di cui all'art. 96, secondo comma, c.p.c. possa essere fatta valere anche al di fuori del contesto dell'opposizione all'esecuzione, e più in generale dopo la chiusura del processo esecutivo. Sul punto, si è espressa la giurisprudenza più recente, sul rilievo che solo il giudice del processo nel quale l'abuso si sarebbe verificato può valutare la temerarietà della lite, prospettandosi anzi un caso di competenza di tipo funzionale (Cass., 20 novembre 2009, n. 24538; Cass., 6 maggio 2010, n. 10960, in un caso in cui, pendente l'opposizione ex art. 615 c.p.c., l'esecutato attore aveva fatto riserva di richiesta di risarcimento danni, da quantificarsi in un successivo giudizio). In dottrina, favorevoli all'ammissibilità di un'autonoma condanna ex art. 96, secondo comma, c.p.c. anche al di fuori delle parentesi cognitive del processo esecutivo, G. BONGIORNO, voce *Responsabilità aggravata*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 5 e G. TARZIA, *L'oggetto del giudizio di espropriazione*, Milano, 1961, 51, nt. 120 ove il rilievo che "L'art. 96 cpv. non dice infatti quale sia il giudice che accerta "l'inesistenza del diritto per cui è stata [...] iniziata o compiuta l'esecuzione forzata"; non dice, più precisamente, che tale accertamento sia ottenibile soltanto con l'opposizione all'esecuzione".

Peraltro, quanto all'individuazione del giudice competente a conoscere della domanda ex art. 96, secondo comma, c.p.c., va peraltro segnalata l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, Cass. 6 marzo 2020, n. 6422, cit., che ha richiesto l'intervento nomofilattico per chiarire se, in presenza di un titolo esecutivo

sarà nemmeno necessario provare l'elemento soggettivo della condotta del creditore, diversamente da quello contemplato *ex art. 96*, primo comma. Anche in questa ipotesi, il giudice potrebbe condannare il creditore al pagamento di una somma, a titolo di sanzione, *ex art. 96*, comma 3, c.p.c.

L'esecutato, però, potrebbe ignorare l'avvenuta estinzione dell'obbligazione da parte di un altro coobbligato, sicché pure il processo esecutivo in corso potrebbe chiudersi con l'attribuzione al creditore di somme non dovute. In questo caso, si pone la questione se e come il condebitore, escusso per secondo, possa ripetere dal creditore quanto questi abbia indebitamente percepito.

Ed invero, l'ammissibilità di un'azione di ripetizione *ex art. 2033 c.c.* o di ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.* contro un pagamento effettuato in sede di esecuzione forzata è conclusione sulla quale non sussiste concordia tra gli interpreti¹⁵. La soluzione al problema dipende dall'idea che si accolga quanto alla stabilità dei risultati conseguiti in sede distributiva.

La questione è da tempo al centro di un dibattito, i cui termini coinvolgono anche la questione della funzione dell'esecuzione forzata e la possibilità di attribuire alla stessa, oltre che una forma di attuazione coattiva del diritto inadempito, anche una funzione dichiarativa del diritto sostanziale attuato, in questo modo negando che il risultato ottenuto con la

giudiziale, non ancora trascorso in cosa giudicata, la domanda di condanna per lite temeraria, che l'esecutato intenda avanzare, debba promuoversi davanti al giudice del processo nell'ambito del quale il titolo esecutivo si è formato (i.e., il giudice d'appello, ove penda quel gravame) ovvero davanti al giudice dell'opposizione all'esecuzione, cui sia stato demandato l'accertamento dell'inesistenza del titolo esecutivo che ha fondato quell'esecuzione forzata.

¹⁵ Il richiamo ad entrambi questi rimedi (quali strumenti di reazione verso uno spostamento patrimoniale, privo di un valido fondamento sostanziale) è opportunamente suggerito da M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, 155, nt. 3, in replica ad un rilievo formulato da una parte della dottrina processualciviltistica, per la quale l'azione di ripetizione dell'indebito non potrebbe ribaltare il risultato dell'esecuzione forzata, nella quale mancherebbe un "pagamento", che al contrario costituisce il presupposto dell'*art. 2033 c.c.* (così B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 1990, 212 ss. ed ivi l'idea che il "pagamento", rilevante *ex art. 2033 c.c.*, designerebbe solo il comportamento volontario della parte di eseguire una prestazione: condizione, questa, che l'A. ritiene del tutto assente nell'attribuzione di somme avvenuta nel (e per effetto del) processo di espropriazione.

Del resto, non è affatto un caso se in alcuni ordinamenti, come quello tedesco, entrambe le ipotesi siano contemplate all'interno di una stessa disposizione (v. § 812 BGB, di cui cenni in M. BOVE, *op. ult. loc. cit.* e E. MOSCATI, voce *Arricchimento (azione di) nel diritto civile*, in *Dig. it. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, pp. 447-449).

distribuzione del ricavato possa essere ridiscusso in successivi giudizi di cognizione¹⁶.

V'è chi intravede nella fase distributiva un'attività meramente liquidatoria ed astratta, priva di ogni stabilità sostanziale di carattere preclusivo. Chi così conclude esclude una qualsivoglia funzione di accertamento nell'attività svolta dal giudice dell'esecuzione nella fase del riparto e dunque apre al rimedio dell'azione di ripetizione dell'indebito¹⁷.

La tesi opposta – che insiste per l'irripetibilità delle somme distribuite nel contesto di una esecuzione forzata ed è accolta da molti – è stata nel tempo variamente argomentata: si è invocato il meccanismo della non contestazione–opposizione per ravvisare nell'ordinanza di distribuzione delle somme un effetto parificabile alla preclusione *pro iudicato*, simile a quello proprio di un decreto ingiuntivo non opposto¹⁸; si è osservato che la

¹⁶ È questa la prospettiva accolta da L. MONTESANO, almeno nel caso in cui vi sia concorso tra creditori nell'esecuzione forzata, in *La cognizione sul concorso dei creditori nell'esecuzione ordinaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 603 ss.; ID., *Sulla tutela cognitiva dell'espropriato contro i risultati dell'assegnazione e della distribuzione forzate*, ivi, 1970, 290; ma v. anche A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, 87 ss. All'impostazione di Montesano ha successivamente aderito anche LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento: contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, 218 ss. Per una completa analisi del dibattito e delle singole posizioni assunte dalla dottrina, si v. CAPPONI, *Distribuzione della somma ricavata*, in M. BOVE, B. CAPPONI, MARTINETTO, B. SASSANI, *L'espropriazione forzata*, in A. PROTO PISANI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1988, 239 ss. Di recente, M. PILLONI, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011, 226 ss.

¹⁷ E. GARBAGNATI, *Esecuzione ingiusta e ripetizione dell'indebito*, cit., 17; ID., *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 302; E. ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato. Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, in *Problemi del diritto*, II, Milano, 1957, 74 ss.; V. DENTI, voce *Distribuzione della somma ricavata (nell'espropriazione forzata)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 321 ss.; G. TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, cit., 49 ss.; S. CHIARLONI, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, in *Studi in onore di Fazzalari*, III, Milano, 1993, 793 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, cit., 183 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 351; M. BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 162 ss.; da ultimo, A. TEDOLDI, *Esecuzione forzata*, 2020, 321.

¹⁸ C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo*, Milano, 1955, 546 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, pp. 198–199, ma critiche verso questa impostazione (che proprio invocando l'esistenza di una preclusione *pro iudicato* esclude l'applicabilità dell'art. 2033 c.c. una volta chiusa l'esecuzione forzata) in G. TOMEI, *Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 850 ss. spec. 854 testo e nt. 4 al quale non sembra che il concetto di preclusione *pro iudicato* possa rivendicare una propria autonomia rispetto a quello di cosa giudicata se si opina che, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, si determina l'impossibilità di proporre autonome future azioni di ripetizione (art. 2033 c.c.): ciò, infatti, lungi dall'essere conseguenza di un

ripetibilità dei pagamenti coattivi vanificherebbe (alterandola *ex post*) l'attuazione del principio del concorso tra creditori sul ricavato¹⁹; non manca chi invoca l'idea di una cosa giudicata espropriativa o materiale²⁰.

Al medesimo risultato (di escludere la ripetibilità delle somme distribuite in sede esecutiva) giungono per altra via anche la giurisprudenza e la dottrina più recente²¹. Esse negano l'ammissibilità di un'azione di

effetto processuale di mera preclusione, sta a significare che “il rapporto sostanziale (causale o fondamentale), al quale inerisce l'obbligazione eseguita, viene definitivamente accertato e non può più essere messo in discussione”. Ricorre al concetto di preclusione anche la stessa giurisprudenza che, al fine di giustificare la stabilità dei riparti e l'irrevocabilità dei pagamenti conseguiti in questa sede (anche là dove non siano state instaurate controversie distributive) ritiene che il provvedimento che chiude il processo esecutivo, pur non avendo efficacia di giudicato per mancanza di contenuto decisorio, sarebbe tuttavia “caratterizzato da una definitività insita nella chiusura di un procedimento esplicato col rispetto delle forme atte a salvaguardare gli interessi delle parti, incompatibile con qualsiasi sua revocabilità, sussistendo al suo interno un sistema di garanzie di legalità per la soluzione di eventuali contrasti, all'interno del processo esecutivo; ne consegue che il soggetto espropriato non può esperire dopo la chiusura del procedimento di esecuzione forzata, l'azione di ripetizione di indebito contro il creditore procedente (o intervenuto) per ottenere la restituzione di quanto costui abbia riscosso, sul presupposto dell'illegittimità per motivi sostanziali dell'esecuzione forzata”. Così, Cass., 18 agosto 2011, n. 17371; Cass., 8 maggio 2003, n. 7036; Cass., 9 aprile 2003, n. 5580. Questo orientamento, che in giurisprudenza può considerarsi costante, sembra essere stato inaugurato da Cass., 3 luglio 1969, n. 2434, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1641 e in *Foro pad.*, 1971, I, 15 ss. con nota critica di E. GARBAGNATI, *Esecuzione ingiusta e ripetizione dell'indebito*.

¹⁹ Così F. MAZZARELLA, *Pagamento e esecuzione forzata, (note esegetiche sull'art. 494 c.p.c.)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, spec. 252; in senso analogo, G. VERDE, *Intervento e prova del credito nell'espropriazione forzata*, Milano, 1968, 11 secondo il quale, se fosse consentito al debitore di ripetere quanto distribuito per opera degli organi della distribuzione, le somme restituite verrebbero sottratte al concorso dei creditori, che non le avrebbero ricevute proprio per la concorrente pretesa del creditore, poi attaccato. In giurisprudenza, Cass., 18 agosto 2011, n. 17371 cit.

Sulla debolezza di questo argomento, però, E. GARBAGNATI, *Esecuzione ingiusta e ripetizione dell'indebito*, cit., 20, che esclude che il principio della *par condicio creditorum* verrebbe leso dall'esercizio dell'azione di indebito arricchimento: essa, infatti, non favorirebbe un creditore rispetto agli altri, mirando semmai a recuperare una somma di denaro ingiustamente assegnata a chi non era creditore. Nello stesso senso, S. CHIARLONI, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, cit., 792.

²⁰ A. BONSIGNORI, *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, cit., 254 ss.

²¹ B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, cit., 204 ove il rilievo che il processo esecutivo mira non già a fissare una “normativa” tra le parti, ma solo a realizzare un risultato pratico tra le medesime, il cui fondamento sostanziale può essere contestato tra le parti solo nei tempi e con gli strumenti previsti nell'ambito della fase distributiva. Il che, per l'A., si tradurrebbe in una sorta di preclusione ove tali mezzi non siano stati esperiti o siano stati coltivati senza

indebito arricchimento, pur negando che sul credito soddisfatto in sede esecutiva (anche quando esso sia stato contestato, con l'opposizione all'esecuzione o nel contesto di una controversia distributiva), si formi un accertamento²². La conclusione poggia sull'idea che l'azione *ex art. 2033 c.c.* sarebbe invocabile solo per i pagamenti eseguiti fuori dal processo (arg. *ex artt. 494, primo e secondo comma, c.p.c.*), non già per quelli coattivi, i quali difetterebbero del requisito della volontarietà, imposto invece nella *condictio indebiti*.

Chi così ragiona, ritiene che l'assenza di una norma che legittimi il debitore alla ripetizione (pur non avendo eccepito alcunché nel corso del processo esecutivo e perciò anche in sede distributiva) non configuri una lacuna del sistema; al contrario, questa circostanza sarebbe la prova del fatto che il processo di esecuzione assicura la stabilità dei risultati che il creditore in quella sede consegue²³.

successo. In senso analogo, già E.F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milano, 1979, 138; S. VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (Art. 512 C.P.C.)*, Milano, 2010, spec. pp. 209–211 (sulla cui esatta opinione si v. però in nota 22); NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata nei procedimenti di espropriazione forzata*, Napoli, 2013, 147 ss., cui si rinvia anche per altri richiami di dottrina. Così in giurisprudenza, Cass., 8 maggio 2003, n. 7036 cit.

²² Tuttavia, non è mancato chi, proprio muovendo da una riflessione in ordine all'oggetto delle controversie distributive, specie se ricondotto non già al diritto di credito bensì ad una situazione processuale (il diritto alla partecipazione ai riparti), ha riconosciuto ammissibile l'azione di ripetizione dell'indebito, una volta che l'esecuzione si sia chiusa (così, A. TEDOLDI, *L'oggetto della domanda di intervento e delle controversie sul riparto nella nuova disciplina dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1319 e M. PILLONI, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011, 335 nt. 244).

²³ Così, quasi letteralmente B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2020, 401. Una previsione di siffatto tenore non manca invece nella disciplina fallimentare, là dove l'art. 114 legge fall. sancisce chiaramente un principio di irripetibilità dei riparti. In effetti, v'è chi valorizza proprio questo dato normativo, per avallare l'idea che si possa discorrere di stabilità dell'attribuzione patrimoniale ottenuta in seguito alla distribuzione di un'esecuzione forzata individuale. Così, da ultimo, S. VINCRE, *Profili delle controversie*, cit., pp. 209–210, ove peraltro anche la precisazione che l'art. 114 legge fall. ammetterebbe, sia pur in via eccezionale, la restituzione delle somme pagate, là dove si sia trattato di pagamenti non dovuti. A questa fattispecie va ricondotto anche il caso del pagamento coattivo ricevuto dal creditore ma non dovuto, posto l'obbligazione solidale è già stata estinta per mano di un diverso coobbligato.

Sotto questo profilo, giova segnalare l'esistenza di una specifica previsione (l'art. 789, comma 2) nell'abrogato cod. comm. 1882 che riconosceva l'obbligo per il creditore, che avesse percepito più del dovuto, insinuandosi nel fallimento di ciascuno dei coobbligati falliti, il creditore di restituire alle rispettive masse

A questa ricostruzione è stato giustamente obiettato che alla mancata contestazione del piano di riparto, da parte del debitore, non possa attribuirsi un'efficacia maggiore di quella che rivestirebbe l'eventuale pagamento spontaneo, da parte dello stesso soggetto, ove fosse avvenuto al di fuori dell'esecuzione²⁴. Se il silenzio del debitore esecutato è sinonimo di accettazione della volontà dei risultati della distribuzione del ricavato, allora la medesima volontà dovrebbe scorgersi nel pagamento che quel debitore abbia compiuto volontariamente²⁵. Ecco perché, stando a questa lettura, non sarebbe dirimente ritenere che solo il pagamento spontaneo costituisca il presupposto necessario per la ripetizione dell'indebito.

Se l'attività solutoria, posta in essere dal debitore al di fuori del processo, non può considerarsi manifestazione della volontà di riconoscere quel diritto, ciò dovrebbe a maggior ragione valere per il pagamento coatto avvenuto in seno all'esecuzione forzata quando non vi sia stata contestazione del piano di riparto²⁶.

L'adesione a questa ultima opinione conduce ad interessanti applicazioni nel caso che ci occupa, quando cioè l'obbligazione solidale sia stata estinta da un altro obbligato diverso da quello esecutato, senza che il pagamento sia stato fatto constare in pendenza del secondo processo esecutivo.

Infatti, nulla dovrebbe impedire al condebitore di agire con un'azione di ripetizione nei confronti del creditore se, dopo aver subito l'esecuzione forzata, egli scopra che l'obbligazione era già stata estinta dal pagamento altrui: invocare qui una preclusione in ragione della stabilità del riparto

l'eccedenza non dovuta. È singolare che la mancata riproduzione di questa norma nella legge fallimentare vigente sia stata giustificata in quanto ritenuta pleonastica (B. INZITARI, *Sub artt. 61–62–63 legge fall.*, in *Commentario Scialoja Branca della legge fallimentare*, Bologna– Roma, 1988, 242).

²⁴ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, cit., spec. pp. 183–184, in replica ideale ad un passaggio motivazionale che si ritrova in Cass., 3 luglio 1969 n. 2434, cit. la quale invece, con argomenti analoghi a quelli invocati da Capponi, esclude che il pagamento coatto, quale risultato della distribuzione avvenuta in seno ad un'esecuzione forzata, possa legittimare il ricorso all'art. 2033 c.c.

²⁵ S. CHIARLONI, *Giurisdizione e amministrazione nell'espropriazione forzata*, cit., spec. 794; LUISO, *Diritto processuale civile*, III, cit., 186.

²⁶ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, III, cit., spec. 191, secondo il quale se l'adempimento spontaneo non comporta alcuna preclusione quanto alla ripetizione dell'indebito (poiché non costituisce una manifestazione di volontà che porta al riconoscimento dell'esistenza del diritto), a maggior ragione non può essere inteso in questi termini il comportamento del debitore esecutato che non contesti il piano di riparto. Perplesità verso la tesi criticata nel testo anche in C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., pp. 351–352.

rischierebbe paradossalmente di assecondare manovre fraudolente del creditore.

Va, peraltro, osservato che anche chi ritiene di regola preclusa la ripetibilità dei pagamenti intervenuti in sede esecutiva considera ammissibile, in casi come questi, la proposizione di un'azione restitutoria da parte del debitore. La stessa giurisprudenza, in un lontano precedente, a correttivo della soluzione rigorosa, aveva prospettato la facoltà per il debitore esecutato di proporre un'*actio doli* di carattere risarcitorio, qualora si fosse scoperta, dopo lo svolgimento della fase distributiva, una situazione fraudolenta preordinata. Nella stessa direzione, milita anche una parte della dottrina: *de iure condendo*, si caldeggia l'inserimento di una norma, costruita nei presupposti sulla falsariga di quella dettata per la revocazione straordinaria *ex art. 395 c.p.c.*, che permetta all'esecutato di ottenere la restituzione di quanto pagato per effetto del dolo o di collusione di una parte a danno dell'altra, ovvero di scoperta di un documento decisivo la cui mancata produzione in giudizio non sia imputabile²⁷.

È evidente come la soluzione prospettata sia assimilabile, quanto meno negli esiti, a quella avanzata da coloro che invece legittimano la proposizione di un'azione *ex art. 2033 c.c.*, sul presupposto della ripetibilità di quanto pagato in sede di esecuzione forzata.

Abstract

**JOINT AND SEVERAL OBLIGATIONS AND ENFORCEMENT PROCEEDINGS
AGAINST MORE THAN ONE CO-DEBTOR. WHICH LIMIT TO A DUE
PROCESS OF LAW?**

Lo scritto indaga la questione se e fino a che punto, in presenza di un'obbligazione solidale, il creditore possa promuovere una pluralità di esecuzione forzate, contro distinti condebitori; ci si interroga su quali rimedi l'ordinamento appresta al coobbligato esecutato ove si appuri che l'obbligazione è già stata estinta da altri, senza che il creditore abbia fatto constare alcunché.

The essay deals with some procedural questions arisen from the joint and several obligations: whether and to what extent a plurality of forced executions can be brought against different debtors; what remedies are available to the jointly-executed debtor if it is found that the debt has already been paid by others, without the creditor having made any notice.

²⁷ In questi termini, B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, cit., pp. 402-403; A. NASCOSI, *Contributo allo studio della distribuzione della somma ricavata*, cit., 158; ma già R. ORIANI, *La determinazione dei crediti ai fini del concorso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 165.

Tribunale di Roma, Sez. XVII Civ., 17 gennaio 2020, n. 1139
Pres. Pedrelli – Rel. Martucci

È ammissibile la modifica dell'originaria domanda di condanna generica al risarcimento del danno in domanda di condanna specifica, formulata dall'attore con la prima memoria istruttoria ex art. 183, comma, 6, n. 1, c.p.c.

MOTIVI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE – Con atto di citazione notificato in data 21/11/2016 T.F. e S.Z., nonché la s.r.l. Antikon, in persona del legale rappresentante pro tempore, convenivano in giudizio avanti all'intestato Tribunale la s.r.l. BollieRomiti, in persona del legale rappresentante pro tempore, e i suoi soci F.R. e D.B. chiedendone la condanna al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separato giudizio, previo accertamento della loro condotta di concorrenza sleale per utilizzo di segreti aziendali e storno di dipendenti, per concorrenza parassitaria ex art. 2598 n. 3 c.c., nonché per concorrenza sleale confusoria atipica ai sensi dell'articolo 2598, n. 1 c.c., previo accertamento della natura di banca dati del file contenente gli archivi della Casa d'Aste Antonina e della violazione del diritto all'estrazione e al reimpiego dei dati ai sensi dell'articolo 102-bis, co. III, L. n. 633/1941 (L.A.).

(Omissis)

La parte convenuta eccepiva l'inammissibilità o la nullità parziale dell'atto di citazione, ai sensi dell'articolo 164, co. IV, c.p.c., con riferimento alla domanda di accertamento della responsabilità nei confronti del T.F. e della S.Z., stante l'assoluta incertezza dei profili di responsabilità prospettati, mentre, in ordine alle restanti domande, contestava la configurabilità della concorrenza sleale *(Omissis)*.

La parte convenuta eccepiva la mancanza di prova dell'asserita violazione dell'articolo 102-bis L.A. e, con particolare riferimento alle persone fisiche dei convenuti, eccepiva che questi ultimi non avevano stipulato con l'attrice alcun patto di non concorrenza; concludeva, quindi, come in epigrafe, opponendosi alla separazione dei giudizi relativi all'*an* e al *quantum* dell'avversa pretesa risarcitoria.

Esperiti gli incombenti preliminari, concessi i termini ex art. 183, co. VI c.p.c., all'udienza del 5/10/2017 le parti davano atto che il Tribunale di Roma, con sentenza n. 443 del 6/6/2017, aveva dichiarato il fallimento della s.r.l. Antikon, quindi il giudice dichiarava l'interruzione del processo. In seguito, con ricorso del 9/10/2017, T.F. e S.Z. riassumevano il giudizio nei confronti della curatela del fallimento della s.r.l. Antikon e dei convenuti, concludendo come in epigrafe, quindi il giudice fissava per la precisazione delle conclusioni l'udienza del 25/9/2019, al cui esito, sulle conclusioni rassegnate, tratteneva la causa in decisione, concedendo i termini ex art. 190 c.p.c..

Sussiste la competenza della sezione specializzata in materia di impresa dell'adito Tribunale, venendo in rilievo interferenze, ai fini della decisione, con un diritto di proprietà intellettuale della parte attrice, avendo gli originari attori agito in giudizio per la repressione sia della prospettata concorrenza sleale da parte dei convenuti sia dell'asserita violazione del diritto d'autore spettante alla s.r.l. Antikon sulla propria banca dati.

Invero, per costante giurisprudenza, sussiste la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003, allorché, ai fini della decisione sulla domanda di repressione della concorrenza sleale o di risarcimento dei danni, debba verificarsi se i comportamenti denunciati interferiscano con un diritto di esclusiva (concorrenza sleale c.d. interferente) avendo riguardo a tali fini alla prospettazione dei fatti da parte dell'attore ed indipendentemente dalla loro fondatezza (cfr. Cass. civ. n. 2680 del 05/02/2018). Nella specie, tenuto conto delle domande originariamente proposte dalla s.r.l. Antikon *in bonis*, fondate, tra l'altro, sulla violazione del diritto d'autore di cui all'art. 2, n. 9 e 102-bis L.A., la controversia rientra nella competenza dell'adita sezione specializzata ai sensi dell'art. 134 D.Lgs. n. 168/2003.

È infondata l'eccezione pregiudiziale di nullità dell'atto di citazione per genericità ed indeterminatezza delle domande proposte nell'interesse di T.F. e S.Z. e di quelle concernenti la responsabilità di D.B.

La nullità per carenza dei requisiti di cui all'art. 163 nn. 3 e 4 c.p.c. postula la totale omissione dei fatti posti a fondamento della domanda (cfr. Cass. civ. n. 11751 del 15/5/2013), ipotesi da escludere nel caso in esame, in cui gli elementi di fatto e di diritto costituenti le ragioni delle domande proposte dagli attori sono stati individuati nel compimento di plurimi atti di concorrenza sleale e nelle conseguenziali pretese attoree.

Si rileva, inoltre, che, a seguito dell'interruzione del processo dichiarata all'udienza del 5/10/2017 per effetto del fallimento della s.r.l. Antikon, dichiarato dal Tribunale di Roma con sentenza n. 443 del 6/6/2017, la curatela del fallimento non si è costituita in giudizio, pertanto ne va dichiarata la contumacia e le uniche domande su cui si deve statuire sono quelle originariamente proposte nell'interesse di T.F. e S.Z., così come modificate in corso di causa.

Invero, T.F. e S.Z., con il ricorso in riassunzione, hanno riproposto le domande spiegate *in limine litis*, chiedendo, in subordine, la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni, da liquidarsi in corso di causa; successivamente, con la memoria *ex art. 183, co. VI, n. 1 c.p.c.*, il T.F. e la S.Z. hanno invocato la condanna della controparte al risarcimento dei danni, previo accertamento della loro responsabilità solidale per atti di concorrenza sleale e per violazione dei doveri di correttezza professionale nelle diverse fattispecie di utilizzo di segreti aziendali e di storno di dipendenti, nonché per concorrenza parassitaria *ex art. 2598, n. 3 c.c.* e per concorrenza sleale confusoria atipica *ex art. 2598, n. 1 c.c.*; hanno chiesto, altresì,

accertarsi la responsabilità di F.R. per violazione dell'obbligo di non concorrenza e di D.B. per violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro, invocando, in via gradata, l'accertamento della loro responsabilità a titolo extracontrattuale.

Sempre in via preliminare, premesso che gli attori, con la comparsa conclusionale, hanno riproposto la originaria domanda di condanna generica della controparte al risarcimento dei danni, è ammissibile la modificazione delle domande attoree posta in essere con la memoria *ex* art. 183, co. VI, n. 1 c.p.c. con particolare riferimento alla richiesta di liquidazione del danno, a fronte della originaria richiesta di condanna generica, trattandosi peraltro di modifica conseguente alle difese della controparte.

Invero, la modificazione della domanda ammessa *ex* art. 183 cod. proc. civ. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa ("*petitum*" e "*causa petendi*"), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali.

Osserva, in particolare, la Suprema Corte che "La vera differenza tra le domande "nuove" implicitamente vietate – in relazione alla eccezionale ammissione di alcune di esse – e le domande "modificate" espressamente ammesse non sta dunque nel fatto che in queste ultime le "modifiche" non possono incidere sugli elementi identificativi, bensì nel fatto che le domande modificate non possono essere considerate "nuove" nel senso di "ulteriori" o "aggiuntive", trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate – eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali –, o, se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in un rapporto di alternatività.

In questo pertanto, secondo la disciplina positiva enucleabile dalla struttura dell'art. 183 c.p.c., sta tutto il loro non essere domande "nuove", rispetto ad un divieto implicitamente ricavato dalla (e pertanto oggettivamente correlato alla) necessità espressa di prevedere l'ammissibilità di alcune specifiche domande "nuove" aventi la caratteristica di non essere alternative alla (o sostitutive della) domanda iniziale, ma di aggiungersi ad essa: in pratica, con la modificazione della domanda iniziale l'attore, implicitamente rinunciando alla precedente domanda (o, se si vuole, alla domanda siccome formulata nei termini precedenti alla modificazione), mostra chiaramente di ritenere la domanda come modificata più rispondente ai propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio. Una differente ricostruzione renderebbe, come già evidenziato, difficilmente comprensibile una modifica prevista come diversa dalla mera precisazione e tuttavia non suscettibile di incidere neppure in parte sugli elementi identificativi della domanda. Ed inoltre, come pure rilevato, se si trattasse di

modificazioni incidenti solo su aspetti marginali della domanda iniziale ovvero sulla mera qualificazione giuridica del fatto costitutivo inizialmente dedotto, non sarebbe giustificata la previsione di un termine di trenta giorni per il deposito di memorie in relazione a precisazioni e modificazioni di domande, eccezioni e conclusioni, un ulteriore termine di trenta giorni per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni suddette ed indicare i mezzi di prova e le produzioni documentali, nonché ancora un termine di ulteriori venti giorni per le indicazioni di prova contraria” (cfr. Cass. civ. sez. un. n. 12310 del 15/06/2015; Cass. civ. sez. un. n. 22404 del 13/09/2018). (*Omissis*).

CONDANNA GENERICA E DOMANDE COMPLANARI

MICHELLE VANZETTI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano*

1. – La decisione in epigrafe sancisce l'ammissibilità della *mutatio libelli* effettuata con la prima memoria istruttoria dagli attori, i quali, nella specie, avevano modificato la propria originaria e autonoma domanda di condanna generica¹ al risarcimento del danno per atti di concorrenza sleale e violazione di diritti d'autore, in domanda di condanna specifica.

In particolare – almeno secondo quel che sembra potersi ricavare dalla concisa decisione in epigrafe, purtroppo non chiarissima nella ricostruzione del merito processuale – gli attori avevano agito chiedendo la condanna solidale dei convenuti al risarcimento del danno, “da liquidarsi in separato e autonomo giudizio”, previo accertamento della loro responsabilità per concorrenza sleale e violazione della legge sul diritto d'autore. Il processo, parrebbe ancora nella sua fase introduttiva, era stato però interrotto dalla dichiarazione di fallimento di una delle parti. Con l'atto di riassunzione, gli

¹ Precisiamo fin d'ora che qui, con l'espressione (domanda di) condanna generica, ci riferiremo in generale alla (domanda di) condanna avente ad oggetto l'*an debeatur*, la quale può affacciarsi nel processo attraverso due diverse forme: essa, infatti, secondo il pacifico insegnamento della giurisprudenza, accolto anche dalla dottrina pressoché unanime (sul punto v. *infra*, nota 15), oltre a poter essere dedotta a norma dell'art. 278, co. 1, c.p.c. in un giudizio originariamente instaurato con una domanda di condanna specifica, dandosi così luogo alla vera e propria sentenza non definitiva di condanna generica (in tal caso, il medesimo giudizio proseguirà per la liquidazione dell'importo dovuto); può essere anche oggetto di un'autonoma domanda giudiziale: in questo secondo caso il relativo giudizio si conclude con una sentenza definitiva e la parte interessata può instaurare un nuovo e separato processo volto a ottenere la liquidazione del *quantum debeatur*.

attori avevano “riproposto le domande formulate *in limine litis*, chiedendo in subordine la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni, da liquidarsi in corso di causa”; con la prima memoria istruttoria, poi, essi avevano formulato, questa volta in via principale e sostitutiva, domanda di condanna specifica al risarcimento dei danni, sempre per i medesimi fatti.

Si è quindi trattato, o almeno così pare, di una originaria domanda di condanna generica proposta in via autonoma, alla quale è stata dapprima cumulata una domanda subordinata di condanna specifica e, infine, cioè con la memoria di cui all’art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., una domanda principale di condanna specifica, in sostituzione di quella generica.

2. – A ben vedere, due sono, fra gli altri, i temi di rilevante interesse che la sentenza ha affrontato: il primo concerne l’individuazione dell’oggetto della sentenza di condanna generica; il secondo profilo riguarda le cosiddette domande complanari², che la giurisprudenza, sulla scia della dottrina che meglio ne ha plasmato la figura, giudica oramai pacificamente ammissibili fino alla prima memoria di cui all’art. 183, comma 6, c.p.c.

Per quanto riguarda la condanna generica, va preliminarmente ricordato che si tratta di un istituto di creazione giurisprudenziale, risalente all’epoca in cui era ancora in vigore il codice del 1865. Nella prassi dei tribunali, il giudizio sui danni veniva già allora scisso in due fasi processuali, la prima volta a verificare l’illecito e l’elemento soggettivo, con delibazione solo sommaria (o addirittura assente) sul danno; la seconda fase, invece, era diretta ad accertare la concreta esistenza del danno (compreso il suo nesso eziologico con l’evento dannoso) e del suo ammontare³. Il fatto che la

² Come noto, secondo la definizione datane dalla migliore dottrina, “complanare” è la “domanda concorrente, che viaggia complanarmente verso una meta sostanzialmente unitaria, seppur – come oggetto del giudicato – tutt’altro che identica, e che condivide quindi con la prima l’identità dell’episodio socio-economico di fondo (ed ovviamente l’identità dei soggetti), e che assai spesso origina da concorsi di pretese ad un unico *petitum*, o (...) da diversi *petita* conseguenti a diverse qualificazioni della *causa petendi*. Questa domanda, ancorché frutto di una vera e propria *mutatio libelli* (intesa come “cambiamento” di uno o più degli elementi identificatori della domanda sul piano oggettivo), è dunque ammissibile se proposta nel rispetto delle “preclusioni intermedie” dell’art. 183” c.p.c.: CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, 961 ss. V. *infra*, prf. 4 s.

³ All’inizio, per la pronuncia della condanna generica, questa prassi pretendeva che si desse la prova dell’*iniuria* e della colpa, mentre era sufficiente che il danno fosse astrattamente possibile; in un secondo momento, si richiese la prova, oltre che dell’*iniuria* e della colpa, anche di un danno effettivo, accontentandosi tuttavia la giurisprudenza di una prova sommaria (o generica) del medesimo: si vedano

liquidazione del *quantum debeatur* importi spesso lo svolgimento di una fase istruttoria particolarmente lunga e complessa spiega perché, già nel vigore dell'abrogato codice di rito, si ponesse l'esigenza (*lato sensu* cautelare) di rendere in tempi brevi una decisione sul(l'ipotetico) danno, che consentisse all'attore vittorioso di iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del debitore, dato che a quel tempo non era previsto dall'ordinamento il sequestro conservativo immobiliare⁴. Di qui, dunque, la pronuncia di una sentenza di condanna generica.

3. – Allora, come oggi, tuttavia, è controverso quale sia l'oggetto della domanda, quale la natura giuridica e quale il perimetro applicativo dell'istituto⁵.

Diverse sono le tesi al riguardo. Quanto alla natura, taluni ritengono che la condanna generica sia una vera e propria condanna, seppure parziale⁶; altri invece ne valorizzano la natura cautelare⁷; altri ancora la

anzitutto il fondamentale scritto di CALAMANDREI, *La condanna "generica" ai danni*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, 357 ss.; e la monografia di ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961, in particolare 17 ss. e, per il periodo successivo all'entrata in vigore del nuovo codice di rito, 91 e ss., ove ampi riferimenti e la meticolosa descrizione dell'*iter* percorso dalla giurisprudenza nella ricostruzione dell'istituto e le svariate posizioni della dottrina.

⁴ ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, cit., in particolare 11.

⁵ Oltre ai riferimenti indicati in nota 2, si veda anche per ampi richiami di dottrina e giurisprudenza CARRATTA, v. *Condanna generica*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1997, e MARINUCCI, *sub art. 278*, in Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, *Commentario del codice di procedura civile*, vol. III, tomo primo, Torino, 2012, 66 ss.

⁶ Eventualmente, con riserva (CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1960, 204 ss.); in ogni caso priva di efficacia esecutiva. V. ROGNONI, *Condanna generica e provvisoria ai danni*, cit., 123 ss., secondo il quale trattasi di condanna "parziale perché relativa a una porzione soltanto della materia del contendere (esistenza del diritto); definitiva perché tale porzione è accertata con cognizione piena e completa": vale a dire una "condanna a contenuto quantitativamente indeterminato". Sul punto v. anche CARNELUTTI, *Condanna generica al risarcimento del danno*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, II, 266, secondo cui l'intero procedimento configurava il tipico caso di formazione progressiva della sentenza: Egli auspicava tuttavia l'abbandono della prassi che collocava l'accertamento pieno del diritto nella fase del *quantum*, ritenendo che si dovesse riservare a questa fase solo la quantificazione del danno. Nel suo scritto *Condanna generica al risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 324 ss. il Carnelutti chiarisce peraltro che, poiché "la parte non può non avere il carattere dell'intero", certo si tratta di una condanna, o meglio di "una mezza condanna", una "condanna potenziale", poiché "essa si limita ad accertare la causa senza accertare l'effetto". V. altresì CAVALLINI, *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 523 ss.

⁷ Secondo CALAMANDREI, *La condanna generica ai danni*, cit., 377 ss., la decisione sull'*an debeatur* era di mero accertamento: essa conteneva infatti l'accertamento della

ritengono una sentenza di mero accertamento⁸, oppure una sentenza condizionale⁹, o, infine, un provvedimento sommario anticipatorio¹⁰. Con riguardo all'oggetto, l'orientamento nettamente prevalente, sulla scia della giurisprudenza sviluppatasi sotto il passato codice di rito, ritiene che esso sia rappresentato da solo alcuni degli elementi della fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento del danno: nonostante il tenore letterale dell'art. 278 c.p.c. appaia deporre in senso opposto, oggetto della condanna generica non sarebbe in realtà il diritto al risarcimento del danno, ma, appunto, solo alcuni elementi della relativa fattispecie, cioè il *factum iniuria datum* e la colpa¹¹.

illiceità e della colpa, punti pregiudiziali rispetto ai quali era idonea al giudicato; mentre definiva la condanna generica vera e propria, cioè la parte "solida" della sentenza, come "un simulacro evanescente di condanna, poggiata più sulla immaginazione che sulla realtà" (*op. cit.*, 378); ad avviso di Calamandrei, l'indagine di verosimiglianza che, nella prima fase, veniva condotta sul danno era in diretta relazione con la condanna generica, e come nei procedimenti cautelari si ha una fase in cui ci si accontenta della mera verosimiglianza, così accade pure per la condanna generica, la quale "non è altro, in sostanza, che un larvato provvedimento cautelare" (*op. cit.*, 380). ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Ristampa anastatica della III ed. riveduta con appendice, Napoli, 1960, 248 ss.

⁸ PROTO PISANI, *La tutela di condanna*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Studi, Napoli, 2003, 140, il quale chiarisce che la condanna generica non ha nulla in comune con la sentenza di condanna, essa infatti "non ha ad oggetto l'adempimento di alcun obbligo (...): non essendo per definizione ancora determinata la prestazione dovuta, la condanna generica non può contenere l'ordine di adempiere alcuna obbligazione, ma si limita semplicemente ad accertare una parte, un segmento della situazione giuridica esistente tra le parti: in particolare si limita ad accertare l'illegittimità di un atto e la sua potenzialità dannosa (cioè la sua idoneità strutturale ad arrecare un danno patrimoniale risarcibile)"; CARRATTA, v. *Condanna generica*, cit., 10; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, X ed., Milano, 2019, 201; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, XII ed., Torino 2019, 82 ss., secondo il quale è "preferibile qualificare la sentenza non definitiva di condanna generica come una sentenza di mero accertamento di solo alcuni degli elementi della fattispecie costitutiva del diritto, che mira a preparare la successiva sentenza di determinazione del quantum, cautelando il creditore consentendogli di iscrivere ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c."

⁹ VASSALLI, *La sentenza condizionale*, Roma, 1918, 115: secondo quest'autore, essa contiene un accertamento vero e proprio, e soggetta condizione è la condanna.

¹⁰ TOMEI, *La sommarietà delle condanne parziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 350 ss., che ritiene abbia la natura assimilabile a quella delle ordinanze anticipatorie di condanna.

¹¹ CONSOLO, *Spiegazioni*, vol. I, cit., 83; LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. II, cit., 201, secondo il quale oggetto dell'accertamento contenuto nella condanna generica è il fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose e l'imputabilità di questo fatto; CARRATTA, v. *Condanna generica*, cit., 16; MARINUCCI, *op. cit.*, 55 ss.

Orbene, per quel che qui rileva, anche la sentenza in epigrafe sembrerebbe aderire, seppur implicitamente, al descritto orientamento, secondo cui, come s'è detto, oggetto del giudizio sull'*an* sarebbero solo l'*iniuria* e la colpa, mentre il danno sarebbe solo oggetto di cognizione sommaria, di talché la decisione sul *quantum* potrebbe anche stabilirne l'inesistenza e, quindi, l'inesistenza del diritto al risarcimento del danno medesimo¹². La domanda di condanna generica sarebbe quindi diversa da una domanda di condanna specifica perché diverso è sicuramente il *petitum*¹³: secondo questa impostazione, infatti, con la prima si chiede l'accertamento parziale della fattispecie costitutiva del diritto vantato, mentre con la seconda si chiede la condanna ad un *quantum* determinato, previo accertamento pieno del diritto al risarcimento del danno¹⁴. Notiamo fin d'ora che il diritto dedotto in giudizio è, invece, nei due casi lo stesso, come pure l'episodio socio economico di fondo (*i.e.*, il nucleo fattuale) dal quale esso origina.

4. – Muovendo (implicitamente) da questa ricostruzione dell'istituto, la sentenza in epigrafe afferma che il passaggio da una domanda di condanna al risarcimento del danno da liquidarsi in separato giudizio a una domanda di condanna specifica comporta una vera e propria *mutatio libelli*; e, in effetti, ove sia stata inizialmente proposta in via autonoma la sola domanda di condanna generica (¹⁵), non può negarsi che la successiva domanda di condanna specifica introduca nuovi fatti, tali da ampliare non solo l'ambito della cognizione, ma anche quello della decisione.

Orbene, in considerazione dei principi consacrati dalle rinomate sentenze delle Sezioni unite nn. 12310 del 15 giugno 2015 e 22404 del 13

¹² Sul punto: CARRATTA, v. *Condanna generica*, cit., 16.

¹³ Differente è forse anche la *causa petendi*, quantomeno là dove per la concreta quantificazione del danno siano rilevanti fatti ulteriori rispetto all'evento dannoso principale.

¹⁴ Sulla riduzione della domanda di condanna specifica in condanna generica: MARINUCCI, *op. cit.*, 79 s.

¹⁵ È noto, peraltro, che è discussa l'ammissibilità di simile autonoma domanda: a fronte di una giurisprudenza che, insieme a parte rilevante della dottrina, la ritiene pacificamente ammissibile; vi è anche chi, invece, la pensa in maniera opposta. Discusso è altresì il potere (eventualmente di chiedere la condanna specifica) che andrebbe riconosciuto a chi sia convenuto in giudizio con una domanda autonoma di condanna generica: per tutti, v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 84; MARINUCCI, *op. cit.*, 73 ss.; CARRATTA, *op. cit.*, 16 ss.; MERLIN, *Condanna generica e opposizione del convenuto alla liquidazione del "quantum" in separato giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 207 ss.

settembre 2018 sulle domande complanari¹⁶, la sentenza del Tribunale di Roma afferma l'ammissibilità della suddetta *mutatio* al di là della previsione di cui all'art. 183, comma, 5, c.p.c. sulla *reconventio reconventionis*.

Come chiarisce la decisione che qui si annota, entrambe le menzionate pronunce delle Sezioni unite, sulla scorta di un'autorevole elaborazione dottrinale¹⁷, hanno sancito l'ammissibilità di domande diverse per *petitum* e/o *causa petendi*, proposte con la prima memoria istruttoria *anche* in via di cumulo (necessariamente¹⁸) condizionato, purché *a)* il pur diverso diritto successivamente fatto valere si riferisca alla medesima vicenda sostanziale (intesa quale episodio socio economico di fondo) già dedotta in giudizio; *b)* esso intercorra fra le stesse parti; *c)* tenda verso la medesima utilità finale, e infine *d)* sia connesso per incompatibilità col diritto originariamente fatto valere¹⁹.

Nell'ammettere una siffatta modifica²⁰, purché non oltre la prima memoria di cui all'art. 183, comma 6, c.p.c., si consente anzitutto all'attore di

¹⁶ La prima sentenza è pubblicata in *Corr. giur.* 2015, 958, con nota di CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, 961; in *Foro it.*, 2015, I, 3174, con note di CICCONE e di MOTTO, *Le Sezioni Unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; *ivi*, 2016, I, 255, con nota di CEA, *Tra "mutatio" ed "emendatio": per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*; in *Riv. dir. proc.*, 2016, 807, con nota di MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da "alternatività sostanziale" nel giudizio di primo grado*. La seconda sentenza è pubblicata in *Corr. giur.*, 2019, 263 ss. (con nota di CONSOLO-GODIO); in *Dir. e giust.*, 2018, 24 settembre; in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 515; in *Guida al diritto*, 2019, 1, 75.

¹⁷ Si vedano i riferimenti indicati nella nota che precede, ai quali si aggiunga MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: "mutatio" o "emendatio" libelli?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1027 ss., ove una approfondita ricostruzione del problema ed ampi riferimenti; MURONI, *A margine di due recenti sentenze interlocutorie della Cassazione in tema di mutatio libelli*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 515 ss.; VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1578 ss.; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, 2019, 237 ss..

¹⁸ CONSOLO-GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2018, 269 (nota a Cass. Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310). Quanto riferito nel testo ovviamente non esclude che la domanda complanare venga ammissibilmente introdotta in sostituzione della domanda originaria.

¹⁹ V. ancora, per tutti, CONSOLO-GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari*, loc. cit..

²⁰ Le Sezioni unite evidenziano che questa modifica si pone accanto, differenziandosene, alla *mutatio libelli* di cui al quinto comma dell'art. 183 e alla mera *emendatio*: v. in particolare la motivazione della sentenza n. 12310 del 15 giugno 2015. Qualche perplessità sulla ricostruzione che si fonda sul dato letterale è stata peraltro

“correggere il tiro”, in modo da introdurre nel giudizio la domanda che più risponde ai suoi interessi, senza incorrere in preclusioni, che potrebbero finire per gravare sull’intero sistema giudiziario. Trattandosi di domanda diversa e quindi nuova²¹, l’attore avrebbe, infatti, la possibilità di formularla in un nuovo processo, là dove la *ratio* della dottrina sulle domande complanari risiede, invece, proprio nella volontà di concentrare in un unico giudizio tutte le possibili pretese riconducibili al medesimo nucleo fattuale. Le Sezioni unite, debitrice del pensiero formulato dalla dottrina, sottolineano tra l’altro che l’ammissibilità della domanda complanare, nei termini dianzi specificati, non lede in alcun modo le *chances* di difesa del convenuto, il quale, a quel punto del processo, ha ancora ampio spazio per argomentare in fatto e in diritto, così come la possibilità di introdurre tutti i mezzi istruttori che si rivelino necessari ²².

5. – Ferma dunque la piena adesione alla dottrina delle domande complanari, ci si potrebbe tuttavia chiedere se, nella concreta fattispecie posta al vaglio del Tribunale capitolino, si sia effettivamente trattato di un’ipotesi riconducibile a questo istituto: manca, infatti, la relazione di incompatibilità tra diritti, come pure la pluralità di diritti, entrambe necessarie affinché possa ricorrere a questa figura²³.

Poiché si ammette oramai pacificamente la proposizione di nuove domande (complanari) entro il termine della prima memoria istruttoria, è probabilmente parso ragionevole al Tribunale di Roma applicare un’identica

espressa da MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, cit., 817.

²¹ Discusso è peraltro se le complanari siano effettivamente domande nuove (così, esplicitamente, Cass. 21 novembre 2017, n. 27566), oppure domande solo modificate. Ritengono si tratti di domande nuove: MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da “alternatività sostanziale” nel giudizio di primo grado*, cit., 821 ss.; CONSOLO-GODIO, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari*, cit., 271 ss.; con specifico riguardo alle domande di adempimento e arricchimento ingiustificato, v. anche VILLATA, *Domanda di adempimento e domanda di arricchimento ingiustificato: mutatio libelli e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., 1584 s.. Ritengono invece che si tratti di domande solo modificate: MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., 3190 ss.; vedi anche ID., *Domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell’avvenuto trasferimento della proprietà: “mutatio” o “emendatio” libelli?*, cit., 1041 ss. V. altresì MURONI, *A margine di due recenti ordinanze interlocutorie*, loc. cit..

²² In buona sostanza, quindi, l’ammissibilità delle complanari non solo giova all’economia processuale, ma si pone pure perfettamente in linea con il principio del giusto processo e della sua ragionevole durata.

²³ Un problema per alcuni versi analogo si è posto in Cass. 7 settembre 2020, n. 18546, in corso di pubblicazione in *Giur. it.*, 2020, con mia nota *La ratio delle complanari estesa agli atti interruttivi della prescrizione?*

ratio anche all'ipotesi di domande bensì nuove (perché diverse nel *petitum*), ma deducenti il medesimo diritto. Rimane tuttavia il dubbio che simile estensione analogica non sia in realtà del tutto giustificata: andrebbe, infatti, anzitutto indagato se essa possa dare luogo alla violazione del diritto di difesa del convenuto, dato che, quantomeno nel passaggio da una domanda di condanna generica proposta in via autonoma a una domanda di condanna specifica, si amplia notevolmente – come già accennato – l'ambito della cognizione (oltre che della futura decisione). Va ricordato peraltro che, nella specie, una domanda di condanna specifica era stata già proposta con l'atto di riassunzione, seppur in via subordinata²⁴: quindi già *in limine* era stato (potenzialmente) ampliato sia il *thema decidendum*, sia il *thema probandum*, di talché la *mutatio* introdotta con la prima memoria istruttoria non ha nella specie rappresentato una vera “mossa a sorpresa”, idonea a pregiudicare le difese del convenuto e il principio del contraddittorio.

Abstract

CLAIM FOR DAMAGES AND “COPLANAR” CLAIMS

La nota affronta il tema della modificabilità, con la prima memoria istruttoria di cui all'art. 183, comma 6, n. 1, c.p.c., di una domanda giudiziale originariamente proposta come domanda autonoma di condanna generica, in domanda di condanna specifica al risarcimento del danno.

The paper deals with the subject of the modifiability of a claim originally proposed as an independent claim for “condanna generica”, in a specific claim for damages.

²⁴ Purtroppo non è dato di comprendere dalla sentenza in commento la ragione per cui gli attori hanno deciso di modificare l'originaria domanda di condanna generica in condanna specifica (prima in via subordinata e poi in via principale e sostitutiva): si fa cenno a una reazione alle difese dei convenuti, ma nulla più. Si tratta peraltro di una scelta alquanto singolare, essendo invece comune (e logica) la piana applicazione dell'art. 278 c.p.c., in virtù del quale è consentito instare per la sola decisione dell'*an debeatur* quando siasi inizialmente proposta una domanda di condanna piena.

*Bundesverfassungsgericht, Zweiten Senats, decisione del 5 maggio 2020
2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15
(Pres. Andreas Voßkuhle)*

1. *Die Verfahren 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 und 2 BvR 980/16 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.*

2. *Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu I. gegen die Beschwerdegegenstände zu 2. und 3., die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführer zu II. gegen den Beschwerdegegenstand zu 1. sowie die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu IV. werden verworfen.*

3. *Bundesregierung und – hinsichtlich der Beschwerdeführer zu I. und II. – auch der Deutsche Bundestag haben die Beschwerdeführer zu I., II. und III. in ihrem Recht aus Artikel 38 Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Artikel 20 Absatz 1 und Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 79 Absatz 3 des Grundgesetzes verletzt, da sie es unterlassen haben, geeignete Maßnahmen dagegen zu ergreifen, dass der Rat der Europäischen Zentralbank*

a. im Beschluss (EU) 2015/774 der Europäischen Zentralbank vom 4. März 2015 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (Public Sector Asset Purchase Programme, EZB/2015/10, ABl EU Nr. L 121 vom 14. Mai 2015, S. 20),

b. geändert durch Beschluss (EU) 2015/2101 der Europäischen Zentralbank vom 5. November 2015 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2015/33, ABl EU Nr. L 303 vom 20. November 2015, S. 106), Beschluss (EU) 2015/2464 der Europäischen Zentralbank vom 16. Dezember 2015 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2015/48, ABl EU Nr. L 344 vom 30. Dezember 2015, S. 1), Beschluss (EU) 2016/702 der Europäischen Zentralbank vom 18. April 2016 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2016/8, ABl EU Nr. L 121 vom 11. Mai 2016, S. 24) und Beschluss (EU) 2017/100 der Europäischen Zentralbank vom 11. Januar 2017 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/774 über ein Programm zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors an den Sekundärmärkten (EZB/2017/1, ABl EU Nr. L 16 vom 20. Januar 2017, S. 51)

weder geprüft noch dargelegt hat, dass die beschlossenen Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.

4. *Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.*

5. Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern zu I., II. und III. ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

1. Where an *ultra vires* review or an identity review raises questions regarding the validity or the interpretation of a measure taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union, the Federal Constitutional Court, in principle, bases its review on the understanding and the assessment of such a measure as put forward by the Court of Justice of the European Union.

2. The Court of Justice of the European Union exceeds its judicial mandate, as determined by the functions conferred upon it in Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union, where an interpretation of the Treaties is not comprehensible and must thus be considered arbitrary from an objective perspective. If the Court of Justice of the European Union crosses that limit, its decisions are no longer covered by Article 19(1) second sentence of the Treaty on European Union in conjunction with the domestic Act of Approval; at least in relation to Germany, these decisions lack the minimum of democratic legitimation necessary under Article 23(1) second sentence in conjunction with Article 20(1) and (2) and Article 79(3) of the Basic Law.

3. Where fundamental interests of the Member States are affected, as is generally the case when interpreting the competences conferred upon the European Union as such and its democratically legitimated European integration agenda (Integrationsprogramm), judicial review may not simply accept positions asserted by the European Central Bank without closer scrutiny.

4. The combination of the broad discretion afforded the institution in question together with the limited standard of review applied by the Court of Justice of the European Union clearly fails to give sufficient effect to the principle of conferral and paves the way for a continual erosion of Member State competences.

5. For safeguarding the principle of democracy, it is imperative that the bases for the division of competences in the European Union be respected. The finality of the European integration agenda (Integrationsprogramm) must not undermine the principle of conferral, one of the fundamental principles of the European Union.

6. a) In the context of delimiting the competences between the European Union and the Member States, the principle of proportionality and the overall assessment and appraisal it entails are of great importance with regard to the principles of democracy and the sovereignty of the people. Disregarding these requirements potentially shifts the bases for the division of competences in the European Union, undermining the principle of conferral.

6. b) A programme for the purchase of government bonds only satisfies the principle of proportionality if it constitutes a suitable and necessary means for achieving the aim pursued; the principle of proportionality requires that the programme's monetary policy objective and the economic policy effects be identified,

weighed and balanced against one another. Where a programme's monetary policy objective is pursued unconditionally and its economic policy effects are ignored, it manifestly disregards the principle of proportionality enshrined in Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union.

6. c) The fact that the European System of Central Banks has no mandate for economic or social policy decisions does not rule out that effects of a programme for the purchase of government bonds on, for example, public debt, personal savings, pension and retirement schemes, real estate prices and the keeping afloat of economically unviable companies are taken into account in the proportionality assessment pursuant to Article 5(1) second sentence and Article 5(4) of the Treaty on European Union and – in an overall assessment and appraisal – weighed against the monetary policy objective that the programme aims to achieve and is capable of achieving.

7. The determination whether a programme like the Public Sector Purchase Programme manifestly circumvents the prohibition in Article 123(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union does not hinge on a single criterion; rather, it requires an overall assessment and appraisal of the relevant circumstances. In particular, the purchase limit of 33% and the distribution of purchases according to the European Central Bank's capital key prevent selective measures being taken under the Public Sector Purchase Programme for the benefit of individual Member States and the Eurosystem becoming the majority creditor of one Member State.

8. If the risk-sharing regime for bond purchases under the Public Sector Purchase Programme were subject to (retroactive) changes, this would affect the limits set by the overall budgetary responsibility of the German Bundestag and be incompatible with Article 79(3) of the Basic Law. It would essentially amount to an assumption of liability for decisions taken by third parties with potentially unforeseeable consequences, which is impermissible under the Basic Law.

9. Based on their responsibility with regard to European integration (Integrationsverantwortung), the Federal Government and the Bundestag are required to take steps seeking to ensure that the European Central Bank conducts a proportionality assessment. They must clearly communicate their legal view to the European Central Bank or take other steps to ensure that conformity with the Treaties is restored.

10. German constitutional organs, administrative bodies and courts may participate neither in the development nor in the implementation, execution or operationalisation of ultra vires acts. This generally also applies to the Bundesbank.

DELL'AMMUTINAMENTO TEDESCO ALLA UE E ALLE SUE ISTITUZIONI

ALBERT HENKE
*Professore aggregato
nell'Università di Milano*

1. – Con una decisione a dir poco dirompente la Corte costituzionale federale tedesca si è pronunciata, in data 5 maggio 2020, sul programma della Banca Centrale Europea (qui di seguito “BCE”), consistente nell’acquisto di titoli emessi da governi, agenzie pubbliche e istituzioni internazionali situate nell’area euro (il cd. *Public Sector Purchase Programme* o “PSPP”¹). La decisione giunge al termine di un lungo ed acceso dibattito sul ruolo, le competenze ed i limiti del mandato della BCE in campo monetario. In ragione del numero e dell’importanza dei temi affrontati, nonché di un approccio molto poco accomodante, la decisione è destinata ad avere un notevole impatto su tutta una serie di questioni di rilievo cruciale per il futuro dell’eurozona, sotto il profilo non solo economico, ma anche giuridico, politico ed istituzionale.

In estrema sintesi, la Corte, sconfessando *in toto* una precedente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea (qui di seguito “CGEU”), ha sollevato dubbi, pesanti come macigni, sulla legittimità del programma di stimolo della BCE, inaugurato nel 2015 e poi ripreso nel 2019 (il famoso *Quantitative Easing* di Draghi e il suo “*whatever it takes*”), mirante, tramite l’acquisto di *bonds* governativi, a sostenere l’economia degli Stati membri e ad aumentare l’inflazione dell’eurozona fino alla soglia del 2%, dando contestualmente un *ultimatum* (per se indiretto, in quanto rivolto, in prima battuta, al governo e al Parlamento federali) di tre mesi alla BCE per fornire prove circostanziate sulla proporzionalità dei suoi interventi, pena, in caso contrario, l’obbligo della *Bundesbank* di non partecipare più al programma.

2. – Il *Public Sector Purchase Programme* o PSPP della BCE (qui di seguito “programma PSP”) è parte del cd. *Expanded Asset Purchase Programme* (EAPP, qui di seguito “programma EAP”), un programma quadro della BCE per l’acquisto di *assets* sul mercato finanziario, finalizzato all’aumento della massa monetaria in circolazione e al sostegno alla spesa per consumi ed

¹ Il testo ufficiale della decisione (in tedesco) può essere reperito a questo link: www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/05/rs20200505_2bvr085915 (ivi anche la traduzione ufficiale in inglese).

investimenti nell'eurozona e, in ultima analisi, alla stabilizzazione dell'inflazione attorno alla soglia del 2%. Il programma veniva inaugurato con la decisione della BCE del 4 marzo 2015 e poi modificato con cinque decisioni successive. In conformità ad esso, le banche centrali dell'eurozona, nell'ambito di un dettagliato quadro redatto dalla BCE, venivano legittimate all'acquisto di titoli governativi o di altri titoli di debito negoziabili emessi dai governi degli Stati membri, da agenzie pubbliche certificate, da organizzazioni internazionali, nonché da banche multilaterali di sviluppo situate nell'area euro. Il programma PSP ha rappresentato la quota più rilevante del volume totale del programma EAP. A partire dall'8 novembre 2019, il valore totale dei titoli acquistati nell'ambito del programma PSP ammontava ad euro 2.088.100 milioni.

In occasione di un precedente ricorso presentato alla Corte costituzionale tedesca da una serie di ricorrenti, tra cui molti economisti e giuristi tedeschi, con cui si lamentava la violazione, da parte di detto programma, di una serie di disposizioni dei trattati europei (l'art. 123 TFUE sul divieto di finanziamento monetario diretto dei bilanci degli Stati membri; l'art. 5, comma 1 TUE sul principio di attribuzione; l'art. 119 TFUE sulla politica economica e monetaria dell'Unione e degli Stati membri; l'art. 127 TFUE sugli obiettivi della politica monetaria della BCE), la Corte, con l'ordinanza del 18 luglio 2017, aveva adito la CGUE in sede di rinvio pregiudiziale, sottoponendole una serie di quesiti attinenti alle regole sul divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati membri, ai limiti del mandato della BCE e alla possibile interferenza della sua politica monetaria con le sfere di competenza e sovranità degli Stati membri. La CGUE, con la decisione dell'11 dicembre del 2018, statuiva che il programma PSP non eccedeva il mandato della BCE, nè violava alcuna regola o principio dei trattati europei in tema di divieto di finanziamento monetario diretto².

3. – A distanza di poco più di un anno la Corte costituzionale tedesca torna a confrontarsi con le medesime problematiche, e lo fa con una decisione destinata ad avere pesanti ripercussioni sui già fragili equilibri dell'eurozona. Due sono, in particolare, gli aspetti che colpiscono ad una prima lettura: da un lato, una forte stigmatizzazione della politica monetaria della BCE, la stessa che ha di fatto sostenuto i Paesi dell'eurozona in questi ultimi anni di stagnazione, recessione e deflazione; dall'altro, la sconfessione, quasi una delegittimazione, della Corte di Giustizia, la cui

² Decisione della Corte di Giustizia della UE (*Grand Chamber*), resa nel caso C-493/17, *Heinrich Weiss and Others*, 11 dicembre 2018, reperibile al link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=208741&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9016484>.

decisione dell'11 dicembre 2018 viene di fatto “disapplicata”, dopo essere stata pesantemente attaccata con censure relative sia al metodo che al merito, nell’ambito di quello che appare un sorprendente sovvertimento del tradizionale rapporto, e dei rispettivi ruoli, tra CGUE e autorità giudiziarie nazionali.

Con riferimento al primo aspetto, la Corte costituzionale tedesca insinua (lasciando, bensì, il beneficio del dubbio, da risolversi tuttavia entro un termine che essa stessa, sebbene indirettamente, impone alla BCE a mò di *ultimatum*) che le decisioni adottate dalla BCE nell’ambito del programma PSP (nello specifico, quella del 4 marzo 2015 n. 2015/774 e le successive nn. 2015/2101, 2015/2464, 2016/702 e 2017/100) siano qualificabili come atti *ultra vires*, costituendo misure di politica economica e di finanziamento diretto ai governi che travalicano il suo mandato. Secondo la Corte, un programma della magnitudine del PSP ha delle ricadute di enorme impatto sull’eurozona nel suo complesso e su una pressochè infinita molteplicità di *stakeholders*, nella misura in cui, da un lato, consente di aumentare le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, garantendo il reperimento di capitali a condizioni significativamente migliori di quelle ottenibili in assenza di detto programma; dall’altro, incide sulla capitalizzazione e sul funzionamento del sistema bancario; infine, condiziona la situazione finanziaria della pressochè generalità dei cittadini europei nei diversi ruoli rispettivamente ricoperti (azionisti, proprietari, investitori, risparmiatori, assicurati). Proprio per questo esso avrebbe richiesto una precisa ponderazione del suo complessivo impatto economico, bilanciando, in particolare, gli obiettivi di politica monetaria, rientranti nell’ambito del mandato della BCE, con i complessivi effetti sulle politiche economiche e fiscali degli Stati membri: ponderazione e bilanciamento che non risultano essere stati adeguatamente compiuti dalla BCE, nè quando il programma fu inaugurato, nè in alcun momento successivo durante la sua implementazione. Di qui l’asserita manifesta violazione del principio di proporzionalità e, di riflesso, la violazione dei limiti del mandato della BCE come definito dai trattati europei (e, nello specifico, dai commi 1, par. 2 e 4 dell’art. 5 TUE).

Se la valutazione dell’operato della BCE da parte della Corte costituzionale appare molto poco accondiscendente, ancor meno lo è l’*ultimatum* di tre mesi ad essa imposto (seppur filtrato attraverso l’onere di attivazione cui vengono richiamati il governo e il Parlamento federali per assicurarne il rispetto), di procedere ad una valutazione complessiva, *in a comprehensible and substantiated manner*, della proporzionalità dei suoi interventi nel quadro del programma PSP: in mancanza, vien fatto divieto alla Banca Centrale tedesca (*Bundesbank*) di continuare a partecipare a detto

programma (con obbligo, altresì, di vendere i *bonds* nel frattempo già acquistati).

Gli scenari che, a seguito di questa decisione, si profilano all’orizzonte, rischiano di rappresentare una seria ipoteca sulla tenuta e sulla sopravvivenza stessa dell’eurozona. Invero, se la BCE aderisce ai *diktat* di Karlsruhe, mettendo di fatto fine al programma di acquisti illimitati dei titoli degli Stati membri (il cd. *Quantitative Easing*)³, gli Stati membri verrebbero privati della più solida e sicura fonte di finanziamento per sostenere le proprie politiche economiche e potrebbero trovarsi di fronte ad una non agevole alternativa: rimanere nell’area euro e ricorrere a forme di finanziamento molto più onerose perché soggette a pesanti condizionalità (stile *Troika à la grecque*, per intenderci), che potrebbero tuttavia risultare economicamente e, soprattutto, socialmente insostenibili per molti Stati membri, colpiti da anni di stagnazione, recessione, deflazione e disoccupazione, cui si è aggiunta, proprio ora, la crisi globale provocata dal *coronavirus*, che contribuisce a rendere non poche fosche le prospettive economiche nel breve e medio periodo; oppure abbandonare l’eurozona, con conseguenze difficili da immaginare, al fine di riappropriarsi della sovranità monetaria e di una banca centrale prestatrice di ultima istanza, sottoposta al controllo del Ministero del Tesoro, sì da utilizzare la leva monetaria interna per sostenere politiche economiche di rilancio e contrasto alla crisi. Ove, invece, la BCE decidesse di non conformarsi al *dictum* di Karlsruhe, continuando e financo potenziando, in ragione dell’attuale crisi globale, il programma di acquisti illimitati dei titoli degli Stati membri, dovrebbe assistere alla ritirata dalla *Bundesbank* e, di riflesso, della Germania, che darebbe verosimilmente luogo alla creazione, pur all’interno di un persistente mercato unico, di due distinte aree monetarie (ma potrebbero essere anche di più, in dipendenza delle ripercussioni che la decisione in commento potrebbe avere sulle determinazioni future di diversi Stati membri), tra le quali la prima cosa a saltare sarebbe la libera circolazione dei capitali, che della moneta unica rappresenta insieme l’essenza e il fine: un modo diverso, forse, per dire addio all’euro per come l’abbiamo sin qui conosciuto.

³ Scrive in proposito Musso, *Ribellione tedesca: la sentenza di Karlsruhe si abbatte su Bce, Trattati e Corte di giustizia Ue*, in *Atlantico, Rivista di Analisi Politica, Economica e Geopolitica*, 6 maggio 2020, www.atlanticoquotidiano.it, che dal “whatever it takes” di Draghi si sarebbe passati: “(...) al “whatever the Bundestag agrees”, qualsivoglia cosa gradisca il Bundestag. Un diktat esplosivo in cui si pretende la piena sottomissione della Bce e del resto d’Europa (...)”.

4. – Altrettanto dirompenti sono i passaggi della motivazione della decisione in cui la Corte costituzionale affronta il tema dei rapporti tra il ruolo e la funzione della Corte di Giustizia, quale organo incaricato di assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto europeo, e i giudici nazionali, soprattutto in relazione a controversie che investono l'esatta individuazione dei limiti delle rispettive competenze tra Istituzioni europee e Stati membri. L'ordinamento europeo si fonda, infatti, sul principio di attribuzione⁴, in base al quale le Istituzioni Europee possono legiferare o adottare altri provvedimenti *solo nell'ambito delle competenze e secondo le modalità ad esse conferite dai trattati europei*⁵. Altro principio fondamentale che regge l'ordinamento europeo è quello della sua uniforme interpretazione ed applicazione, garantite dal ruolo e dalla funzione svolti dalla Corte di Giustizia in costante dialogo con i giudici nazionali, secondo le regole e i principi che emergono dal combinato disposto di cui agli artt. 119 TUE⁶, 267 TFUE (che governa il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla CGUE) e 344 TFUE (per il quale gli Stati membri si obbligano a non sottoporre controversie concernenti l'interpretazione o applicazione dei trattati europei ad alcun meccanismo o organo non contemplati dai trattati

⁴ Il principio di attribuzione (codificato dagli artt. 4, comma 2 e 5, comma 3 TUE) è uno dei principi fondamentali su cui si regge l'ordinamento dell'Unione Europea. In base ad esso, l'Unione Europea è un'unione di Stati membri, e tutte le sue competenze derivano da un'attribuzione compiuta da tali Stati. Non avendo competenze "originarie", la UE e le sue Istituzioni possono agire solo nell'ambito delle competenze rigorosamente delimitate dagli Stati membri nei trattati e, laddove questi non prevedano alcuna attribuzione, la competenza rimane in capo agli Stati membri.

⁵ In linea di principio, le competenze dell'Unione si suddividono in competenze *esclusive* (nell'ambito delle quali solo la UE può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti, mentre gli Stati membri possono agire solo se autorizzati dall'Unione, oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione) e in competenze *concorrenti* o *condivise* (nell'ambito delle quali sia la UE, sia gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti; in tal caso gli Stati membri possono esercitare la loro competenza solo ove la UE non abbia già esercitato la propria, oppure abbia deciso di cessare *tout court* di esercitarla). I trattati prevedono altresì una competenza di sostegno della UE, volta essenzialmente al coordinamento delle azioni degli Stati membri. L'esercizio delle competenze attribuite alla UE è soggetto ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

⁶ Ai sensi del comma 1 dell'art. 19 TUE, la Corte di Giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Ai sensi del comma 3, lett. b), la Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni.

stessi). Pur riconoscendo, in linea di principio, il ruolo apicale e nomofilattico della CGUE, la Corte costituzionale tedesca ritiene che le autorità giudiziarie e, in particolare, le Corti costituzionali degli Stati membri, non possano essere private della prerogativa di conoscere e decidere ricorsi in cui si contesti il carattere *ultra vires* di atti compiuti da istituzioni, enti, uffici e agenzie della UE. Questo perchè un'astensione integrale, da parte delle autorità degli Stati membri, da possibili scrutinii giudiziali su eventuali violazioni delle rispettive competenze poste in essere dalle Istituzioni europee implicherebbe l'attribuzione, alle stesse, di un'autorità esclusiva, di fatto *legibus soluta*, sui trattati, legittimando financo loro modifiche unilaterali o espansioni delle rispettive competenze, senza il necessario coinvolgimento degli Stati membri. A tale deriva la Corte oppone il principio secondo cui, anche nell'ambito del Trattato di Lisbona: "(...) *the Member States remain the 'Masters of the Treaties' and the EU has not evolved into a federal state*"⁷.

Nel caso di specie, la Corte costituzionale tedesca, premesso che, nell'esercizio delle sue funzioni, la CGUE dovrebbe attenersi, *inter alia*, agli *standards* basati sulle tradizioni giuridiche (costituzionali) comuni agli Stati membri ⁸ (quali emergono dalla giurisprudenza delle corti costituzionali nazionali, delle altre corti di vertice degli Stati membri, nonchè della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), censura la sua decisione del dicembre 2018 non tanto, sorprendentemente, sotto il profilo di asserite violazioni della *Grundgesetz* della *Bundesrepublik* (che bensì non mancano, ma appaiono decisamente residuali, quasi di contorno, nel fondare le *rationes decidendi* della pronuncia e richiamate quasi solo per puntellare la legittimazione della Corte a pronunciarsi sul ricorso), ma, in maniera, ci passi il termine, molto più impertinente, sotto il profilo metodologico, liquidando appunto la decisione come: "(...) *untenable from a methodological perspective*"⁹). La valutazione compiuta dalla CGEU sull'operato della BCE (ritenuto conforme al mandato ad essa conferito dai trattati), oltre a risultare *nicht nachvollziehbar* (incomprensibile (!)) e *objektiv willkürlich* (oggettivamente arbitraria (!)), sarebbe censurabile per aver manifestamente omesso di prendere in considerazione l'importanza e la portata del principio di proporzionalità (codificato nei commi 1, par. 2 e 5 dell'art. 5 TUE e governante la divisione di competenze tra la UE e gli Stati membri), nonchè di valutare l'impatto e gli effetti del programma PSP sulla politica economica complessiva della zona euro. L'approccio adottato dalla CGUE viene bollato come "formalistico",

⁷ V. BVerfGE 123, 267 <370 and 371>.

⁸ V. gli artt. 6, comma 3 TUE e 340, comma 2 TFUE.

⁹ Con argomentazioni forse più attinenti al tipico scrutinio giudiziale degli atti amministrativi, più a quello dei giudizi costituzionali.

perchè (in contrasto con quelli adottati dalla stessa CGUE in relazione a praticamente tutte le altre aree attinenti al diritto europeo) non avrebbe consentito un *effettivo scrutinio* sulla corrispondenza dell'operato della BCE al suo mandato e ai suoi limiti¹⁰, svuotando così di significato il principio di attribuzione, che impone una reale supervisione della condotta delle Istituzioni Europee, onde impedire espansioni *contra legem* delle rispettive competenze.

Ma v'è di più: gli "errori metodologici" imputati alla CGUE avrebbero addirittura determinato uno sconfinamento del proprio mandato, un eccesso di potere in violazione dell'art. 19, comma 1 TEU. La conclusione della Corte costituzionale è *tranchant*: la decisione della CGUE non può vincolare i giudici di Karlsruhe, perchè priva, dal punto di vista dell'ordinamento tedesco, della minima legittimazione democratica¹¹. È sulla base di questa impostazione che la Corte costituzionale tedesca si è sostituita alla CGUE, arrogandosi il diritto di svolgere lo scrutinio giudiziale per determinare se il programma PSP della BCE sia stato effettivamente adottato ed implementato nel rispetto delle competenze definite dai trattati UE¹².

5. – Si tratta, come ognuno vede, di una pronuncia esplosiva, destinata senz'altro a far discutere interpreti ed operatori, anche in ragione delle potenziali ricadute esiziali (di carattere sia economico, che giuridico, che politico-istituzionale) sulla sopravvivenza dell'eurozona¹³. Difficile non

¹⁰ Limitando il proprio *judicial review*, per usare le espressioni utilizzate dalla Corte costituzionale, alla mera verifica della sussistenza di: "(...) *"manifest" error of assessment on the part of the ECB*", del fatto che: "(...) *the PSPP "manifestly" goes beyond what is necessary to achieve its objective*" e del fatto se: "(...) *its disadvantages are "manifestly" disproportionate to the objectives pursued*".

¹¹ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 23, comma 1, 20, commi 1 e 2 e 79, comma 3 della *Grundgesetz*.

¹² Secondo il Prof. Koutrakos, docente di diritto europeo alla London's City University (in *"German court calls on ECB to justify bond-buying programme"* – <https://www.ft.com/content/a1beda5e-5c2d-429e-a095-27728ed2d72b>): *"What was different with Germany was that it always made clear the [constitutional] court was prepared to step in and do something about it (...). This is the first case where a German court says the judgement of the European court has no jurisdiction"*.

¹³ Come testimoniano le prime reazioni a caldo di esponenti sia del mondo economico, che politico. V. U. Burkert, economista presso LBBW Bank, per il quale: "(...) *the verdict is a very explosive thing (...). The Bundesbank (...) will – after a transitional period of three months – be barred from taking part in the ECB's PSPP program*"; secondo E. Nielsen, capo economista di UniCredit, espressosi pochi giorni prima della decisione, sosteneva che, nel caso in cui la Corte costituzionale avesse bocciato l'operato della BCE, come in effetti avvenuto: "(...) *un caos di proporzioni mai viste calerà sull'Europa*" (<http://app.milanofinanza.it/news/unicredit-la-corte-tedesca-domani-puo-cambiare-il-destino-dell-europa-202005040951068909>); L.

ravvisare un'ispirazione "politica" dietro la decisione, che pare venire incontro alla ben nota ed annosa idiosincrasia della *Bundesbank* e, in generale, del governo tedesco, per il programma di *Quantitative Easing* sostenuto in questi anni dalla BCE: strumento controverso perchè, se, da un lato, ha sostenuto le economie di molti Paesi membri, in cronico bisogno di liquidità, dall'altro ha in parte concorso a produrre una generale deflazione dell'economia complessiva dell'eurozona, andando ad erodere i profitti di numerosi comparti industriali e finanziari (a dimostrazione del fatto che una moneta unica applicata a situazioni economiche eterogenee finisce inevitabilmente per creare squilibri e sbilanciamenti sistemici). Tuttavia forse ancora più rilevanti degli effetti sul piano economico sono le ripercussioni sui rapporti istituzionali all'interno della UE: dal rapporto tra le Costituzioni nazionali ed i trattati europei, al rapporto tra ruolo e funzione della Corte di Giustizia e autorità giudiziarie nazionali, in particolare ogniqualvolta venga in questione il riparto di competenze tra la UE e le sue Istituzioni, da un lato, e gli Stati membri, dall'altro; dal problema dell'indipendenza della BCE, alla individuazione di possibili nuovi equilibri tra politica monetaria e politiche economiche e fiscali¹⁴.

Garicano (Parlamento Europeo), per il quale la decisione della Corte tedesca: "(...) *fatally weakens the two key common European institutions: the ECB and the Luxembourg Court. The future of Europe is at stake, and Germany does not really know if it cares enough about it. This is pretty simple: the EU will not survive if Germany does not want it to*"; B. Fox, Euroactiv: "*The consequence is that the Bundesbank has the option to withdraw from the ECB's programme, if it is not satisfied, in three months' time – which would be a major blow to the eurozone*"; C. Fuest, head dell'*IFO Economic Institute* di Monaco, per il quale la "disapplicazione" della precedente decisione della CGUE da parte della Corte tedesca: "(...) *reads like a declaration of war*"; v. anche le dure reazioni francesi alla decisione, in particolare da parte del Governatore della Banca centrale Villeroy e del ministro dell'Economia Le Maire, che parlano di: "Attacco inutile e pericoloso, solo BCE e Corte Ue possono giudicare", in https://www.huffingtonpost.it/entry/reazione-francese-parigi-durissima-contro-loffensiva-tedesca-alla-bce_it_5eb2c360c5b6114948120daf. Di decisione "storica" parla anche F. Asselineau in un'analisi approfondita della decisione (*La décision historique du Tribunal constitutionnel allemand du 5 mai 2020*, in <https://www.upr.fr/actualite/la-decision-historique-du-tribunal-constitutionnel-allemand-du-5-mai-2020/>).

¹⁴ Musso, *Ribellione tedesca*, cit.: "La Corte pretende una definizione di politica monetaria apparentemente analfabeta, giacché è a ciascun noto che la politica monetaria non può, ma deve avere effetti su Stati-banche-risparmiatori-imprese. Ma, a guardar bene, la limitazione si applica unicamente alla fase espansiva, non a quella recessiva. Dunque, secondo Karlsruhe, la politica di una banca centrale è "monetaria" solo quando recessiva; quando è espansiva invece no, diventa politica "economica", è 'ultra vires', è tirannia. Ne segue logicamente che la politica monetaria espansiva non può che essere soggetta al preventivo voto favorevole del Bundestag".

Ciò che in ogni caso impressiona è l'entrata a gamba tesa dei giudici di Karlsruhe in aree in linea di principio sottratte, stando alla lettera e allo spirito dei trattati UE, al sindacato delle autorità (non solo giudiziarie) degli Stati membri. Con argomenti non sempre convincenti e a tratti palesemente "forzati", la Corte costituzionale censura la BCE per aver violato i limiti del proprio mandato, nonostante la precedente decisione della CGUE (ossia dell'organo UE cui spetterebbe l'ultima parola sulle condotte delle Istituzioni e sul rispetto delle norme dei trattati), avesse statuito esattamente il contrario; adotta una linea di demarcazione tra politica monetaria e politica economica che ha del paradossale (la BCE avrebbe violato il suo mandato, limitato al settore della politica monetaria, per non aver valutato l'impatto di questa sulle politiche economiche e fiscali dell'eurozona, ossia su settori che *non rientrano nell'ambito del suo mandato!*); procede, di fatto, ad un irrituale (perchè contrario ai trattati) *judicial review* di una decisione della CGUE, non tanto perchè avrebbe violato principi fondamentali della Costituzione tedesca, ma per essere incorsa in "errori metodologici", ribaltandone, infine, gli esiti (si è qui di fronte ad una palese sconfessione del rango di fonte di diritto delle sentenze della CGUE, vincolante per tutte le autorità, giurisdizionali o amministrative, degli Stati membri, anche *ultra partes*, nella misura in cui vanno ad incorporarsi nelle norme interpretate, integrandone il precetto con immediata efficacia¹⁵: efficacia vincolante che rappresenta il riflesso, e insieme il puntello, della primazia del diritto eurounitario su quello nazionale¹⁶); impone, infine, un altrettanto irrituale *ultimatum* ad un'Istituzione Europea che, al di là del merito, mal si concilia con la deferenza generalmente dovuta ad un'istituzione di tale prestigio: e ciò sia nei toni ("*Following a transitional period of no more than three months (...)*"; "*(...) unless the ECB Governing Council adopts a new decision that demonstrates in a comprehensible and substantiated manner (...)*"), sia nei modi (non sono la Corte, il governo, il Parlamento federali o, infine, la Bundesbank a dover dimostrare l'assenza di proporzionalità dell'operato della BCE, ma è questa a dover dimostrare che gli obiettivi di politica monetaria perseguiti: "*(...) are not disproportionate to the economic and fiscal policy effects resulting from the programme*").

Insomma, il messaggio che giunge da Karlsruhe pare essere nel senso che la UE va bene, nella misura in cui si conforma all'ordinamento tedesco.

¹⁵ Il principio è stato in più occasioni ribadito per l'ordinamento italiano, dalle nostre Corte costituzionale e Corte di Cassazione. V., *ex multis*, Corte cost. 19 aprile 1985, n. 113; Corte cost. 4 luglio 1989, n. 389; Corte cost. 18 aprile 1991, n. 168; Cass. pen. 2 aprile 2009, n. 13810.

¹⁶ Affermato sin dalle celebri sentenze della CGUE rese nei casi *Simmenthal*, C-106/77 del 9 marzo 1978 e *F.lli Costanzo*, C-103/88 del 22 giugno 1989.

Del resto, e non da oggi, nell'Unione Europea gli Stati membri sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri.

Abstract

ON THE GERMAN MUTINY TO UE AND ITS ISTITUTIONS

Lo scritto analizza la decisione resa in data 5 maggio 2020 dalla Corte Costituzionale Federale tedesca (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15) con cui sono state espresse censure alla legittimità del programma della Banca Centrale Europea noto come *Public Sector Purchase Programme* o "PSPP", inaugurato nel 2015. L'Autore analizza i principali passaggi argomentativi della decisione, soffermandosi in particolare sulle critiche mosse dai giudici di Karlsruhe all'operato della BCE, giudicato *ultra vires* perché travalicante i limiti del suo mandato, nonché sulla *de facto* disapplicazione, da parte dei giudici tedeschi, della sentenza della CJEU dell'11 dicembre 2018, con motivazioni molto opinabili. L'Autore illustra le possibili ripercussioni della decisione, sotto vari profili: dal rapporto tra le Costituzioni nazionali ed i trattati europei, al rapporto tra ruolo e funzione della Corte di Giustizia e autorità giudiziarie nazionali; dal problema dell'indipendenza della BCE, alla individuazione di possibili nuovi equilibri tra politica monetaria e politiche economiche e fiscali nell'eurozona.

*The paper analyzes the decision rendered on May 5, 2020 by the German Federal Constitutional Court (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15), whereby it questioned the legitimacy of the ECB's Program known as "Public Sector Purchase Program" or "PSPP", inaugurated in 2015. The Author analyzes the main passages of the reasoning, focusing, in particular, on the review made by the Karlsruhe's judges to the ECB's initiatives under the PSPP, qualified as *ultra vires* because beyond the limits of its mandate, as well as on the *de facto* disapplication by the German judges, with very questionable arguments, of the CJEU judgment of 11 December 2018. The Author illustrates possible future scenarios arising out of the decision: the relationship between the national Constitutions and the European Treaties, the relationship between the role and function of the Court of Justice and national judicial authorities, the problem of the independence of the ECB and the identification of possible new balances between monetary policy and economic and fiscal policies in the Eurozone.*

Corte di Cassazione, Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13845
Pres. De Chiara – Rel. Terrusi

In tema di recesso dalla società di capitali, l'espressione "diritti di partecipazione" di cui all'art. 2437, lett. g), c.c., comprende in ogni caso i diritti patrimoniali, e tra questi quello relativo alla percentuale dell'utile distribuibile in base allo statuto; ne deriva che la modifica di una clausola statutaria direttamente attinente alla distribuzione dell'utile e che influenzi in negativo i diritti patrimoniali dei soci, prevedendo una limitazione della distribuzione dell'utile stesso, giustifica il diritto di recesso dei soci di minoranza.

(Omissis). SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 28 e il 30-05-2011 A.d.C.F., S.A.d. C.G. e S.F. convenivano dinanzi al tribunale di Lecce la Banca Sella s.p.a. e la Banca Sella Sud A.G., onde sentir accertate la validità e l'efficacia del recesso dalla seconda società a seguito dell'incorporazione nella prima, e onde ottenere di conseguenza la condanna della prima alla determinazione del valore di liquidazione delle loro azioni.

Nella resistenza delle società l'adito tribunale accoglieva le domande.

Proponeva appello l'incorporante Banca Sella s.p.a., censurando la decisione di primo grado sia in ordine alla ritenuta competenza territoriale, sia in ordine al merito.

La corte d'appello di Lecce rigettava l'impugnazione, in sintesi (e per quanto rileva) osservando che gli attori avevano fatti due dichiarazioni di recesso, la prima delle quali tuttavia erronea in quanto facente riferimento al recesso da Banca Sella s.p.a., di cui i predetti non erano soci. Di contro era valida la seconda dichiarazione, correttamente notificata il 19-5-2011 alla sola Banca Sella Sud A.G. e idonea a manifestare l'intenzione dei soci di avvalersi del diritto di recesso ex art. 2437 c.c. in un momento in cui la società destinataria non era ancora estinta.

La corte territoriale riteneva con ciò radicata la competenza in Lecce, in base al criterio del foro di perfezionamento del recesso, e osservava, peraltro che il principio del *forum destinatae solutionis* (art. 20 c.p.c.) non potesse applicarsi in relazione al luogo in insorgenza di un'obbligazione diversa da quella avente a oggetto il pagamento di somme di denaro.

Nel merito la corte d'appello riteneva integrata l'ipotesi di compressione dei diritti di partecipazione dei soci ai sensi dell'art. 2437 c.c., comma 1, lett. g), visto che a seguito della fusione per incorporazione vi era stata una modificazione dello statuto con significativa elevazione dei limiti di riserva legale, del tetto di accantonamento e del limite di riserva statutaria straordinaria, con correlata penalizzante incidenza sulla possibilità di distribuire dividendi.

Per la cassazione della sentenza Banca Sella ha proposto ricorso affidato a due motivi.

Gli intimati hanno replicato con controricorso e proposto, a loro volta, due motivi di ricorso incidentale condizionato.

Le parti hanno depositato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I. – Col primo motivo la Banca Sella censura la sentenza ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n.2, per avere erroneamente affermato la competenza del foro di Lecce anziché di quello di Biella (oggi di Torino) corrispondente alla sede di essa Banca.

Il motivo è infondato.

Dalla motivazione risulta – e non è oggetto di contestazione – che gli attori avevano formulato due domande: l'una di accertamento (della legittimità ed efficacia del loro recesso da Banca Sella Sud A.G.), l'altra di condanna (dell'incorporante Banca Sella a liquidare il valore delle azioni detenute).

La prima domanda, formulata contro entrambe le società e implicante l'obbligazione di pagamento in capo all'incorporante, supposeva di considerare come luogo di insorgenza della suddetta consequenziale obbligazione (art. 20 c.p.c.) quello di avvenuto esercizio del recesso, e la corte territoriale ha ritenuto radicata la competenza in Lecce in base a tale criterio (quello, appunto, del foro di perfezionamento del recesso).

Secondo l'art. 38 c.p.c., l'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio sono eccepite, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata. L'eccezione di incompetenza per territorio, in particolare, si ha per non proposta se non contiene l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente.

Dalla trascrizione riportata nel controricorso (collimante con i dati di causa) emerge che l'eccezione di incompetenza territoriale era stata formulata, nella comparsa di risposta dell'attuale ricorrente, con riferimento agli artt. 19 e 20 c.p.c., ma in relazione (i) al foro generale delle persone giuridiche, che si era detto doversi parametrare alla sede di Banca Sella (in (*Omissis*)), (ii) al foro facoltativo per i diritti di obbligazione, che si era detto inapplicabile "per non avere le parti dedotto in giudizio alcun diritto di obbligazione di natura contrattuale e/o extracontrattuale".

Per converso l'art. 20 era certamente applicabile al caso di specie, poiché riguardante tutte le cause relative a diritti di obbligazione (fossero implicate da azioni di accertamento, costitutive o di condanna), e niente era stato dedotto con riguardo alla competenza relativa alla prioritaria domanda di accertamento della legittimità del recesso, che era stata avanzata in relazione alla posizione dell'altra convenuta Banca Sella A.

Questa – è confermato nell'attuale ricorso – era stata coinvolta nella causa in quanto non ancora estinta al momento della notificazione della dichiarazione di recesso.

Ne consegue che non era stato contestato il foro facoltativo con riguardo al luogo in cui l'obbligazione era sorta, da identificare in quello nel quale si era perfezionata la dichiarazione unilaterale di recesso da Banca Sella A.

Per giurisprudenza costante, l'eccezione di incompetenza per territorio impone di contestare la sussistenza del foro del giudice adito, e conseguentemente di indicare il giudice competente, con riferimento a tutti i concorrenti criteri previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. (ex aliis Cass. n. 24277-07, 25891-10). L'incompletezza della formulazione dell'eccezione è controllabile anche d'ufficio dalla Corte di Cassazione (Cass. n. 13202-11). Essa suppone di considerare l'eccezione medesima come non proposta e radicata, pertanto, la competenza presso il giudice adito (Cass. n. 5725-13, Cass. n. 24094-14, Cass. n. 6380-18 e molte altre).

II. – Col secondo motivo di ricorso la Banca Sella denuncia la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2437 c.c., lett. g), sul cui presupposto è stata accolta la domanda di merito. Assume la necessità di interpretare la disposizione in senso restrittivo, per modo da riferire il pregiudizio legittimante l'esercizio del recesso ai soli diritti partecipativi dei soci in effetti esistenti, non anche invece alle mere aspettative quali sono (o sarebbero) quelle relative alla distribuzione degli utili di esercizio. Da questo punto di vista la ricorrente sostiene che l'art. 33 dello statuto della società risultante dalla fusione non implicava alcun mutamento della quota di partecipazione agli utili delle diverse categoria azionarie, né dei diritti incorporati nell'azione. E in ogni caso nega che gli attori abbiano subito un pregiudizio dalla previsione statutaria di minore distribuzione degli utili, giacché l'apparente pregiudizio sarebbe stato "ampiamente compensato dall'aumento del valore patrimoniale" automaticamente derivante dalla minore distribuzione.

Per analoghe ragioni la ricorrente censura la sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto possibile correlare il recesso all'ipotesi di esistenza di un danno solo riflesso, risultante dalla deliberazione.

III. – Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

In particolare è inammissibile nel rilievo di asserita inesistenza di un pregiudizio (per i soci) derivante dalla previsione statutaria, per essere la minore distribuzione degli utili compensabile con l'aumento del valore della loro partecipazione.

Da questo punto di vista il ricorso postula invero una critica de facto, notoriamente insuscettibile di trovare ingresso in questa sede.

IV. – Il motivo è invece infondato sul piano della prospettazione giuridica.

Deve preliminarmente osservarsi che non pertiene al caso di specie la recente pronuncia con la quale questa Corte ha affermato che, in tema di recesso dalle società di capitali, la delibera assembleare che muti il quorum per le assemblee straordinarie, riconducendolo a previsione legale, non giustifica il diritto del socio al recesso ex art. 2437 c.c., lett. g), (Cass. n. 13875-17).

La sentenza è stata invocata dalla difesa di parte ricorrente a presunto sostegno della necessità di interpretare restrittivamente l'art. 2437, lett. g).

Nondimeno il riferimento non giova, in quanto del tutto diversa è la fattispecie sottostante.

A fronte di una delibera che aveva mutato il quorum per le assemblee straordinarie, la sentenza citata ha messo in luce che l'interesse della società alla conservazione del capitale sociale prevale sull'eventuale pregiudizio di fatto subito dal socio, che non vede inciso, né direttamente né indirettamente, il suo diritto di partecipazione agli utili e il suo diritto di voto a causa del mutamento del quorum. Sul che non sembra esserci questione, visto che l'art. 2437 c.c., lett. g), allude – per consolidata opinione – a una modifica avente incidenza diretta sui diritti di voto o di partecipazione. Ed è ovvio che una variazione semplicemente riguardante i quorum assembleari non possiede tali caratteristiche.

Il caso concreto è ben diverso, giacché la fattispecie, in base alla sentenza, si atteggia nel seguente modo: a fronte della versione statutaria di Banca Sella Sud A., che consentiva di distribuire dividendi previa destinazione di almeno il 5% a riserva legale e di un ulteriore 5% a riserva straordinaria, lo statuto di Banca Sella (incorporante) consente di distribuire dividendi solo previa elevazione delle percentuali destinate sia a riserva legale (12%) che a riserva statutaria straordinaria (40%), e con aumento del tetto di accantonamento complessivo della riserva legale medesima dal 20% al 40%.

V.– Ora la proposta esegesi restrittiva dell'art. 2437 c.c., lett. g), per quanto condivisibile nel senso che segue, non può essere spinta fino al punto sostenuto dalla ricorrente, e quindi non rende erronea l'affermazione del giudice d'appello in ordine all'apprezzabile incidenza della modificazione statutaria sui diritti di partecipazione dei soci.

La previsione risponde alla ratio di tutelare i soci di minoranza.

Essa si iscrive all'interno di una rivisitazione del regime del diritto di recesso imposta dalla legge delega n. 366 del 2001 – art. 4, comma 9, lett. d), e art. 3, comma 1, lett. f) – col fine di rafforzare, certo, il potere della maggioranza, e conseguentemente comprimere le possibilità di veto delle minoranze, ferma però la necessità di riequilibrare gli interessi in gioco mediante un coerente rafforzamento pure dei diritti individuali dei soci, in vista del possibile disinvestimento della partecipazione.

In questa prospettiva si colloca l'ampliamento operato dal legislatore della riforma rispetto alla marginalità di spazio caratterizzante la versione originaria dell'art. 2437 c.c.

VI. – L'ampliamento delinea una tripartizione delle cause di recesso, per comune opinione suscettibili di essere distinte in legali inderogabili, legali derogabili e statutarie.

La fattispecie di cui all'art. 2437 c.c., lett. g), facente riferimento alle "modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione", rientra nel novero delle cause legali inderogabili di recesso. E per quanto da ciò sia legittimata una esegesi restrittiva della formulazione, insistere su tale circostanza non è proficuo nel caso di specie.

Finanche seguendosi il dibattito dottrinale sul tema, è un fatto che l'invocata interpretazione restrittiva serve solo a supportare la necessità di una lettura sufficientemente definita della locuzione normativa, onde evitare che ogni modificazione statutaria, per sua natura destinata a riverberarsi sulla posizione del socio, finisca poi col divenire un presupposto per recedere dalla società.

Questo nulla toglie, però, al chiaro riferimento della norma all'incidenza della modifica statutaria sui diritti di partecipazione, quale ragione di recesso. Il che è confermato proprio dal dibattito dottrinale da tempo in atto sulla norma, dibattito nella sostanza diversificato sul prevalente profilo dei diritti di voto, non su quello dei diritti all'utile.

Una contrapposizione di orientamento può dirsi giustificata in relazione al tema se ai fini dell'art. 2437, lett. g), debbono considerarsi compresi tra i diritti di voto solo gli specifici diritti a ciò correlati, ovvero anche i diritti amministrativi o corporativi; oppure se i diritti amministrativi diversi dal voto siano eventualmente da includere tra i diritti di partecipazione.

Non anche, invece, nell'ottica dei diritti patrimoniali.

Prefigurare distinzioni non rileva granché nell'odierna fattispecie, nel senso che può discutersi se con l'espressione "diritti di partecipazione" si abbia a intendere anche i diritti amministrativi; e un'interpretazione restrittiva può anche portare ad escluderlo; ma non è dubitabile che l'espressione si riferisca in ogni caso ai diritti patrimoniali, perché tali sono, nelle società di capitali, quelli implicati dal diritto di partecipazione.

Il fine stesso della partecipazione è quello di giungere alla soddisfazione, mediante la distribuzione dell'utile, di un interesse patrimoniale. Sicché appare consequenziale che una modifica statutaria, relativa alla distribuzione dell'utile, rientri in pieno tra le cause legali inderogabili di recesso.

VII.– Non interessa sottolineare – come fatto dalla ricorrente – che il diritto individuale del singolo azionista a conseguire l'utile di bilancio sorge soltanto se e nella misura in cui la maggioranza assembleare ne disponga l'erogazione ai soci – mentre, prima di tale momento, vi è una semplice aspettativa, potendo l'assemblea sociale impiegare diversamente gli utili o anche rinviarne la distribuzione all'interesse della società.

Tale principio, da questa Corte più volte affermato (v. indicativamente Cass. n. 2959–93, Cass. n. 2020–08), è certamente valido e da mantenere ben saldo.

Solo che non giustifica quanto sostenuto dalla ricorrente sul piano delle inferenze sul diritto di recesso.

Difatti la modifica (nel senso accertato dalla corte d'appello) della clausola statutaria attinente alla distribuzione dell'utile influenza direttamente – e in negativo – i diritti patrimoniali dei soci perché, prevedendo l'abbattimento della percentuale ammissibile di distribuzione dell'utile di esercizio, in considerazione dell'aumento della percentuale da destinare a riserva, finisce per limitare la stessa libertà dell'assemblea ordinaria di deliberare sul punto. E dunque altera le correlate prerogative degli azionisti.

In simile condizione la ragione del diritto di recesso non può essere messa seriamente in discussione.

VIII. – In ultimo va osservato che non influisce sul tema la previsione dell'art. 56 del T.u.b. (D.Lgs. n. 385 del 1993), secondo la quale le modificazioni statutarie delle banche non possono contrastare coi principi di sana e prudente gestione.

Parte ricorrente ha richiamato (in memoria) tale previsione per dire che sarebbe insostenibile che una modificazione statutaria così finalizzata, approvata dalla Banca d'Italia, finisca per pregiudicare "in senso peggiorativo e direttamente" un diritto di partecipazione.

L'affermazione è nella sua astrattezza priva di qualsiasi utilità.

Dinanzi a una causa legale e inderogabile di recesso, tale definibile in base alla conformazione legislativa, è assolutamente irrilevante che la modificazione statutaria sia o meno coerente con le regole di gestione bancaria. Quel che unicamente rileva ai fini dell'exit è la prospettiva del socio, e non può affermarsi che la deliberazione concretamente incidente sul diritto di partecipazione – nel senso qui accertato in fatto dal giudice di merito – cessi di esser tale perché in qualche misura imposta dalle regole patrimoniali il cui rispetto si richiede alle banche.

IX. – Il ricorso principale è rigettato (*Omissis*).

È AMMISSIBILE IL RECESSO DEL SOCIO SE LA S.P.A. LIMITA LA DISTRIBUZIONE DELL'UTILE

CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU

Dottore di ricerca

1. – Con la sentenza n. 13845 del 22 maggio 2019, la Cassazione afferma l'ammissibilità del diritto di recesso in capo ai soci della S.p.A. i quali non abbiano votato a favore della delibera che introduce nello statuto una clausola volta a destinare parte dell'utile d'esercizio alla formazione di una riserva di patrimonio netto e che, pertanto, pone un limite alla distribuzione del dividendo ai soci medesimi.

Con ciò la Suprema Corte si pronuncia sull'interpretazione dell'art. 2437, lett. g), c.c., norma oggetto di acceso dibattito in dottrina a causa della

poca chiarezza della sua formulazione, che si presta a molteplici interpretazioni¹.

L'art. 2437, lett.g), c.c., attribuisce infatti il diritto inderogabile di recesso in capo ai soci che non abbiano concorso alle deliberazioni riguardanti: “*le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione*”: la formulazione di tale norma, per il suo carattere poco chiaro, è stata oggetto di discussione fin dal suo concepimento² e non ha mancato di sollevare importanti critiche in dottrina.

In via preliminare, si può anticipare che la dottrina maggioritaria³ concorda sulla necessità di un'interpretazione restrittiva del diritto di

¹ In tal senso, PISCITELLO, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali del socio uscente nelle s.p.a.*, *Diritto commerciale Interno e Internazionale*, Torino, 2018, 74 e ss.

² Nelle Osservazioni di Borsa Italiana, presentate il 2 dicembre 2002, prima ancora che la riforma entrasse in vigore, si evidenziò come la scelta del legislatore di esprimersi in termini di “diritti di voto” e di “partecipazione” ponesse numerosi interrogativi in relazione all'ambito di applicazione della norma. Nello specifico, con riferimento alla lettera g) dell'art. 2437 c.c., si osservò che “questa previsione si segnala, tra le altre, per la sua genericità, che potrebbe peraltro dare luogo a dubbi interpretativi dai possibili effetti dirompenti a seconda di come si intenda il riferimento a diritti di voto o di partecipazione: legittima il recesso anche la semplice modificazione dei *quorum* assembleari o l'introduzione o modifica di limiti quantitativi all'esercizio del diritto di voto? (...)”. Un'interpretazione estensiva di tale disposizione rischierebbe di paralizzare importanti operazioni societarie poste in essere da società quotate, esponendole al “ricatto” di minoranze qualificate” (*Osservazioni di Borsa Italiana s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2002, 1564 e ss.). In argomento anche ENRIQUES, *Audizione dinanzi alle Commissioni Giustizia e Finanza riunite, in tema di riforma del diritto societario*, Camera dei Deputati, 27 novembre 2002, 14, disponibile sul sito www.ssrn.com.

³ ANGELICI, *Sull'art. 2437, primo comma, lett. g) del c.c.*, in *Riv. not.*, 2014, 865 e ss.; ASSONIME, *Il diritto di recesso nelle società per azioni*, Circolare n. 68 del 2005, in *Riv. Soc.*, 2005, 1390 e ss.; ATLANTE, *Brevi appunti sull'art. 2437 primo comma, lett. g), c.c.*, in *Riv. not.*, 2016, 1083 ss.; CAGNASSO, *Il recesso*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, *Le società per azioni*, 956 e ss.; CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2005, 291 e ss.; CALVAGLIO, *Commento all'art. 2437 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Milano, 2015, 1185 e ss.; CHIAPPETTA, *Nuova disciplina del recesso di società di capitali: profili interpretativi e applicativi*, in *Riv. Soc.*, 2005, 487 e ss.; MAFFEI ALBERTI, *L'art. 2437 c.c.*, *Commentario breve al diritto delle società*, CEDAM, 2017, 1192 e ss.; MARASA', *Commento agli artt. 2437, 2437-bis, 2437-quater, 2437-quiquest c.c.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da F. D'Alessandro, II, Padova, 2011, 777 e ss.; PACIELLO, *Commento all'art. 2437 c.c.*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini – A. Stagno D'Alcontres, Napoli, 2004, 1105 e ss.; PISCITELLO, *Il diritto di recesso*, in *Le società per azioni*, Codice civile e norme complementari, Campobasso–Cariello–Tombari (a cura di), Diretto da Abbadessa–Portale, Milano, 2016, II, 2495 e ss.; STELLA RICHTER JR., *Parere sul punto g) dell'art. 2437 c.c. (e su altre questioni meno misteriose)* in *Riv. Not.*, 2017, 383 e ss.; LIBERTINI, *Un dialogo su voto plurimo e diritto di recesso*, in *Riv.*

recesso, soprattutto in considerazione della *ratio* della disciplina che caratterizza l'istituto dopo la riforma del diritto societario.

Tuttavia, le opinioni dottrinali sul tema sono profondamente divergenti in relazione alle “modalità di restrizione” dell'ambito applicativo della norma: infatti, alcuni Autori suggeriscono una lettura restrittiva del termine “partecipazioni”, mentre altri concentrano l'attenzione sulla natura delle modifiche statutarie dalle quali nascerebbe il diritto di *exit* dei soci, operando spesso distinzioni tra modifiche “dirette”, “indirette” e “di fatto”⁴.

Inoltre, risulta utile evidenziare che dalla riforma del 2003 del diritto societario ad oggi, a fronte dei molteplici contributi della dottrina⁵, si sono registrati esigui casi giurisprudenziali (nessuno dei quali avente ad oggetto la stessa identica fattispecie della sentenza in commento)⁶.

A tale riguardo, la stessa pronuncia n. 13875 del 2017, richiamata dalla Cassazione nel caso in esame, ha ad oggetto una fattispecie diversa che, come si avrà modo di vedere, non può considerarsi un precedente del caso

Dir. Comm., 2015, 1 e ss.; DACCÒ, *Il recesso nelle S.p.A.*, in *Le nuove S.p.A.*, O. CAGNASSO – L. PANZANI (diretto da), Bologna, 2010, 1414.

⁴ VENTORUZZO, *Modifiche di diritto, indirette e di fatto del diritto di voto e recesso nelle s.p.a.*, in *Giur. Comm.*, 2015, II, 1055, propone la distinzione tra modifiche di fatto e modifiche indirette, le prime riguardano le modificazioni delle regole societarie (come nel caso di modifica dei *quorum*), le seconde riguardano le modifiche di diritti incorporati nelle azioni che producono effetti su altre categorie di azioni.

⁵ PACIELLO, *Commento sub art. 2437 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno D'Alcontres, Vol. II, Napoli, 2004, 1105 e ss.; CALLEGARI, *Commento sub art. 2437 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino, Cagnasso, Bonfante e Montalenti, Vol. II, Bologna, 2004, 1389 e ss.; STELLA RICHTER JR., *Diritto di recesso e autonomia statutaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 399 e ss.; CAPIELLO, *Commento sub art. 2437 c.c.*, in *Codice commentato delle nuove società*, a cura di Salafia, Corapi, Marziale, Rordorf e Bonfante, Milano, 2004, 845; ANNUNZIATA, *Commento sub art. 2437*, in *Commentario alla riforma delle società*, a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi e Notari, Milano, 2005, 101; CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di capitali*, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 291 ss.; CHIAPPETTA, *Nuova disciplina del recesso di società di capitali: profili interpretativi e applicativi*, in *Riv. Soc.*, 2005, 487 e ss.; MARASA', *Commento sub artt. 2437, 2437-bis, 2437-ter, 2437-quater, 2437-quinquies*, in D'Alessandro (a cura di), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, Vol. II, Padova, 2011, 784; DI CATALDO, *Recesso del socio di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da Abbadessa e Portale, Vol. III, Torino, 2007, 228; CALIFANO, *Il recesso nelle società di capitali*, Padova, 2010; CAGNASSO, *Il recesso*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Vol. IV, Padova, 2010, 961.

⁶ Con riferimento alla giurisprudenza, si ricordano: App. Napoli, 21 dicembre 2011 (che negò il recesso per una modifica dei *quorum*). La pronuncia è richiamata da MACRI', *Il recesso del socio nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2016, 1, 98; Tribunale di Roma, 21 gennaio 2013, in *Foro pad.*, 2013, I, 477 e ss.; Trib. Roma, 30 aprile 2014; Trib. Milano, 31 luglio 2015, in *Giur. Comm.*, 2017, I, 177, con nota di Ventoruzzo; di recente, Cass. 1 giugno 2017, n. 13845.

in questione in quanto relativa ad una delibera che aveva mutato il *quorum* per le assemblee straordinarie. In quell'ipotesi, infatti, la sentenza n. 13875/2017 evidenziava che l'interesse della società alla conservazione del capitale sociale prevale sull'eventuale pregiudizio di fatto subito dal socio, il quale non vede inciso, né direttamente né indirettamente, il suo diritto di partecipazione agli utili e il suo diritto di voto a causa del mutamento del *quorum*⁷.

Il caso “*de quo*”, invece, è ben differente: infatti, si tratta di una modifica che incide direttamente sui dividendi distribuibili ai soci, disponendo tale distribuzione solo previa elevazione delle percentuali destinate sia a riserva legale che a riserva statutaria straordinaria, e con aumento del tetto di accantonamento della stessa riserva legale.

Pertanto, con questa nuova pronuncia in materia, la Suprema Corte affronta una questione di grande importanza, da sempre oggetto di forte disputa da parte di studiosi ed accademici e ancora poco chiara sotto il profilo dell'interpretazione e della relativa applicazione, affermando il principio di diritto secondo il quale, “*in tema di recesso dalla società di capitali, nonostante sia pacifica l'interpretazione restrittiva dell'art. 2437, lett. g) c.c., la modifica di una clausola statutaria che incida direttamente sulla distribuzione degli utili e influenzi in negativo i diritti patrimoniali dei soci prevedendo l'abbattimento della percentuale ammissibile di distribuzione dell'utile di esercizio in considerazione dell'aumento della percentuale da destinare a riserva, giustifica il diritto di recesso dei soci di minoranza*”.

2. – Nel caso giunto al giudizio della Cassazione, per effetto di un'operazione di fusione, i soci della società incorporata si sono trovati ad essere soci di una società, quella incorporante, il cui statuto prevedeva una clausola per la quale la distribuzione dei dividendi poteva avvenire solo dopo aver destinato una parte considerevole dell'utile d'esercizio alla riserva legale e a una riserva straordinaria. Nello specifico, veniva stabilita la distribuzione degli utili solo dopo l'elevazione delle percentuali destinate sia a riserva legale (12%) che a riserva statutaria straordinaria (40%), e con un aumento del tetto di accantonamento complessivo della riserva legale medesima dal 20% al 40%.

I soci non consenzienti nei confronti di questa deliberazione di approvazione del progetto di fusione avevano dunque esercitato il diritto di

⁷ In argomento, *ex multis*, ROSSO, *Variazione dei quorum assembleari–Variazione dei quorum e diritto di recesso: le prime “linee guida” della Suprema Corte*, in *Giur. it.*, 2018, 652 e ss.; ZAMPERETTI, *Modificazione dei quorum deliberativi e diritto di recesso–Il commento*, in *Le società*, 2018, 13 e ss.; TERRANOVA, *Modifiche del quorum deliberativo ed esperibilità del diritto di recesso–Il commento*, in *Notariato*, 4/2017, 445 e ss.

recesso, sostenendo che il caso in questione rientrava nell'ambito applicativo della norma di cui all'art. 2437, lett. g), c.c., la quale attribuisce una inderogabile facoltà di recesso al socio non favorevole alle delibere che comportino "modificazioni concernenti i diritti di voto o di partecipazione".

Dopo aver esaminato il caso, la Cassazione ha sostenuto questa posizione, considerando che la modifica della clausola statutaria relativa alla distribuzione dell'utile influenza direttamente e in negativo i diritti patrimoniali dei soci in quanto, prevedendo l'abbattimento della percentuale ammissibile di distribuzione dell'utile d'esercizio, altera radicalmente la prerogativa degli azionisti ad ottenere i benefici derivanti dagli utili stessi.

In altri termini, l'espressione "diritti di partecipazione" di cui all'articolo 2437, lett. g), del codice civile, comprende in ogni caso – secondo la Cassazione – i diritti patrimoniali spettanti al socio e, tra questi, il diritto relativo alla percentuale dell'utile distribuibile in base allo statuto: ne deriva che la modifica di una clausola statutaria direttamente attinente alla distribuzione dell'utile, che influenzi in negativo i diritti patrimoniali dei soci, poiché diminuisce l'ammontare dell'utile di esercizio distribuibile ai soci, per la ragione che ne destina una parte a riserva, giustifica il diritto di recesso dei soci i quali non abbiano votato a favore della delibera in questione.

La Cassazione, infine, precisa che la decisione assunta con questa sentenza n. 13845/2019 non deve essere letta in contrasto con quella contenuta nella sentenza 13875/2017⁸, ove il giudice di legittimità sostenne la necessità di un'interpretazione restrittiva dell'espressione "diritti di voto o di partecipazione", non concedendo il recesso in un caso in cui l'assemblea dei soci aveva deciso la modifica del quorum deliberativo occorrente per assumere decisioni assembleari. Nella sentenza del 2017, infatti, si sottolineò che, se si modificano i *quorum*, non si incide, né direttamente, né indirettamente, sui "diritti di voto o di partecipazione", ciò che invece, appunto, accade se si limita l'ammontare dell'utile di cui l'assemblea dei soci può decidere la distribuzione.

Insomma, con la sentenza in commento, la Cassazione non contraddice l'orientamento espresso nel 2017, riguardando questo una fattispecie molto diversa, che non può essere posta come termine di paragone per il caso oggetto della pronuncia del 22 maggio 2019.

⁸ Per alcuni commenti su questa pronuncia si vedano: ZAMPERETTI, *Modificazione dei quorum deliberativi e diritto di recesso – Il commento*, cit.; ROSSO, *Variazione dei quorum assembleari – variazione dei quorum e diritto di recesso: le prime "linee guida" della Suprema Corte*, cit.; TERRANOVA, *Modifiche del quorum deliberativo ed esperibilità del diritto di recesso – Il commento*, cit.

3. – Nell'affrontare la questione interpretativa posta dalla sentenza in commento, non è possibile non interrogarsi su quale sia la portata del concetto di “modifiche statutarie concernenti i diritti di voto o di partecipazione” di cui all'art. 2437, comma 1, lett.g), c.c.. A tale proposito, è necessario ricordare che la disciplina del recesso è stata profondamente innovata dalla riforma del diritto societario del 2003: infatti, precedentemente il codice, nel considerare il recesso un istituto di carattere eccezionale, elencava in modo tassativo⁹ le ipotesi che davano il diritto di esercitarlo, prevedendo rigorosi criteri di liquidazione della quota del socio; inoltre, non era consentito allo statuto prevedere ulteriori cause di recesso¹⁰.

Tale quadro subì una radicale modifica con la riforma del 2003¹¹: sulla base di quanto indicato nella legge delega¹², fu ampliato sia il numero delle cause legali di recesso, sia quello dei soggetti legittimati ad esercitarlo; inoltre, una maggiore flessibilità della disciplina è derivata dall'inserimento nel Codice di alcune cause derogabili, la cui operatività può dunque essere esclusa, ma, soprattutto, dalla novellata possibilità di introdurre ulteriori cause di recesso per via statutaria. Infine, i criteri con cui calcolare l'ammontare della liquidazione vennero completamente rivisti a favore di un rimborso adeguato¹³.

Il “novellato” bilanciamento tra l'interesse della società a limitare l'ambito del recesso e quello del socio di vedere ampliata la sua possibilità di

⁹ Così anche la giurisprudenza, Cassazione, 28 ottobre 1980, n. 5790, in *Giur. it.*, 1981, I, 32; Trib. Milano, 12 dicembre 1984, in *Società*, 1985, 2, 971; App. Milano, 16 ottobre 2001, in *Società*, 2002, 4, 449. Per una più ampia ricognizione sulla giurisprudenza, GRIPPO, *Il recesso del socio*, in *Tratt. SPA*, a cura di Colombo-Portale, 6, Torino, 1993, 173 ss.; GANDINI, *Modificazioni dell'atto costitutivo nelle società di capitali: recesso, aumento di capitale e diritto di opzione*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 728 e ss.

¹⁰ ASSONIME, *Il diritto di recesso nelle società per azioni*, Circolare n. 68 del 2005, in *Riv. Soc.*, 2005, 1390 e ss.

¹¹ Tra i primi commenti alla riforma si segnalano: WIGMANN, *Luci e ombre del nuovo diritto azionario*, in *Società*, 2003, 279; MONTALENTI, *La riforma delle società di capitali: prospettive e problemi*, in *Società*, 2003, 342; MARCHETTI, *Alcuni lineamenti generali della riforma*, Relazione al Convegno di Firenze del 16 novembre 2002; RODORF, *Il recesso del socio di società di capitali, prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 923 e ss.

¹² Legge 3 ottobre 2001, n. 366, art. 4, 9 comma, lett. d) e art. 3, 2 comma, lett. f); per un commento alla stessa si veda VIETTI, *Commento all'art. 2437 c.c.*, in AA. VV., *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, 6, Milano, 2003, 419 e ss.

¹³ Sui criteri di liquidazione si vedano: VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, Milano, 2012, 149; CALLEGARI, *Commento agli artt. 2437–2437 sexies*, *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 1427; DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Abbadessa-Portale, Torino, 2007, 3, 240.

exit è stato realizzato in un'ottica di maggior "favor" per il disinvestimento anche, e soprattutto, alla luce del rafforzamento del principio maggioritario effettuato dal legislatore della riforma.

In altre parole, tra diritto di *exit* e diritto di *voice*, l'ampliamento del primo compensa la compressione del secondo¹⁴. In realtà, già in epoca precedente alla riforma era stato evidenziato come il recesso potesse giocare un ruolo rilevante nella dialettica tra maggioranza e minoranza dei soci, poiché idoneo ad individuare il punto oltre il quale la volontà della prima non può imporsi alla seconda "senza assicurare a quest'ultima un'uscita di sicurezza"¹⁵, ma solo con la riforma del 2003 il diritto di recesso è stato trasformato in uno strumento più duttile al fine dell'acquisizione di ogni elemento utile per il proficuo svolgimento dell'attività d'impresa¹⁶.

Alla luce di tali considerazioni è evidente come non si possa più ritenere che il diritto di recesso abbia carattere eccezionale, tale approccio interpretativo risulta infatti ormai superato e inattuale.

4. – Uno dei principali nodi interpretativi di cui si è occupata la dottrina riguarda il significato da attribuire alla locuzione "modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione" utilizzata dal legislatore per individuare le delibere che, ai sensi dell'art. 2437, lett. g), c.c., legittimano il recesso.

Per ciò che concerne i "diritti di partecipazione", parte della dottrina ritiene che l'espressione ricomprenda "ogni altro diritto, patrimoniale o amministrativo, oltre quello di voto"¹⁷, sulla scorta del fatto che se il legislatore avesse voluto fare riferimento solo alla partecipazione agli utili, avrebbe utilizzato una diversa espressione¹⁸.

¹⁴ CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, cit., 292. Conformi: GRANELLI, *Il recesso nelle società di capitali alla luce della riforma societaria*, in *Società*, 2004, 148; CALLEGARI, *Commento agli artt. 2437-2437 sexies*, cit., 1390; DI CATALDO, *Il recesso del socio di società per azioni*, cit. 220 e ss..

¹⁵ COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 2, Padova, 1987, 551.

¹⁶ Legge Delega 3 ottobre 2001, n. 366 (art. 3, 2 comma, lett. c e art. 4, 5 comma, lett. a). Per una panoramica delle teorie sulla *ratio* del recesso si veda FRIGENI, *Partecipazione in società di capitali e diritto al disinvestimento*, Milano, 2009.

¹⁷ MARASA', *Commento agli artt 2437 ss.*, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, a cura di D'Alessandro, II, Padova, 2011, 784; BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, cit., 296; GALLETTI, *Commento all'art. 2437, Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, II, Padova, 2005, 1510; BUTTURINI, *Le fattispecie legali di recesso introdotte dalla riforma delle società di capitali*, in *Contratti e impresa*, 2008, 374.

¹⁸ *Commento all'art. 2437 c.c.*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2011, 1035.

Valorizzando invece la contrapposizione con la prima parte della norma, relativa ai diritti corporativi, quale quello di voto¹⁹, altra parte della dottrina sostiene che l'espressione non possa essere considerata una fattispecie di chiusura, volta a ricomprendere tutti i diritti inerenti alle azioni (con l'unica esclusione del diritto di voto, già menzionato dal legislatore), ma debba essere riferita esclusivamente ai diritti patrimoniali²⁰.

In questo contesto, risulta indispensabile verificare se l'ipotesi di recesso ex art. 2437, comma 1, lett.g) c.c. si inserisce nell'ambito della tutela della minoranza, che si pone poi alla base di altri casi in cui è consentita l'uscita volontaria della società²¹.

A favore dell'opinione secondo cui alla base dei casi di recesso ex art. 2437, comma 1, lett. g), c.c. vi sia una finalità di tutela della minoranza vi è, innanzitutto, la considerazione che la possibilità di uscire dalla società è attribuita in seguito a modifiche dei diritti di voto, dunque del principale strumento di cui dispone l'azionista per esprimere la propria volontà nell'ambito del contesto sociale²².

Ai fini della presente analisi, ciò che rileva è che, in tale fattispecie, il recesso risulta attribuito in seguito ad una delibera cui segue una diversa disciplina delle facoltà con le quali l'azionista tutela la sua posizione; pertanto, sembra che, anche in questo caso, si possa confermare il fine di tutela delle minoranza²³. Seguendo tale direzione, bisogna innanzitutto verificare se tale finalità di tutela posta alla base dell'art 2437, comma 1, lett. g), c.c. valga anche in presenza di delibere che incidano solo indirettamente sulla posizione del socio o sia limitata ai casi in cui la decisione assembleare determina una differente regolamentazione dei diritti dell'azionista.

C'è da dire che l'attribuzione del diritto di *exit* derivante da una mera modifica indiretta dei diritti del socio potrebbe consentire il recesso in un'ipotesi in cui non è ammessa neanche nelle società a responsabilità limitata²⁴.

¹⁹ CAGNASSO, *Il recesso*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2010, IV, 961.

²⁰ PACIELLO, *Sub art. 2437 c.c.*, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, II, 1114; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato Dir. Comm. e Dir. Pubbl. eco.*, a cura di Galgano, Padova, 2003, XXIX, 360; VENTORUZZO, *Recesso e valore della partecipazione nelle società di capitali*, cit., 21–22.

²¹ Su questo punto appare interessante la riflessione di PISCITELLO, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali del socio uscente nelle s.p.a.*, cit., pag. 74 e ss., il quale afferma che "la funzione essenziale di tale ipotesi deve essere individuata nella tutela della minoranza".

²² PISCITELLO, *Recesso organizzativo e diritti patrimoniali*, cit.

²³ Sul punto, PISCITELLO, *op. cit.*

²⁴ In questa prospettiva, si veda l'approfondita analisi di GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *Modifica statutaria dei quozienti assembleari di s.p.a. ed insussistenza del recesso*

Inoltre, va precisato che il contenuto precettivo della norma esclude la possibilità di ravvisare la funzione di tutela della minoranza anche nei casi di modifiche dei diritti di voto e partecipazione relative ad altre categorie di azioni che solo indirettamente incidono sulla posizione del socio recedente. Dunque, la funzione di tutela delle minoranze alla base di tale ipotesi di recesso non sembra possa trovare applicazione ai mutamenti che incidono solo indirettamente sulla posizione del singolo, anche se limitatamente alle delibere volte ad introdurre una diversa disciplina dei diritti di altre categorie di azioni.

È vero infatti che una nuova regolamentazione dei diritti incorporati nelle azioni speciali può pregiudicare gli altri soci, ma, in questo caso, si tratta di una circostanza comune ad altre modifiche statutarie (cambiamento del sistema di amministrazione, introduzione di una diversa disciplina dei *quorum* assembleari), in presenza delle quali, considerando gli effetti solo indiretti sui diritti di partecipazione, non sembra sussistere la finalità di tutela delle minoranze di cui all'art. 2437, comma 1, lett. g) c.c..

Pertanto, appare ragionevole ritenere che la funzione di tutela della minoranza alla base di tale fattispecie non possa estendersi anche all'ipotesi in cui le delibere assembleari si riflettano solo indirettamente sui diritti di voto e partecipazione²⁵.

A fronte di tale vivace dibattito in dottrina, risulta di particolare significato la sentenza n. 13875/2017 della Corte di Cassazione. Con questa pronuncia, i giudici di legittimità si sono schierati a favore dell'interpretazione volta a limitare solamente ai diritti di natura economica i “diritti di partecipazione”, in quanto “*se questi ultimi fossero intesi in senso ampio, ossia come comprensivi i diritti di partecipazione all'amministrazione della società, la menzione dei diritti di voto, nell'espressione tenuta insieme dalla disgiuntiva “o” (diritti di voto “o” di partecipazione) non avrebbe senso, giacché i diritti di voto rappresentano l'aspetto principale dei diritti di partecipazione all'amministrazione della società*”²⁶.

Pertanto, escluso che le variazioni dei *quorum* assembleari possano essere incluse nell'ambito dei “diritti di partecipazione” – in quanto “non patrimoniali” – i giudici di legittimità si sono interrogati se le stesse possano

per mutamento dei diritti di voto o di partecipazione, in Banca, borsa, tit. cred., 2018, II, 150. Per le sole modifiche dirette, si veda FRIGENI, *Spunti interpretativi dalla recente giurisprudenza in tema di società di capitali*, in *La riforma del diritto societario nella “giurisprudenza delle imprese”*. Atti del convegno di Milano del 26 novembre 2015, Milano, 2017, 191.

²⁵ A favore dell'orientamento che limita il diritto di recesso ai casi in cui viene decisa una modifica diretta dei diritti di voto e di partecipazione, CARIELLO, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici ed autonomia statutaria*, Milano, 2009, 14 e ss.

²⁶ Paragrafo 2.4.1 della sentenza della Cassazione n. 13875/2017

piuttosto considerarsi come “modificazioni concernenti diritti di voto” di cui alle più volte citata lett.g) dell’art. 2437 c.c., concludendo in senso negativo, sulla base di alcune argomentazioni di ordine sistematico volte a dimostrare come sia opportuna una interpretazione il più possibile restrittiva delle cause inderogabili di recesso.

La prima argomentazione di ordine sistematico riguarda la facoltà (per le società che non fanno ricorso al mercato di capitale) di ampliare statutariamente l’elenco delle cause di recesso, facoltà che si presenta in linea con la tendenza ad assicurare una maggiore libertà organizzativa in capo a coloro che desiderano intraprendere un’attività economica²⁷. In considerazione della possibilità di “prevedere ulteriori cause di recesso”²⁸, diventa dunque difficile da giustificare un’interpretazione estensiva di quelle previste dal legislatore, interpretazione che potrebbe addirittura comportare conseguenze applicative contrarie alla volontà di una compagine sociale che non abbia optato per l’inserimento di cause di recesso ulteriori rispetto a quelle inderogabili previste nel Codice Civile.

Quanto appena detto è strettamente connesso alla seconda considerazione di ordine sistematico, cioè all’esigenza di certezza che la norma per sua natura persegue. Come espressamente statuito dalla Cassazione del 2017, un’interpretazione estensiva delle cause inderogabili di recesso non solo porterebbe a riconoscere tale diritto per un numero indeterminato ed incerto di cause, ma non sarebbe nemmeno sarebbe giustificata considerando che “la compagine sociale ha oggi acquisito una sovranità in passato inesistente in ordine alla delimitazione del campo di operatività del recesso”²⁹.

In altre parole, per un corretto funzionamento della società, è necessario che i confini del diritto di recesso siano chiari e circoscritti, così da consentire ad una società di identificare *a priori* quali deliberazioni provocheranno il sorgere di tale diritto³⁰. Pertanto, la conseguente necessaria interpretazione restrittiva del diritto di recesso non sminuisce il ruolo del recesso, attesa la possibilità per gli statuti di effettuare un bilanciamento *ad hoc* tra i diversi interessi, prevedendo ulteriori cause di recesso o escludendo quelle derogabili³¹.

²⁷ PRESTI, *Le nuove ricette del diritto societario, Il nuovo diritto societario fra società aperte e società private*, a cura di Benazzo, Patriarca e Presti, Milano, 2003, 7.

²⁸ Art. 2437, 4 comma, c.c.

²⁹ Paragrafo 2.4.2. della sentenza della Cassazione n. 13875/2017.

³⁰ ANGELICI, *Sull’art. 2437, primo comma, lett.g) del c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2014, I, 865 e ss.; CALANDRA BUONAURA, *Il recesso del socio di società di capitali*, cit., 295.

³¹ Sul punto, VENTORUZZO, *Modifiche di diritto, indirette e di fatto nel diritto di voto e recesso nelle s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 1062.

5. – Dimostrata l'esigenza di procedere ad un'interpretazione restrittiva delle cause di recesso, si ritiene utile ai fini del presente commento richiamare alcune "linee guida", dettate dalla Suprema Corte con la sentenza n. 13875/2017, volte ad individuare quali "modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto" possano legittimare il socio all'esercizio del diritto di recesso.

Come sottolineato dagli stessi giudici di legittimità, l'espressione "diritti di voto" si deve intendere riferita al precetto di cui all'art. 2351 c.c., secondo il quale ogni azione attribuisce un diritto di voto, con tutte le possibili limitazioni e, dal 2014³², anche potenziamenti del voto stesso.

Non è compito semplice chiarire cosa si possa intendere per modifiche "dirette" del diritto di voto. La stessa Cassazione si astiene dal fornire una definizione, limitandosi a presentare alcuni esempi quali "la deliberazione che trasforma azioni senza diritto di voto in azioni con diritto di voto, o che modifica l'ambito degli argomenti riguardo ai quali il diritto di voto può essere esercitato, ovvero modifica il numero delle condizioni non meramente potestative cui l'esercizio del diritto di voto è subordinato"³³.

In altre parole, si tratterebbe di tutte quelle variazioni, peraltro non necessariamente peggiorative³⁴, riguardanti il *quantum* e l'*an*, del voto riferito alla singola azione, ad esempio, il passaggio dall'attribuzione di un voto pieno ad uno limitato, dall'attribuzione di un voto plurimo ad uno singolo, il mutamento delle condizioni da cui dipendono tali attribuzioni e la modifica o l'eliminazione della clausola che ammette la maggioranza del voto nelle società quotate.

Anche per individuare le modifiche "indirette" i giudici di legittimità riportano un esempio, riferito non ai diritti di voto bensì ai diritti di "partecipazione", e quindi patrimoniali. Nello specifico, viene proposto il caso di una delibera di aumento degli utili attribuiti alle azioni privilegiate, con la conseguenza che i corrispondenti diritti delle azioni ordinarie verrebbero "indirettamente" colpiti dalla delibera.

³² La possibilità di emettere azioni a voto plurimo per le società non quotate nei mercati regolamentati è stata introdotta dall'art. 20 del D.L. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla L. 11 agosto 2014, n. 116.

³³ Paragrafo 2.4.3 della sentenza n. 13875/2017.

³⁴ Nella sentenza 13875/2017, i giudici di legittimità hanno precisato che il diritto di recesso non è subordinato al verificarsi di un pregiudizio, come invece richiesto espressamente dall'art. 2376 c.c. in tema di assemblee speciali. Sul punto, VENTORUZZO, *Modifiche di diritto, indirette e di fatto*, cit., 1059; CHIAPPETTA, *Nuova disciplina del recesso di società di capitali*, cit., 496. Per una più ampia analisi dei rapporti tra l'art. 2376 c.c. in tema di assemblee speciali e l'art. 2437 c.c. in tema di recesso si vedano: MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, *Trattato SPA*, a cura di Colombo-Portale, 3, Torino, 1993, 529 ss.; ABU AWWAD, *I "diritti di voto e di partecipazione" fra recesso e assemblee speciali*, in *Banca, Borsa*, 2009, I, 312 e ss..

Con ciò la Suprema Corte dimostra di aderire alla definizione di “modifiche indirette” che le individua in quelle “modifiche dei diritti di voto e partecipazione di alcune categorie che incidono sulla posizione dei titolari di azioni di altra categoria”³⁵: dunque, indirette rispetto agli “azionisti titolari di categorie diverse da quella incisa dalla decisione”³⁶.

L’interpretazione restrittiva trova invece piena applicazione per le delibere che comportino una modifica “di mero fatto” dei diritti di voto. Secondo i giudici della Suprema Corte, sono tali le delibere che modificano la posizione personale dell’azionista, senza però incidere sui diritti incorporati nelle singole azioni di cui il medesimo è titolare.

La delibera di abbassamento dei *quorum* statutari che diede origine alla controversia del 2017, citata nella sentenza in commento, è stata classificata dalla Cassazione in questa terza categoria, poiché “i diritti di voto nel loro assetto statutario non sono modificati affatto, né direttamente, né indirettamente, ma permangono immutati: ciò che eventualmente si modifica è il peso del voto”³⁷. Dunque, ciò che è determinante, per ritenere una modifica “di fatto” – ed escludere il diritto di recesso – sarebbe la circostanza che venga toccata la posizione di fatto e personale dell’azionista, non i diritti incorporati nelle azioni: questo è sicuramente un tratto distintivo della disciplina delle società di capitali, cioè l’estraneità della stessa ad ogni situazione personale dei singoli soci.

Alla luce di quanto appena esposto, è chiaro che il caso oggetto della pronuncia del 2017 risulta essere decisamente diverso da quello in commento: infatti, con la nuova sentenza la Corte di legittimità evidenzia come la delibera impugnata incida direttamente sulla distribuzione dei dividendi, limitandoli, quindi si riflette direttamente sulla posizione patrimoniale dei soci e sui relativi diritti. Ciò basta ad affermare la legittimità del diritto di recesso esercitato dai soci di minoranza.

6. – Appurato che la delibera che limita gli utili distribuibili ai soci rientra nell’ambito applicativo dell’art. 2437 lett. g) c.c., la sentenza in commento si mostra coerente in tutte le sue argomentazioni. La logica seguita dalla Cassazione appare in linea con la *ratio* sottesa alla norma citata e non contraddice l’orientamento affermato con la sentenza n. 13875 del 2017.

La Suprema Corte si è dunque finalmente espressa su una questione ancora molto dibattuta in dottrina, ma sulla quale finora la giurisprudenza non aveva avuto l’occasione di intervenire.

³⁵ VENTORUZZO, *Modifiche di diritto, indirette e di fatto*, cit., 1064.

³⁶ Sempre VENTORUZZO, *Modifiche di diritto, indirette e di fatto*, cit., 1060.

³⁷ Così la sentenza n. 13875 del 2017.

Con la sentenza commentata, invece, i giudici di legittimità assumono una chiara e definitiva posizione in merito all'interpretazione e alla relativa applicazione dell'art. 2437, lett. g), c.c.: per quanto si mostrino favorevoli ad una lettura restrittiva della norma volta a incrementare a dismisura le cause legittimanti il diritto di recesso, affermano con chiarezza che una delibera che limita gli utili da distribuire ai soci incide direttamente sui diritti patrimoniali di questi ultimi, influenzandoli negativamente e provocando una netta "*deminutio*" della situazione patrimoniale di cui sono titolari.

Ne deriva che una modifica statutaria di tal genere non può non giustificare il diritto di recesso esercitato dai soci di minoranza, in quanto ipotesi rientrante nell'ambito operativo della lettera g) dell'art. 2437 c.c.. D'altra parte, come la stessa Cassazione ha chiarito, il fine stesso della partecipazione è quello di giungere alla soddisfazione e realizzazione, mediante la distribuzione dell'utile, di un interesse patrimoniale. E proprio questo interesse rappresenta la *ratio* della partecipazione ad una società. Dunque, è una naturale conseguenza che una modifica statutaria, pur derivando da un progetto di fusione, relativa alla distribuzione dei dividendi, rientri in pieno tra le cause inderogabili di recesso.

Il ragionamento logico seguito dalla Suprema Corte appare, quindi, non solo coerente con la natura della norma posta dall'art. 2437, lett. g) c.c., ma anche in linea con la riforma del diritto societario del 2003 e con il maggior *favor* mostrato nei confronti del diritto di *exit* attribuito ai soci di minoranza che vedano compromessa la loro situazione patrimoniale all'interno della società di cui fanno parte.

Abstract

THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN THE SHAREHOLDING COMPANIES

Lo scritto commenta la sentenza della Suprema Corte n. 13845 del 22 maggio 2019 in tema di diritto di recesso dalle società di capitali.

La sentenza in commento ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali in materia ed ammette il diritto di recesso dei soci di minoranza in caso di modifica di una clausola statutaria direttamente attinente alla distribuzione dell'utile.

Il contributo si conclude evidenziando la posizione della dottrina e l'importanza di tutelare i soci di minoranza.

This paper analyses the judgement of the 22 May 2019 of the Supreme Court of Cassation, n. 13845, about the right of withdrawal in the shareholding companies.

The decision retraces the Court's position on this matter and admits the right of withdrawal of minority shareholders, in case of the modification of a statutory clause directly related to the profit distribution.

In conclusion, the paper highlights the position of the doctrine and the importance of protecting minority shareholders.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11747
Pres. Mammone – Rel. Rubino

In tema di azione contro lo Stato per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, sono tre le categorie di ipotesi in cui l'errore del giudice può essere assoggettato a responsabilità civile perché sottratto alla clausola di salvaguardia, in quanto non rientranti nell'attività interpretativa: a) l'errore sulla individuazione della disposizione, ovvero sulla individuazione del signficante; b) l'errore sulla applicazione della disposizione; c) l'errore sul significato della disposizione, ovvero l'attribuzione alla disposizione di un signficante non compatibile con il significato, un non signficato. Né peraltro, in un sistema nel quale il precedente giudiziario è vincolante solo per la sua persuasività, integra grave violazione di legge un'interpretazione che si discosti dalla giurisprudenza, anche consolidata, della Corte di cassazione. (massima non ufficiale).

(Omissis). FATTI DI CAUSA

1. – Il Tribunale di Messina, con sentenza in data 25.2.2002, accertato l'illecito commesso dal Comune di Giardini Naxos per occupazione illegittima ab origine, cui aveva fatto seguito la c.d. espropriazione acquisitiva, per intervenuta realizzazione di un'opera pubblica sul terreno di proprietà di S.G. e F., danti causa di S.A., aveva liquidato i danni sulla base del valore venale del bene, in Euro 273.076,58 "oltre alla rivalutazione monetaria dalla disposta CTU (16.7.1991) ed agli interessi in misura legale sulla somma liquidata prima devalutata poi via via rivalutata dal momento della definitiva trasformazione del fondo (luglio 1986) fino al soddisfo".

2. – La Corte d'Appello di Messina, con sentenza in data 28.10.2004, pur confermando l'esistenza di una occupazione illegittima, e l'avvenuta, irreversibile trasformazione del suolo occupato, accoglieva l'appello del Comune, affermando, in particolare, che il giudice di primo grado avesse indebitamente sostituito alla domanda effettivamente proposta, di risarcimento danni per occupazione espropriativa, o acquisitiva, la diversa domanda di risarcimento per occupazione usurpativa, pronunciando in tal modo oltre i limiti del *petitum*.

Riteneva quindi che il danno subito dagli S. dovesse essere liquidato secondo le regole applicabili alla "occupazione espropriativa", ovvero non in misura pari al valore venale del bene la cui proprietà si era acquisita alla pubblica amministrazione, bensì nel minor importo derivante dall'applicazione dei criteri di liquidazione previsti per tali occupazioni (o occupazioni appropriative) dalla L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 65, che aveva aggiunto il D.L. 11 luglio 1992, n. 333, art. 5 *bis*, comma 7-*bis* conv. in L. 8 agosto 1992, n. 359, ferme le statuizioni su rivalutazione e interessi perché non impugnate.

3. – La Corte di cassazione, adita dallo S. sul rilievo che la fattispecie avrebbe dovuto inquadrarsi nell'illecito da occupazione usurpativa, con conseguente

liquidazione del danno nella misura corrispondente al valore venale del fondo, con sentenza n. 21881 del 21 ottobre 2011 cassava la decisione impugnata e, decidendo nel merito, provvedeva ad una nuova liquidazione del danno in misura pari al valore venale del fondo individuando l'importo dovuto nel medesimo importo di Euro 273.076,58 determinato nel 1991 dal c.t.u. del giudizio di primo grado che aveva attualizzato la somma a quella data. Attribuiva poi gli interessi legali a far data dalla domanda.

3.1. – La sentenza rilevava che nelle more del giudizio la Corte costituzionale aveva, con sentenza n. 349/2007 dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.L. n. 333 del 1992, art. 5 bis, comma 7 bis, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 359 del 1992, nel testo introdotto dalla L. n. 66 del 1996, art. 3, comma 65, (dichiarazione di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost., comma 1, in quanto la norma non prevedeva un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione espropriativa da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato), ovvero della norma di legge applicata dalla Corte d'appello ai fini della quantificazione del dovuto risarcimento.

3.2. – La Corte di legittimità, trattandosi di causa pendente alla data 1 gennaio 1997 e comunque relativa ad occupazione "*sine titulo*" anteriore al 30.9.1996, riteneva applicabile il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 55, comma 1, – nel testo introdotto dalla L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, comma 89, lett. e) –, secondo cui "Nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene". Ciò detto, liquidava il danno da occupazione illegittima, nell'importo di Euro 273.076,58, pari all'esatto importo liquidato dal tribunale, sulla base dei calcoli eseguiti dal c.t.u., in primo grado, secondo i prezzi di mercato immobiliare vigenti nel 1991, senza ulteriore rivalutazione ed attribuendo sulla somma così liquidata gli interessi legali decorrenti dalla domanda introduttiva.

4. – Lo S. proponeva ricorso per revocazione, per errore di fatto, avverso la predetta sentenza, lamentando che, dovendosi inquadrare la fattispecie nell'ambito della occupazione usurpativa, non gli fossero stati riconosciuti rivalutazione monetaria ed interessi decorrenti dalla data dell'illecito.

4.1. – Il ricorso veniva dichiarato inammissibile con ordinanza di questa Corte in data 2.5.2013 n. 10293, in quanto ritenuto vertere su errore di diritto e non di fatto. Il giudice della revocazione precisava che: "Nè si può addurre, in senso contrario, il rilievo che la rivalutazione fosse già stata riconosciuta nel giudizio di merito, senza poi essere contestata dal debitore con specifica impugnazione. L'annullamento della sentenza in punto *quantum debeatur* rimetteva, infatti, in discussione l'intero risarcimento liquidato; incluse le voci accessorie (interessi e rivalutazione monetaria): con l'unico limite del divieto di una *reformatio in peius*. Trattandosi infatti di pregiudizio economico derivato da ritardo nell'adempimento, esso non sopravviveva

alla cassazione, con riforma, della sorte–capitale liquidata, necessitando di una nuova pronuncia *ex novo*". Pertanto, il riconoscimento dei soli interessi legali sulla somma riliquidata *ex art. 384 c.p.c.*, comma 2, – pressoché doppia rispetto a quella originariamente determinata dalla corte territoriale – si sottrae alla censura di errore di fatto, soggetto a revocazione".

5. – Esauriti i rimedi di impugnazione del provvedimento predisposti dall'ordinamento, S.A., ai sensi della L. n. 117 del 1988, proponeva ricorso facendo valere la responsabilità dello Stato per colpa grave imputabile ai magistrati giudicanti, deducendo che essi fossero incorsi in grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile.

5.1. – Il ricorso veniva dichiarato inammissibile L. n. 117 del 1988, *ex art. 5* con decreto del Tribunale di Perugia in data 7.12.2016, confermato, in sede di reclamo, dalla Corte d'appello di Perugia, con decreto in data 7.6.2017.

6. – La Corte d'appello di Perugia con il decreto qui impugnato ha dichiarato la inammissibilità del ricorso in quanto rivolto a contestare una attività di interpretazione normativa.

6.1. – A sostegno della decisione il Giudice di appello assume che:

a) nella ordinanza della Corte di cassazione del 2.5.2013 n. 10293 dichiarativa della inammissibilità del ricorso per revocazione *ex art. 391 bis c.p.c.* – si evidenziava come la determinazione dell'intero danno patrimoniale, estesa anche agli accessori della rivalutazione e degli interessi, era questione da ritenersi devoluta alla cognizione della Corte di legittimità, che nella specie aveva pronunciato nel merito *ex art. 384 c.p.c.*, comma 2, essendo stata impugnata la sentenza di appello in punto di "*quantum debeatur*";

b) la determinazione della decorrenza degli interessi e la loro qualificazione giuridica atteneva ad "attività di natura squisitamente interpretativa" di norme di diritto, come tale sottratta al sindacato di responsabilità, operando la clausola di salvaguardia di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, nel testo originario, applicabile *ratione temporis*, non essendo consentito ridiscutere la correttezza o meno della interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta;

c) nulla sembrava impedire allo S. di ottenere in separato giudizio una liquidazione della rivalutazione o di entrambi gli accessori "se la precedente statuizione si ritiene possa comportare una diversa valutazione rispetto alla pronuncia precedente che aveva stabilito la liquidazione degli interessi a far data dalla domanda";

d) in ogni caso non sarebbe dato ravvisare la "colpa grave" in una valutazione contrastante con pronunce di legittimità di diverso tenore, emesse nella stessa materia.

7. – S.A. ha proposto ricorso per cassazione, articolato in un unico, complesso motivo.

8. – La Presidenza del Consiglio dei Ministri alla quale il ricorso è stato ritualmente notificato in forma telematica presso l'Avvocatura Generale dello Stato il 28.6.2017, ha depositato "memoria difensiva" presso la Cancelleria della Corte d'appello di Perugia in data 20.7.2017, e quindi con atto in data 4.9.2017 ha richiesto di essere avvisata per la partecipazione alla pubblica udienza.

9. – La causa è stata dapprima assegnata alla terza Sezione civile e ivi discussa alla udienza pubblica del 9.2.2018, nel corso della quale il Pubblico Ministero ha concluso per la inammissibilità del ricorso.

10. – La terza Sezione della Corte ha rimesso con ordinanza interlocutoria n. 12215 del 2018 la causa al Primo Presidente, affinché valutasse l'opportunità di rimetterne l'esame alle Sezioni unite, evidenziando la sussistenza di una questione di massima di particolare importanza, concernente la individuazione del discrimine tra grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile ed attività interpretativa insindacabile, sulla base della L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a) (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015), con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati.

La trattazione della causa è stata assegnata alle Sezioni unite, e chiamata nuovamente per la discussione alla pubblica udienza odierna.

11. – Il Procuratore generale ha provveduto a depositare le proprie osservazioni scritte, in cui conclude per l'inammissibilità o il rigetto del ricorso.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.–Preliminarmente, deve rilevarsi che la memoria di costituzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, depositata presso la cancelleria della Corte d'Appello di Perugia il 20.7.2017, deve essere dichiarata inammissibile in quanto tardiva, essendo stata depositata oltre il termine perentorio di dieci giorni dalla scadenza dell'analogo termine di dieci giorni assegnato al ricorrente per il deposito del ricorso, previsto dalla L. n. 117 del 1988, art. 5, comma 4, applicabile "*ratione temporis*", decorrendo dalla notifica del ricorso (eseguita in data 28.6.2017) il primo termine per la costituzione del ricorrente.

Infatti il ricorso per cassazione è stato notificato in data 28.6.2017 ed il primo termine, previsto per la costituzione del ricorrente, veniva pertanto a scadere in data 8.7.2017, il secondo termine, stabilito per la costituzione della parte controricorrente, è spirato il 18.7.2017 ed era già scaduto al momento del deposito in cancelleria, in data 20.7.2017, della memoria della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Peraltro, l'Avvocatura ha depositato una nota in data 4.9.2017, con la quale ha chiesto di essere avvisata della data dell'udienza pubblica, per poter partecipare alla discussione e vi ha effettivamente partecipato. Si potrà tener conto delle sole argomentazioni spese in sede di partecipazione alla discussione.

2. – Il motivo di ricorso.

Il decreto di inammissibilità dell'azione risarcitoria è stato censurato con un unico motivo di ricorso, con il quale si denuncia la violazione della L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 1 e comma 3, lett. a), nonché dell'art. 2, comma 2 della stessa legge.

In particolare, è denunciata la violazione della norma di diritto che regola la responsabilità civile del magistrato per colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni e della norma che individua le condotte integranti la colpa grave ai fini della responsabilità per il conseguente danno ingiusto, nonché la falsa applicazione della norma di salvaguardia che dispone che non dia luogo a responsabilità l'attività interpretativa di norme di diritto.

Il ricorrente muove dall'assunto che il giudice di legittimità sia incorso in gravi errori, non ascrivibili ad insindacabile attività di interpretazione di norme di diritto ma a grave violazione di legge per negligenza inescusabile, in quanto la Corte di legittimità, modificando le statuizioni della sentenza di merito in quella sede impugnata:

a) avrebbe violato il giudicato interno formatosi sulle statuizioni del Giudice di merito –non impugunate con i motivi di gravame– concernenti il riconoscimento della rivalutazione monetaria del capitale e degli interessi al tasso legale decorrenti dall'illecito;

b) avrebbe applicato il principio nominalistico che si applica ai debiti pecuniari, omettendo di riconoscere la rivalutazione in presenza di un fatto illecito, in violazione degli artt. 2043, 2056, 1223 e 2058 c.c.;

c) avrebbe liquidato il credito accessorio per interessi al tasso legale con decorrenza a far data dalla domanda e non dalla data dell'illecito, pur trattandosi di illecito extracontrattuale, così violando l'art. 1219 c.c., comma 2, n. 1) e art. 1223 c.c.;

d) avrebbe omesso di calcolare gli interessi sulla somma prima devalutata alla data del fatto illecito (risalente al 1986, ovvero al momento della definitiva trasformazione del fondo) e poi via via rivalutata, come statuito dalle sentenze di merito, non impugunate sul punto.

Assume che la grave negligenza inescusabile –intesa come violazione macroscopica e grossolana della norma di diritto–, eclatante e non rimediabile – sia rinvenibile nella circostanza che le norme violate fossero di frequente uso e che le determinazioni adottate dal giudice di legittimità nel decidere la causa nel merito si pongano in contrasto con le giuste statuizioni che al riguardo erano state già assunte dalle precedenti sentenze di merito, avendo altresì omesso la Corte di legittimità di motivare tale eclatante scostamento.

Sostiene il ricorrente che la decisione sia stata caratterizzata da una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e da una trascuratezza marcata ed ingiustificabile essendo stati violati elementari principi di diritto che il magistrato non può giustificatamente ignorare, e che ciò abbia comportato un danno ingiusto, nei confronti dell'istante, non determinato da scusabili interpretazioni giuridiche ma da negligenza che, in quanto irreparabile, è inescusabile. Critica quindi

la decisione impugnata laddove ha ritenuto che si trattasse di scelte interpretative, come tali, in relazione alle disposizioni pro tempore applicabili, insindacabili.

3. – L’ordinanza interlocutoria.

3.1. – Con una articolata ordinanza interlocutoria, n. 12215 del 2018, la terza Sezione civile della Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente affinché valutasse l’opportunità di assegnare la causa alle Sezioni unite in quanto contenente una questione di massima di particolare importanza.

Ha segnalato che il ricorso ponga la necessità di risolvere la seguente questione in diritto: “Se, in presenza di norme di diritto che non presentano equivoci od incertezze alcuni, in considerazione dei principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità e della consolidata ed univoca interpretazione delle norme indicate in materia di liquidazione del debito risarcitorio derivante da illecito aquiliano, il diverso trattamento riservato dalla sentenza di legittimità ad un debito risarcitorio, di natura patrimoniale, derivante da illecito aquiliano (omessa attualizzazione ed applicazione degli interessi legali dalla data della domanda), possa *ex se* ritenersi attratto nell’ambito della “attività interpretativa delle norme” – intesa come ricerca ed attribuzione di significato prescrittivo all’enunciato ricavabile dai lemmi e dai sintagmi delle disposizioni lette singolarmente, in relazione al nesso logico interno alla struttura dell’atto fonte ed alla relazione sistematica con le altre norme dell’ordinamento giuridico – e dunque essere considerata “in senso oggettivo” come attività comunque valutativa la quale – se pure errata od implausibile– ricade nell’ambito della clausola di salvaguardia di cui alla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 2, o invece se il raggiunto livello di consolidamento del significato delle norme applicate in tema di liquidazione del danno patrimoniale derivante da illecito aquiliano (nella materia del danno patrimoniale da occupazione espropriativa: cfr. Corte cass. Sez. U, Sentenza n. 1464 del 26/02/1983; id. Sez. U, Sentenza n. 12546 del 25/11/1992; id. Sez. U, Sentenza n. 494 del 20/01/1998; id. Sez. 1, Sentenza n. 4070 del 20/03/2003; id. Sez. 1, Sentenza n. 19511 del 06/10/2005; id. Sez. 1, Sentenza n. 22923 del 09/10/2013; id. Sez. 2, Sentenza n. 11041 del 28/05/2015; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Quanto alla liquidazione del lucro cessante con la tecnica degli interessi: Corte cass. Sez.1, Sentenza n. 1814 del 18/02/2000; id. Sez. 1, Sentenza n. 9410 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 9472 del 21/04/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 13585 del 12/06/2006; id. Sez. 1, Sentenza n. 15604 del 09/07/2014; id. Sez. 1, Sentenza n. 18243 del 17/09/2015. Unica contraria l’isolata pronuncia Corte cass. Sez. 1, Sentenza n. 4766 del 03/04/2002 volta ad assimilare nella categoria delle obbligazioni di valuta la indennità di esproprio ed il risarcimento del danno in base al criterio di liquidazione, dalla l. 8 agosto 1992, n. 359, art. 5 bis, comma 7 bis), implichi la necessità, affinché possa operare la clausola di salvaguardia, che il totale distacco del Giudice dalle opzioni interpretative di un indirizzo giurisprudenziale che può definirsi univoco e “cristallizzato”, debba essere connotato, quanto meno, da un evidenziato dubbio applicativo alla fattispecie

concreta della norma intesa nel significato ad essa attribuito, ovvero da una rimeditata –non rileva se fondata o meno– soluzione interpretativa, tale per cui la statuizione adottata risulti il portato di una attività valutativa e non di una mera “distrazione” od ignoranza dei principi giurisprudenziali consolidati”.

3.2. –L’ordinanza evidenzia che si ritiene di particolare importanza la questione se il discrimine tra attività di interpretazione (coperta dalla clausola di salvaguardia) e inescusabilità della grave violazione di legge (fonte di responsabilità civile dello Stato) venga in rilievo soltanto nel caso in cui l’attività del Giudice si rifletta direttamente sull’enunciato della disposizione normativa, traendone un significato (secondo il differente livello di chiarezza e precisione che questa esibisca), ovvero anche nel caso in cui si rifletta solo indirettamente su tale enunciato in quanto il significato risulti “già” enucleato costituendo il portato di una elaborazione giurisprudenziale, volta alla interpretazione della norma di diritto, che assuma consistenza tale da rendere stabile una determinata applicazione della norma di diritto.

3.3. – Conclusivamente, l’ordinanza di rimessione articola la questione da sottoporre alle Sezioni Unite, nella “individuazione del discrimine nella grave violazione di legge contemplata dalle fattispecie illecite individuate dalla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a) (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015) e dal D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 2, comma 1, lett. g), tra attività interpretativa insindacabile ed attività sussumibile nella fattispecie illecita, con specifico riferimento alla violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenersi consolidati”.

4. – Il quadro normativo di riferimento.

4.1. – È essenziale chiarire che alla controversia in esame si applica, *ratione temporis*, la disciplina dettata dalla L. 13 aprile 1988, n. 117, rubricata “Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”, nel testo precedente alle integrazioni, abrogazioni e modificazioni derivanti dalla entrata in vigore della l. 27 febbraio 2015, n. 18 (“Disciplina della responsabilità civile dei magistrati”).

4.2. – Quest’ultima legge, in mancanza di una disciplina transitoria, si applica infatti ai soli fatti illeciti posti in essere dal magistrato, nei casi previsti dagli artt. 2 e 3, dalla data della sua entrata in vigore (19 marzo 2015).

4.3. – Il profilo della non retroattività delle norme modificative della responsabilità civile dei magistrati è stato già chiarito da questa Corte: la sentenza n. 25216 del 2015 ha affermato che, in tema di responsabilità civile dei magistrati, la sopravvenuta abrogazione della disposizione di cui alla l. n. 117 del 1988, art. 5, per effetto della l. n. 18 del 2015, art. 3, comma 2, non ha efficacia retroattiva, onde l’ammissibilità della domanda di risarcimento danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie deve essere deliberata alla stregua delle disposizioni processuali vigenti al momento della sua proposizione. Ne consegue che il giudizio di

ammissibilità previsto dall'art. 5 cit. continua ad applicarsi alle domande avanzate con ricorso depositato prima del 19 marzo 2015, data di entrata in vigore della L. n. 18 del 2015.

4.4. – La datazione del fatto, che si assume essere illecito e fonte di responsabilità per lo Stato giudice, della cui esistenza si discute – ai limitati fini, in questa sede, del vaglio preventivo di ammissibilità dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato – è quella del deposito della sentenza asseritamente fonte di responsabilità, 21 ottobre 2011. Essendo una sentenza della Cassazione che non si limitava ad accogliere il ricorso cassando la sentenza impugnata, ma decideva nel merito, da quel giorno la statuizione in essa contenuta è definitiva e si è consumato, nella ricostruzione del ricorrente, il pregiudizio a suo danno.

4.5. – Il testo della l. 13 aprile 1988, n. 117, art. 2, (c.d. legge Vassalli), nella formulazione antecedente alla riforma introdotta dalla l. 27 febbraio 2015, n. 18, è il seguente:

Art. 2. Responsabilità per dolo o colpa grave.

1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.

2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto nè quella di valutazione del fatto e delle prove.

3. Costituiscono colpa grave:

- a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;
- b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontestabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontestabilmente dagli atti del procedimento;
- d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

4.6. – Inoltre, il testo *pro tempore* vigente, prevede, all'art. 5, che l'introduzione dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato sia preceduta da un vaglio preliminare di ammissibilità:

Art. 5. Ammissibilità della domanda.

1. Il tribunale, sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda di cui all'art. 2.

2. A tale fine il giudice istruttore, alla prima udienza, rimette le parti dinanzi al collegio che è tenuto a provvedere entro quaranta giorni dal provvedimento di rimessione del giudice istruttore.

3. La domanda è inammissibile quando non sono rispettati i termini o i presupposti di cui agli artt. 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata.

4. L'inammissibilità è dichiarata con decreto motivato, impugnabile con i modi e le forme di cui all'art. 739 c.p.c., innanzi alla corte d'appello che pronuncia anch'essa in camera di consiglio con decreto motivato entro quaranta giorni dalla proposizione del reclamo. Contro il decreto di inammissibilità della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione, che deve essere notificato all'altra parte entro trenta giorni dalla notificazione del decreto da effettuarsi senza indugio a cura della cancelleria e comunque non oltre dieci giorni. Il ricorso è depositato nella cancelleria della stessa corte d'appello nei successivi dieci giorni e l'altra parte deve costituirsi nei dieci giorni successivi depositando memoria e fascicolo presso la cancelleria. La corte, dopo la costituzione delle parti o dopo la scadenza dei termini per il deposito, trasmette gli atti senza indugio e comunque non oltre dieci giorni alla Corte di cassazione che decide entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti stessi. La Corte di cassazione, ove annulli il provvedimento di inammissibilità della corte d'appello, dichiara ammissibile la domanda. Scaduto il quarantesimo giorno la parte può presentare, rispettivamente al tribunale o alla corte d'appello o, scaduto il sessantesimo giorno, alla Corte di cassazione, secondo le rispettive competenze, l'istanza di cui all'art. 3.

5. Il tribunale che dichiara ammissibile la domanda dispone la prosecuzione del processo. La corte d'appello o la Corte di cassazione che in sede di impugnazione dichiarano ammissibile la domanda rimettono per la prosecuzione del processo gli atti ad altra sezione del tribunale e, ove questa non sia costituita, al tribunale che decide in composizione interamente diversa. Nell'eventuale giudizio di appello non possono far parte della corte i magistrati che abbiano fatto parte del collegio che ha pronunciato l'inammissibilità. Se la domanda è dichiarata ammissibile, il tribunale ordina la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare; per gli estranei che partecipano all'esercizio di funzioni giudiziarie la copia degli atti è trasmessa agli organi ai quali compete l'eventuale sospensione o revoca della loro nomina.

4.7. – Oggetto del presente giudizio è precisamente il vaglio di ammissibilità, ovvero la verifica, da farsi d'ufficio, del rispetto dei termini di decadenza, la ricorrenza dei presupposti previsti dalla legge, nonché la non manifesta infondatezza della domanda proposta. Ove la Corte dovesse accogliere il ricorso, occorrerebbe rimettere la causa al primo giudice perchè si celebri il giudizio di responsabilità e, altra importante conseguenza collegata al vaglio positivo di ammissibilità–occorrerebbe trasmettere copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare (comma 5, ultimo capoverso).

5. – Le questioni all'esame della Corte.

5.1. – Le questioni poste dal ricorso sono:

1) sulla base della disciplina sulla responsabilità civile del magistrato precedente alle modifiche introdotte dalla riforma del 2015, pro tempore applicabile, e ai fini di valutare se sia corretta la valutazione di inammissibilità dell'azione risarcitoria proposta nei confronti dello Stato italiano per responsabilità civile dei magistrati (nel caso di specie, magistrati della Corte di cassazione) contenuta nel provvedimento impugnato, qual sia il discrimine tra attività interpretativa insindacabile del giudice e grave violazione di legge, determinata da negligenza inescusabile;

2) se possa ritenersi che integri il parametro della grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, il non aver tenuto in conto, all'interno della decisione, di un orientamento giurisprudenziale assolutamente consolidato. Questo secondo profilo costituisce un corollario della questione principale precedente, ed è posto in particolare rilievo dalla ordinanza di rimessione.

6. – La questione preliminare di tempestività della domanda.

6.1. – Prima di esaminare nel merito le questioni poste dal ricorso, occorre preliminarmente verificare la tempestività della proposizione della domanda risarcitoria nei confronti dello Stato italiano, che è proponibile, secondo quanto previsto dall'art. 4, comma 2, "soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. La domanda deve essere proposta a pena di decadenza entro due anni (termine elevato a tre della legge del 2015) che decorrono dal momento in cui l'azione è esperibile".

6.2. – In riferimento alla tempestiva proposizione della domanda, è bene puntualizzare che *il dies a quo* decorre dal deposito della sentenza che decide sul ricorso ordinario per cassazione, a prescindere dal fatto che sia stata o meno proposta, come nel nostro caso, l'azione di revocazione.

6.3. – La proposizione dell'azione di revocazione non è idonea ad impedire la decadenza, atteso che la proponibilità dell'azione risarcitoria decorre dal consumarsi del pregiudizio, che coincide con il passaggio in giudicato della sentenza che rigetta la domanda o il ricorso di chi assume essere stato danneggiato. In tal senso si è già pronunciata questa Corte, affermando che "In tema di responsabilità civile dei magistrati, ai sensi della L. 13 aprile 1988, n. 117, art. 4, comma 2, (nella versione applicabile a tutte le fattispecie anteriori al 19 marzo 2015 e, cioè, all'entrata in vigore della l. 27 febbraio 2015, n. 18), l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie è tardiva se proposta decorsi i due anni dalla data della sentenza di cassazione, nonostante la proposizione di revocazione ex art. 391 bis c.p.c., che non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto" (Cass. n. 9916 del 2015).

6.4. – Poiché la sentenza di cassazione, dalla quale sarebbe derivato il danno al privato, è stata depositata il 21 ottobre 2011, e il ricorso l. n. 117 del 1988, ex art. 4, volto a far dichiarare ammissibile l'azione risarcitoria, datato 1 ottobre 2013, privo di timbro di deposito, è stato iscritto a ruolo in data 8 ottobre 2013, l'azione è tempestiva, essendo stata proposta nel termine di due anni dal deposito della sentenza di legittimità.

7. – L'equilibrio tra attività interpretativa insindacabile del giudice e responsabilità per violazione di legge nella originaria formulazione delle norme e nell'attuale.

7.1. – Nella originaria formulazione della l. n. 117, alla affermazione di principio, contenuta nel comma 1 dell'art. 2, secondo la quale chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale, fa seguito, al comma 2, l'affermazione della area di salvaguardia, ovvero della sfera sottratta alla responsabilità civile, nel cui ambito l'attività giurisdizionale non è sindacabile, estesa a tutta l'attività di interpretazione di norme di diritto, ed anche alla attività di valutazione del fatto e delle prove.

7.2. – Il successivo comma 3 individua poi quattro ipotesi di colpa grave rilevanti ai fini della affermazione della responsabilità civile del magistrato, delle quali quella direttamente rilevante nel caso di specie è la lettera a), ovvero la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile.

7.3. – L'equilibrio tra i due giustapposti valori, il principio della responsabilità e quello della libertà di interpretazione della disposizione di legge, è stato individuato, nel testo originario, privilegiando una ampia affermazione di operatività della clausola di salvaguardia, a fronte della quale le ipotesi di responsabilità per colpa grave espressamente previste operano soltanto in relazione all'area sottratta alla operatività di essa: può configurarsi una responsabilità civile del magistrato per colpa grave soltanto se, in negativo, non si tratti di una attività sottratta alla responsabilità, in quanto riconducibile alla interpretazione di norme di diritto (nonchè alla valutazione dei fatti e delle prove) e purchè, in positivo, sia stata accertata l'esistenza di una grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile.

7.4. – Nel nuovo testo della legge, successivo alle modifiche introdotte con L. n. 18 del 2015, sia detto per completezza, si è mantenuta la struttura formale dell'art. 2, dedicato alla responsabilità per dolo e colpa grave, ma il suo contenuto è mutato.

7.5. – In particolare, il comma 2, contenente la c.d. clausola di salvaguardia, mantiene il testo precedente, al quale è stato però preposto un significativo incipit, che dà il senso del mutamento degli equilibri e dei limiti introdotti alla salvaguardia:

esso inizia ora con la previsione limitativa “Fatti salvi i commi 3 e 3 bis ed i casi di dolo...” cui segue l’affermazione preesistente per cui “nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto nè quella di valutazione del fatto e delle prove”.

8. – La responsabilità civile del magistrato negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

8.1. – Nel vigore della L. n. 117 del 1988 nel testo precedente alla riforma del 2015 (applicabile, come si è detto, *ratione temporis* nel caso in esame), la giurisprudenza di legittimità si è orientata costantemente nel circoscrivere l’area della responsabilità, attraverso una ampia ricognizione della nozione di attività interpretativa, rientrando nell’ambito della clausola di salvaguardia.

8.2. – Giova richiamare il principio di diritto affermato da Cass. n. 12357 del 1999, ripreso, condiviso e arricchito dalla successiva giurisprudenza di legittimità: “Il sistema normativo della responsabilità civile dei magistrati, quale risultante dalla coordinazione fra le ipotesi di colpa grave tipizzate dalla l. n. 117 del 1988, art. 2 comma 3 e la previsione del comma 2 della stessa norma, secondo la quale nell’esercizio di funzioni giudiziarie non può dare luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove, non si sostanzia in un mero rinvio alla nozione generale della colpa grave, come dispone l’art. 2236 c.c. a proposito della prestazione del libero professionista intellettuale implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, ma si caratterizza in modo peculiare, sia per la presenza della clausola limitativa di cui al suddetto comma 2 dell’art. 2, che si spiega col carattere fortemente valutativo dell’attività giudiziaria, connotata da scelte sovente basate su diversità di interpretazioni, sia per la previsione, con riferimento alle ipotesi di cui alle lettere a, b e c del suddetto comma 3, dell’esigenza che la colpa grave sia inescusabile. Con riferimento a tali ipotesi la qualificazione di inescusabilità della negligenza, in quanto aggiunta dalla norma a fini delimitativi della responsabilità, mediante un’esplicazione del concetto di gravità della colpa, integra un “*quid pluris*” rispetto alla negligenza, nel senso che essa si deve caratterizzare come “non spiegabile”, cioè senza agganci con la particolarità della vicenda, idonei a rendere comprensibile – anche se non giustificato – l’errore del giudice.” (conformi, Cass. n. 13339 del 2000; Cass. n. 16935 del 2002; Cass. n. 16696 del 2003; Cass. n. 25133 del 2006; Cass. n. 15227 del 2007; Cass. n. 11593 del 2011, fino a Cass. n. 6791 del 2016).

8.3. – I successivi arresti sul tema, sopra citati, contengono un cospicuo utilizzo di termini non consueti nell’ambito della tecnica definitoria delle ipotesi di responsabilità civile, per rappresentare, con immagini suggestive oltre che per concetti – che il magistrato può essere chiamato a rispondere non quando, semplicemente, ha commesso un grave errore nell’esercizio delle sue funzioni provocando ad altri un pregiudizio non riparabile con gli ordinari mezzi di tutela processuale, ma quando la sua decisione è non soltanto errata ma si colloca al di fuori

della consapevole scelta interpretativa, risultando assurda, illogica, inesplicabile, abnorme, ai limiti del diritto libero, quindi disancorata non dal rispetto della legge, ma dall'ancoraggio ad un qualsiasi ordine di categorie, logiche e linguistiche prima ancora che giuridiche, predicabili alla fattispecie in esame.

8.4. – Si è precisato, altresì, che ricorre tale situazione “quando vengano disattese soluzioni normative chiare, certe e indiscutibili, o siano violati principi elementari di diritto, che il magistrato non può giustificatamente ignorare” (Cass. n. 2107 del 2012 e Cass. n. 2637 del 2013).

8.5. – A questo consolidato orientamento interpretativo le Sezioni Unite intendono in questa sede dare continuità, pur con le precisazioni che seguiranno.

9. – Individuazione dell'area di responsabilità del giudice ai sensi del testo originario della L. n. 117 del 1988.

9.1. – Ricostruiti il quadro normativo di riferimento e l'orientamento giurisprudenziale in materia, occorre prendere posizione sulla prima delle questioni sottoposte all'attenzione della Corte.

9.2. – In tema di risarcimento dei danni cagionati dall'esercizio della funzione giudiziaria rientra nella delibazione sull'ammissibilità della relativa domanda, L. n. 117 del 1988, *ex art. 5*, innanzitutto l'indagine sul carattere interpretativo o meno della lamentata violazione di legge da parte del magistrato del quale si richiede l'affermazione di responsabilità, rientrante tra i presupposti di cui all'art. 2 della legge.

9.3. – L'orientamento della giurisprudenza di legittimità nell'individuazione di un punto di equilibrio che salvaguardi il ruolo propulsivo delle decisioni giudiziarie senza sacrificare il diritto del cittadino a non essere danneggiato dallo Stato giudice – ritenuto sovente eccessivamente prudente, se non difensivo, da parte della dottrina ed anche dalla Corte di Giustizia – trae il suo fondamento dalla consapevolezza che una interpretazione volta ad ampliare le ipotesi in cui è configurabile una responsabilità civile del giudice rischia di depauperare del suo significato più proprio l'esercizio della attività giurisdizionale, che si estrinseca nella interpretazione delle norme, ed a paralizzare o comunque a limitare la funzione dinamico-evolutiva della giurisprudenza, la sua idoneità a cogliere i mutamenti in corso nella società, a riempire di contenuto le norme adeguandole e allargandole alla tutela dei nuovi diritti, in altre parole di isterilire l'interpretazione stessa e con essa il *proprium* dell'attività giurisdizionale.

9.4. – Sotto altro profilo, non va sottaciuto il timore che la affermazione della responsabilità civile del magistrato, in relazione ad un giudizio ormai definito con il giudicato, in cui non sia più possibile esperire mezzi di impugnazione, apra quell'irriducibile contraddizione logica individuata dalla dottrina tra il permanere della definitività di una decisione e l'accertamento della ingiustizia di essa, in altro giudizio.

9.5. – Deve in ogni caso evitarsi che l’affermazione della responsabilità civile del magistrato possa essere intesa come idonea a minare, indirettamente ma fin dalle radici, l’intangibilità del giudicato (in questo senso deve leggersi il monito espresso da Cass. n. 2637 del 2013, laddove afferma che “L’azione di responsabilità del magistrato per grave violazione di legge, ai sensi della L. 13 aprile 1988, n. 117, art. 2, comma 3, lett. a), non può costituire strumento per riaprire il dibattito sulla correttezza o meno dell’interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta dal magistrato della cui responsabilità si discorre, in particolar modo quando il giudicante sia la Corte di cassazione, giudice di ultima istanza”).

9.6. – Ciò premesso, alla luce della disciplina pro-tempore applicabile, deve essere confermata la correttezza dogmatica della ripartizione tra area dell’attività del magistrato assoggettabile, ove mal esercitata, a responsabilità civile, ed area esente: nella formulazione della legge, deve ritenersi sottratta a responsabilità civile tutta l’attività prettamente interpretativa di norme di diritto e valutativa dei fatti e delle prove svolta dal magistrato. Solo l’attività che non può essere considerata prodotto del percorso intellettuale di interpretazione (e di valutazione) è assoggettabile a responsabilità, e purché il giudice si renda responsabile di una grave violazione di legge, dovuta ad inescusabile negligenza.

9.7. – Nel riconfermare l’orientamento consolidato occorre puntualizzare che non ne discende la conclusione che, di fatto, tutta l’attività svolta dal giudice sia sottratta alla responsabilità, in quanto esiste un’area residua di assoggettabilità a responsabilità civile che va meglio delineata.

Non va obliato, infatti, che l’ordinamento non può ammettere che l’esercizio gravemente carente della funzione giurisdizionale possa tradursi senza le necessarie contromisure in un ingiusto pregiudizio per chi al potere giurisdizionale si rivolge avendo ragione.

10. – I rimedi del sistema contro l’errore del giudice.

10.1. – Deve premettersi che l’errore del giudice è in certo qual modo fisiologico allo stesso svolgimento dell’attività giurisdizionale in quanto anche il giudicare è attività umana, come tale fallibile e limitata. Il margine di errore deve però essere ridotto al minimo, a salvaguardia dell’interesse pubblico sotteso allo svolgimento della funzione, e a questo fine operano già, a monte, i meccanismi selettivi, la formazione permanente, le verifiche periodiche di professionalità.

10.2. – All’interno della dinamica processuale, l’errore, o la decisione ritenuta ingiusta sono rimediabili prioritariamente con lo strumento delle impugnazioni.

L’errore materiale o di calcolo, evincibile dalla lettura del provvedimento, dal contrasto tra dispositivo e motivazione, può essere rimosso agevolmente, con una procedura non contenziosa, senza oneri verso lo Stato, ed ora attivabile anche d’ufficio e in ogni tempo da parte della Corte di cassazione, che consente la rimozione di ulteriori ipotesi di errore, diverse da quelle suscettibili di essere rimosse

con l'impugnazione, attraverso la quale l'ingiustificato pregiudizio a carico della parte che ha ragione viene ancora circoscritto e l'errore eliminato.

Inoltre, è utilizzabile lo strumento della revocazione, a fronte del solo errore di fatto, nella accezione presa in considerazione dall'art. 395 c.p.c., n. 4.

10.3. – Nelle ipotesi residue, in cui la decisione definitiva sia ancora reputata ingiusta, essa è ormai intangibile (salvo le ipotesi straordinarie di revocazione di cui all'art. 396 c.p.c.) in quanto il giudicato non può più essere intaccato.

A questo punto, la parte che ritenga di essere stata pregiudicata dall'errore del giudice potrà agire contro lo Stato facendo valere la responsabilità civile del magistrato, purché si rientri nelle ipotesi consentite dalla legge, ferma restando la rivalsa verso il magistrato in presenza dei presupposti di legge.

11. Le ipotesi di errore fonte di responsabilità civile del giudice nel testo originario della l. n. 117.

11.1. – Così delimitato l'ambito di operatività della responsabilità civile del giudice alla luce del testo originario della L. n. 117, applicabile al caso concreto, bisogna identificare l'area residua, in cui la responsabilità operi.

11.2. – L'area di responsabilità non meramente virtuale alla luce della originaria disciplina dettata dalla l. n. 117 del 1988 è quella, già individuata dalla giurisprudenza della Corte, in cui la decisione appaia non essere frutto di un processo interpretativo ma contenga affermazioni ad esso non riconducibili, perché sconfinanti nel provvedimento abnorme, o nel diritto libero, e quindi, in quanto tali, caratterizzate da una negligenza ritenuta, prima ancora che inescusabile, come previsto dalla norma, inesplicabile, come ritenuto da Cass. n. 6791 del 2016, per la quale la responsabilità civile dei magistrati è incentrata sulla colpa grave, qui tipizzata secondo le ipotesi specifiche delineate dall'originario l. n. 117 del 1988, art. 2, tutte accomunate dalla ricorrenza di una negligenza inescusabile, "non spiegabile", tale da determinare una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma applicata, ovvero una lettura di essa in contrasto con ogni criterio logico, oppure l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, o, ancora, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero (nella specie, la S.C. ha cassato la declaratoria di inammissibilità dell'iniziativa volta a far valere la responsabilità di un magistrato, il quale – con un'interpretazione che costituiva di ogni funzionalità l'istituto di cui all'art. 2943 c.c. in relazione alla fattispecie di cui all'art. 1669 c.c., comma 2, – aveva escluso la possibilità per il committente di interrompere, con successive contestazioni, il decorso del termine annuale di prescrizione, argomentando che, in tal modo, il termine non sarebbe mai venuto a maturare).

11.3. – Quest'area di responsabilità può essere meglio individuata specificando che esiste una attività giurisdizionale che si colloca a monte del vero e proprio processo interpretativo, attraverso una segmentazione del processo di analisi

rispondente alla realtà, perchè il processo di analisi della fattispecie che porta alla interpretazione, e poi alla decisione, si può scindere in diverse fasi logiche.

11.4. – Il giudice può incorrere in grave violazione di legge, rilevante come fonte dell'obbligo risarcitorio (laddove sia dovuta a negligenza inescusabile) in vari momenti della attività prodromica alla decisione di una causa, in cui la violazione non si sostanzia negli esiti del processo interpretativo, ma ne rimane concettualmente e logicamente distinta; l'errore cade sulla disposizione, che qui rileva come fatto, come elaborato linguistico preso in considerazione dal giudice che non ne comprende la portata semantica.

11.5. – L'errore può cadere, innanzi tutto, sulla errata individuazione della disposizione da applicare alla fattispecie concreta, ed in questo caso è un errore percettivo sul significante della disposizione, ovvero è un errore che cade sulla identificazione stessa della disposizione da applicare al caso concreto (sulla disposizione e non sulla norma, secondo ricostruzione cara a parte della dottrina, ma non unanimemente condivisa).

11.6. – L'errore del giudice può essere fonte di responsabilità nell'accezione prevista dalla legge anche se interviene nella fase successiva: esaminata la fattispecie concreta, e ricondotta la stessa correttamente nell'ambito di un istituto o di una disciplina, dall'inquadramento giuridico, frutto del processo interpretativo, eseguito, può verificarsi un errore se non si associano alla fattispecie, correttamente inquadrata, gli effetti giuridici propri di quella disciplina (non le si associa nessuna disciplina, o le si associa una disciplina diversa, come nei casi in cui si applichi una pena detentiva per una ipotesi di reato che non la prevede, o che si applichi una pena superiore al massimo edittale). In questo caso, l'errore cade sulla applicazione della disposizione (come nella ipotesi contemplata da Cass. n. 6791 del 2016, in cui individuato l'istituto di riferimento, la prescrizione, il giudice non aveva associato ad esso la sua disciplina).

11.7. – Infine, vi è una terza, possibile categoria di errore che anch'essa si sottrae alla operatività della clausola di salvaguardia: l'errore che consiste nella attribuzione di un significante impossibile, un non-significato, ovvero un significante che va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione. In questo caso si ha una scelta solo formalmente interpretativa, ma talmente svincolata dai parametri normativi da non essere ad essi riconducibile, ovvero da non essere frutto di un processo interpretativo consapevole – come tale sottratto al campo della responsabilità civile – ma addirittura una scelta aberrante.

11.8. – Nella prima tipologia di errore (errore nella individuazione della disposizione) esso non deriva dall'interpretazione perchè si colloca a monte del lavoro interpretativo, nella fase di analisi della fattispecie e di individuazione della disposizione ad essa applicabile. Può derivare da un difetto di conoscenza, che può mancare o essere troppo superficiale (qualora non si individui la disposizione da applicare alla fattispecie, in caso di successione delle leggi nel tempo o di altre

variazioni, o si individui una disposizione in luogo di un'altra), e comunque cade sulla identificazione della disposizione da applicare alla fattispecie, che sarà poi oggetto di interpretazione, divenendo norma, ovvero assumendo, tramite l'interpretazione, il suo significato. L'errore sulla individuazione della norma è una ricaduta applicativa dell'antico brocardo *in claris non fit interpretatio*.

11.9. – Nel secondo caso (errore sulla applicazione), individuata correttamente la disposizione, non si applica alla fattispecie, correttamente inquadrata nelle disposizioni che la delimitano, la disciplina appropriata, non se ne fanno discendere gli effetti dovuti.

11.10. – La terza tipologia di errore (attribuzione al significante di un contenuto che non è nei suoi possibili significati) può aversi solo quando si attribuisce alla disposizione un significato che essa non può avere, che non è contenuto nel dato testuale, che si pone oltre e contro il suo significante. Vale precisare, come verrà meglio analizzato nel punto successivo, che se una disposizione può avere vari possibili significati, nessun significato, neanche quello più desueto e meno utilizzato, può esser fonte di responsabilità, purchè si rimanga nell'ambito del possibile, ovvero della possibile scelta interpretativa. Per questo una decisione frutto di una interpretazione di minoranza non può, di per sè, essere reputata fonte di responsabilità.

Può essere fonte di responsabilità invece predicare ad una disposizione un non-significato, un significato che essa, nè linguisticamente nè giuridicamente può avere o che non è il suo perchè è proprio di un'altra norma, di un altro istituto, un significato che va oltre il significante.

L'errore sul significato della disposizione si sostanzia nel predicare alla norma un significato impossibile, che va contro la stessa espressione semantica: l'espressione infatti è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale, ma non contro di esso.

11.11. – Conclusivamente, sono tre le categorie di ipotesi in cui l'errore del giudice può essere assoggettato a responsabilità civile perchè sottratto alla clausola di salvaguardia:

- l'errore sulla individuazione della disposizione, ovvero sulla individuazione del significante;
- l'errore sulla applicazione della disposizione;
- l'errore sul significato della disposizione, ovvero l'attribuzione alla disposizione di un significante non compatibile con il significato, un non-significato.

In tutti e tre i casi, non si tratta di scelte frutto di un consapevole processo interpretativo, ma di attività che non sono frutto del processo interpretativo stesso.

Esse rilevano come fonte di responsabilità civile qualora integrino una grave violazione di legge che supera la soglia della negligenza inescusabile.

12. – Negligenza inescusabile e negligenza inesplicabile.

12.1. – La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che i casi sanzionabili non sono riconducibili al lavoro interpretativo consapevole, giustificato, diligente, professionale, ma si collocano in un terreno in cui l'attività svolta dal giudice, per la sua arbitrarietà e per il suo scollamento dalle categorie giuridiche, non può neppure più essere qualificata come frutto di interpretazione, come tale insindacabile, ma sconfina nell'invenzione, nell'abnormità, nel diritto libero (tra le altre, Cass. n. 6791 del 2016, Cass. n. 11593 del 2011, Cass. n. 7272 del 2008, Cass. n. 11859 del 2001).

12.2. – Nelle ipotesi in cui si è ritenuto l'operato del giudice sottratto all'area della salvaguardia, la valutazione sulla gravità della negligenza si è fusa con quella della attribuzione all'attività del giudice di una valenza non interpretativa perchè del tutto estranea, per la mancanza di rigore, di rispetto dei parametri minimi della attività interpretativa stessa. Ovvero, la prevalente interpretazione giurisprudenziale ha traslato sulla peculiarità dell'elemento soggettivo colposo cui fa riferimento la norma la non riconducibilità dell'attività svolta al razionale processo interpretativo, riqualificando la negligenza inescusabile prevista dalla legge in termini di negligenza inesplicabile. Si sottolinea, infatti, che le ipotesi in considerazione sono soltanto quelle limite, in cui si è fuori dalla attività di interpretazione del giudice perchè si sconfina nel provvedimento abnorme, o nel diritto libero, dando delle norme una interpretazione o facendone una applicazione, che prima ancora che inescusabile è del tutto inesplicabile ovvero priva di razionalità (numerosi sono le sentenze che definiscono la negligenza inescusabile, come "non spiegabile", tale da determinare una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma applicata, ovvero una lettura di essa in contrasto con ogni criterio logico, oppure l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, o, ancora, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o, infine, lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero: tra le altre, Cass. n. 6791 del 2016, Cass. n. 7272 del 2008; Cass. n. 2107 del 2012 ha precisato che la violazione ascrivibile a negligenza "inescusabile" esige un "*quid pluris*" rispetto alla negligenza, richiedendo che essa si presenti come non spiegabile, senza agganci con le particolarità della vicenda atti a rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del giudice).

13. – Responsabilità civile del giudice e mancato rispetto del precedente.

13.1. – La seconda questione posta dall'ordinanza interlocutoria è se possa integrare grave violazione di legge, determinata da negligenza inescusabile e possa essere fonte di responsabilità per lo Stato (e poi, in sede di rivalsa, per lo stesso magistrato), anche il discostarsi del giudice dal tracciato della precedente giurisprudenza di legittimità ed in caso affermativo, in quali casi. In particolare, l'ordinanza di remissione affida alle Sezioni unite il compito di tracciare il discrimine tra attività interpretativa insindacabile e attività sussumibile nella fattispecie illecita, con specifico riferimento alla violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati.

13.2. – La soluzione è negativa.

Deve in questa sede ribadirsi che il precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio).

Ne consegue che il discostarsi dal precedente, anche se di legittimità, anche a Sezioni unite, non può essere di per sè fonte di responsabilità civile per il giudice, pur con le precisazioni che seguono. Diversamente opinando, si negherebbe la legittimità della stessa forza propulsiva della interpretazione giurisprudenziale, che vive nella sua evoluzione e nel superamento critico delle passate posizioni.

13.3 – Questa soluzione si colloca in linea di continuità con i principi affermati da Cass. S.U. n. 15144 del 2011 (adottata in tema di c.d. *overruling* processuale, ovvero di mutamento della propria precedente interpretazione di una norma processuale da parte del giudice della nomofilachia). Le Sezioni unite hanno in quella sede affermato che “il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.) impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, sicchè essa, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la *“lex temporis acti”*, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con l’affermarsi dell’esegesi del giudice”.

13.4. – Trattasi di un principio più volte ribadito dalla Corte costituzionale e espresso già in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha più volte affermato la non riconducibilità delle pronunce giurisprudenziali, neppure di legittimità, nell’ambito delle fonti di legge, traendone la conclusione che il giudice non è obbligato a decidere conformemente all’interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un’altra controversia (in questo senso, tra le altre, Cass., n. 13000 del 2006).

In particolare, si è affermato che non può essere fonte di responsabilità, per violazione di legge, neppure il dissenso dall’indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, ove motivato in diritto, anche in assenza del pur opportuno richiamo alle pronunzie disattese, in quanto esso è comunque espressione dell’attività di interpretazione delle norme riservata al magistrato. A più forte ragione è stata esclusa tale responsabilità quando dal predetto indirizzo si fossero altresì discostate pronunce di sezioni semplici della stessa Corte (Cass. S.U. n. 8260 del 1999).

13.5. – Peraltro, tali ripetute affermazioni nel senso della non vincolatività del precedente vanno armonizzate con l’esigenza di garantire l’uniformità dell’interpretazione giurisprudenziale attraverso il ruolo svolto dalla Corte di Cassazione, nonchè con l’evoluzione normativa del giudizio di cassazione e con la successiva affermazione delle stesse Sezioni Unite secondo la quale “l’interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di

essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato” (Cass. S.U. ord. n. 23675 del 2014).

L’arresto da ultimo citato è espressione di una linea evolutiva della giurisprudenza di legittimità sempre più teso a preservare “la salvaguardia dell’unità e della stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale (massimamente di quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite)”, valori che vengono assunti come “ormai da considerare specie dopo l’intervento del d.lgs. n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell’art. 374 c.p.c. ed all’introduzione dell’art. 360 *bis* – alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. Non l’unico certo e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo” (dalla ordinanza citata).

Il richiamo al valore del precedente di legittimità, peraltro, è stato affermato nella predetta ordinanza non solo con riferimento alla interpretazione giurisprudenziale di norme processuali (sulle quali verteva la fattispecie esaminata), che la ordinanza in discorso ritiene derogabile solo per “ottime ragioni”, ma anche in relazione alla interpretazione di norme di altra natura, comunque derogabile in presenza di, almeno, “buone ragioni”.

Inoltre, la medesima ordinanza delle S.U. pone in luce la funzionalità della previsione di cui all’art. 65 ord. giud., sulle attribuzioni della Corte di cassazione, che fornisce “l’unico criterio... di valutazione della “esattezza” di una interpretazione”, in quanto presuppone che “l’interpretazione della legge espressa dall’organo al quale è attribuito il controllo di legittimità sulle sentenze di altri giudici sia da ritenersi convenzionalmente, se non quella “esatta”, almeno la più “esatta” (possibile) o, se si vuole, la più “giusta” e/o la più “corretta”, e da tale interpretazione non possa perciò prescindere tutte le volte che venga in discussione il contenuto di una norma nel suo significato “oggettivo”.

13.6. – Il sistema può essere così ricomposto. La norma giuridica trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), negli atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo. Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell’art. 101 Cost., comma 2), “soggetti soltanto alla legge”, il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale del giudice, nel senso che, nel momento dell’applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto.

Questo precetto fondamentale della soggezione impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, la quale ultima, nella sua dimensione dichiarativa, non può rappresentare la “*lex temporis acti*”, ossia il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con l’affermarsi dell’esegesi del giudice.

13.7. – È ben vero che, alla luce sia delle modifiche normative intervenute negli ultimi anni, sia dell'affermarsi del valore condiviso della prevedibilità delle decisioni, è cresciuta la considerazione da attribuire al precedente, nel nostro ordinamento come nei principali ordinamenti di *civil law*, in particolare quando sia un precedente autorevole, ancor più quando esso sia pronunciato a Sezioni unite.

13.8. – Ciò ha portato parte della dottrina ad una revisione della tradizionale teoria delle fonti, “per riconoscere realisticamente che la giurisprudenza viene spesso usata come fonte di diritto” o assegnare al precedente il valore di meta-fonte, per cui “l’efficacia normativa del precedente si identifica in quella delle norme interpretate alle quali viene imputato il principio di diritto che costituisce il contenuto del precedente”.

I principali orientamenti dottrinari sul problema in esame possono schematizzarsi nella contrapposizione tra chi attribuisce al precedente una autorità semplicemente morale o di fatto, a fronte della quale non sussiste alcuna vincolatività per il giudice e chi assegna, nel tempo, una autorità anche “giuridica” al precedente: entrambi gli orientamenti, peraltro, concordano sull’esigenza dell’osservanza dei precedenti e nell’ammettere mutamenti giurisprudenziali di orientamenti consolidati solo se giustificati da gravi ragioni.

13.9. – Tuttavia, occorre non confondere l’autorevolezza del precedente, che ne segna la persuasività, influenzando positivamente sulla prevedibilità delle successive decisioni e sulla riduzione del contenzioso che ne deriva, con la vincolatività del precedente.

13.10. – La motivazione di Cass. S.U. n. 23675 del 2014 (richiamata al capo 13.5.) contiene un severo richiamo al rispetto dei precedenti, fondato sul convincimento che l’affidabilità, prevedibilità e uniformità dell’interpretazione delle norme processuali in particolare costituisca imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di “giustizia” del processo. Quel richiamo, dettato allo scopo di circoscrivere le possibilità di continuo ripensamento degli orientamenti giurisprudenziali, specie processuali, tuttavia, non deve essere enfatizzato a livello di portata generale, quale esaltazione della vincolatività del precedente di legittimità, o del precedente di legittimità a Sezioni unite, che esso non ha inteso effettuare.

13.12. – Non essendo quello italiano un ordinamento di common law, va ribadito che il discostarsi dal precedente, anche se di legittimità, anche se dotato dell’autorevolezza di una pronuncia a Sezioni unite, non può costituire – di per sé – fonte di responsabilità civile, perchè il precedente, pur autorevole, non va ad integrare il precetto normativo e quindi perchè il mancato rispetto del precedente non può costituire, di per sé, grave violazione di legge.

13.13. – Negare la diretta vincolatività del precedente – al di là dei confini della causa, e dei vincoli per il giudice di rinvio – ne rafforza la forza persuasiva in relazione alla regola giuridica applicata che si fonda sulla autorevolezza del giudice che l’ha pronunciata e sulla solidità della linea argomentativa contenuta nella

motivazione. La sua efficacia al di là del caso deciso, quindi, opera sul piano della persuasività della ratio decidendi e si identifica nel principio di diritto cui il giudice si è uniformato per decidere il caso sottoposto al suo esame. Come ha evidenziato la Corte costituzionale, nella ipotesi di “orientamento stabilmente consolidato della giurisprudenza”, la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, “vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che difficilmente è ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o del giudice delle Leggi” (Corte Cost. n. 350 del 1997).

13.14. – Naturalmente, la superabilità del precedente non può prescindere dall’obbligo di conoscerne l’esistenza. In un sistema che valorizza l’affidabilità e la prevedibilità delle decisioni, l’adozione di una soluzione non in linea con i precedenti non può essere di per sé né gratuita, né immotivata, né immeditata: in una parola, deve essere comunque frutto di scelta (interpretativa) consapevole e riconoscibile come tale, e a questo scopo deve essere comprensibile, e tale diviene più facilmente se esplicitata all’esterno a mezzo della motivazione.

13.15. – L’ipotesi di lavoro nella quale il discostarsi dalla precedente, consolidata giurisprudenza può essere fonte di responsabilità patrimoniale è quindi molto circoscritta, ed esula dal semplice discostarsi dalli orientamento giurisprudenziale prevalente o consolidato.

Si fa riferimento ai casi in cui il precedente o l’orientamento giurisprudenziale siano talmente consolidati che una determinata disposizione vive, nella sua realtà applicativa, con un significante che comprende, al di là del suo stretto tenore letterale, il contenuto che le è costantemente attribuito nella vita della giurisprudenza, ovvero in cui il precedente giurisprudenziale è entrato a far parte del diritto vivente.

Ma, anche in questo caso, non può trarsi la conseguenza che il formante giurisprudenziale consolidato non possa essere contraddetto, se non andando incontro al rischio di una responsabilità civile. Una tale conseguenza non è ipotizzabile, perché il diritto vivente è esso stesso norma, frutto dell’interpretazione, vive nell’interpretazione e con essa può cambiare, sebbene abbia raggiunto un grado di stabilità che con maggiore difficoltà, e maggiore impegno demolitorio può essere scalfito. La stessa Corte costituzionale, infatti, ha affermato che la “vivenza” di una norma è vicenda per definizione aperta (Corte Cost. n. 122 del 2017, punto 3).

14. – Il ruolo della motivazione.

14.1. – A conclusione delle considerazioni che precedono, occorre puntualizzare quale sia il ruolo della motivazione e la rilevanza della sua qualità in relazione ad una eventuale azione di responsabilità civile, in generale, ed in particolar modo quando venga addebitato al provvedimento fonte di responsabilità di essersi distaccato dalla interpretazione giurisprudenziale consolidata.

Il discostarsi dal precedente, come si è affermato nel paragrafo che precede, non può essere mai di per sé fonte di responsabilità civile.

Tuttavia, proprio perchè essa possa aprire costruttivamente la strada ad una svolta interpretativa differente dal passato, la decisione non può limitarsi ad una mera affermazione di dissenso, in quanto per poter essere persuasiva la decisione deve anche essere esplicativa, ovvero deve rendere riconoscibile all'esterno il ragionamento decisorio, da cui discendono conseguenze sul piano dell'applicazione. In tal modo, oltre a rendere più persuasiva la decisione, la motivazione rende anche palese che la decisione è frutto di una scelta (interpretativa) consapevole, e in quanto totale sottratta all'area della responsabilità civile.

Quando poi la diversità di scelta interpretativa è anche diversa rispetto a quanto sostenuto dalle parti, c'è l'obbligo di suscitare il contraddittorio.

L'esistenza di una motivazione non meramente formale o assertiva, in presenza di una soluzione divergente rispetto ai precedenti, è lo strumento attraverso il quale un percorso mai seguito in precedenza, o minoritario, trova la sua logica, esce da quello che la giurisprudenza precedente ha definito l'inesplicabile, e quindi garantisce che la soluzione adottata, in quanto frutto di una consapevole scelta interpretativa, si sottragga alla sindacabilità.

Giova richiamare Cass. n. 8260 del 1999, già citata, ove si è detto che "In tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio della funzione giudiziaria, posto che rientra nella fase di delibazione sull'ammissibilità della relativa domanda, l. n. 117 del 1988, ex art. 5, anche l'indagine sul carattere non interpretativo della lamentata violazione di legge da parte del magistrato del quale si richiede l'affermazione di responsabilità, tale non può considerarsi il dissenso dello stesso dall'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione, ove motivato in diritto, pur in assenza dell'opportuno richiamo alle pronunzie disattese, in quanto esso è comunque espressione dell'attività di interpretazione delle norme riservata al magistrato. A più forte ragione è da escludere tale responsabilità quando dal predetto indirizzo si siano altresì discostate pronunce di sezioni semplici della stessa Corte".

Si è poi chiarito che "resta nell'area di esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell'opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione (v. in tal senso anche i lavori preparatori)", sicchè "può parlarsi di negligenza inescusabile non sulla base della mera non conformità della decisione a diritto, ma in quanto, tenuto conto delle ragioni con le quali il giudice abbia motivato detta decisione, essa non trovi alcun aggancio nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale nè abbia, in mancanza di detti referenti, una qualsiasi plausibile giustificazione sul piano logico" (Cass. n. 11859 del 2001, in motivazione).

14.2. – Occorre però puntualizzare che non tutti i casi di mancanza della motivazione nei quali la pronunzia si ponga in contrasto con l'orientamento maggioritario, sono fonte di responsabilità civile dato che la giurisprudenza di legittimità ha in più casi ritenuto sottratta alla responsabilità anche una motivazione

meramente assertiva, quando la scelta interpretativa fosse ugualmente riconoscibile, pur mancando il richiamo – preferibile – ai precedenti di riferimento.

14.3. – Per contro, la presenza di una motivazione di per sè non è sufficiente ad assicurare nè la resistenza della decisione nè, nei casi estremi, la sottrazione ad una eventuale azione di responsabilità qualora essa, benchè materialmente inserita nel testo ed articolata, si riveli meramente apparente e appaia frutto di una scelta solo apparentemente interpretativa, in realtà aberrante, in quanto va, senza alcuna razionale spiegazione che sottragga la decisione all'area della sindacabilità, oltre e contro il significante delle disposizioni richiamate (v. Cass. n. 6791 del 2016).

Non a caso, parte della dottrina afferma che il tema della motivazione non rileva, ai fini della esclusione della responsabilità civile del giudice.

14.4. – Conclusivamente, la presenza di una motivazione non è condizione necessaria e sufficiente ad escludere sempre la ammissibilità di un'azione di responsabilità, ma è di certo un ausilio alla comprensibilità della decisione e quindi di regola è un elemento per escludere, alla luce del testo originario della L. n. 117 del 1988, la stessa sindacabilità della scelta decisionale, in quanto consapevole frutto del processo interpretativo.

15. – La fattispecie in esame.

15.1. – Fatte queste precisazioni, occorre ora verificare se i rilievi mossi dallo S. avverso il decreto che, in sede di reclamo, ha dichiarato inammissibile la sua azione risarcitoria, siano o meno fondati.

15.2. – La prima censura contenuta nel motivo di ricorso è manifestamente infondata.

Essa infatti ascrive alla contestata sentenza di legittimità del 2011 di aver ripreso in considerazione le questioni relative alla debenza e alla decorrenza di rivalutazione ed interessi pur in difetto di alcuna impugnazione, esaminando in tal modo questioni ormai coperte dal giudicato, con l'effetto di modificare tali statuizioni in peius rispetto a quanto in precedenza deciso (contrariamente a quanto fatto dal giudice d'appello, che non era intervenuto sulle statuizioni accessorie dando atto della mancanza di un capo di impugnazione sul punto).

Al riguardo deve rilevarsi che le statuizioni relative ad interessi e rivalutazione monetaria sono statuizioni accessorie, e come tali seguono la sorte del credito cui ineriscono. Avendo nel caso di specie l'appello (come poi anche il ricorso per cassazione) coinvolto il criterio di determinazione della sorte capitale, la statuizione relativa agli accessori non poteva essere passata in cosa giudicata laddove era ancora oggetto di discussione l'ammontare del credito capitale, non costituendo la relativa statuizione capo autonomo della sentenza suscettibile di formare giudicato parziale per intervenuta acquiescenza ex art. 329 cpv. c.p.c..

Infatti, come tale deve intendersi soltanto quella statuizione idonea a conservare la propria efficacia precettiva anche ove vengano meno le altre (cfr., *ex aliis*, Cass. n. 19312/16; Cass. n. 10043/06; Cass. n. 20143/05; Cass. n. 14634/01; Cass. n.

6655/2000; Cass. n. 431/99; Cass. n. 3271/96; Cass. n. 12062/92; Cass. n. 2399/88), mentre è indubbio che la statuizione sugli accessori (interessi e rivalutazione monetaria) non può sopravvivere senza quella avente ad oggetto il credito principale.

Diversamente opinando, si dovrebbe affermare che la riforma o la cassazione del capo di sentenza relativo alla sorte capitale non si estende, malgrado il tenore dell'art. 336 c.p.c., a quello concernente rivalutazione e interessi, che resterebbero dovuti pur non essendo più dovuta la sorte capitale, conclusione – questa – all'evidenza inaccettabile.

Pertanto, l'impugnazione sulla quantificazione del credito principale proposta dallo S. ha impedito il formarsi del giudicato sui relativi accessori.

A questi principi si ispirano le considerazioni contenute nella ordinanza n. 10293 del 2013, dichiarativa della inammissibilità della revocazione: "L'annullamento della sentenza in punto quantum debeatur rimetteva, infatti, in discussione l'intero risarcimento liquidato; incluse le voci accessorie (interessi e rivalutazione monetaria): con l'unico limite del divieto di una *reformatio in peius*. Trattandosi infatti di pregiudizio economico derivato da ritardo nell'adempimento, esso non sopravviveva alla cassazione, con riforma, della sorte-capitale liquidata, necessitando di una nuova pronuncia *ex novo*".

15.3. – Con le successive censure, il ricorrente deduce che i giudici di merito sarebbero incorsi in violazione di legge laddove non hanno ritenuto che il collegio del 2011 abbia commesso alcune gravi violazioni di legge, determinate da negligenza inescusabile e come tali sottratte all'ambito di operatività della clausola di salvaguardia in quanto non derivanti da una attività interpretativa, ma da inescusabile distrazione nella stesura materiale del provvedimento.

Egli sostiene che integrerebbero ipotesi di colpa grave:

– il non aver riconosciuto la rivalutazione monetaria sull'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno, riliquidato nella decisione sul merito adottata dalla Corte di cassazione nel 2011 in base al valore venale accertato dal CTU nel giudizio di primo grado con stima risalente all'anno 1991, venendo in tal modo inescusabilmente, in assenza di qualsiasi giustificazione motivazionale, a trattare il debito di valore come debito di valuta, in violazione degli artt. 2043, 2056, 1223 e 2058 c.c.;

– l'aver liquidato il credito accessorio per interessi al tasso legale con decorrenza "a far data dalla domanda", non considerando che in materia di illecito extracontrattuale si applicava la "*mora ex re*" e che gli interessi da ritardo dovevano applicarsi dalla data dell'illecito, così violando l'art. 1219 c.c., comma 2, n. 1) e art. 1223 c.c.;

– l'aver omesso di calcolare gli interessi sulla somma prima devalutata alla data del fatto illecito (risalente al 1986, ovvero al momento della definitiva trasformazione

del fondo) e poi via via rivalutata, come statuito dalle sentenze di merito non impugnate sul punto.

15.4. – Le violazioni di legge lamentate sono in effetti afferenti alla attività di ricostruzione ed interpretazione giuridica operata dalla Corte, nel determinare l'importo da liquidare complessivamente, per capitale ed accessori, a ristoro del pregiudizio patrimoniale subito dagli S. per l'occupazione illegittima del loro terreno da parte della pubblica amministrazione.

Tali valutazioni si collocano pertanto all'interno della attività interpretativa dei giudici di legittimità e come tali rimangono sottratte all'accertamento della configurabilità o meno di una grave violazione di legge, determinata da negligenza inescusabile, nella quantificazione dell'importo spettante, per l'operatività della clausola di salvaguardia.

Le violazioni di legge lamentate, ove eventualmente esistenti, non possono essere ritenute estranee al processo interpretativo perchè afferenti alla fase pre-interpretativa, in quanto non possono essere ricondotte nè alla categoria dell'errore percettivo di individuazione della disposizione da applicare alla fattispecie, nè alla categoria dell'errore sulla individuazione degli effetti necessariamente scaturenti da una determinata disposizione, e neppure a quella dell'errore, sempre pre-interpretativo, consistente nella attribuzione di un significato oltre ogni possibile significante semantico.

15.5. – La decisione ha ad oggetto la liquidazione dell'importo complessivamente dovuto per l'occupazione illegittima di un terreno da parte della pubblica amministrazione, completa di accessori e non, puramente e semplicemente, la liquidazione di interessi e rivalutazione per un credito di valore. Essa va quindi contestualizzata nell'ambito della magmaticità della materia della occupazione illegittima proprio degli anni in cui la pronuncia incriminata è stata emessa, ove la disciplina legislativa è stata oggetto sia di numerose pronunce di legittimità costituzionale, sia dell'attenzione continua della Corte Edu che proprio in quegli anni contestava la figura, di creazione giurisprudenziale, della occupazione acquisitiva o accessione invertita (per tutte, Scordino c. Italia, Grande Chambre, 6 marzo 2007), sia della revisione di contrastanti orientamenti interni della stessa Corte di cassazione. Quest'opera di revisione dei propri orientamenti è stata portata a termine solo con la decisione a Sezioni unite n. 735 del 2015, che, ben dopo la pronuncia contestata, avrebbe sancito la fine dell'orientamento giurisprudenziale conservativo della figura della c.d. occupazione espropriativa, o accessione invertita, prendendo atto di quanto più volte affermato dalla Corte Edu, ovvero che la stessa realizzava una forma di espropriazione indiretta, non consentita perchè in contrasto con l'art. 1 del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (ed anche con l'istituto della acquisizione sanante, introdotto dall'art. 42 *bis* del t.u. n. 327 del 2001). Solo in tempi molto recenti, peraltro, e preso atto del superamento della precedente dicotomia tra occupazione acquisitiva e usurpativa operato da Cass. S.U. n. 735 del

2015, questa Corte ha affermato e ricostruito compiutamente in maniera paritaria i criteri risarcitori da seguire nelle due ipotesi (Cass. n. 12961 del 2018).

15.6. – La decisione impugnata richiama pertinentemente Corte Cost. n. 349 del 2007, e l'obbligo da essa affermato di liquidare ogni ipotesi di occupazione illegittima rapportandosi al valore venale del bene, e richiama il corretto parametro normativo, costituito in quel momento dal D.P.R. n. 327 del 2001, art. 55, che impone, per l'utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio, che il risarcimento del danno sia parametrato al valore venale del bene.

15.7. – I rilievi del ricorrente si appuntano, non pretestuosamente, ma non risolutivamente, alla luce dell'applicabilità al caso di specie del vecchio testo della L. n. 117 del 1988, art. 2, sull'omesso riconoscimento di una integrale rivalutazione monetaria, e sul mancato riconoscimento degli interessi legali dal di del fatto, e non dalla domanda, come discenderebbe dall'aver il debito, nella quasi unanime considerazione della giurisprudenza di legittimità dell'epoca, natura di obbligazione di valore e non di valuta.

15.8. – Per quanto concerne dunque la fattispecie in esame, alla quale si applica, si ripete, il vecchio testo dell'art. 2 della L. n. 117, alla stregua delle precedenti osservazioni di carattere generale, la soluzione data dal collegio che ha pronunciato la sentenza n. 21881/2011 appare sottratta alla sfera della assoggettabilità all'azione di responsabilità civile, perchè afferente all'esercizio dell'attività interpretativa della Corte, e quindi coperta dalla operatività della clausola di salvaguardia.

In essa infatti la Corte ha compiuto delle scelte decisionali, all'esito del processo interpretativo di individuazione e determinazione del contenuto delle norme e dei suoi stessi precedenti, per individuare a quali criteri ancorare il risarcimento del danno conseguente alla perdita della disponibilità del bene e quindi per determinare l'ammontare del dovuto agli S..

In relazione ad esse non è ravvisabile l'errore che cade nella fase pre-interpretativa della individuazione della disposizione sopra categorizzato, in quanto le disposizioni da applicare al caso di specie sono correttamente individuate, e non si è attribuito ad esse un significato che vada contro ogni possibile significante di esse.

La decisione oggetto di azione risarcitoria nella sua sinteticità non è slegata dai parametri normativi di riferimento (che, al contrario, come si è detto, sono correttamente individuati) nè arriva a risultati inidonei a riparare in concreto il pregiudizio subito avendo tenuto in conto l'esigenza di integrale riparazione del pregiudizio subito e avendola rapportata al valore venale del bene. Si aggiunga che la legge non impone criteri legali per la determinazione del quantum, potendo esso liquidarsi anche equitativamente, purché la misura della liquidazione del danno non prescinda dalla adeguatezza della tutela risarcitoria di cui all'indicato parametro di riferimento.

Trattasi nel caso di specie di una valutazione frutto dell'utilizzazione di criteri non accuratamente esplicitati, ma comunque tali da rendere il risultato concreto per il danneggiato ben superiore all'importo liquidato dalla Corte d'appello e rapportabile al parametro legale del valore venale del bene.

Pertanto, la scelta decisionale compiuta in primo luogo è frutto di una scelta interpretativa, e come tale non sindacabile in sede di promovibilità dell'azione di responsabilità, e d'altro canto non è svincolata dal rispetto dei parametri valutativi di legge da divenire inesplicabile nè tanto meno può ritenersi una decisione abnorme, che sconfina nel diritto libero.

Il ricorso va pertanto rigettato. (*Omissis*).

LA RESPONSABILITÀ PER I DANNI CAGIONATI NELL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI GIUDIZIARIE NEL CASO DI DISCOSTAMENTO DAI PRECEDENTI

ANTONIO GENNARO

Avvocato

1. – Due temi molto discussi sono al centro di un'interessante pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 11747 del 3 maggio 2019): la responsabilità dei magistrati per la propria attività¹ e il valore dei precedenti giurisprudenziali. Le Sezioni Unite sono state infatti chiamate a decidere sulla possibile sussistenza della responsabilità ai sensi della legge n. 117/1988 in un caso in cui si censurava una pronuncia della Suprema Corte per aver disatteso un assetto normativo che appariva – anche ad avviso della sezione remittente – univoco e cristallizzato².

La responsabilità degli organi giudicanti per la propria attività rappresenta un tema particolarmente critico in tutti i sistemi giuridici, trovandosi per sua natura al centro di molteplici istanze, anche di segno

¹ In termini rigorosi, ci si deve riferire in generale alla responsabilità per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie. A partire dalla c.d. legge Vassalli, infatti, tale responsabilità ricade sullo Stato, mentre il magistrato risponde civilmente solo a titolo di rivalsa. Nel testo si utilizzerà comunque anche solo la locuzione *responsabilità civile dei magistrati*, sebbene non sia perfettamente rigorosa, per ragioni di brevità.

² In questi termini si è espressa la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 12215 del 18 maggio 2018, secondo la quale il significato delle norme applicabili (le disposizioni in materia di responsabilità aquiliana) non presenta *“equivoci od incertezze alcuni”* in base ad *“una elaborazione giurisprudenziale, volta all'interpretazione della norma di diritto, che assuma consistenza tale da rendere stabile una determinata applicazione della norma di diritto”* in considerazione *“dei principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità”*.

diametralmente opposto, che generano quindi equilibri differenti, dipendendo dalla differente cultura giuridica e dalle peculiarità storiche dei singoli ordinamenti. Le differenze sono ancora sensibili nonostante la progressiva integrazione degli ordinamenti europei e la comune soggezione alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo³. In Italia, la materia è stata per lungo tempo regolata esclusivamente dagli articoli 55, 56 e 74 del codice di procedura civile, che sancivano la responsabilità civile del giudice solo quando “nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione” ovvero nei casi di ingiustificato rifiuto, omissione, ritardo nel compiere un atto del suo ministero o nel provvedere sulle domande delle parti. Nel 1987 tali disposizioni sono state oggetto di *referendum* abrogativo, proposto anche sull'onda di un eclatante caso di cronaca giudiziaria (la vicenda di Enzo Tortora), all'esito del quale sono state espunte dall'ordinamento⁴.

In questo clima maturò la legge 13 aprile 1988, n. 117, c.d. legge Vassalli, che ha optato, analogamente ad altri ordinamenti, per l'attribuzione allo Stato (e non direttamente al singolo magistrato) della responsabilità per il risarcimento del danno ingiusto subito “per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni (...)” (art. 2, legge n. 117/1988), con la previsione dell'azione di rivalsa da parte dello Stato nei confronti del magistrato responsabile dell'errore giudiziario (art. 7 della legge n. 117/1988). Il sistema della legge Vassalli – pur ritenuto insoddisfacente e oggetto nel corso degli anni di critiche e proposte di modifica – è sostanzialmente rimasto insensibile alle varie sollecitazioni sino alla legge 27 febbraio 2015, n. 18. La riforma, almeno nelle intenzioni, dovrebbe accentuare i profili di responsabilità della magistratura, al fine di garantire una maggiore tutela al cittadino⁵.

³ Controversie in cui si lamentavano errori pretori produttivi di danni sono naturalmente giunte all'attenzione della Corte di Giustizia dell'Unione europea (rimandando al riguardo alle note da 22 a 24) e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima ha da tempo chiarito di avere il potere – in base alla CEDU, e in particolare all'art. 41 – di condannare uno Stato che ha violato un diritto fondamentale a compensare i danni che sono derivati da questo comportamento per la parte lesa, anche se la violazione deriva dal contenuto di una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado (al riguardo, si veda per tutte la sentenza della Corte EDU del 21 marzo 2000, Dulaurs/Francia, reperibile in lingua francese su <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-63017>).

⁴ La consultazione dell'8 e 9 novembre 1987 (avente ad oggetto anche altri quesiti), cui ha partecipato oltre il 65% degli aventi diritto, ha disposto l'abrogazione di dette norme con oltre l'80% dei consensi.

⁵ Alla controversia oggetto di questo commento, si anticipa, era applicabile la legge Vassalli nel testo precedente alla riforma del 2015. Le considerazioni svolte

Detta esigenza permea anche il dibattito relativo alla valenza dei precedenti giurisprudenziali: le numerose voci favorevoli al vincolo del precedente prendono le mosse proprio dalla necessità di garantire al cittadino decisioni uniformi e prevedibili, sulle quali poter riporre il proprio affidamento. L'uniformità dei criteri di giudizio, in una data materia, dovrebbe quindi ridurre i margini di errore giudiziario⁶. Sebbene, come noto, non si riscontri nel diritto positivo l'affermazione esplicita del principio dello *stare decisis*, il rispetto del precedente sta acquisendo sempre più una portata precettiva nel nostro ordinamento. Per un verso, vi sono sul piano processuale norme che depongono almeno indirettamente in tal senso, prevedendo specifici vincoli per i magistrati⁷. Per altro verso, l'ordinamento registra anche la presenza di disposizioni che regolano il rapporto tra il giudice e le parti⁸, come l'art. 360-bis, n. 1 c.p.c.⁹, che prevede un motivo di inammissibilità del ricorso per cassazione di carattere "meritale" o

dalle Sezioni Unite si sono quindi appuntate su tale testo (paragrafi 4 e 5), ma, ad avviso di chi scrive, si può ragionevolmente dubitare che le modifiche normative abbiano portata tale da togliere forza a tali considerazioni, per le ragioni esposte nell'ultimo paragrafo di questo commento.

⁶ Con il corollario che, pur qualora questo si verificasse, dovrebbe essere più agevole ottenere almeno una tutela per equivalente, sotto forma di risarcimento.

⁷ Si fa riferimento alle norme che nelle diverse giurisdizioni (art. 374, comma 3, c.p.c.; art. 99, comma 3, c.p.a. – d.lgs. n. 104/2010; art. 618, comma 1-bis, c.p.p.; art. 1, comma 7, d.l. 15 novembre 1993, n. 453 e art. 117, d.lgs. n. 174/2016 – codice di giustizia contabile) prevedono l'obbligatoria remissione al *plenum* di una questione di diritto nel caso di paventata non condivisione da parte delle sezioni semplici investite della controversia (Sezioni Unite della Cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei Conti). Nel caso della Corte dei Conti, peraltro, tale obbligo (ai sensi del citato art. 1, d.l. n. 453/1993) è dettato anche nei confronti delle Sezioni Regionali, acquisendo quindi una portata anche verticale nell'ambito della giurisdizione, e non semplicemente orizzontale nell'ambito del giudice di ultima istanza (Corte di Cassazione, Consiglio di Stato). Una fattispecie affatto peculiare è, nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, quella dell'accertamento pregiudiziale relativo all'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro di livello nazionale: secondo il combinato disposto degli articoli 420-bis c.p.c., 146-bis disp. att. c.p.c. e 64, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, dopo una prima pronuncia della Corte di Cassazione relativa ad una specifica questione, i giudici investiti di analoga controversia possono sì discostarsi da essa, ma solo emettendo una pronuncia parziale suscettibile di immediato ricorso per cassazione (sulla portata, quale vincolo di tipo procedurale, della pronuncia della Corte suprema, si veda la sentenza Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2010 n. 20075).

⁸ Come chiarito dall'ordinanza della Suprema Corte n. 15513/2016 citata oltre.

⁹ A norma del quale il ricorso per cassazione è inammissibile "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa".

“sostanziale”¹⁰. Il ricorrente per cassazione, quindi, a pena di inammissibilità del motivo¹¹, non ha solo l’onere di esaminare il dettato delle norme di diritto di cui assume la violazione, ma anche di leggerle secondo l’interpretazione giurisprudenziale di legittimità e di operare un raffronto tra la regola giuridica applicata dai giudici di merito e la giurisprudenza della Corte suprema e, laddove non sussista contrasto, “ha l’ulteriore onere di addurre argomenti per contrastare l’indirizzo giurisprudenziale adottato dai giudici di merito”¹².

In questo quadro, il passo per sancire l’avvenuta positivizzazione dello *stare decisis* sembrerebbe molto breve e, in effetti, in talune occasioni la Corte di cassazione vi ha fatto espresso riferimento¹³. Tuttavia, l’esistenza di siffatto principio nel nostro ordinamento è stata formalmente negata da

¹⁰ Così Cass., sez. un., 21 marzo 2017, n. 7155. In tale occasione è stato superato espressamente il precedente orientamento (risalente all’ordinanza delle Sezioni Unite del 6 settembre 2010, n. 19051) che, invece, riteneva che quella dell’art. 360-bis, n. 1), fosse un’ipotesi di manifesta infondatezza del ricorso. La differenza non è meramente terminologica in quanto la precedente impostazione non esimeva la Corte dall’esaminare nel merito anche un eventuale ricorso incidentale tardivo. Invece, qualificando tale ipotesi come inammissibilità, la declaratoria d’inammissibilità del ricorso principale produrrebbe l’inefficacia del ricorso incidentale tardivo, ai sensi dell’art. 334, comma 2, c.p.c.. Pertanto, nella sentenza n. 7155/2017 le Sezioni Unite chiariscono che “la funzione di filtro, cui pure accenna l’ordinanza di rimessione, consiste in ciò, che la Corte è in un certo qual senso esonerata – ex art. 360 bis – dall’esprimere compiutamente la sua adesione alla soluzione interpretativa accolta dall’orientamento giurisprudenziale precedente: è sufficiente che rilevi che la pronuncia impugnata si è adeguata alla giurisprudenza di legittimità e che il ricorrente non la critica adeguatamente”.

¹¹ È appena il caso di rammentare che “le ragioni d’inammissibilità contemplate dal citato art. 360-bis possono investire anche soltanto singoli motivi di ricorso e non debbono perciò necessariamente comportare l’inammissibilità del ricorso nel suo insieme, ove questo consti di più motivi” (cfr. la citata sentenza n. 7155/2017) e che tale inammissibilità può sommarsi, nello stesso contesto, a quelle di carattere processuale (quale il difetto di specificità di cui all’art. 366, n. 4 c.p.c.).

¹² Così Cass., sez. VI, 2 marzo 2018, n. 5001. Nello stesso senso, Cass., sez. lav., 22 febbraio 2019, n.5368; Cass., sez. III, 24 settembre 2019, n. 23638.

¹³ In tal senso si esprime esplicitamente ancora la citata ordinanza n. 5001/2018, secondo cui il combinato disposto degli articoli 366, n. 4 e 360-bis, n. 1 obbliga il ricorrente a confrontarsi con la giurisprudenza della Suprema Corte “rafforzando in tal modo il principio dello *stare decisis*”. In altro precedente (Cass., sez. VI, 26 luglio 2016, n.15513, da cui è scaturita la pronuncia a sezioni unite n. 7155/2017 sulla natura dell’ipotesi contemplata dall’art. 360-bis c.p.c.) la stessa sezione sesta si era pronunciata in termini forse non del tutto rigorosi: negando dapprima l’esistenza della regola dello *stare decisis* nel nostro ordinamento ma affermando poi che “il recepimento del principio dello *stare decisis* – pur nella forma attenuata compatibile con i sistemi di civil law – è l’idea ispiratrice anche dell’art. 360 bis c.p.c., n. 1”.

numerose altre pronunce¹⁴, cui la Suprema Corte dà continuità nella sentenza oggetto di questo commento, cui finalmente possiamo volgere la nostra attenzione.

2. – È opportuno ricostruire brevemente la complessa e risalente controversia che ha dato luogo alla pronuncia in commento, prima di analizzare le questioni che ne sono scaturite e la soluzione fornita dai giudici delle Sezioni Unite.

Il giudizio originario – all’esito del quale si sarebbe asseritamente verificato l’errore dei magistrati rilevante ai sensi della legge n. 117/1988 – nasceva dall’occupazione di un’area da parte del Comune di Messina con successiva realizzazione dell’opera pubblica e espropriazione acquisitiva¹⁵ ai

¹⁴ La Corte Costituzionale (sentenza 16 maggio 2019, n. 120), ancora di recente, ha ricordato che il nostro ordinamento non conosce la regola dello *stare decisis*, ma solo “la forma attenuata di vincolo interpretativo” (la pronuncia in questione si riferiva all’art. 618, comma 1–*bis* del codice di procedura penale), ribadendo la “la estraneità della regola dello *stare decisis* alle coordinate generali dell’ordinamento” (sentenza 12 ottobre 2012, n. 230). Al di là delle questioni terminologiche e ermeneutiche, è un dato di fatto che benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce nel nostro ordinamento “un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell’ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un’interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative” (in questi termini, *ex multis*, si veda ancora Cass., ord. n. 15513/2016, citata nella nota precedente, e Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620).

¹⁵ Al fine di inquadrare la vicenda sono necessari dei brevi cenni sulla materia, senza alcuna pretesa di esaustività. Nella materia delle occupazioni illegittime da parte della Pubblica Amministrazione, per diversi anni si è distinto il regime giuridico applicabile (e conseguentemente la tutela per il cittadino) a seconda che fosse presente o assente *ab origine* un provvedimento ablativo della A. valido ed efficace. Con la locuzione occupazione espropriativa (anche detta acquisitiva o appropriativa) si sono individuati i casi di occupazione – originariamente legittima – protrattasi oltre i termini prescritti, comunque seguita dall’irreversibile trasformazione del fondo interessato mediante la realizzazione di un’opera di pubblica utilità. La figura è di origine giurisprudenziale (a partire da Cass. Civ., sez. un., 26 febbraio 1983 n. 1464), formando oggetto in seguito di varie previsioni normative. L’occupazione senza alcun titolo (anche nei casi di successivo annullamento di questo), invece, è stata qualificata come occupazione usurpativa.

I due istituti sono stati oggetto di un’evoluzione particolarmente travagliata. La giurisprudenza ed il legislatore avevano differenziato le due situazioni, con inevitabili riflessi per la tutela per il privato. Nel caso di occupazione acquisitiva, mediante l’applicazione analogica dell’art. 936 c.c. e basandosi sull’art. 42 Cost., si riteneva che l’interesse pubblico prevalesse sull’interesse privato per via della realizzazione di un’opera nell’interesse della collettività; tale nesso si manifestava nella dichiarazione di pubblica utilità, sebbene successivamente scaduta. Pertanto,

danni degli originari proprietari (danti causa del ricorrente nel giudizio di responsabilità *ex* legge n. 117/1988). In primo grado (sentenza del Tribunale di Messina del 25 febbraio 2002) i danni erano stati liquidati in favore degli originari proprietari dell'area sulla base del valore venale del bene, oltre alla rivalutazione monetaria dalla data della CTU (disposta nel 1991) e agli interessi legali sulla somma liquidata prima devalutata e poi via via rivalutata dal momento della definitiva trasformazione del fondo (avvenuta nel luglio 1986) fino al soddisfo.

In appello, invece, la corte territoriale (sentenza del 28 ottobre 2004) aveva riformato la pronuncia di primo grado, ritenendola *extra petitum* per avere il Tribunale di Messina indebitamente sostituito alla domanda di risarcimento danni per occupazione espropriativa la diversa domanda di risarcimento per occupazione usurpativa. Il risarcimento dei danni era stato liquidato in applicazione delle disposizioni all'epoca vigenti, che per l'occupazione espropriativa quantificavano il ristoro del privato in misura inferiore al valore venale del bene¹⁶. In ogni caso, concludeva la Corte d'Appello di Messina, restavano ferme le statuizioni su interessi e rivalutazione, in quanto non impugnate.

La Corte di cassazione successivamente adita, con sentenza n. 21881 del

per molto tempo, al privato leso è stata concessa soltanto la tutela risarcitoria, peraltro mediante l'applicazione di criteri che conducevano ad un risultato inferiore al valore venale del bene (almeno fino alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che prevedeva tali criteri per le occupazioni acquisitive: si v. C. Cost., sentt. 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349). Invece, nel caso di occupazione usurpativa, è stato ritenuto ingiustificato il sacrificio del privato per la mancanza di qualsivoglia titolo giuridico. Gli interpreti individuavano in tali casi un illecito permanente e il privato preservava il diritto alla restituzione del bene. L'azione non era soggetta a termini di prescrizione ed il risarcimento per il privato danneggiato, in caso di rinuncia alla restituzione del fondo occupato, doveva avvenire integralmente. Sebbene la Corte europea dei diritti dell'uomo avesse in diverse occasioni censurato le soluzioni date dalla giurisprudenza e dalla normativa, si è giunti soltanto in tempi molto recenti ad un ripensamento complessivo della materia, nei seguenti termini: da un lato, la giurisprudenza ha chiarito esplicitamente che, anche nel caso di occupazione acquisitiva, l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica non comporta per ciò solo anche l'acquisto della proprietà dell'immobile da parte della pubblica amministrazione (Cass., Sez. Un., sentenza 19 gennaio 2015, n. 735); dall'altro, sono stati parificati i criteri del ristoro per il privato nei due casi (Cass., 24 maggio 2018, n. 12961). Per approfondire la tematica, si veda, ad esempio, G. MARI, *Occupazioni sine titolo, espropriazione indiretta, acquisizione sanante e obblighi restitutori: gli orientamenti della giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) a confronto*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2016, 69 ss.

¹⁶ Si v. il testo all'epoca vigente dell'art. 5-bis, D.L. 11 luglio 1992, n. 333, dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte di interesse con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale, citate nella nota precedente.

21 ottobre 2011, aveva poi cassato tale decisione liquidando il risarcimento in base al valore venale del bene¹⁷ (per come accertato nella CTU del 1991 e statuito in primo grado), ma senza ulteriore rivalutazione, ed attribuendo gli interessi legali dal giorno della domanda introduttiva.

3. – Contro questa sentenza era insorto l'avente causa degli originari proprietari (ora ricorrente), chiedendo dapprima la revocazione della sentenza (domanda dichiarata inammissibile) e poi proponendo ricorso per far valere la responsabilità civile dello Stato ai sensi della legge n. 117 del 1998, dichiarato inammissibile in primo grado ed in appello.

Il ricorrente adiva quindi la Corte di Cassazione lamentando i seguenti errori dovuti a colpa grave contenuti nella sentenza n. 21881/2011 della Suprema Corte:

1) aver illegittimamente riaperto le questioni relative alla debenza e decorrenza della rivalutazione e degli interessi, in quanto su tali questioni si era formato giudicato (ed infatti erano state confermate dalla corte d'appello proprio perché non impugnate);

2) non aver riconosciuto la rivalutazione monetaria sull'importo dovuto a titolo di risarcimento del danno, venendo così, in violazione degli artt. 2043, 2056, 1223 e 2058 c.c., a trattare tale debito di valore come debito di valuta;

3) aver liquidato gli interessi a far data dalla domanda anziché da quella dell'illecito;

4) aver omesso di calcolare gli interessi sulla somma prima devalutata alla data del fatto illecito e poi via via rivalutata.

La terza sezione della Corte di Cassazione aveva rimesso la causa al Presidente, evidenziando la questione relativa al trattamento da riservare al discostamento dai precedenti nell'ottica della responsabilità civile dei magistrati. Più nello specifico, la terza sezione si era domandata se vi fosse una specifica *regola juris* da applicare in tali evenienze o se fosse applicabile l'ordinario criterio di giudizio valevole in materia – in base al quale, almeno nel testo applicabile *ratione temporis*, l'attività di interpretazione era coperta dalla clausola di salvaguardia e non dava luogo a responsabilità, che poteva esservi invece solo nei casi di inescusabilità della grave violazione di legge.

Per decidere sulle citate censure del ricorrente, la Corte ha preliminarmente ricostruito le assi portanti della materia e ne seguiremo ora il ragionamento per cogliere appieno la *ratio decidendi* del caso di specie.

4. – Si è già accennato nel primo paragrafo della genesi della legge 13

¹⁷ Alla luce della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, d.l. n. 333/1992.

aprile 1988, n. 117, da ultimo riformata con legge 27 febbraio 2015, n. 18. La novella è stata approvata sostanzialmente con l'intento di assicurare una maggiore effettività alla tutela del cittadino a fronte di errori giurisdizionali¹⁸, ad esempio eliminando il peculiare *iter* processuale previsto¹⁹. Alla controversia oggetto di giudizio era applicabile il testo precedente alla novella legislativa e da tale disciplina prende le mosse la Suprema Corte. Si può però sin d'ora anticipare che, a parere di chi scrive, le modifiche legislative – sulle quali non risultano ancora pubblicate pronunce della Corte di Cassazione – non sopiscono ogni interrogativo sulla responsabilità civile derivante dall'esercizio dell'attività giurisdizionale e che si può dubitare che esse comporteranno necessariamente il superamento dell'orientamento confermato dalle Sezioni Unite anche nella pronuncia in commento o un radicale ripensamento delle categorie di errore fonte di obblighi risarcitori. Dopo questa premessa, possiamo riprendere il filo del ragionamento svolto dai giudici nella pronuncia in questione, anche se effettuato sul testo previgente, per poi verificarne, conclusivamente, la tenuta alla luce delle modifiche normative.

Il perno del sistema della responsabilità civile dei magistrati era (ed è tuttora) l'art. 2, comma 2 della legge, a norma del quale "nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove"²⁰. Tale previsione, nel sistema precedente, fungeva da vera e propria clausola di salvaguardia: un'eventuale responsabilità dei magistrati giudicanti poteva essere rinvenuta solo nell'area scoperta da tale clausola, e quindi nell'area non coperta da attività interpretativa²¹. Questo assetto era

¹⁸ Si è ritenuto infatti che "il sistema previsto dalla legge n. 117 del 1988, la cosiddetta legge Vassalli, non si è rivelato efficace e di effettivo ristoro per le pretese risarcitorie dei cittadini derivanti dall'attività giudiziaria, e ciò in esito ad un esame consuntivo ormai più che venticinquennale" (cfr. le parole del relatore nella seduta del 19 novembre 2014, reperibile sul sito www.senato.it).

¹⁹ La domanda del ricorrente, infatti, era soggetta ad un preliminare vaglio di ammissibilità, da svolgersi in camera di consiglio, dove si verificava la tempestività dell'azione ma soprattutto la ricorrenza dei presupposti previsti dalla legge e la non manifesta infondatezza della domanda proposta (art. 5 nel testo previgente). Già in questa sede, quindi, si poneva la necessità di individuare se il preteso errore si potesse all'interno dell'attività valutativa o ne fuoriuscisse: solo in tale ultimo caso, ricorrendo gli ulteriori requisiti, si poteva celebrare il giudizio di responsabilità con contestuale trasmissione degli atti ai responsabili dell'azione disciplinare (art. 5, comma 5, ultimo periodo, nel testo *ante* legge n. 18/2015). Sulla ipotizzata rilevanza costituzionale di tale filtro processuale si veda la nota 37.

²⁰ La novella legislativa ha aggiunto, in esordio alla disposizione, dei casi di esclusione dell'operatività della clausola di salvaguardia (si veda il paragrafo 7).

²¹ La giurisprudenza, in altre parole, si era spinta "fino a leggere la clausola di

stato oggetto di critiche da più parti ed era stato sottoposto più volte all'attenzione della Corte di Giustizia (anche a seguito di procedura di infrazione). Il giudice europeo²², in particolare, aveva esplicitamente affermato la contrarietà al diritto dell'Unione europea della normativa italiana nella parte in cui esclude il sorgere della responsabilità dello Stato per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario derivi dall'interpretazione operata dall'organo giurisdizionale di ultimo grado²³, rimarcando che mantenendo tale normativa la Repubblica Italiana si era sottratta agli obblighi su di essa incombenti²⁴.

salvaguardia del comma 2, dell'articolo 2, come prevalente su qualsiasi ipotesi di colpa grave, pure prevista dall'articolo 2 stesso, al comma 3" (cfr. la relazione di maggioranza già citata alla nota 18). Tale meccanismo è stato nel tempo ampiamente giustificato dalla Suprema Corte, che anche nella sentenza in commento ha chiarito che *"l'equilibrio tra i due giustapposti valori, il principio della responsabilità e quello della libertà di interpretazione della disposizione di legge è stato individuato, nel testo originario privilegiando una ampia affermazione di operatività della clausola di salvaguardia"*.

²² Al di là del caso italiano, la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia si è sviluppata, a partire dalla pronuncia Köbler (sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Gerhard Köbler*), nel senso di affermare che le condizioni alle quali una violazione del diritto comunitario implica una responsabilità dello Stato membro non mutano nel caso di danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Con riguardo alle violazioni del diritto europeo da parte di organi giurisdizionali, poi, è stato affermato che *"le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna [ossia, quelli previsti per le azioni risarcitorie nei confronti dello Stato in altre materie, n.d.r.] e non possono essere consegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento"*. Tali affermazioni sono ribadite dai costanti arresti successivi (*ex multis*, CGUE, Grande Sezione, sentenza 13 marzo 2007, in causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; CGUE, sez. II, sentenza 25 novembre 2010, in causa C-429/09, *Günter Fuß*; CGUE, sentenza 9 settembre 2015, in causa C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva e Brito e altri*).

²³ CGUE, Grande Sezione, sentenza del 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*. I giudici europei, in tale occasione, avevano espressamente affermato che *"la necessità di garantire ai singoli una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro osta (...) a che la responsabilità dello Stato non possa sorgere per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado risulti dall'interpretazione delle norme di diritto effettuata da tale organo giurisdizionale"*.

²⁴ CGUE, Terza Sezione, sentenza del 24 novembre 2011, in causa C-379/10, *Commissione c. Italia*. Nonostante l'avvio, da parte della Commissione Europea, di apposita procedura di infrazione contro l'Italia, quest'ultima era rimasta inadempiente, anche a seguito di ricorso della Commissione alla Corte di Giustizia. I giudici europei, quindi, non hanno potuto che accertare (nuovamente) che *"la Repubblica italiana, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i*

A dispetto di ciò, nella sentenza in commento la Corte di cassazione dà atto di valide ragioni per lo sbilanciamento in favore dell'area sottratta a responsabilità. In estrema sintesi, queste ragioni si possono rinvenire nell'esigenza di evitare di isterilire l'attività giurisdizionale, il cui *proprium* è appunto l'attività di interpretazione delle norme, attraverso la quale si esplica la funzione dinamico-evolutiva della giurisprudenza. Un'eccessiva ampiezza dell'area della responsabilità, poi, non farebbe che acuire "quell'irriducibile contraddizione logica (...) tra il permanere della definitività di una decisione e l'accertamento della ingiustizia di essa, in altro giudizio". Per tutte queste motivazioni, nel sistema della responsabilità civile dei magistrati, almeno nel testo previgente, "solo l'attività che non può essere considerata prodotto del percorso intellettuale di interpretazione (e di valutazione) è assoggettabile a responsabilità, e purché il giudice si renda responsabile di una grave violazione di legge, dovuta ad inescusabile negligenza". Si tratta quindi di quelle decisioni caratterizzate da una negligenza non solo inescusabile (come letteralmente previsto dalla norma) ma altresì inesplicabile, come statuito in numerosi arresti²⁵. Secondo questa autorevole ricostruzione, dunque, nel sistema previgente l'area in cui l'attività dei giudici poteva essere fonte di responsabilità dello Stato coincideva (solo) quella in cui la decisione non appariva essere frutto di un processo interpretativo ma conteneva affermazioni non riconducibili ad esso, perché sconfinanti nel provvedimento abnorme, o nel diritto libero.

La Corte di legittimità ha più precisamente individuato le seguenti tipologie di errore fonte di responsabilità, trattandosi di errori dovuti a negligenza inescusabile:

1) l'errata individuazione della disposizione da applicare alla fattispecie concreta: l'errore non deriva dall'interpretazione perché si colloca a monte di ciò;

2) la mancata associazione alla fattispecie degli effetti giuridici propri di quella disciplina: dalla disposizione, correttamente individuata, non vengono fatti discendere gli effetti dovuti;

danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'art. 2, commi 1 e 2, della legge n. 117/88, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti (...)"

²⁵ *Ex multis*, nella giurisprudenza della Suprema Corte: Sez. I, 6 novembre 1999, n. 12357; Sez. III, 6 ottobre 2000, n. 13339; Sez. I, 29 novembre 2002, n. 16935; Sez. I, 7 novembre 2003, n. 16696; Sez. III, 27 novembre 2006, n. 25133; Sez. III, 5 luglio 2007, n. 15227; Sez. III, 26 maggio 2011, n. 11593; Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2107; Sez. III, 7 aprile 2016, n. 6791.

3) l'attribuzione di un significante impossibile, di un non-significato, ovvero di un significante che va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione: in questo caso non è fonte di responsabilità la scelta di uno dei significati possibili della disposizione normativa, nemmeno se è il più desueto o il meno utilizzato.

Il ricorrere di una di queste tre tipologie di errori evidenzia attività estranee al processo interpretativo, fermo restando che, per essere fonte di responsabilità *ex* L. n. 117/1988, deve essere comunque superata la “soglia della negligenza inescusabile”. Alla luce di ciò, appare evidente – e ce ne dà conferma la Suprema Corte nella sentenza in commento – che “le ipotesi in considerazione sono soltanto quelle limite”.

5. – Ripercorsa la materia in generale, le Sezioni Unite hanno affrontato lo specifico quesito posto dalla sezione remittente, riguardante la configurabilità di una responsabilità ai sensi della legge n. 117/1988 per il discostamento dai precedenti pretori, come lamentato dal ricorrente.

Per affrontare tale questione, le Sezioni Unite hanno preliminarmente analizzato la valenza del precedente nel nostro ordinamento, nel sottile equilibrio tra la funzione nomofilattica attribuita alla Corte di Cassazione – specie a Sezioni Unite – e la forza propulsiva ed evolutiva dell'interpretazione giurisprudenziale. L'esigenza di garantire l'uniformità dell'interpretazione del diritto ha condotto a individuare nell'interpretazione della legge fornita dalla Cassazione “una sorta di oggettivazione convenzionale di significato” di una disposizione, poiché ne fornisce se non l'esatta esegesi, almeno “la più “esatta” (possibile) o, se si vuole, la più “giusta” e/o la più “corretta”. La Suprema Corte ha in più occasioni formulato un severo richiamo al rispetto dei precedenti, per garantire la stabilità e l'unità dell'interpretazione giurisprudenziale: il rispetto dei precedenti è da considerare ormai “alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche”²⁶. Considerato allora che “le norme vivono nell'ordinamento nel contenuto risultante dall'applicazione fattane dal giudice”²⁷, in presenza di un orientamento stabilmente consolidato della giurisprudenza, la norma, come interpretata dalla Corte di legittimità e dai giudici di merito, “vive ormai nell'ordinamento in modo così radicato che difficilmente è ipotizzabile una modifica del sistema senza l'intervento del legislatore”²⁸. È il dato

²⁶ Si veda, ad esempio, l'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione del 6 novembre 2014, n. 23675, ove si è esplicitamente aderito a tale ricostruzione e dalla quale sono tratte le citazioni in questione.

²⁷ C. Cost., sent. 28 aprile 1976, n. 95.

²⁸ C. Cost., sent. 21 novembre 1997, n. 350.

giurisprudenziale a identificare il contenuto che esprime la norma: essendo la norma diritto vivente nel contenuto normativo così ricostruito, è su questo che la Corte Costituzionale è chiamata a svolgere il sindacato di costituzionalità²⁹.

Tornando però al quesito posto dalla terza sezione, è dirimente, ad avviso dei magistrati delle Sezioni Unite, la soggezione del giudice soltanto alla legge sancita dall'art. 101 Cost., che impedisce di attribuire all'interpretazione giurisprudenziale il valore di fonte del diritto³⁰: l'autorevolezza del precedente è infatti altro rispetto alla sua vincolatività, anche perché la "vivenza" di una norma è "*vicenda per definizione aperta*"³¹. In questo quadro la Suprema Corte suggerisce di valorizzare la motivazione, proprio per far sì che le ragioni del discostamento (e del ragionamento esegetico sottostante) traspaiano con chiarezza, evidenziando una scelta interpretativa consapevole, in quanto tale sottratta all'area della responsabilità civile³².

In definitiva, la risposta delle Sezioni Unite al quesito della sezione remittente è negativa, e quindi il mero discostamento dalla precedente giurisprudenza di legittimità non costituisce di per sé ipotesi di responsabilità ai sensi della legge n. 117/1988.

6. – Alla luce di questa ricostruzione della materia, anche nella specifica ottica del rispetto del precedente, le Sezioni Unite hanno rigettato le domande del ricorrente, dirette all'accertamento della responsabilità dei magistrati per avere questi disatteso un quadro normativo pacifico e consolidato in tema di risarcimento del danno extracontrattuale (si v. *supra*, paragrafo 3).

Quanto alla prima censura (relativa alla riapertura delle questioni relative alla debenza e decorrenza della rivalutazione e degli interessi), ad avviso delle Sezioni Unite l'infondatezza di tale motivo di impugnazione risiede nella natura accessoria di tali statuizioni, le quali, essendo stata riformata la statuizione relativa alla sorte capitale, non potevano ritenersi passate in giudicato.

In merito alle ulteriori lamentele del ricorrente – con cui si è contestata la mancata rivalutazione monetaria, la quantificazione e la decorrenza degli

²⁹ C. Cost., sent. 16 maggio 2019, n. 120.

³⁰ Nonostante i vincoli interpretativi introdotti nell'ordinamento (cfr. il primo paragrafo e le note da 7 a 14).

³¹ C. Cost., sent. 26 maggio 2017, n. 122.

³² Nella sentenza in commento si puntualizza anche, da un lato, che l'assenza di motivazione non è di per sé fonte di responsabilità (quando comunque sia riconoscibile la scelta interpretativa) e, dall'altro, che la presenza di una motivazione non è motivo sufficiente per escludere che si ricada in un'ipotesi di responsabilità.

interessi, l'aver trattato l'obbligazione come debito di valuta anziché debito di valore – a parere delle Sezioni Unite le statuizioni censurate sono frutto di attività interpretativa e, quindi, ricadono fuori dall'area di responsabilità. La decisione della Cassazione (n. 21881/2011), infatti, aveva ad oggetto la liquidazione dell'importo complessivamente dovuto per l'occupazione illegittima da parte dell'Amministrazione e non solo la liquidazione di interessi e rivalutazione per un credito di valore. La sentenza del 2011, ad avviso delle Sezioni Unite, va intesa nella sua unitarietà e deve essere, tra l'altro, calata nella “magmaticità” della materia delle occupazioni illegittime, oggetto proprio in quegli anni di mutamenti normativi anche a seguito di diverse pronunce del Giudice delle Leggi e della Corte EDU (anche nella giurisprudenza della Cassazione i contrasti in materia sono stati risolti solo successivamente alla sentenza del 2011³³).

Sulla base del vecchio testo dell'art. 2, legge n. 117/1988, quindi, i rilievi del ricorrente, seppur non pretestuosi, sono stati ritenuti non risolutivi: la pronuncia contro cui è insorto il ricorrente, infatti, pur non avendo riconosciuto gli interessi legali dal giorno del fatto illecito e pur non avendo riconosciuto l'integrale rivalutazione monetaria, “come discenderebbe dall'aver il debito, nella quasi unanime considerazione della giurisprudenza di legittimità dell'epoca, natura di obbligazione di valore e non di valuta”, è frutto di scelte decisionali dei giudici, con soluzioni afferenti all'esercizio dell'attività interpretativa della Corte, quindi coperte dalla clausola di salvaguardia. In particolare, ad avviso della Suprema Corte, non sono ravvisabili nel caso di specie le summenzionate categorie di errore fonte di responsabilità, perché le disposizioni applicabili sono correttamente individuate (art. 55, D.P.R. n. 327/2001) e ad esse non è attribuito un significato che vada contro ogni possibile significato di esse³⁴. Essa non è quindi slegata dai parametri normativi di riferimento “né arriva a risultati inidonei a riparare in concreto il pregiudizio subito avendo tenuto in conto l'esigenza di integrale riparazione del pregiudizio subito e avendola rapportata al valore venale del bene”³⁵.

Secondo i magistrati, sebbene non accuratamente esplicitati, i criteri

³³ Si veda la precedente nota 15 e, in particolare, le sentenze della Cassazione n. 735/2015 e n. 12961/2018 *ivi* citate.

³⁴ Secondo il citato art. 55, d.p.r. n. 327/2001, infatti, “nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene”.

³⁵ Senza dimenticare che “la legge non impone criteri legali per la determinazione del quantum, potendo esso liquidarsi anche equitativamente, purché la misura della liquidazione del danno non prescinda dalla adeguatezza della tutela risarcitoria di cui all'indicato parametro di riferimento”.

utilizzati nella sentenza censurata sono comunque tali “da rendere il risultato concreto per il danneggiato ben superiore all’importo liquidato dalla Corte d’appello e rapportabile al parametro legale del valore venale del bene”³⁶. La soluzione della controversia data dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 21881 del 2011 appare allora frutto di una scelta interpretativa e, in quanto tale, non può essere fonte di responsabilità ai sensi della legge n. 117/1988.

7. – La controversia in questione è stata decisa, come anticipato, applicando il testo della legge n. 117/1988 *ratione temporis* vigente. Non risultando ancora sottoposta alla Corte di Cassazione una controversia in materia nel vigore della riforma, ci proponiamo di verificare brevemente la possibile validità dei principi espressi dalla sentenza commentata e della classificazione degli errori fonte di responsabilità, anche alla luce delle modifiche legislative riguardanti, in particolare, le regole di giudizio.

Al riguardo, l’abrogazione dell’art. 5 della legge Vassalli ad opera della L. n. 18/2015, eliminando il previo vaglio di ammissibilità della domanda³⁷ e

³⁶ Mentre, aggiungiamo noi, che in materia di occupazione espropriativa e usurpativa “si rendono necessari sia il superamento della pregressa giurisprudenza, sia la parificazione dei criteri risarcitori da effettuare nelle due ipotesi” – con l’esplicita inclusione in entrambe anche del danno da spossessamento – è stato riconosciuto effettivamente solo in seguito, con la citata sentenza della Cassazione n. 12961/2018.

³⁷ Nella giurisprudenza costituzionale, nell’affrontare la tematica della responsabilità connessa all’esercizio dell’attività giurisdizionale, si è in più occasioni riconosciuto che l’art. 28 della Costituzione (relativo alla responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici) “non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni”, senza però poter giungere al risultato di “legittimarne, per ipotesi, una negazione totale” (a partire da C. Cost., sent. 14 marzo 1968, n. 2). Per questo motivo, il referendum abrogativo delle disposizioni del codice di rito riguardanti la responsabilità dei magistrati (cfr. paragrafo 1) era stato dichiarato ammissibile, pur rimarcando che “la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101–113 Cost.), a tutela della sua indipendenza e dell’autonomia delle sue funzioni” (C. Cost., ord. 3 febbraio 1987, n. 26). Facendo leva su queste considerazioni, si è quindi dedotto che il filtro della domanda giudiziale diretta a far valere la responsabilità civile del giudice avesse propriamente “rilievo costituzionale” (C. Cost., sent. 22 ottobre 1990, n. 468). Tale funzione, nell’originaria impostazione del codice di rito, era svolta dall’autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia e, nel sistema della legge Vassalli, dal vaglio preventivo di ammissibilità previsto dal relativo articolo 5.

L’abrogazione di questa disposizione ha riproposto quindi il tema all’attenzione dei giudici costituzionali (C. Cost., sent. 12 luglio 2017, n. 164), proprio sull’assunto

modificando il rito, non sembra spostare i criteri di giudizio in maniera decisiva, seppur trattandosi di innovazione sicuramente rilevante, poiché agevolerà la proposizione di domande dirette a far valere la responsabilità dello Stato per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

È significativa invece la netta divaricazione dei presupposti per la responsabilità dello Stato e per l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato responsabile (art. 7). L'art. 2 della legge, dunque, ora regola solo la responsabilità dello Stato, ma non anche quella dei magistrati, soggetta a condizioni diverse. Rivolgendo lo sguardo al secondo comma dell'art. 2 (già recante la nota clausola di salvaguardia), l'ambito di applicazione della regola che esclude la responsabilità dello Stato per l'attività di interpretazione e di valutazione del fatto e delle prove è stato apparentemente ristretto, avendo il legislatore specificato che essa può operare "fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo". In disparte i casi di dolo, dunque, tale esclusione non dovrebbe operare nei casi di (i) travisamento del fatto o delle prove, (ii) affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento, (iii) negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, (iv) emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione, e (v) violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea. L'individuazione dei confini entro cui sussiste una manifesta violazione di legge, dispone il comma 3-bis, dovrà essere fatta alla luce "del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza" e, per le violazioni del diritto dell'Unione europea, anche "della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio

di una rilevanza costituzionale di un filtro di ammissibilità della domanda. La Corte ha invece chiarito espressamente che, pur essendo necessario un bilanciamento tra il diritto del danneggiato e la salvaguardia delle funzioni giudiziarie, non è dato concludere che sia stato costituzionalizzato il filtro di ammissibilità o un meccanismo analogo. La legge n. 18/2015 ha operato tale bilanciamento per altra via, segnatamente tramite una più netta divaricazione tra la responsabilità civile dello Stato nei confronti del danneggiato e la responsabilità civile del singolo magistrato: quest'ultima ha presupposti autonomi e più restrittivi ed è attivabile, in via di rivalsa ed entro un preciso limite, solo se e dopo che lo Stato sia rimasto soccombente nel giudizio di danno, essendo comunque vietata, anche dopo la novella, l'azione diretta contro il magistrato.

Simili argomenti erano stati avanzati anche dalla Corte di Giustizia nelle pronunce citate alla nota 22, come nel caso della sentenza Köbler, ove si è espressamente affermato (punto 42) che "non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado".

pregiudiziale (...) nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea".

Tali ipotesi costituiscono casi di colpa grave, la cui ricorrenza dovrebbe impedire di poter invocare semplicemente la sussistenza di un'attività interpretativa o di valutazione dei fatti e delle prove ai fini dell'esclusione di qualsivoglia responsabilità dello Stato³⁸. L'inescusabilità e la gravità dell'errore restano invece determinanti, come letteralmente previsto dall'art. 7, per l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

Tuttavia, ponendo l'attenzione all'ipotesi di colpa grave di più ampio spettro – la manifesta violazione di una norma – si possono nutrire alcuni dubbi sul fatto che la novella comporti necessariamente un superamento sostanziale degli orientamenti già formati dalla Suprema Corte in materia di responsabilità ai sensi della legge n. 117/1988. Infatti, pur avendo il legislatore degradato, sul piano formale, l'inescusabilità e la gravità della violazione da circostanze determinanti a circostanze di cui tenere conto, almeno per la responsabilità dello Stato, sembra arduo individuare casi in cui una violazione manifesta di una norma non sia anche grave e inescusabile. E, in effetti, riprendendo le categorie di errore individuate dalla giurisprudenza di legittimità, non appare agevole ipotizzare che vi sia una manifesta violazione di legge se non nei casi di errata individuazione della disposizione da applicare alla fattispecie concreta, di mancata associazione alla fattispecie degli effetti giuridici propri di quella disciplina e di attribuzione di un significato impossibile, di un non-significato, ovvero di un significato che va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione.

Ragionando su tali categorie, non pare accertabile alcuna responsabilità se la disposizione è correttamente individuata e se gli effetti della disciplina sono correttamente associati: a ben vedere potrebbe residuare una responsabilità, sul piano teorico, soltanto nel terzo caso e, in particolare, solo ammettendo di poter ripudiare una delle possibili interpretazioni della disposizione applicabile. Si tratterebbe di riconoscere espressamente la possibilità di far sorgere una responsabilità – beninteso dello Stato e non del singolo magistrato, visti i differenti presupposti dell'azione di rivalsa – per la scelta di una soluzione esegetica comunque possibile (ma, ad esempio, non condivisa, non comune o desueta) e, più in generale, per aver aderito ad

³⁸ Così giungendo, quantomeno in linea teorica, a superare le censure della Corte di Giustizia relative alla non conformità al diritto europeo di una disciplina che escluda *tout court* la responsabilità dello Stato per l'attività di interpretazione o di valutazione del fatto e delle prove da parte dei magistrati. Si vedano al riguardo le pronunce citate alle note 23 e 24 (in particolare la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, punti 36 e 37).

un orientamento recessivo, soprattutto se nettamente minoritario.

Attendendo il formarsi degli orientamenti della Corte di legittimità, ci si può dunque interrogare sulla possibilità che tale dirompente novità possa essere accolta senza resistenze nell'ordinamento. Infatti, quantunque tale soluzione non espliciti effetti lesivi diretti sulla posizione dei magistrati – visto che potrebbe essere predicabile solo per quanto concerne la responsabilità dello Stato e non del singolo giudicante – è più difficile negare che essa non sia suscettibile di incidervi almeno di riflesso, apparendo capace di erodere, almeno potenzialmente, la credibilità della magistratura e la sua posizione nell'ordinamento.

Abstract

**LIABILITY FOR DAMAGES RESULTING FROM JUDICIAL FUNCTION
IN THE EVENT OF DEVIATION FROM PRECEDENTS**

Lo scritto commenta la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 11747 del 3 maggio 2019 sulla sussistenza di una responsabilità secondo la legge n. 117 del 17 aprile 1988 per il discostamento dei precedenti.

La pronuncia ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali in materia ed esclude che la responsabilità in questione possa sussistere per il solo discostamento dai precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte, se non vengano in rilievo gravi violazioni di legge dovute a inescusabile negligenza.

Il contributo si conclude sollevando alcuni interrogativi sulla effettiva portata della riforma recata dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18 e, in particolare, sulla possibilità che gli orientamenti della Suprema Corte in materia subiscano un radicale *revirement* alla luce della riforma.

This paper analyses the judgement of the 3rd of May 2019 of Combined Divisions of the Supreme Court of Cassation, no. 11747, about the liability, in accordance with law no. 117 (17.04.1988), in case of departure from precedents.

The decision retraces the Court's positions on this matter and excludes the liability in case of deviation from precedents of the Supreme Court, if the judge has not incurred in a serious violation of the law due to non-excusable negligence.

In conclusion, the paper raises doubts about the actual extent of the reform brought by law no. 18/2015 (27.02.2015) and, in particular, about the possibility that in light of the reform the Supreme Court will dramatically overrule the previous decisions on this matter.

DELEGABILITÀ AL NOTAIO DELLE OPERAZIONI DI SIGILLAZIONE

Tribunale di Milano, decr. 12 giugno 2020 (Est. Cozzi)

Con il decreto segnalato il Tribunale di Milano si pronuncia su una questione controversa, quella della delegabilità a notaio delle operazioni di apposizione dei sigilli in materia successoria, alla quale l'art. 752 c.p.c. stabilisce che vi provvede il tribunale.

L'apposizione dei sigilli, nella vigenza del codice previgente, era demandata al pretore, potendo al più il cancelliere procedere alla sola materiale apposizione, comunque alla necessaria presenza del giudice (E. CUZZERI, *Il codice italiano di procedura civile*, X, 2ª ed., Verona, 1903; per il divieto di delega del pretore anche ad altro giudice, v. G. SAREDO, *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1876, 364). Successivamente, la l. n. 89/1913, sull'ordinamento del notariato e degli archivi notariali, ha previsto, all'art. 1, comma 2, n. 4, lett. a), la facoltà per il notaio di procedere, in seguito a delegazione dell'autorità giudiziaria, all'apposizione e rimozione dei sigilli, sì da integrare la disciplina del codice di rito, autorizzando la delega delle materiali operazioni di sigillazione al notaio (G. SOLIMENA, *Commento alla legislazione notarile italiana*, Milano, 1918, 13).

Secondo un primo orientamento, a seguito dell'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942, l'art. 1, comma 2, n. 4, lett. a) l. n. 89/1913 sarebbe stato implicitamente abrogato nella parte in cui sancisce la delegabilità dell'apposizione dei sigilli al notaio in ragione del fatto che l'art. 752 c.p.c. limiterebbe al giudice il potere di procedervi (E. PROTETTI, C. DI ZENZO, *La legge notarile*, Milano, 2016, 67; BOERO, *La legge notarile commentata*, Torino, 1993, 40).

Il decreto in rassegna è di avviso differente, sostenendo che l'art. 752 c.p.c. riserverebbe al tribunale solo la competenza a disporre l'apposizione dei sigilli, ma non anche quella relativa alle conseguenti operazioni di sigillazione. Queste ultime, ad avviso del giudice milanese, potrebbero essere delegate a notaio ai sensi dell'art. 1, comma 2, n. 4 cit.

A conferma di tale conclusione, il provvedimento soggiunge che l'art. 68, comma 2, c.p.c. sancisce che il giudice possa commettere a un notaio il compimento di determinati atti nei casi previsti dalla legge, fra i quali andrebbe annoverato anche quello in parola (conf., in dottrina, E. FABIANI, *La delega di giurisdizione*, in *Foro it.*, 2015, V, 439).

MARTINO ZULBERTI

**ART. 83, COMMA 3, T.U.B.: VA CONSOLIDANDOSI
L'ORIENTAMENTO SECONDO CUI LE DOMANDE DI
ACCERTAMENTO NEGATIVO RESTANO PROCEDIBILI**

Tribunale di Venezia, Sezione Specializzata in materia di Impresa, 27 maggio
2020, n. 838 (Pres. Rel. ed Est. Guzzo)

Con la sentenza (non definitiva) qui commentata, il Tribunale di Venezia è tornato ad occuparsi della (dibattuta) questione della procedibilità delle domande, proposte dai clienti delle c.d. “Banche venete”, volte ad ottenere l'accertamento negativo dei crediti (di queste ultime nei confronti dei primi) sorti in occasione della stipulazione delle cc.dd. “operazioni bacciate”, mediante le quali, come noto, i predetti istituti di credito finanziavano i propri clienti affinché questi utilizzassero (in tutto o in parte) la provvista messa a loro disposizione per l'acquisto e la sottoscrizione di titoli (azioni e/o di obbligazioni convertibili) emessi dagli istituti medesimi.

Trattandosi di operazioni ritenute (a ragione) dai più affette da vizi che ne comportano la invalidità sotto diversi profili e per plurime ragioni (*in primis*, nulle per violazione del divieto di cui all'art. 2358 c.c.), molti clienti – una volta venuti a conoscenza della illiceità della prassi in discorso (a seguito dell'emersione di quello che è stato definito dagli organi di stampa “scandalo delle Banche venete”) – hanno agito nei confronti degli istituti di credito per ottenere, tra l'altro, l'accertamento negativo dei crediti di questi ultimi derivanti dalla stipulazione delle operazioni in discorso (tenuto anche conto del fatto che, nel frattempo, il valore dei titoli acquistati/sottoscritti si era ormai azzerato).

Nelle more dei giudizi, tuttavia, le c.d. “Banche venete” sono state sottoposte a liquidazione coatta amministrativa ed i commissari liquidatori, nei cui confronti i giudizi stessi sono stati riassunti dai clienti, hanno (tra l'altro) eccepito, in via pregiudiziale, la improcedibilità (anche) delle domande in discorso ai sensi dell'art. 83, comma 3, T.U.B., nella parte in cui prevede che “contro la banca in liquidazione non può essere promossa né seguita alcuna azione”: disposizione, questa, che – secondo la tesi sostenuta dai commissari – metterebbe al riparo la procedura da qualsiasi azione, a prescindere dal suo *petitum* e, più in generale, dalla sua incidenza sull'accertamento del passivo.

Ed il tema centrale, affrontato dalla sentenza in esame, è proprio quello della interpretazione dell'art. 83, comma 3, T.U.B.: in particolare, ci si è chiesti se, con l'inciso sopra riportato, il legislatore abbia inteso prevedere, per la (sola) l.c.a. “bancaria”, una sorta di “immunità assoluta” da

qualsivoglia iniziativa giudiziaria oppure se abbia inteso, semplicemente, fare applicazione dei principi generali (espressi dagli artt. 51 e 52 l. fall. e richiamati, per la l.c.a. “comune”, dagli artt. da 207 a 209 l. fall.) in forza dei quali, una volta aperta una procedura concorsuale, tutti i crediti nei confronti del debitore debbono essere, a tutela della *par condicio creditorum*, accertati nelle forme dell’accertamento del passivo (artt. 92 ss. l. fall. ed artt. 86 ss. T.U.B.).

La formulazione della norma non fornisce indici ermeneutici univoci, pertanto si sono formati due orientamenti, tra loro contrastanti.

In particolare, secondo un primo orientamento, con il predetto inciso (che non ha, in effetti, un corrispondente preciso nella legge fallimentare), il legislatore – in ragione delle peculiarità che caratterizzano le crisi degli istituti di credito – avrebbe voluto assicurare alla procedura una protezione dalle iniziative giudiziarie più ampia rispetto a quella prevista dagli artt. 51 e 52 l. fall. (v.: COSTI, *L’ordinamento bancario*, Torino, 2007, 812; GIORGIANNI – TARIDVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, 300; ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, Milano, 2014, 202 ss.)

Secondo un altro (e preferibile) orientamento, invece, la *ratio* della norma (quella, cioè, di tutelare la *par condicio creditorum*) nonché la sua interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata imporrebbero di addivenire alla conclusione che l’art. 83, comma 3, T.U.B. nulla aggiunge a quanto previsto dagli artt. 51 e 52 l. fall. (STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del D.lgs. 180/2015 e del D.l. 99/2017 cd. “Banche Venete”*, Canterano, 2018, 136 ss.; ID., *Gli effetti della liquidazione coatta degli istituti bancari sui processi pendenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 704 ss.; CECCHINATO, *Quale destino per le cause proposte contro le due popolari venete?*, in *Società*, 2017, 1138 ss.; DI GIROLAMO, *L’impatto dell’art. 43, comma 3, l.f. sui procedimenti arbitrali pendenti: alcune riflessioni alla luce del c.d. “Decreto salva Banche Venete”*, in *Riv. arb.*, 2018, pp. 779–781; ID., *“Banche venete” ed “operazioni baciato”: le domande di accertamento negativo restano procedibili nonostante la liquidazione coatta amministrativa*, in questa *Rivista*, 2019, 231 ss.). In questo senso, si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità, la quale, ancorché in ambito giuslavoristico, ha, in più occasioni, dichiarato inammissibili/improcedibili le sole domande volte ad ottenere la condanna dell’istituto di credito in l.c.a. al pagamento di somme di denaro e/o alla restituzione di beni, ritenendo, al contrario, ammissibili/procedibili tutte le altre domande, comprese quelle di mero accertamento, dichiarative oppure costitutive, che non fossero finalizzate ad ottenere l’ammissione al passivo (tra le altre, v.: Cass., 19 giugno 2017, n. 15066, in *Guida al dir.*, 2017, 35–36, 30 ss.; Cass., 10 dicembre 2002, n. 17557, in *Fallimento*, 2003, 1274 ss.; Cass., 21 novembre 2000, n. 14998, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 383 ss.).

Il Tribunale di Venezia, con la sentenza qui commentata, ha aderito all'orientamento da ultimo ricordato: pertanto, una volta sgomberato il campo dalla interpretazione "onnicomprendensiva" del divieto, previsto dall'art. 83, comma 3, T.U.B., proposta dai commissari liquidatori, ha potuto fare applicazione dei (noti e consolidati) principi che disciplinano la materia concorsuale e, più in generale, la fase di accertamento del passivo nell'ambito del fallimento.

Con la conseguenza che, per quanto qui maggiormente rileva, ha dichiarato procedibili, in quanto inidonee ad incidere sul passivo concorsuale, *"le domande di nullità, annullamento o risoluzione, inefficacia dei contratti asseritamente collegati [quelli, cioè, di cui si compongono le cc.dd. "operazioni bacciate", ndr] volte all'accertamento negativo del debito derivante in capo a parte attrice del rapporto di finanziamento, al fine di ottenere la liberazione dagli obblighi contrattuali di pagamento"* nei confronti dell'istituto di credito convenuto (e sottoposto, nelle more del giudizio, a liquidazione coatta amministrativa).

Resta da aggiungere, per completezza, che, la tesi della improcedibilità (anche) delle domande di accertamento negativo, sostenuta dai commissari liquidatori, era stata accolta dal Tribunale di Vicenza (v. Trib. Vicenza, 30 aprile 2019, n. 951, e Trib. Vicenza, 9 maggio 2019, n. 1066, entrambe in questa *Rivista*, 2019, 583), ma era già stata respinta dal Tribunale di Venezia, ancorché in composizione differente, in altri suoi precedenti (tra i quali, particolarmente interessanti risultano le sentenze non definitive n. 1202 del 4 giugno 2019, n. 1259 del 7 giugno 2019 e n. 1546 del 4 luglio 2019, tutte pubblicate su questa *Rivista*, 2019, 223 ss., con nota adesiva di A.F. DI GIROLAMO, *"Banche venete" ed "operazioni bacciate"* cit., 231 ss., alla quale sia consentito rinviare anche per una motivata critica alle predette sentenze del Tribunale di Vicenza).

ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO

Per accedere al documento cliccare sul provvedimento.

LEGISLAZIONE E PRASSI

Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76. *“Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”*.

GIURISPRUDENZA

Cassazione civile, Sezioni Unite, 18 giugno 2020, n. 11866 (Pres. Di Cerbo, Est. Carrato)

Conflitto di competenza – Giudice di appello – Termine per il rilievo dell’incompetenza – A p p l i c a b i l i t à a l g i u d i z i o d i i r r e s o r t o c o m m a 3 c.p.c. – Sussistenza

Articoli di riferimento: artt. 38, 45, 350, 356 c.p.c.

La disciplina prevista dall’art. 38, comma 3, c.p.c. si applica anche nelle ipotesi di regolamento di competenza d’ufficio sollevato dal giudice di secondo grado ai sensi dell’art. 45 c.p.c., con la conseguenza che tale regolamento, dovendo immediatamente seguire al rilievo dell’incompetenza, deve essere richiesto entro il termine di esaurimento delle attività di trattazione contemplate dall’art. 350 c.p.c., ossia prima che il giudice del gravame provveda all’eventuale ammissione delle prove ai sensi dell’art. 356 c.p.c., ovvero – in caso di mancata necessità di espletamento di attività istruttoria – prima che proceda ad invitare le parti a precisare le conclusioni e a dare ingresso alla fase propriamente decisoria.

Cassazione civile, Sezione I, 6 giugno 2020, n. 11267 (Pres. Didone, Est. Pazzi)

Stato di insolvenza della banca – deficit patrimoniale – svalutazione dei crediti – deficit di liquidità – giudizio prognostico – inadempimenti – manifestazione non necessaria

Articoli di riferimento: art. 82 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385; art. 5 l.fall.; art. 36 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180

Ai fini della dichiarazione d’insolvenza degli enti creditizi sottoposti a risoluzione ai sensi dell’art. 32 del d.lgs. n. 180 del 2015, non assumono rilievo gli

infruttuosi tentativi di intervento del Fondo interbancario per la tutela dei depositi, tenuto conto che l'art. 36 del d.lgs. cit. si limita a precisare che l'accertamento dello stato d'insolvenza deve essere effettuato avendo riguardo alla situazione esistente al momento dell'adozione del provvedimento di avvio della risoluzione, senza prevedere che, a differenza di quanto avviene per ogni altro imprenditore commerciale, si debba compiere anche una valutazione controfattuale sulle cause che hanno condotto a tale stato. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha respinto il ricorso contro la decisione di merito, che aveva escluso ogni rilevanza all'esito del giudizio di appello, promosso contro la sentenza del Tribunale UE, che aveva negato agli interventi del Fondo interbancario la natura di aiuti di Stato, perché tali interventi, nella specie, non erano stati effettuati e, dunque, non avevano assunto alcuna rilevanza nell'apprezzamento dello stato di insolvenza).

Tribunale di Vercelli, 22 luglio 2020 (Est. Gentili)

Concordato preventivo – Obbligatorietà – Domanda di fallimento presentata da creditore concordatario – Ammissibilità – Necessità di previa risoluzione del concordato – insussistenza

Articoli di riferimento: artt. 6, 184, 186 l.fall.

L'inadempimento delle obbligazioni come determinate per effetto dell'omologazione del concordato preventivo legittima il creditore anteriore al concordato alla presentazione di istanza di fallimento della società in concordato, con l'unico effetto, a differenza della dichiarazione di fallimento a seguito di eventuale risoluzione del concordato, sul piano della partecipazione al concorso nel limite del valore falcidiato dei relativi crediti, non venendo rimossi gli effetti propri dell'omologazione del concordato rispetto all'entità degli stessi.

Hanno contribuito al fascicolo:

Baccaglini, Laura – Professore associato nell'Università di Trento

Bugetti, Maria Novella – Professore associato nell'Università di Milano

Camilletti, Francesco – Ricercatore nell'Università di Milano

Di Girolamo, Alessio Filippo – Dottore di ricerca

Ficcarelli, Beatrice – Professore associato nell'Università di Siena

Foggetta, Federico – Dottore in giurisprudenza

Gennaro, Antonio – Avvocato

Henke, Albert – Ricercatore nell'Università di Milano

Lazoppina, Girolamo – Professore a contratto nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Lolli, Andrea – Professore associato nell'Università di Ferrara

Maisto, Filippo – Professore ordinario nell'Università della Calabria

Marisi, Flavia – Dottore di ricerca

Mazzotta, Mario Junior – Avvocato

Paolucci, Maria Ginevra – Professore a contratto nell'Università di Bologna

Papadimitriu, Cristina Evanghelia – Dottore di ricerca

Racugno, Gabriele – Professore ordinario f.r. nell'Università di Cagliari

Vanzetti, Michelle – Ricercatore nell'Università di Milano

Villa, Alberto – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca

Zulberti, Martino – Ricercatore nell'Università di Milano