

Anno (X) 2021
Maggio - Agosto
Fascicolo 2

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Francesco Antonio Genovese, Giuseppe Grisi, Daniela Memmo, Carlo Rimini, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglioni, 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, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Tania Tomasi, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Vincenzo Franceschelli, Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Gabriele Racugno Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroni, Giacomo Pongelli, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Davide Corraro, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

email: info@e-p-a-p.com

PROCEDURA DI REFERAGGIO

I contributi pubblicati nella Rivista sono sottoposti ad un giudizio di idoneità alla pubblicazione da parte di due revisori anonimi (*double blind peer review*) scelti nell'elenco pubblicato nel presente fascicolo.

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.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (X) 2021 – N. 2 – Maggio – Agosto

ARTICOLI

- BRUNO INZITARI, *La Cassazione riconosce la legittimazione del curatore all'azione di massa per abusiva concessione di credito*152
- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Extensão dos limites da coisa julgada às questões prejudiciais*.....167
- CATERINA FERRARIO, *L'imposta di soggiorno: vincolo od opportunità per il settore turistico?*177
- PAOLO RONDINI, *La tutela degli acquisti dall'erede apparente. Un breve profilo storico-comparatistico*188

DIBATTITI

- MARIA NOVELLA BUGETTI, *Sulla dubbia capacità di testare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*208
- MARTINO ZULBERTI, *The probative value of electronic documents. Towards the crisis of the signature?*220
- ANDREA MONTERA, *L'importanza dell'intangibile nella prevenzione della crisi di impresa*227

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

- FILIPPO NAPPI, *Un lapsus di Cass., 21 gennaio 2020, n. 1186 sull'astrattezza del Garantievertag*244

LAURA BACCAGLINI, <i>La competenza a conoscere della domanda di concordato preventivo di un'impresa assoggettabile ad amministrazione straordinaria: la Cassazione sterilizza (a torto) l'applicazione dell'art. 27, primo comma, CCII</i>	256
MICHELLE VANZETTI, <i>Ambito di applicazione della c.d. sospensione discrezionale, ex art. 337, comma 2, c.p.c., al giudizio di contraffazione brevettuale</i>	271

Sez. II – Osservatorio

<i>Derivati: una nuova pronuncia storica della Cassazione: Cassazione civile, 27 luglio 2021, n. 21830</i>	280
Questione di giurisdizione – Fallimento – Transazione fiscale – Procedimento tributario – Concordato Preventivo – Accordi di ristrutturazione dei debiti: Corte di cassazione., sez. un., 25 marzo 2021, n. 8504	286
Fusione – Società incorporata – Estinzione – Legittimazione a iniziare un giudizio – Esclusione – Intervento della società incorporante – Ammissibilità: Corte di cassazione, Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970.....	286

**LA CASSAZIONE RICONOSCE LA LEGITTIMAZIONE DEL
CURATORE ALL'AZIONE DI MASSA PER ABUSIVA CONCESSIONE
DI CREDITO**

BRUNO INZITARI

Professore nell'Università Bocconi

SOMMARIO: 1. La responsabilità della banca nell'esercizio del credito obbligazioni *ex art.* 1173 e responsabilità professionale *ex art.* 1176, comma 2, c.c. – 2. Il danno: aggravamento del dissesto, diminuzione della consistenza del patrimonio. – 3. La diversa tipologia e finalità del finanziamento funzionale alla ristrutturazione secondo la legge fallimentare ed il Codice della crisi. – 4. La piena legittimazione del curatore all'azione per abusiva concessione di credito. – 5. L'azione per abusiva concessione di credito è ricompresa nelle azioni di massa che il curatore fa valere nell'interesse di tutti i creditori. – 6. L'abusiva concessione di credito danneggia tutti i creditori concorrenti indipendentemente dal momento in cui è sorto il credito. – 7. Natura contrattuale della responsabilità della banca: artt. 1337 e 1218 cc., contatto sociale qualificato. – 8. La responsabilità risarcitoria della banca non è contraddetta e coesiste con il credito per restituzione del finanziamento erogato. – 9. Inopponibilità della eccezione *ex art.* 1227 c.c. all'azione di massa per abusiva concessione di credito fatta valere dal curatore nell'interesse di tutti i creditori concorrenti.

1. – Con l'ordinanza 30 giugno 2021, n. 18610, la Cassazione segna una nuova, significativa e crediamo definitiva tappa nella elaborazione e ricostruzione sistematica dell'intera tematica della responsabilità della banca per abusiva concessione di credito e nella definizione della categoria delle azioni di massa¹. La pronuncia ammette la piena legittimazione del curatore, fornisce una completa definizione della natura dell'azione, del danno subito

¹ I primi approfondimenti sul tema sono stati di A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in G.B. PORTALE (a cura di) *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, 301 ss.; ID., *Revocatoria delle rimesse in conto corrente posizione della banca nei rapporti di concessioni del credito*, in *Giur. Comm.*, 190, I, 290 ss.; successivamente F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contratto e Impresa*, 1987, 1; B. INZITARI, *Concessione del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, II, 412, ove ampie indicazioni bibliografiche in relazione alla elaborazione della dottrina francese.

dall'impresa a seguito del finanziamento e del pregiudizio all'intero ceto creditorio per la perdita della garanzia patrimoniale.

La condotta suscettibile di causare il danno risarcibile si manifesta nel comportamento *degli amministratori, direttori generali, liquidatori, imprenditori individuali* che ricorrono abusivamente al credito (art. 218 l. fall., art. 325 CCII), dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza e simmetricamente nella condotta del pari illecita della banca, che eroga o rinnova o mantiene linee di credito all'impresa che versa in stato di insolvenza o di crisi conclamata.

La responsabilità della banca discende, come già messo in luce dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza² dal mancato rispetto di specifici criteri di comportamento che devono essere seguiti dalla banca nell'esercizio del credito.

Il dovere di valutare e verificare il merito creditizio del soggetto sovvenuto discende sia dagli specifici obblighi previsti dall'ordinamento bancario per l'esercizio del credito, sia dal più generale principio della *sana e corretta gestione* che permea l'intera disciplina bancaria, sia dalla disciplina anche sovranazionale volta al controllo e alla ponderazione dei rischi riferita dalla pronuncia agli accordi di Basilea, ma indirettamente anche dalla disciplina della crisi bancaria.

La configurazione dell'illegittimità della condotta della banca nella ingiustificata erogazione del credito viene ricondotta alla violazione delle regole professionali che sovrintendono l'attività del *bonus argentarius*.

A questo riguardo va tenuto conto della mancata o inadeguata valutazione di tutti gli elementi che le stesse istruzioni di Banca d'Italia (particolarmente la circolare n. 229 del 1999 e successive modificazioni) stabiliscono al fine del corretto esercizio della erogazione del credito.

Il *rischio di credito* infatti, secondo la citata normativa di settore, deve essere effettuato secondo un processo stabilito nel regolamento interno della banca periodicamente sottoposto a verifica ed aggiornato. L'erogazione del

² B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione di credito e rottura del credito*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001; ID., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le società*, 2007; ID., *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, 2017; ID., *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziario*, in *Dir. fall.*, 2018; Cfr. P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 664 ss.; C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria «di massa» per «concessione abusiva di credito»*, in *Fallimento*, 2005, 861; V. anche Cass., 30 giugno 2021, n. 18610; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031; Cass., 1° giugno 2010, n. 13413; Trib. Prato, 15 febbraio 2017, n. 2116, in *Il diritto degli affari.it*; App. di Firenze, sez. I, 11 novembre 2019, in *Il Fallimento*, 6, 2020.

credito può essere quindi effettuata sulla base di un processo di valutazione che, nelle diverse fasi previste (istruttoria, erogazione monitoraggio delle posizioni, revisione delle linee di credito, interventi in caso di anomalia), consentono alla banca di valutare il merito creditizio del sovvenuto, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, che peraltro deve tenere anche conto di una corretta remunerazione del rischio assunto. Tanto nella fase istruttoria che in quella dell'erogazione del credito, come pure nelle successive fasi di monitoraggio e di revisione, le informazioni fornite dalla Centrale dei rischi costituiscono una ulteriore base informativa continuamente aggiornata, che la banca ha il dovere di acquisire per conoscere l'evoluzione della esposizione debitoria del sovvenuto, le connessioni con altri soggetti ed istituti bancari, il valore ed il ruolo delle garanzie, le diverse manifestazioni di tensione o di crisi attraverso le segnalazioni di sconfinamenti del credito accordato.

È peraltro nota l'attenzione che, particolarmente a seguito della costruzione ed entrata in vigore della disciplina europea sul settore bancario, viene riservata al carattere pregiudizievole non solo per la banca ma anche per il sistema, della crescita del volume dei crediti deteriorati, per buona parte derivante da un non corretto esercizio della erogazione del credito, le cui conseguenze investono la stessa idoneità dei patrimoni di vigilanza delle banche³.

L'insieme di questi obblighi, che costituiscono un quanto mai vasto reticolo di prescrizioni tese ad informare nella sostanza ogni aspetto della attività della banca, viene assunto dalla pronuncia quale *fonte* di obbligazioni comportamentali e, se violati, di obbligazioni risarcitorie verso i soggetti danneggiati.

Soccorrono, secondo la pronuncia, i principi sistematici alla base dell'art. 1173 c.c. che apre il quarto libro *Delle obbligazioni*. La norma ha l'ambizione di disegnare l'intero perimetro del diritto delle obbligazioni nel determinare le fonti delle obbligazioni. A questo riguardo, accanto alle fonti tipiche costituite dal contratto e dal fatto illecito, è prevista la possibilità di fonti atipiche delle obbligazioni che derivino *da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico*.

I principi e le regole dell'ordinamento settoriale del credito, secondo la pronuncia, costituiscono la *fonte* di obblighi comportamentali, la cui

³ Sulla disciplina della crisi bancaria secondo la disciplina della risoluzione introdotta con la direttiva 2014/59/UE v. B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (D.lgs. n. 180 del 2015), in *Dir. fall.*, 2016, 629 ss.; v. anche B. INZITARI, *Crediti deteriorati (NPL) aiuti di stato nella BRRD e nella comunicazione sul settore bancario del 30.7.2013 della commissione europea*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, 641 ss.

violazione è a sua volta *fonte* di obbligazioni risarcitorie della banca nei confronti dei soggetti in vario modo danneggiati.

La responsabilità della banca si declina quindi attraverso il generale riferimento alle regole che sovrintendono l'obbligo della diligenza ed in particolare l'obbligo di diligenza professionale di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c. Questa, secondo la più adeguata e moderna interpretazione consiste nella osservanza delle regole tecniche dettate o comunque riconosciute nell'esercizio della specifica attività professionale.

I principi e le disposizioni dell'ordinamento settoriale del credito articolato nella legislazione primaria e secondaria costituiscono pertanto le regole tecniche che sovrintendono l'attività della banca. Esse gravano su di essa per il proprio *status* e conseguentemente la mancata osservanza anche con comportamento omissivo, configura la violazione dell'obbligo di diligenza professionale della banca, ai sensi dell'art. 1176 c.c., e costituisce *atto idoneo (...) in conformità dell'ordinamento giuridico* a costituire fonte dell'obbligazione risarcitoria, in quanto sulla banca *gravano obblighi di comportamento più specifici di quello del comune neminem laedere*.

Si tratta di una ricostruzione innovativa e convincente che libera l'art. 1173 c.c. da un ruolo meramente introduttivo e definitorio, per riconoscergli una portata direttamente operativa. È una ricostruzione gravida di conseguenze perché, attraverso l'atipicità della fonte dell'obbligazione, apre spazi di grande flessibilità al riconoscimento di obbligazioni non direttamente riconducibili al contratto o all'illecito, anche per dare appropriata attuazione a principi e regole non sempre riconducibili a rapporti direttamente negoziali.

2. – Le conseguenze dell'abusivo ricorso al credito e dell'abusiva concessione di credito incidono direttamente sul patrimonio sociale comportando su di esso la diminuzione della consistenza e l'aggravamento delle perdite indotte dalla continuazione dell'attività d'impresa.

Il credito erogato in violazione dei principi di *sana e prudente gestione* ed in assenza dei presupposti di meritevolezza, ben lungi dal costituire un arricchimento del sovenuto, come talora in passato è stato tentato di affermare, aumenta l'indebitamento dell'impresa per il rilevante debito restitutorio assunto come pure per gli ulteriori oneri finanziari che si accompagnano.

Del tutto prive di consistenza risultano le affermazioni talora avanzate, secondo le quali si dovrebbe escludere il carattere pregiudizievole del finanziamento non correttamente erogato a soggetto immeritevole di credito in quanto il finanziamento, anche se erogato a soggetto immeritevole o in

dissesto, di per sé comporterebbe un vantaggio piuttosto che un danno per chi la riceve.

In realtà il finanziamento per sua natura non comporta un'attribuzione patrimoniale definitiva e gratuita bensì, nel momento stesso in cui viene effettuato, fa sorgere una obbligazione restitutoria non solo del capitale ma anche del corrispettivo in termini di interessi e altre voci del finanziamento. I finanziamenti concessi vengono iscritti all'attivo quali *disponibilità liquide* e risultano bilanciati al passivo dalla corrispondente voce *debiti verso banche*, aumentata rispetto alla prima del valore attuale del debito per interessi ed oneri. Di conseguenza, neanche sulla base della più approssimativa semplificazione il finanziamento, potrà mai essere considerato come un evento che arricchisce e incrementa il patrimonio del sovvenuto.

Va infine considerato che, mentre l'impresa efficiente e meritevole di credito potrà utilizzare le risorse acquisite attraverso il finanziamento, per destinazioni effettivamente produttive con possibile vantaggio e rafforzamento del patrimonio, il soggetto immeritevole di credito assai difficilmente potrà attuare un adeguato piano di utilizzazione della liquidità ottenuta con il finanziamento. Essa verrà destinata a pagare i debiti a breve secondo un criterio opportunistico di mera e contingente urgenza, con l'effetto di occultare il dissesto e permettere agli amministratori quella pregiudizievole continuazione dell'attività, che altrimenti senza il supporto della banca non sarebbe stata possibile.

A questo si aggiunge il pregiudizio conseguente alla continuazione dell'attività che al contrario avrebbe dovuto essere arrestata con l'adozione degli opportuni provvedimenti societari e se possibile di ristrutturazione o comunque governo della crisi al fine di evitare l'insolvenza o contenerne gli effetti dannosi.

L'illiceità del comportamento della banca si salda infatti solitamente con il comportamento degli amministratori che, in violazione di principi fondamentali del governo societario, artt. 2449, 2484, c.c. ed ora 378 CCI e 2086 cc, anche per effetto dei finanziamenti ricevuti, sono indotti e comunque sono messi in grado di non far emergere o occultare la crisi o l'insolvenza, di compiere nuove operazioni, e comunque causare una progressiva ed irreversibile compromissione del patrimonio netto, che subisce una diminuzione sino all'arresto dell'attività.

I presupposti della responsabilità del finanziatore risiedono, secondo la pronuncia, nella legittimazione della società o di terzi a far valere la responsabilità delle banche finanziatrici per l'illecita concessione del credito dei danni loro cagionati. La condotta della banca dolosa o colposa diretta a *mantenere artificiosamente in vita un imprenditore in stato di dissesto*, cagiona infatti *un danno pari all'aggravamento del dissesto, in forza degli stessi interessi*

passivi del finanziamento non compensati dagli utili da questo propiziati, nonché dalle perdite generate dalle nuove operazioni così favorite.

Il finanziamento, infatti, come si è visto, a differenza da quanto del tutto erroneamente talora (con apparente ingenuità) ipotizzato, non comporta un arricchimento per il soggetto che lo riceve ma piuttosto ne allarga l'indebitamento e aggrava il patrimonio per il sorgere di nuovi impegni finanziari. Inoltre il pregiudizio si incrementa ulteriormente per l'innescarsi della distruttiva propensione alla continuazione dell'attività alimentata dallo svolgimento di nuove operazioni.

3. – Il finanziamento, al contrario, può costituire una risorsa quando è effettivamente erogato per il risanamento dell'impresa *ai fini della risoluzione della crisi attraverso istituti che ne scongiurino il fallimento.*

Il riferimento è dunque a tutto il complesso della disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui agli artt. 182-*quater*, 182-*quinquies* l. fall. e ora 99 e 101 del codice della crisi⁴, ai piani attestati *ex art.* 67, comma 3, lett. d, ed art. 56 e 284 codice della crisi, alla esenzione della revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, lett. e), per gli atti compiuti in esecuzione del concordato o dell'accordo omologato di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, l. fall. ed ora 166, comma 3 codice della crisi, alla convenzione di moratoria di cui all'art. 182-*septies* l. fall. ed ora art. 62 codice della crisi, come pure alle previsioni che nella procedura di allerta prevista nel codice della crisi esclude che essa possa costituire *causa di revoca degli affidamenti bancari.*

Il confine tra *finanziamento lecito* e *finanziamento abusivo* non deve presentare profili di incertezza, in quanto la *meritevolezza* del finanziamento deve necessariamente basarsi sulla *ragionevolezza e fattibilità* del piano aziendale di risanamento secondo criteri che la pronuncia vede opportunamente enunciati nel testo ad es. dell'art. 67 l. fall. che menziona il piano *che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*, come pure dell'art. 69-*quinquiesdecies* TUB, che nell'ambito del sostegno finanziario infragruppo indica le condizioni per cui esso è lecito secondo il criterio per cui *si può ragionevolmente prospettare che il sostegno fornito ponga sostanziale rimedio alle difficoltà finanziarie del beneficiario e che vi è la ragionevole aspettativa (...) che sarà pagato un corrispettivo e rimborsato il prestito da parte della società beneficiaria*⁵.

⁴ V. 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. fall.*, 2020, 541.

⁵ L'insieme di queste previsioni non esclude la rilevanza del comportamento

La valutazione di meritevolezza deve pertanto essere compiuta *ex ante* in relazione alle possibilità di effettivo risanamento aziendale ed alla idoneità del soggetto finanziato di utilizzare il credito per il risanamento attraverso un progetto chiaro, oggettivo, ragionevole e fattibile.

Tutto questo è del resto in linea, osserva significativamente la Corte, con i principi e le finalità che sovrintendono la direttiva UE n. 1023 del 2019 di prossima attuazione anche nel nostro ordinamento.

Essa è infatti volta alla precoce individuazione della crisi attraverso quadri di ristrutturazione che gli Stati membri sono tenuti ad attuare, secondo strumenti chiari e trasparenti che consentano l'emersione della probabilità di insolvenza e la conseguente realizzazione di efficaci strumenti di ristrutturazione preventiva.

Con questa pronuncia, dunque la Corte tratteggia con diffuse indicazioni anche prospettiche l'oggettiva diversità tra finanziamento pregiudizievole perché oneroso per l'impresa e dannoso per i creditori e terzi e il finanziamento che costituisce risorsa anche necessaria per l'attuazione della ristrutturazione del debito, secondo piani in grado di governare l'impresa nei suoi rapporti con i creditori ed il mercato per il superamento della crisi o, in mancanza, per l'ordinata risoluzione nel miglior interesse dei creditori.

Il contesto in cui in forma più affidabile può svolgersi l'operazione di finanziamento dell'impresa in crisi non può quindi che essere quello procedimentalizzato del complesso di istituti e norme prima richiamati. È questo un passaggio fondamentale nella individuazione delle corrette modalità in cui il *bonus argentarius* può e deve svolgere l'attività caratteristica di esercizio del credito. I limiti della sua attività non possono essere contenuti nel solo confronto con il rischio di credito, in quanto la correttezza del comportamento non si misura soltanto nell'evitare il danno derivante dall'insolvenza del soggetto affidato, ma piuttosto anche con il dovere di non pregiudicare lo stesso patrimonio del sovenuto e conseguentemente di coloro che come terzi sulla integrità di tale patrimonio facevano giustificato affidamento.

abusivo della banca quando il finanziamento non sia collegato funzionalmente al risanamento ragionevolmente possibile sulla base di un adeguato piano dell'impresa in crisi. In termini C. AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 601 ss.; F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 393 ss.; ID., *Ancora sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 695 ss.; S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, 68.

4. – All'esercizio dell'azione risarcitoria è chiamato il curatore, in quanto legittimato a far valere il danno subito dalla società fallita e nello stesso tempo il danno subito di creditori fallimentari.

Il primo viene fatto valere quale successore dello stesso fallito, il secondo in funzione della protezione dell'interesse dei creditori concorsuali alla soddisfazione su un attivo, la cui consistenza è stata compromessa ed alterata dal comportamento *contra legem* della banca.

La pronuncia, con chiara ed adeguata motivazione, consente di consolidare i risultati interpretativi già raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità e di merito secondo una complessiva ricostruzione sistematica che assorbe le ultime tratlazioni e, a dir vero, anche confuse incertezze.

Il curatore è legittimato a far valere il danno causato dal finanziatore nel patrimonio della società fallita per effetto dell'attività di non corretto finanziamento. Esso si trova nella posizione di successore ai sensi dell'art. 43 l. fall. nei rapporti con il fallito, e può far valere tutti i diritti rinvenuti nel patrimonio dell'impresa fallita, come tra gli altri, il diritto al risarcimento del danno per la lesione del patrimonio sociale.

La circostanza secondo cui la società non potrebbe essere nello stesso tempo autore e vittima dell'illecito, peraltro solo accennata in un *obiter dictum* dalla sentenza della Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, non ha pregio. La società subisce un danno per effetto dei più diversi atti che gli amministratori possono compiere nell'esercizio delle loro funzioni sociali, quali, ad esempio, attività negoziale svantaggiosa o in conflitto di interessi o distrattiva, inosservanza di obblighi fiscali che comportino l'applicazione di sanzioni alla società, ecc. Dell'abusiva concessione di credito e abusivo ricorso al credito, rispondono in via solidale gli amministratori con i finanziatori per il credito concesso *contra legem* del danno causato al patrimonio sociale⁶.

⁶ La condotta della banca può concorrere con la condotta illecita degli amministratori dando vita ad una responsabilità solidale. Il curatore può agire *ex artt.* 146 e 2393 contro la banca quale responsabile solidale del danno cagionato dal ricorso abusivo al credito da parte dell'amministratore. Sulla base dell'art. 2055, considerato che l'unico evento dannoso è imputabile a più persone, fa sorgere una responsabilità causale, il curatore può chiedere l'adempimento per intero ad uno solo dei responsabili con azione separata non sussistendo nei confronti dei coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio necessario. Cfr. B. INZITARI, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore*, cit., 1063 e v. Cass., 10 giugno 2010, n. 13413; v. anche C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria "di massa" per concessione abusiva di credito*, in *Fall.*, 2005, 861; v. inoltre, Cass., sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641, che ha stabilito il principio di diritto «il curatore fallimentare ha legittimazione attiva unitaria, in sede penale come in sede civile, all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità sia ammessa contro gli amministratori di qualsiasi società, anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori».

Il curatore è sicuramente legittimato a far valere contro gli amministratori e, se ne ricorrono i presupposti anche in via solidale contro i terzi, la responsabilità per i danni causati per effetto di tali comportamenti, al fine di reintegrare le perdite subite dal patrimonio della società da tali atti pregiudizievoli.

Tale legittimazione rientra nella legittimazione del curatore alla proposizione delle azioni di massa, volte alla ricostituzione della garanzia patrimoniale con la quale il debitore risponde verso tutti i creditori.

5. – La categoria delle azioni di massa è come è noto, di formazione giurisprudenziale e ricomprende le azioni dirette alla ricostituzione del patrimonio del fallito operando, una volta aperto il concorso, nell'interesse di tutti i creditori⁷.

Esse non possono essere limitate a quelle azioni di stretta competenza del curatore e che sorgono e sono proponibili solo in seguito alla dichiarazione di fallimento, quali le azioni revocatorie, come nella sostanza è stato in passato sostenuto per escludere la legittimazione del curatore all'azione per abusiva concessione di credito.

Le azioni di massa, in realtà sempre che si ritenga effettivamente utile utilizzare questa categoria che comunque ha un valore e portata descrittiva, comprendono tutte le azioni con le quali il curatore agisce per la ricostituzione della garanzia patrimoniale offerta ai creditori e quindi per la ricostituzione del patrimonio sociale che, per effetto dei più diversi atti compiuti da terzi con o meno la partecipazione attiva od omissiva degli amministratori, ha depauperato il patrimonio sociale, distrutto o indebolito la garanzia patrimoniale. Il curatore agisce al fine di reintegrarla e consentire la soddisfazione dei creditori e realizzare anche l'interesse della stessa società che, attraverso la soddisfazione dei creditori, si libera dagli oneri dell'indebitamento.

Questo è confermato dalle finalità ed i significati sottesi all'art. 124 l. fall. novellato che prevede la cessione a terzi delle *azioni della massa* in quanto dirette ad incrementare il patrimonio. Oggetto dell'azione possono essere le azioni revocatorie con le azioni di responsabilità contro gli organi sociali ed appunto le azioni di responsabilità per abusiva concessione di credito volte

⁷ Cfr. R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa. Tra garanzia patrimoniale e concorso in atmosfera protetta*, Torino, 2012; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 1037; N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, 147; M. FABIANI, *sub art. 24, competenza del Tribunale fallimentare*, in A. JORIO (diretto da) – M. FABIANI (coordinato da), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Torino, 2006, 427.

tutte alla ricostituzione della integrità del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori.

L'espressione azioni di massa deve quindi ricomprendere indistintamente tutte le possibili azioni volte a far valere un danno al patrimonio dell'impresa. La lesione del patrimonio inevitabilmente comporta la diminuzione alla garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. e quando questa diminuzione è conseguente alla concessione abusiva di credito comporta solitamente si verifica anche la ingiustificata continuazione dell'attività, l'artificiosa protrazione della presenza sul mercato ed il conseguente aumento del dissesto con danno per tutti creditori.

6. – Con l'azione per abusiva concessione di credito il curatore fa valere due connessi profili di danno: il ristoro del danno subito dalla società e nello stesso tempo dalla massa dei creditori pregiudicati dalla diminuita garanzia patrimoniale.

Vengono pertanto superati perché privi di effettivo fondamento quegli argomenti, volti ad escludere o limitare la configurabilità dell'azione di concessione di credito sulla base di una distinzione tra creditori per credito sorto anteriormente al compimento di atti di abusiva concessione di credito e creditori per credito sorto successivamente al compimento dei medesimi atti.

Una siffatta differenziazione non trova alcuna giustificazione, in quanto il danno causato dalla banca comporta, come abbiamo visto una lesione della garanzia patrimoniale offerta ai creditori. Conseguentemente il pregiudizio si riverbera indistintamente *su tutti i creditori anteriori o posteriori all'operazione bancaria, ammessi al passivo o a ciò aventi diritto*.

La diminuzione della garanzia patrimoniale viene a ledere indistintamente tutti i partecipanti al concorso, perché incide e compromette l'idoneità della stessa garanzia patrimoniale a soddisfare i crediti concorrenti. La circostanza che il credito sia sorto prima o dopo l'ingiustificata concessione di credito potrebbe eventualmente rilevare sotto un profilo del tutto diverso, quello puramente individuale della falsa informazione che direttamente o indirettamente è pervenuta al creditore che, avendo ricevuto l'informazione che la banca o il ceto bancario assisteva la società con linee di credito è stato indotto a ritenere, contrariamente alla realtà, che la società fosse solida ed affidabile, mentre le negoziazioni svoltesi prima della erogazione abusiva di credito non sarebbero state influenzate dal comportamento della banca.

Questo potrebbe quindi rilevare per consentire a questi ultimi di far valere individualmente il danno per il mancato adempimento di rapporti contrattuali che il creditore non avrebbe concluso se il comportamento della banca nell'assistere con erogazioni di credito la società non avesse occultato

il dissesto già in atto, imputando quindi alla banca un comportamento di fatto decettivo.

Del tutto diverso da un siffatto danno del tutto individuale, che andrebbe provato in relazione agli specifici eventi che hanno caratterizzato la contrattazione e la eco che può aver avuto il comportamento della banca, è il danno che fa valere il curatore che investe appunto la massa dei creditori che subiscono uniformemente il pregiudizio della diminuzione del patrimonio del debitore. L'aggravamento del dissesto e l'annacquamento della garanzia patrimoniale si ripercuotono uniformemente su tutti i creditori concorrenti diminuendo o azzerando le possibilità di soddisfazione percentuale sia dei creditori per titolo anteriore alla abusiva concessione di credito, sia dei creditori per titolo posteriore.

7. – La classificazione del titolo della responsabilità della banca, viene dettagliatamente articolata dalla pronuncia secondo una stretta relazione alle diverse modalità attraverso le quali la banca ha realizzato l'abusiva concessione di credito.

Quando la banca, in violazione delle regole e dei principi della sana e prudente gestione ha effettuato erogazioni a soggetto privo immeritevole di credito, la responsabilità verso il fallito deve intendersi a titolo precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*: la banca ha infatti effettuato una contrattazione che non avrebbe dovuto intraprendere per le ragioni più volte ricordate.

Quando la banca ha proseguito un finanziamento in corso, mantenendo ingiustificatamente linee di credito che avrebbero dovuto essere sospese o revocate per l'aggravarsi delle condizioni del sovvenuto tali da far venir meno l'idoneità dello stesso a continuare ad essere assistito da linee di credito, si tratterà di responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.* per diretta violazione di obblighi che governavano i contratti di credito in corso.

Con la costruzione di questi rinnovati profili delle norme citate, la responsabilità della banca viene definitivamente ricondotta nell'ambito della responsabilità contrattuale. In particolare viene valorizzato il profilo della responsabilità precontrattuale, della quale viene ricordata la portata innovativa, già messa in luce in relazione alla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione dal Consiglio di Stato⁸. A tale riguardo vengono ripresi passi della Relazione al codice civile⁹ che intende la

⁸ Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁹ Relazione al codice civile n. 612: *è dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c.d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base di comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del*

responsabilità precontrattuale quale presidio contro comportamenti che compromettono il corretto svolgimento di *momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati*, impedendo il buon fine di operazioni negoziali, rispetto alle quali particolarmente operatori qualificati come le banche, sono tenuti all'osservanza di un complessivo comportamento di correttezza professionale.

I riferimenti si arricchiscono poi con la riconduzione della natura contrattuale della responsabilità al *contatto sociale qualificato*, da intendere come fatto idoneo a produrre obbligazioni *ex art. 1173 c.c.*, per comportamenti svolti dalla banca in violazione non solo del già descritto tessuto normativo e regolamentare sul corretto esercizio del credito, ma anche dei reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione di cui agli artt. 1175, 1375 c.c.

Il risultato per la classificazione della natura della responsabilità della banca è rilevante. La stipulazione di un contratto di finanziamento c.d. abusivo viola gli artt. 1337 e 1338 c.c. che vengono intesi come clausole generali che l'operatore professionale qualificato deve rispettare nella negoziazione delle operazioni di credito, e viola l'art. 1218 c.c. se il comportamento *contra legem* si manifesta nel corso di un contratto di finanziamento già in corso nel quale la banca rinnovando o mantenendo abusivamente il credito, è colpevole dell'inadempimento delle regole che disciplinano il contratto di credito stesso.

Dalla qualificazione come contrattuale della *responsabilità* della banca derivano conseguenze importanti in relazione all'applicazione della *disciplina dell'art. 1218 c.c., quanto all'onere della prova per il creditore danneggiato ed il termine di prescrizione.*

Il curatore quando fa valere i danni arrecati dalla banca al ceto dei creditori, piuttosto agisce *ex art. 2043 c.c.* Tali danni, come si è detto, consistono nel pregiudizio subito dalla massa dei creditori per la diminuzione della garanzia patrimoniale offerta dal debitore per effetto degli oneri finanziari di vario genere conseguenti al finanziamento e soprattutto nell'allargamento del passivo che annacqua la complessiva consistenza del patrimonio, riducendo sino a dissolvere i livelli percentuali di soddisfazione della massa dei creditori concorrenti.

contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva. Esso, riferito alla fase precontrattuale, sbocca in una responsabilità in contrahendo quando una parte conosca e non rivela all'altra l'esistenza di una causa di invalidità del contratto (art. 1338; n. 638).

In ogni caso è del tutto ammissibile l'azione contro responsabili a vario titolo, con concorso nel medesimo soggetto di diverse tipologie di responsabilità, quando lo stesso comportamento sia suscettibile di essere ricondotto alla violazione di principi e regole contrattuali e nello stesso tempo extracontrattuali.

Al curatore vengono così riconosciuti ampi e flessibili spazi di legittimazione. Al fine di tutelare gli interessi dei creditori e della stessa società fallita, è stata riconosciuta, anche la legittimazione di agire quale terzo *ex art. 2395 c.c.* contro gli amministratori, quando questi con il loro comportamento hanno ad esempio, svuotato il patrimonio della società, rendendo impossibile la soddisfazione e causando il fallimento del terzo creditore, i cui diritti il curatore fa valere agendo in giudizio¹⁰.

8. – Né l'operatività della azione del curatore per abusiva concessione di credito può trovare limiti o contraddizioni nella circostanza della duplice posizione della banca quale creditore per il finanziamento effettuato e debitore per il risarcimento del danno.

La pronuncia supera definitivamente le ultime invero del tutto artificiose incertezze che talora si erano manifestate. Lungi dal costituire una contraddizione, il fatto che la banca possa risultare ammessa al passivo per il finanziamento o per le linee di credito rimaste insolute e nello stesso tempo obbligata per il debito risarcitorio conseguente alla concessione abusiva di credito, costituisce piuttosto una conferma del comportamento abusivo tenuto dalla stessa nella erogazione del credito. L'erogazione è infatti avvenuta a favore di un soggetto che per l'insufficienza delle capacità patrimoniali e produttive, per lo stato di crisi o di insolvenza in cui versava, non sarebbe stato in grado di restituire i finanziamenti ingiustificatamente ottenuti.

La stessa natura dei due contrapposti crediti rispecchia peraltro una situazione tutt'altro che inconsueta nella storia dei rapporti tra banca e fallimento, contrassegnati come è noto da un credito sovente chirografario della banca ammesso al passivo e da un opposto credito del fallimento per restituzione a seguito dell'esercizio della revocatoria, o di altre azioni restitutorie per addebiti ingiustificatamente operati dalla banca sul conto del fallito (interessi non correttamente pattuiti, usi su piazza, anatocismo, commissioni massimo scoperto, ecc.).

Lo stesso legislatore fallimentare ha del resto previsto all'art. 70 l. fall. un principio volto a governare gli effetti della revocazione attraverso la possibilità di ammissione al passivo del credito per le somme revocate.

¹⁰ Cass., 13 gennaio 1993, n. 343.

Questo meccanismo è possibile solo per la revocatoria mentre tutti i crediti del fallimento risarcitori come nel caso di abusiva concessione di credito o restitutori, come nel caso di addebiti ingiustificati, la banca sarà obbligata a risarcire il danno e, se ne ricorrono le condizioni, potrà ottenere la soddisfazione in moneta fallimentare del credito ammesso al passivo.

In conclusione, lungi dal costituire una contraddizione, corrisponde ad una situazione di piena normalità, l'ipotesi della coesistenza in capo al creditore fallimentare del diritto di credito per la partecipazione al concorso, e nello stesso tempo del debito per obblighi risarcitori o restitutori a qualsiasi titolo, quali gli obblighi cui la banca è tenuta per abusiva concessione di credito.

9. – Allo stesso modo l'eventuale concorrenza della società sovvenuta con la condotta della banca non contraddice la configurabilità della responsabilità della banca, né la risarcibilità del danno.

Il profilo del concorso della società fallita nella causazione del danno merita però una rilevante distinzione.

Quando il curatore agisce, succedendo nei diritti della società, facendo valere contro la banca l'azione risarcitoria che trova nel patrimonio della fallita, la banca potrebbe eccepire il concorso del creditore *ex art 1227 c.c.* nel verificarsi del fatto dannoso, qualora fornisca la prova che la condotta della società è stata causa efficiente nell'aggravamento del dissesto, in quanto ad es. gli amministratori hanno reiterato la richiesta di finanziamento in assenza di condizioni di merito di credito e di idonei piani che ne giustificassero l'efficiente e produttiva utilizzazione, come pure hanno proseguito infruttuosamente ed in modo pregiudizievole l'attività sociale. In questo caso, essendo stata la condotta del danneggiato concorrente nella produzione dello stesso danno, il risarcimento dovuto dalla banca potrà essere ridotto in proporzione della misura dell'apporto che la condotta della società ha avuto con la condotta della banca.

Ma se il curatore fa valere un interesse terzo rispetto a quello della società, perché agisce per la massa dei creditori, vale a dire per l'intero ceto creditorio – il cui interesse è esclusivamente rivolto alla partecipazione al concorso e quindi alla reintegrazione della garanzia patrimoniale costituita dal patrimonio della fallita pregiudicato dall'abusiva concessione di credito –, la circostanza che la società tramite la condotta illecita dei suoi amministratori abbia contribuito nella formazione dell'illecito non rileva. In questo caso, che costituisce l'ipotesi più diffusa e frequente di esercizio dell'azione da parte del curatore il diritto che questi fa valere è volto alla ricostituzione della massa attiva per tutelare e realizzare un diritto risarcitorio collettivo proprio ed esclusivo di ciascuno dei partecipanti alla

massa dei creditori, il quale risulta del tutto autonomo e distinto rispetto al diritto risarcitorio che può essere sorto in capo al fallito per effetto della condotta della banca.

Questa limpida distinzione scolpisce nettamente il ruolo spettante al curatore non solo nell'esercizio dell'azione per concessione abusiva di credito, ma più in generale nell'esercizio delle azioni che questi deve far valere nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, per la salvaguardia e ricostruzione della garanzia patrimoniale, che costituisce la massa *indefinita* (l'aggettivo è della pronuncia) destinata alla soddisfazione dei creditori.

La pronuncia ha dunque il merito di aver offerto una completa ricostruzione anche sistematica dei poteri e dei compiti del curatore cui viene riconosciuta la piena legittimazione alla azione contro la banca per abusiva concessione di credito, al pari di ogni altra azione volta alla ricostruzione del patrimonio concorsuale, superando definitivamente e con chiare parole gli ultimi residui preconcepi che al di fuori di ogni concreto presupposto normativo e sistematico, confinava nella sostanza la legittimazione alle sole azioni revocatorie che nascono nel fallimento.

Abstract

THE COURT OF CASSATION ESTABLISHES THE TRUSTEE IN BANKRUPTCY IS ENTITLED TO BRING AN ACTION AGAINST THE BANK FOR THE LOSS SUFFERED BY THE BANKRUPT COMPANY AND THE COMPANY'S CREDITORS

La banca che concede credito in violazione delle regole della sana e prudente gestione a soggetti che non godono del merito di credito è responsabile nei confronti della società e dei creditori sociali. Il curatore fallimentare è legittimato ad agire nei confronti della banca per il pregiudizio subito dalla società fallita e dai creditori sociali. Tale azione secondo la recente giurisprudenza della Cassazione è una azione di massa alla quale di cui il curatore ha piena legittimazione.

A bank that grants credit in violation of the rules of sound and prudent management to persons who do not enjoy creditworthiness is liable towards the company and the company's creditors. The trustee in bankruptcy is entitled to bring an action against the bank for the loss suffered by the bankrupt company and the company's creditors. This action, according to recent case law of the Court of Cassation, is a mass action to which the liquidator is fully entitled.

EXTENSÃO DOS LIMITES DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

*Professore associato
nell'Università di San Paolo*

SUMÁRIO: 1. – Contraditório e sua função integrativa, definitiva e bloqueadora. 2. – Contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais. 3. – Síntese conclusiva.

1. – A concepção de processo como procedimento em contraditório¹ ressalta o caráter estrutural dessa norma para o instrumento estatal de resolução de controvérsias². Ausente contraditório, inexistente processo. O contraditório, portanto, pode ser considerado exemplo de norma a induzir comportamentos mesmo não havendo um dispositivo específico que lhe seja diretamente correspondente. «Em alguns casos há normas mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêm os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Nenhum. Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes deem suporte físico»³.

Se há contraditório, mas este não é respeitado como deveria, está-se, então, diante de um processo que não pode ser definido como justo⁴. De

¹ Ver: E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., Padova, 1996, 29.

² Ver, a respeito da função do contraditório: P.H. DOS SANTOS LUCON, *Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC*, in *Revista do Advogado*, ano XXXV, n. 126, mai/2015, 169-174, esp. 169-172.

³ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. 2, n. 2.1, 30-31. Ver, nesse mesmo sentido: “la causa giustificatrice del principio del contraddittorio si rinviene nel normale carattere bilaterale della domanda che ha per destinatari il giudice e colui nei cui confronti chi propone la domanda pretende che il provvedimento richiesto produca i suoi effetti. La legge dialettica cui è ispirato il processo imprime carattere recettizio alla domanda, nel senso che il provvedimento non può essere emanato se la domanda non è stata portata a conoscenza sia del giudice sia della controparte” (A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2012, 200 ss.).

⁴ A doutrina italiana se ocupa deste tema em especial por conta do art. 111 de sua Constituição. Nesse sentido, ver: “se, allora, l’accento cade – più che sulle caratteristiche di completezza o sui profile di analiticità della rispettiva regolamentazione per legge – sulla variabile (cioè, maggiore o minore) ‘effettività’ dell’attuazione di quelle garanzie minime, ne deriva un’importante conseguenza. Qualsiasi ‘processo’ (o modelo e tipo di ‘processo’) è (o puo essere) ‘giusto’, solo se ed in quanto la ‘legge’ vi abbia previsto o comunque ‘regolato’ un’adeguata

acordo com a atual configuração do Estado Constitucional brasileiro, não se pode conceber que qualquer decisão judicial, independentemente da matéria nela versada, inclusive aquelas que versem a respeito de questões cognoscíveis de ofício, seja tomada sem prévia manifestação das partes a respeito, exceção feita as hipóteses de contraditório posticipado ou diferido que autorizam a concessão da tutela de urgência e da evidência em prol da efetividade da jurisdição.

A diretriz imposta pelo contraditório há de ser observada em todo e qualquer processo, independentemente da fase ou do grau de jurisdição em que ele se encontra. O destinatário por excelência do contraditório é o juiz, que deve observá-lo a todo o momento ao longo do arco procedimental. Eventual infringência ao contraditório não permite o exercício da ampla defesa e provoca violação frontal à garantia do devido processo legal. É certo que o contraditório é pautado pelo binômio informação-reação, mas enquanto a informação deve estar sempre presente, a reação é eventual e depende da iniciativa da parte, nunca de um ato de poder, que seria absolutamente ilegítimo. Assim, poder-se-ia definir mais precisamente o contraditório pelo binômio *informação necessária-reação possível*. Por isso, a citação, por exemplo, assume um papel de extrema relevância no processo civil, pois ela viabiliza o contraditório. Nulidade e inexistência de citação são vícios tão graves, portanto, que podem ser aduzidos a qualquer tempo no processo, e até mesmo após o trânsito em julgado por meio de ação autônoma (ação declaratória de inexistência de relação jurídica processual)⁵.

O contraditório está, portanto, precisamente no direito de participação no processo com a utilização de todos os meios legítimos e disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito. A defesa em juízo é garantia do contraditório e a igualdade de armas assume o valor de condição de legitimidade constitucional da norma processual. Deve-se sempre ter em mente que o postulado do *due process of law*, do qual os princípios do contraditório e da ampla defesa são corolários, há de ser sempre observado. Não se pode conceber um processo unilateral, em que somente uma parte age no sentido de obter vantagem em relação ao adversário, sem que este apresente suas razões ou, pelo menos, sem que se lhe dê efetiva oportunidade de manifestar-se. Fundamentalmente, o processo é caracterizado pelo contraditório estabelecido no procedimento adequado às particularidades impostas pelo direito material, sendo a

attuazione di tutte quelle condizioni minime coesenziali, che (in base all'art. 111, secondo comma) si intendono all'uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti" (L.P. COMOGGIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 60).

⁵ Ver: P.H. DOS SANTOS LUCON, *Garantia do tratamento paritário das partes*, in *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, 1999, n. 5, 102-108.

participação assegurada aos interessados por meio do exercício das faculdades e poderes que integram a relação jurídica processual.

Enquanto princípio jurídico⁶, o contraditório produz efeitos sobre outras normas jurídicas de forma direta e indireta. Por conta da eficácia direta os princípios exercem uma *função integrativa*, pois agregam elementos não previstos em subprincípios ou regras. Assim, ainda que não haja regra expressa determinando a oitiva das partes a respeito de ato judicial com “potencial” de influir na esfera jurídica de uma delas, deverá ser oportunizada a sua manifestação por conta justamente dessa função integrativa do contraditório.⁷ É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que os juízes têm de modificar sua própria decisão por conta de algum vício interno a ela (omissão, obscuridade ou contradição). Tal modificação não pode se dar sem a prévia manifestação das partes a respeito. Diz-se “potencial”, pois, em hipóteses excepcionais, quando tal característica não se fizer presente, há de ser considerada legítima a dispensa de manifestação da parte. Essa situação se verifica no direito brasileiro com a possibilidade de resolução imediata do processo com o decreto de improcedência no caso de processos repetitivos. O Código de Processo Civil de 2015, seguindo a orientação de valorizar as manifestações dos tribunais, amplia, nesse sentido, o rol de hipóteses que autorizam o julgamento liminar de improcedência do pedido. O art. 333 do Código dispõe que nas causas que dispensem a fase instrutória o juiz independentemente da citação do réu julgará liminarmente improcedente o pedido que: I) contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II) contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivo⁸; III) contrariar entendimento

⁶ Ver: na definição de H. ÁVILA “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (*Teoria dos princípios*, 10^a ed., São Paulo, 2009, cap. 2, n. 2.4.3, 78-79).

⁷ Ver: H. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, cit., cap. 2, n. 2.4.8.1.2, 97 e ss.

⁸Ver: no direito brasileiro há previsão legal que autoriza o julgamento por amostragem de processos repetitivos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (CPC/73, art. 543-B; CPC/2015, art. 1.036) e do Superior Tribunal de Justiça (CPC/73, art. 543-C; CPC/2015, art. 1.036). Assim, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, caberá ao presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem admitir dois ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados aos Tribunais Superiores, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo dos Tribunais Superiores (CPC/2015, art. 1.036, § 1º). O responsável pelo julgamento do recurso no Tribunal Superior (“relator em tribunal superior”) poderá também

firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV) for manifestamente improcedente por contrariar o ordenamento jurídico e; V) contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre o direito local.

Ao contrário do que possa parecer a partir de uma primeira análise, referido dispositivo não viola o contraditório, mas disciplina hipótese de verdadeiro julgamento antecipadíssimo do mérito, já que antes mesmo da citação o julgador profere sentença inaudita altera parte. O contraditório é, então, nesses casos, apenas diferido para o caso de o autor apelar. Esse dispositivo é aplicável quando a matéria controvertida for unicamente de direito. Isso não significa que a matéria versada na causa deva ser exclusivamente jurídica; pode a discussão ser de fato e de direito, mas os fatos constitutivos do direito do demandante já devem estar esclarecidos para o julgador em razão de já ter proferido sentença em outros casos absolutamente semelhantes. Nesse caso, o demandante não poderá alegar violação do direito à prova, porque, na convicção do julgador, nada mais há de ser esclarecido ou provado relativamente aos fatos. Assim, os pontos controvertidos devem ser exclusivamente atinentes à matéria jurídica. Se a controvérsia já é conhecidíssima pelo julgador, está ele autorizado a proferir sentença imediata de improcedência. Como está claro, a norma incide em processos repetitivos em que a causa de pedir e o pedido guardam bastante similitude a ponto de o julgador ter elementos suficientes para a rejeição. É claro que o demandante tem a oportunidade em embargos de declaração infringentes ou mesmo na apelação de demonstrar que seu caso não se enquadra naqueles em que deu o tratamento em bloco, isto é, que o processo em concreto é distinto daqueles repetitivos.

Entretanto, se o entendimento do julgador for pela procedência dos pedidos formulados, deve ser necessariamente observado o contraditório, ou seja, não se admite o julgamento antecipado do mérito a favor do demandante sem que se proceda à citação do demandado.⁹

Além dessa eficácia direta, o contraditório, como princípio jurídico, também exerce uma eficácia indireta sobre outras normas jurídicas. Uma

selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem (CPC/2015, art. 1.036, § 5º). Uma vez decididos os recursos afetados, se for o caso, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou ainda os decidirão aplicando a tese firmada (CPC/2015, art. 1.039, *caput*). Se mantido o acórdão divergente do tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior (CPC/2015, art. 1.041, *caput*).

⁹ Ver: P.H. DOS SANTOS LUCON, *Novas Tendências na Estrutura Fundamental do Processo Civil*, in *Revista do Advogado*, ano 26, n. 88, nov. 2006, 145-172.

dessas funções é a chamada *função definitiva*, segundo a qual o contraditório cumpriria o papel de definir, ou seja, delimitar, o comando de um sobreprincípio que lhe é axiologicamente superior¹⁰. Sob essa ótica, tem-se que o contraditório concretiza vários outros princípios. Assim, por exemplo, o princípio da soberania popular, na medida em que assegura a participação dos cidadãos na administração da justiça. É por isso que uma decisão que não observa o contraditório – uma decisão surpresa – possui natureza antidemocrática. Traçando um paralelo com os outros poderes estatais, pode-se afirmar que se a legitimidade desses agentes decorre da representação popular que se manifesta por meio de eleições periódicas, a legitimidade dos membros do Poder Judiciário está condicionada ao dever de oportunizar a possibilidade de os cidadãos se manifestarem em juízo quando sujeitos ao *imperium* estatal.

Além dessa função definitiva, também por conta da eficácia indireta dos princípios, o contraditório desempenha uma *função interpretativa*, uma vez que ele é utilizado na atividade de interpretação de normas construídas a partir de outros textos normativos, restringindo ou ampliando seus sentidos. Por exemplo, o dispositivo do Código de Processo Civil brasileiro que estabelece a presunção de veracidade dos fatos não contestados pelo réu deve ser interpretado com *granus salis*, em especial nos casos em que o réu comparece em juízo *a posteriori*. Nessas hipóteses, em respeito ao contraditório, ao revel, por exemplo, deve ser oportunizado, se não encerrada a fase instrutória, o ônus de produzir as provas que possam eventualmente infirmar as alegações do autor. Se o juiz possui poderes instrutórios para tanto, por que não permitir ao revel que melhor conhece os elementos da controvérsia também o faça? Nesse sentido o Código de Processo Civil de 2015 caminhou bem ao fixar em seu artigo 349 que «ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção».

Por fim, tem-se que os princípios jurídicos exercem uma *função bloqueadora* que consiste na capacidade de afastar elementos incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser por eles promovidos. Desse modo, caso uma determinada regra preveja a concessão de certo prazo para a prática de um ato processual, mas no caso de tal prazo ser incompatível com a natureza do ato a ser praticado, para garantir o regular exercício do contraditório e a efetiva proteção dos direitos do cidadão, um prazo adequado deverá ser garantido pelo juiz em razão dessa função bloqueadora do princípio do contraditório. Aqui o contraditório também exerce sua função definitiva, ao

¹⁰ Ver: H. ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 10ª ed., São Paulo, 2009, cap. 2, n. 2.4.8.1.3, 98 ss.

prestigiar a igualdade substancial. Da mesma forma, em virtude dessa função bloqueadora do contraditório, é que se deve considerar não motivada decisão que de alguma maneira impossibilite o exercício do contraditório. Isso ocorrerá quando a parte que sucumbiu ficar impossibilitada de se insurgir contra decisão que lhe foi desfavorável por conta de alguma omissão do julgador que deixou de explicitar como deveria o seu convencimento. Vale dizer, a função bloqueadora do princípio do contraditório faz com que seja considerada imotivada a decisão que leve a parte que sucumbiu a não dispor de informações suficientes para se insurgir contra a decisão que lhe foi desfavorável, e isso se dá quando o juiz desconsidera ou se descola dos fatos e das particularidades do caso em análise. A motivação e o contraditório, portanto, estão interligados de modo que a primeira não pode ser considerada adequada se o segundo não puder ser exercido.

Dadas essas reconhecidas funções do contraditório; este ensaio igualmente examinará certas modalidades de tutela que o Código de Processo Civil de 2015 confere a esse princípio. Enquanto norma fundamental do processo, assegurada pela Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), o contraditório demanda concretização a ser levada a cabo tanto pelo legislador, quando da elaboração das normas gerais, quanto pelo julgador, quando da fixação da norma individual e concreta. Nesse sentido, tem-se que o Código cumpre a missão que dele se espera. Para demonstrar tal assertiva, serão analisadas três passagens da nova legislação que bem revelam o tratamento adequado e efetivo dispensado ao contraditório. Constituem, portanto, objeto de nossa investigação: a vedação às chamadas decisões-surpresa, o contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais e a identificação das decisões imotivadas. São três pontos aparentemente autônomos, mas que lidos em conjunto se complementam e formam um verdadeiro microsistema em torno do contraditório: a vedação à decisão-surpresa tutela o contraditório sob a ótica do direito à participação dos jurisdicionados na construção do provimento judicial; o contraditório como requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada destaca esse princípio como fator que legitima a imutabilidade de uma decisão; e o respeito ao contraditório na motivação das decisões jurídicas ressalta a função de controle e limitação que esse princípio exerce sobre o poder estatal.

2. – O contraditório, como visto, deve se fazer presente em todas as fases do procedimento. Se respeitado, portanto, esse imperativo do devido processo legal, às partes será assegurada participação na construção de todo

e qualquer pronunciamento judicial. Nas sentenças judiciais de mérito, enquanto a decisão contida no elemento dispositivo atribui a uma das partes o direito que entre elas é controvertido, resolvendo, com isso, a crise de direito material que as levou a agirem em juízo, as decisões contidas no elemento lógico da sentença versam a respeito de diversas questões, algumas relacionadas com o próprio processo (pressupostos e requisitos de admissibilidade) e outras atinentes ao direito material e que estão ligadas ao mérito do processo por uma relação lógica de anterioridade. Antes de decidir a questão principal do processo o juiz resolve uma série mais ou menos extensa de questões que preparam o caminho para a decisão final. Essas são as chamadas “questões prévias”. Sob o ponto de vista lógico o critério de distinção entre as questões prejudiciais e as questões preliminares é encontrado no tipo de influência exercido por uma dessas questões na solução final da causa. A qualificação de prejudicial é dada às questões «de cuja solução dependa o teor ou conteúdo da solução de outras»; enquanto, a expressão “preliminar” é atribuída «aquelas de cuja solução vá depender a de outras não no seu modo de ser, mas no seu próprio ser, isto é, para aquelas que, conforme o sentido em que sejam resolvidas, oponham ou, ao contrário, removam um impedimento a solução de outras, sem influírem, no segundo caso, sobre o sentido em que estas outras hão de ser resolvidas»¹¹.

Não obstante o fato de o respeito ao contraditório por si só já assegurar a participação das partes nos debates em torno das questões prejudiciais, e tirante a constatação de que tais questões são conhecidas pelo magistrado como se questões principais fossem, dada a influência que exercem no resultado do julgamento do mérito da demanda¹², o legislador brasileiro até então optara por não atribuir a essas questões a autoridade de coisa julgada. Segundo BARBOSA MOREIRA, a restrição da coisa julgada ao elemento dispositivo da sentença se justificaria pelas seguintes razões: 1) *respeito ao princípio da demanda*: «quem pede um pronunciamento sobre a relação condicionada nem sempre tem interesse em ver transpostos os limites em que, de caso pensado, confinou o *thema decidendum*, sem que, por outro lado, se possa contrapor ao da parte qualquer interesse público dotado de força bastante para tornar necessária a produção do efeito que ela quis evitar. A parte pode estar despreparada para enfrentar uma discussão exaustiva da questão subordinante, *v.g.*, por não lhe ter sido possível, ainda, coligir todas

¹¹ Ver: J.C. BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, Rio de Janeiro, 1967.

¹² Ver: como afirma B.V.C. LOPES “não faz sentido afirmar que uma decisão foi proferida com cognição exauriente sem pressupor que os fundamentos que determinam o resultado do julgamento sustentam-se em cognição de idêntico grau” (*Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, São Paulo, 2012, 71).

as provas que, potencialmente, a favoreceriam, e no entanto, achar-se na contingência, por este ou aquele motivo, de ajuizar desde logo a controvérsia subordinada, em relação à qual já dispõe dos elementos indispensáveis»¹³; II) *provável conflito de competência*: «outro argumento ponderável, no mesmo sentido, é o que diz respeito à competência. Observa-se com justeza que reconhecer a *auctoritas rei iudicate* ao pronunciamento sobre a prejudicial significaria, em muitos casos, permitir que a questão fosse assim decidida, com tal força, por órgão no entanto incompetente para decidi-la como principal (...)»¹⁴; III) *incompatibilidade entre os procedimentos*: «o procedimento adequado à causa em que a questão se põe como prejudicial nem sempre será o mesmo que se teria de seguir para a causa em que ela se pusesse como principal. E as diferenças podem ser muito relevantes, por exemplo, se num deles a lei estabelece determinadas restrições à prova, insubsistentes no outro. Não seria razoável atribuir a força de coisa julgada a pronunciamento emitido sobre tal ou qual questão, em regime probatório diferente daquele que se reputou apropriado à discussão dela. Ter-se-ia escancarado a porta à *fraus legis*. A amplitude mesma do contraditório pode ser maior num dos procedimentos que no outro, com as consequências que intuitivamente se percebem»¹⁵.

Embora não constitua objeto deste ensaio análise detida dos fundamentos que justificam ou não a maior extensão dos limites objetivos da coisa julgada, convém registrar que em favor da tese que defende maior extensão da coisa julgada militam os seguintes argumentos: I) interesse público em resolver definitivamente uma questão que já se encontra em condições para tal; II) possibilidade de redução o fenômeno da contradição de julgados, ainda que essa contradição seja apenas lógica - chama a atenção, por exemplo, o fato de que a sentença que acolhe a demanda proposta pelo vendedor para a condenação do comprador ao pagamento do preço não contenha também o *acertamento* da relação de compra e venda entre as partes se essa questão foi objeto de discussão e debate entre as partes;¹⁶ III) além disso, a maior amplitude do objeto da coisa julgada atende também a uma exigência de economia processual, pois com a extensão da coisa julgada às questões decididas na motivação da sentença é maior a tendência a se realizar a tutela do direito material em um único processo, evitando-se com isso que as mesmas questões retornem por vias diversas à apreciação do Poder Judiciário.

¹³ Ver: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., 90-91.

¹⁴ Ver: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., 92.

¹⁵ Ver: *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., 94.

¹⁶ Ver: A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1990, 475 ss.

Com essa nova sistemática, de permitir a projeção da coisa julgada às questões prejudiciais, existe uma maior probabilidade de haver um processo integral que cuida do conflito de interesses na sua totalidade no lugar de diversos processos parciais.¹⁷ Mas é evidente que tal instituto faz com que a litigância em juízo se torne uma atividade sobre a qual se requer mais atenção e técnica.

Independentemente dessas discussões, fato é que o legislador brasileiro positivou a regra que estende os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais. Segundo o art. 503 do Código «a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida», e de acordo com o § 1º desse dispositivo «o disposto no *caput* aplica-se à resolução da questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo» se (I) «dessa resolução depender o julgamento do mérito», se (II) «a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia», e se (III) «o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal». Para não haver dúvida quanto à impossibilidade de extensão da coisa julgada às questões não apreciadas a partir de uma cognição exauriente, o § 2º desse mesmo artigo é expresso no sentido de que «a hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial». Paralelamente, a apreciação de questões prejudiciais não é mais excluída do objeto da coisa julgada. Nesse sentido, de acordo com o art. 504, do Código de Processo Civil, apenas não compõem o objeto da coisa julgada «os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença» (inc. I), e «a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença» (inc. II).

Interessa, no presente ensaio, investigar os requisitos que autorizam a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, em particular o contraditório. Como se pode depreender da leitura do texto legal os requisitos exigidos para que a coisa julgada ultrapasse os limites do dispositivo da sentença são os seguintes: I) extensão da coisa julgada apenas às questões prejudiciais que foram decididas de maneira expressa pelo julgador; II) o juiz deve ser competente para conhecer da questão prejudicial; III) a referida extensão não ocorrerá se houver restrições probatórias ou à cognição da questão prejudicial; e além disso, IV) a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais apenas ocorrerá se a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo. Esse é o requisito mais importante para que se proceda a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, pois ele supre

¹⁷ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 4ª ed., Padova, 1936, 907-908. É a ideia de lide parcial e lide total, bem desenvolvida por CARNELUTTI.

um dos fundamentos suscitados por BARBOSA MOREIRA em favor da tese restritiva da coisa julgada: a falta de pedido expresse de julgamento por uma das partes da questão prejudicial. Parece claro que mencionada extensão só ocorrerá se o contraditório em torno da questão prejudicial tiver sido prévio e efetivo. Não basta, portanto, o contraditório meramente potencial. A coisa julgada apenas se estenderá às questões prejudiciais se as partes efetivamente deliberarem a seu respeito. O contraditório prévio e efetivo supre a ausência de pedido expresse da parte de resolução da questão prejudicial em caráter definitivo e legitima a imutabilidade de uma decisão, pois pressupõe a participação das partes pelo exercício de todos os seus poderes e faculdades processuais na construção da decisão jurídica.

3. – A atividade de justificação das decisões judiciais acompanha o contexto sociocultural em que inserido o procedimento estatal de resolução de controvérsias. Na atual configuração dos Estados Democráticos de Direito, em que estão consagrados direitos humanos de primeira, segunda e terceira gerações, por conta da função bloqueadora desempenhada pelo princípio do contraditório, com o seu reconhecimento como requisito para extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.

Abstract

EXTENSION OF THE LIMITS OF *RES JUDICATA* TO PREJUDICIAL QUESTIONS

Il saggio si confronta con il tema dell'estensione dei limiti oggettivi del giudicato, quale dettato dal codice di procedura civile brasiliano del 2015, il quale a determinate condizione prevede che l'accertamento copra anche la questioni pregiudiziali.

The essays deals with the topic of the objective limits of res judicata, as regulated by Brazilian code of civil procedure, as amended in 2015, which provides that, at certain conditions, res judicata covers the prejudicial questions.

L'IMPOSTA DI SOGGIORNO: VINCOLO OD OPPORTUNITÀ PER IL SETTORE TURISTICO?

CATERINA FERRARIO
*Professore associato
nell'Università di Ferrara*

SOMMARIO 1. – La tassazione dei flussi turistici. – 2. – Il settore turistico nell'economia italiana. – 3. – La tassazione dei flussi turistici in Italia. – 4. – Imposta di soggiorno e finanza locale. – 5. – L'impatto dell'imposta di soggiorno sul settore turistico.

1. – Molti sono gli strumenti tributari che colpiscono, direttamente o indirettamente, il settore turistico¹. In particolare, merita menzione la tassazione dei flussi turistici². Tributi appartenenti a quest'ultima tipologia sono ampiamente diffusi a livello internazionale³ e spesso finanziano i livelli di governo locale, come avviene anche nel caso italiano con l'imposta di soggiorno ed il contributo di sbarco.

In Italia l'imposta di soggiorno è stata introdotta come tributo proprio comunale nel quadro del modello di federalismo fiscale scaturito dalla legge 42/2009 di delega al Governo in attuazione dell'art. 119 Cost. Essa, tuttavia, non è imposta nuova nel sistema tributario italiano: un tributo simile aveva già trovato applicazione dal 1910 al 1989, e successivamente Trentino-Alto Adige e Sardegna hanno adottato questa imposta per un limitato periodo di tempo. Nel contesto del federalismo fiscale, l'imposta di soggiorno è un valido strumento di autonomia finanziaria per gli enti locali, tanto più rilevante in conseguenza della contrazione delle entrate derivanti dall'imposizione immobiliare. Infatti, sebbene quest'ultima rappresenti il perno dell'autonomia finanziaria dei Comuni italiani, recenti interventi legislativi ne hanno ridimensionato il contributo al complesso delle entrate proprie comunali. Infine, la riduzione dei trasferimenti erariali e i vincoli all'indebitamento degli enti locali rendono tanto più necessaria una fonte aggiuntiva di entrata.

¹ Per una rassegna, si vedano OCSE, *Tourism Trends and Policies 2014*, Parigi, 2014; UNWTO, *Tourism market trends Europe*, Madrid, 1998; EUROPEAN COMMISSION, *The Impact of Taxes on the Competitiveness of European Tourism*, Bruxelles, 2017.

² Ad esempio, l'imposta di soggiorno (*tourist tax*), le tasse per i visti d'ingresso, le tasse aeroportuali, gli strumenti di *road pricing*.

³ OCSE, *Tourism Trends and Policies 2014*, cit., UNWTO, *Tourism market trends Europe*, cit.

Le potenzialità di gettito dell'imposta di soggiorno non sono irrilevanti nel contesto italiano, dove gran parte del territorio è caratterizzato da una significativa vocazione turistica. Inoltre, sotto un profilo economico, l'imposta possiede alcune proprietà desiderabili per un tributo locale: permette la compensazione delle esternalità negative derivanti dai fenomeni turistici e consente il finanziamento di servizi per il turismo. Infine, sotto il profilo politico è imposta poco "visibile"⁴: colpisce i non residenti, che non hanno possibilità di esprimersi a livello locale tramite il meccanismo di voto. Pertanto la sua introduzione è più facile con riferimento alle ripercussioni sul consenso politico-elettorale. A fronte dell'introduzione dell'imposta di soggiorno, si manifesta però un potenziale conflitto tra due obiettivi, quello di finanziare gli enti locali, in misura adeguata e con strumenti tributari opportuni, e quello di non deprimere i flussi turistici, per evitare impatti negativi sulla *performance* del settore turistico. In questo lavoro vengono presentate alcune riflessioni su entrambi questi aspetti, mettendo in evidenza come l'imposta di soggiorno non crei conflitti, ma possa anzi essere strumento appropriato sia per il finanziamento dei Comuni che per la promozione dei flussi turistici. La trattazione è preceduta da alcuni elementi utili ad inquadrare il settore turistico nel contesto dell'economia italiana.

2. – Il settore turistico rappresenta una voce importante nel PIL italiano. Nel 2017 le attività turistiche hanno contribuito direttamente al PIL dell'Italia per il 6% e nel settore turistico ha trovato lavoro circa il 6% degli occupati del Paese⁵. Il contributo del turismo internazionale è significativo e l'Italia ha saputo mantenere la propria quota di mercato in un contesto di costante espansione del fenomeno a livello globale. La bilancia turistica dei pagamenti, storicamente in attivo, nel 2017 ha riportato un saldo netto positivo di 14.598 milioni di euro, pari allo 0,9% del PIL⁶. L'offerta ricettiva italiana è costituita da circa 178 mila esercizi ricettivi, di cui il 18,6% sono esercizi alberghieri, e il restante 81,4% sono esercizi complementari (per oltre la metà alloggi in affitto)⁷. La pandemia COVID-19 ha colpito il settore turistico più duramente che altri, nel biennio 2020-2021 questo comparto ha sofferto una più marcata contrazione del fatturato e un maggior

⁴ Secondo la riflessione sul concetto di *tax salience* proposta da E. BRACCO – F. PORCELLI – M. REDOANO, *Political competition, tax salience and accountability: Theory and evidence from Italy*, in *European Journal of Political Economy*, 58, 2019, 133 ss., spec. 138.

⁵ ISTAT (2020), *Conto satellite del turismo in Italia, anno 2017*, Roma, 2020.

⁶ E. BREDA – R. CAPPARIELLO – V. ROMANO, *Il turismo internazionale in Italia: recenti tendenze, domanda potenziale e confronto con i principali concorrenti europei*, in *Banca d'Italia – Questioni di Economia e Finanza*, Occasional Paper 475, 2018.

⁷ OSSERVATORIO NAZIONALE DEL TURISMO, *Turismo in cifre 1*, Roma, 2018.

deterioramento delle condizioni occupazionali rispetto ad altri settori⁸. In parte questo è la conseguenza della forte dipendenza del comparto dalla mobilità internazionale e dall'afflusso di turisti stranieri. È proprio la quota di valore aggiunto legata al turismo internazionale ad essere crollata negli anni 2020-2021 a causa dell'intensa flessione delle presenze straniere⁹. Tuttavia, il volume significativo del turismo interno ha confermato la vitalità di questo settore dell'economia, sebbene sia stato colpito più di altri dagli effetti della contrazione degli spostamenti interni e dalle limitazioni alle occasioni di socialità.

3. – La tassazione dei flussi turistici non è elemento di novità nel sistema tributario italiano¹⁰. Il primo esempio si ebbe con la legge n. 863/1910¹¹, che conferì ai Comuni nel cui territorio fossero presenti stabilimenti idroterapici, ovvero stazioni balneari o climatiche, la facoltà di introdurre un'imposta di soggiorno a carico dei soggetti soggiornanti nel Comune per almeno cinque giorni a scopo di cura. Il gettito era vincolato al finanziamento delle spese per lo sviluppo delle stazioni climatiche o balneari, attraverso opere di miglioramento, ampliamento o semplice abbellimento¹². Negli anni successivi alla sua introduzione, la disciplina del tributo subì alcune modificazioni, fino all'approvazione del r.d.l. n. 1926/1938¹³, che istituì l'imposta di soggiorno, di cura e turismo, estendendo l'applicazione del tributo a tutte le località di interesse turistico¹⁴. Il gettito era prevalentemente destinato alla locale azienda autonoma per il turismo (o

⁸ C. DEMMA, *Il settore turistico e la pandemia di COVID-19*, Banca d'Italia, Note Covid-19, Roma, 28 settembre 2021.

⁹ V. DELLA CORTE – C. DORIA – G. ODDO, *The impact of Covid-19 on international tourism flows to Italy: evidence from mobile phone data*, in Banca d'Italia – *Questioni di Economia e Finanza*, Occasional Papers 647, Roma, 2021.

¹⁰ 13 Così A. GIOVANNINI, *Sul federalismo fiscale che non c'è*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 1305 ss., spec. 1308: «(...) quanto alle disposizioni del d.lgs. n. 23 sulla finanza comunale, (...) disciplinano fattispecie impositive solo apparentemente nuove, ma che in realtà ripropongono ipotesi già note all'ordinamento, sebbene perse nel buio della storia (mi riferisco all'imposta di soggiorno (...))».

¹¹ L. 11 dicembre 1910, n. 863 che dà facoltà ai Comuni di istituire una tassa di soggiorno.

¹² Art. 2 l. 863/1910.

¹³ R.d.l. 24 novembre 1938, n. 1926 recante «Modificazioni concernenti l'ordinamento della imposta di soggiorno, di cura e turismo», convertito in l. 2 giugno 1939, n. 739.

¹⁴ Come definite da decreto del Ministro per l'Interno, di concerto con il Ministro delle Finanze e con il Ministro della Cultura popolare (art. 6, r.d.l. 1926/1938).

al Comune in caso di assenza di quest'ultima¹⁵). L'imposta di soggiorno, di cura e turismo venne abolita nel 1989¹⁶.

In seguito, alcune esperienze circoscritte di tassazione del turismo si verificarono in Trentino-Alto Adige ed in Sardegna, regioni dotate di autonoma potestà legislativa in materia di imposizione sul turismo¹⁷. In Trentino-Alto Adige l'imposta di soggiorno venne introdotta nel 1976 e si applicava in tutti i Comuni¹⁸. Fu abrogata nel 1995 in Alto Adige¹⁹ e nel 2001 in Trentino²⁰. In Sardegna il tributo, introdotto nel 2007 insieme ad altre misure ricomprese nella cosiddetta "tassa sul lusso"²¹ (poi dichiarate incostituzionali²²), poteva essere applicato dai Comuni nel periodo estivo. Fu soppresso nel 2009. Nel 2010 il Comune di Roma introdusse un "contributo di soggiorno" a carico dei fruitori delle strutture ricettive presenti nel territorio del Comune²³. L'anno successivo questa misura venne estesa a livello nazionale per i Comuni turistici.

¹⁵ Art. 7 r.d.l. 1926/1938.

¹⁶ Art. 10, comma 1°, d.l. 2 marzo 1989, n. 66 recante «Disposizioni urgenti in materia di autonomia impositiva degli enti locali e di finanza locale», convertito in l. 24 aprile 1989, n. 144.

¹⁷ V.A. MAGLIARO, *L'imposta di soggiorno nelle Regioni a statuto speciale*, in *Rivista italiana di diritto del turismo*, 2012, 5 ss.

¹⁸ L. regionale, 29 agosto 1976, n. 10 recante «Disciplina dell'imposta di soggiorno».

¹⁹ Legge provinciale, 16 dicembre 1994, n. 12 recante «Soppressione dell'imposta di soggiorno in esercizi ricettivi, di cui al titolo I della legge regionale, 29 agosto 1976, n. 10, e successive modifiche».

²⁰ Art. 33 legge provinciale, 22 marzo 2001, n. 3 recante «Misure collegate con la manovra di finanza pubblica per l'anno 2001».

²¹ Essa includeva, oltre all'imposta di soggiorno, l'imposta regionale sulle plusvalenze dei fabbricati adibiti a seconde case (art.2 l.r. n.4/2006 come sostituito dall'art.3, comma 1° legge regionale n. 2/2007), l'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico (art.3 l.r. n.4/2006 come sostituito dall'art.3, comma 2° legge regionale n. 2/2007) e l'imposta regionale sugli aeromobili ed unità di diporto (art.4 l.r. n.4/2006 come sostituito dall'art.3, comma 3° legge regionale n. 2/2007).

²² La Sentenza n. 102 del 15 aprile 2008 ha rilevato l'incostituzionalità dell'imposta sulle plusvalenze e dell'imposta sulle seconde case ad uso turistico, mentre ha sospeso il giudizio sull'imposta sullo scalo degli aeromobili e imbarcazioni in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia. Ha invece giudicato legittima l'imposta di soggiorno. Per un commento, si veda G. FALSITTA, *Le imposte della regione Sardegna sulle imbarcazioni ed altri beni di "lusso" nelle "secche" dei parametri costituzionali e comunitari*, in *Corr. giur.*, 2008, 89 ss.

²³ Deliberazione dell'Assemblea Capitolina del 22/23 dicembre 2010, n. 38, di adozione del Regolamento sul contributo di soggiorno nella Città di Roma Capitale, come consentito dal d.l., 31 maggio 2010, n. 78 recante «Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica», convertito con modificazioni dalla l., 30 luglio 2010, n. 122.

Nel quadro del modello di federalismo fiscale scaturito dalla legge n. 42/2009 di delega al Governo in attuazione dell'art. 119 Cost., il d.lgs. n. 23/2011 relativo al federalismo fiscale municipale introdusse l'imposta di soggiorno a carico dei non residenti che soggiornano nelle strutture ricettive per i Comuni capoluogo di provincia, per le Unioni di Comuni e per i Comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o delle città d'arte e da quelli che hanno sede giuridica nelle isole minori o quelli nel cui territorio insistono isole minori²⁴. Nel 2012 è stata poi introdotta la facoltà per i Comuni che hanno sede giuridica nelle isole minori o quelli nel cui territorio insistono isole minori di istituire, in alternativa all'imposta di soggiorno, un contributo di sbarco a carico dei non residenti che vi approdano²⁵. Per entrambi i tributi è previsto un vincolo di destinazione del gettito. Nel caso dell'imposta di soggiorno, i proventi devono essere destinati al finanziamento di «interventi in materia di turismo, ivi compresi quelli a sostegno delle strutture ricettive, nonché interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, nonché dei relativi servizi pubblici locali»²⁶. Il gettito del contributo di sbarco deve essere utilizzato per «interventi di raccolta e smaltimento dei rifiuti, gli interventi di recupero e salvaguardia ambientale nonché interventi in materia di turismo, cultura, polizia locale e mobilità nelle isole minori»²⁷. Sebbene il gettito di entrambi i tributi sia soggetto a vincolo di destinazione, i due tributi si differenziano dall'imposta di scopo per tre ordini di ragioni. *In primis*, il soggetto passivo è solo un potenziale destinatario, e non in maniera esclusiva, dell'intervento finanziato con le somme introitate; *in secundis*, è definito il solo ambito di spesa e non lo specifico intervento né l'entità della spesa per ciascun intervento. Infine, il vincolo di gettito non rientra nella fattispecie imponibile. Pertanto, non è prevista la restituzione delle somme introitate nel caso esse venissero utilizzate per finalità diverse da quelle previste dalla norma di legge.

Per quanto riguarda la diffusione di questi strumenti tributari, nel 2018 997 Comuni avevano introdotto l'imposta di soggiorno (con un andamento

²⁴ L'ammontare dell'imposta e le esenzioni sono definiti dalle singole amministrazioni comunali con propri regolamenti.

²⁵ Introdotto come "imposta di sbarco" dal d.lgs. n. 23 del 2011 (art. 4, comma 3-bis, inserito dall'articolo 4, comma 2-bis, del d.l. n. 16 del 2012 recante «Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento»), poi modificata dal art. 33 della l., 28 dicembre 2015, n. 221 «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali», che ha anche modificato la denominazione in "contributo di sbarco".

²⁶ D.lgs. n. 23/2011, art. 4, comma 1°.

²⁷ L. n. 221/2015, art. 33.

crescente nel tempo) e 23 il contributo di sbarco, per un totale di 1020 Comuni, pari a circa il 13% dei Comuni italiani²⁸. Per quanto riguarda i criteri di definizione dell'elenco di Comuni a vocazione turistica che possono applicare l'imposta di soggiorno, le regioni hanno fatto scelte molto diversificate²⁹. Alcune hanno addirittura avanzato la proposta di individuare tutti i Comuni della regione come Comuni turistici o città d'arte (Lombardia, Veneto, Abruzzo). Tuttavia, il TAR della Lombardia³⁰ ha sancito che la Regione non può qualificare indistintamente come "località turistica" o "città d'arte" tutti i Comuni che la compongono e ha pertanto annullato la delibera della giunta regionale della Lombardia n. 145/2018 che riconosceva indistintamente a tutti i Comuni lombardi la qualifica di località turistica o città d'arte. Al contrario, secondo la lettera dell'articolo 4 del d.lgs. n. 23/2011 l'elenco dei Comuni che possono istituire l'imposta di soggiorno deve essere redatto in seguito ad un'istruttoria volta a verificare se i Comuni siano o meno meritevoli della qualifica di "località turistica" o "città d'arte". Secondo autorevoli commentatori, molti dei problemi applicativi discendono dalla disciplina del tributo, come contenuta nell'art. 4 del d.lgs. n. 23/2011, che presenta criticità e lacune³¹.

4. – La tassazione dei flussi turistici appare elemento rilevante per le finanze comunali, tra i pochi strumenti di autonomia impositiva a disposizione dei Comuni.

La riforma del Titolo V della Costituzione ha sancito l'autonomia finanziaria degli enti locali. In particolare, l'art. 119, primo comma, della Costituzione stabilisce che «i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci (...)». Le risorse derivanti dalle entrate proprie dei Comuni dovrebbero pertanto costituire la principale forma di finanziamento di tali enti, residuando al ruolo statale i fondi perequativi e gli interventi speciali.

²⁸ FEDERALBERGHI, *L'imposta di soggiorno in sintesi*, in *Osservatorio sulla fiscalità locale*, 2019, 3.

²⁹ V. FERRI, *L'imposta di soggiorno, la finanza dei Comuni e il ruolo delle Regioni*, in G. BERNABEI – G. MONTANARI (eds.), *Regionalismo differenziato e coordinamento della finanza pubblica*, Padova, 2019, 263 ss.

³⁰ TAR Lombardia, 17 dicembre 2020, n. 2525.

³¹ Per una disamina, si veda G. BERETTA, *L'imposta di soggiorno. Amnesie legislative ed esigenze di riforma nell'era della sharing economy*, in *Università Carlo Cattaneo - LIUC, Working paper 3*, 2017.

Tuttavia, i numerosi interventi susseguiti, soprattutto a partire dal 2008, sulla tassazione immobiliare³² hanno ridotto l'autonomia tributaria dei Comuni, anche per la sostituzione di entrate da tassazione immobiliare con trasferimenti statali, ad esempio a seguito dell'abolizione della Tasi sulla prima casa³³. Così, nonostante le previsioni della Costituzione, l'effettivo grado di autonomia tributaria dei Comuni appare ridotto³⁴. Inoltre, le risorse a disposizione dei Comuni si sono contratte in anni recenti, principalmente per due ordini di ragioni: il blocco dell'autonomia impositiva, come disposto dalla legge, 28 dicembre 2015, n. 208, al fine di contenere la pressione tributaria³⁵ e i vincoli all'indebitamento degli enti locali³⁶.

In questo quadro, l'imposta di soggiorno garantisce ai Comuni margini di manovrabilità delle proprie entrate e, inoltre, contribuisce all'efficienza del sistema di imposizione.

Secondo la Banca d'Italia, nel 2016 il gettito da imposta di soggiorno è stato pari a 376 milioni di euro, circa il 4% delle entrate tributarie degli enti interessati³⁷. In effetti è stato rilevato che «Nei Comuni a maggiore vocazione turistica le entrate da imposta di soggiorno sono state talvolta in grado di generare un gettito doppio rispetto a quello dall'addizionale comunale all'Irpef (...): questi enti includono perlopiù piccole località specializzate nel

³² *In primis* l'esclusione della prima casa non di lusso dalla base imponibile dell'ICI nel 2008 (art. 1, d.l., 27 maggio 2008, n. 93 recante «Disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie») e poi dell'IMU nel 2013 (l., 27 dicembre 2013, n. 147 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»).

³³ La Tasi (Tassa sui servizi indivisibili), istituita dalla l., 27 dicembre 2013, n. 147 «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (Legge di stabilità 2014), venne abrogata con la Legge di Bilancio 2020 (l., 27 dicembre 2019, n. 160, «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022»).

³⁴ L. SALVINI, *Il federalismo fiscale municipale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 585 ss.: «(...) il federalismo municipale delineato da questo decreto appare di stampo assai centralistico e conservativo (...) l'autonomia impositiva dei comuni si prospetta assai esigua, con riferimento sia alla manovra sulle aliquote e alle esenzioni nell'Imup, sia alla facoltà di attivare ulteriori tributi propri».

³⁵ La legge n. 208/2015 ha sospeso per il 2016 la facoltà di istituire l'imposta di soggiorno e di aumentarne le aliquote, laddove l'imposta era già in vigore. Nel 2017 il blocco è stato rimosso per l'imposta di soggiorno e il contributo di sbarco, rispettivamente dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96 del d.l., 24 aprile 2017, n. 50 e dalla legge di conversione 27 febbraio 2017, n. 19 del d.l. 30 dicembre 2016, n. 244.

³⁶ Art. 204, comma 1°, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» e s.m.i.

³⁷ L. CONTI – E. GENNARI – F. QUINTILIANI – R. RASSU – E. SCERESINI, *L'imposta di soggiorno nei Comuni italiani*, in *Bank of Italy Occasional Papers* 453, Roma, 2018, 13.

turismo balneare nel Mezzogiorno e nel turismo lacuale, montano e balneare nel Centro Nord»³⁸.

Sotto un profilo economico³⁹, l'imposta di soggiorno appare giustificata come tributo ambientale, che ha cioè finalità di correzione delle esternalità negative prodotte dal turismo, quali possono discendere dall'uso di risorse e servizi locali, congestione, inquinamento, produzione di rifiuti, *etc.* In questo senso, essa permette l'internalizzazione delle esternalità negative del turismo: consente cioè di far pagare ai turisti i costi aggiuntivi legati al loro soggiorno in un territorio. In tal modo dovrebbe consentire di raggiungere un livello ottimale di consumo delle risorse locali. Inoltre, questo tributo risponde, anche se solo parzialmente, al principio del beneficio: sono infatti chiamati al pagamento dell'imposta coloro che fruiscono di beni e servizi pubblici⁴⁰. In questa prospettiva, l'imposta di soggiorno garantisce anche l'equità distributiva del prelievo tra turisti e residenti⁴¹. Tuttavia, tributi locali che colpiscono soggetti passivi che risiedono in altre giurisdizioni violano il principio di *no taxation without representation*, ovvero colpiscono una platea di soggetti passivi che non hanno diritto di voto, con la conseguenza che si aprono spazi per una possibile eccessiva espansione della spesa pubblica⁴².

5. – Sebbene l'introduzione di tributi sui flussi turistici (imposta di soggiorno e contributo di sbarco) abbia connotazioni positive per i Comuni sotto il profilo economico-finanziario, tuttavia è opportuno valutare questa scelta anche in relazione all'impatto sul settore turistico. In Italia, come illustrato sopra, il turismo è un importante comparto dell'economia, e l'impatto dell'imposizione sui flussi turistici è dunque rilevante per il complessivo sistema economico del paese. È pertanto opportuno verificare che tali tributi non distorcano i flussi turistici, ovvero non determinino una riduzione del turismo e, conseguentemente, anche del gettito e delle risorse

³⁸ L. CONTI – E. GENNARI – F. QUINTILIANI – R. RASSU – E. SCERESINI, *L'imposta di soggiorno nei Comuni italiani*, cit., 14.

³⁹ L. CONTI – E. GENNARI – F. QUINTILIANI – R. RASSU – E. SCERESINI, *L'imposta di soggiorno nei Comuni italiani*, cit., 6.

⁴⁰ Ne beneficiano però anche i residenti, da qui la considerazione che il principio del beneficio è rispettato solo "parzialmente".

⁴¹ Tra gli strumenti di tassazione sul turismo, l'imposta di scopo può essere lo strumento più idoneo a carico dei soggetti residenti, mentre l'imposta di soggiorno si addice piuttosto ai soggetti non residenti. Così rileva LA SCALA, *Elementi ricostruttivi dell'"imposizione sul turismo": opportunità e limiti nel contesto del c.d. federalismo fiscale*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 953 ss.

⁴² L'espansione della spesa consegue dall'aumento delle entrate perché chi subisce il prelievo impositivo, non essendo residente, non ha la possibilità di esprimersi attraverso il voto per una limitazione del prelievo.

che i Comuni possono attivare per interventi a favore del turismo stesso. Questo al fine di assicurare che non si generi un controproducente effetto a catena: introduzione dell'imposta, riduzione dei flussi turistici, riduzione del gettito, riduzione degli interventi a favore del turismo, ulteriore riduzione dei flussi turistici. Su questi temi si è sviluppato un ampio dibattito⁴³, e tuttavia non esistono al momento attuali solide evidenze empiriche che l'imposta distorca i flussi turistici. Solo uno studio condotto su alcune città italiane nel periodo 2006-2011, ha mostrato che l'introduzione dell'imposta di soggiorno non ha alcun effetto sul turismo internazionale, mentre invece può determinare una lieve contrazione del turismo interno, spesso a favore di Comuni limitrofi dove l'imposta non trova applicazione⁴⁴. D'altronde, l'esigua entità dell'imposta di soggiorno, in valore assoluto ed in percentuale sulla spesa di soggiorno del turista, non può modificare sensibilmente una domanda che non è perfettamente elastica. Anche la distorsione delle scelte di alloggio a favore di Comuni limitrofi che non applicano l'imposta appare fenomeno poco probabile. Ha infatti razionalità economica solo se i Comuni sono tra loro perfetti sostituti e se non vi è un interesse a visitare poi il territorio dell'ente che applica l'imposta: in tal caso il risparmio d'imposta ottenuto grazie al soggiorno dove il tributo non è applicato verrebbe annullato dalle maggiori spese di trasporto e costi di spostamento per raggiungere il Comune di interesse.

Al contrario, molti autorevoli studiosi hanno invece sottolineato come nel caso di introduzione del tributo, le maggiori risorse a disposizione dei Comuni e la possibilità di investire in beni e servizi rivolti al turismo possa aumentare l'attrattività dei territori che introducono il tributo e generare un effetto positivo sui flussi turistici, un vero e proprio "volano" per il turismo⁴⁵. Secondo un'indagine di Federalberghi⁴⁶, le risorse ricavate dai Comuni sono state effettivamente impiegate per servizi che favoriscono il turismo. Con riferimento ai dati 2017, ad esempio, Firenze dichiara di destinare il 33,8% delle entrate al trasporto pubblico, il 13,6% al Maggio Musicale Fiorentino, il 9,2% ad alcune istituzioni cittadine, tra cui l'istituto Viesseux e la fondazione Palazzo Strozzi, il 3,5% ai servizi di informazione e promozione turistica. Il Comune di Venezia destina il 45,7% del gettito ad interventi in materia di turismo, il 30,2% alla manutenzione ed al recupero

⁴³ L. CONTI – E. GENNARI – F. QUINTILIANI – R. RASSU – E. SCERESINI, *L'imposta di soggiorno nei Comuni italiani*, cit., 15.

⁴⁴ B. BIAGI – M.G. BRANDANO – M. PULINA, *Tourism taxation: A synthetic control method for policy evaluation*, in *International journal of tourism research*, 2017, 505 ss.

⁴⁵ S. SERGIO, *L'imposta di soggiorno: un volano per il turismo?* in *Federalismi*, 2019; L. CONTI – E. GENNARI – F. QUINTILIANI – R. RASSU – E. SCERESINI, *L'imposta di soggiorno nei Comuni italiani*, cit.

⁴⁶ FEDERALBERGHI, *L'imposta di soggiorno in sintesi*, cit.

dei beni culturali e il 19,2% ai beni ambientali. A Bologna, il 25,7% del gettito è impiegato per la promozione turistica della città, il 18,8% per la gestione dei musei comunali, il 13,3% per i teatri, il 10,9% per attività culturali e l'8,1% per le biblioteche. Come utilizza il 37,0% del gettito per lavori di illuminazione dei giardini al lago ed il 39,6% per interventi di tipo turistico culturale. A Rimini, il 26,8% del gettito è destinato alla gestione del verde pubblico, il 23,3% alla viabilità, il 20,9% alle manifestazioni culturali e l'11,4% a fognature ed altri servizi. A Riccione, l'imposta di soggiorno è stata utilizzata per pagare la rata del mutuo contratto per la costruzione del Palacongressi. L'imposta di soggiorno, vista quindi su larga scala, è una risorsa che consente di migliorare i servizi e può divenire fattore di incremento dell'attrattività turistica dei Comuni.

La stessa struttura dell'imposta contiene al suo interno gli incentivi per un suo impatto favorevole sul turismo. L'imposta infatti è pagata dal turista e non dalla cittadinanza o dal gestore delle strutture ricettive (che ha solo l'onere di riversarla all'ente locale). Le risorse così raccolte hanno destinazione vincolata al miglioramento dei servizi al turismo. Tuttavia, di questi miglioramenti si avvantaggia evidentemente la cittadinanza tutta. Così avviene ad esempio nel caso di impiego per il potenziamento dei servizi di trasporto pubblico o di investimenti per la manutenzione ed il recupero dei beni culturali, o ancora per la realizzazione di eventi culturali, museali, teatrali, e per tutta l'ampia gamma di attività a cui gli enti hanno la facoltà di destinare il gettito dell'imposta. Vi è quindi un evidente incentivo per le amministrazioni locali e per la cittadinanza ad un uso proficuo delle somme introitate per valorizzare il territorio e migliorare i servizi, con un "doppio dividendo": vantaggi per la cittadinanza e incremento dell'attrattività del territorio per i flussi turistici in entrata. Il circolo virtuoso si chiude perché maggiori flussi turistici determinano maggiori entrate che consentono nuove possibilità di investimento e migliorie per le amministrazioni locali.

Abstract

THE TOURIST TAX:

CONSTRAINT OR OPPORTUNITY FOR THE TOURISMS SECTOR?

L'imposta di soggiorno è importante strumento di autonomia finanziaria per i Comuni italiani e possiede proprietà desiderabili sotto il profilo economico. Tuttavia, il suo impatto sui flussi turistici non è irrilevante, anche in considerazione del significativo contributo del settore turistico al PIL italiano. Questo lavoro presenta alcune riflessioni su entrambi questi aspetti, mettendo in evidenza come l'imposta di soggiorno non crei conflittualità ma anzi sia strumento appropriato non solo per il

finanziamento dei Comuni nel quadro del federalismo fiscale, ma anche per la promozione dei flussi turistici.

The tourist tax significantly contributes to the financial autonomy of Italian local governments and it shows desirable properties under an economic perspective. However, it is worth considering its impact on tourism, specifically in Italy, where the contribution of the tourism sector to total GDP is considerable. In this paper we present some reflections on both these issues, providing evidence that the local tourism tax does not create conflicts between the two opposite objectives. Conversely, it is an appropriate tool for local government financing within the fiscal federalism framework and it fosters tourism.

**LA TUTELA DEGLI ACQUISTI DALL'EREDE APPARENTE.
UN BREVE PROFILO STORICO-COMPARATISTICO***

PAOLO RONDINI
Professore associato
nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO – 1. Il modello francese del 1804. – 1.1. Gli obblighi dell'erede apparente verso il vero erede. – 1.2. La condizione dei terzi contraenti. – 2. Il Codice Civile italiano del 1865. – 2.1. La buona o mala fede dell'erede apparente. – 2.2. I diritti dei terzi. – 3. La variante tedesca: il *Bürgerliches Gesetzbuch* del 1900. – 4. La lunga resilienza di tre archetipi diversi ma non contrastanti.

1. – La disciplina civilistica in materia di acquisti dall'erede apparente in vigore in Italia è delineata all'articolo 534 del codice del 1942, che riproduce – grosso modo – il dettato dell'articolo 933 del codice promulgato nel 1865¹. Poco dopo la metà dell'Ottocento, infatti, il primo codice civile dell'Italia unita sanciva già il principio secondo cui l'erede del *de cuius* non avrebbe potuto agire in giudizio per contestare i «diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso», stipulate in buona fede con l'erede apparente. Inoltre, l'articolo 933 non estendeva la tutela assicurata ai terzi in buona fede anche alle ipotesi di negozi a titolo gratuito, perché in tali casi si

* L'articolo è una sintesi tradotta in lingua italiana, riveduta e aggiornata in diverse parti, di un più ampio contributo dal titolo *Notes on the Bonae Fidei Possessio Pro Herede in the Civil Law Systems (19th–20th Centuries)* pubblicato in M.G. DI RENZO VILLATA (Ed.), *Succession Law, Practice and Society in Europe across the Centuries*, Cham, 2018, 611-640.

¹ Ai sensi dei commi 2 e 3 dell'articolo 933 il legislatore del 1865 statuiva che «Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato. L'erede apparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale». L'articolo 534 del codice del 1942 prevede, invece, che «L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo. Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede. La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente».

trattava di privilegiare il vero erede, che avrebbe subito sicuramente un danno rispetto a chi avesse lamentato solo un mancato vantaggio.

L'unica rilevante differenza fra le disposizioni dei due articoli testé citati si può ravvisare nella circostanza che nel XIX secolo non era previsto alcun obbligo di eseguire formalità pubblicitarie in merito di trascrizione nei pubblici registri, neppure con riferimento ai beni immobili.

Le scelte compiute dal legislatore italiano del 1865 furono il frutto di un acceso dibattito, che era iniziato agli albori dell'età della codificazione in Francia, ma che ben presto aveva coinvolto anche i giuristi della nostra penisola e quelli dell'area mitteleuropea, poiché in molti si interrogavano in relazione all'efficacia degli atti di disposizione del patrimonio ereditario posti in essere dall'erede apparente e se vi fossero ragioni equitative per riservare uno speciale riguardo in favore di coloro che fossero stati tratti in errore nel compiere negozi giuridici con lui².

In particolare, due erano le questioni più dibattute: quali erano i diritti che il vero erede poteva vantare nei confronti di quello apparente, nel caso in cui quest'ultimo fosse stato o meno in buona fede? E quali pretese poteva avanzare il vero erede nei confronti di un terzo che avesse acquisito dei diritti sui beni ereditari?

² Fra i più autorevoli giuristi francesi del tempo si vedano le opere di: J.B.A. HUREAUX, *Traité du droit de succession*, III, Paris-Charleville, 1868; F. LAURENT, *Principes de Droit Civiles*, 9, Paris-Bruxelles, 1873; A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité en droit moderne*, Bruxelles, 1873; L. CRÉMIEU, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 9, 1910, 38–82. Per quanto concerne, invece, la scienza giuridica italiana, si rinvia – a titolo esemplificativo – ai lavori di: L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, III, Parte Prima, Torino, 1871; A. TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti*, II, Roma-Torino-Firenze, 1878; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica dell'erede apparente e degli atti compiuti dal medesimo coi terzi. Appendice V*, in F. LAURENT, *Principii di diritto civile. Prima traduzione italiana dell'Avv. Giuseppe Trono con raffronti ed appendici dei più illustri giuristi italiani concernenti la legislazione e la giurisprudenza*, 9, Napoli-Roma-Milano, 1881; U. CONTRI, *L'erede apparente di buona fede*, Firenze, 1902; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente nel codice civile italiano*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, 73, 1904, 247–304; G. BRUNETTI, *L'erede apparente*, in G. BRUNETTI, *Scritti giuridici vari*, Torino, 1915, 213–277; G. SANTORO, *Appunti sulla teoria dell'erede apparente*, Grottaferrata, 1922; R. MIDIRI, *L'erede apparente e i diritti dei terzi con lui contrattanti*, in *Rivista di diritto civile*, 22, 1930, 313–364; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, Padova, 1932. Con riferimento, infine, alle opinioni di alcuni fra i più eminenti autori di lingua tedesca cfr.: E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. II, Berlin, 1904; H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, V, *Deutsches Erbrecht*, Halle, 1905; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1913; T. KIPP, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, dritte Abteilung. Das Erbrecht*, Warburg, 1921; J. BINDER, *Bürgerliches Recht. Erbrecht*, Berlin, 1923; K. COSAK, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 2, Jena, 1924.

Fino all'inizio del XIX secolo, in tutti i paesi del continente i principi regolatori di questi rapporti rimasero sostanzialmente immutati, perché desunti dalle disposizioni dello *ius commune*. Per tutto il Medio Evo e nel corso della successiva età moderna, infatti, il problema degli atti di gestione compiuti dall'erede apparente fu sempre affrontato attenendosi ai principi del diritto romano estrapolati dal *Corpus Iuris Civilis*³.

Con la promulgazione del *Code civil des français* del 1804 la Francia fu il primo paese a intraprendere la strada che avrebbe dovuto portare al ripudio delle disposizioni più obsolete e inique della legislazione d'*Ancien Régime*. Eppure, il codice napoleonico non conteneva alcuna disposizione in relazione all'erede apparente. La dottrina e la giurisprudenza francesi ritenevano che con riferimento alla sua responsabilità nei confronti del vero erede e dei terzi si dovessero continuare ad applicare le regole di origine romanistica, di volta in volta integrate in relazione ad alcuni aspetti specifici⁴.

1.1 – Secondo il diritto romano, il *possessor pro herede* di mala fede che fosse stato citato in giudizio con la *petitio hereditatis* era obbligato a restituire i beni ereditari nello stato in cui erano allorché se ne fosse impossessato. Di conseguenza, egli doveva consegnare al vero erede anche tutti gli eventuali guadagni ottenuti, risarcirgli ogni danno arrecato e rimborsarlo di quanto avrebbe potuto conseguire se non fosse stato privato del possesso dei beni⁵.

³ L'argomento era stato regolato da un *Senatus Consultum Juventianum*, emanato nel 129 d.C. durante il regno dell'imperatore Adriano e in seguito inserito nel *Digesto* sotto il titolo *De hereditatis petitione*, con l'aggiunta di un commento redatto da Ulpiano (a sua volta estrapolato dal XV libro del commentario *ad Edictum* scritto da tale giurista). Il testo della citata legge romana, suddiviso in diverse parti, si trova in: D. 5.3.20.6, 11–12, 17–21; D. 5.3.22; D. 5.3.23; D. 5.3.25.11, 15–16.

⁴ Cfr. A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, cit., 20-27; L. CRÉMIEU, *De la validité des actes*, cit., 47.

⁵ Per ulteriori ragguagli sull'applicazione dei principi romanistici in età medievale e moderna si vedano: A. FABRUS, *Rationalia in secundam partem pandectarum*, Coloniae Allobrogum, 1626, 297, 306–307, 309; G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare, ovvero il compendio di tutta la legge Civile, Canonica, Feudale, e Municipale nelle cose più ricevute in pratica*, Libro nono, Parte II, Roma, 1673, 47; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum, & praecipuae fori quaestiones excutiuntur*, Tomus Primus, Hagae Comitum, 1716, 403–413; G. NOODT, *Operum omnium Tomus II. continens commentarium in D. Justiniani, sacratissimi principis, libros XXVII Digestorum, sive Pandectarum juris enucleati ex omni vetere jure collecti, editio secunda emendatior*, Lugduni Batavorum, 1735, 180–185; H. DONELLUS, *Commentarii de Iure civili. Editio sexta, quam post obitum Joannis Christophori König in acad. altorfina quondam professoris celeberrimi continuavit D. Carolus Bucher*, Volumen Duodecimum, Liber Nonus Decimus, Norimbergae, 1829, 331–354, 358–364; J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in librum III. Codicis, Ad Tit. XXXI. De*

Il *possessor pro herede* di buona fede, invece, non doveva ottenere alcun vantaggio, ma neppure subire ingiustamente dei danni. Pertanto, egli era obbligato a restituire le cose che formavano l'asse ereditario nello stato in cui si trovavano nel momento in cui fosse stato condannato, nonché a consegnare il lucro eventualmente ottenuto, poiché doveva rispondere nei limiti del suo arricchimento (ad esempio, consegnando il prezzo di ciò che avesse venduto, il profitto ricavato dall'uso dei beni, i frutti e gli interessi incamerati). L'erede apparente in buona fede non era tenuto, però, a risarcire i danni relativi al mancato godimento dei beni o alla loro perdita, consumazione o distruzione: dal momento che aveva creduto di essere il legittimo erede del *de cuius*, egli aveva esercitato quello che riteneva essere il suo diritto di usare tali cose e non poteva subire un ingiusto trattamento⁶.

1.2 – In merito alla condizione dei terzi che avessero acquistato dei diritti per effetto di atti di disposizione compiuti dall'erede apparente, secondo i giuristi francesi si doveva seguire l'antico brocardo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*. Se l'erede apparente avesse trasferito ad altri la titolarità di diritti sui beni ereditari, non vi era alcun dubbio che il vero erede avrebbe potuto agire in giudizio contro di essi con l'azione di rivendica, salvo che ogni vizio non fosse stato nel frattempo sanato (per esempio, dal sopraggiungere dell'usucapione)⁷.

Peraltro, lo *ius commune* contemplava da sempre una specifica deroga nel caso in cui l'erede apparente di buona fede avesse venduto singoli beni facenti parte dell'asse ereditario (ma non l'intera eredità). In tale particolare ipotesi il vero erede non avrebbe potuto esercitare la *rei vindicatio* contro il terzo acquirente per farsi restituire i beni, perché altrimenti quest'ultimo avrebbe potuto ricorrere all'azione di regresso in garanzia contro l'*héritier apparent*, per chiedere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'evizione. E se ciò fosse avvenuto, allora l'erede apparente in buona fede avrebbe subito

Petitione haereditatis, in Jacobi Cujacii *ic. Tolosatis Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. Distributa auctiora atque emendatiora*, Pars Quarta, Tomus Nonus, Prati, 1839, 221–274; R.J. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine da R. G. Pothier con le leggi del Codice e le Novelle che confermano, spiegano, od abrogano le disposizioni delle Pandette*, Venezia, 1833, 536–542; R. J. POTHIER, *Trattato del diritto e del dominio di proprietà*, in *Opere di G. R. Pothier, contenenti i trattati del diritto francese*, Livorno, 1841, 126–138. Fra le fonti della dottrina francese si rinvia, invece, a: F. LAURENT, *Principes*, cit., 587-606, 610-632; A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, cit., 6-18, 20-27; L. CRÉMIEU, *De la validité des actes*, cit., 47.

⁶ Anche su questo punto si rinvia alle osservazioni degli autori citati nella nota precedente.

⁷ Cfr. A. FABRUS, *Rationalia*, cit., 309-312; G.B. DE LUCA, *Il dottor volgare*, cit., 47-48; J. VOET, *Commentarius*, cit., 410–411; H. DONELLUS, *Commentarii*, cit., 355–358; R. J. POTHIER, *Le Pandette*, cit., 530.

proprio quel tipo di lesione patrimoniale che il diritto romano riteneva ingiusto fargli scontare sempre e comunque⁸.

La deroga in questione non poteva trovare applicazione, però, qualora la vendita avesse avuto per oggetto l'intera eredità, perché in tal caso il terzo acquirente sarebbe subentrato *in toto* nel ruolo e nella condizione dell'erede apparente. Ne conseguiva che il terzo sarebbe stato obbligato a restituire ogni cosa al vero erede che lo avesse citato in giudizio, salvo poi rivalersi dei danni subiti contro colui che avesse agito come se fosse il successore del *de cuius*⁹.

Nel qualificare gli effetti degli atti compiuti dall'erede apparente nei confronti dei terzi, oltre a fare riferimento ai principi romanistici testé enunciati la dottrina francese introdusse, poi, l'ulteriore distinzione fra negozi giuridici compiuti a titolo oneroso o gratuito.

Nel caso delle donazioni, ad esempio, si riteneva che tali atti fossero sempre inefficaci nei confronti del vero erede e non si prevedeva alcuna forma di tutela per il terzo donatario, perché non sussisteva il problema di valutare se fosse più opportuno tutelare il *vrai héritier* o preferirgli il terzo in buona fede: quest'ultimo non aveva acquistato un diritto dietro pagamento di una somma di denaro e non avrebbe, quindi, subito un danno patrimoniale ingiusto, qualora fosse stato obbligato a rinunciare a tale diritto in favore del vero erede¹⁰.

Con riferimento, invece, alle compravendite di beni mobili non vi era dubbio che si dovesse applicare il diverso principio sancito all'articolo 2279 del codice civile, secondo cui *possession vaut titre*. Colui al quale fossero stati venduti dei beni mobili da parte di chi non ne era il vero proprietario, ne avrebbe acquistato la proprietà per effetto del semplice fatto di possedere tali beni, se fosse stato in buona fede al momento della consegna e avesse acquistato il bene sulla base di un titolo idoneo al trasferimento della proprietà. Di conseguenza, il vero erede non avrebbe potuto agire in giudizio contro il terzo acquirente di buona fede per rivendicare la proprietà di ciò che fosse stato venduto¹¹.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Del tutto irrilevante, invece, sarebbe stata la buona o cattiva fede del terzo acquirente dei beni ereditari. In merito alla recezione di tali principi nel diritto francese si veda: F. LAURENT, *Principes*, cit., 639-640; A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, cit., 14-17.

¹⁰ In tal senso concordavano: L. CREMIEU, *De la validité des actes*, cit., 68; J.C. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques. Étude de droit privé français*, Caen, 1931, 268-271.

¹¹ Cfr. F. LAURENT, *Principes*, cit., 639; L. CREMIEU, *De la validité des actes*, cit., 47; J.C. LAURENT, *L'apparence*, cit., 236-246.

Più problematico era il caso degli atti di disposizione dei beni immobili a titolo oneroso, come una compravendita, poiché nel corso degli anni erano state formulate diverse teorie.

Secondo un primo orientamento, in assenza di una precisa disposizione di legge, si doveva applicare il principio generale di derivazione romanistica sancito agli articoli 1599 e 2182 del codice: la vendita di cose altrui era nulla e le alienazioni fatte dall'erede apparente dovevano considerarsi sempre prive di efficacia¹².

Un diverso approccio alla questione era quello prospettato da chi riteneva che le alienazioni di immobili effettuate in presenza della buona fede dell'*héritier apparent* e del terzo acquirente, dovessero considerarsi valide per ragioni di equità, dal momento che entrambi i soggetti avevano agito senza avere la consapevolezza di ledere i diritti del vero erede. In tal modo, però, per considerazioni di tipo equitativo si sarebbe legittimata una significativa eccezione all'antico brocardo *nemo plus iuris*, attribuendo piena efficacia a un acquisto della proprietà *a non domino*¹³.

La tesi che infine prevalse fu quella formulata dalla Corte di Cassazione. Secondo i giudici il principio in merito alla nullità della vendita di cosa altrui poteva incorrere in una deroga ogni qualvolta l'erede apparente avesse venduto dei beni immobili a un terzo acquirente che fosse stato in assoluta buona fede, in quanto convinto di avere come controparte il vero erede, a causa di un errore che fosse stato impossibile da evitare per chiunque (cioè un errore *commune* e *invincible* ai sensi del principio *error communis facit ius*). Peraltro, la deroga in questione era applicabile solo se l'*héritier apparent* avesse venduto dei singoli beni ereditari, perché l'articolo 1696 del *Code civil* prevedeva che nel caso della vendita dell'intera eredità il venditore dovesse fornire all'acquirente la specifica garanzia di essere a tutti gli effetti il *vrai héritier*¹⁴.

¹² Di questa opinione erano: A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, I, Paris, 1844, 474–531; R.T. TROPLONG, *De la vente, ou commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*, II, Paris, 1856, 447–466; J.B.A. HUREAUX, *Traité du droit de succession*, cit., 267–268; F. LAURENT, *Principes de Droit Civiles*, cit., 639–647; V.N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, I, Paris, 1873, 363–367; A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, cit., 14–17; L.V.L.J. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil*, II, Paris, 1885, 147–163; L. CREMIEU, *De la validité des actes*, cit., 49–52.

¹³ In proposito, anche con riferimento alle critiche formulate nei confronti di tale orientamento, si vedano: A.M. DEMANTE, *Cours analytique de Code Civil*, I, Paris, 1849, 279–282; J.B.A. HUREAUX, *Traité du droit de succession*, cit., 278–279, 284; F. LAURENT, *Principes de Droit Civiles*, cit., 645–646; A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, cit., 331–336.

¹⁴ Se in seguito il vero erede si fosse rivolto ai giudici per esercitare l'azione di rivendica contro il terzo acquirente, quest'ultimo avrebbe potuto rivalersi dei danni subiti citando in giudizio l'erede apparente e facendo valere contro di lui la specifica

Ragioni di equità e di utilità sociale consigliarono di adottare questa soluzione, che consentiva di rispettare i principi generali del diritto, ma anche di favorire la circolazione dei beni e i trasferimenti di proprietà, la sicurezza delle transazioni immobiliari, l'incremento degli scambi commerciali, l'esigibilità dei crediti. In tal modo prevalse la teoria che si dovesse preferire l'interesse pubblico a quello individuale e l'apparenza del diritto alla effettiva realtà, qualora si fosse trattato di acquisti di singoli beni immobili compiuti da parte di terzi in buona fede, vale a dire incorrendo in un errore in merito alla natura dell'erede apparente che chiunque avrebbe potuto commettere e che fosse impossibile da evitare secondo il principio della normale diligenza del buon padre di famiglia. Ovviamente, in tale ipotesi il vero erede avrebbe potuto citare in giudizio la persona responsabile di aver creato tale situazione di apparenza giuridica – cioè l'*héritier apparent* – e pretendere da lui il risarcimento dei danni subiti¹⁵.

2. – Il primo codice civile promulgato nel Regno d'Italia enunciava all'articolo 933 le regole da applicare nei confronti delle "convenzioni a titolo oneroso" stipulate dall'erede apparente con i terzi in buona fede, senza contemplare esplicitamente la possibilità che egli stesso avesse agito in mala fede, né l'eventualità che avesse posto in essere dei negozi giuridici a titolo gratuito. Tuttavia, come rilevato dalla dottrina, nel formulare il testo della norma il legislatore si era attenuto all'esempio del modello francese del 1808 e ai principi interpretativi elaborati dalla Cassazione d'oltralpe¹⁶.

garanzia che aveva fornito al momento della vendita dell'intera eredità. Cfr. C.B.M. TOULLIER – J.B. DUVERGIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, IX, Bruxelles, 1838, 276–278; C.M.B.A. AUBRY – C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, VI, Paris, 1873, 437–441; J.B.A. HUREAUX, *Traité du droit de succession*, cit., 279–284; F. LAURENT, *Principes de Droit Civiles*, cit., 646–650; C. DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, Paris, 1874, 318–324; L. CREMIEU, *De la validité des actes*, cit., 52–57, 64–65, 68; J.C. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, cit., 4–8, 30–33, 49, 92; A. SERESIA, *De la pétition d'hérédité*, cit., 322–331.

¹⁵ In merito alla rilevanza della teoria dell'apparenza nel diritto civile francese si rinvia alle osservazioni di: L. CREMIEU, *De la validité des actes*, cit., 52–62, 68, 74–79; J.C. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, cit., 2–8, 306–312, 316–318; P. DRAKIDIS, *Des problèmes nés de l'application du certificate d'héritier*, in *Revue internationale de droit comparé*, 18.3, 1966, 607.

¹⁶ In tal senso riferiscono: A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 436–439, 465; U. CONTRI, *L'erede apparente*, cit., 3–5; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 291–292; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente. Studio sull'art. 933 cod. civ. ital.*, in *Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica*, 33, 1808, 41–42; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 16; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 84.

2.1. – Per prima cosa, era definito in “buona fede” colui che avesse posseduto e amministrato il patrimonio ereditario comportandosi come l’erede del *de cuius* e credendo di essere tale sulla base di un valido titolo legale, cioè per effetto di un testamento o delle disposizioni di legge in materia di successione. Il requisito oggettivo dell’esistenza di un titolo a succedere non era di per sé sufficiente: l’erede apparente doveva ignorare la presenza di eventuali vizi (per esempio, perché un secondo testamento avesse revocato il primo, oppure perché vi fossero altri eredi più prossimi al defunto) e questo suo errore – di fatto o di diritto – doveva essere ‘scusabile’, cioè tale che chiunque altro avrebbe potuto commetterlo applicando il principio della normale diligenza del buon padre di famiglia¹⁷.

Se poi l’erede apparente fosse stato citato in giudizio con l’azione di petizione di eredità, allora egli sarebbe stato obbligato a restituire al vero erede i beni nello stato in cui si trovavano in quel momento e a consegnare il profitto ottenuto nel caso in cui avesse alienato un diritto reale su di essi (con compravendite, locazioni, permutate, costituzione di ipoteche o pegni, cessione di un credito, ecc.). Eventuali frutti e interessi andavano restituiti solo se percepiti dopo il giorno in cui fosse stato citato in giudizio, perché il legislatore aveva ritenuto più equo tutelare chi prima di quel momento li avesse già consumati o utilizzati. In merito, invece, alle spese effettuate, l’erede apparente aveva il diritto a ottenere il rimborso integrale soltanto di quelle sostenute per conservare intatti i beni (quelle necessarie) oppure per migliorarli e renderli più produttivi (quelle utili)¹⁸.

¹⁷ Cfr. L. BORSARI, *Commentario*, cit., 930–931; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*. IX. Trattato delle successioni. Parte Seconda. Regole comuni alle successioni legittime e testamentarie ossia acquisto dell’eredità e suoi effetti, V, Firenze, 1876, 201–203; A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 440–444; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 637; U. CONTRI, *L’erede apparente*, cit., 7–9, 35; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell’erede apparente*, cit., 254–256, 264–266, 288; E. DE ANGELIS, *L’erede apparente. Studio sull’art. 933 cod. civ. ital.*, cit., 42–47, 52–54; P. BONFANTE, *La dottrina dell’erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari*, in P. BONFANTE, *Scritti giuridici vari*. I. Famiglia e successione, Torino, 1916, 533–534, 540–545; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 14–15, 24; R. MIDIRI, *L’erede apparente*, cit., 332–336; R. TARDIVO, *L’erede apparente*, cit., 31–32, 45–50, 56–57; V. POLACCO, *Delle successioni*. 2. Disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie. Roma, 1937, 130–133.

¹⁸ Come di consueto, questi principi erano desunti dalla regola romanistica secondo cui il *bonae fidei possessor pro herede* era responsabile delle sue azioni solo entro il limite del lucro ottenuto, perché non lo si poteva incolpare del fatto di aver utilizzato i beni ereditari, credendo in buona fede e per un errore scusabile che si trattasse di cose di sua proprietà. In proposito, oltre a quanto rilevato dalla giurisprudenza (per esempio, in Corte di Cassazione di Roma, 11 febbraio 1890, in *Annali della Giurisprudenza Italiana*, XXIV, 1890, 345–348; Corte di Cassazione di Palermo, 10 marzo 1891, in *Il Foro Italiano*, XVI, 1891, 563–565; Corte di Cassazione,

Le conseguenze, invece, dell'eventualità in cui l'erede apparente fosse stato in mala fede non erano esplicitamente contemplate dall'articolo 933. Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza concordavano nel ritenere che colui che si fosse impossessato dei beni ereditari senza poter vantare alcun titolo legale (come un testamento o una delle situazioni prevista dalle leggi sulla successione), oppure indicando un titolo di cui conosceva i vizi, fosse obbligato a consegnare al vero erede tutti i beni, i profitti, i frutti e gli interessi percepiti in qualsiasi momento. Inoltre, si dovevano risarcire al vero erede anche i danni subiti per il fatto di non aver potuto godere del possesso dei beni ereditari¹⁹.

2.2. – L'articolo 933 tutelava, poi, i terzi in buona fede che avessero preso parte a dei negozi giuridici a titolo oneroso insieme all'erede apparente. Contro costoro il vero erede non poteva utilizzare l'azione di rivendica dei beni, perché si trattava di soggetti che avevano commesso un errore 'scusabile' nel trattare con una persona che si era comportata in modo da indurre la convinzione che egli fosse l'effettivo successore del *de cuius*. Inoltre, in questi casi i terzi cercavano di non subire un danno ingiusto e non sarebbe stato equo preferire alle loro ragioni gli interessi del vero erede, che inizialmente aveva trascurato di far valere i suoi diritti, per poi decidere in un secondo momento di contestare la validità delle azioni compiute dall'erede apparente e cercare di rientrare in possesso dei beni di cui si era disinteressato. *Last but not least*, era necessario assicurare la velocità e la

Sezione III civile, 21 gennaio 1928, in *Il Foro Italiano*, LIII, 1928, 337-340), si veda anche quanto riferito da: L. BORSARI, *Commentario*, cit., 937-943, 945-946, 948-949; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 208-230, 242-246; A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 447-448, 465-468, 493-499, 546-547; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 640-642; G. BRUNETTI, *L'erede apparente*, cit., 275; U. CONTRI, *L'erede apparente*, cit., 37-41; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 268-269, 272-274, 276-277; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 56-60; G. CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, II. Milano-Torino-Roma, 1912, 405; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 16, 18; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 345-346, 347-350; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 64, 71-77; V. POLACCO, *Delle successioni*, cit., 134-136, 141-143.

¹⁹ Cfr. Corte di Cassazione di Roma, 11 febbraio 1890, in *Annali della Giurisprudenza Italiana*, XXIV, 1890, 345-348; Corte di Cassazione di Palermo, 10 marzo 1891, in *Il Foro Italiano*, XVI, 1891, 563-565; Corte di Cassazione, Sezione III civile, 21 gennaio 1928, in *Il Foro Italiano*, LIII, 1928, 337-340. Su questo punto si veda anche: L. BORSARI, *Commentario*, cit., 937-938, 944-946; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 215-222, 228-230, 246-247; A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 492-493; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 637; G. BRUNETTI, *L'erede apparente*, cit., 275; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 294-296; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 56-58, 63; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 16-18; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 336, 346-347; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 65, 84-85, 88-90, 94; V. POLACCO, *Delle successioni*, cit., 140-141.

certezza delle trasmissioni dei diritti reali aventi per oggetto l'asse ereditario, nonché stimolare le attività commerciali e creditizie basate sulla circolazione dei beni²⁰.

Ai fini dell'applicazione della particolare protezione legale assicurata ai terzi in buona fede non erano richieste ulteriori condizioni. In particolare, non era necessario trascrivere nei pubblici registri gli atti stipulati con l'erede apparente, né rilevava la buona o mala fede di quest'ultimo. Dunque, a differenza di quanto previsto dal diritto romano, il codice italiano contemplava un'eccezione al principio *nemo plus iuris* non per tutelare la buona fede dell'erede apparente, ma quella degli acquirenti che fossero caduti in un errore scusabile nell'individuare il successore del *de cuius*²¹.

Diversamente da ciò che avveniva in Francia, poi, i giuristi italiani ritenevano che queste regole dovessero applicarsi alle "convenzioni a titolo oneroso" relative non solo a singoli beni ereditari, ma anche all'intera eredità. Secondo la dottrina prevalente, il terzo non sarebbe mai subentrato automaticamente in tutti i diritti e obblighi dell'erede apparente e, pertanto, non poteva considerarsi responsabile delle condotte di quest'ultimo. Se l'acquirente avesse agito in buona fede e per effetto di un errore che chiunque avrebbe potuto commettere, allora lo si doveva considerare un soggetto tutelato dall'articolo 933, che non distingueva affatto fra alienazioni di singoli beni o di tutta l'eredità, ma si limitava a proteggere colui che avesse acquistato dei diritti da chi appariva legittimato a disporre²².

Ben diverso sarebbe stato il caso dei negozi giuridici a titolo gratuito compiuti dall'erede apparente in favore di terzi (come donazioni o remissioni di debiti). Il codice civile non prevedeva che egli potesse essere

²⁰ Cfr. L. BORSARI, *Commentario*, cit., 952-955; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 231-240; A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 566-571, 576-585; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 642-644, 646; P. BONFANTE, *La dottrina*, cit., 532, 536-541; G. BRUNETTI, *L'erede apparente*, cit., 221; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 267-268, 281-289; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 76-79; G. CHIRONI, *Istituzioni*, 404-405; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 22-23, 25; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 351-353; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 22-24, 97-98, 103-106, 111-112.

²¹ Cfr. L. BORSARI, *Commentario*, cit., 954-955; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 233-234; P. BONFANTE, *La dottrina*, cit., 532; G. BRUNETTI, *L'erede apparente*, cit., 223; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 281-282; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 76-79; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 23; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 351-353; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 98-99.

²² In tal senso concordavano: E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 246; A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 697-701; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 644-646; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 279-281; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 77-78; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 25; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 352; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 101-103; V. POLACCO, *Delle successioni*, cit., 146.

citato in giudizio dal vero erede, non avendo ricavato alcun profitto da tali atti. Quest'ultimo, però, poteva sempre agire contro i terzi che avessero ottenuto un qualche beneficio (per esempio, allo scopo di farsi restituire i beni donati), quand'anche essi fossero stati in buona fede: il vero erede meritava, infatti, di essere tutelato in via privilegiata, perché cercava solo di evitare di subire il danno conseguente all'esecuzione di un atto a titolo gratuito, mentre i terzi volevano conservare il profitto ottenuto senza aver eseguito alcuna prestazione o versato alcun corrispettivo²³.

Una conferma in relazione alla concreta applicazione nella prassi dei principi sin qui enunciati si può rinvenire in alcuni giudicati delle Corti di Cassazione che operarono in Italia dopo l'Unità e fino alla riforma del 1923, con cui il fascismo creò la Corte Suprema di Cassazione.

Nel caso *Musso-Ferraris contro Becchia*, per esempio, su cui si pronunciò il 1° agosto 1881 la Corte torinese, i giudici accolsero il ricorso presentato dai coniugi Ferraris contro la sentenza di secondo grado con cui erano stati condannati a restituire ai veri eredi di Caterina Becchia alcuni immobili che avevano acquistato da Angiolina Becchia, la quale a sua volta aveva agito ritenendosi in buona fede erede della defunta zia – Caterina – sulla base di un testamento poi rivelatosi nullo. La Cassazione annullò la sentenza dei magistrati d'appello di Torino, perché nel valutare la correttezza dei comportamenti dei contraenti i giudici avevano confuso i due diversi profili dei "rapporti dei terzi con l'erede apparente" con quelli intercorsi fra "l'erede apparente coll'erede vero". Inoltre, a dispetto di quanto fosse emerso in giudizio in relazione al fatto che sia l'erede apparente sia i terzi acquirenti avessero agito in perfetta buona fede, ignorando la nullità del testamento della *de cuius*, l'appello aveva condannato i Ferraris a restituire i beni di cui erano entrati in possesso sulla base dell'argomentazione che «nel conflitto fra il terzo e l'erede vero, ambedue di buona fede, non si presume che il legislatore abbia voluto andare tanto oltre da pregiudicare i diritti di proprietà di quest'ultimo contro i principi generali di diritto che proclamano l'invulnerabilità». Eppure, come rimarcato dalla Cassazione la *ratio* sottesa all'articolo 933 era proprio quella di privilegiare il terzo «per motivi di eminente interesse sociale, e per ragioni di utilità generale»²⁴.

²³ Cfr. L. BORSARI, *Commentario*, cit., 944; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 209, 232, 235–236, 248–249; A. TARTUFARI, *Del possesso*, cit., 546, 701–704; R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 643; U. CONTRI, *L'erede apparente*, cit., 41; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 278–279; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 61–62, 77; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 20–21; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 347; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 40, 109–110; V. POLACCO, *Delle successioni*, cit., 143–144, 146.

²⁴ Corte di Cassazione di Torino, 1° agosto 1881, in *La Legge. Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia*, XXI, 1881, 443–444.

In senso conforme a tale pronuncia deliberò il 10 marzo 1891 la Cassazione di Palermo, nel caso *Saverino contro Prizzo, D'Amico e altri*. La Corte respinse, infatti, il ricorso con cui i veri eredi del defunto Sig. Saverino avevano impugnato la sentenza d'appello, che aveva riconosciuto la piena validità dell'atto di alienazione di un fondo posto in essere dall'erede apparente del *de cuius*, Anna Saverino, dal momento che – secondo i giudici di ogni grado – i terzi acquirenti si erano comportati in comprovata buona fede. Ancora una volta fu confermata, quindi, l'eccezione al principio *nemo plus iuris*, secondo cui limitatamente ai casi di «alienazioni fatte dall'erede apparente basta che sia in buona fede soltanto il terzo acquirente»²⁵.

In seguito, la III Sezione della nuova Cassazione unica specificò che la prova della buona fede gravava sul terzo acquirente, che – se richiesto dal vero erede – avrebbe dovuto dimostrare di aver agito con la «diligenza del buon padre di famiglia» nel valutare l'esistenza di un titolo sufficiente a consentire all'erede apparente di disporre dei beni. Il 21 gennaio 1928, in relazione al caso *Blasi contro Petrilli e Guardabascio*, la Corte annullò la decisione presa dalla Corte di Appello di Napoli il 28 maggio 1926, con cui era stata riformata la sentenza emessa dal Tribunale di Benevento il 7 aprile 1925. In primo grado Raffaele, Ottone, Giuseppe e Giovanni Blasi – fratelli del defunto Vincenzo – avevano ottenuto il rilascio di una casa in possesso dei coniugi Petrilli, i quali ne erano divenuti proprietari per effetto di una compravendita stipulata con Antonio Guardabascio, che aveva acquistato l'abitazione da Angelina Blasi, convinto che essa fosse l'erede del *de cuius*, Vincenzo Blasi, mentre in realtà – trattandosi di una figlia adulterina – la donna non avrebbe avuto alcun titolo per rientrare nel novero dei successibili. La sentenza di primo grado aveva condannato, inoltre, il Guardabascio a rivalere i Petrilli per i danni da essi subiti e Angelina Blasi a risarcire a sua volta il Guardabascio²⁶.

La Blasi fece ricorso in appello e la corte partenopea riformò la decisione impugnata in base all'assunto che nel caso in questione il terzo acquirente avesse agito in buona fede, non potendo il Guardabascio conoscere lo *status* di figlia illegittima della Blasi, da tutti considerata erede del defunto, né essendo egli pienamente al corrente delle implicazioni giuridiche di tale circostanza, visto che «alla media degli uomini è ignota l'esclusione dei figli adulterini dall'eredità». Su ricorso dei fratelli Blasi, però, la Cassazione annullò la sentenza d'appello, specificando come il terzo dovesse sempre «giustificare di avere acquistata la persuasione, la

²⁵ Corte di Cassazione di Palermo, 10 marzo 1891, in *Il Foro Italiano*, XVI, 1891, 563-565.

²⁶ Corte di Cassazione del Regno, 21 gennaio 1928, in *Il Foro Italiano*, LIII, 1928, 337-340.

cognizione positiva della bontà del diritto proprio e del suo autore, con l'esame che del titolo ha fatto da buon padre di famiglia». Specialmente nel caso di atti traslativi della proprietà su beni immobili, poi, a un acquirente come il Guardabascio era richiesto di appurare la validità del titolo del suo dante causa con la massima diligenza possibile, per esempio chiedendo all'erede apparente Angelina Blasi di conoscere il suo stato di famiglia o di consultare i registri di stato e famiglia. E qualora il terzo avesse addotto a sua scusante di essere incorso in buona fede in un errore di fatto o di diritto, egli avrebbe dovuto fornire una prova convincente in tal senso, quale non poteva essere il mero riferimento a un presunto fatto notorio come la circostanza che agli occhi dell'opinione pubblica la Blasi fosse un'erede legittima del padre²⁷.

Per concludere, va rilevato che l'articolo 933 del codice civile del 1865 taceva in relazione all'ipotesi in cui il terzo contraente fosse stato in mala fede. Secondo la giurisprudenza doveva considerarsi tale chi fosse stato al corrente della nullità o inefficacia del titolo vantato dal "supposto erede", al pari di chi – nell'ipotesi di una successione *ab intestato* – non avesse usato tutta la diligenza utile a scoprire la verità e ad accertare se «altri non avesse diritto alla successione»²⁸. In simili evenienze era sufficiente applicare i principi generali desunti dal diritto romano: il vero erede avrebbe potuto agire in giudizio sia con la *petitio hereditatis* promossa contro l'erede apparente (per esempio, per ottenere la consegna del prezzo ottenuto), sia con la *rei vindicatio* nei confronti del terzo acquirente (per chiedere la restituzione dei beni alienati)²⁹.

3. – Se prendiamo in considerazione le scelte compiute in Germania dal legislatore tedesco dopo la nascita del secondo *Reich*, è interessante rilevare come il BGB del 1900 prevedesse che alla morte del *de cuius* gli eredi fossero immessi temporaneamente nel possesso dei beni, in attesa di una loro accettazione o rinuncia a succedere. Qualora, poi, un erede avesse deciso di accettare, era necessario rivolgersi al tribunale delle successioni per chiedere

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr.: Corte di Cassazione di Palermo, 10 marzo 1891, in *Il Foro Italiano*, XVI, 1891, 563-565; Corte di Cassazione, Sezione III civile, 21 gennaio 1928, in *Il Foro Italiano*, LIII, 1928, 337-340.

²⁹ Sul punto, oltre a quanto riportato nelle sentenze testé citate, si rinvia a: L. BORSARI, *Commentario*, cit., 954-955; E. PACIFICI MAZZONI, *Il Codice civile italiano*, cit., 233-234; P. BONFANTE, *La dottrina*, cit., 532; G. BRUNETTI, *L'erede apparente*, cit., 223; A. DE BERARDINIS, *La condizione giuridica dell'erede apparente*, cit., 281-282; E. DE ANGELIS, *L'erede apparente*, cit., 76-79; G. SANTORO, *Appunti*, cit., 23; R. MIDIRI, *L'erede apparente*, cit., 351-353; R. TARDIVO, *L'erede apparente*, cit., 98-99; V. POLACCO, *Delle successioni*, cit., 145.

il rilascio di un “certificato d’eredità” (*Erbschein*), cioè di un documento pubblico attestante l’esistenza del diritto a succedere (per esempio, in base a un rapporto di parentela o a un testamento), nonché la qualità o meno di erede universale, l’entità del patrimonio ereditario e l’ammontare delle quote spettanti agli eventuali coeredi. Il rilascio di questo certificato era, altresì, un presupposto indispensabile per ottenere la trascrizione nei libri fondiari degli atti di acquisto dei diritti reali sui beni immobili facenti parte dell’eredità³⁰.

Una volta emesso l’*Erbschein*, dal momento che si trattava di un atto giudiziale facente fede pubblica in merito al soggetto individuato come erede e visto che in relazione ai beni immobili la procedura prevedeva anche l’iscrizione nei libri fondiari, di rado si verificavano situazioni simili a quelle che avvenivano in Francia e Italia con gli atti di disposizione compiuti dall’*héritier apparent* e dall’erede apparente.

Tuttavia, era pur sempre possibile che la persona che affermasse di essere l’erede del defunto fosse, in realtà, un semplice “possessore dell’eredità” (*Erbschaftsbesitzer*), vale a dire un erede temporaneamente immesso nel possesso dei beni che non avesse ancora richiesto il certificato ereditario o che fosse in attesa di ottenerlo. E un’altra situazione di apparenza del diritto si poteva presentare quando il tribunale delle successioni avesse emesso un *Erbschein* ‘inesatto’, per esempio perché i giudici non erano stati informati dell’esistenza di altri eredi più prossimi al *de cuius*, perché il testamento mostrato dall’erede ai giudici era stato revocato dal defunto, perché l’erede era indegno a succedere, perché una disposizione testamentaria era stata redatta per errore o sotto minaccia. Inoltre, era anche possibile che l’erede erroneamente indicato come tale in un certificato avesse fatto registrare nei libri fondiari l’acquisto di un diritto reale sui beni immobili ereditari, con la conseguenza di rendere fuorvianti anche le informazioni contenute in tali registri³¹.

³⁰ In assenza di accettazione a succedere da parte degli eredi, ma anche nel caso di una loro rinuncia o qualora fosse ignoto l’erede più prossimo al defunto, il tribunale delle successioni doveva intervenire d’ufficio e assicurare la conservazione del patrimonio ereditario. Per ulteriori considerazioni su questa fase preliminare della procedura successoria disciplinata dal codice civile tedesco si veda: E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, II, Berlin, 1904, 132–146; H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens*, V, *Deutsches Erbrecht*, Halle, 1905, 437, 439–441, 448; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Leipzig, 1913, 412–425, 428–429; T. KIPP, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, dritte Abteilung. Das Erbrecht*, Warburg, 1921, 6–7, 144; J. BINDER, *Bürgerliches Recht. Erbrecht*, Berlin, 1923, 5, 32; K. COSAK, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, II, 2, Jena, 1924, 343, 376–379, 384–385, 449–450.

³¹ In tal senso riferiscono: H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, cit., 426–427, 447–448; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., 434, 442; T. KIPP, *Lehrbuch*, cit., 185,

Per scongiurare situazioni di questo tipo, il tribunale delle successioni doveva ordinare di propria iniziativa o su richiesta del vero erede la restituzione immediata dell'*Erbschein* viziato, non appena si fosse scoperta la sua inesattezza. Qualora, poi, il certificato non fosse stato restituito ai giudici, essi potevano dichiararlo inefficace per decreto³².

Dal canto suo, il vero erede poteva esercitare la *petitio hereditatis* nei confronti del "possessore dell'eredità" in conformità ai principi romanistici. Chi fosse stato in buona fede era tenuto a restituire i beni ereditari nello stato in cui si trovavano e a consegnare gli oggetti acquistati, il prezzo ottenuto per ciò che avesse venduto, tutti i frutti e gli utili conseguiti. Colui, invece, che avesse agito in mala fede (conoscendo i vizi del suo certificato ereditario o sapendo che i giudici erano intervenuti chiedendone la restituzione o che i dati contenuti nei libri fondiari erano errati) doveva risarcire anche ogni danno subito dal vero erede³³.

Un'altra questione problematica era quella concernente il valore degli atti compiuti nei confronti dei terzi da parte di chi fosse stato indicato erroneamente come erede in un *Erbschein*.

In primo luogo, secondo i giuristi tedeschi, era irrilevante che il soggetto designato nel certificato ereditario avesse agito in buona o cattiva fede, perché si trattava comunque di un documento redatto dai giudici e attendibile fino a prova contraria. Di conseguenza, i terzi che avessero acquistato dei diritti reali sui beni ereditari erano tutelati se avessero agito in buona fede, cioè se fossero stati tratti in inganno da quanto attestato nell'*Erbschein* e avessero ignorato le sue inesattezze o la circostanza che i giudici ne avessero nel frattempo richiesto la restituzione. Per lo stesso motivo, qualora il possessore dell'eredità avesse alienato al terzo un diritto reale su un bene immobile in precedenza trascritto nei libri fondiari, il terzo acquirente sarebbe stato tutelato dalla legge solo nel caso in cui avesse ignorato che i dati contenuti nei libri fondiari erano falsi o inattendibili³⁴.

193–195; J. BINDER, *Bürgerliches Recht*, cit., 36–37; K. COSAK, *Lehrbuch*, cit., 444–445; E. STROHAL, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, V, Berlin und Leipzig, 1930, 1017–1018.

³² Cfr. E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*, cit., 146–147; H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, cit., 451–452; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., 415, 434–436; T. KIPP, *Lehrbuch*, cit., 186–187.

³³ In tal senso propendevano: J. BINDER, *Bürgerliches Recht*, cit., 60–62; H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, cit., 431–433; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., 444; T. KIPP, *Lehrbuch*, cit., 189–184, 195–203; K. COSAK, *Lehrbuch*, cit., 445–447.

³⁴ Cfr. E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*, cit., 147–167; H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, cit., 447–451; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., 416, 428–433; T. KIPP, *Lehrbuch*, cit., 183–185; J. BINDER, *Bürgerliches Recht*, cit., 36–37; K. COSAK, *Lehrbuch*, cit., 451; E. STROHAL, *Planck's Kommentar*, cit., 1021–1022.

A differenza, poi, di quanto previsto in Francia e in Italia, questa forma di tutela giuridica a favore dei terzi in buona fede operava sia che si trattasse di acquisti a titolo oneroso sia a titolo gratuito, poiché il legislatore tedesco aveva scelto di perseguire un equilibrato compromesso fra i diritti del vero erede, la protezione dei terzi e l'interesse pubblico alla circolazione dei beni³⁵.

D'altra parte, il BGB tutelava solo le persone che avessero acquistato dei diritti sui singoli beni ereditari, ma non sull'intera eredità. In questo caso l'acquirente non poteva difendersi dall'azione di petizione ereditaria intentata contro di lui dal vero erede sostenendo di aver agito in buona fede, perché i paragrafi 2030 e 2371-2385 sulla vendita dell'eredità stabilivano che il terzo sarebbe subentrato al venditore (vale a dire il "possessore dell'eredità") in tutti i suoi rapporti giuridici, compresi i diritti e gli obblighi verso il vero erede. Per questo motivo il terzo acquirente dell'eredità poteva incamerare ogni utile, ma poi doveva sopportare gli oneri gravanti su di essa, si accollava il rischio del perimento o del deterioramento dei singoli beni e poteva essere citato in giudizio dal vero erede per restituire ogni cosa³⁶.

4. – L'analisi comparata delle norme giuridiche vigenti nel XIX secolo in Francia, Italia e Germania mostra come i giuristi di questi paesi fossero consapevoli dell'importanza che poteva assumere la questione del valore attribuibile agli atti compiuti da chi appariva essere l'erede del *de cuius* e di quali fossero i diritti o gli obblighi dei terzi che avessero negoziato con lui.

Dopo la fine dell'*Ancien Régime* gli spostamenti da una regione all'altra di uno Stato o fra diverse nazioni erano diventati sempre più facili e veloci, le comunicazioni più rapide, le transazioni economiche e finanziarie più frequenti e agevoli, le stipulazioni di negozi giuridici più numerose e complesse. In questo contesto era in continua crescita il numero di individui

³⁵ Sul punto si veda quanto riferito da: E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*, cit., 160; E. STROHAL, *Planck's Kommentar*, cit., 1020.

³⁶ Va rilevato, peraltro, che la legge tedesca prevedeva che il "possessore dell'eredità" potesse venderla solo fornendo l'apposita garanzia di essere un erede, che il suo diritto di vendere i beni non fosse limitato dall'esistenza di altri eredi o di un esecutore testamentario, che non vi fossero creditori che vantassero dei diritti sui beni ereditari, né che esistessero dei legati o altri oneri gravanti sui beni. Di conseguenza, dopo essere stato citato in giudizio dal vero erede ed essere stato costretto a consegnarli ogni cosa, il terzo avrebbe potuto agire in regresso con l'azione di garanzia contro il possessore dell'eredità per chiedere il risarcimento dei danni subiti. Cfr. E. STROHAL, *Das deutsche Erbrecht*, cit., 152; H. DERNBURG, *Das bürgerliche Recht*, cit., 428-429, 436; F. KRETZSCHMAR, *Das Erbrecht*, cit., 428, 433-434, 442; T. KIPP, *Lehrbuch*, cit., 186, 194-195, 205-206; J. BINDER, *Bürgerliches Recht*, cit., 60-61, 64-65; K. COSAK, *Lehrbuch*, cit., 443, 445, 448.

le cui attività e interessi non erano più limitati a un singolo territorio di uno certo paese e a un'economia incentrata sulla trasmissione della proprietà immobiliare entro una cerchia familiare o fra un limitato gruppo di persone. Al contrario, la circolazione dei diritti sulle cose e gli scambi commerciali assumevano una rilevanza sempre più transnazionale. Nel decidere come amministrare e godere dei propri beni ogni individuo entrava in contatto con un numero sempre più grande di sconosciuti, che potevano trovarsi in luoghi lontani e avere esigenze diverse. Di conseguenza, diventava sempre più difficile assumere le informazioni utili a conoscere ogni dettaglio della persona con cui si stipulava un contratto, a cui si pagava un debito, da cui si riceveva una donazione, che dichiarava di essere l'erede del defunto, ecc.

Si trattava di una nuova era, in cui i giuristi avvertivano la necessità di operare in modo diverso rispetto al passato, al fine di meglio tutelare esigenze talvolta contrapposte. Da un lato, gli interessi della società e l'utilità comune imponevano di favorire la velocità nel concludere i negozi giuridici, assicurandone una corretta e leale esecuzione. Dall'altro, chi si accingeva ad alienare o ad acquistare un certo diritto pretendeva di essere protetto dalla legge contro coloro che avessero agito illecitamente o in mala fede.

Con specifico riferimento ai problemi che potevano sorgere in relazione all'acquisto dell'eredità e agli atti giuridici compiuti dall'erede apparente, si è visto come in Francia, Italia e Germania furono utilizzate soluzioni che presentavano alcuni aspetti in comune, ma anche significative differenze.

I redattori del *Code civil* del 1804 e del *Codice civile* del 1865, per esempio, scelsero di adottare il principio secondo cui alla morte di una persona il possesso dei suoi beni dovesse passare automaticamente agli eredi, salva la possibilità di rinunciare all'acquisto dell'eredità. In tal modo, si lasciava ai cittadini un'ampia libertà di disporre delle proprie cose e si riduceva al minimo l'intervento dello Stato nella successione del defunto³⁷.

Peraltro, come si è avuto modo di rilevare, il codice francese non definiva la figura dell'erede apparente e fu la Corte di Cassazione a stabilire quale fosse l'efficacia dei suoi atti e come risolvere il conflitto fra i due interessi contrapposti del vero erede e del terzo acquirente. Il criterio della buona o cattiva fede dell'erede apparente era lo strumento più adatto per determinare quali fossero i suoi obblighi restitutori a favore del vero erede, mentre grazie alla teoria dell'apparenza giuridica elaborata dalla Cassazione era possibile salvaguardare gli interessi dei terzi che avessero agito in buona fede. Ciò non poteva avvenire, però, nel caso degli acquisti a titolo gratuito, poiché i giudici francesi non ritenevano giusto tutelare, a discapito del vero

³⁷ In tal senso statuivano l'articolo 724 del *Code civil* e l'articolo 925 del Codice civile.

erede, chi si fosse arricchito senza offrire in cambio un'adeguata controprestazione.

In Italia, invece, non fu la giurisprudenza ma il *Codice civile* del 1865 a risolvere le due problematiche del valore degli atti giuridici compiuti dall'erede apparente e degli acquisti effettuati dai terzi. In entrambi i casi, comunque, le soluzioni adottate dal legislatore italiano erano dirette a dare rilevanza all'elemento soggettivo della buona fede, come avveniva in Francia. L'unica significativa differenza rispetto a quanto accadeva oltralpe era che l'articolo 933 estendeva la tutela in favore del terzo in buona fede anche ai casi in cui egli avesse acquistato a titolo oneroso l'intera eredità e non solo singoli beni ereditari.

Si è visto, poi, come i redattori del BGB tedesco del 1900 scelsero di adottare un diverso sistema di devoluzione dell'eredità. Alla morte del *de cuius* la disponibilità dei suoi beni passava automaticamente all'erede da lui designato o indicato dalla legge. Ma qualora quest'ultimo avesse deciso di accettare l'eredità, il BGB prevedeva che egli dovesse sollecitare l'intervento del tribunale delle successioni per ottenere il rilascio di un certificato ereditario, cioè di un atto pubblico che attestasse la sua qualità di erede. Se poi a causa della mancanza di un *Erbschein* o delle sue inesattezze qualcuno avesse affermato di essere il vero erede e avesse esercitato l'azione di petizione contro il possessore dell'eredità, i terzi in buona fede erano tutelati nel caso di atti compiuti sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito, perché sotto questo punto di vista il legislatore tedesco aveva scelto di non limitare questa forma di tutela con le modalità adottate in Francia e in Italia. Un'ulteriore differenza con il modello italiano sussisteva nell'eventualità che l'erede apparente avesse venduto al terzo l'intera eredità: sulla falsariga di quanto previsto dal *Code* francese, il BGB non tutelava il terzo acquirente contro il rischio che il vero erede agisse contro di lui con l'azione di petizione ereditaria, lasciando quindi al terzo solo la possibilità di citare in giudizio l'erede apparente per chiedere il risarcimento dei danni subiti.

È evidente come ciascuno di questi differenti approcci ai problemi posti dagli atti di disposizione dell'erede apparente potesse comportare allo stesso tempo vantaggi e svantaggi. E in ognuno dei tre Stati presi in considerazione si sviluppò un dibattito più o meno ampio in merito a quali fossero le ragioni delle soluzioni adottate e se non fosse possibile apportare delle innovazioni.

In Francia, ad esempio, dopo la fine della Prima guerra mondiale alcuni giuristi si chiesero se non fosse utile adottare in tutto il paese la soluzione della certificazione giudiziale di stampo tedesco, che era rimasta in vigore in Alsazia e Lorena. Contro questa ipotesi si obiettò che sarebbe stato eccessivo estendere la tutela dei terzi in buona fede anche ai casi di atti posti in essere

a titolo gratuito, come avveniva in Germania. Inoltre, sembrava controproducente gravare gli uffici giudiziari di ulteriori compiti e assegnare loro l'incarico di svolgere lunghi e complicati accertamenti, che sarebbero stati fonte di ingenti spese, difficili da eseguire con i limitati mezzi di informazione a disposizione dei giudici, nonché inadatti a fornire una garanzia assoluta di verità e ad assicurare l'assenza di contestazioni³⁸.

Anche in Italia alcuni esponenti della dottrina formularono la proposta di guardare al modello tedesco e di coinvolgere nella procedura successoria le autorità giudiziarie, in modo da tutelare più efficacemente gli interessi di tutte le parti coinvolte (il defunto, gli eredi, i creditori, ecc.), garantire un più accurato rispetto delle leggi e far dipendere la devoluzione dell'eredità da un provvedimento giudiziale che certificasse chi fossero i veri eredi e quali fossero i loro effettivi diritti³⁹. Peraltro, a dispetto di questa e di ulteriori proposte di riforma formulate nel corso degli anni, la condizione giuridica del vero erede, di quello apparente e dei terzi in buona fede non mutò sostanzialmente, nemmeno dopo la promulgazione del nuovo codice civile del 1942, perchè il legislatore fascista aggiunse solo la previsione degli adempimenti di natura pubblicitaria a carico dei terzi che avessero stipulato con l'erede apparente delle convenzioni a titolo oneroso relative a beni immobili o mobili registrati⁴⁰.

Neppure in Germania – a dispetto del susseguirsi di eventi traumatici ed epocali come la sconfitta nelle due guerre mondiali, l'avvento del nazismo o la riunificazione tedesca – vi è stata una cesura netta con il passato e la disciplina delineata nel BGB in relazione ai diritti del vero erede e dei terzi in buona fede è rimasta nel complesso immutata. Una circostanza che dimostra come i giuristi tedeschi non abbiano mai realmente avvertito la

³⁸ Cfr. P. DRAKIDIS, *Des problems*, cit., 606, 611–612; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, IV, 2, Paris, 1982, 501.

³⁹ R. JANNUZZI, *Della condizione giuridica*, cit., 646–656.

⁴⁰ L'articolo 534 prescrive di effettuare la trascrizione sia del titolo d'acquisto *mortis causa* dell'erede apparente sia dell'acquisto *inter vivos* fra quest'ultimo e i terzi, se si vuole evitare che il vero erede o qualcun altro possa citarli in giudizio e contestare la regolarità di tali atti dispositivi. In proposito si veda: G. BRUNELLI – C. ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e delle donazioni*, Milano, 1940, 149–153; F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enciclopedia del diritto*, 15, Milano, 1966, 205–207; L. FERRI, *Successioni in generale. Della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede. Della rinuncia all'eredità. Dell'eredità giacente. Della petizione di eredità*. Art. 512–535, in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario del codice civile. Libro Secondo delle successioni*, Bologna–Roma, 1970, 214–229; F.S. AZZARITI – G. MARTINEZ – G. AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazioni*, Padova, 1973, 158–167; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 155–158, 243–249, 292–301, 307–310; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, I, Milano, 1983, 264–269; M. SESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, Milano, 2011, 874–882.

necessità di modificare un sistema che si ritiene continui a dare buona prova di sé⁴¹.

Abstract

**THE PROTECTION OF PURCHASERS IN THE ACQUISITION OF RIGHTS
FROM THE APPARENT HEIR.
A BRIEF HISTORICAL AND COMPARATIVE SURVEY**

L'articolo traccia una breve comparazione in chiave storica delle disposizioni normative concernenti l'erede apparente che entrarono in vigore nell'età della codificazione del diritto in tre paesi chiave dell'Europa continentale (Francia, Italia e Germania). Sulla scorta dei principi giuridici enunciati nell'antico diritto romano, i redattori dei codici civili promulgati in questi Stati cercarono di delineare un sistema coerente di regole, destinate a essere utilizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per tutelare gli interessi del vero erede e dei terzi in buona fede che avessero acquistato dei diritti sui beni dell'asse ereditario.

This paper provides a survey of the legal status of the possessor pro herede in mainland Europe in the late 19th century. As a result of the transition from the law system of the Ancien Régime to modern codifications, the position of the apparent heir and the bona fide holder began to be considered in a new way. The drafting of the civil codes enabled European legislators, doctrine and jurisprudence to reconsider how law could secure and guarantee the rights of the real heir and third parties who acquired real rights to inheritance goods towards the legal acts carried out by the apparent heir.

⁴¹ Sul punto si rinvia alle osservazioni di H. LANGE – K. KUCHINKE, *Lehrbuch des Erbrechts*, München, 1995, 13–35, 73–81, 176–182, 944–951, 967–981, 988–989, 1001–1002, 1107–1115; G. PROMBERGER, *Achter Titel. Erbschein*, in G. SCHLICHTING, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9, München, 1997, 2025–2029.

**SULLA DUBBIA CAPACITÀ DI TESTARE DEL BENEFICIARIO
DELL'AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO**

MARIA NOVELLA BUGETTI

Professore associato

nell'Università di Milano

SOMMARIO 1. – Amministrazione di sostegno e limiti di capacità – 2. La capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno. – 3. (*Segue*). Le disposizioni testamentarie a favore dell'amministratore di sostegno.

1. – Una recente pronuncia della Cassazione¹ costituisce l'occasione per fare il punto su un tema oggetto di diverse posizioni dottrinali e plurimi arresti giurisprudenziali, *id est* quello della capacità di testare del beneficiario di amministrazione di sostegno. La Corte era stata nella specie richiesta di accertare la validità di disposizioni testamentarie del beneficiario di amministrazione di sostegno di assistenza a favore del proprio amministratore e della di lui moglie. I punti controversi della questione sono sostanzialmente due: da un lato l'estensione al beneficiario di amministrazione di sostegno della norma di cui all'art. 591 c.c., in forza della quale «non possono disporre per testamento coloro che sono stati dichiarati incapaci dalla legge». Dall'altro lato, come debba essere interpretato il richiamo fatto dall'art. 411, comma 2, c.c. agli artt. 596 e 599 c.c., i quali sanciscono specificamente la incapacità del tutore (e dunque ad amministratore di sostegno) a ricevere per testamento dall'interdetto (e dunque beneficiario) ed anche per interposta persona, a meno che questi sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore.

Ora, i due profili oggetto del procedimento richiedono di essere analizzati nel più ampio contesto della incidenza limitativa dell'amministrazione di sostegno sulla capacità del beneficiario.

Si è anzitutto posto l'interrogativo se anche l'amministrazione di sostegno faccia del beneficiario un incapace, quesito sul quale, peraltro, non vi è stata, agli esordi della normativa, assoluta unanimità di vedute². Ad avviso di alcuni³ sarebbe opportuno distinguere a seconda della portata

¹ Cass., 15 gennaio 2021, n. 7194.

² M. AVAGLIANO, *Atti personalissimi e diritto delle società: tra incapacità parziale e capacità attenuata*, in *Notariato*, 2005, 394.

³ U. MORELLO, *Amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi)*, in *Notariato*, 2004, 227-228.

limitativa del decreto, cosicché laddove questo determini effetti incapacitanti solo in relazione ad un numero modesto di atti, la capacità del beneficiario rimarrebbe integra, salvo quanto espressamente previsto nel decreto; nel caso in cui, diversamente, le limitazioni ivi indicate riproducessero sostanzialmente il contenuto di un provvedimento di inabilitazione, allora il beneficiario sarebbe un incapace parziale. Infine, qualora il provvedimento di amministrazione si sostanziasse in una interdizione, il beneficiario sarebbe considerato alla stregua di soggetto incapace.

Non è mancato chi⁴, pur negando in capo al beneficiario lo *status* di incapace, ha evidenziato l'esistenza di non trascurabili riferimenti normativi tali da indurre a ravvisare nell'amministrazione di sostegno una «terza forma di incapacità di agire», che andrebbe ad aggiungersi a interdizione e inabilitazione. Il riferimento è al regime di pubblicità della misura; al richiamo effettuato dall'art. 720-*bis* c.p.c. alle norme processuali in materia di interdizione e inabilitazione; ancora, all'art. 408 c.c., che statuisce come la previsione della designazione dell'amministratore di sostegno possa essere effettuata anche in vista della propria futura "incapacità".

È divenuta maggioritaria⁵ l'opinione di chi, valorizzando le finalità della legge, ritiene che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non sia un incapace; come è stato attentamente rilevato⁶, un non trascurabile indizio a supporto di tale conclusione si rinviene nell'intento del legislatore di mantenere volontariamente sfumati i contorni tra capacità e incapacità di agire, in quanto l'assolutezza di tale dicotomia non appare più adeguata a

⁴ E.V. NAPOLI, *Una terza forma di incapacità di agire?*, in *Giust. civ.*, 2002, 379 ss.; le osservazioni compiute dall'autore si riferiscono tuttavia ad una precedente proposta. È interessante vedere come la perplessità maggiore espressa dall'autore consista proprio nel rischio che il provvedimento di amministrazione di sostegno sia necessariamente incapacitante. Si veda G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, Milano, 2005, 126. È quanto peraltro anche ritenuto da A. VENCHIARUTTI, *Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di invalidità*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., 166.

⁵ M. DOSSETTI, *Effetti dell'amministrazione di sostegno*, in M. DOSSETTI – M. MORETTI – C. DOSSETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2004, 75; sul rapporto tra *status* e capacità di agire, v. P. RESCIGNO, *Introduzione*, in G. FERRANDO – G. VISINTINI (a cura di), *Follia e diritto*, Torino, 2003, 17 e 21 ss.; S. PATTI, *La nuova disciplina*, in *L'amministrazione di sostegno*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, cit., 109. *Contra*, benché precedentemente l'entrata in vigore della riforma C.M. BIANCA, *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in S. PATTI (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2002, 119.

⁶ L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, 667.

spiegare le innumerevoli situazioni conducenti all'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno.

Vi sono poi significativi riferimenti normativi che confermano la correttezza di siffatta interpretazione. *In primis*, l'art. 412 c.c. il quale, prevedendo l'annullabilità dei soli atti che siano stati compiuti dal beneficiario in violazione delle disposizioni contenute nel decreto, fa salvi tutti gli atti per i quali non sia stata prevista esplicitamente la limitazione di capacità del beneficiario; ancora, in questa prospettiva può essere letto il dettato dell'art. 404 c.c., che non si esprime più in termini di incapacità a curarsi dei propri interessi, bensì di impossibilità⁷.

La disposizione certamente più significativa è tuttavia quella contenuta nell'art. 409 c.c., giusta la quale il beneficiario conserva la capacità in relazione a tutti gli atti per i quali nel decreto non è prevista alcuna limitazione. Tale disposizione attua un vero e proprio capovolgimento di prospettiva, facendo «della capacità la regola e dell'incapacità l'eccezione»⁸. Attenuando la portata innovativa di suddetto principio, un autore⁹ ha osservato che l'art. 409 c.c. rischia di accontentare soltanto chi ha paura delle definizioni e delle parole: la previsione di limitazioni della capacità rende il beneficiario della misura se non un incapace, quantomeno un soggetto solo parzialmente capace. E ciò, a maggior ragione, in tutte le ipotesi in cui il decreto preveda limitazioni consistenti della capacità di agire. In questo senso, il richiamo compiuto dall'art. 411 c.c. alle norme in materia di incapacità rende concreto il sospetto che «il legislatore persista nel vedere nel beneficiario un autentico incapace, il che collide con la reiterata affermazione, della normativa in esame, della tendenziale pienezza della capacità dello stesso»¹⁰.

Sembra tuttavia preferibile superare quest'ultima obiezione e, aderendo alla posizione della dottrina maggioritaria, affermare che l'amministrazione di sostegno non è una terza forma di incapacità. E si tratta invero di una conclusione dalla quale far discendere importanti conseguenze sul piano applicativo: basti por mente al fatto che, negata la qualificazione di incapace al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, non si potrà non escludere

⁷ Invero, seguendo l'insegnamento della dottrina (si veda G. ARENA, *Incapacità (Diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 915) l'incapacità di agire di per sé non si traduce nella impossibilità di assumersi comportamenti giuridici, bensì nella inidoneità ad assumerli validamente.

⁸ M. DOSSETTI, *Effetti dell'amministrazione di sostegno*, in M. DOSSETTI – M. MORETTI – C. DOSSETTI, *L'amministrazione di sostegno e la nuova disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 75.

⁹ G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI – A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, 2^a ed., Padova, 2007, 275.

¹⁰ G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 275.

che gli possano essere riferite (almeno in modo automatico, come meglio si dirà) le disposizioni dettate dal legislatore per questi soggetti, prime tra tutte quelle del divieto di compimento dei c.d. atti personalissimi¹¹.

In definitiva, considerato che la sfera della incapacità è di volta in volta differente, in quanto descritta dal contenuto del decreto, in correlazione con i compiti attribuiti all'amministratore, l'amministrazione di sostegno non è una misura *tout court* incapacitante, nel senso che al beneficiario non può essere attribuita definitivamente la qualità di incapace ed il relativo regime. Ne discende che non è ammissibile interpretare in maniera estensiva a favore (o a sfavore) del beneficiario di amministrazione di sostegno norme indirizzate genericamente all'incapace o, *a fortiori*, all'interdetto o all'inabilitato.

Dubbi possono però permanere almeno in relazione ai casi in cui il decreto stabilisca restrizioni così incisive e/o così late nei riguardi del beneficiario da far ritenere che il provvedimento di amministrazione di sostegno sia nella sostanza un provvedimento interdittivo. A monte di tale profilo problematico si colloca invero la questione, assai dibattuta, dell'ammissibilità di un provvedimento di amministrazione di sostegno la cui previsione coincida nella sostanza con un provvedimento interdittivo. Se, infatti, l'esigenza di protezione si estende a qualsivoglia atto di ordinaria e straordinaria amministrazione, si osserva, non vi è ragione di adottare la misura dell'amministrazione di sostegno, risultando più adeguata alla protezione della persona la pronuncia di interdizione.

Ora, a fronte di un panorama giurisprudenziale pretorio assai diversificato, ci si limita a richiamare una pronuncia della Corte costituzionale¹², la quale ha affermato che i poteri dell'amministratore non possono coincidere in ogni caso con quelli del tutore e del curatore. La lettura della Consulta pare tesa ad evitare una *interpretatio abrogans* delle misure tradizionali, che si verificherebbe nell'ipotesi in cui l'amministrazione di sostegno si estendesse fino ad assumere la sostanza di una di esse. Ebbene, tale conclusione — basata su una ricostruzione che vede le tre misure allineate «in ordine crescente quanto ai rispettivi effetti

¹¹ Da ultimo sulla capacità del beneficiario in ordine agli atti non espressamente vietati *ex decreto* si vedano: Trib. Vercelli, 4 settembre 2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 283 (con nota di G. BONILINI in riferimento alla capacità di testare); Trib. Modena, 18 dicembre 2013, in *Fam. e dir.*, 2014, 579 (con nota di G. BONILINI, in riferimento alla capacità di contrarre matrimonio); e Trib. La Spezia, 2 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 77 (con nota di G. DONADIO).

¹² Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Familia*, 2006, 361.

incapacitanti»¹³ — trascura di considerare che se anche il provvedimento di amministrazione comprendesse tutte le preclusioni sancite per l'interdetto, comunque non si determinerebbe l'«integrale» coincidenza degli istituti, a cagione della diversa funzione che l'amministrazione di sostegno persegue. La massima estensione dell'oggetto, in definitiva, consentirebbe di ampliare la funzione di protezione dell'amministrazione di sostegno fino a renderla sotto questo profilo equipollente all'interdizione, senza tuttavia giungere ad una perfetta coincidenza degli istituti, la nuova misura, infatti, affianca alla protezione del soggetto (intesa come tutela contro i suoi stessi atti) una diversa e peculiare funzione, che è quella, appunto, di sostenere e di promuovere il soggetto, nell'ambito di una progettualità in cui la protezione si configura come obiettivo strumentale per la rimozione degli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazione di sé¹⁴. Una serie di indizi normativi testimonia come l'amministrazione di sostegno persegue la funzione di protezione con una attenzione alla persona e alle sue capacità residue tuttora estranee alla funzione del tutore: si pensi tra gli altri all'art. 410 c.c. che tra i doveri dell'amministratore di sostegno annovera quello di tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario, nonché quello di informare tempestivamente il beneficiario delle decisioni da assumere. Di guisa che, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento limitasse in modo incisivo la capacità del beneficiario non si verificherebbe quella coincidenza ontologica idonea a qualificare il beneficiario alla stregua di soggetto incapace, con conseguente esclusione dell'applicazione al medesimo di tutte le norme che ad esso si riferiscono.

2. – Se la inqualificabilità del beneficiario di amministrazione di sostegno alla stregua di soggetto incapace impedisce di applicargli in maniera analogica o estensiva il regime previsto per interdetti e inabilitati, si trova espressa e definitiva conferma di ciò nel disposto dell'art. 411, comma 3, c.c., a norma del quale «Il giudice tutelare, nel provvedimento con il quale nomina l'amministratore di sostegno, o successivamente, può disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge

¹³ U. ROMA, *Sunt certi denique fines (?)*: la Corte costituzionale definisce (parzialmente) i rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, in *Studium iuris*, 2007, 863.

¹⁴ S. TRENTANOVI, *La protezione delle persone prive di autonomia*, in *www.personaedanno.it*, ad avviso del quale l'amministrazione di sostegno riconosce al contrario di interdizione e inabilitazione piena «dignità giuridica ad un progetto che vede coinvolto non solo chi è accanto al soggetto debole ma anche tutti gli enti e i servizi che operano allo stesso fine, coordinandone le attività, evidenziando compiti, diritti e doveri e vincolando con disposizioni giuridicamente rilevanti adatte ai singoli casi concreti»

per l'interdetto o l'inabilitato, si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni. Il provvedimento è assunto con decreto motivato a seguito di ricorso che può essere presentato anche dal beneficiario direttamente». La richiamata norma, in definitiva, indica un metodo di assimilazione del beneficiario all'"incapace", che è quello della selezione di specifiche norme previste per interdetti o inabilitati e ritenute dal giudice in concreto funzionali alla protezione e al sostegno del beneficiario.

Tornando specificamente al tema della capacità di disporre per testamento, in continuità con quanto innanzi osservato, non è possibile estendere automaticamente al beneficiario il divieto di disporre per testamento, cosicché se nulla è espressamente previsto nel decreto in tal senso, il beneficiario non è soggetto ad alcuna limitazione (arg. anche *ex* 596 c.c.).

Ora, con specifico riguardo all'estensione al beneficiario *ex decreto* del divieto di disporre per testamento fatto all'interdetto *ex* art. 591, comma 2, n. 1, c.c., si discute della opportunità che ciò avvenga. Tale divieto infatti – già criticato con riguardo all'interdetto –, determina la compressione della capacità di compiere un atto espressione di "sentimenti che sono propri di ogni uomo" e non trova, si osserva, giustificazione nella esigenza di protezione del soggetto, essendo l'atto destinato a produrre i propri effetti solo dopo la morte del disponente. Gli interessi che la preclusione intende salvaguardare sono dunque quelli dei familiari, che tuttavia potranno trovare adeguata tutela con l'esperimento dell'azione di riduzione, se legittimari, ovvero con l'impugnazione del testamento per l'incapacità naturale del testatore¹⁵.

La giurisprudenza ammette invece che, al ricorrere di circostanze specifiche che giustifichino la privazione della capacità testamentaria del beneficiario, si estenda il divieto dell'art. 591 c.c. Ciò può avvenire se il medesimo versi in condizioni di infermità o inferiorità tali da porlo in stato di facile raggrabilità e che non gli consentano di giovare di intervalli di lucidità; se comprenda in modo corretto o meno la natura dell'atto da compiere; ancora, se vi possa essere indotto sulla scorta di un percorso psicologico non corretto, alterato da indebiti fattori devianti esterni¹⁶. La

¹⁵ G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 302.

¹⁶ Trib. Vercelli, 4 settembre 2015, secondo il quale il g.t. allorché sia chiamato ad esprimersi con riguardo alla opportunità di limitare la capacità del beneficiario di disporre per testamento deve considerare innanzitutto se egli versi in condizioni di infermità o infermità prive di intervalli di lucidità, tali da porlo in stato di facile raggrabilità; poi, se egli comprenda in modo corretto la natura dell'atto; infine, se

stessa Cassazione¹⁷, con un approccio condivisibilmente ancorato alle circostanze del caso concreto e valorizzando la funzione sì promozionale, ma anche protettiva dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, ha messo in luce come non sia corretto ridurre aprioristicamente la funzione di protezione della misura – nella specie escludendo dal novero degli atti vietati quelli personalissimi, e tra questi il testamento – nel timore di avvicinare troppo il contenuto dell'amministrazione di sostegno a quello dell'interdizione. Una posizione che, mette in luce la Corte, è foriera di ridurre il potenziale protettivo dell'amministrazione di sostegno e di indirizzare indebitamente il giudice, allorché sorga l'esigenza di privare il soggetto della capacità di testare, verso l'applicazione dell'istituto interdittivo. E se non vi sono dunque ostacoli concettuali all'applicazione del divieto di cui all'art. 591 c.c. anche al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, quanto rimane da individuare sono i casi in relazione ai quali l'applicazione del divieto possa in concreto giustificarsi. Sul punto la S.C. ha fornito indicazioni che, in maniera ragionevole, si muovono sul duplice binario della "situazione di eccezionale gravità" e della "esigenza di tutela". In relazione al primo, il collegio specifica come esso debba essere valutato con rigore, considerando se «il processo di formazione e manifestazione della volontà possa andare incontro a turbamenti per l'incidenza di fattori endogeni o agenti esterni». In altri termini, se, con giudizio prognostico, il giudice tutelare ritenga che la futura volontà testamentaria possa essere soggetta a impugnazione perché viziata di fatto dall'incapacità di intendere e di volere del testatore, potrà più efficacemente e nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti, privare il beneficiario della capacità di disporre per testamento. Quanto al secondo criterio che la Corte pare suggerire, *id est* l'esigenza di tutela, esso implica la verifica della necessaria strumentalità tra privazione della capacità del beneficiario in relazione ad uno specifico atto e garanzia della protezione del beneficiario; strumentalità che, a ben vedere, implica non solo che il giudice non possa limitare la capacità di agire del soggetto se tale limitazione non trova una specifica ragione di tutela (e dunque in eccesso), ma altresì che ogniqualvolta la privazione della capacità si configuri come lo strumento necessario per proteggere il soggetto beneficiario, il giudice è tenuto a limitarne la capacità, eventualmente anche sacrificando la sua sfera di realizzazione personale, in un giudizio di bilanciamento all'esito del quale può apparire – sebbene eccezionalmente – necessario per la protezione del soggetto comprimere la capacità piuttosto

possa esservi indotto da un percorso psicologico non corretto, alterato da indebiti fattori devianti esterni.

¹⁷ Cass., 21 maggio 2018, n. 12460, in *Corr. giur.*, 2019, 60 (con nota di M.N. BUGETTI).

che esporre il soggetto a “condizionamenti o pressioni”, che ne andrebbero di fatto a comprimere la libertà.

Un ulteriore aspetto problematico emerso in relazione alla limitazione della capacità testamentaria del beneficiario è quello della possibilità di prevedere *ex decreto* un potere di assistenza alla redazione del testamento in capo all'amministratore di sostegno. In senso positivo si è espressa parte della giurisprudenza, quando mediante l'attribuzione all'amministratore di sostegno di un potere di assistenza¹⁸, quando invece incaricando l'amministratore di riportare le volontà espresse dal beneficiario fisicamente impossibilitato a stilare il testamento olografo¹⁹. Questa soluzione – già indicata per consentire anche al beneficiario dell'amministrazione di sostegno di compiere gli atti personalissimi – è stata criticata in considerazione del fatto che dall'un lato si ammette a testare un soggetto non pienamente capace, e dall'altro a tale soggetto si nega di poter disporre dei propri beni *mortis causa* alla stregua di unico protagonista di tali scelte²⁰, condizione ritenuta invece necessaria ed indispensabile avuto riguardo alla natura di atto unilaterale, unisoggettivo e personalissimo del testamento.

La critica aveva trovato un significativo avvallo nella richiamata pronuncia della Cass., 21 maggio 2018, n. 12460²¹, allorché aveva affermato come in relazione agli atti personalissimi «a fronte di una grave compromissione delle facoltà cognitive e volitive dell'autore, non sembrano agevolmente ipotizzabili forme d'intermediazione o integrazione da parte di terzi, a meno che le stesse non si traducano nella prestazione di un consenso al compimento dell'atto, la cui necessità si porrebbe però in stridente contrasto con il carattere personale dell'atto stesso e con la valorizzazione della capacità del beneficiario, cui tende l'istituto in esame». Con la sentenza, 15 marzo 2021, n. 7194 la S.C. sembra invece aver compiuto un passo in una direzione opposta, ammettendo che il decreto di nomina conferisca all'amministratore di sostegno un potere di assistenza nella redazione delle disposizioni testamentarie. Nella specie il decreto di nomina richiedeva ai fini della validità del testamento «l'integrazione dell'autorizzazione scritta dell'amministratore (con la precisazione che l'autorizzazione non serviva

¹⁸ Trib. Forlì, 27 settembre 2007.

¹⁹ Trib. Varese, 12 marzo 2013, in *Riv. not.*, 2013, 453, ha, invece, affermato che «Il beneficiario di un'amministrazione di sostegno affetto da SLA e dotato di comunicatore oculare può testare e nello specifico è l'amministratore che raccoglie le volontà testamentarie del beneficiario, le riporta in forma scritta su atto formale sottoscritto, *ex art. 409*, comma 1, c.c., in nome e per conto del beneficiario, con poteri di rappresentanza sostitutiva, divenendo in questo modo uno strumento del beneficiario per confezionare un valido testamento olografo».

²⁰ M. AGRESTA, *La necessaria solitudine del testatore*, in *Riv. not.*, 2010, 26 ss.

²¹ Cass., 21 maggio 2018, n. 12460, cit.

per l'esercizio in sé del potere di testare, ma rispetto alla materiale stesura delle singole disposizioni di ultima volontà)»; di guisa che l'amministratore era chiamato a svolgere funzioni integrative negoziali della volontà dell'amministrata. Nella prospettiva della Corte questa attenuazione di capacità non solo è ammissibile, ma impone di mantenere differenziata la capacità testamentaria "attenuata" del beneficiario da quella dell'interdetto e dal relativo regime.

3. – Come conseguenza della inqualificabilità del beneficiario cui sia imposta l'assistenza dell'amministratore per redigere testamento alla stregua di "incapace di testare" e della impossibilità di applicargli il regime di cui all'art. 591 c.c., vi è quella, nel ragionamento della Corte nella sentenza, 15 marzo 2021, n. 7194, della insussistenza della incapacità a ricevere per testamento né dell'amministratore di sostegno del *de cuius* (ex art. 596 c.c.) né della moglie del primo (ex art. 599 c.c.).

Tale ulteriore passaggio richiede di essere analizzato alla luce del disposto dell'art. 411 c.c., giusta il quale, per quanto qui interessa, si applicano all'amministrazione di sostegno gli artt. 596 e 599 c.c., in quanto compatibili. Dette norme, al fine di preservare la spontaneità del volere del soggetto, sanciscono la nullità delle disposizioni testamentarie (anche se fatte sotto nome d'interposta persona, art. 599 c.c.) da parte della persona sottoposta a tutela in favore del tutore o del protutore, se fatte dopo la nomina di questi e prima che sia stato approvato il conto o si sia estinta l'azione per il rendimento del conto. Il momento in relazione al quale valutare la sussistenza del divieto dell'amministratore di ricevere, è quello della redazione della scheda testamentaria²² e non quello, successivo, dell'apertura della successione.

Non è inutile sottolineare come, dato che in relazione all'interdetto vi è un generale divieto di testare posto dall'art. 591 c.c., è evidente che l'ambito applicativo degli artt. 596 c.c. è da riferire ai soli casi in cui il soggetto sottoposto a tutela abbia riacquistato la piena capacità (a seguito del conseguimento della maggiore età o della revoca dell'interdizione); venuta meno la generale incapacità di disporre per testamento, l'ordinamento mantiene una forma di protezione dell'integrità del volere rispetto alla possibile ingerenza di colui che abbia svolto l'incarico di tutore, stabilendo una specifica sua incapacità a (*rectius* impossibilità ad essere chiamato alla successione, almeno nell'arco temporale che va dalla cessazione della tutela all'approvazione del conto. La medesima *ratio* di protezione che in relazione all'interdetto si estrinseca nella privazione *tout court* della capacità di

²² G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 407.

disporre per testamento, una volta acquisita (o riacquisita) tale capacità, essa permane nella esigenza di difendere *pro tempore* il testatore rispetto all'influenza di coloro che nei suoi riguardi hanno svolto una specifica funzione e dunque si trovano in posizione di potenziale conflitto di interessi.

Il suddetto divieto non opera allorché le disposizioni testamentarie siano fatte in favore dell'amministratore che sia legato al beneficiario da un particolare vincolo affettivo (art. 411, comma 3, c.c.). Nello specifico sono valide (*rectius* non soggette a nullità *ex* artt. 596 e 599 c.c., ancorché possano sussistere diverse cause di invalidità) le suddette disposizioni se compiute a favore del parente entro il quarto grado del beneficiario, ovvero che sia coniuge o unito civilmente o persona che sia stata chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente. La *ratio* della norma è agevolmente identificabile nella salvaguardia del vincolo affettivo che lega il beneficiario all'amministratore, evitando di penalizzare coloro ai quali la legge (art. 408 c.c.) ritiene sia preferibile affidare l'incarico, peraltro doveroso²³.

Trattandosi di norme eccezionali, come tali insuscettibili di applicazione analogica, esse non si applicano all'inabilitato, che non solo conserva dunque la piena capacità di agire in relazione alle disposizioni testamentarie, ma anche può farlo a favore del curatore.

Sebbene l'art. 411 c.c. effettui il richiamo a dette norme con la consueta verifica della compatibilità, si è osservato come non si immaginano problemi in tal senso, perché, o le norme si applicano oppure non si applicano²⁴. Nondimeno, ciò che non è univoco è la portata stessa del richiamo agli artt. 596 e 599 c.c. Infatti, tenuto conto dell'espresso riferimento delle richiamate norme alla "tutela" è dubbio se esse siano da applicare oltre che al caso in cui al beneficiario dell'amministrazione di sostegno sia esteso il divieto di testare *ex* art. 591 c.c., anche allorché sia prevista una assistenza alla redazione del testamento o allorché la capacità testamentaria sia del tutto integra.

²³ La scelta del legislatore di assimilare il nuovo istituto all'interdizione, sotto il profilo della capacità di testare a favore dell'amministratore, comporta tuttavia la paradossale conseguenza che, mentre all'inabilitato è consentito disporre a causa di morte a favore del curatore, al beneficiario non è consentito farlo a favore dell'amministratore. La dottrina ha proposto di aggirare siffatta incongruenza del dettato normativo mediante l'interpretazione restrittiva della norma, cosicché in caso di amministrazione sostitutiva i divieti suddetti opererebbero, mentre nell'ipotesi di amministrazione di assistenza, essi non dovrebbero estendersi al beneficiario S. DELLE MONACHE, *Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2004, 51; G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 283.

²⁴ G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 282.

Un primo dubbio riguarda però la portata del richiamo con riferimento all'amministrazione di sostegno di assistenza; si è sostenuto che le limitazioni di cui agli artt. 596 e 599 debbano essere interpretate in maniera restrittiva e intendersi applicabili solo nell'ipotesi di amministrazione di sostegno sostitutiva, mentre allorché l'amministratore ha compiti di mera assistenza il beneficiario, al pari dell'inabilitato, può disporre dei suoi beni *mortis causa* a suo favore²⁵. Del medesimo avviso un Tribunale, che ha precisato che l'ambito di applicabilità dell'art. 411, comma 2, c.c. nella parte in cui prevede che gli artt. 596 e 599 c.c. si applicano anche all'amministratore di sostegno in quanto compatibili, è limitato alla sola figura dell'amministratore di sostegno sostitutiva²⁶. La soluzione interpretativa, così posta, pecca di eccessiva linearità, tenuto conto che la flessibilità dell'amministrazione di sostegno consente di attribuire all'amministratore tanto poteri di rappresentanza quanto, contestualmente, poteri di assistenza.

Questa osservazione conduce a ritenere il contenuto e l'estensione della incapacità prevista dal decreto non costituiscano elementi dirimenti per la determinazione della incapacità dell'amministratore a ricevere per testamento.

Una diversa impostazione è suggerita dalla S.C. nella richiamata sentenza n. 7194/2021: nella prospettiva della Cassazione l'interrogativo se gli artt. 596 e 599 c.c. siano applicabili anche all'amministratore di sostegno dipende dalla estensione che il decreto di nomina abbia fatto al beneficiario della incapacità di disporre per testamento. Se, in definitiva, al beneficiario è fatto divieto di testare, va da sé che non possa testare neppure a favore dell'amministratore ai sensi dell'art. 596 e 599 c.c. Ma se la limitazione della capacità a fare testamento si pone in termini di assistenza negoziale, per contro, non può farsi applicazione delle ulteriori richiamate norme, dato che non si verifica quella assimilazione (partitamente alla materia testamentaria) tra beneficiario e interdetto che giustifica la loro applicazione.

Anche tale soluzione interpretativa, ad avviso di chi scrive, non è pienamente convincente. Ancorché essa consenta di aggirare quella eccezione fondata sulla flessibilità della misura avanzata con riguardo alla opinione anzi riportata, quanto in definitiva perplime è il superamento della portata generale della estensione della protezione offerta dagli artt. 596 e 599 c.c. mediante il richiamo fattone dall'art. 411, comma 3, c.c. Quanto deve essere in via ermeneutica valorizzato infatti è come il legislatore abbia inteso estendere la protezione derivante dalla incapacità dell'amministratore di

²⁵ G. BONILINI, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., 407; S. DELLE MONACHE, *Prime note sull'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, cit., 51.

²⁶ Trib. Trieste, 6 maggio 2017, in *Leggi d'Italia Legale*.

sostegno a ricevere per testamento (disgiunta dalla eventuale incapacità a testare), per proteggere il beneficiario dal condizionamento derivante dal rapporto con l'amministratore. Quanto sembra emergere in definitiva dalla lettura della norma è l'intenzione legislativa di estendere *ex lege* tale protezione non in conseguenza della assimilazione del beneficiario all'interdetto sotto il profilo della capacità testamentaria, ma come tutela generale e trasversale discendente dalla apertura della misura di sostegno. Di guisa che, anche qualora la capacità del beneficiario non sia privata o limitata dal decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, i divieti di cui agli artt. 596 e 599 c.c. debbono considerarsi applicabili, senza peraltro che possa ravvisarsi, salvo i casi legali di eccezione di cui al comma 4 dell'art. 411 c.c., ragione di derogare *ex decreto* a tali previsioni.

Abstract

**ON THE AMBIGUOUS ABILITY OF THE BENEFICIARY OF THE
SUPPORT ADMINISTRATION TO MAKE WILL**

L'articolo si sofferma sul tema della applicazione all'amministrazione di sostegno delle norme di cui agli artt. 596 e 599 c.c., richiamate dall'art. 411, comma 2, c.c., in materia di incapacità del tutore a ricevere per testamento da parte dell'interdetto. Anche alla luce dell'analisi dottrinale e giurisprudenziale, l'A. propone una opzione interpretativa tesa alla massima protezione del beneficiario.

The article focuses on the issue of the application to the "amministrazione di sostegno" of the rules referred to in Articles 596 and 599 of the Italian civil code, referred to in art. 411, paragraph 2, of the Italian civil code, concerning the inability of the legal guardian to receive by will from the interdicted person. Also, in the light of the scholars and jurisprudential analysis, the A. supports an interpretative option aimed at maximum protection of the beneficiary.

**THE PROBATIVE VALUE OF ELECTRONIC DOCUMENTS.
TOWARDS THE SIGNATURE CRISIS?¹**

MARTINO ZULBERTI
Ricercatore
nell'Università di Milano

INDEX: 1. Introduction. – 2. Electronic documents and Italian Digital Administration Code. – 3. Probative value of electronic documents with “weak” signature. – 4. Electronic documents and the discipline of digital reproductions. – 5. The probative value of “traditional” e-mail. – 6. Concluding remarks.

1. – The discussion will address the probative value under Italian law of unsigned electronic documents and of those with “weak” electronic signatures, which offer limited certainty as to the authorship of the document. I will not examine the probative value of electronic documents bearing a “strong” signature, as these are less affected by problems of authorship². In fact, Article 20, paragraph 1-*bis*, first sentence, of the Italian Digital Administration Code (CAD) provides that such documents have the probative value of the hand-written declaratory documents with authenticated signature and paragraph 1-*ter* establishes a *iuris tantum* presumption for such documents that the document belongs to the holder of

¹ The text reproduces the presentation at the I Congresso Internacional – Direito Processual Civil – “Os Desafios do Desenvolvimento Sustentável Global e Digital” held on 21-22 May 2021, organized by Instituto Jurídico Portucalense.

² Article 1, paragraph 1-*bis*, Italian Digital Administration Code (CAD), refers to the definitions provided by the Regulation (EU) no. 910/14. Article 3, paragraph 1 of such Regulation defines the «electronic signature» as data in electronic form which is attached to or logically associated with other data in electronic form and which is used by the signatory to sign (10); the «advanced electronic signature» as an electronic signature which meets the requirements set out in Article 26 of the same Regulation (11); the «qualified electronic signature» as an advanced electronic signature that is created by a qualified electronic signature creation device, and which is based on a qualified certificate for electronic signatures (12). As regards the Italian legislation, Article 1, paragraph 1, lett. s) CAD provides that «digital signature» is «a particular type of qualified signature based on a system of cryptographic keys, one private and one public, related to each other, which allows the holder, through the private key, and the recipient, through the public key, to show and verify the origin and the integrity of an electronic document or a set of electronic documents». On this topic, G. FINOCCHIARO, *Una prima lettura del Reg. UE n. 910/2014 (cd. eIDAS): identificazione online, firme elettroniche e servizi fiduciari*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2015, 419 ss.

the signature device³. In this case, problems are essentially limited to the unauthorized use of such device⁴.

It is necessary to consider that, in Italy, judges are not always free to assess evidence. In some cases, the court must weigh the evidence according to fixed criteria without any margin of discretion; this is what is meant by “legal proof” of a fact. In other cases, the principle of free assessment of evidence applies. In others still, the judge is precluded from taking a particular piece of evidence into consideration.

The latter includes the case of the unsigned private hand-written document (“*scrittura privata*”)⁵. In such situation, the signature is considered a necessary element thereof. In fact, the signature is what makes the statement incorporated in the document attributable to a specific person.

Although there are plenty of circumstances (Articles 2705 ff of the Italian Civil Code) in which even unsigned documents (such as telegrams or private records) have probative value, such cases are specific and cannot be extended by analogy to other types of documents, regardless of whether they are hand-written or digital.

To determine the probative value of electronic documents, one must refer to Article 20 CAD and Article 2712 of the Italian Civil Code. These provisions grant the judge differing margins of discretion and there are

³ Article 20, paragraph 1-*bis* CAD provides that documents signed with advanced electronic signature or qualified signature are evaluated as «plain proof», that can be challenged only through the proceedings of “*querela di falso*”, in relation to the authorship of the statements, thus recurring to the same proceedings that Article 2702 of the Civil Code requires in order to challenge an authenticated signature on a hand-written document. This provision is tempered by the subsequent paragraph 1-*ter* which provides a presumption the qualified or digital signature device has been used by its owner. On the interpretative questions arising from these two provisions, see M. GRADI, *Le prove*, in G. RUFFINI (ed.), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, 514 ss.; A. MERONE, *Electronic signatures in Italian law*, in *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, 2014, 98 s.

⁴ M. GRADI, *Le prove*, cit., 522, who underlines that paragraph 1-*ter* of Article 20 CAD allows the proof of the unauthorized use without the need of recurring to the proceeding of “*querela di falso*”. Conf. F. FERRARI, *Il codice dell’amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 425 s.

⁵ Cfr. B. CARPINO, voce *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI. Milano, 1989, 805, who observes: «The signature is therefore essential element in order to connect the document to whom is indicated as author. A document without signature is not able, in principle, to have juridical value, as the absence of the signature is to be considered as refusal to take the authorship of the document and of the statement». See also G.F. RICCI, *Valore probatorio del documento informatico ed errori duri a morire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1427 and F. ROTA, *I documenti*, in M. TARUFFO (ed.), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 669.

discordant opinions as to when recourse should be made to one rather than the other.

The analysis of the probative value of the unsigned or “weakly” signed electronic document is aimed at providing an answer to the widely debated question surrounding the probative value of a simple e-mail. Similar to a text or Whatsapp message, these documents fall within the category of electronic documents and may be considered unsigned or bearing a “weak” signature, depending on one’s perspective⁶.

2. – Article 20, paragraph 1-*bis*, second sentence, CAD disciplines the probative value of a document in «all other cases», namely the ones in which the document’s probative value is not regulated by the first sentence of the same provision. It thus governs cases in which the document is not signed with a “strong” electronic signature.

For both types of document, the provision states that the probative value is subject to the discretion of the court, which must take into account the document’s «security, integrity and alterability».

The norm does not expressly regulate the source aspect of the document, but it is clear among interpreters that authorship must be established in order to attach any probative value to the document⁷.

In this freedom of assessment, the criterion for linking the document to a specific person will vary. In the case of a “weak” electronic signature, the signature itself will provide the basis for establishing authorship; in the case of an unsigned electronic document, the linking factor is determined by the judge, also according to his discretion⁸.

3. – It is worth mentioning that there is a problem with the interpretation of the electronic document bearing a “weak” electronic signature. According to some, the provisions on the probative value of electronic documents should be integrated with those applicable to analogue

⁶ According to an opinion the “traditional” e-mail would be an electronic document without signature (V. DI GIACOMO, *Il nuovo processo civile telematico*. Milano, 2015, 205 ss.; C. IMBROSCIANO, *Prove documentali 2.0: S.M.S., e-mail e messaggi Whatsapp nei processi della famiglia*, in *Fam. dir.*, 2020, 577); according to a different interpretation it would be an electronic document with “weak” signature (F. RUSSO, *Contributo allo studio sul valore probatorio della e-mail*, in *Giustiziavivile.com*, 2019, 17 ss. and, in case law, Trib. Prato, 15.4.2011, in *Foro it.*, 2011, I, 3198; Trib. Mondovì 7.6.2004, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, I, 938, with obs. by M. LUPANO, *Natura dell’«e-mail», sua efficacia probatoria nella normativa vigente e nel d.lg. 7 marzo 2005*, n. 82). For further references, see A. MERONE, *Electronic signatures in Italian law*, cit., 91.

⁷ M. GRADI, *Le prove*, cit., 531.

⁸ M. GRADI, *Le prove*, cit., 553. *Contra*, F. RUSSO, *Contributo allo studio sul valore probatorio della e-mail*, cit., 17.

documents, as regards the disavowal of the signature governed by Articles 214 and 215 of the Italian Code of Civil Procedure⁹. In application of these provisions, the party against whom the document is filed must challenge the authenticity of the “weak” electronic signature. If such party fails to disavow the signature, the judge must consider the document attributable to said party, without any margin of discretion. In the event of a disavowal, however, the party who produced the document must request that the signature be verified, otherwise the document loses all probative value and cannot be considered by the judge.

In both scenarios, the court would be precluded from using its discretion in determining the document’s probative value. This, however, does not seem consistent with what is stated in Article 20, paragraph 1-*bis* CAD, which establishes the principle of freedom of assessment of the digital document bearing a “weak” electronic signature.

It is therefore preferable to adhere to the contrasting opinion, which rejects the applicability of the rules on the disavowal of hand-written private documents to electronic ones¹⁰. Consequently, in application of Article 20 CAD, the origin of the electronic document bearing a “weak” electronic signature should be, in any case and necessarily, freely appraised by the judge, even when the signature’s authenticity is challenged by the other party.

4. – Another relevant provision regarding the probative value of an electronic document is Article 2712 of the Italian Civil Code, which scope of application concerns not only hand-written representations, but also digital reproductions, establishing they are undeniable proof of the facts and items represented if the person against whom they are produced does not disavow them. According to most – if a document’s authenticity has not been challenged – such circumstance constitutes legal proof, *i.e.* proof excluded from the court’s discretion¹¹.

The interpretative challenge relates to the scope of the provision: the question is whether it applies to unsigned electronic documents with declaratory content¹².

⁹ F. FERRARI, *Il codice dell’amministrazione digitale e le norme dedicate al documento informatico*, cit., 425.

¹⁰ F. ROTA, *sub art. 214*, in M. TARUFFO (ed.), *Istruzione probatoria*, Bologna, 2014, 329.

¹¹ The statement is debated, being discussed whether the “plain proof” provided by article 2712 of the Civile Code is to be considered or not as evidence subject to court’s discretion: see S. PATTI, *Prove*, Bologna, 2015, 476 ff.

¹² On the distinction between declaratory and non-declaratory documents, v. F. CARNELUTTI, voce *Documento (teoria moderna)*, in *Nov.ss. dig. it.*, V, Torino, 1968, 68.

A first orientation argues that any unsigned electronic document should fall within the scope of application of Article 2712 of the Italian Civil Code; the probative regime of binding evidence provided therein would also govern the question of origin of the statement contained in the document¹³, with burden to contest the document on the person against whom the document is produced¹⁴.

A different approach limits the scope of this provision: it should only apply to matters concerning the digital representation of facts or items (such as video, audio or photographs stored in digital format) and not a digitally represented statement¹⁵.

This second approach seems to be the only one compatible with Article 20, paragraph 1-*bis* CAD, which recognizes the principle of freedom of assessment in relation to documents bearing a “weak” electronic signature as well as unsigned documents. If one were to maintain that all electronic documents are governed by Article 2712 of the Italian Civil Code, there would be no margin for judicial discretion.

The declarative and unsigned electronic document is therefore to be considered subject to the regime of freedom of assessment by the court, and not that of legal proof¹⁶.

5. – These interpretive uncertainties are shared by case law, particularly in relation to the question of the probative value of traditional e-mail.

Some case law holds that e-mail messages are regulated by Article 2712 of the Italian Civil Code, so that if unchallenged by the party against whom it is produced, it would also be fully probative also in terms of its origin¹⁷.

¹³ GIUS. FINOCCHIARO, *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contr. impresa*, 2011, 500, who raises the question how to conciliate two provisions which would regulate the same issue.

¹⁴ Cass. 14 May 2018, n. 11606; Trib. Bologna 11 August 2020, n. 1163, in *Dejure*; Trib. Velletri 16 April 2020, n. 642, in *Dejure*; Trib. Firenze 7 February 2020, n. 370, in *Dejure*.

¹⁵ G. VERDE, *Prove nuove*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 41; L. DITTRICH, *La prova documentale*, in L. DITTRICH (ed.), *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2019, 1936 s.; P. FARINA, *La querela di falso. Profili teorici e attuativi*, II, Roma, 2017, 68; A. BONAFINE, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*. Napoli, 2017, 96; A. Merone, *Il disconoscimento delle prove documentali*, Torino, 2018, 203; F. ROTA, sub art. 214, cit., 327; G. IORIO, *L'efficacia probatoria dei messaggi WhatsApp nei processi familiari*, in *Ilprocessocivile*, 2020. For a different opinion, see G. COLOMBO, *Valore probatorio dei documenti e delle riproduzioni informatiche e natura giuridica delle attribuzioni patrimoniali tra conviventi*, in *Corriere giur.*, 2019, 1332.

¹⁶ L. DITTRICH, *La prova documentale*, cit., 1937. According to an opinion the non-challenge of the document by the party against whom it is produced would be considered as an “admission”: G. VERDE, *Prove nuove*, cit., 41.

A different line of reasoning holds, however, that e-mail messages cannot be qualified as a digital reproduction under Article 2712 of the Italian Civil Code, and the probative value of such documents is regulated by Article 20, paragraph 1-*bis* CAD: the probative value of an e-mail is to be decided by the court, in accordance with the principle of freedom of assessment¹⁸.

This is the dominant opinion among legal authors, according to which traditional e-mail cannot be included in the discipline of the probative value of electronic representations, since «an e-mail is still a document written by someone and certainly not a digital reproduction»¹⁹.

6. – In the light of the above considerations, two conclusions can be drawn.

On one hand, the digital document containing a statement whose authorship is not certain, whether because it is unsigned or because it bears a “weak” electronic signature, does have probative value in contrast with the hand-written statement that has no value when it is not signed²⁰.

On the other hand, in consideration of the trend of some case law, one cannot exclude that the judge will consider himself bound to consider the document as attributable to the party against whom it is produced, should such party fail to disclaim his authorship.

In this scenario the signature seems losing its traditional central role to link the content of a document to its author not only taking in account the new forms of imputation, but also considering that a declaratory electronic document, even unsigned or bearing a “weak” electronic signature, could be used as evidence in civil proceedings²¹.

Abstract

**THE PROBATIVE VALUE OF ELECTRONIC DOCUMENTS.
TOWARDS THE SIGNATURE CRISIS?**

¹⁷ Cass. 14 May 2018, n. 11606.

¹⁸ Cass. 6 February 2019, n. 3540; Cass. 18 March 2018, no. 5523, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018 II, 590, with favourable obs. R. SILVESTRE, *L'inattendibilità della e-mail tradizionale come documento informatico attestante la paternità del testo*.

¹⁹ M. GRADI, *Le prove*, cit., 534. Conf. A. D'ARMINIO MONFORTE, *I mezzi di prova informatici e la loro efficacia*, in A. D'ARMINIO MONFORTE, M. ROCCHI, *Le prove digitali nel processo. Profili giuridici e informatico-forensi*, Pisa, 2021, 101 ss.

²⁰ See note 5.

²¹ Legal authors underline that Italian system is facing to a “crisis of the signature”: see, in particular, N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 73 ss.

L'Autore si confronta con il tema del valore probatorio dei documenti informatici con firma elettronica "debole" o non firmati, illustrando le disposizioni di legge rilevanti e percorrendo i principali orientamenti di dottrina e giurisprudenza. Secondo l'Autore, per un verso, è necessario distinguere fra documenti dichiarativi e non dichiarativi al fine di determinarne il valore probatorio e, per altro verso, alla luce dell'attuale disciplina il Giudice avrebbe maggiore discrezionalità nel determinare la paternità di un documento dichiarativo elettronico rispetto ad uno analogico

Author faces the problem of the probative value of electronic documents with a "weak" signature or not signed, illustrating the relevant provisions under Italian law and discussing the different interpretations followed by case law and legal writers. In Author's opinion, on one hand, it is necessary to distinguish between declaratory and non-declaratory documents in evaluating electronic documents and, on the other hand, courts would have more discretion in establishing the authorship of a declaratory electronic document than of a hand-written one.

**L'IMPORTANZA DELL'INTANGIBILE
NELLA PREVENZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA**

ANDREA MONTERA
Cultore della materia
nell'Università di Ferrara

SOMMARIO: 1. L'ottica *forward-looking*. – 2. Il valore nascosto nel bilancio. – 3. *Non-financial KPIs*.

1. – Con il d.lgs., 12 gennaio 2019, n. 14, ovvero il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), il lessico del legislatore abbandona termini quali "fallito" e "fallimento" (art. 382), caratterizzati da un'accezione estremamente negativa – un sinonimo di condanna che induceva ulteriormente l'imprenditore a tener nascosto il suo stato di squilibrio economico-finanziario – scelta che non si esaurisce in una rifinitura estetico-nominalistica ma che diviene specchio di una cultura del risanamento delle imprese, che attraverso un sistema di segnali dall'allerta cerca di anticipare la crisi e ripristinare lo *status quo* fin dalla c.d. *twilight zone*.

È il concetto di prevenzione ad animare la riforma, ma per quanto la presenza di *early warnings* risulti fisiologica in un simile contesto non è altresì immediata la scelta dei dati destinati a fungere da *input*, ed è su quest'aspetto che s'impenna il presente elaborato.

Il novellato art. 2086 c.c., co. 2 dispone che l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale. Esso è richiamato dall'art. 3, co. 2 CCII, il quale recita «l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative». Il legislatore dispone, quindi, come l'imprenditore debba intervenire sulla propria struttura organizzativa per rendere possibile una lettura tempestiva dello stato di crisi, c.d. ottica *forward-looking*, ma l'effettiva adeguatezza degli assetti non dev'essere interpretata come una caratteristica che rende impossibile il giungere ad una procedura di liquidazione giudiziale, in quanto ciò contraddirebbe lo spirito della riforma; tant'è che l'adeguarsi a quanto segnalato dagli indici e il rispettare il

percorso d'allerta dovrebbe essere premiato con una riconosciuta assenza di responsabilità per il manifestarsi della crisi¹.

La scelta di limitarsi ad una clausola generale consente all'impresa di vestire il sistema organizzativo, amministrativo e contabile più confacente², opinione condivisa da chi scrive poiché ritenuta in linea con quanto disposto dall'art. 13, co. 3, CCII. Il terzo comma dell'articolo prevede, infatti, che un'impresa possa dotarsi degli indici che, in virtù di caratteristiche che le sono proprie, ritiene più adeguati a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Parallelamente, a fronte dell'adeguatezza di indici individuati *ad hoc*, senza entrare nel merito di come la loro idoneità andrebbe valutata, il riconoscimento di un'assenza di responsabilità potrebbe ragionevolmente essere esteso anche al professionista.

Gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rilevabili attraverso gli indici costituiscono quegli indicatori di crisi che, assieme all'adeguatezza degli assetti, sono il cuore della prevenzione, ma la ricercata ottica *forward-looking* viene opacizzata dalla scelta di attingere a informazioni riportate in bilancio che, a fronte della facile reperibilità, portano con sé i limiti nella rappresentazione del valore di un'azienda che caratterizza quest'insieme di documenti contabili.

La nuova *forma mentis* che promuove un tempestivo agire, prima che lo squilibrio si cronicizzi, non sembra trovare un degno contrappunto nella scelta degli indicatori: nella sequela logica dei sette indicatori selezionati dal CNDCEC il patrimonio netto negativo o, per le società di capitali, inferiore al minimo legale porta alla luce uno stato di illiquidità attuale, non prospettico; allo stesso modo i cinque indici alternativi al *Debt Service Coverage Ratio* (DSCR), a impiego congiunto, paiono più un compromesso che un vero e proprio passo in avanti verso l'ottica *forward-looking*, poiché anch'essi non prospettici.

Nel R.D., 16 marzo 1942, n. 267, o Legge Fallimentare, non vi è alcuna definizione giuridica di "crisi di impresa", viene però disciplinato il concetto di "insolvenza", definito dall'art. 5 della Legge – in cui si parla di "stato di insolvenza", a dispetto dell'abrogato art. 2221 c.c. che recita «in caso di insolvenza», originando una differenza che resta meramente formale – come quello *status* che «si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». Come sottolineato dalle linee guida del 2015 del CNDCEC, l'art. 2467 c.c. dimostra indirettamente come il

¹ A. LOLLI – M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa*, in *Il Caso.it*, 2020, 16-17.

² A. LOLLI – M.G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi dell'impresa*, cit., 12.

concetto di insolvenza sia «un elemento statico e desumibile da fatti esteriori manifesti e storici»³. Avvalersi di indicatori che, eccezioni fatta per il DSCR, non risultano realmente predittivi, può facilmente portare ad esiti non troppo diversi dall'agire quando si parla ormai di stato d'insolvenza e non più di crisi.

2. – Gli indicatori, al pari di una qualsiasi formula matematica, elaborano in modo acritico l'insieme di dati fornito loro, di conseguenza la qualità e la trasparenza delle informazioni utilizzate in primo luogo avrà inevitabili ripercussioni sui dati ottenuti in ultima analisi. Se questi dati, dunque, provenissero da un insieme di documenti *backward-looking* l'informativa derivante dal risultato finale non potrà allontanarsi da questo retaggio (logica *garbage in, garbage out*). La tematica meriterebbe una disamina più approfondita, e non vuol esser questa la sede per farlo, ma non si può non ignorare che vi siano elementi non presenti o non correttamente riportati in bilancio rispondenti al nome di *intangibles*. Un esempio lampante è fornito dall'avviamento, il quale è forse il più invisibile tra gli *asset* intangibili e, sebbene il suo valore sia tutt'altro che insostanziale, nessun documento fornisce prova della sua esistenza⁴.

Quando un'azienda sviluppa internamente una nuova tecnologia, il suo *fair value* – ovvero il corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata, o una passività estinta, tra parti consapevoli e disponibili, in una transazione equa – non è riportato nello stato patrimoniale, l'ammontare impiegato nelle spese di ricerca e sviluppo confluisce nelle spese operative anziché in quelle in conto capitale, anche se ciò genererà entrate per diversi anni. Questo farà sì che il valore contabile (*book value*) dell'azienda sia inferiore a quello di mercato (*market value*). Tuttavia, qualora l'azienda venisse acquistata da un'altra, il valore di mercato delle sue nuove tecnologie, entrerà nello stato patrimoniale dell'acquirente prevalentemente sotto forma di avviamento. Il medesimo problema si estende anche a spese collegate ad altri intangibili, come i costi di *marketing* sostenuti per consolidare il proprio *brand*⁵, ed è sempre più rilevante vista l'inversione di tendenza negli investimenti che vede ora una chiara prevalenza degli intangibili⁶.

Tale *gap* tra il valore di mercato e quello contabile è stato calcolato tramite il *book-to-market effect* (*BM effect*) introdotto per la prima volta nelle ricerche accademiche nel 1980, le quali prendevano in esame un arco

³ CNDCEC, *Informativa e valutazione nella crisi d'impresa*, in *Linee guida*, Roma, 2015, 9.

⁴ Voce *Intangible asset*, in *Oxford Dictionary of Business and Management*.

⁵ H. PARK, *Intangible Assets and the Book-to-Market Effect*, in *European Financial Management*, 25(1), 2019, 208.

⁶ F. GU – B. LEV, *Time to Change Your Investment Model*, in *Financial Analyst Journal*, 73(4), 2017, 25.

temporale che partiva dal 1960: il numero di intangibili riportati in bilancio era, al tempo, trascurabile e la conseguente divergenza di valore molto esigua. Giunti al XXI secolo, per la precisione tra gli anni 2001 e 2013, è stato registrato un tasso di crescita degli *asset* intangibili, dell'avviamento, della differenza tra il valore di mercato ed il valore contabile del patrimonio netto rispettivamente del 109%, 303% e 57%. I dati sono ancor più lampanti considerando che solo la porzione degli intangibili riportata in bilancio è stata presa in considerazione. L'*asset* più importante di Amazon, per rendere l'idea, non è il suo efficiente impianto di spedizione, bensì il suo modello di business e di riconoscimento del cliente: il primo (tangibile) figura nello stato patrimoniale, il secondo (intangibile) no, dato che l'impresa non è mai stata acquistata da un terzo⁷. A sorprendere, tuttavia, non dovrebbe essere tanto il tasso di crescita degli intangibili, quanto quello del *gap* tra valore contabile e di mercato, poiché evidenzia come le misure del valore siano ormai più obsolete che obsolescenti.

Questo valore nascosto che porta a situazioni paradossali in cui effettuare investimenti nel capitale umano e nell'*information technologies*, e in senso più ampio nella conoscenza, riduce il valore contabile dell'azienda nonostante questa veda quello di mercato in crescita è stato denominato "capitale intellettuale". Trattasi di un capitale, dal quale se ne diramano altri sempre di natura intangibile, definito "non finanziario" soltanto poiché non espresso in unità monetarie e non poiché ininfluente in tal ambito. Pur coscienti di ciò, come rimarcato da Leif Edvinsson nell'articolo *Developing Intellectual Capital at Skandia*⁸, la vera sfida consiste nel trasformare il buon senso in buona prassi, avendo come intento non quello di distorcere le informazioni finanziarie, ma, piuttosto, di supportarle rendendo visibile questo valore tramite un apposito *report* non finanziario.

Richiamando quanto detto in precedenza – e senza addentrarsi nella disamina più oculata che tale argomento meriterebbe, giacché questo non è e né vuol esserne il luogo – se la qualità dei risultati di un'analisi è influenzata da quella dei dati forniti in partenza, e se vi è un valore che non emerge dal bilancio d'esercizio ma che ricopre un ruolo tutt'altro che secondario nella creazione di valore di un'impresa, così come l'informativa finanziaria può essere supportata a livello di *report* lo stesso può accadere quando si parla di indicatori della crisi d'impresa.

⁷ H. PARK, *Intangible Assets and the Book-to-Market Effect*, op. cit., 219.

⁸ L. EDVINSSON, *Developing Intellectual Capital at Skandia*, in *Long Range Planning* 30(3), 1997, 366-369.

3. – Tra le principali problematiche del ricorrere esclusivamente agli indicatori finanziari col fine di valutare un'azienda, troviamo: 1) il non poter calcolare tali indicatori fino alla fine del periodo contabile, cosa che li rende di importanza storica; 2) essi mostrano le conseguenze anziché le cause, specie in relazione a fenomeni negativi; 3) sono inappropriati per predire sviluppi futuri e creare strategie; 4) concentrarsi esclusivamente su di essi porta a trascurare gli obiettivi aziendali di lungo termine, concentrandosi su quelli a breve.

In altre parole, la funzione di questi indicatori non risiede nel riflettere gli sviluppi futuri ma nel fornire informazioni storiche, tanto da esser stati definiti «*indicators with a delay*» («indicatori con un ritardo»)⁹.

Di contro, gli indicatori non finanziari usati per leggere la *performance* dell'impresa, o *non-financial Key Performance Indicators* (KPIs), mostrano un legame con gli obiettivi di lungo termine dell'impresa e misurano i progressi compiuti col fine di raggiungerli. In altre parole, i KPIs quantificano gli obbiettivi e consentono di misurare la *performance* strategica. Possono essere associati a un processo, un servizio o all'intera impresa, ma sono affetti da problemi quali mancanza di un approccio comune per la loro verifica, scarsa comparabilità e talvolta una difficoltà non trascurabile nell'essere calcolati. Per quanto utili, essi non risultano sufficienti se presi a sé stanti. I *non-financial* KPIs, di cui possono essere esempio la soddisfazione della clientela o il rischio di perdita di *know-how* derivante dalla perdita di persone chiave, si concentrano spesso anche su tematiche sociali e ambientali, e quindi legate all'immagine dell'impresa, con conseguente crescita della loro importanza assieme a quello di questi temi nell'odierna società; si pensi all'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, e ai diciassette obiettivi (SDGs) che essa ingloba, programma d'azione sottoscritto dai governi dei Paesi membri dell'ONU.

I modelli per predire difficoltà economico-finanziarie basati unicamente, o principalmente, su variabili finanziarie forniscono stime altamente affidabili di probabilità di *default* (PD), o tasso di insolvenza, soltanto per un breve orizzonte temporale, che raramente supera i due anni e vede l'accuratezza predittiva venir rapidamente meno dopo il primo. Secondo Edward I. Altman, padre dello *Z-Score* e tra i massimi esperti di rischio di credito, superata la soglia dei tre anni tali modelli, a prescindere dalla loro struttura, forniscono stime affidabili così raramente che l'esito non è tanto differente da quello che si otterrebbe lanciando in aria una moneta. Gli studi di Altman si inanellano in una catena di ricerche condotte attraverso gli anni da vari autori – come Keasey, Watson, Laitinen, Back – col

⁹ V. HÁLEK – A. BORKOVCOVÁ – F. HAŠEK, *Non-financial Indicators in the Valuation Process – Current Trends*, in *E&M Economics and Management*, 23(1), 2020, 62.

fine di trovare metodi che migliorino l'accuratezza ed estendano gli orizzonti predittivi di questi modelli.

Inserendosi in questo trend di ricerca, il docente della *Stern School of Business* di New York contribuisce a individuare un'anticipazione dello stato di crisi delle piccole e medie imprese che possa ergersi su un orizzonte temporale di diversi anni, che consenta agli *stakeholders* di evitare la crisi o, perlomeno, di fronteggiarla al meglio. Lo scopo di Altman non è quello di sviluppare nuovi metodi statistici, bensì di applicare quelli tradizionali per saggiare la capacità predittiva di un gran numero di variabili, in cui figurano anche quelle non finanziarie. A prescindere che un nuovo metodo venga realizzato o meno, i suoi risultati supportano la tesi secondo cui la chiave per il raggiungimento di un orizzonte predittivo più ampio, ma affidabile, consiste proprio nell'avvalersi congiuntamente di ambedue i tipi di variabili, sottolineando come l'aggiunta di quelle non finanziarie consenta all'impresa di ottenere informazioni importanti per l'anticipazione della crisi¹⁰.

Un recente studio condotto in Repubblica Ceca – caratterizzata da un tessuto industriale composto quasi esclusivamente da piccole e medie imprese, quindi non poi dissimile dal nostro – ha ribadito l'importanza di un utilizzo congiunto di indicatori finanziari e non finanziari come criterio di valutazione del successo di un'azienda, in quanto il solo utilizzo dei primi può portare a fraintendere la propria area di *business*¹¹.

Un documento connotato dalla presenza di numerosi indicatori finanziari e non, atto a rappresentare quella porzione di valore non emergente dal bilancio d'esercizio, è il *report* integrato. Esso può esser visto come una particolare forma di *business report*, più sofisticata ed evoluta, che non mira a sostituire il bilancio ma a integrarlo e completarlo, a prescindere dal fatto che venga presentato come un documento a sé stante o incluso nel bilancio stesso, anche all'interno della relazione sulla gestione. Tratto distintivo di questo *report* è il suo approccio multi-capitali, secondo il quale sei capitali, tra cui figurano sia quello finanziario che quello intellettuale, sono considerati la base della creazione del valore.

Tale documento, il cui processo messo in essere da un'organizzazione per prepararlo è noto come *reporting* integrato, è una comunicazione sintetica capace di rendere visibile come e in che misura un'azienda crea valore nel breve, medio e lungo periodo nel contesto in cui essa opera. Come affermato dall'Organismo Italiano di *Business Reporting – Sustainability, Non-Financial e Integrated Reporting* (OIBR), fondazione di partecipazione che

¹⁰ E.I. ALTMAN, *Financial and Non-Financial Variables as Long-Horizon Predictors of Bankruptcy*, in SSRN, 2015, 1-4.

¹¹ V. HÁLEK – A. BORKOVCOVÁ – F. HAŠEK, *Non-financial Indicators in the Valuation Process – Current Trends*, cit., *passim* e, in part., 61-71.

gode di forte sostegno internazionale e rappresenta ufficialmente il WICI *Global Network* in Italia, il tempo dedicato alla preparazione di tale *report* dovrebbe, dunque, non essere visto come un costo ma come un investimento capace di produrre come ritorno, tra i diversi benefici, un'ottimizzazione delle risorse e dei capitali, una misurazione delle prestazioni e una evidenziazione dell'importanza di quelle interazioni che rappresentano un ponte tra le piccole e medie imprese e una pluralità di organizzazioni private e pubbliche.

Sebbene nel preparare un *report* integrato vada tenuto conto che non tutti e sei i capitali potrebbero esser presenti, a seconda del modello di *business* dell'organizzazione, è utile rappresentarne e misurarne i componenti principali tramite KPIs¹².

Tra questi capitali vi è il capitale sociale e relazionale, che include beni immateriali associati alla reputazione. La reputazione è uno degli intangibili che, a parere dello scrivente, meglio rappresenta l'importanza degli impatti che possono essere generati da ciò che non è misurato in unità monetarie: già nel 1986 una massima giuridica¹³, relativa all'art. 2598 c.c. e dunque agli atti di concorrenza sleale, sottolineava indirettamente come ciò che si riflette negativamente sulla reputazione dell'impresa si riflette, di conseguenza, sulla sfera patrimoniale della stessa. La fattispecie presa in esame riguardava un pregiudizio subito dalla reputazione del prodotto d'impresa, seppur dovuto a uno svilimento causato da comportamento altrui, e, difatti, qualità dei prodotti e servizi, nonché immagine e reputazione, rientrano tra gli aspetti correlati a quelle opportunità e principali rischi che devono essere identificati nel *report* integrato. L'importanza della reputazione può anche esser messa indirettamente in evidenza dall'art. 2557 c.c., che definisce il divieto di concorrenza, poiché i presupposti per l'operatività della tutela espressamente riconosciuta da tale articolo sono, da un lato, l'intento di trasferire assieme all'oggetto del contratto anche l'avviamento clientela – dal quale l'acquirente tra le speranze di conseguire in futuro un reddito pari a quello conseguito dall'alienante – e dall'altro la particolare pericolosità dell'alienante nel sottrarre agevolmente la clientela mediante un'attività di concorrenza¹⁴. Sebbene l'avviamento tutelato da suddetto articolo sia quello soggettivo, e quindi additato all'abilità operativa dell'imprenditore sul mercato, il legislatore considera la capacità di conservare ed accrescere la clientela sia come degna di tutela sia come di non secondaria importanza in

¹² OIBR, *Il Reporting Integrato delle PMI: Linee guida operative e casi di studio* 2019, *passim* e, in part., 4 - 22.

¹³ Cass., 25 luglio 1986, n. 4755.

¹⁴ Trib. Milano, 20 dicembre 1978, G.d. ind. 79, 601, in dottrina v. G. CIAN – A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1996.

chiave competitiva, cosa che, in senso ampio, la reputazione aziendale è in grado di fare, poiché agisce da collettore di clienti finché connotata positivamente. Difatti, l'averne, al contrario, un atteggiamento irresponsabile riguardo tematiche ambientali, sociali e di *governance* (ESG) può indurre potenziali acquirenti a pagare di meno, soprattutto quando la condotta aziendale è portata all'attenzione dei media. La propensione degli acquirenti a pagar meno per aziende con una "performance sociale" inferiore alla loro è frutto di una preoccupazione dovuta ad un potenziale trasferimento di reputazione, dimostrando come questa abbia importanti implicazioni economiche. Una cattiva reputazione viene, inoltre, recepita dagli investitori e può anche indurre i consumatori a boicottare prodotti o servizi dell'impresa¹⁵. Il reale rispetto di tematiche ESG – non pratiche di *greenwashing* – diviene, così, non tanto un perseguimento di valori etici quanto il porre in essere una mitigazione del rischio aziendale¹⁶ adeguata all'evoluzione dell'odierno sistema economico e produttivo, senza attribuire a tutto ciò alcuna accezione negativa. Un esempio può essere fornito anche dal mondo degli intermediari finanziari: vi è una correlazione tra il rispetto di tematiche ESG da parte delle banche e la possibilità di ricevere una sanzione finanziaria, individuata nel bisogno di rinvigorire la propria immagine dopo averne ricevuta una¹⁷.

Senza addentrarsi in quella pluralità di disquisizioni che sarebbero dovute in un'analisi maggiormente articolata, nella redazione del *report* integrato, che come prima affermato tiene conto del rischio reputazionale, possono essere costruite matrici di significatività e rilevanza, col fine di mappare i rischi e classificarli per categorie di *stakeholders* – come clienti, *partner*, fornitori, banche *etc.* – e tipologie di rischio.

L'OIBR nelle sue linee guida per le piccole e medie imprese, propone una suddivisione di KPIs così articolata: KPIs generali, KPIs specifici settoriali, KPIs specifici aziendali¹⁸. A parere dello scrivente, la suddivisione ricorda la scelta del legislatore di realizzare indici specifici e indici relativi a caratteristiche proprie dell'impresa, rispettivamente ai commi 2 e 3 dell'art. 13 CCII, il che denota una non disarmonia con il quadro legislativo e

¹⁵ M. MAUNG – C. WILSON – W. YU, *Does reputation risk matter? Evidence from cross-border mergers and acquisitions*, in *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money*, 66(C), 2020, 1-12.

¹⁶ R. SASSEN – A.K. HINZE – I. HARDECK, *Impact of ESG factors on firm risk in Europe*, in *Journal of Business Economic*, 86, 2016, 898.

¹⁷ P. MURÈ, *ESG and reputation: The case of sanctioned Italian banks*, in *Corp Soc Responsib Environ Manag.*, 28(1), 2021, 274-275.

¹⁸ OIBR, *Il Reporting Integrato delle PMI: Linee guida operative e casi di studio*, cit., 32 e 53.

dovrebbe rendere più facilmente condivisibile la suddivisione proposta dall'OIBR.

In un contesto che non vede più il risultato d'esercizio come sinonimo di *performance* imprenditoriale, in senso stretto, e in un panorama in cui gli *intangibles* non vanno esclusivamente ricercati nell'ambito dell'*Information and Communications Technology*, ma possono essere trovati anche nel *design* di un abito o nel suo stesso *brand*, andrebbe riconosciuta maggior importanza ai *non-financial KPIs*, visti come complemento significativo per gli indicatori finanziari, i quali, pur importanti, possono così essere anticipati cogliendo segnali più deboli e dando vita a quella che potrebbe paradossalmente essere definitiva come un'anticipazione meno tardiva della crisi d'impresa.

Abstract

THE IMPORTANCE OF INTANGIBLES IN THE CRISIS PREVENTION

Squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, costituiscono il cuore della prevenzione della crisi d'impresa, ma la ricerca di un'ottica *forward-looking* viene opacizzata dalla scelta di attingere alle sole informazioni riportate in bilancio, le quali portano con sé i loro limiti nella rappresentazione del valore di un'azienda, seppur a fronte di una più facile reperibilità.

L'articolo, pur non dando luogo ad una disamina articolata, si propone d'illustrare e di riflettere brevemente su come quella differenza tra beni tangibili e non origini quel *gap* di valore – si pensi a quello tra valore contabile e di mercato – la cui comprensione è utile non solo agli *stakeholder* ma ad una prevenzione meno tardiva della crisi d'impresa.

Income, asset or financial imbalances are at the heart of crisis prevention, but the search for a forward-looking dimension is hindered by the choice to consider only the information reported in the financial statement, which carries with it its limits in the representation of the company value, even if it is easier to find.

Even if this paper does not give rise to a detailed examination, it nevertheless aims to show and reflect briefly on how the difference between tangible and intangibles made that gap in value - think of that between book and market value - whose understanding is useful not only for stakeholders but for an earlier prevention of the business crisis as well.

Corte di cassazione, sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1186
Pres. Bisogni – Rel. Amatore

Nell'azione di pagamento dell'indebito ex art. 2033 c.c. esperita dal debitore garantito nei confronti del beneficiario del pagamento, che abbia escusso una garanzia a prima richiesta, rileva solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'exceptio doli.

(*Omissis*) Con la sentenza impugnata la Corte di Appello di Milano – decidendo sull'appello proposto da EFFE.COM s.r.l. Iniziative commerciali nei confronti di M.E., M.G. e M.L. (quest'ultimi anche nella qualità di eredi di D.S.C.), in relazione alla sentenza n. 12372/2008 emessa in data 22/10/2008 dal Tribunale di Milano (con la quale era stata dichiarata illegittima l'escussione da parte di EFFE.COM s.r.l. della garanzia bancaria prestata in favore di quest'ultima da parte dell'allora SANPAOLO IMI S.p.A. e per l'effetto la predetta società EFFE.COM s.r.l. era stata condannata al pagamento in favore di M.E. e di D.S.C. della somma pari ad Euro 300.000, oltre interessi a far data dal 29/01/2008) – ha accolto l'appello principale svolto da EFFE.COM s.r.l., condannando gli appellati alla restituzione, in via solidale, della predetta somma, rigettando, peraltro, l'appello incidentale in punto di maturazione degli interessi dovuti.

La corte del merito ha, in primo luogo, ricordato, quanto agli elementi fattuali della controversia, che:

a) con contratto preliminare del 27/07/2004 M.E. e D.S.C. avevano promesso di cedere a EFFE.COM s.r.l. le loro quote di partecipazione nella società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S.;

b) le parti contrattuali avevano inoltre previsto, per alcuni eventi espressamente indicati nel menzionato contratto di cessione di quote (e segnatamente alla clausola 2.06), che i promittenti venditori ottenessero da un primario istituto di credito il rilascio in favore della promissaria acquirente di una garanzia autonoma a prima richiesta, di durata quinquennale per un ammontare di Euro 300.000, per i primi due anni e per Euro 150.000 per il triennio successivo, come garanzia per gli eventuali obblighi di indennizzo (anche per eventuali passività fiscali);

c) in data 11/10/2004 i cedenti, in attuazione di specifica clausola contrattuale, avevano trasformato la società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S. in una società a responsabilità limitata;

d) nella successiva data del 16/11/2005, le parti contrattuali avevano dato esecuzione all'accordo preliminare, trasferendo definitivamente le quote promesse in vendita al prezzo complessivo di Euro 8.050.000;

e) diversi mesi dopo la conclusione del contratto definitivo di cessione, e precisamente in data 29/07/2005, la controllante EFFE.COM s.r.l. e la controllata (in via totalitaria) REPUBBLICA s.r.l. avevano deliberato la fusione, che veniva attuata in data 16/11/2005, con atto trascritto, ai fini immobiliari, nei pubblici registri dell’Agenzia per il territorio di Firenze in data 13/12/2005;

f) il successivo 22/05/2006 la LIBRERIA EDISON s.r.l., conduttrice dell’immobile fiorentino di proprietà sociale (prima della società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S. e REPUBBLICA s.r.l., e, poi, in seguito alla cessione delle quote, della EFFE.COM s.r.l.), aveva denunciato giudizialmente la violazione della L. n. 392 del 1978, art. 38, posto che, con la predetta fusione, si era determinato il trasferimento della proprietà del bene immobile, già locato alla società LIBRERIA EDISON s.r.l. alla società EFFE.COM s.r.l., senza che quest’ultima avesse previamente comunicato tale operazione negoziale alla LIBRERIA EDISON s.r.l. per consentire a quest’ultima l’esercizio della prelazione legale prevista dalla norma da ultimo citata;

g) ritenendo la società LIBRERIA EDISON s.r.l. ancora pendente il termine semestrale per l’esercizio del diritto di riscatto di cui alla L. n. 392 del 1978, art. 39 (sulla base della considerazione che il predetto termine decorresse dall’atto di fusione, che aveva determinato anche il contestato trasferimento immobiliare), la società LIBRERIA EDISON s.r.l. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Firenze, la EFFE.COM s.r.l., per esercitare nei confronti di quest’ultima il diritto di riscatto e, in via subordinata, per il risarcimento del danno, nella ipotesi di ritenuta tardività dell’esercizio della menzionata prelazione legale;

h) in data 14/06/2006 la EFFE.COM s.r.l. comunicava a M.E. e a D.S.C. la notizia della azione giudiziale sopra descritta e successivamente, dopo vari tentativi di bonario componimento della vicenda, escuteva la garanzia bancaria in data 13/11/2006, presso l’allora SANPAOLO IMI S.p.A., che provvedeva al pagamento tramite la vendita dei titoli depositati dagli odierni ricorrenti presso l’istituto di credito;

i) nel successivo contenzioso giudiziale instauratosi tra le parti innanzi al tribunale ambrosiano, la difesa di M.E. e di C.D.S. evidenziava che la trasformazione societaria di società REPUBBLICA s.n.c. di C.D.S. in società di capitali e il negoziato trasferimento delle quote non avevano invero determinato alcun trasferimento immobiliare e che comunque la fusione (cui anche la società LIBRERIA EDISON s.r.l. aveva collegato, nel parallelo contenzioso giudiziale instaurato nei confronti di EFFE.COM s.r.l., la violazione della detta prelazione legale) era intervenuta successivamente alla conclusione dell’affare di trasferimento delle quote e, dunque, non poteva generare alcun profilo di responsabilità contrattuale a carico degli odierni ricorrenti e, di conseguenza, la necessità di copertura indennitaria, tramite la garanzia bancaria, così illegittimamente escussa;

l) la difesa di EFFE.COM s.r.l. aveva invece evidenziato che il ricorso locatizio presentato dalla LIBRERIA EDISON s.r.l. aveva descritto la complessa operazione

contrattuale, sopra tratteggiata, come un negozio indiretto concluso in frode alla legge, perché volto, nell'intenzione dei cedenti le quote, ad eludere la prelazione legale, di cui al predetto art. 38, e che, dunque, le pretese anche risarcitorie avanzate dalla LIBRERIA EDISON s.r.l. dovevano ritenersi ancorate agli obblighi e alle garanzie discendenti dal contratto di cessione di quote, per le quali operava ancora la garanzia prestata "a prima richiesta" dall'istituto di credito.

La corte territoriale, sulla base della sopra esposta ricostruzione fattuale della vicenda contrattuale intercorsa tra le parti, ha, in primo luogo, qualificato il contratto di garanzia prestato dall'istituto di credito non già come fideiussione (come ritenuto dal giudice di prima istanza), ma come contratto autonomo di garanzia, come tale scollegato funzionalmente dal rapporto contrattuale sottostante, e cioè dal contratto preliminare di cessione delle quote (tra le cui clausole era stata prevista anche la prestazione della garanzia), e ciò sulla base dell'evidente considerazione che il paragrafo 4 del contratto presentava tutti gli elementi della clausola di garanzia a prima richiesta, riportando la rinuncia espressa all'applicazione degli artt. 1945, 1955 e 1957 c.c. e venendo così meno quel rapporto di accessorietà tra garanzia e debito garantito, che caratterizza e qualifica invece la fideiussione. La corte di merito ha, inoltre, evidenziato che, pur integrando la garanzia in questione una clausola a prima richiesta, il comportamento adottato da EFFE.COM s.r.l., all'atto di escutere la garanzia bancaria, dovesse, tuttavia, ritenersi fraudolento, in quanto:

1) M. e D.S. erano totalmente ignari della fusione societaria, avvenuta un anno dopo la cessione delle quote e, peraltro, estranei alla controversia locativa instauratasi tra LIBRERIA EDISON s.r.l. e EFFE.COM s.r.l.;

2) la richiesta risarcitoria era stata collegata dalla società LIBRERIA EDISON s.r.l. alla fusione societaria e non già alla cessione e, dunque, ad un atto, al quale M. e D.S. erano rimasti del tutto estranei;

3) le pretese della LIBRERIA EDISON s.r.l. erano comunque collegate alla mancata *denuntiatio* da parte della EFFE.COM s.r.l. e non già dei cedenti le quote. La Corte ha, tuttavia, evidenziato che gli odierni ricorrenti avevano rinunciato, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., a sollevare l'*exceptio doli* e che, pertanto, in applicazione dell'art. 112 c.p.c., la condotta abusiva in autotutela della EFFE.COM s.r.l. non potesse essere rilevata, con ciò determinando l'accoglimento del gravame.

La sentenza, pubblicata il 07/08/2014, è stata impugnata da M.E., M.G. e M.L., anche nella qualità di eredi di Clara D.S., con ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi, cui EFFE.COM s.r.l. ha resistito con controricorso.

(*Omissis*) RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la parte ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione delle norme di cui agli artt. 1936, 1950 e 2033 c.c.

1.1 Osserva la parte ricorrente che la corte di merito – dopo aver correttamente evidenziato il comportamento fraudolento e contrario a buona fede della società

EFFE.COM s.r.l., nell'escussione della garanzia autonoma prestata dall'istituto bancario – aveva disatteso la domanda di restituzione dell'indebito (invece riconosciuta in primo grado), sulla base dell'erronea convinzione della rinuncia, ai sensi dell'art. 346 c.p.c., alla relativa *exceptio doli* in sede di appello. Si osserva che gli odierni ricorrenti avevano agito in rivalsa per ottenere la restituzione delle somme oggetto della garanzia, essendo il pagamento effettuato dalla banca non dovuto in ragione del corretto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto contrattuale nei confronti della beneficiaria del pagamento e, cioè, della EFFE.COM s.r.l. Sostiene, pertanto, la difesa dei ricorrenti che risulta irrilevante scrutinare la qualificazione giuridica del contratto di garanzia intercorso tra le parti, accertare, cioè, se si tratti di una fideiussione ovvero di un contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, in quanto il garante sarebbe sempre tenuto al pagamento. Del pari, sarebbe irrilevante verificare se l'istituto bancario avesse sollevato l'*exceptio doli*, in quanto non solo il rapporto tra la banca e la EFFE.COM s.r.l. esula dall'odierno *thema decidendum*, ma anche perché gli odierni ricorrenti avevano agito dopo che EFFE.COM s.r.l. aveva illegittimamente escusso la garanzia e, dunque, al solo scopo di ripetere quanto illegittimamente pagato al beneficiario della garanzia.

1.2 Osservano, ancora, i ricorrenti che la motivazione impugnata violava apertamente il disposto normativo di cui agli artt. 1936, 1950 e 2033 c.c. e l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui il debitore, a differenza del garante, non può opporre la *exceptio doli* e, una volta escussa illegittimamente la garanzia, può invece agire con l'*actio indebiti ex art. 2033 c.c.*, nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario.

Si osserva che la differenza operativa più rilevante tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia non riguarda – secondo gli insegnamenti di questa Corte – il momento del pagamento (cui anche il fideiussore “atipico” può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore), ma attiene al regime delle azioni di rivalsa, dopo l'avvenuto pagamento. Si evidenzia ancora che, con il contratto autonomo di garanzia, si “autonomizza” il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica, con la conseguenza che se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento ovvero per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale; sarà il debitore principale, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base, sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario che ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c. Si osserva, ancora, che i ricorrenti avevano agito in via di rivalsa nei confronti di EFFE.COM s.r.l. per ripetere quanto ricevuto dal

garante, trattandosi di prestazione non dovuta, e che la corte di merito aveva errato nell'accogliere l'appello della società EFFE.COM s.r.l., essendo nel presente giudizio del tutto irrilevante la circostanza della proposizione o meno della *exceptio doli*, trattandosi di domanda restitutoria in conseguenza della illegittima escussione della garanzia.

2. Con il secondo motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione della norma di cui agli artt. 112, 345 e 346 c.p.c. Osservano i ricorrenti che la corte di appello sarebbe incorsa in vizio di *extrapetizione*, laddove aveva ritenuto rinunciata, in grado di appello, la proposizione dell'*exceptio doli* da parte degli appellati. Si evidenzia che gli odierni ricorrenti avevano proposto in primo grado un'azione di ripetizione dell'indebitto e che pertanto non avevano neanche sollevato l'*exceptio doli* in quel grado, con la conseguenza che, in grado di appello, non avrebbero neanche potuto rinunciare ad una eccezione mai sollevata. Si evidenzia, inoltre, che la EFFE.COM s.r.l. non aveva neanche sollevato alcuna specifica doglianza nei confronti della sentenza di primo grado in riferimento alla predetta eccezione, tanto ciò è vero che l'eccezione in esame avrebbe dovuto essere sollevata dalla banca garante e non già dal debitore, e ciò, semmai, al momento della richiesta di escussione della garanzia, senza peraltro poterne fare condizione per l'esercizio dell'azione di restituzione dell'indebitto.

3. Con il terzo motivo si articola, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, vizio di nullità della sentenza per omesso esame di un fatto storico oggetto di discussione delle parti, e cioè del profilo della cessazione della materia del contendere perché la controversia locatizia tra Libreria Edison e EFFE.COM s.r.l. si era risolta in senso favorevole a quest'ultima, risultando, dunque, viepiù arbitraria l'escussione della garanzia da parte della beneficiaria.

4. Con il quarto motivo si denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione di legge in relazione agli artt. 752 e 754 c.c., in riferimento alla proporzione di debito assegnato ad ogni coerede della S.

5. Il ricorso è fondato.

5.1 Possono essere esaminati congiuntamente i primi due motivi di ricorso, che sono fondati per le ragioni qui di seguito precisate.

5.1.1 La parte ricorrente ritiene superfluo l'accertamento della qualificazione giuridica della garanzia prestata dall'istituto di credito come contratto autonomo di garanzia in favore della EFFE.COM s.r.l., anziché come fideiussione, con le conseguenze giuridiche che ne conseguono in ordine, in primo luogo, alla mancanza di accessorietà della garanzia in riferimento al debito garantito e, non secondariamente, al regime di eccezioni opponibili dal garante e dal debitore garantito nei confronti del beneficiario.

Tale affermazione non è convincente e merita le precisazioni che seguono. Sul punto è necessario ricordare che, secondo la giurisprudenza di vertice espressa da questa Corte (cfr. Cass., sez. un, 18 febbraio 2010, n. 3947), il contratto autonomo di

garanzia (c.d. *Garantievertrag*), espressione dell'autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore (cfr. anche Cass., sez. III, 22 novembre 2018, n. 30181).

Ne consegue che – al fine della qualificazione del contratto autonomo di garanzia – l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponga al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni da parte del garante che, dopo il pagamento, abbia agito in regresso, costituiscono indici di una deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria, nella quale invece il garante ha l'onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore, ai sensi dell'art. 1952 c.c., comma 2, all'evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore (cfr. anche Cass., sez. III, 17 giugno 2013, n. 15108).

È stato, altresì, precisato che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (cfr. sempre Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 e Cass., sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22233).

5.1.2 È stato, inoltre, osservato sempre dalla giurisprudenza di questa Corte che, in tema di contratto autonomo di garanzia, in ragione dell'assenza dell'accessorietà propria della fideiussione, il garante non può opporre eccezioni riguardanti il rapporto principale, salva l'esperibilità del rimedio generale dell'"*exceptio doli*",

potendo però sollevare nei confronti del creditore eccezioni fondate sul contratto di garanzia (cfr. Cass., sez. III, 11 dicembre 2018, n. 31956).

5.1.3 Ciò posto in termini generali, non può sfuggire come dalla qualificazione giuridica della garanzia prestata come fideiussione ovvero come contratto autonomo di garanzia discendano (come, peraltro, avvenuto anche nel caso di specie) conseguenze rilevanti in ordine al regime di opponibilità delle eccezioni sollevabili dal garante e dal debitore principale. Orbene, la corte di merito ha qualificato la garanzia come contratto autonomo di garanzia a prima richiesta, con la conseguenza – come inevitabile corollario – che anche, nell'azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito *ex art. 2033 c.c.*, nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo dell'eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e, dunque, non dovuto) il pagamento di cui si richiede, ora, la restituzione.

5.2 Ciò premesso, il motivo, così come prospettato nella seconda censura del ricorso, risulta, pertanto, fondato.

Sul punto in discussione, giova ricordare che, secondo la giurisprudenza espressa da questa Corte, la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c., riguarda le domande e le eccezioni in senso proprio non riproposte in sede di appello, e non anche le mere argomentazioni giuridiche, ovvero le questioni di fatto e di diritto addotte a sostegno delle medesime, che devono viceversa ritenersi implicitamente richiamate con la semplice istanza di rigetto dell'impugnazione da parte dell'appellato, anche se esse si fondano sulla deduzione di particolari fatti e sulla loro interpretazione. Il medesimo principio vale anche per la riconduzione di un rapporto ad una determinata norma o ad un fatto specifico, atteso che neppure in tal caso la mancata, espressa riproposizione della tesi difensiva implica rinuncia alcuna all'originario "*petitum*" sì come svolto in primo grado (Cass., sez. III, 21 gennaio 2005, n. 1277).

Ed invero, non sussiste la violazione dell'art. 346 c.p.c., dovendosi escludere un onere specifico a carico della appellata vincitrice in primo grado di richiamare l'attenzione dei giudici di appello su tutti gli aspetti della condotta della controparte già dedotti in primo grado, ancorché per ipotesi diversamente valutati da quel giudice (cfr. Cass., sez. II, 06 aprile 2000, n. 4322).

Ciò posto, osserva la Corte come, nella fattispecie in esame, il tribunale avesse qualificato la garanzia come fideiussione ed avesse agganciato la illegittimità della escussione della stessa all'assenza di profili responsabilità del debitore principale in relazione alle obbligazioni discendenti dal contratto preliminare di cessione delle quote, essendo intervenuta la fusione societaria tra EFFE.COM s.r.l. e REPUBBLICA s.r.l. (e dunque anche il contestato trasferimento immobiliare da parte del conduttore dell'immobile già locato) in un momento successivo rispetto alla cessione delle quote.

Orbene, la corte di appello ha invece diversamente qualificato il rapporto di garanzia come clausola di garanzia a prima richiesta, con tutte le conseguenze sopra illustrate in relazione alla necessità di pagamento da parte del garante al di là di qualsiasi rapporto di accessorietà con il rapporto negoziale sottostante, con la sola eccezione dell'esperibilità dell'*exceptio doli* da parte del garante (e del debitore garantito).

Peraltro, va aggiunto come sia stata la stessa controricorrente ad evidenziare (cfr. pag. 28 controricorso) che gli odierni ricorrenti avevano espressamente contestato a pag. 13 dell'atto di citazione il "comportamento illecito, illegittimo ed arbitrario" ascrivibile alla EFFE.COM s.r.l. nell'escussione della garanzia. Di talché, non è dubitabile che la parte oggi ricorrente avesse, con l'istanza di rigetto dell'appello *ex adverso* proposto, insistito anche sulla questione dell'abusività della condotta di escussione della garanzia, trattandosi, peraltro, di questione di fatto meramente collegata ad argomentazioni giuridiche volte alla qualificazione del rapporto di garanzia in un senso ovvero nell'altro sopra chiarito.

Ne discende che la questione dell'arbitrarietà della condotta di escussione della garanzia, peraltro, positivamente (e correttamente) accertata da parte della corte di merito con motivazione esente da profili di criticità argomentativa, avrebbe dovuto condurre, come inevitabile conseguenza, ad altra soluzione decisoria rispetto a quella oggetto dell'odierna impugnativa. Occorre pertanto accogliere il primo e secondo motivo di ricorso, per come sopra precisato, e cassare la sentenza impugnata con rinvio alla corte territoriale per un nuovo giudizio che tenga presente i rilievi qui prospettati.

5.3 Il terzo e quarto motivo rimangono assorbiti.

Da ultimo, va disposto lo stralcio delle note di udienza versate in atti da parte della società controricorrente in quanto non è previsto processualmente tale deposito in sede di udienza di discussione.

La decisione sulle spese del presente giudizio è rimessa al giudice del rinvio.

P.Q.M.

accoglie il primo e secondo motivo di ricorso; dichiara assorbiti i restanti motivi; cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Milano, in diversa composizione, cui demanda anche la decisione sulle spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*).

**UN LAPSUS DI CASS., 21 GENNAIO 2020, N. 1186
SULL'ASTRATTEZZA DEL GARANTIEVERTAG**

FILIPPO NAPPI

Professore ordinario f.r.

nell'Università di Napoli-Parthenope

1. – Il caso si può schematicamente rappresentare nei seguenti termini.

In un contratto di trasferimento di quote di partecipazione societaria l'alienante (A) assicura, con una garanzia bancaria, l'acquirente (B) contro i rischi rappresentati da eventi espressamente indicati nel testo contrattuale. La garanzia viene fraudolentemente escussa senza che il garante opponga l'*exceptio doli*. A allora conviene B davanti al Tribunale di Milano per ottenere la restituzione di quanto indebitamente riscosso dal garante (C). Il Tribunale, riconosciuta l'illegittimità dell'escussione della garanzia, condanna B alla restituzione ad A dell'importo della garanzia.

In seguito all'appello proposto da B, la Corte d'Appello, pur confermando che l'appellante non aveva titolo per escutere la garanzia, inopinatamente accoglie l'appello e condanna A alla restituzione dell'importo della garanzia sulla base della considerazione che il contratto di garanzia debba qualificarsi (non già una fideiussione, come ritenuto dal Tribunale, ma) un *Garantievertrag*; premessa dalla quale la Corte d'Appello correttamente deduce la nascita a favore del creditore garantito (B) di un diritto di garanzia indipendente dal rapporto garantito e quindi realizzabile a prescindere dalla stessa esistenza di quest'ultimo, a patto, ovviamente, che l'escussione del garante non sia palesemente abusiva e quindi paralizzabile con l'*exceptio doli*.

2. – Fin qui il ragionamento della Corte d'Appello non fa una grinza riproducendo convinzioni ormai stabilmente acquisite nella dottrina e nella giurisprudenza europee. A questo punto tuttavia il ragionamento inopinatamente svolta nell'affermazione che l'astrattezza del *Garantievertrag* opererebbe non solo nei confronti del garante, imponendogli di pagare l'importo della garanzia "a prima richiesta", ma anche nei confronti del debitore garantito, quando, una volta escussa la garanzia, e soddisfatte conseguentemente le legittime ragioni del garante in ordine al rimborso di quanto versato al creditore garantito, il debitore garantito agisca nei confronti di quest'ultimo per la restituzione di quanto indebitamente riscosso dal garante. Anche in questa sede non sarebbe possibile far valere il mancato verificarsi del rischio assicurato, potendo il debitore soltanto

avvalersi dell'*exceptio doli* per ottenere, solo alla condizione della prova di un comportamento palesemente fraudolento del creditore, la restituzione di quanto indebitamente riscosso da quest'ultimo. Nel caso di specie, seguendo questo ragionamento, non avendo A riproposto in appello l'*exceptio doli*, ed avendovi quindi rinunciato ai sensi dell'art. 346 c.p.c., il carattere fraudolento dell'escussione non potrebbe essere rilevato senza cadere nel vizio di *ultrapetizione*; ne consegue che l'appello debba essere accolto con la condanna di A alla restituzione dell'importo della garanzia recuperato in base alla sentenza del Tribunale.

Come si vede nella rappresentazione ora riferita il *Garantievertrag* si presenta come un negozio obbligatorio dotato di una forma di astrattezza non riscontrabile in altre manifestazioni dell'autonomia privata: non solo nel nostro ordinamento, largamente ispirato al principio di causalità, ma nemmeno in altri ordinamenti, come per esempio quello tedesco, in cui, per la prevalenza riconosciuta ad esigenze diverse da quelle di una pronta ed efficiente tutela del debitore, si dà più largo spazio all'astrattezza. Infatti seguendo il ragionamento della Corte d'Appello di Milano il *Garantievertrag* consentirebbe al creditore garantito di acquisire un'attribuzione patrimoniale sottraendosi del tutto ad un pieno controllo sulla causa dell'attribuzione: sia nella sede dell'escussione della garanzia che in quella della c.d. rivalsa del debitore garantito basterebbe al creditore, per legittimare il suo indebito acquisto, che non ne sia provato il carattere di manifesta frode. Insomma il *Garantievertrag* sarebbe un negozio obbligatorio del tutto impermeabile ad un radicale controllo della giusta causa dell'attribuzione. E' evidente invece che l'astrattezza del *Garantievertrag* esaurisce la sua funzione – per esempio quella di attribuire al creditore un'immediatezza di realizzazione della garanzia paragonabile a quella di una cauzione¹ – nel rapporto creditore garantito-garante, mentre,

¹ Può affermarsi che la funzione cauzionale di un contratto autonomo di garanzia costituisca un sicuro indice della sua meritevolezza di tutela, ma nel contempo va ribadito – al cospetto di una certa inclinazione giurisprudenziale, incoraggiata da Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, a qualificare senz'altro come *Garantievertrag* regolamenti negoziali con clausole di pagamento "a prima richiesta" – che, di fronte al regolamento d'interessi tipico della fideiussione – privo cioè di peculiarità che impongano una più intensa esigenza di tutela del creditore –, la presenza di clausole del genere ora richiamato, che ingiustificatamente rafforzino la pretesa del creditore garantito, pone all'interprete una questione di validità delle suddette clausole alla quale non può assolutamente sottrarsi; o tutt'al più gli prospetta la possibilità d'intendere il regolamento negoziale come fideiussione con clausola *solvo et repete*. In ogni caso l'idea che il *Garantievertrag*, per usare la denominazione da qualche tempo preferita dalla giurisprudenza della Cassazione, realizzi una funzione unica – o comunque riducibile in termini anche solo astrattamente unitari –, secondo un'affermazione reiteratamente riproposta nelle più

una volta escussa la garanzia, nel rapporto tra debitore e creditore in sede di rivalsa, riprende vigore il principio del controllo della giusta causa dell'attribuzione: l'indebito conseguito dal creditore dovrà essere restituito al debitore a prescindere dalla modalità fraudolenta con cui è stato conseguito.

3. – Ma l'affermazione della Corte d'Appello di Milano, come si è visto palesemente insostenibile, non viene purtroppo smentita dalla Corte di Cassazione. La quale ne ribadisce anzi la correttezza affermando che nel caso di specie la qualifica della garanzia come *Garantievertrag* comporta «come inevitabile corollario che anche nella azione di pagamento dell'indebito esperita (come nel caso in esame) dal debitore garantito ex art. 2033 c.c. nei confronti del beneficiario del pagamento rilevi solo il profilo della eventuale condotta fraudolenta ed abusiva di quest'ultimo e, dunque, l'esperibilità del rimedio generale dell'*exceptio doli*, e ciò proprio perché la fraudolenza dell'escussione della garanzia da parte del beneficiario qualifica come indebito (e quindi non dovuto) il pagamento di cui ora si richiede la restituzione».

Tuttavia all'ingiustizia sostanziale della soluzione adottata la Cassazione pone rimedio accogliendo un altro motivo di ricorso di A, quello consistente nella erronea applicazione da parte della Corte d'Appello dell'art. 346 c.p.c. E quindi affermando la possibilità di riconoscere nella sentenza di appello la natura abusiva dell'escussione della garanzia con le conseguenze che ne derivano.

Le ragioni del debitore garantito sono fatte salve, ma non può passare sotto silenzio un preoccupante *lapsus* sulla teoria del *Garantievertrag* che conferma una perdurante difficoltà della nostra giurisprudenza ad avvalersi,

recenti decisioni, ed anche in Cass., 21 gennaio 2020, n. 1186, è smentita dalla stessa recente esperienza giurisprudenziale italiana – in cui si è recentemente riconosciuta la natura di *Garantievertrag* al patto di riacquisto stipulato nei contratti di compravendita di beni destinati al leasing finanziario (Cass., 12 febbraio 2015, n. 2762; in dottrina cfr. F. NAPPI, *Un'ipotesi di Garantievertrag; il patto di riacquisto nelle operazioni di leasing* (nota a Trib. Milano, 12 novembre 1992 e Trib. Milano, 26 novembre 1992), in *BBTC*, 1994, 710 ss. e ora in *ID.*, *Studi sulle garanzie personali*, Torino, 1997, 54 ss.) – e da alcuni decenni dall'esperienza giurisprudenziale e dottrinale tedesca in cui correntemente si discute, per la soluzione di vari problemi, di varie specie di *Garantievertrag*. Si pensi per esempio alla differente funzione, rispetto a quella cauzionale, svolta dalla c.d. *Zahlungsgarantie*, di cui si è parlato a proposito della questione dell'opponibilità dell'eccezione di compensazione da parte del garante (cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma. Profili sistematici*, Napoli, 1992, 108 ss.; per una rassegna di varie tipologie di contatti di garanzia “a prima richiesta” cfr. *ID.*, *Garanzia autonoma e garanzie con clausole di pagamento “a prima richiesta”*, in *Giur. it.*, 1993, 575 ss.).

per la soluzione delle varie problematiche sollevate da questo tipo di garanzie, di un apparato sistematico concretamente operativo: in grado di dirigere l'interprete nella soluzione delle singole questioni, assicurandolo contro il rischio di decisioni contrastanti o, come quella in oggetto, decisamente errate. Pare che si sia trasferita alla recente giurisprudenza una propensione della dottrina del *Garantievertrag* – denunciata già alcuni decenni or sono² – ad un eccessivo pragmatismo: che l'ha indotta a trascurare l'impegno di pazienza e rigore di metodo nella definizione di concetti che poi riescano utili a dipanare le più aggrovigliate questioni specifiche, nell'intima convinzione – solo a malapena dissimulata da astratte ed approssimative declamazioni dogmatiche³, per esempio, sulla causa del *Garantievertrag* – che i problemi pratici si possano risolvere senza scomodare tematiche dogmatiche di fondo.

Il caso in esame è un esempio dei rischi che si corrono quando, nella soluzione di specifici problemi, si ritiene di poter fare a meno di un valido apparato concettuale. Infatti la guida dello schema delegatorio – chiaramente evocato, ma significativamente non compiutamente delineato nemmeno in Cass., sez. un., 3748/2010⁴ – con la netta differenziazione della disciplina del rapporto delegato-delegatario – in cui è possibile prescindere dai rapporti di base –, dal rapporto delegante-delegatario – in cui il rapporto di base riassume piena rilevanza causale –, avrebbe scongiurato il rischio di confondere i requisiti per la reazione del garante all'escussione abusiva della garanzia con quelli della c.d. rivalsa del debitore garantito successiva all'escussione abusiva della garanzia.

Abstract

A SLIP OF THE ITALIAN SUPREME COURT NO. 1186 OF JANUARY 21ST, 2020 ON THE ABSTRACTNESS OF THE GARANTIEVERTAG

L'Autore critica l'affermazione della sentenza n. 1186/2020, con la quale la Corte di cassazione ha affermato che, una volta escussa una garanzia a prima richiesta, il

² Cfr. F. BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *BBTC*, 1992, 179.

³ Anche alla recente giurisprudenza, per esempio sul profilo causale del *Garantievertrag*, andrebbe rivolto il monito di Benedetto Croce contro quel falso spirito sistematico "che induce a pensare l'unità senza pensare le distinzioni, nel dedurre senza indurre, nel cangiare l'ipotesi in concetto senza averla seriamente verificata" (B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, Bari, 1947, 775).

⁴ Sul tema, per la sicura riconducibilità di alcune specie di *Garantievertrag* al procedimento delegatorio latamente inteso, cfr. F. NAPPI, *La garanzia autonoma*, cit., 205 ss. e, più recentemente, ID., *Un tentativo (non convincente) di "definitivamente chiarire" la differenza tra fideiussione e Garantievertrag* (nota a Cass., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947), in *BBTC*, 2010, 425 ss.

debitore principale potrebbe esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito solo a condizione che dimostri la frodolenza nell'escussione.

The Author criticizes the statement of judgement no. 1186/2020, whereby the Court of Cassation affirmed that, once a first demand guarantee has been enforced, the principal debtor could exercise the action for the repayment of undue payments only on condition that he proves fraudulent enforcement.

Corte di cassazione, Sez. VI, ord. 9 luglio 2021, n. 19618,

Pres. Bisogni – Rel., Terrusi
Ferrarini S.p.A contro Intesa San Paolo ed altri

La competenza a decidere della domanda di concordato preventivo, proposta da una società astrattamente assoggettabile alla disciplina dell'amministrazione straordinaria, spetta al Tribunale del circondario ove l'impresa ha la sede e svolge la propria attività, in quanto l'art. 27 CCII, nell'assegnare al Tribunale, sede della sezione specializzata in materia di impresa, la competenza a conoscere delle procedure che riguardano le imprese "in" amministrazione straordinaria, presuppone la concreta e già avvenuta ammissione a detta procedura.

(Omissis). FATTI DI CAUSA. Con decreto del 20 ottobre 2020 la corte d'appello di Bologna, decidendo sul reclamo proposto da Intesa SanPaolo s.p.a. e da Unicredit s.p.a., e revocando il provvedimento col quale il tribunale di Reggio Emilia aveva assegnato il termine di cui alla L. Fall., art. 161, comma 6, per la presentazione della proposta concordataria della F. s.p.a., ha dichiarato l'incompetenza del detto tribunale in favore di quello di Bologna, sede della sezione specializzata in materia di impresa, in quanto competente a conoscere della domanda di concordato proposta dalla F. alla stregua di società assoggettabile ad amministrazione straordinaria, secondo l'art. 27 CCII.

La F. s.p.a. ha impugnato il provvedimento con regolamento di competenza (qualificato come facoltativo) sostenendo che la competenza sia invece del tribunale di Reggio Emilia, poiché l'art. 27 CCII, contiene il testuale riferimento alle imprese "in" amministrazione straordinaria e quindi presuppone come già realizzata l'ammissione alla procedura. Ha ritenuto di esser legittimata al regolamento facoltativo essendo stato contestualmente escluso l'abuso del concordato, giacché la corte d'appello aveva respinto il primo motivo e in tal senso deciso, di conseguenza, anche il merito del reclamo.

Le società intimate - Intesa SanPaolo, Unicredit, Re-Food a socio unico, Re-Covery a socio unico e Filiera Sì hanno depositato una memoria ai sensi dell'art. 47 c.p.c..

Anche il tribunale di Bologna, ricevuti gli atti a seguito della pronuncia adottata dalla corte d'appello, ha chiesto (d'ufficio) il regolamento di competenza, proponendo la medesima tesi della F.; e anche in tal caso le interessate Intesa SanPaolo, Unicredit, Re-Food a socio unico, Re-Covery a socio unico e Filiera Sì hanno depositato una memoria ai sensi dell'art. 47 c.p.c..

Il procuratore generale ha concluso in entrambi i procedimenti nel senso della competenza del tribunale di Bologna.

Le parti hanno depositato memorie in prossimità dell'adunanza camerale.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

I. - I procedimenti vanno riuniti per connessione oggettiva.

II. - Il regolamento di competenza proposto dalla F. è ammissibile.

Le società resistenti hanno eccepito che si tratterebbe di regolamento necessario, poiché il provvedimento della corte d'appello, negando la competenza, avrebbe assorbito la questione di merito relativa alla sorte della domanda di concordato.

Il regolamento necessario, a loro dire, sarebbe tuttavia precluso in materia concorsuale dalla L. Fall., art. 9-bis, che in caso di incompetenza impone la sola *translatio* del procedimento.

Può convenirsi sulla qualificazione del regolamento come necessario e sull'assorbimento della questione di merito.

Tuttavia l'eccezione di inammissibilità non è fondata in quanto si basa su un'affermazione giurisprudenziale (tratta da Cass. n. 30748-17) non decisiva e comunque superata dall'orientamento più recente di questa Corte, al quale occorre dare continuità.

E' stato invero condivisibilmente affermato che il regolamento di competenza è in ogni caso ammissibile, pure avverso l'ordinanza che decide sulla competenza ai sensi della L. Fall., art. 9-bis, stante la possibilità, durante la sospensione del processo *ex art. 48 c.p.c.*, che il creditore istante ovvero il pubblico ministero invocino l'adozione di misure cautelari sul patrimonio del debitore di cui sia stato chiesto il fallimento, ai sensi stessa L., art. 15 (cfr. Cass. n. 20666-19).

Nella concreta fattispecie il principio che vuole ammissibile il regolamento ancor più rileva, visto che si discute della sola domanda di concordato.

In tal caso l'interesse è unicamente quello a definire con immediatezza la questione di competenza, senza che sia rinvenibile alcun ostacolo in norme o principi diversi.

Tale interesse è primario e prevale su ogni altra considerazione.

Resta poi il fatto che il regolamento è stato chiesto altresì dal tribunale di Bologna, d'ufficio.

III. - La questione sottoposta alla Corte, sia dalla F. sia dal tribunale di Bologna, attiene all'esegesi del citato art. 27 CCII.

Questa norma - occorre ricordare - è entrata in vigore, in base all'art. 389, comma 2, il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione in gazzetta ufficiale del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII).

Nel caso concreto la norma è invocata rettamente, in quanto si discute di un ricorso L. Fall., *ex art. 161*, presentato dalla F. s.p.a. il 2 maggio 2020, all'esito della rinuncia a una anteriore proposta di concordato del febbraio 2019.

IV. - Il punto controverso riguarda il significato da attribuire alla formulazione normativa.

Di tale formulazione sia la F. che il tribunale rimettente sottolineano il senso letterale, riferito alle imprese "in" amministrazione straordinaria, a fronte dell'esegesi della corte d'appello tesa a estenderne il senso alle imprese astrattamente assoggettabili ad amministrazione straordinaria.

Simile esegesi è dai ricorrenti criticata perché ritenuta in contrasto col testo della legge, al punto da determinare un'estensione arbitraria del contenuto della norma in asserita adesione a un preteso, ma non dimostrato, intento del legislatore.

V. - Il procuratore generale, in adesione alla tesi della corte d'appello, assume invece che il tribunale delle imprese - fondato su pilastri di concentrazione degli affari in taluni uffici giudiziari e sulla connessa specializzazione del giudice - è "un modello di organizzazione del sistema giustizia" necessario in materia di impresa, perché qui la specializzazione serve "al fine di offrire una risposta - non solo in termini di tempistica, ma anche di qualità e di prevedibilità della decisione - di giustizia efficiente ed efficace".

A tal riguardo elenca una serie di norme (artt. 17 e 20 CCII, art. 840-ter c.p.c., della L. n. 580 del 1993, art. 8, come modificato dal D.Lgs. n. 219 del 2016), a testimonianza della valorizzazione della funzione attribuita nei diversi campi alla detta sezione specializzata.

VI. - Può tuttavia osservarsi che quella indicata dal procuratore generale è una caratteristica comune a ogni competenza specializzata, cosicché rimarcarla ai limitati fini della competenza in materia di impresa non serve a granché.

Ciò che invece va sottolineato è che la questione in esame presenta l'impronta tecnica di una compiuta disciplina, che si riflette nelle scelte eminentemente discrezionali del legislatore in ordine all'individuazione del giudice ritenuto competente.

VII. - La competenza appartiene al tribunale di Reggio Emilia.

L'art. 27 CCII, sotto la rubrica "Competenza per materia e per territorio", detta al comma 1, la seguente regola attributiva: "Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui al D.Lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 1. Il tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese è individuato a norma del D.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 4, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali".

La norma si coniuga con quella più generale stabilita dall'art. 350 medesimo Codice ("Modifiche alla disciplina dell'amministrazione straordinaria"), che sia nel D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, art. 3, comma 1, (cd. L. Prodi-bis), sia nel D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, art. 2, comma 1, convertito, con modificazioni, in L. 18 febbraio 2004, n. 39, (cd. L. Marzano), ha previsto che le parole "del luogo in cui essa ha la

sede principale" siano sostituite dalle parole "competente ai sensi dell'art. 27 codice della crisi e dell'insolvenza, comma 1".

Il dato è indicativo di un sistema attestato nel seguente modo: (a) ai fini dell'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette alle citate leggi speciali (vale a dire aventi i requisiti da esse previsti) è competente il tribunale di cui all'art. 27 CCII, comma 1, e cioè il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese, anziché (com'era nella versione originaria) il tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede principale; (b) quel tribunale, indicato come competente, provvede anche quando, in base alle disposizioni contenute nel titolo III della L. Fall. (il IV essendo stato abrogato), si dovrebbe far luogo alla dichiarazione di fallimento di un'impresa ammessa alla procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione; (c) lo stesso tribunale resta altresì competente per tutti i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e per tutte le controversie che ne derivano (v. del resto la L. Prodi-bis, art. 13), relativi alle imprese, così dichiarate insolventi, che siano state poi ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria.

VIII. - Il riferimento dell'art. 27 alle imprese "in" amministrazione straordinaria, in combinato con le regole desunte dall'art. 350, non consente esegesi diversa da questa letterale, convogliata, per la parte che qui interessa, dall'esistenza di una procedura già in atto.

Il senso specifico della previsione è nel chiarire che la richiamata (nuova) individuazione del tribunale competente in rapporto alla sede delle sezioni specializzate rileva non solo per l'accertamento dello stato di insolvenza ma anche per i procedimenti di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) come definiti e disciplinati dal previgente titolo III della L. Fall., e per le controversie che ne possano derivare se attinenti alle imprese ammesse all'amministrazione straordinaria.

IX. - La contraria affermazione della corte d'appello di Bologna - e delle odierne banche - si basa invece su una lettura correttiva del testo di legge.

Codesta, pur collocandosi nel solco di una linea condivisa da altri uffici di merito, esorbita dai confini del procedimento interpretativo, poiché non è dato al giudice condurre l'interpretazione fino al punto di sostituire il testo della norma processuale con altro ritenuto (a torto o a ragione) più appropriato.

Si assume difatti che andrebbe esteso l'ambito applicativo della previsione sulla competenza nonostante il riconoscimento di un diverso spazio della medesima, comunque esistente; spazio che il provvedimento della corte d'appello pur nella motivazione ammette effettivamente circoscritto "alla dichiarazione di insolvenza di cui al D.Lgs. n. 270 del 1999, art. 3 (come modificato dall'art. 350 CCII)", agli eventuali "procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza" e alle "controversie che ne derivano" quanto alle imprese "già in amministrazione straordinaria".

Tale spazio semplicemente la citata tesi reputa eccessivamente "ristretto".

É però evidente che l'affermata conclusione giunge, per l'appunto, a manipolare in via interpretativa il testo di legge in corrispondenza di una semplice opinione di incongruità della scelta del legislatore; e quindi si risolve essenzialmente in una posizione critica dell'operato del legislatore medesimo - critica ben vero anche piuttosto sterile, vista l'ampia discrezionalità che al legislatore è riservata in tema di competenza.

X. - Per contro deve essere ribadito che non è ammissibile il tentativo di correggere una norma processuale al dichiarato fine di ampliarne l'ambito di operatività rispetto a quello che le compete e che pur risulta correttamente individuato in chiave di maggior ristrettezza.

Non pertiene in vero al giudice, ma al legislatore, l'individuazione astratta della regola di competenza in rapporto alla fattispecie.

Nel caso concreto l'individuazione è chiarissima, essendo stati affidati alla competenza del tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese (di cui al D.Lgs. n. 168 del 2003, art. 1), i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese "in" amministrazione straordinaria (e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione), in esatta rispondenza, peraltro, a quanto stabilito dalla corrispondente parte della L. delega, art. 2, lett. n).

Da questo punto di vista non può sostenersi che l'interpretazione letterale dell'art. 27, concretizzi una irragionevole riduzione dell'ambito applicativo della norma in senso non conforme ai principi della legge delega, dal momento che anche il principio della delega, che viene specificamente in considerazione, è attestato sul riferimento alle imprese "in" amministrazione straordinaria, e non a quelle assoggettabili alla procedura (L. n. 155 del 2017, art. 2, lett. n), n. 1).

XI. - In quest'ottica un'ulteriore considerazione è opportuno svolgere.

Va ricordato che, ove l'interpretazione letterale sia sufficiente a individuare, in modo chiaro e univoco, il significato e la portata precettiva di una norma di legge, l'interprete non può (né deve) ricorrere a criteri ermeneutici sussidiari.

Lo stesso criterio della mens legis può valere solo nel caso in cui, nonostante l'impiego del criterio letterale e del criterio teleologico singolarmente considerati, la lettera della norma rimanga ambigua, così da acquistare quel ruolo paritetico e comprimario rispetto al criterio letterale che è assentito dalla giurisprudenza di questa Corte.

Per contro - come detto - mai è consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono, nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica del complesso normativo in cui la norma si inserisce (cfr. Cass. n. 24165-18, Cass. n. 5128-01, nonché per varie applicazioni Cass. n. 12081-03, Cass. n. 3382-09 e altre).

XII. - Ora non si nega che il criterio interpretativo sussidiario teleologico o anche sistematico - al quale in pratica hanno fatto riferimento sia il provvedimento

gravato, sia il procuratore generale - possa assumere rilievo. Ma ciò nell'ipotesi, assolutamente eccezionale, in cui l'effetto giuridico risultante dalla formulazione della norma sia incompatibile col sistema nel suo complesso. Il che è stato anche recentemente ribadito dalle Sezioni unite di questa Corte a mezzo dell'affermazione che il fondamentale canone di cui all'art. 12 preleggi, comma 1, impone all'interprete di attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la loro connessione, potendo bensì con esso concorrere i criteri della interpretazione teleologica e sistematica purché l'interprete non varchi il limite esegetico consentito dall'enunciato formale (art. 101 Cost.) (v. pressoché testualmente Cass. Sez. U. n. 877621).

Una condizione di manifesta incompatibilità sistematica non è riscontrabile nel caso di specie, né guardando alla normativa di cui al decreto legislativo delegato (cui si deve il CCII), né guardando al rapporto tra codesta e la L. delega n. 155 del 2017.

XIII. - Non lo è dal primo punto di vista, poiché è errato affermare che il sistema prescelto dal legislatore delegato converga in sé verso il criterio della concentrazione delle procedure in alcuni specifici uffici, a misura del coinvolgimento di imprese di maggiori dimensioni in sé e per sé considerate e dell'annessa esigenza di specializzazione.

In questo senso l'individuazione della mens legis fatta dall'orientamento al quale ha aderito la corte d'appello di Bologna, e a cui è ancorata la difesa delle società resistenti, è assertiva.

La pur avvertita esigenza di specializzazione dei magistrati investiti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, incentrata sulla cd. suddivisione tripartita della competenza di cui alla L. delega, art. 2, lett. n), - fra (i) tribunali sede delle sezioni specializzate in materia di impresa, per le procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi e per quelle da aprirsi nei confronti dei gruppi di imprese di rilevante dimensione, (ii) tribunali circondariali, quanto alle procedure riservate ai cd. sovraindebitati, e (iii) tribunali circondariali specificamente selezionati in base a criteri di tipo quantitativo, quanto alle restanti procedure ordinarie - non è stata, nel CCII, tradotta in disciplina.

E tanto risponde a una constatazione ovvia, quanto diffusa.

Detto altrimenti: la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese non è confluita nel CCII, e l'art. 350 ha semplicemente modificato le sopra citate norme delle leggi speciali (la Prodi-Bis e la Marzano), sostituendo, per la dichiarazione d'insolvenza, il tradizionale criterio di collegamento della sede principale con un richiamo al tribunale competente ai sensi dell'art. 27 del CCII; mentre la delega non è stata attuata nel più ampio criterio dell'art. 2, lett. n), n. 3, che avrebbe inteso concentrare nei maggiori tribunali (da individuare, peraltro, secondo diversi concorrenti indicatori) la competenza per le procedure concorsuali in genere (salve le cd. procedure minori di composizione delle crisi da sovraindebitamento).

XIV. - Se poi si estende la visuale al rapporto tra il decreto delegato e la legge di delegazione, è da dire che la scelta del legislatore delegato, incentrata sulla attuazione parziale della delega a mezzo del D.Lgs. n. 14 del 2019, non ha integrato alcuna violazione.

E ciò non solo perché la legge delega, implicando la possibilità di adottare, con l'osservanza dei principi e criteri direttivi fissati, "uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali", ha dato per presupposto il conferimento di un potere di intervento legislativo non necessariamente consumabile *in actu* - cosa d'altronde ampiamente dimostrata dalla prassi, peraltro sempre più frequente a livello generale, dei decreti correttivi; ma anche e soprattutto perché l'attuazione parziale della delega non concretizza, in sé, una violazione dei principi costituzionali, in quanto non è dato riscontrare nel sistema l'eccesso di delega *in minus*.

Costantemente si assume che il parziale esercizio della delega da parte del legislatore può determinare una responsabilità politica del Governo verso il Parlamento, ma non una violazione dell'art. 76 Cost., a meno che ciò non comporti uno stravolgimento completo della legge di delegazione (tra le moltissime, C. Cost. n. 223-19, C. Cost. n. 304-11, C. Cost. n. 149-05, nonché C. Cost. n. 283-13 (ord.) e n. 257-05 (ord.)).

Il che non è dato di ritenere, visto che la lettura d'insieme non conduce a dire che l'intera riforma delle procedure concorsuali sia stata, nella prospettiva del legislatore delegante, tutta racchiusa nel criterio di concentrazione.

Il vero è che il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede semmai un confronto fra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma specifica che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega nel segmento di normazione che interessa, l'altro relativo alla norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con quelli. Cioché, se certamente, da un lato, il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto nel quale si inseriscono la legge-delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, dall'altro la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia in relazione al grado di specificità dei criteri fissati.

Quel che conta è valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità tenendo conto delle caratteristiche più o meno stringenti dei criteri involti dalla norma di delega (v. applicazioni del principio C. Cost. n. 98 del 2008 e prima ancora, in indicativa sequenza C. Cost. n. 250 del 1991, n. 198 del 1998, n. 163 del 2000, n. 290 del 2001, n. 413 del 2002, n. 199 del 2003, n. 426 del 2006, n. 340 del 2007; n. 490 del 2000 (ord.), n. 213 del 2005 (ord.)).

Ed è palese che nessuna violazione può esser ravvisata quanto al criterio specifico di delega che qui rileva; il quale criterio è per l'appunto evincibile dalla medesima lett. n), n. 1, ai sensi del quale è postulata l'attribuzione ai tribunali sede

delle sezioni specializzate in materia di impresa della competenza sulle procedure concorsuali e sulle cause che da esse derivano "relative alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione".

Pertanto il limite intrinseco della funzione delegata non è stato, ai fini che qui interessano, eluso e la ratio della delega non è ricostruibile nel senso della concentrazione della competenza in relazione al tipo di impresa (se cioè assoggettabile o meno all'amministrazione straordinaria), sebbene, più limitatamente, nel senso della definizione della competenza una volta per tutte secondo la regola fissata per la dichiarazione dello stato di insolvenza, anche rispetto ai procedimenti regolatori alternativi (o alle controversie discendenti) ove riguardanti - poi - le imprese ammesse all'amministrazione straordinaria.

XV. - Va quindi dichiarata la competenza del tribunale di Reggio Emilia.

**LA COMPETENZA IN CASO DI CONCORDATO PREVENTIVO DI
UN'IMPRESA ASSOGETTABILE AD AMMINISTRAZIONE
STRAORDINARIA: LA CASSAZIONE STERILIZZA (A TORTO)
L'APPLICAZIONE DELL'ART. 27, PRIMO COMMA, CCII**

LAURA BACCAGLINI
*Professore associato
nell'Università di Trento*

1. – Alla lunga (reiterata) *vacatio legis* imposta al Codice della Crisi si sono sottratte poche norme: quelle che, per scelta normativa compiuta fin dappprincipio (art. 389 CCII), sono entrate in vigore già trenta giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d. lgs. 14/2019.

Tra queste disposizioni, v'è l'art. 27, comma 1, CCII: una norma di schietto contenuto processuale, relativa alla competenza, che così dispone: «Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'art. 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168. Il tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese è individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali».

L'art. 27, comma 1, CCII ha introdotto una duplice novità in materia di competenza. Da un lato, il criterio territoriale della sede principale dell'impresa è stato sostituito con il criterio del centro degli interessi

principali del debitore¹. La modifica è destinata ad operare per tutte le procedure concorsuali quando il CCII entrerà in vigore, ma già oggi trova applicazione, per le (sole) imprese assoggettabili all'amministrazione straordinaria: l'art. 3, comma 1°, d. lgs. n. 270/1999 (che individua il tribunale competente a conoscere di questa specifica procedura) è stato modificato dall'art. 350 CCII.

Dall'altro lato, è stato previsto un criterio territoriale ulteriore e (se si vuole) assorbente rispetto a quello del COMI, posto che la competenza per i procedimenti indicati nella norma spetta solo al Tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa, ancorché individuato attraverso il criterio del COMI.

Non viene, dunque, riconosciuta alcuna competenza per materia alla sezione specializzata in sé², diversamente da quanto prevedono altre disposizioni³. La competenza resta in capo al tribunale, individuato però

¹ Il COMI non può certo considerarsi una novità per il nostro ordinamento, che con il CCII si è limitato quanto prevede l'art. 3 del Reg. 848/2015, che eleva il centro degli interessi principali del debitore a criterio di giurisdizione per l'apertura di una procedura di insolvenza di carattere principale (così, già il precedente Reg. CE n. 1346/2000). Ad ogni buon conto, ai fini di individuare il tribunale competente, la sostituzione del criterio della "sede principale dell'impresa" con quello del "centro degli interessi principali" non sarà foriera di mutamenti giurisprudenziali: la lettera dell'art. 3 del Reg. n. 848/2015, ma già la stessa interpretazione che ne ha offerto la Corte di Giustizia nella vigenza del precedente Reg., inducono a ritenere che il COMI si colloca presso la sede legale di un'impresa ovvero presso la sede effettiva. Risultato, questo, cui si giunge quando si interpreta la nozione di "sede principale dell'impresa", ai sensi dell'art. 9 l. fall. Sia consentito il rinvio a L. BACCAGLINI, *L'esecuzione transfrontaliera delle decisioni nel Regolamento (EU) 848/2015*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2020, 58 spec. nt. 4.

² Sempre che sia ancora possibile discorrere di riparto di attribuzioni, per ragioni di materia, tra Tribunale e sezione specializzata in materia di impresa nei termini di competenza per materia. Lo hanno di recente negato le Sez. Un., 31 luglio 2019, n. 19882, in *Corr. giur.*, 2019, 1389 con nota adesiva di M. NEGRI, *La "natura" delle sezioni specializzate per l'impresa, secondo le Sezioni Unite*; in arg. M. VANZETTI, *Sezioni specializzate in materia di impresa e sezioni ordinarie: la sospensione scongiurata*, in questa *Rivista*, 2020, 384.

³ Ci si riferisce qui all'art. 20 CCII, che destina alla Sezione specializzata in materia di impresa la decisione sulle misure protettive domandate dall'imprenditore in sede di composizione assistita della crisi: la ragione di questa isolata attribuzione resta oscura, ed è frutto per qualcuno di una mera svista del legislatore (così C. VIAZZI, *Codice della crisi d'impresa e specializzazione del giudice concorsuale: un'occasione mancata*, in *Quest. Giust.*, 2019, 2, 321). Critico rispetto alla scelta operata dall'art. 20 CCII, che qualifica sproporzionata e non agevole per il debitore e i creditori, G. SCARSELLI, *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi dell'impresa*, in *Judicium*, 2019, § 3.

Una scelta diversa e più coerente è stata compiuta dal D.L. 118/2021 che invece attribuisce al Tribunale ex art. 9 legge fall. la competenza al rilascio di provvedimenti

attraverso un diverso criterio territoriale⁴. Poiché, di regola, le sezioni specializzate in materia di impresa sono radicate presso il distretto di Corte d'appello, è facile immaginare che per i procedimenti indicati dall'art. 27 CCII il criterio del COMI del debitore non individui sempre il tribunale competente.

La scelta compiuta dall'art. 27 CCII trova spiegazione nella legge delega n. 155/2017, al cui art. 2, lett. n. 1 il CCII dà pedissequa attuazione. Il Parlamento voleva ridurre il numero delle sedi giudiziarie destinate alla trattazione delle procedure concorsuali che riguardano gruppi di imprese di rilevanti dimensioni o imprese assoggettabili ad amministrazioni straordinarie, garantendo in questi casi la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale: obiettivo che il governo era chiamato a perseguire individuando la competenza al tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa. Probabilmente ci si potrebbe chiedere se la scelta compiuta dal legislatore garantisca davvero che i procedimenti indicati dall'art. 27 CCII siano gestiti da giudici maggiormente specializzati⁵. Non è questo, però, il profilo su cui si appuntano le brevi riflessioni che seguono, dedicate invece alla prima pronuncia di legittimità che si è espressa sull'esatto perimetro applicativo dell'art. 27 CCII.

2. – Questi, in sintesi, i fatti di causa. Una società, in possesso dei requisiti previsti dal d. lgs. n. 270/1999, depositava presso il Tribunale di Reggio Emilia, centro degli interessi principali dell'impresa, una domanda di accesso al c.d. concordato in bianco. Il Tribunale, nell'accogliere l'istanza, concedeva alla debitrice il termine per il deposito della proposta e del piano. Il decreto veniva fatto oggetto di reclamo, ex artt. 26 e 164 l. fall. da alcuni creditori, a motivo della pretesa incompetenza del Tribunale di Reggio Emilia. I reclamanti contestavano la violazione dell'art. 27 CCII, ritenendo che l'immediata entrata in vigore di quella norma individuasse il giudice competente nel Tribunale di Bologna, sede della sezione specializzata in

cautelari o alla conferma delle misure protettive, anche quando l'imprenditore istante possenga i requisiti per essere assoggettato ad una amministrazione straordinaria. V'è da credere che, quando il CCII entrerà in vigore, la competenza ex art. 7 D.L. 118/2021 sarà per coerenza attribuita al giudice individuato ex art. 27, primo comma CCII.

⁴ Lo osserva F. AULETTA, *Competenza e non competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza: una decostruzione praeter intentionem legislatoris*, in *Corr. giur.*, 2020, 648.

⁵ F. AULETTA, ult. op. loc. cit.; R. RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, 136; G. TOTA, *Appunti in tema di competenza nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Judicium*, 2020, 60-61.

materia di impresa, non nel Tribunale di Reggio Emilia, sede del COMI della debitrice.

La Corte d'appello di Bologna, accolto il reclamo, dichiarava l'incompetenza del Tribunale, revocava il decreto e disponeva la trasmissione degli atti al tribunale bolognese.

Contro il provvedimento della Corte d'appello, sia l'individuato giudice *ad quem* sia il debitore concordatario proponevano distinti regolamenti di competenza, che venivano riuniti dall'adita sezione della Cassazione e poi decisi con l'ordinanza in epigrafe.

3. – Prima di occuparsi della portata applicativa dell'art. 27 CCII, il Supremo Collegio ha preso posizione sull'ammissibilità del regolamento di competenza proposto dall'impresa concordataria.

La questione era stata sollevata dalle parti resistenti che, qualificando il ricorso di controparte come istanza di regolamento necessario, avevano invocato un precedente di legittimità, nel quale la Cassazione aveva escluso il rimedio *ex art. 42 l. fall.* contro un provvedimento dismissivo della competenza pronunciato dal Tribunale, nel decidere di una istanza di fallimento⁶.

Per la verità, la risoluzione di questo problema non si poneva affatto come dirimente. Infatti, l'eventuale inammissibilità dell'istanza di regolamento di competenza (quand'anche qualificato come necessario) non avrebbe impedito alla S.C. di risolvere il merito processuale, giusta la coeva iniziativa coltivata *ex art. 45 c.p.c.* dallo stesso Tribunale bolognese.

La Cassazione ha, comunque, considerato ammissibile anche il regolamento proposto dalla debitrice, in virtù di due argomenti. Da un lato, ha escluso che la pronuncia evocata dalle resistenti, a sostegno delle loro ragioni, fosse pertinente al caso di specie, poiché in quell'occasione si trattava della proposizione di un regolamento necessario di competenza contro un provvedimento declinatorio della stessa emesso a valle di un'istruttoria fallimentare. Qui, invece, era pendente una procedura pre-concordataria e la declinatoria di competenza era stata pronunciata in sede di reclamo avverso il provvedimento con cui il Tribunale aveva concesso i termini di cui all'art. 161, comma 6, l. fall.⁷.

⁶ Cass., 21 dicembre 2017, n. 30748, in *Il fall.*, 2018, 1008 con nota di M. MONTANARI, *Declinatoria di competenza del giudice adito per la dichiarazione di fallimento e regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c.*, adesivo alle conclusioni ma non alle motivazioni addotte dalla S.C. e in *Foro it.*, 2019, I, c. 1408 con nota contraria di O. DESIATO, *Regolamento di competenza nelle procedure concorsuali: l'antico dibattito profuma di nuovo*.

⁷ Circostanza, questa, che – come eccepito dai resistenti – induceva a qualificare come necessario il regolamento proposto contro il provvedimento di merito. Così, in

Dall'altro lato, l'ordinanza in epigrafe – pur consapevole della diversità del caso di specie – ha opportunamente chiarito che il pregiudizio derivante dalla sospensione automatica del procedimento *ex art. 48 c.p.c.* (e, dunque, dall'impossibilità di dichiarare aperta la procedura) non è tale da giustificare l'inammissibilità di un regolamento necessario di competenza, nemmeno quando sia proposto nel contesto di una procedura di fallimento⁸. A questo proposito, la S.C. – richiamandosi ad una recente pronuncia di legittimità – ha rammentato come la posizione dei creditori dell'insolvente (che vedono in effetti procrastinata la dichiarazione di fallimento) possano trovare adeguata tutela nella concessione di misure cautelari, che l'art. 48, comma 2, c.p.c. legittima, e che la stessa legge fall. testualmente prevede *ex art. 15, comma 2°*.

Un'esigenza, quella di protezione del patrimonio nell'interesse dei creditori, che ad ogni modo non si poneva affatto nel caso di specie, nel quale: a) una procedura concorsuale (nella specie, il pre-concordato) poteva considerarsi già pendente; b) il regolamento di competenza era stato domandato dallo stesso debitore concordatario contro il provvedimento emesso dalla Corte d'appello, in sede di reclamo *ex art. 164 l. fall.* nel quale era stata accolta l'eccezione di competenza.

4. – Se la soluzione rispetto alla prima questione esaminata appare condivisibile, non altrettanto può dirsi quanto all'altra, relativa all'applicabilità dell'art. 27, primo comma, CCII nel caso di specie. La S.C. ha disatteso la conclusione cui era giunta la Corte d'appello e facendo applicazione del criterio territoriale del COMI ha individuato nel Tribunale

dottrina, anche M. FABIANI, *Giurisdizione e competenza*, in A. JORIO – B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, 424.

⁸ In dottrina, contrari alla esperibilità del regolamento necessario di competenza, alla luce delle esigenze di celerità e speditezza sottese alla dichiarazione di fallimento, A. SILVESTRINI, *Disciplina della competenza*, in G. FAUCEGLIA – L. PANZANI (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, I, Torino, 2009, 237; M. VANZETTI, *Sub art. 9-bis l. fall.* in C. CAVALLINI (a cura di), *Commentario alla legge fallimentare*, Milano, 2007, 186 ss., cui si rinvia anche per richiami. Esclude che il CCII legittimi la proposizione del regolamento necessario di competenza (valorizzando in particolare la diversa formulazione dell'art. 29 CCII rispetto all'attuale art. 9-bis l. fall.), F. AULETTA, *Competenza*, cit., 652; G. TOTA, *Appunti in tema di competenza*, cit., 68.

⁹ Cass., 31 luglio 2019, n. 20666, in *Il fall.*, 2020, 187 ss. con nota di G. FINOCCHIARO, *Tra genus e species: il pendolo delle discipline di competenza e notificazioni nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*; Cass. 10 giugno 2021, n. 16336; in dottrina, adesivi a questa conclusione F. DE SANTIS, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012; P. CELENTANO, *Commento all'art. 9-bis l. fall.*, in A. NIGRO – M. SANDULLI – V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 113. Rispetto al CCII, C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 123.

di Reggio Emilia il giudice competente a trattare il concordato preventivo di un'impresa dotata dei requisiti dimensionali per essere ammessa all'amministrazione straordinaria.

A fondamento della propria conclusione, il Supremo Collegio ha evocato sostanzialmente solo l'argomento letterale: poiché l'art. 27 CCII si riferisce ai procedimenti di regolazione di crisi e di insolvenza relativi ad imprese *in* amministrazione straordinaria, detta norma può trovare applicazione solo per imprese per le quali la procedura *ex* d.lgs. n. 270/1999 sia già stata aperta. Pertanto, il concordato preventivo resta di competenza del tribunale individuato secondo i criteri del (rinnovato) art. 3 del cit. d.lgs.: decisivo, insomma, è solo il luogo in cui si trova il centro degli interessi principali dell'impresa.

A fronte dell'(unico) argomento su cui fa leva la pronuncia, a me pare ve ne siano molti altri – ben più convincenti – che avrebbero dovuto condurre ad applicare l'art. 27 CCII.

Anzitutto, viene fatto di chiedersi quali siano i procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui discorre l'art. 27 CCII, per i quali sarebbe competente il tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa. Se, come la S.C. sostiene, sarebbero esclusi il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, che necessariamente precedono la messa in amministrazione straordinaria, l'unica procedura cui la norma si riferirebbe sarebbe il concordato *ex* art. 78 d. lgs. 270/1999 o *ex* art. 4 *bis* D.L. n. 347/2003. In questo modo, però, la nuova norma assumerebbe un significato davvero riduttivo; senza dire che quei concordati costituiscono una modalità di chiusura di procedure concorsuali e non procedure concorsuali essi stessi¹⁰. Sotto questo profilo, coglie nel segno chi osserva come l'art. 27 CCII avrebbe ben poco senso se interpretato in questi termini: non si capirebbe perché mai il legislatore abbia avvertito la necessità di introdurre una norma *ad hoc* sulla competenza per le imprese assoggettabili all'amministrazione straordinaria, proprio quando questa procedura trova la propria disciplina al di fuori del CCII¹¹.

Inoltre, a me pare che la lettura restrittiva dell'art. 27 CCII offerta dalla Cassazione si mostri contraria alla *ratio legis*, se è vero che la scelta compiuta dal Parlamento nella legge delega rispondeva alla volontà di assicurare che i procedimenti concorsuali relativi ad imprese in amministrazione

¹⁰ F. MARELLI, *Novità in tema di competenza nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 280-281; in giurisprudenza, Trib. Bergamo, 8 luglio 2020, in *Banca Dati Dejure*.

¹¹ M. FARINA, *La Cassazione e la competenza del tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di impresa ai sensi dell'art. 27, comma 1, del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Una restrittiva interpretazione letterale che non convince*, in www.judicium.it.

straordinaria e ai gruppi di rilevante dimensione fossero presieduti da giudici specializzati.

A ciò si aggiunga il fatto che – sempre seguendo l'enunciato principio di diritto – si dovrebbe ritenere che per le imprese assoggettabili all'amministrazione straordinaria operi un duplice criterio di competenza territoriale *secundum eventum litis*¹². Precisamente, se l'impresa astrattamente assoggettabile ad amministrazione straordinaria voglia accedere ad un concordato preventivo o concludere un accordo di ristrutturazione, la competenza spetterebbe al tribunale del luogo in cui ha sede il COMI; là dove, viceversa, si voglia aprire un'amministrazione straordinaria la competenza spetterebbe al tribunale sede della sezione specializzata in materia di impresa. E ciò, anche quando all'amministrazione straordinaria si giunga perché il concordato o l'accordo siano stati annullati o risolti. Senza, dunque, che la *consecutio* tra procedure si svolga davanti al medesimo tribunale, con buona pace delle esigenze di concentrazione, che hanno sempre ispirato la legge fallimentare.

Per queste ragioni, v'è da augurarsi che la soluzione che nella sentenza della S.C. sia suscettibile quanto prima di un deciso *revirement*.

Abstract

**JURISDICTION TO OPEN CRISIS AND INSOLVENCY PROCEEDINGS
INVOLVING COMPANIES SUBJECT TO D. LGS. N. 270/1999. THE FIRST
(UNPERSUASIVE) SUPREME COURT RULING ON ART. 27, FIRST
PARAGRAPH, CCII**

L'art. 27, comma 1, CCII, ha introdotto un criterio di competenza *ad hoc*, individuando l'ufficio giudiziario competente nel tribunale, sede della sezione specializzata in materia di impresa. La norma è stata oggetto di applicazione e sulla sua esatta interpretazione la S.C. si è già espressa con l'ordinanza in commento, con una soluzione che non convince l'A.

Article 27, first paragraph, CCII identifies the jurisdiction to open crisis and insolvency proceedings involving companies subject to D. lgs. n. 270/1999. The judgment of the Supreme Court focuses on the proper application of this rule, but the conclusion reached by the S.C. does not convince the Author.

¹² Trib. Bergamo, 8 luglio 2020, cit.

Tribunale di Milano, Sez. Spec., 24 dicembre 2020
Pres. Macchi – Est. Zana

Ove la declaratoria giudiziale di nullità di un brevetto sia invocata in un giudizio di contraffazione del brevetto medesimo pendente tra soggetti parzialmente diversi, il giudice di questo può alternativamente uniformarsi alla sentenza pregiudicante, ove ritenga infondata l'impugnazione proposta; oppure sospendere il processo, a norma dell'art. 337, comma 2, c.p.c., qualora ritenga l'impugnazione fondata, essendogli invece precluso proseguire il processo, disattendendo la sentenza pregiudicante.

(*Omissis*) Oggetto. Domanda di accertamento della contraffazione della frazione italiana di due brevetti europei e del corrispondente brevetto italiano; concorrenza sleale, inibitoria assistita da penale, risarcimento del danno e pronunce accessorie. Domanda riconvenzionale di nullità e di condanna *ex art* 96 c.p.c. per litetemeraria. (*Omissis*)

1. *Le vicende processuali.* Nell'ambito di ampio contenzioso anche internazionale, il (...) e (...) ha introdotto in data (...) il presente giudizio a tutela della frazione italiana del proprio brevetto europeo EP 1 (...) ("EP1"), EP 2 (...) ("EP 2"), IT (...) ("IT 1"), tutti concernenti una specifica formulazione farmaceutica a rilascio prolungato, contenente il principio attivo (...) per l'uso nel trattamento del cancro al seno. E ciò per sentire accertare e dichiarare la contraffazione da parte del farmaco generico (...) dei propri titoli, con conseguente inibitoria e pronunce accessorie.

(...) si è costituita, invocando il rigetto delle domande avversarie, negando in ogni caso la contraffazione e, in via riconvenzionale, chiedendo la declaratoria di nullità dei brevetti azionati, in conformità con le pronunce europee e nazionali di merito, anche di questo Ufficio. Nel corso del giudizio, alla luce delle pronunce nazionali di merito che hanno ritenute invalide tutte le privative della ricorrente, il giudice istruttore ha rimesso la causa all'organo collegiale per il vaglio anche di eventuali approfondimenti istruttori.

La causa è stata trattenuta in decisione in data (...) sono stati depositati gli scritti difensivi finali. Nel frattempo, in data (...) (...) ha incardinato un procedimento urgente, alla luce del recente lancio nel mercato interno da parte di (...) del proprio prodotto generico a base di (...) mediante l'aggiudicazione della relativa gara indetta della regione Piemonte. Ha dunque chiesto l'ingresso di un'indagine tecnica per acclarare la validità dei propri titoli brevettuali e l'interferenza, alla luce della recente decisione in data (...) del *Board of Appeal* che ha ritenuto valido EP2, andando di diverso avviso rispetto alla Divisione di Opposizione nonché di alcune decisioni estere, in particolare quella della Suprema Corte Olandese, a sé favorevoli.

Parte resistente, costituendosi, ha invocato la reiezione del ricorso, richiamando alcune sentenze nazionali, anche di questo Ufficio, che hanno giudicato invalidi i titoli di controparte, e le numerose pronunce estere, tra cui quella della Corte Suprema tedesca pronunciata successivamente alla decisione del *Board of Appeal*.

All'esito della discussione orale celerata con le modalità da remoto *ex art. 83*, comma 7, lett. f) d.l. n. 18/2020, il giudice istruttore ha rigettato la domanda cautelare, rilevando la necessità di rimettere al Collegio alcune questioni relative all'*an* della pretesa, tenuto conto delle pronunce nazionali già adottate sul punto e della eventuale applicabilità dell'*art. 337*, comma 2, c.p.c.

Infine, a seguito della discussione orale della causa secondo le modalità di cui all'*art. 275*, comma 2, c.p.c., celebrata in data (...), il Collegio si è riservato la decisione.

2. *I precedenti nazionali in punto di invalidità dei brevetti azionati*. Tutti i titoli oggetto di lite – le frazioni nazionali dei brevetti EP1, EP2 ed il brevetto italiano IT1 – appartengono alla stessa famiglia brevettuale. Essi infatti:

- rivendicano le medesime priorità inglesi, la n. (...) del (...) e la (...) del (...);
- presentano sostanzialmente la medesima descrizione;
- in un caso (EP2) costituiscono brevetto divisionale di “seconda generazione” dell'altro (EP1).

Tutti e tre i trovati si riferiscono infatti ad una specifica formulazione farmaceutica a rilascio prolungato contenente il principio attivo (...) (in soluzione in (...), comprendente altresì concentrazioni determinate di (...), miscibile in (...)). E ciò per l'uso nel trattamento di una malattia benigna o maligna del seno o del tratto riproduttivo (nel caso di EP2 solo del cancro al seno), formulazione adatta per la somministrazione mediante iniezione intramuscolare.

I trovati sottendono dunque le stesse problematiche circa il giudizio di validità, ed in particolare quello relativo alla sufficiente descrizione ed all'attività inventiva, ove assumono particolare rilievo i documenti anteriori H(...) e M(...).

Per quel che qui rileva, tutti i e tre i titoli brevettuali sono già stati indagati dai giudici nazionali e sono stati ritenuti tutti e tre invalidi, seppure con pronunce non definitive.

Si tratta in particolare:

- della sentenza del Tribunale di Torino pubblicata in data (...), che ha dichiarato la nullità della frazione italiana di EP1 ed accertato che il brevetto italiano IT1 come limitato ha totalmente cessato di produrre effetti *ex art. 59* c.p.i. (...);
- della sentenza n. (...) della Corte d'Appello di Torino resa in data (...) che, rigettando l'appello proposto dal (...) contro la citata pronuncia del Tribunale di Torino, ha confermato la nullità della frazione italiana di EP1 ed accertato che il brevetto italiano IT1 come limitato, ha totalmente cessato di produrre effetti *ex art. 59* c.p.i. Allo stato non risulta essere stato introdotto ricorso per Cassazione dalla titolare

(...);

- della sentenza del Tribunale di Milano n. (...) che ha accertato la nullità della frazione italiana di EP2, con sentenza pubblicata in data (...). Contro tale pronuncia (...) ha proposto appello: il giudice del gravame non ha introdotto attività istruttorie e la causa è stata rimessa in decisione (...).

Sia innanzi ai giudici torinesi sia innanzi ai giudici milanesi sono state svolte approfondite indagini tecniche che, con ragionamento analogo, hanno concluso per l'invalidità dei brevetti rispettivamente indagati e le cui conclusioni sono state recepite nelle rispettive sentenze (...).

3. *Il rimedio di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c. 3.1. Considerazioni generali.* Ciò premesso, il profilo processuale nevralgico della lite è costituito dal coordinamento tra il sindacato da compiere in questa sede e le pronunce dianzi citate.

Tali decisioni infatti:

- da un lato, non sono ancora passate in giudicato, dunque allo stato non dispiegano l'efficacia *erga omnes* rispetto alle declaratorie di nullità di cui all'art. 123 c.p.i.;

- d'altro lato, non sono state pronunciate nei confronti di identiche parti, giacché adottate contro il medesimo (...) – qui attore – ma a favore di altro genericista ((...) in entrambi i filoni giudiziari, sia torinese sia milanese). Con la conseguenza che, ai fini del citato coordinamento, non soccorre lo strumento della litispendenza.

Ritiene il Collegio che trovi qui applicazione il diverso rimedio di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c. (secondo il quale *“quando l'autorità della sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata”*), come di recente rivisitato dalla Suprema Corte, a partire dalla sentenza n. 10027, a Sezioni Unite, resa in data 19 giugno 2012. Tale disposizione un tempo era ritenuta riferita a casi limitati, ossia solo alle ipotesi in cui la causa pregiudicante fosse stata definita con sentenza passata in giudicato gravata da un mezzo di impugnazione straordinaria, alla luce dell'impiego del sostantivo *“autorità”*, che richiamerebbe gli effetti dell'art. 2909 c.c.

Secondo gli ultimi indirizzi applicativi, invece, la disposizione si riferisce anche alle cause *“pregiudicanti”* definite con sentenze non avente l'efficacia della cosa giudicata, in quanto suscettibili di mezzi di impugnazione ordinaria. Tale interpretazione, sostenuta anche dalla più autorevole dottrina, presuppone che la sentenza produca un'efficacia di accertamento al di fuori del processo in cui è resa, prima e indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, dispiegando i suoi c.d. *effetti positivi-conformativi* (anche se non irrevocabili), sulle cause dalla stessa *“pregiudicate”*.

L'art. 337, comma 2, c.p.c. impone al giudice della causa pregiudicata di conformarsi all'autorità della sentenza emessa nella causa pregiudicante. In caso contrario, ove intenda discostarsene, lo stesso è tenuto a sospendere la causa

pregiudicata, nell'ipotesi in cui ove ritenga altamente probabile che la sentenza pregiudicante venga riformata.

Secondo tale meccanismo, quindi, nella causa pregiudicata "è indispensabile un espresso vaglio di plausibile controvertibilità della decisione di cui venga invocata l'autorità in quel processo, sulla base di un confronto tra la decisione stessa e la critica che ne è stata fatta; ne consegue che la sospensione discrezionale in parola è ammessa ove il giudice del secondo giudizio motivi esplicitamente le ragioni per le quali non intende riconoscere l'autorità della prima sentenza, già intervenuta sulla questione ritenuta pregiudicante, chiarendo perché non ne condivide il merito o le ragioni giustificatrici (Cass., ord., 30/07/2015, n. 16142; Cass., ord., 12/11/2014, n. 24046; v. pure Cass., sez. un., 19/06/2012, n. 10027; Cass., ord. 25/11/ 2010, n. 23977 e Cass., ord., 18/11/2013, n. 25890)".

Per quel che qui rileva, tale regola:

- vale non solo ove le cause "pregiudicante" e "pregiudicata" pendano tra le stesse parti, ma anche ovei soggetti del giudizio pregiudicante e quelle del giudizio pregiudicato non coincidono completamente. E' il caso dei giudizi definiti con sentenze aventi efficacia *ultra partes*, quali quelle che dichiarano la nullità di un titolo brevettuale;
- si applica anche alla materia brevettuale, come ritenuto di recente dai giudici di legittimità in un giudizio avente ad oggetto un trovato, già ritenuto nullo in un precedente giudizio concluso sentenza non passata in giudicato.

3.2. *Il caso di specie*. Nel caso in esame:

- le sentenze di nullità pronunciate dai giudici nazionali di EP1 ed EP2, nonché di inefficacia di IT1, vanno qualificate come cause c.d. pregiudicanti rispetto alla presente (causa c.d. pregiudicata);
- infatti, ove tali pronunce passassero in giudicato – perché non impugnate (quella della Corte d'Appello di Torino) o confermate nei gradi superiori – gli effetti di tali declaratorie di nullità produrrebbero efficacia *erga omnes* e, dunque, rispetto alle parti qui in conflitto;
- l'applicazione dello strumento di cui al citato art. 337, comma 2, c.p.c. comporta la necessità di conformarsi alle pronunce di nullità citate, oppure di sospendere il presente giudizio, qualora il Tribunale ritenga altamente probabile che tali pronunce vengano riformate.

Ritiene l'Ufficio di conformarsi al giudizio espresso in tali sentenze. per le ragioni esposte nei successivi paragrafi.

Va solo preliminarmente rammentato in proposito che i consulenti tecnici nominati dai due diversi Uffici-milanesi e torinesi- hanno:

- esaminato, per quel che qui rileva, le stesse priorità (*Omissis*);
- utilizzato un approccio del tutto analogo (ricorrendo in particolare al metodo *problem-solution approach*) per valutare l'altezza inventiva, ritenuta assente;
- compiuto valutazioni del tutto sovrapponibili (*la prior art* è stata individuata in H(...)) ed i brevetti sono stati ritenuti nulli per mancanza di attività inventiva).

E ciò in quanto, come accennato, si tratta di brevetti appartenenti alla stessa famiglia rispetto ai quali le società genericiste – (...) e (...) – accusate d’interferenza hanno opposto le stesse anteriorità e le medesime censure di nullità, qui in via riconvenzionale, dei titoli azionati.

Sul punto il giudice istruttore non ha compiuto un’autonoma indagine tecnica, avendo correttamente ravvisato la necessità di operare un coordinamento tra questo giudizio e quelli conclusi con le declaratorie di invalidità dei trovati.

(*Omissis*) 4. Il brevetto EP1. 4.1. La nullità dichiarata dal Tribunale di Milano. “Il brevetto europeo EP (...), dal titolo “(...)”, depositato in data (...), è stato concesso in data (...) mentre il successivo (...) è stato convalidato in sede nazionale.

Il trovato origina da una domanda divisionale del brevetto madre (*parent*) EP (...), la quale a sua volta è una domanda divisionale del brevetto EP (...) (*grand parent*).

Analogamente alle citate domande anteriori, EP2 rivendica le priorità inglesi n. GB (...) (di seguito “GB1”) e GB (...) (di seguito “GB2”).

(*Omissis*)

Dunque, la frazione italiana del brevetto EP2 è nulla per mancanza di altezza inventiva.

Osserva il Collegio che a tale conclusione il CTU è pervenuto non solo, come erroneamente sostenuto dalle convenute, dopo aver verificato che i suoi insegnamenti non hanno superato un pregiudizio tecnico (quest’ultimo è infatti solo uno dei parametri dai quali in via indiziaria si può inferire la mancanza di attività inventiva del trovato) ma anche in quanto le sue rivendicazioni non superano il giudizio di non ovvietà secondo i criteri comunemente utilizzati dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale. (*Omissis*)

4.2. Le censure di parte attrice e la non probabile riforma della pronuncia. Così riportati i passi salienti della pronuncia dell’Ufficio, da intendersi integralmente richiamata, non appare altamente probabile che tali apprezzamenti vengano modificati nei gradi successivi, alla luce delle doglianze mosse dalla titolare.

(*Omissis*) Ritiene al contrario l’Ufficio che:

- tali censure sono già state affrontate e superate, con un ragionamento condivisibile, nel giudizio pregiudicante, le cui motivazioni sono sopra riportate ed al quale l’Ufficio si attiene. La sentenza n. (...) del Tribunale di Milano è stata adottata successivamente alla decisione del Board of Appeal le cui motivazioni, rese note successivamente alla pronuncia, non elidono la *ratio decidendi* di quest’ultima;
- le pronunce rese in altre giurisdizioni – nel cui ambito s’inserisce il presente – rimandano un quadro contrastante, ma comunque prevalentemente favorevoli a (...). Tra le altre, si segnala quella adottata dalla Corte Suprema Tedesca in data (...);
- gli accertamenti tecnici compiuti dai giudici nazionali, eseguiti nel contraddittorio con la titolare, qui attrice, i cui esiti sono stati versati in questa sede e sottoposti a

contraddittorio.

Con la conseguenza anche non essendo probabile che la declaratoria di nullità venga riformata nei gradi successivi (presupposto, come già precisato, per disporre la sospensione del presente giudizio *ex art. 337, comma 2, c.p.c.*) il Tribunale, in ossequio agli effetti positivi-conformativi della sentenza dianzi citata ritiene di confermare la pronuncia di nullità.

5. *La frazione italiana di EP. 5.1. La sentenza del Tribunale di Torino. (Omissis)* I motivi di nullità fatti valere da (...) contro la frazione italiana del brevetto EP1 facevano riferimento alla domanda di brevetto depositata l'(...) (e al brevetto concesso il (...)). Tuttavia, questo brevetto, a seguito di procedura di opposizione davanti all'EPO, è stato riformulato (EP(...)) e la procedura di opposizione, abbandonata dall'opponente, si è conclusa con il mantenimento del brevetto in forma emendata, in accordo con la richiesta del titolare (...).

(*Omissis*) In linea con la consolidata pratica dell'UEB, la valutazione dell'attività inventiva va effettuata seguendo il *problem-solution approach* (Linee Guida dell'Ufficio Brevetti Europeo 2012, Parte G, Capitolo VII, 5), che si articola in tre fasi principali:

- *determinare lo stato della tecnica più vicino (closest prior art), cioè quella combinazione di caratteristiche, descritta in un solo riferimento, che costituisce il punto di partenza più promettente per uno sviluppo ovvio che porta all'invenzione;*
- *individuare il problema tecnico oggettivo da risolvere alla luce dello stato della tecnica più vicino;*
- *valutare se l'invenzione rivendicata, partendo dallo stato della tecnica più vicino e dal problema tecnico oggettivo, sarebbe stata ovvia oppure no per l'esperto del ramo.*

Va detto che lo stato della tecnica va costruito con riferimento alla cultura mondiale (e non solo a quella del paese ove il brevetto è stato concesso); esso comprende la conoscenza generale, ma anche quella specifica e altamente specialistica.

L'individuazione del problema tecnico deve avvenire – alla luce delle Linee Guida già sopra richiamate – seguendo un criterio analitico che muova dalle differenze fra l'invenzione rivendicata e il precedente stato dell'arte; determini gli effetti tecnici risultanti da queste differenze; e formuli, su questa base, il “problema tecnico” che l'invenzione risolve.

Per valutare l'ovvietà dell'invenzione – rispetto allo stato della tecnica nota più vicino – occorre stabilire se in questa tecnica vi fosse qualche insegnamento che avrebbe indotto (*would*) – e non solo avrebbe potuto indurre (*could*) – l'esperto del settore, di fronte al problema tecnico oggettivo, a modificare o adattare la tecnica nota più vicina arrivando all'invenzione. In questa prospettiva (*would approach*) è importante verificare se esista un “incentivo” (talora definito “puntatore”) che avrebbe indirizzato il tecnico verso quella soluzione. Dunque, l'evidenza dell'invenzione (che comporta l'assenza del requisito dell'attività inventiva) non

richiede che l'esperto si trovi davanti a una "strada obbligata" (che l'avrebbe sicuramente condotto all'invenzione); ma sussiste anche quando lo stato della tecnica contenga un implicito suggerimento o un implicito incentivo alla soluzione adottata.

(...) *L'esperto del settore.* (...) L'esperto del ramo è il soggetto che conosce tutta la tecnica anteriore, possiede una completa capacità di ragionamento, ma una limitata capacità di rielaborazione. Una capacità cioè che gli permette di combinare la tecnica anteriore più vicina con altre anteriorità, purché esista uno "stimolo" a farlo.

(*Omissis*) (...) *Conclusioni sulla domanda di nullità di EP1.* La frazione italiana del brevetto europeo EP1 deve quindi essere dichiarata nulla perché carente del requisito dell'attività inventiva, con riferimento a H(...) in combinazione con M(...) e la comune conoscenza generale. E altresì perché carente di sufficiente descrizione per tutto l'ambito coperto dalle rivendicazioni 1 e 2. (...).

5.2. *La pronuncia della Corte D'appello di Torino.* Come accennato, la Corte D'Appello Torino, con sentenza n. (...), ha rigettato l'appello proposto da (...) (*Omissis*)

5.3. *Considerazioni dell'Ufficio.* La pronuncia della Corte d'Appello di Torino dianzi citata non risulta allo stato gravata da ricorso per Cassazione.

Dunque, il giudizio prognostico circa la tenuta di tale decisione ai fini dell'eventuale sospensione *ex art. 337, comma 2, c.p.c.*, si basa esclusivamente sul materiale probatorio agli atti e sulle doglianze svolte in questa sede da (...), che conducono, anche in questo caso, a ritenere non altamente probabile una riforma in senso favorevole a parte attrice.

Anche in questo caso non sussiste la condizione per sospendere il presente giudizio in attesa del passaggio in giudicato di tale sentenza, alla cui decisione ad a cui passaggi motivazionali il Tribunale integralmente si riporta.

6. *Il brevetto italiano IT1.* Infine, anche l'ultimo titolo qui oggetto di sindacato, il brevetto italiano IT1, intitolato "formulazione farmaceutica contenente (...)", depositato il (...) (e concesso il (...)), rivendicante le medesime priorità inglese, è oggetto di domanda riconvenzionale di invalidità e/o di inefficacia da parte di (...).

IT1 è stato limitato ai sensi dell'art. 79, comma 3, c.p.i. nell'ambito del parallelo giudizio torinese (...), ove ne è stata dichiarata l'inefficacia *ex art. 59 c.p.i.*, giacché ritenuta proteggere la medesima invenzione di EP1 e presentare le medesime caratteristiche previste dalla combinazione delle rivendicazioni nn. (...) del brevetto europeo.

E ciò in virtù dei passaggi motivazionali di seguito riportati.

(*Omissis*) 6.2. *Le censure di parte attrice e la non probabile riforma della pronuncia.* Ciò posto, non appare probabile che tali apprezzamenti resi dall'Ufficio torinese vengano modificati, anche ove venga eventualmente proposto ricorso per Cassazione.

(*Omissis*) Anche in questo caso dunque, in virtù dell'art. 337, comma 2, c.p.c. il Collegio aderisce al giudizio di inefficacia del brevetto IT1 già espresso dai giudici torinesi,

7. *Quanto al giudizio di contraffazione.* L'accertamento della nullità di tutti i brevetti azionati comporta l'accertamento della non contraffazione da parte delle attrici attraverso medicinali generici equivalenti

8. *Le condotte di concorrenza sleale.* Le doglianze di parte attrice vanno rigettate anche ove riguardate sotto il profilo della concorrenza sleale *ex art.* 2598, nn. 1, 2, 3 c.c. o dell'illecito extracontrattuale, genericamente dedotte da (...) senza ulteriori specificazioni rispetto alle tre diverse fattispecie anticoncorrenziali e senza allegazioni di comportamenti altri e diversi da quelli già sottoposto al sindacato dell'Ufficio come condotte contraffattorie.

La diversa qualificazione giuridica infatti della medesima condotta – in mancanza di un valido titolo brevettuale – consente di ritenere comunque lecita la scelta di (...), circa l'immissione sul mercato del farmaco generico "(...)".

9. *Il comando giudiziale.* Va dunque accolta la domanda, svolta in via riconvenzionale da (...), di nullità della frazione italiana dei brevetti EP1 ed EP2 e di inefficacia *ex art.* 59 c.p.i. del brevetto italiano IT1.

Viene conseguentemente rigettata la domanda di accertamento della contraffazione e di concorrenza sleale, con le conseguenti pronunce interdittive, risarcitorie e di pubblicazione. Analogamente va rigettata la domanda di concorrenza sleale per i motivi indicati in narrativa.

Non merita accoglimento la domanda *ex art.* 96 c.p.c. svolta dalla convenuta per avere controparte temerariamente instaurato un procedimento urgente con finalità interdittiva dopo la precisazione delle conclusioni, considerate le diverse, lasciando invece margini di dubbio interpretativo circa la contraffazione.

Occorre invero considerare:

- l'estrema tecnicità della materia, che esclude una consapevolezza "a priori" delle titolari circa l'invalidità dei propri brevetti;
- gli esiti contrastanti dei diversi apprezzamenti compiuti dall'EPO e dalle numerose autorità giudiziarie di diversi Paesi. (*Omissis*).

**AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA C.D. SOSPENSIONE
DISCREZIONALE, EX ART. 337, COMMA 2, C.P.C.,
AL GIUDIZIO DI CONTRAFFAZIONE BREVETTUALE**

MICHELLE VANZETTI
Ricercatore
nell'Università di Milano

1. – La sentenza in epigrafe fa due importanti affermazioni di natura processuale, entrambe a nostro avviso condivisibili, sebbene siano necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo, essa – sulla scia della più recente giurisprudenza di legittimità, che, a partire da una nota pronuncia delle sezioni unite del 2012¹, sembra stabilmente orientata in tal senso – sancisce che, quando siano contemporaneamente pendenti due cause connesse per pregiudizialità dipendenza, quella pregiudicante sia già stata decisa e la decisione sia stata impugnata, al processo avente per oggetto la domanda dipendente non va applicato l'istituto della sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c., ma quello della c.d. sospensione facoltativa, disciplinato dall'art. 337, comma 2, c.p.c. Questa norma prevede appunto che, ove l'autorità di una sentenza (resa su una causa pregiudiziale) sia stata invocata in un diverso giudizio (con oggetto dipendente), ma sia stata impugnata, il giudice della causa dipendente può sospenderla, in attesa dell'esito del gravame, oppure, in alternativa, può proseguire il giudizio, in tale ultimo caso dovendo però

¹ Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Corriere giur.*, 2012, 1178 (con nota di B. ZUFFI, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*, in *Corr. giur.*, 2012, 1322 ss.); in *Giur. it.*, 2012, 2601 (con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra artt. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*); in *Riv. dir. proc.*, 2013, 684 ss. (con nota di S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*, *ivi*, 700 ss.); in *Foro it.*, 2014, 950 (con nota di A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*); v. altresì C. CONSOLO, *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di soapramento*, in *Corr. giur.*, 2012, 1143 ss. Quanto all'ordinanza di rimessione: ord. 13 gennaio del 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 768 ss., con nota di G. TRISORIO LIUZZI. Si vedano anche C. CAVALLINI, *L'efficacia della sentenza impugnata*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 339 ss.; A. GIUSSANI, *Intorno alla durata della sospensione necessaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1149 ss.; e G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità gli articoli 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 633 ss. Aderiscono all'orientamento scaturito delle Sezioni unite del 2012, da ultimo, Cass., 1° giugno 2021, n. 15230; Cass., 4 gennaio 2019, n. 80; Cass., 3 novembre 2017, n. 26251 e Cass., 18 marzo 2014, n. 6207.

conformarsi alla pronuncia pregiudicante, a prescindere dal suo essere oppure no trascorsa in giudicato formale². L'unica cosa che egli non può fare

² Va segnalato che la recente Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, pur dichiarando di porsi sulle orme della sentenza del 2012, assume in realtà una posizione ancora diversa e parzialmente in contrasto col precedente invocato, tornando in sostanza ad ammettere la sospensione discrezionale pura e semplice. Nella decisione si afferma infatti che l'art. 337, comma 2, c.p.c. attribuirebbe al giudice della causa pregiudicata, in caso di impugnazione della sentenza pregiudicante, il potere di sospendere il processo ove lo ritenga opportuno, sostanzialmente sulla base di una valutazione prognostica dell'esito dell'impugnazione nel senso dell'accoglimento, senza tuttavia porgli come secca alternativa il doversi uniformare alla decisione pregiudicante, qualora decida invece di proseguire il giudizio. Secondo questa più recente sentenza delle Sezioni unite, infatti, il giudice in tal caso sarebbe libero di uniformarsi o non uniformarsi alla precedente decisione, potendosi poi risolvere l'eventuale conflitto di giudicati con l'applicazione alla sentenza resa nella causa dipendente della disciplina relativa all'effetto espansivo esterno (extraprocessuale) di cui all'art. 336, comma 2, c.p.c. Sull'operatività extraprocessuale dell'effetto espansivo esterno si sono espressi in senso sostanzialmente favorevole F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2019, 375 ss., secondo il quale, se la sentenza dipendente sia stata pronunciata in ossequio alla precedente sentenza resa nella causa pregiudiziale, l'eventuale riforma di questa determina il venir meno della prima; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, 566 ss., spec. 569 ss., ove, interpretando il combinato disposto degli artt. 336 cpv. e 337 cpv. c.p.c., si chiarisce che, sebbene a priori non sia ravvisabile una relazione di dipendenza tra la sentenza pregiudiziale e gli atti e provvedimenti emessi in un distinto processo, essa tuttavia viene in essere ove sia «invocata l'autorità» della sentenza pregiudiziale nel giudizio dipendente: in tal caso il giudice è tenuto ad uniformarsi alla decisione invocata, sicché, qualora questa venga travolta in sede d'impugnazione (segnaliamo che per questo studioso, l'art. 337, comma 2, trova applicazione solo in relazione alle impugnazioni straordinarie), viene meno anche la sentenza che all'esito della prima si era conformata; S. MENCHINI, voce *Sospensione*, I *Sospensione del processo civile*, a) *Processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 33; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 136, spec. sub nota 151, ad avviso del quale i giudicati confliggenti su situazioni sostanziali legate da pregiudizialità-dipendenza convivono, poiché «l'ingiustizia della sentenza non può costituire limite all'operare del giudicato sostanziale»; ove la sentenza dipendente sia stata resa sulla base del precedente giudicato pregiudiziale che venga poi travolto da un'impugnazione straordinaria (nel cui ambito, secondo questo A., va circoscritta l'applicazione dell'art. 337, comma 2, c.p.c.), poiché non v'è un idoneo motivo di revocazione che consenta di far valere l'ingiustizia del primo giudicato, a tale conflitto si deve porre rimedio attraverso l'applicazione dell'art. 336 cpv. In senso opposto, A. CERINO CANOVA, *L'effetto espansivo della cassazione o della riforma sulle pronunce di altri processi (art. 336, cpv., cod. proc. civ.)*, nota a Cass. 24 febbraio 1975, n. 678, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 465 ss., spec. 480 ss.: il quale, premesso che la uniformità della sentenza dipendente con quella pregiudiziale riformata non è requisito di validità della prima, sicché la decisione pregiudicata è sempre legittima, quale ne sia il contenuto, precisa a questo proposito che nemmeno la più estesa incidenza della

è proseguire il processo discostandosi dalla pronuncia, pur ancora caducabile, sulla validità (o invalidità) della privativa. Naturalmente la scelta dipende da una valutazione prognostica sull'accogliibilità dell'impugnazione proposta avverso la sentenza pregiudicante (per quel che qui rileva, di nullità della privativa), e dunque su una valutazione di opportunità svolta in relazione al rischio che la sentenza impugnata venga riformata: ove il giudice della causa dipendente (di contraffazione) reputi l'impugnazione infondata, la scelta sarà quella di uniformarsi al suo *dictum*, il che in concreto significa decidere la causa di contraffazione in un senso o nell'altro, basandosi, in relazione alla questione della validità del brevetto, su quanto già sancito dalla sentenza impugnata³. Viceversa, ove egli ritenga l'impugnazione fondata, non potendo disattendere la sentenza – per lui già vincolante, sebbene ancora caducabile – sospenderà il giudizio, a norma dell'art. 337, comma 2, c.p.c.

La seconda affermazione di natura processuale – per nulla scontata – contenuta nella sentenza in commento è che l'art. 337, comma 2, c.p.c. deve essere applicato alla causa di contraffazione non solo quando i due processi pendano fra le stesse parti, ma anche quando essi pendano fra parti (parzialmente) diverse⁴ e la decisione invocata sia una declaratoria di nullità del diritto azionato: ciò in virtù dell'efficacia *erga omnes* che la sentenza che accerta la nullità di una privativa è destinata a produrre una volta trascorsa in giudicato formale (art. 123 c.p.i.).

In applicazione dei principi enunciati, il Tribunale di Milano, con la decisione in epigrafe – premessa l'applicabilità dell'art. 337, comma 2, c.p.c., e avendo con ampia e articolata motivazione ritenuto infondata l'impugnazione proposta avverso le pronunce ritenute pregiudicanti (resa tra il medesimo titolare della privativa e una controparte differente), con le quali era stata dichiarata la nullità del brevetto del quale veniva lamentata la contraffazione – si è conseguentemente uniformato alle precedenti

sentenza avente per oggetto il rapporto pregiudiziale sul giudizio dipendente consente di ammettere alcuna ripercussione «che dalla caducazione della sentenza pregiudicante reagisca su una pronuncia conformativa, precedente ed emanata in altro processo»; analogamente, L. MONTESANO, *Condanna senza liquidazione e condanna generica, impugnazione della condanna generica durante il giudizio liquidativo e sospensione del processo civile*, nota critica a Cass. 20 marzo 1985, n. 2037, in *Giur. it.*, 1986, 771 ss., spec. 776. In generale sull'effetto espansivo esterno, R. MACCARONE, *Profili sistematici dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma*, Napoli, 1983.

³ La decisione sarà pertanto di immediato rigetto nel merito, qualora la decisione pregiudicante abbia dichiarato la nullità della privativa; qualora invece essa sia stata considerata valida, il processo dipendente proseguirà per accertare gli ulteriori presupposti della contraffazione lamentata.

⁴ Il titolare della privativa sarà sempre lo stesso, differente sarà invece il soggetto evocato in giudizio per contraffazione.

statuizioni, tenendo per ferma la declaratoria di nullità e rigettando perciò quella di contraffazione (la quale era, per la verità, da considerarsi assorbita).

2. – Quanto alla prima affermazione, è noto che il tema dell'applicabilità dell'art. 337, comma 2, ovvero dell'art. 295 c.p.c., in caso di contemporanea pendenza di cause connesse per pregiudizialità-dipendenza è da sempre al centro di un importante dibattito, sul quale è intervenuta la migliore dottrina. In estrema sintesi, e per quanto qui rileva, è discusso in particolare se il processo, che verte sulla causa dipendente, debba essere disciplinato esclusivamente dall'art. 295 c.p.c., escludendosene quindi la riassunzione fino al passaggio in giudicato della sentenza pregiudicante; oppure se, in alternativa, gli si possa applicare, appunto, l'art. 337, comma 2, c.p.c. È chiaro come la questione sia intrinsecamente legata al dibattito sulla durata della sospensione necessaria a norma dell'art. 295 c.p.c., che a sua volta si inserisce nel contesto del più ampio dibattito su quale sia il momento in cui le sentenze producono i loro effetti, in particolare quello di accertamento⁵. Secondo la nota tesi di Liebman, la sospensione necessaria prevista dall'art. 295 c.p.c. opera solo finché la causa pregiudiziale sia stata decisa in primo grado, dovendosi poi applicare al processo dipendente l'art. 337, comma 2, c.p.c., qualora la prima sentenza sia stata impugnata. È proprio dall'art. 337, comma 2, c.p.c. che Liebman ricava un argomento a sostegno della sua tesi sull'immediata «efficacia naturale» della sentenza di primo grado fin dalla sua pubblicazione: secondo questa condivisibile tesi, infatti, la norma attribuisce immediata efficacia vincolante alla sentenza ancora soggetta a impugnazione (anche ordinaria), là dove implicitamente sancisce che, qualora la decisione pregiudiziale sia invocata in un diverso giudizio, il giudice di questo, ove voglia proseguire il processo dipendente, non può che uniformarsi ad essa; altrimenti egli è tenuto a sospenderlo, in attesa della

⁵ In arg. limitiamo il rinvio, da un lato, a E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, ristampa della prima edizione, Milano, 1983, 93 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 2012, 253 ss.; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. it., disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1987, 16 ss.; ID., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, 2004, 83 ss., i quali sostengono che simile vincolo si produce fin dalla pubblicazione della sentenza di primo grado; e, dall'altro lato, ad E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Ristampa, Milano, 1992; ID., *Postilla a Zamboni, Condizione giuridica della sentenza soggetta a impugnazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, II, 24 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 186 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 114 ss.; S. MENCHINI, *Limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 278; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, cit., 136, spec. *sub* nota 151, i quali invece ritengono che l'efficacia di cui si tratta si produrrebbe solo dopo il passaggio in giudicato formale della sentenza.

decisione sul gravame, non essendogli consentito di proseguirlo senza adattarsi alla sentenza pregiudicante. Secondo Liebman, quindi, l'ambito di applicazione dell'art. 337, comma 2, c.p.c., ricomprende tutte le sentenze, ancorché non passate in giudicato, e non solo a quelle già divenute irretrattabili: l'«autorità» di cui parla la norma sarebbe proprio la «naturale» efficacia vincolante che essa svolgerebbe per il giudice della causa dipendente, di cui la decisione sarebbe dotata fin dalla sua pubblicazione⁶. Di contrario avviso è invece chi ritiene che, in caso di contemporanea pendenza di due cause connesse per pregiudizialità-dipendenza, la sospensione necessaria disposta a norma dell'art. 295 c.p.c. debba durare fino al passaggio in giudicato della sentenza sulla causa pregiudiziale e che, conseguentemente, l'art. 337, comma 2, c.p.c. disciplinerebbe solo l'ipotesi in cui questa sentenza sia già divenuta irretrattabile e sia già pertanto pienamente vincolante, ex art. 2909 c.c., per il giudice del processo dipendente, ma venga poi impugnata con un mezzo straordinario, dovendosi negare immediata efficacia di accertamento alle decisioni rese in prime cure⁷.

Come si è accennato, su questo tema sono intervenute nel 2012 le Sezioni Unite della Cassazione, con la menzionata sentenza n. 10027, le quali hanno assunto una precisa posizione in argomento⁸. In quella occasione il Supremo Collegio, infatti, in (almeno apparente) adesione all'impostazione di Liebman, ha sancito che, in generale, nei casi in esame, deve trovare applicazione l'art. 337, comma 2, e non l'art. 295 c.p.c. In altre parole, esso ha stabilito che il giudice della causa dipendente non è tenuto a sospendere il processo a norma dell'art. 295 menzionato, dovendo piuttosto valutare

⁶ E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria»*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 158 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata, recenti polemiche*, *ivi*, 1980, 7 ss.; ID., *Manuale*, I, cit., 261 ss., e II, Milano, 1984, 290 ss.; così pure A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965, 61 ss.; ID., *Sulla sospensione necessaria del processo civile*, in *Foro it.*, 1969, I, 2516 ss.; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 1527; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1963, 89; A. GIUSSANI, voce *Sospensione del processo*, in *Dig. it., disc. Priv.*, sez. civ., XVIII, Torino, 1998, 603 ss.; M. FORNACIARI, *La provvisoria efficacia delle sentenze di accertamento e costitutive*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 385 ss.

⁷ F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 239 ss.; A. ATTARDI, *Ancora sulla portata dell'art. 337 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1240; ID., *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.*, 1987, IV, 417; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 288 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 465 ss.; L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 385 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 88 ss.

⁸ *Supra*, nota 1.

discrezionalmente se sia opportuno sospenderlo, in attesa dell'esito dell'impugnazione già proposta, oppure se sia invece meglio proseguirlo, uniformandosi in tal caso all'accertamento contenuto nella sentenza di primo grado (pur caducabile) sulla causa pregiudiziale, e ciò proprio in virtù dell'immediata efficacia vincolante che ha la sentenza, ancorché non ancora irretrattabile. Hanno sottolineato al riguardo le Sezioni unite che, mentre prima della sentenza di prime cure la situazione giuridica dedotta in giudizio è connotata da assoluta incertezza, dopo questa sentenza una regolamentazione c'è, sebbene si tratti di una regolamentazione che potrà essere travolta dall'accoglimento delle impugnazioni, anche ordinarie. Pertanto il giudice della causa dipendente deve attenersi a quanto con essa sancito, potendo in alternativa solo sospendere il giudizio⁹.

3. – Rispetto alla seconda affermazione, secondo la quale sarebbe possibile la sospensione discrezionale anche fra processi pendenti fra parti diverse, la nostra adesione va accompagnata da alcune precisazioni. Di regola la sospensione del processo viene disposta quando *tra le stesse parti* pendano contemporaneamente dei giudizi legati da un nesso di pregiudizialità-dipendenza: questo accade in virtù del principio generale che limita alle sole parti del processo il vincolo derivante dal giudicato (art. 2909 c.c.). Tuttavia, l'art. 123 del codice della proprietà industriale (di seguito, c.p.i.) dispone che la sentenza che dichiara la nullità (o la decadenza) di un titolo di privativa industriale, quando sia passata in giudicato formale, ha efficacia *erga omnes*: ne consegue che questa decisione, una volta divenuta irretrattabile a norma dell'art. 324 c.p.c., sancirà l'invalidità della privativa in maniera vincolante e definitiva per tutti i processi dipendenti, e quindi determinerà il rigetto nel merito di tutte le domande che si basino sulla validità della privativa medesima, indipendentemente da chi assuma in essi la qualità di parte. Quanto disposto dall'art. 123 c.p.i. consente pertanto di concludere per la sospensione per pregiudizialità di tutti i processi che, a prescindere dalle parti in causa, abbiano un oggetto dipendente dalla declaratoria di nullità di un medesimo titolo di proprietà industriale, che sia al contempo oggetto principale di un altro giudizio. L'unica perplessità riguarda, anche in tal caso, l'applicabilità dell'art. 337, comma 2, c.p.c. in luogo dell'art. 295 c.p.c. Se, infatti, tra le stesse parti non v'è dubbio che debba essere applicato l'art. 337, comma 2, c.p.c., dato che - aderendo alla teoria di Liebman, accolta dal Supremo collegio - l'efficacia vincolante *inter partes* si ha fin dalla pubblicazione della sentenza poi impugnata, conferendosi ad essa, quando trascorsa in giudicato formale, semplicemente

⁹ Si veda tuttavia la recente Cass., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, indicata alla nota 2.

l'attributo dell'irretrattabilità; nel caso in esame ci si può domandare se non sia più aderente al dato positivo immaginare l'applicazione dell'art. 295 c.p.c., in considerazione del fatto che l'efficacia vincolante *erga omnes* della declaratoria di nullità si produce – secondo l'espresso disposto di legge – non con la pubblicazione della sentenza pregiudicante, ma solo dopo il suo passaggio in giudicato formale. Il che, appunto, potrebbe indurre a ritenere applicabile l'art. 295 c.p.c., non essendoci ancora, in ipotesi, una decisione la cui efficacia possa essere invocata tra parti diverse quale vincolo per il giudice della causa pregiudicata. Concludere in tal senso significa ritenere che, mentre tra le stesse parti il giudice può decidere se proseguire il processo, uniformandosi alla sentenza pregiudicante, oppure sospenderlo; quando invece le parti non siano identiche, il giudice non potrebbe che sospendere, non essendoci ancora una decisione idonea a produrre effetti vincolanti *erga omnes*¹⁰. Simile interpretazione della disciplina, tuttavia, non può non destare delle perplessità, perché imporre la sospensione necessaria dei processi intercorrenti non tra gli stessi, ma addirittura tra soggetti diversi, significa dilatare l'operatività di un istituto la cui compatibilità col principio costituzionale della ragionevole durata del processo e, correlativamente, coi principi sanciti dall'art. 6 CEDU è dubbia: ammettere ciò, infatti, significa in concreto negare alle parti la tutela giurisdizionale per periodi di tempo indefiniti, in un numero indefinito di processi¹¹. Per contro, consentire al giudice della causa dipendente di effettuare una scelta discrezionale sulla base di una valutazione della solidità della sentenza pregiudicante e della verosimile fondatezza dell'impugnazione proposta, permette di definire i giudizi dipendenti rispetto ai quali si ritenga

¹⁰ In questo senso, proprio in materia di nullità brevettuale e sospensione del processo relativo alla contraffazione, si è espressa in maniera del tutto condivisibile Cass. 4 aprile 2019, n. 9500, in *Riv. dir. ind.*, 2020, I, 2, 87. Si veda altresì la precedente Cass., 25 luglio 2016, n. 15339, *ivi*, 2017, 4-5, II, 555; e in *Foro it.*, 2017, I, 3482 (annotata da G. CASABURI insieme a Cass. 14 aprile 2016, n. 7450, la quale ultima è pubblicata anche in *Riv. dir. ind.*, 2018, II, 267 ss., con mia nota *Domanda di nullità di un disegno/modello comunitario e sospensione dei processi dipendenti*).

¹¹ Questo è quanto ho sostenuto in M. VANZETTI, *La sospensione del processo per pregiudizialità nelle controversie industrialistiche*, in *Riv. dir. ind.*, 2014, 75 ss., dove ho concluso per l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c., nonostante l'assoluta avversione che nutro per l'istituto della sospensione necessaria. Tuttavia, riconsiderando il problema, si può forse ritenere che, qualora si aderisca alla tesi di Liebman, questa debba essere accolta fino in fondo: il fatto che l'art. 123 c.p.i. (così come, in generale, l'art. 2909 c.c., per l'efficacia vincolante *inter partes*) posponga al passaggio in giudicato formale il prodursi dell'efficacia *erga omnes* della declaratoria di nullità della privativa, significa solamente che essa dopo questo momento diviene irretrattabile anche per tutti i terzi, ma non che essa non sia già vincolante, seppur caducabile, anche per questi soggetti in eventuali giudizi dipendenti. Il che consentirebbe anche in simili casi di applicare l'art. 337, comma 2, c.p.c.

opportuno adeguarsi alla pronuncia pregiudicante. In altre parole, considerato che l'istituto della sospensione necessaria è una vera sciagura per il processo civile, parrebbe forse più consono ai principi del giusto processo aderire senza riserve alla tesi di Liebman e quindi, anche in tal caso, ritenere che, se l'irretrattabilità è condizionata al passaggio in giudicato della declaratoria di nullità, la mera «efficacia naturale» di accertamento si produce *erga omnes* dal momento della pubblicazione della sentenza: così opinando, si può infatti tornare ad applicare l'art. 337, comma 2, c.p.c., evitandosi la iattura della sospensione necessaria.

Naturalmente, un analogo discorso non può farsi ove la sentenza pregiudicante abbia rigettato la domanda di nullità del brevetto, accertandone così la validità: in tal caso, essa farà bensì stato fra le parti, e produrrà fin dal momento della sua pubblicazione efficacia vincolante per il giudice della causa dipendente di contraffazione, rendendo pertanto applicabile l'art. 337, comma 2, c.p.c.; ma non sarà idonea a produrre alcun effetto ove le parti siano diverse¹².

Quanto agli effetti che la declaratoria di nullità produce sulle sentenze già pronunciate su cause dipendenti, in questa materia non è sufficiente riferirsi all'art. 336, comma 2, c.p.c., che disciplina il c.d. effetto espansivo esterno, dato che essi sono espressamente regolati dall'art 77 c.p.i.¹³: questa

¹² Secondo l'orientamento prevalente, l'accertamento negativo della nullità o della decadenza di una privativa industriale ha effetto solo *inter partes*: A. VANZETTI – V. DI CATALDO – M.S. SPOLIDORO, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2021, 554; M. SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale ed intellettuale*, Milano, 2009, 484. Nutre invece alcuni dubbi anche sull'efficacia *inter partes* della sentenza che rigetta la domanda di nullità (o decadenza) G. SENA, *Il giudicato di nullità o decadenza del brevetto per invenzione industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1954, I, 365; ID., *Il diritto dei marchi*, 4ª ed., Milano, 2007, 188; ID., *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, Milano, 1990, 377, che sottolinea come, aderendo a questa interpretazione – che tra l'altro presuppone una inaccettabile efficacia del giudicato *secundum eventum litis* – si ammetterebbe che «un successivo giudicato di nullità, efficace *erga omnes*, varrebbe anche nei confronti dei soggetti per i quali si sarebbe formato un precedente giudicato di validità». Anche per questa ragione l'a. manifesta la propria preferenza per la tesi che esclude «la possibilità stessa di un giudicato sulla validità». V. anche, *si vis*, M. VANZETTI, *Commento all'art. 123*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale. Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2013, 1256 ss., ove ulteriori rinvii.

¹³ L'art. 77 c.p.i. dispone che «La declaratoria di nullità del brevetto ha effetto retroattivo, ma non pregiudica: a) gli atti di esecuzione di sentenze di contraffazione passate in giudicato già compiuti; b) i contratti aventi ad oggetto l'invenzione conclusi anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato la nullità nella misura in cui siano già stati eseguiti. In questo caso, tuttavia, il giudice, tenuto conto delle circostanze, può accordare un equo rimborso di importi già versati in esecuzione del contratto; c) i pagamenti già effettuati ai sensi degli articoli 64 e 65, a titolo di equo premio, canone o prezzo».

norma, sebbene non enunci un principio generale, nel prevedere la retroattività degli effetti di una sentenza di nullità di una privativa, salvo alcune tassative eccezioni, in via di interpretazione sistematica dell'operatività dell'art. 336 cpv. può essere considerato come indice nel senso dell'applicabilità della norma anche tra processi differenti¹⁴.

Abstract

**SCOPE OF THE SO-CALLED DISCRETIONARY SUSPENSION,
PURSUANT TO ART. 337, PAR. 2, C.P.C.,
TO THE JUDGMENT OF PATENT INFRINGEMENT**

La sentenza in commento si pone in linea con l'insegnamento delle Sezioni Unite contenuto nella sent. n. 10027/2012, affermando l'applicabilità dell'art. 337, comma 2, c.p.c. quando l'autorità di una sentenza sia invocata in un diverso processo e sia al contempo impugnata (con un mezzo ordinario o straordinario). In tal caso, il giudice, proprio in considerazione dell'autorità che la sentenza pregiudicante può svolgere nel giudizio dipendente, ha l'alternativa tra il proseguire il giudizio, conformandosi alla decisione pregiudicante, e il sospenderlo. Essa estende poi questo principio anche alle cause pendenti fra soggetti parzialmente diversi.

The judgement is in line with the Joint Divisions of the Italian Court of Cassation (see judgment no. 10027/2012). It affirms the applicability of art. 337 para. 2 of the Code of Civil Procedure when the authority of a judgment is invoked in a different proceedings and it is at the same time challenged (by ordinary or extraordinary means). In such a case, the Court, precisely in view of the authority which the prejudicial judgment may have in the dependent proceedings, has the alternative between continuing the latter, complying with the prejudicial decision, or suspending it. It also extends this principle to cases pending between partially different parties.

¹⁴ Per gli indispensabili riferimenti dottrinali in tema di effetto espansivo esterno extraprocessuale, v. *supra*, in nota 2.

DERIVATI: NUOVA PRONUNCIA STORICA DELLA CASSAZIONE

Corte di cassazione, 29 luglio 2021, n. 21830 (Pres. De Chiara, Est. Campese)

A un anno dalla famosa pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione sui derivati stipulati dagli enti locali, la Prima Sezione Civile della Suprema Corte con la sentenza n. 21830 del 27 luglio 2021 afferma che il contratto o la scheda-prodotto allegata devono sempre indicare il valore di mercato iniziale (c.d. *mark-to-market* o MTM), i costi impliciti e gli scenari probabilistici del derivato.

Queste informazioni sono infatti l'oggetto dei contratti derivati *over-the-counter* stipulati tra banche e imprese. Pertanto, la loro mancata esplicitazione è «*inconcepibile*» e si traduce in un «*vizio genetico*» del contratto anche quando la controparte della banca non sia un ente pubblico (per il quale valgono specifiche norme di settore). Il principio ha cioè portata generale e il motivo – spiega la Suprema Corte – è che in assenza dei suddetti elementi informativi il contratto è da ritenersi nullo per indeterminabilità dell'oggetto.

La nuova sentenza è arrivata in relazione al ricorso presentato da una banca avverso la pronuncia con cui nel 2018 la Corte d'Appello di Milano aveva dichiarato la nullità di un contratto di *interest rate swap* (IRS) stipulato nel 2011 tra la banca medesima e una società agricola, deducendo l'illegittima contabilizzazione di un *mark-to-market* iniziale negativo non comunicato al cliente, tanto nel suo valore, quanto nei criteri di calcolo impiegati per determinarlo.

L'IRS in questione prevedeva che l'azienda agricola versasse semestralmente alla banca un tasso fisso del 2% e ricevesse in cambio un tasso variabile (Euribor a 3 mesi) dal 30 novembre 2011 fino al 31 dicembre 2017. Dal punto di vista dell'azienda, il derivato sarebbe dovuto servire a ottenere copertura (*hedging*) dal rischio di un futuro rialzo dei tassi di interesse; essa infatti aveva precedentemente acceso con un altro intermediario un finanziamento a tasso variabile che per nozionale, scadenza, frequenza dei pagamenti e indici sottostanti risultava pienamente coerente con i parametri dello swap.

In base alle informazioni pubblicamente disponibili, è possibile che il contratto derivato sia stato stipulato a condizioni non particolarmente sfavorevoli all'azienda; tuttavia, complice il successivo abbassamento dei tassi d'interesse nell'area euro (a metà 2014 la BCE ha portato il tasso sui depositi in territorio negativo), col tempo esso è divenuto particolarmente svantaggioso per la società agricola.

In sede di stipula quest'ultima aveva ricevuto dalla banca l'indicazione dei parametri di tasso delle due gambe dell'IRS e di altre specifiche tecniche, unitamente all'indicazione del valore di mercato iniziale espresso in percentuale del nozionale del contratto. Secondo quanto stabilito dal contratto-quadro già in essere tra le parti, durante la vita dello swap la banca avrebbe provveduto a rilevare i valori dei parametri rilevanti e al calcolo degli importi dovuti da ciascuna parte nonché del valore corrente di mercato del derivato secondo criteri generalmente accolti nel mercato.

Le argomentazioni presentate dall'intermediario nel ricorso in Cassazione si basano sulla tesi secondo cui il *mark-to-market* non potrebbe essere ritenuto idoneo a integrare l'oggetto del contratto in quanto si tratterebbe di un valore puramente teorico e virtuale che non inciderebbe sulle prestazioni a carico di ciascuna parte. Esso rileverebbe al più nelle vicende estintive del contratto, estranee al caso di specie, motivo per cui le informazioni sulle formule di calcolo delle prestazioni periodiche e sui parametri economici riportate nel contratto sarebbero state sufficienti a renderne l'oggetto determinato o determinabile.

Di tutt'altro avviso la Suprema Corte che, nel confermare il giudizio di nullità dell'IRS espresso dalla Corte d'Appello (e, prima di questa, dal Tribunale Civile di Milano), ha seguito un *iter* argomentativo impeccabile. Cerchiamo di capire.

In primo luogo gli ermellini hanno osservato che i derivati sono contratti atipici che si configurano come «*scommesse finanziarie*» in quanto si formano sul mercato finanziario, dotato di regole sue proprie, e sono espressione di una logica probabilistica.

Nel caso di specie, pur assolvendo l'IRS una finalità di copertura, esso conserva – data la sua rischiosità intrinseca – la caratterizzazione di strumento di gestione del rischio finanziario che, nel nostro ordinamento, qualifica un contratto valido se persegue interessi meritevoli di tutela ed ha una valida causa in concreto.

I due requisiti risultano soddisfatti solo se la scommessa di cui trattasi è «*razionale*» e tale può intendersi solo se l'alea ad essa sottesa è misurabile secondo criteri scientificamente riconosciuti ed oggettivamente condivisi, se è esplicitata nel contratto e se vi è l'accordo delle parti su tale misura.

A loro volta, gli elementi informativi che assicurano l'esplicitazione dell'alea sono il *mark-to-market*, i costi impliciti (ove presenti) e gli scenari di probabilità (cfr. il *template* in Figura 1). Il *mark-to-market* – ribadisce la Cassazione – è una stima del valore effettivo del contratto ad una certa data effettuata tramite un metodo di valutazione che si contrappone a quello storico e che consiste nel conferire ad un'attività finanziaria il valore che avrebbe in caso di cessazione anticipata/rinegoziazione (motivo per cui,

anche nel TUF, il *mark-to-market* è descritto come “costo di sostituzione” dei derivati). I costi impliciti devono essere indicati perché incidono sull’eventuale squilibrio iniziale dell’alea tra i contraenti. In merito agli scenari probabilistici, la sentenza di quest’anno richiama quanto già rappresentato nel 2020 dalle Sezioni Unite che avevano chiarito come gli scenari completino in modo irrinunciabile l’informazione veicolata dal *mark-to-market* poiché quest’ultimo «è solo un numero che comunica poco in ordine alla consistenza dell’alea».

Figura 1

Informazioni che esplicitano i rischi dei contratti derivati		
Valore di mercato iniziale del contratto per il cliente (<i>mark to market</i>)	Costi impliciti del contratto	
€	€	
Scenari probabilistici del contratto		
Scenario	Probabilità	Importo medio stimato
Il contratto genera oneri per il cliente	%	€
Il contratto genera guadagni per il cliente	%	€

Su questi temi la Cassazione mostra di aver ormai fatto proprio l’aspetto tecnico fondamentale che lega il valore di mercato di un derivato agli scenari probabilistici. Il *mark-to-market* – si legge nella sentenza – rappresenta la sintesi della distribuzione delle probabilità. Cionondimeno, si tratta di una sintesi estrema, quella che collassa un’intera distribuzione di probabilità in un solo numero (la media attualizzata), e pertanto sacrifica informazioni-chiave. Ecco perché l’esplicitazione del *mark-to-market* non basta: ci vogliono anche i costi impliciti e «soprattutto» gli scenari probabilistici che forniscono un’informativa più dettagliata sulla ripartizione delle alea tra i contraenti, sulla loro entità e sulla loro natura senza sacrificare la comprensibilità del messaggio per l’investitore. Gli scenari mostrano infatti la probabilità che il derivato generi oneri (o guadagni) netti per l’investitore e forniscono anche una stima oggettiva dell’ordine di grandezza di quegli oneri (guadagni).

Altrettanto importante, in ottica giurisprudenziale, è che la pronuncia dello scorso maggio sancisca nero su bianco che le informazioni rivenienti dalla distribuzione di probabilità del derivato (tutte e tre lo sono) devono essere esplicitate perché investono «l’essenza dell’accordo, vale a dire del contratto medesimo», quest’ultimo consistendo per definizione in un

“accordo” tra le parti. La Suprema Corte sottolinea come le informazioni su MTM, costi impliciti e scenari probabilistici siano infatti le uniche a garantire il requisito della determinazione o determinabilità dell’oggetto dell’obbligazione definita nel contratto. Pertanto, se una delle parti non è in possesso di tali informazioni viene inficiata l’essenza stessa del contratto poiché quella parte *de facto* non conosce l’impegno assunto e i criteri per la sua determinazione e, quindi, non può aver acconsentito consapevolmente alla stipula.

Gli ermellini precisano che il difetto delle informazioni di natura probabilistica non è sanabile con l’indicazione dei parametri contrattuali (e.g. tassi di interesse di riferimento) o con generici rinvii a eventuali contratti-quadro. Né è ammissibile – come già rilevato dal Tribunale di secondo grado – che la banca provveda a rilevare unilateralmente il valore corrente di mercato del derivato dichiarando semplicemente di effettuare il calcolo secondo criteri generalmente accolti dal mercato medesimo. Sul punto la sentenza è perentoria: occorre indicare anche *«la concreta modalità di determinazione dello stesso (il mark-to-market) e, soprattutto, del suo potenziale valore successivo in relazione alla intera durata del contratto»*. E ancora: *l’«accordo, infatti, deve investire, in modo specifico, completo e dettagliato, l’indicazione del criterio (matematico) con il quale si addiviene al calcolo del menzionato valore. Conseguentemente, non possono ritenersi conformi al predetto iter, le condotte degli intermediari che si concretizzano nella formulazione generica di criteri di calcolo, ovvero che rimandano alle “quotazioni di mercato”, con il rischio che la valutazione possa essere rimessa alla discrezionalità ed all’arbitrio della parte contrattuale più forte»*. La Cassazione puntualizza altresì che, sebbene le modalità di calcolo possano risultare difficilmente comprensibili, specie per i clienti non professionali, la loro esplicitazione è comunque suscettibile di determinare il consenso dell’investitore circa la distribuzione dell’alea ed i costi del contratto.

Il *mark-to-market* iniziale può anche essere negativo per il cliente, configurando quindi uno squilibrio iniziale dell’alea contrattuale a lui sfavorevole, ma – in linea coi principi di buona fede e di tutela del contraente debole – è essenziale che le suddette informazioni gli siano state rese note al momento della stipula e che perciò abbia dato scientemente il proprio consenso.

Per tutto quanto precede è evidente che la sentenza del 5 maggio scorso (insieme a quella delle Sezioni Unite del 2020 e ad altre pronunce in precedenti gradi giudizio, v. ad esempio la sentenza n. 6157/2021 del Tribunale ordinario di Milano) rappresenta un’autentica rivoluzione in materia di contratti derivati perché rigetta l’*alibi* secondo cui le informazioni di natura probabilistica non devono essere date all’investitore in quanto per

lui non comprensibili. Che siano o meno comprensibili è un problema dell'investitore (che farà le proprie valutazioni in base al suo grado di comprensione magari decidendo di non sottoscrivere, o chiedendo chiarimenti a terze parti o alla banca stessa), ma finalmente si sanziona la scelta di decidere *a priori* per l'investitore che lui non debba neppure avere accesso a informazioni-chiave.

Siamo di fronte a uno dei rari momenti di convergenza tra la giurisprudenza in materia finanziaria e l'effettiva modalità di *decision making* in ambito finanziario, perché la giurisprudenza più autorevole riconosce che per valutare il rischio finanziario non si può prescindere dalle probabilità e che le informazioni probabilistiche non possono essere patrimonio esclusivo di chi opera professionalmente sui mercati.

Il riconoscimento del ruolo essenziale delle probabilità è arrivato anche da un'altra istituzione autorevole: la *Federal Reserve Bank* di Minneapolis. Da qualche anno quest'ultima ha reso disponibile sul proprio sito *web* un calcolatore di probabilità sull'andamento futuro di numerose grandezze finanziarie tra cui i tassi d'interesse, l'inflazione e i tassi di cambio. L'informazione veicolata dalle probabilità *market-based* (i.e. calcolate secondo il principio di neutralità al rischio) è infatti quella – si legge sul sito della FED di Minneapolis – che permette ai decisori politici di soppesare i benefici netti di una data decisione in un possibile futuro rispetto ai benefici netti di quella stessa decisione in un altro possibile futuro.

Sarebbe ora che una presa d'atto in tal senso arrivasse anche dal legislatore italiano ed europeo per realizzare un autentico salto di qualità nella trasparenza sui rischi dei derivati come pure dei prodotti d'investimento di tipo non azionario (*non-equity*) destinati alla clientela al dettaglio. Anche in questo contesto – come illustrato nel 2009 dal Quaderno di Finanza Consob n. 63 redatto dall'Ufficio che dirigevo – gli scenari di probabilità permetterebbero infatti all'investitore di comprendere meglio il profilo di rischio-rendimento dei prodotti commercializzati da banche e altri intermediari finanziari. Non a caso un movimento trasversale per la trasparenza sui rischi dei prodotti finanziari (il *Movement for Risk Transparency*, composto tra l'altro da accademici, associazioni di consumatori e sindacati) chiede da tempo l'inserimento di queste informazioni nei prospetti d'offerta dei prodotti *non-equity*. Senza contare che, per parecchi anni, le stesse informazioni sono state al centro di un'iniziativa promossa dall'inserito *Plus* del Sole 24 Ore per fare chiarezza sui dubbi espressi dai lettori circa l'investimento in obbligazioni, *certificates* e altri prodotti *non-equity* (cfr. *template* in Figura 2). D'altronde chi non capirebbe l'elevata rischiosità di un'obbligazione che avesse, ad esempio, il 68% di probabilità

di perdere la metà del capitale iniziale e solo il 32% di probabilità di realizzare un profitto di appena il 10%?

Figura 2

Scenari probabilistici di un prodotto d'investimento *non-equity*

Scenario	Probabilità	Importo medio stimato*
Il risultato dell'investimento è negativo	0%	€
Il risultato dell'investimento è neutrale	0%	€
Il risultato dell'investimento è soddisfacente	0%	€

*Capitale iniziale investito pari a € 100

Il paternalismo che negli ultimi anni ha portato ad escludere le informazioni probabilistiche dal *set* informativo da fornire obbligatoriamente agli investitori e a rimpiazzarle con scenari basati su dati storici e assunzioni arbitrarie è del tutto inutile, se non addirittura fuorviante.

MARCELLO MINENNA

Corte di Cassazione, Sez. Un., 25 marzo 2021, n. 8504 (Pres. Travaglino, Rel. Manzoni)

Questione di giurisdizione – Fallimento – Transazione fiscale – Procedimento tributario – Concordato Preventivo – Accordi di ristrutturazione dei debiti

Articoli di riferimento: artt. 2 e 19, comma 1, lett. h), d.lgs. n. 546/1992; artt. 182-*bis* e 182-*ter*, l. fall.; art. 48, comma 5, CCII

Spetta al giudice ordinario – e non a quello tributario – la giurisdizione sulle controversie derivanti dal diniego erariale alle proposte di transazione fiscale che dovessero proporsi in sede di accordi di ristrutturazione dei debiti o di concordato preventivo.

Corte di cassazione, Sez. Un., 30 luglio 2021, n. 21970 (Pres. Spirito, Rel. Nazzicone)

Fusione – Società incorporata – Estinzione – Legittimazione a iniziare un giudizio – Esclusione – Intervento della società incorporante – Ammissibilità

Articoli di riferimento: artt. 2495, 2501, 2504-*bis* c.c.; artt. 82, 105, 300 c.p.c.

La fusione per incorporazione estingue la società incorporata, che non può iniziare un giudizio in persona del suo ex amministratore, ferma restando la facoltà per la società incorporante di spiegare intervento volontario in corso di causa, ai sensi e per gli effetti dell'art. 105 c.p.c.

Hanno contribuito al fascicolo:

Baccaglioni, Laura – Professore associato nell'Università di Trento

Bugetti, Maria Novella – Professore associato nell'Università di Milano

Dos Santos Lucon, Paulo Henrique – Professore associato nell'Università di San Paolo (Brasile)

Ferrario, Caterina – Professore associato nell'Università di Ferrara

Inzitari, Bruno – Professore ordinario f.r. nell'Università di Milano-Bicocca

Minenna, Marcello – Direttore generale dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli

Montera, Andrea – Cultore della materia nell'Università di Ferrara

Nappi, Filippo – Professore ordinario f.r. nell'Università "Parthenope" di Napoli

Rondini, Paolo – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca

Vanzetti, Michelle – Ricercatore nell'Università di Milano

Zulberti, Martino – Ricercatore nell'Università di Milano