

Anno (XI) 2022
Settembre - Dicembre
Fascicolo 3

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

Enrico Al Mureden, Vincenzo De Stasio, Massimo Franzoni, Francesco Antonio Genovese, Mariacarla Giorgetti, Giuseppe Grisi, Daniela Memmo, Mauro Paladini, Carlo Rimini, Nicola Rondinone, Laura Salvaneschi, Maria Cristina Vanz

REDATTORE CAPO

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

Paola Bilancia, Maria Costanza, Vincenzo Franceschelli Alessio Lanzi, Raffaella Lanzillo, Stefania Pacchi, Gabriele Racugno, Giuseppe Sbisà

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Vincenzo Ansanelli, Francesco Camilletti, Pasqualina Farina, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Mauro Grondona, Lucio Imberti, Filippo Maisto, Irene Mecatti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Fabrizio Piraino, Giacomo Pongelli, Carmelita Rizza, Paolo Rondini, Andrea Rossetti, Alessandro Semprini, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Andrea Caloni, 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 (XI) 2022 – N. 3 – Settembre – Dicembre

ARTICOLI

- BRUNO INZITARI, *Concordato in continuità ed omologa su approvazione della classe minoritaria svantaggiata nel Codice della crisi CCII*301
- MARIA NOVELLA BUGETTI, SABRINA MASTURZI, *Sovraindebitamento, ludopatia e amministrazione di sostegno*335
- MARIA LUISA DOMINGUEZ BARRAGÁN, *Apuntes sobre la colación en el derecho español: ultimos pronunciamientos jurisprudenciales sobre aspectos procesales y sustantivos*349
- DAVIDE CORRARO, *Mediazione civile e mediazione tributaria: un accostamento nominalmente ingannevole*370

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

- LAURA CASTELLI, *La responsabilità delle fondazioni e degli archivi d'artista nell'attività di autenticazione*390

Sez. II – Osservatorio

- Mutuo fondario – superamento dei limiti di finanziabilità –
riqualificazione d'ufficio del contratto Corte di Cassazione, Sez.
Un., 16 novembre 2022, n. 33719401

**CONCORDATO IN CONTINUITÀ ED OMOLOGA
SU APPROVAZIONE DELLA CLASSE MINORITARIA
SVANTAGGIATA NEL CODICE DELLA CRISI CCII**

BRUNO INZITARI

Professore nell'Università Bocconi

Professore ordinario f.r. nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Dalla Legge Fallimentare al Codice della Crisi, CCII. – 2. Crisi della *par condicio*, l'introduzione di nuovi privilegi quale manovra di *deficit spending* a carico dei creditori chirografari, il degrado in chirografo dei prelatizi incapienti. – 3. Il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, quale finalità degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. – 4. Concordato liquidatorio, concordato in continuità, superamento del criterio della prevalenza. – 5. Le classi dei creditori quali strumento: *i)* di partecipazione alla negoziazione; *ii)* di determinazione della misura della soddisfazione e della graduazione – 6. L'approvazione da parte di tutte le classi dei creditori comporta l'omologa del concordato in continuità. – 7. Diverse regole distributive del valore di liquidazione e del valore eccedente quello di liquidazione ed autonomia del debitore nel determinare il contenuto della proposta e del piano nella distribuzione del valore e nella graduazione delle classi dei creditori. – 8. *Relative Priority Rule* RPR, limiti della verifica della proposta approvata da tutte le classi dei creditori nel concordato in continuità. Mancata approvazione da parte di una o più classi, richiesta d'omologa del debitore e verifica del tribunale. – 9. L'approvazione a maggioranza delle classi, di cui una di creditori prelatizi ammessi al voto. Approvazione "a minoranza", solo da parte di una classe che, approvando la proposta, ha accettato il trattamento peggiore previsto nella proposta, conseguente omologa. – 8. La rinnovata tutela dei rapporti di lavoro: *i)* intangibilità del privilegio sui crediti da lavoro; *ii)* informazione e consultazione nella regolazione della crisi.

1. – Il Codice della Crisi così come modificato nel 2022, per effetto del recepimento della Direttiva *Insolvency*, costituisce una netta svolta del nostro diritto concorsuale.

La Legge fallimentare del 1942 recepiva la tradizione che risaliva addirittura all'Italia dei Comuni¹ e scontava l'autoritarismo statalista dell'epoca.

Alla crisi ed all'insolvenza la legge fallimentare forniva quale unica risposta la prospettiva della liquidazione di tutti i beni riconducibili (anche attraverso l'azione revocatoria fallimentare), all'impresa fallita.

La disciplina era infatti costruita come processo esecutivo concorsuale, quale parte della codificazione del 1942, secondo una formulazione del tutto coerente con l'impostazione sistematica, e lo stesso linguaggio del codice di procedura civile e del codice civile, del quale si può dire che costituisse un vero e proprio settimo libro, in perfetta continuità con il sesto libro *Della tutela dei diritti*.

Al pari del Codice civile, nella legge fallimentare si rispecchiava la società dell'epoca nella quale la proprietà immobiliare, la produzione agricola, complessivamente prevaleva rispetto a quella industriale.

La liquidazione dei beni era lo strumento per la realizzazione dei diritti dei creditori secondo una perfetta proiezione concorsuale degli articoli 2740 e seguenti del Codice civile.

Il debitore insolvente era rappresentato in via pressoché esclusiva dall'imprenditore individuale, rispetto al quale il fallimento delle società costituiva una specificazione restando del tutto sconosciuto il fenomeno dei gruppi di società.

Il carattere anacronistico della disciplina rispetto alle modificazioni complessive della società e dell'economia era già chiaramente emerso alla fine dello scorso secolo ma l'adeguamento alla nuova realtà ha trovato non poche resistenze nella mentalità conservatrice del settore, come pure nelle obiettive difficoltà di porre mano a modifiche ed aggiornamenti in una materia così settoriale ed altamente tecnica, anche in ragione dei diffusi e continui collegamenti tra i vari istituti e dei conseguenti rischi, sempre connessi ad interventi settoriali.

La stagione delle riforme ebbe inizio con la c.d. Commissione Trevisanato che ebbe il merito di proporre una totale rivisitazione della materia con l'elaborazione di una disciplina del tutto rinnovata.

Gli anni successivi sono stati caratterizzati da una intensa novellazione del testo della legge fallimentare con l'aggiunta (accordo di ristrutturazione e piano attestato) e la modifica anche radicale di istituti (concordato preventivo e concordato preventivo in continuità, concordato fallimentare), senza peraltro incidere sulla liquidazione fallimentare che, nella sostanza, è rimasta pressoché immutata.

¹ SANTARELLI, voce *Fallimento*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 220.

Il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, CCII, nel testo emanato con il D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, non è mai entrato in vigore, prima a causa della sopravvenuta emergenza della crisi pandemica, e poi per l'esigenza di dare attuazione alla Direttiva *Insolvency*.

Nel 2022 con il D. Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, il Codice della crisi è entrato definitivamente in vigore arricchito nella previsione di nuovi istituti (Composizione negoziata, Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione), e dalla profonda revisione ed arricchimento di istituti già previsti, in particolare il concordato preventivo in continuità, nel quale sono confluite le più significative innovazioni introdotte con la Direttiva *Insolvency*.

Nel suo complesso il CCII si muove in una direzione del tutto nuova ed antepone alla liquidazione, l'esigenza di regolare la crisi e/o l'insolvenza con strumenti volti a valorizzare ogni possibile componente dell'azienda, non soltanto patrimoniale ma anche imprenditoriale, attraverso la continuazione dell'attività nell'interesse dei creditori, dei soci, e del sistema economico in cui opera l'impresa.

La regolazione della crisi e dell'insolvenza che originariamente nella legge fallimentare trovava come unica soluzione la liquidazione dell'impresa e del patrimonio del debitore, viene realizzata attraverso un ampio ventaglio di procedimenti e strumenti, quali la Composizione negoziata, il Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, l'Accordo di ristrutturazione fortemente irrobustito da una possibile estensione degli effetti anche ai terzi, in deroga al principio dell'art 1375 c.c., il Concordato in continuità mentre la procedura di Fallimento non ha subito rilevanti modificazioni nella disciplina, se non nella denominazione, divenuta Liquidazione giudiziale, al fine di cancellare (almeno nominalisticamente), l'espressione Fallimento e Fallito che per secoli ha stigmatizzato la dignità e la reputazione del debitore insolvente.

La liquidazione giudiziale (vale a dire il vecchio fallimento), risulta procedura del tutto residuale, che viene presa in considerazione soprattutto per una comparazione secondo il principio *no creditor worse off*, già introdotto con la legislazione sulla crisi bancaria, secondo la disciplina europea della BRRD, attuata in Italia nel 2015 dal d. lgs. 180/2015.

Infatti, il criterio con cui nel CCII si misura l'ammissibilità di tutti gli Strumenti di regolazione della crisi è imperniato sulla verifica che essi consentano il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale.

Altri elementi innovativi nelle sostanza comuni alla disciplina della crisi bancaria possono essere annoverati, la cultura dell'*early warning*, la rilevazione precoce della crisi, la stabilità della procedura intrapresa, che

prevale sull'interesse del creditore cui è riconosciuta la sola tutela risarcitoria, se il creditore dimostra di aver subito un trattamento peggiore rispetto alla liquidazione giudiziale (art. 53, comma 5 *bis*, CCII) o, nel caso delle banche, alla liquidazione coatta amministrativa, art. 89, d.lgs 180/2015², il ridimensionamento del ruolo del giudice nella gestione della procedura, cui viene destinato il compito della soluzione di possibili conflitti, l'individuazione delle soluzioni alla crisi attraverso la negoziazione con i creditori.

2. – Il principio della *par condicio creditorum*, che nel concorso dei creditori è stato la proiezione della responsabilità patrimoniale, ha subito un vistoso ridimensionamento, principalmente per effetto dell'incremento delle fattispecie di nuove cause di prelazione, man mano introdotte dal legislatore.

Le limitate deroghe all'eguale diritto dei creditori erano costituite dalle garanzie reali, l'ipoteca ed il pegno, governate dall'autonomia privata e da un numero assai contenuto di privilegi legali, secondo una disciplina ampia e consolidata, la quale nella funzione di garanzia, proiettava la proprietà, assunta quale categoria centrale del diritto patrimoniale nella tradizione civilistica.

La disciplina dei privilegi, sensibilmente rivisitata e razionalizzata nel codice del 1942, volta in particolare a dare tutela ai crediti di lavoro e previdenziali, prevedeva fattispecie contenute nel numero, nella incidenza ed estensione applicativa. Il concorso dei creditori trovava, pertanto, ancora condizioni che ne consentivano, il rispetto e l'effettiva attuazione.

Nei decenni successivi, la materia dei privilegi viene complessivamente riordinata ed incrementata, nelle fattispecie e nella portata con la legge 29 luglio 1975, n. 426 e successivamente si registrano ulteriori interventi volti ad introdurre nuovi privilegi, come pure ad apportare significative modificazioni agli art. 2751 e seguenti del Codice civile.

L'avvento dell'amministrazione straordinaria con la c.d. legge Prodi, l. n. 95 del 1979, incide profondamente nel diritto concorsuale, in particolare con l'introduzione di diffuse previsioni della prededuzione, fattispecie sino ad allora non prevista nei codici, né nella legge fallimentare, ed alla quale veniva data una limitata rilevanza processuale, soprattutto in relazione ai crediti sorti nel corso della procedura dell'amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento, in relazione al compenso degli organi della procedura ed alle spese ed oneri della procedura stessa.

² B. INZITARI, *BRRD risoluzione della banca in dissesto condivisione concorsuale delle perdite*, in *Dir. fall.*, 2015, 656.

Di qui la crisi della *par condicio creditorum*, che la dottrina riscontrava non soltanto con riferimento alle procedure volte al risanamento delle grandi imprese ma anche alle procedure concorsuali tradizionali e principalmente al fallimento.

In questo contesto secondo la nuova disciplina del CCII l'esercizio dell'impresa in continuità incide direttamente sulle modalità di realizzazione della responsabilità patrimoniale. L'oggetto della garanzia patrimoniale può risultare sensibilmente spostato dai beni aziendali suscettibili di liquidazione, ai valori derivanti dalla continuazione dell'attività. L'attività dell'impresa, attuata col piano condiviso con i creditori, libera risorse che realizzano la responsabilità patrimoniale.

Il più rilevante, innovativo ed ormai indispensabile dei tools introdotti per il governo della negoziazione intrapresa dal debitore per la regolazione della crisi e dell'insolvenza è sicuramente costituito dal concordato in continuità nel quale è stata data in modo sistematicamente completo, attuazione alla Direttiva *Insolvency*.

La disciplina del tutto rinnovata del concordato in continuità ne fa un tipo nuovo di procedura concorsuale del tutto distinto dal concordato liquidatorio e dalla tradizione risalente all'inizio del secolo secondo cui il concordato poteva giustificarsi quale procedura riservata all'imprenditore onesto ma sfortunato per la cui ammissibilità veniva valutata la meritevolezza ed il livello di soddisfazione offerto ai creditori chirografari nella misura del 40% ed integrale per i creditori prelatizi.

Significativi sono stati gli effetti sul concordato preventivo che nella legge fallimentare costituiva l'unica procedura alternativa al fallimento. Sino alle modificazioni della disciplina registrate nel primo decennio del secolo, la proposta di concordato preventivo doveva assicurare ai creditori chirografari la soddisfazione minima del 40% del credito. Ma una tale percentuale di soddisfazione, per effetto del numero e del peso dei privilegi man mano introdotti nel sistema, è risultata nel tempo un obiettivo sempre più difficile e remoto.

Vanno considerate inoltre altre difficoltà, quale quella originariamente prevista nella legge fallimentare del requisito della meritevolezza del debitore, profilo dai contorni incerti particolarmente insidioso per la sua indeterminatezza, considerato che il debitore almeno nel passato, nella completa assenza di una cultura e tantomeno di una disciplina dell'*early warning*, solo successivamente introdotta, presentava la domanda di concordato sulla base di una crisi che certamente metteva a dura prova la capacità dell'imprenditore di contrastare e risolvere il dissesto e reagire adeguatamente all'aggravarsi del dissesto.

Va rilevato che le ragioni che hanno indotto il legislatore a ricorrere alla introduzione di nuove cause di prelazione e nuove figure di privilegio,

piuttosto che essere dettata dall'effettivo riconoscimento di una causa del credito meritevole di protezione nel concorso dei creditori, risiedevano piuttosto in contingenti necessità di politica economica talora finalizzata ad obiettivi settoriali e contingenti.

L'introduzione di nuovi privilegi ha in concreto svolto la funzione di esaudire le richieste di sostegno e assistenza di categorie di creditori portatori di interessi che il legislatore non era in grado di contrastare.

Di conseguenza con la creazione di nuove cause di prelazione, di privilegi e della stessa prededuzione, si è verificato il trasferimento sui creditori chirografari dell'onere di interventi di politica economica, preclusi all'intervento pubblico da vincoli di bilancio o da vincoli normativi.

La conseguenza è stata una generale riduzione delle probabilità di soddisfazione dei crediti chirografari e contemporaneamente l'assottigliarsi delle possibilità per il debitore di accedere a soluzioni concordatarie. Infatti, spettando ai creditori prelatizi l'integrale soddisfazione del credito, l'attivo che poteva residuare, dopo l'assorbimento della prelazione, non consentiva la soddisfazione dei chirografari, se non in percentuali assai contenute, rendendo impossibile la soluzione concordataria.

Va peraltro considerato che, secondo l'interpretazione della disciplina in vigore sino al 2005, alle cause legittime di prelazione veniva attribuita una portata che superava l'effettivo valore dei beni sui quali le stesse insistevano. Si affermava che nel concordato preventivo (e solo nel concordato preventivo ma non nell'esecuzione forzata), i creditori prelatizi avrebbero dovuto essere soddisfatti integralmente, grazie alla prelazione che assisteva il loro credito ed indipendentemente dall'effettivo valore di realizzo del bene oggetto della prelazione. Il debitore concordatario era obbligato quindi ad assicurare la piena soddisfazione all'ipotecario con garanzia su immobili privi di valore oppure ad ipotecari di secondo o terzo grado, privi sin dal momento della iscrizione d'ipoteca di qualsiasi prospettiva di realizzo. Lo stesso diritto veniva riconosciuto ai privilegiati mobiliari, anche in assenza di valori apprezzabili dei beni ed assets aziendali.

Si trattava di una interpretazione erronea ed ingiustificata, contrastante con i principi che regolano il diritto di prelazione che, nonostante le analitiche contestazioni e critiche della dottrina³, evidentemente riteneva che la soddisfazione integrale anche dei prelatizi incapienti fosse un "prezzo" che il debitore concordatario dovesse pagare per evitare il fallimento e conseguire l'eccezionale beneficio degli effetti esdebitatori del concordato preventivo.

³ Questa interpretazione fu analiticamente contrastata dalla dottrina, cfr. B. INZITARI, *Il soddisfacimento dei creditori forniti di prelazione e risoluzione del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Giur. comm.*, 1990, 383; C. BALBI, *I creditori con diritto di prelazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 418.

Non a caso la situazione è mutata, quando il concordato ha cessato di essere inteso quale procedura cui poteva eccezionalmente ricorrere l'imprenditore "onesto ma sfortunato" ma piuttosto quale procedura che prescindeva da qualsiasi valutazione di meritevolezza del debitore, al quale comunque era richiesta trasparenza sulle cause della crisi o dell'insolvenza, per consentire ai creditori una complessiva valutazione della proposta.

Al concordato venne quindi riconosciuta la funzione di risolvere la crisi o l'insolvenza con le risorse di natura proprietaria per il concordato liquidatorio ed anche con le risorse create dall'attività imprenditoriale in quello in continuità, attraverso modalità alternative alla liquidazione fallimentare nel miglior interesse dei creditori. In un tale rinnovato contesto, è risultato insostenibile continuare ad esigere la soddisfazione di crediti prelatizi in tutto o in parte incapienti, a danno degli altri creditori chirografari e dello stesso debitore, oltre che del tutto anacronistico e contraddittorio con lo stesso scopo della procedura.

Il nuovo art. 160 l. fall. così come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con l. 14 maggio 2005, n. 80, ha riportato il trattamento dei creditori prelatizi al diritto comune ed al secondo comma ha stabilito: la proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione. L'art. 84, co. 5, del CCII ha confermato lo stesso principio, riconosciuto come generale del diritto concorsuale.

3. – La partecipazione dei creditori alla negoziazione e valutazione della proposta concordataria si realizza attraverso l'esercizio da parte del debitore della facoltà oppure obbligo (nel concordato in continuità) di suddivisione dei creditori in classi (secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, già introdotta nella legge fallimentare l. fall. art. 160, co. 2, lett. c), sin dal 2005). Attraverso la suddivisione dei creditori in classi è possibile determinare le modalità di destinazione delle risorse e i livelli di soddisfazione dei creditori, consentendo il contenimento delle cause legittime di prelazione e in taluni casi anche della graduazione, incidendo quindi sulle possibilità di soddisfazione dei creditori chirografari o di creditori appartenenti a classi meno favorite nella graduazione della prelazione.

Le rilevanti modifiche, apportate dal d.lgs. n. 83/2022 al CCII della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sono accompagnate, come si è accennato, dall'introduzione di nuovi percorsi e strumenti, come pure dalla significativa ridefinizione delle funzioni della procedura di concordato, la quale costituisce, non solo storicamente ma anche nel confronto con le altre

procedure nel tempo introdotte, una delle più significative procedure concorsuali alternative al fallimento ed ora alla liquidazione giudiziale⁴.

La rubrica della Sezione I del Capo III del Concordato preventivo (art. 84 e segg.), che nell'originario testo del CCII conteneva un mero riferimento tecnico ai *Presupposti e inizio della procedura*, nell'attuale nuova formulazione *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano*, assume, come tratto qualificante, le finalità con le quali introduce la disciplina del concordato.

Queste non a caso sono indicate al plurale in considerazione della articolazione che la procedura di concordato può assumere a seconda delle possibili tipologie di piano, cui corrispondono i due tipi di concordato.

La procedura di concordato, originariamente introdotta dalla legge 24 maggio 1903, n. 19, in parte riformata con la legge 10 luglio 1930, n. 995, successivamente disciplinata nella legge fallimentare e ripetutamente novellata dal 2005, è distinta oggi nella disciplina del CCII della crisi, così come rinnovata dal d.lgs. n. 83/2022, in due tipi di concordato, regolati da discipline profondamente diverse, secondo finalità ed assetti causali molto distanti.

Per effetto della progressiva evoluzione verificatasi sin dal 2005 e, da ultimo, con il recepimento della Direttiva europea 1023/2019, il concordato presenta una distinta articolazione nel concordato liquidatorio e nel concordato in continuità. Essi sono caratterizzati da discipline che per il tenore e la portata delle rispettive finalità, integrano tipologie di procedimenti funzionalmente e causalmente distinti⁵.

La funzione causale nel concordato liquidatorio risiede, *i*) nella valorizzazione del patrimonio aziendale e delle risorse aggiuntive, imposte dalla legge per l'operatività della liquidazione concordataria (apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il 10 per cento l'attivo, art. 84, co. 4) e, *ii*) nella previsione di tassativi livelli di soddisfazione dei creditori particolarmente elevati (ed in realtà antistorici), del 20 per cento dell'ammontare del credito per i chirografari ed per i privilegiati degradati per incapienza in chirografo.

⁴ S. LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Diritto della crisi*, settembre 2022; ID., *Appunti sul Concordato Preventivo ridisegnato*, *Diritto della crisi*, maggio 2022; M. FABIANI, *Un affresco sulle nuove milestones del concordato preventivo*, in *Diritto della crisi*, 2022.

⁵ In considerazione di queste profonde differenze, si può dire che le due diverse tipologie di concordato di liquidazione e in continuità possono oggi essere ancora ricompresi nell'ambito della generale categoria del concordato ma questo avviene allo stesso modo in cui la categoria generale del contratto di società, pur comprendendo i diversi tipi di società, si divarica poi nettamente nelle società di persone e di capitale, che, pur contrassegnate dalla stessa radice, si sviluppano secondo discipline e articolazioni funzionali profondamente diverse.

La causa tipologica del concordato in continuità è assorbita in modo prevalente dalla valorizzazione delle risorse che derivano dalla continuazione dell'attività imprenditoriale e da quelle esistenti nel patrimonio, messe a servizio della continuazione dell'attività.

Il CCII supera il riferimento alla ammissibilità che nella legge fallimentare scandiva *l'incipit* della domanda di concordato, art. 160 l. fall, con la più generica espressione *apertura del concordato preventivo*, art. 47. Modifica necessaria e significativa in quanto, a differenza della abrogata legge fallimentare, con il CCII la verifica di ammissibilità è prevista solo per il concordato liquidatorio ma non per il concordato in continuità, per il quale è richiesta la verifica della sola *ritualità* della domanda⁶.

Un tratto comune che contrassegna l'ammissibilità degli strumenti di regolazione della crisi alternativi alla liquidazione giudiziale (un tempo Fallimento), risiede nel generale principio secondo cui gli strumenti di regolazione della crisi sono ammissibili se consentono il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale.

L'art. 84, nell'aprire la sezione I, ribadisce il principio, declinato non solo per il concordato ma in tutti gli strumenti di regolazione della crisi, secondo cui la finalità della procedura è il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale.

Con il CCII viene definitivamente superato il criterio, introdotto nella passata disciplina fallimentare all'art. 180 l. fall. (sostituito dall'art. 16, co. 2, del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169), secondo il quale la soddisfazione dei creditori non doveva essere inferiore alle alternative concretamente praticabili, aprendo ad una serie di soluzioni comparative, che lasciavano spazi interpretativi anche opinabili.

Con l'introduzione nel CCII di questo nuovo più chiaro e lineare criterio del soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, non si richiede che il concordato soddisfi i creditori in misura più elevata rispetto alla liquidazione giudiziale, ma soltanto non inferiore e, quindi, anche nella stessa misura raggiungibile in sede di liquidazione. Questo in qualsiasi tipologia di concordato, sia in caso di continuità aziendale, che di liquidazione del patrimonio, che di attribuzione delle attività ad un assunto o in qualsiasi altra forma.

⁶ Per effetto dei non riusciti tentativi di introdurre un unico procedimento nel CCII della crisi del 2019 e successivamente per effetto delle necessarie modifiche apportate al CCII della crisi dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 in attuazione della direttiva 1023/2019, la disciplina dell'accesso al concordato, è distribuito negli articoli del procedimento unitario, art. 40 e segg. e negli artt. 120 bis e segg. nella sezione VI, introdotta con riferimento alle società.

Il passaggio è certamente significativo, in quanto se non è richiesto un maggiore livello di soddisfazione rispetto alla liquidazione giudiziale, la finalità risiede nell'interesse dei creditori ad una più efficiente e celere soddisfazione, rispetto alla liquidazione giudiziale, ormai considerata procedura residuale e soprattutto, sul piano complessivo, meno conveniente.

Tale criterio risulta costantemente reiterato nella medesima formulazione nei diversi *strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, che a parità di livello di soddisfazione concorrono e prevalgono rispetto alla liquidazione giudiziale. A tale criterio fa riferimento l'art. 62 co. 2, lett. c) sulla convenzione di moratoria; l'art. 64-bis) co. 8, del piano soggetto a ristrutturazione, l'art. 70 co. 9, nell'omologazione del piano nelle procedure di sovraindebitamento, l'art. 80 co. 3, nell'omologazione del concordato minore, co. 8; l'art. 84 commi 1, per il concordato liquidatorio ed in continuità, l'art. 88 co. 1, sul trattamento dei debiti tributari e previdenziali; l'art. 112, co. 3, in relazione all'omologa del concordato in continuità aziendale.

Questo principio orienta l'intera disciplina e trova concreta e significativa applicazione operativa, in caso di opposizione all'omologa del concordato in continuità aziendale, da parte di un creditore dissenziente, anche appartenente ad una classe assenziente. Il difetto di convenienza fatto valere in via d'eccezione dall'opponente, è suscettibile, se accolto, di impedire l'omologa del concordato approvato all'unanimità da tutte le classi, quando secondo la proposta, il credito risulta soddisfatto in misura inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Analogamente nel concordato con liquidazione del patrimonio in caso di opposizione da parte di un creditore dissenziente, appartenente ad una classe dissenziente art. 112, co. 5.

Nel concordato in continuità il principio acquista una ulteriore rilevanza, con una disposizione del tutto innovativa in relazione alla tutela assegnata al creditore, che lamenta un eventuale difetto di convenienza. Secondo quanto disposto dall'art. 53 co. 5 *bis*, al creditore opponente può spettare il solo risarcimento del danno, determinato nella eventuale differenza tra il trattamento che avrebbe potuto conseguire nella liquidazione giudiziale rispetto a quello assegnatogli nel concordato in continuità.

Ben diverso è il discorso per il concordato liquidatorio del quale va considerata la particolare disciplina prevista dall'art. 84, co. 4, il quale richiede, da un lato l'apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e dall'altro che la proposta assicuri il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati in chirografo in misura non inferiore al 20 % del loro ammontare complessivo.

Questi ultimi principi si sovrappongono a quello generale dell'art. 84, co. 1, secondo cui è sufficiente che la soddisfazione dei creditori avvenga in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale. Considerata la necessità dell'apporto di risorse esterne, la soglia della soddisfazione dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, finisce in concreto per essere difficilmente applicabile e piuttosto superata per effetto degli oneri quantitativi imposti al debitore.

4. – Mentre la procedura di concordato liquidatorio continua ad essere contrassegnata da oneri difficilmente sostenibili per il debitore insolvente, quella di concordato in continuità, per effetto delle modifiche apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, è stata liberata dall'osservanza degli obblighi previsti nella originaria versione dell'art. 84, co. 2, che ricadevano sia sul debitore che sul terzo, di mantenimento o riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno alla metà della media di quelli in forza nei due anni precedenti al deposito del ricorso, come pure dagli obblighi di soddisfare i creditori in misura prevalente col ricavato del prodotto della continuità aziendale, obblighi che risultavano ulteriormente appesantiti da presunzioni collegate al mantenimento di almeno la metà dei lavoratori nei primi due anni.

La disciplina dell'art. 84 è stata completamente rinnovata. La continuità aziendale è divenuto l'elemento fondante, conferendo una significativa flessibilità all'intera procedura.

Secondo quanto prescritto dal rinnovato art. 84, co. 1, la *continuità aziendale* è lo strumento attraverso il quale si attua la *tutela dell'interesse dei creditori* e si realizzano le condizioni attraverso le quali i posti di lavoro possono essere, *nella misura possibile*, preservati e quindi non più attraverso l'imposizione di rigidi ed il più delle volte inattuabili vincoli quantitativi e temporali⁷.

Non si tratta di affermazioni retoriche (come a volte avviene in alcuni testi legislativi), il successivo comma 3, specifica le modalità di realizzazione di tale tutela prevedendo che la proposta di concordato deve prevedere per ciascun creditore un'*utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa*.

Emerge un quadro di significativa flessibilità, nel quale alla garanzia patrimoniale offerta dal debitore non viene più attribuito il ruolo e la funzione di unico, esclusivo e diretto strumento di realizzazione della

⁷ S. PATTI, *Tutela dei diritti dei lavoratori, salvaguardia dell'impresa e CCII*, in *Fall.*, 2022, 1337.

responsabilità patrimoniale, che viene realizzata secondo una nuova e più ampia dimensione dell'interesse dei creditori. È un interesse di segno diverso, indirizzato più che ai beni di cui il debitore è proprietario e quindi ai valori statici del patrimonio, all'articolato ventaglio di risorse liberate e prodotte dalla continuità. Si tratta di interessi e valori dinamici non riconducibili ai valori patrimoniali tradizionali e che infatti vengono indicati dal legislatore con espressioni che fanno riferimento al vantaggio che deriva dalla attività dell'impresa, primo fra tutti, *valore eccedente quello di liquidazione*, come pure *utilità specificamente individuate ed economicamente valutabili*, che possono consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa, art. 84 co. 3.

Il primo degli indici di questa rinnovata flessibilità risiede nella espressa previsione dell'art. 84, co. 3, così come formulata con le modifiche apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che, nel definire le modalità di soddisfazione nel concordato in continuità aziendale, stabilisce che *i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta*.

Con questa nuova e chiara disposizione è definitivamente venuta meno la possibilità di ricorrere al cosiddetto criterio di prevalenza per l'applicazione della disciplina dell'uno o dell'altro tipo di concordato.

Nella vigenza della abrogata legge fallimentare, novellata con l'introduzione del concordato in continuità, pur in mancanza di qualsiasi previsione di legge, era stata tentata la costruzione di una ulteriore figura di concordato, da collocare tra il concordato liquidatorio e il concordato di continuità, nel *jargon* denominato *concordato misto*. Questa espressione voleva indicare *un concordato dal contenuto complesso il cui piano preveda, accanto ad una continuazione della continuità d'impresa, una liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio della stessa*⁸.

Muovendo da queste premesse, come ha osservato in modo critico la Cassazione, taluna giurisprudenza di merito, spinta dalla preoccupazione di evitare abusi del ricorso allo strumento concordatario in continuità, soprattutto successivamente al 2015, e cioè da quando è stata prevista l'esenzione della soglia minima di soddisfazione per i creditori, ha ritenuto di poter governare le proposte di concordato che prevedessero accanto alla continuità anche la liquidazione dei beni dell'impresa, immaginando nuovi e non nominati criteri, che avrebbero dovuto imporre l'individuazione della prevalenza del concordato liquidatorio oppure in continuità.

Nonostante la giurisprudenza della Cassazione non avesse accolto tali argomentazioni⁹ e piuttosto a chiare lettere le avesse escluse, queste avevano

⁸ Così Cass., 15 gennaio 2020, n. 734.

⁹ Cfr. Cass., 15 gennaio 2020, n. 734 cit, che con parole chiare aveva deciso *che la compresenza in piano di attività liquidatorie che si accompagnino alla prosecuzione*

avuto accoglimento e talora ulteriore sviluppo nella redazione dell'art. 84 del CCII, che al comma 3, prevedeva nel *concordato in continuità aziendale* i *creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino. La prevalenza si considera sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da una attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso.*

Si trattava di un ulteriore ed anche più ampio sviluppo del criterio della prevalenza, che utilizzava riferimenti in molti contesti ormai non appropriati, quali la forza lavoro impiegata e trovava le sue ragioni nella diffidenza che ha accompagnato l'introduzione del concordato in continuità, talora considerato procedura poco ortodossa rispetto alla liquidazione giudiziale, considerata quale archetipo e assorbente modello della procedura concorsuale.

La prima versione dell'art. 84, co. 3, CCII, imponeva una selezione delle fonti di provenienza delle risorse destinate alla soddisfazione dei creditori, attraverso un rigido collegamento tra la mano d'opera impiegata ed i ricavi attesi dalla continuità, secondo una visione che individuava nel valore proprietario dei beni, degli strumenti di produzione e dimensione della mano d'opera occupata, i fattori funzionali della continuità e della soddisfazione dei creditori¹⁰.

Tutto questo è stato definitivamente superato dal rinnovato testo dell'art. 84 CCII, che non solo ha cancellato il criterio di prevalenza, ma ha espressamente stabilito come irrilevante la proporzione tra l'apporto delle risorse derivanti dalla continuazione dell'attività e quelle ottenute dalla liquidazione, essendo sufficiente che i creditori vengano soddisfatti con le prime anche in misura non prevalente.

Questa disciplina introdotta con l'attuazione della Direttiva *Insolvency* è del tutto coerente con l'elemento causalmente qualificante e tipologicamente portante il concordato in continuità, che si realizza attraverso la destinazione di tutte le risorse alla continuazione dell'attività, in quanto è prevalentemente con la continuità che possono essere raggiunti i risultati e gli obiettivi previsti nel piano.

È mancato purtroppo un intervento adeguato per il concordato di liquidazione ove il vincolo dell'apporto delle risorse esterne per almeno il 10

dell'attività aziendale è dunque espressamente contemplata dal legislatore, all'interno della norma ...art. 186 bis, il che non lascia equivoci di sorta in merito al fatto che tale normativa governa la fattispecie ..concordato in continuità che prevede la dismissione dei beni, ritenendo quindi non giustificato giudicare il concordato sulla base della prevalenza.

¹⁰ M. CAMPOBASSO, *Il concordato liquidatorio semplificato: ma perché il concordato preventivo non trova pace?*, in NLCC, 2022, 116.

per cento dell'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e della soglia minima del 20 per cento di soddisfazione dei chirografari, ha definitivamente reso pressoché impossibile l'accesso ad una tale procedura.

Nel panorama ampio e profondamente rinnovato delle diverse opportunità offerte dal nuovo CCII alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, il concordato liquidatorio appare oggi come un masso erratico immobile e grave, del tutto estraneo rispetto agli altri strumenti e procedure che ormai, con diverse modalità, sono diventati i nuovi protagonisti della regolazione della crisi.

Per effetto del mantenimento dei predetti vincoli (dell'apporto esterno e della soglia minima di soddisfazione dei chirografari), come precedentemente rilevato, il livello di soddisfazione richiesto, dovrebbe in concreto risultare più elevato rispetto a quello stabilito al primo comma dell'art. 84, del *soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*, confermandosi in questo modo la estraneità e contraddittorietà, anche sistematica, della disciplina del concordato liquidatorio, rispetto ai generali principi che regolano la materia del concordato.

La circostanza che secondo la rinnovata disciplina del concordato in continuità, i creditori possano essere soddisfatti solo in misura non prevalente dai ricavi della continuità aziendale e conseguentemente in misura anche prevalente dai ricavi della liquidazione, comporta un ampliamento della accessibilità rispetto al concordato con liquidazione del patrimonio, art. 84, co. 3. Questo sempre che vi sia la possibilità della continuazione dell'attività, che peraltro risulta più agevole, considerate le ampie possibilità di gestione della continuità, secondo quanto previsto dall'art. 84, co. 1.

Nella determinazione delle modalità di realizzazione del concordato, l'art. 84 ricorre ad una formulazione più sintetica e più chiara, non solo rispetto al precedente art. 160 l. fall., ma anche alla prima versione dell'art. 84 del CCII, precedente alle modifiche apportate con il recepimento della Direttiva *Insolvency*.

Il riferimento è concentrato in modo asciutto su un numero contenuto di fattispecie, quali la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un terzo come assuntore, per poi espandere la previsione, ricorrendo all'espressione "in qualsiasi altra forma", verso un numero aperto di possibili anche atipici contenuti.

I successivi commi 2 e 3 dell'art. 84 definiscono e regolano la continuità diretta o indiretta. La prima con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore, che ha presentato la domanda di concordato. La seconda con la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da

parte di soggetto diverso dal debitore, attraverso una serie di strumenti quali la cessione, l'usufrutto, il conferimento d'azienda in una o più società, ovvero in forza d'affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, oppure a qualunque altro titolo, con previsione, pertanto del tutto aperta e suscettibile di ricomprendere i più diversi strumenti e soluzioni.

Per effetto del recepimento della Direttiva 1023/2019 *Insolvency*, l'esercizio della continuità aziendale, volta a generare flussi di cassa adeguati a realizzare contemporaneamente la soddisfazione dei creditori e la complessiva ristrutturazione dell'azienda, richiedono che la proposta ed il connesso piano intercettino il consenso dei creditori che, se raggiunto con l'approvazione da parte di tutte le classi, conduce all'omologa del concordato.

A questo riguardo per la prima volta vengono presi in considerazione i diversi *stakeholder*, vale a dire non solo i creditori ma anche i soci quali soggetti interessati direttamente, al pari dei creditori, alla definizione e regolazione della crisi d'impresa. I vantaggi che derivano dalla continuità sono i fattori che possono essere decisivi per attrarne il consenso e la collaborazione.

I risultati positivi connessi al mantenimento dell'attività possono sovrastare l'interesse alla soddisfazione del credito, che può essere limitato in una misura non inferiore a quella che avrebbe potuto essere raggiunta con la liquidazione giudiziale e conseguentemente può risultare pari, purché non inferiore alla misura di soddisfazione che potrebbe essere raggiunta dalla liquidazione giudiziale.

La convenienza per i creditori non si misura in termini di maggior livello di soddisfazione rispetto alla procedura liquidatoria, ma deriva piuttosto dai vantaggi offerti dalla continuazione dell'attività dell'impresa, dalla rapidità di soddisfazione, dalla prevedibilità della misura e dei tempi di soddisfazione dei crediti, che, a differenza che nella liquidazione giudiziale, sono già fissati nella proposta concordataria.

La differenza è particolarmente evidente con il concordato di liquidazione, ove il vantaggio per i creditori è determinato e misurato in termini strettamente patrimoniali e monetari, con l'imposizione degli obblighi di incremento dell'attivo e di percentuali di soddisfazione ai chirografari. Nel concordato in continuità deriva dalle utilità, anche indirette, liberate dalla prosecuzione dell'attività, peraltro specificamente indicate dall'art. 84, co. 3, secondo il quale, come si è visto, la proposta prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

5. – Nel concordato la platea dei creditori votanti può comprendere anche i prelatizi, quando questi risultano incisi nei loro diritti dalla proposta concordataria. La suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria nel concordato in continuità, art. 85, co. 3, in quanto richiesta per l'approvazione del concordato, art. 109, co. 5.

I creditori muniti di privilegio, pegno ipoteca, interessati dalla ristrutturazione sono anche essi suddivisi in classi. Sono interessati i creditori per i quali il piano e la proposta prevedono la soddisfazione con utilità diverse dal danaro, inoltre devono essere classati i creditori di garanzie prestate da terzi art. 85, co. 2.

Il pagamento tempestivo in danaro dei prelatizi (entro 180 giorni dall'omologazione), esclude che essi possano essere considerati incisi dalla ristrutturazione. L'art. 109, co. 5, richiamato dall'art. 85, co. 3, prevede che se la proposta ne prevede il pagamento oltre 180 giorni, siano considerati interessati dalla ristrutturazione. Conseguentemente i creditori prelatizi votano e sono suddivisi in classi, che sono chiamate, assieme alle classi dei creditori e dei soci, alla approvazione del concordato (art. 85, co. 3 e art. 112, co. 2, lett. d)).

Nella stessa classe possono essere collocati i creditori titolari di diverse cause di prelazione, purché il trattamento sia il medesimo. In un'unica classe possono essere ricompresi, ad es., artigiani e professionisti se per l'intera classe così formata, è stabilita la stessa previsione temporale di pagamento oltre i 180 giorni. Infatti, in questo caso la diversità del grado di privilegio non rileva, in quanto lo stesso trattamento è applicato ad entrambe le categorie ricomprese (nel nostro esempio artigiani e professionisti), che, pur avendo cause di prelazioni diverse, subiscono, quali appartenenti alla stessa classe, lo stesso trattamento consistente nel medesimo differimento del tempo del pagamento. Andrebbero al contrario create due classi se la proposta prevedesse differenziati tempi del pagamento, ad es. gli artigiani 20 mesi e i professionisti 12 mesi, in ragione del diverso trattamento riservato ai titolari delle due diverse prelazioni.

Allo stesso modo i crediti assistiti da privilegio di cui all'art. 2751 *bis* n. 1 del Codice civile debbono essere soddisfatti entro 30 giorni ed in questo caso non votano, in quanto non vengono incisi dalla ristrutturazione. Al contrario, se per effetto della ristrutturazione vengono soddisfatti in un tempo superiore ai 30 giorni, essi sono interessati alla ristrutturazione e quindi votano.

La divisione in classi dei creditori e dei soci assolve nello stesso tempo a diverse funzioni ed esigenze: *i*) raccoglie la volontà dei componenti della classe consentendo di valutare il trattamento della classe di appartenenza anche in comparazione con quello riservato alle altre classi; *ii*) giustifica la

distribuzione selettiva delle risorse sulla base delle posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei di ciascuna classe; *iii*) consente nello stesso tempo di raccogliere la volontà della classe secondo le modalità di formazione della maggioranza previste dalla legge; *iv*) consente di valutare il complessivo livello di adesione di tutte le classi; *v*) fornisce agili strumenti di verifica e controllo alle classi dissenzienti, secondo una legittimazione che prescinde dalla consistenza numerica o patrimoniale della classe.

Il ricorso alla suddivisione dei creditori in classi, in considerazione delle potenzialità che ad essa si accompagnano, si è certamente ampliato, sino a divenire la forma tipica ed obbligatoria nel concordato in continuità, art. 85, co. 3 e nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, art. 64 bis, co. 1.

La partecipazione al voto dei creditori prelatizi interessati, perché incisi nei loro diritti, svolge poi una funzione che può essere decisiva nel caso in cui il concordato non sia stato approvato da tutte le classi ma soltanto a maggioranza, art. 112 comma 2, lett. *d*).

La circostanza che almeno una classe di prelatizi abbia approvato la proposta, supplisce infatti alla mancata approvazione da parte di tutte le classi e consente l'omologazione del concordato da parte del tribunale. La ragione della disposizione è comune a quella della approvazione da parte di una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione, anche essa prevista dall' art. 112 comma 2, lett. *d*).

In entrambe le ipotesi è decisivo che, nonostante il trattamento previsto nella proposta per la loro classe sia peggiore rispetto a quello previsto dalla legge per i prelatizi, essi stessi con il voto favorevole della classe l'abbiano ritenuta conveniente, consentendo, anche in mancanza di approvazione da parte di tutte le classi ma solo della maggioranza, l'omologazione del concordato.

L'omologa del concordato a seguito della approvazione di tali classi, che per rapidità chiamiamo *svantaggiate* dalla proposta, segna l'esito positivo della negoziazione che il debitore ha intrapreso con i creditori per i quali la complessiva convenienza della proposta prevale sul possibile pregiudizio del trattamento peggiore ad essi riservato. La svolta è significativa ed è possibile per il carattere dispositivo della disciplina della prelazione, la cui deroga viene disposta infatti con l'approvazione delle classi dei prelatizi o dei creditori svantaggiati.

Specifiche disposizioni obbligano alla suddivisione dei creditori in classi per i crediti tributari, previdenziali, per i quali non è previsto l'integrale pagamento, per i titolari di garanzie prestate da terzi, per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal

danaro, e per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essere correlate, art. 85, co. 2.

Nel concordato in continuità, una volta unificata l'intera platea dei creditori nelle classi, queste non solo veicolano la volontà dei creditori, ma svolgono una funzione essenziale nel procedimento di omologazione del concordato.

Gli esiti della votazione determinano il possibile percorso del concordato in continuità. Se tutte le classi votano a favore, il concordato è omologato. In mancanza, il procedimento di omologa segue un altro percorso. Il dissenso di una o più classi o di tutte le classi piuttosto che comportare l'arresto della procedura, apre una nuova fase nella quale il debitore può comunque richiedere al tribunale l'omologa, previa verifica dell'avvenuto rispetto di alcuni presupposti, che riguardano il trattamento dei creditori ed il trattamento dei soci (art. 112, co. 2).

6. – La differente natura di liquidazione e in continuità comporta una diversa disciplina dell'approvazione e dell'omologa del concordato, in ragione della differente tipologia, che risulta determinante nell'intero procedimento¹¹.

Nel concordato di liquidazione, la proposta ed il piano sono soggetti a limitazioni più rigide e controlli più pervasivi. La legge determina la percentuale minima di soddisfazione dei creditori e la soglia di consistenza dell'attivo richiesta per l'ammissibilità della proposta, fissata nell'apporto di risorse esterne pari almeno al 10% dell'attivo, art. 84, co. 4.

In considerazione della rigidità di tali condizioni volte ad assicurare ai creditori un determinato livello di soddisfazione nella liquidazione concordataria, l'approvazione della proposta non richiede l'accettazione da parte di tutti i creditori (come richiesta nel concordato in continuità con l'approvazione da parte di tutte le classi) ma segue le consuete regole della maggioranza dei creditori ammessi al voto e, ove previste le classi, la maggioranza dei crediti nella maggioranza delle classi.

Nel concordato in continuità, la maggiore autonomia consentita al debitore nella determinazione del piano, richiede l'adesione unanime dei creditori, espressa, secondo le modalità di formazione della volontà consorsuale.

L'approvazione del concordato in continuità avviene infatti con il voto favorevole di tutte le classi (art. 109, co. 5), al quale segue l'omologa del tribunale, previa verifica che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi

¹¹ G.B. NARDECCHIA, *Il voto nel concordato preventivo*, in *Diritto della crisi*, 2022.

finanziamenti previsti come necessari per l'attuazione del piano, non pregiudichino gli interessi dei creditori (art. 112, co. 1 lett. f).

Nel concordato in continuità, a differenza che per il concordato con liquidazione, per la formazione della maggioranza all'interno delle classi, non è richiesta la maggioranza dei crediti ammessi al voto ma è sufficiente il voto favorevole dei due terzi dei votanti, purché abbia votato la metà dei creditori titolari del diritto di voto nella classe.

L'approvazione è, dunque, raggiungibile, con il voto favorevole dei due terzi degli aventi diritto, che equivale al 33,33 dei votanti per ciascuna delle classi. Il maggior favore della disciplina che regola il raggiungimento della maggioranza all'interno delle classi, si bilancia con il contrapposto principio, della necessità del voto favorevole di tutte le classi per l'approvazione del concordato (artt. 109, co. 5; 112, co. 1)¹².

È inconsueto e forse senza precedenti, che nelle procedure concorsuali e nella formazione della volontà degli enti collettivi, venga richiesto il consenso totalitario di tutte le classi, piuttosto che la volontà maggioritaria dei creditori.

In realtà l'approvazione da parte di tutte le classi costituisce il cuore dell'intero procedimento, così come riscritto e rinnovato con l'attuazione della Direttiva *Insolvency*. Il voto totalitario favorevole realizza l'accettazione da parte dell'intero ceto creditorio della proposta, la quale riassume un progetto che, per il suo particolare contenuto e portata, deve essere condiviso senza eccezioni dai creditori.

Il debitore offre ai creditori risorse che derivano dalla continuazione dell'attività. Da questo discende che la misura della possibile soddisfazione dei crediti dipende non solo dagli esiti della continuità ma anche dal ruolo che le diverse categorie di creditori vengono a rivestire nell'attuazione del progetto di continuità, in quanto da questo deriva l'articolazione delle diverse modalità e misure di trattamento secondo le regole della *relative priority rule*¹³. Di qui l'esigenza della condivisione totalitaria di tutte le classi. Questa realizza l'accettazione delle modalità di soddisfazione dei crediti, secondo l'articolazione delle graduazioni percentuali del piano, come pure

¹² G. BOZZA, *Le maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria*, in *Diritto della crisi*, 2022; ID., *Il sistema delle votazioni nei concordati tra presente e futuro*, in *Diritto della crisi*, 2022.

¹³ In realtà, come si vedrà gli spazi di autonomia del debitore nel costruire la proposta potrebbero essere più ampi ma troverebbero un limite nel caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi, in quanto il dissenso di una o più classi, se il debitore richiede l'omologazione del concordato, comporta la verifica da parte del Tribunale dell'avvenuta osservanza delle condizioni di cui all'art. 112, co. 2, dal cui esito dipende l'omologa del concordato.

può realizzare l'adesione e il coinvolgimento diretto ed indiretto nel progetto industriale di regolazione della crisi, attraverso il recupero e rilancio dell'impresa in regime di continuità.

In modo del tutto speculare al principio della approvazione con il voto totalitario di tutte le classi, il difetto di convenienza della proposta può essere fatto valere da qualsiasi creditore art. 112, co. 3. La legittimazione è riconosciuta a qualsiasi creditore dissenziente anche se appartenente a classe assenziente, considerato che il concordato in continuità è approvato con il voto favorevole di tutte le classi.

L'eccezione di mancanza di convenienza fatta valere dal creditore dissenziente non apre alcun giudizio di merito sulla proposta, in quanto questa è stata comunque già accettata dai creditori con il voto favorevole espresso da tutte le classi.

Su tale eccezione il tribunale decide con la mera verifica se il credito portato dal creditore dissenziente opponente, risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. La violazione di questo generale principio (che informa il concordato, secondo la generale previsione del dell'art. 84, co. 1), impedisce l'omologa e comporta il rigetto della domanda di omologa se presentata.

Al tribunale non è comunque consentito di estendere d'ufficio la verifica del trattamento ad altri creditori o classi di creditori, in quanto, in mancanza di espresse eccezioni di dissenso o dissenso da parte dei creditori, l'accettazione manifestata con l'approvazione da parte di tutte le classi prevale e non consente di comparare il trattamento assegnato ai creditori o classi dei creditori assenzienti al livello di trattamento nella liquidazione giudiziale.

Peculiare e nuova è la portata dell'opposizione del creditore dissenziente, anche di un solo creditore purché dissenziente. Essa apre ad un controllo di convenienza che resta rigidamente circoscritto al generale principio di ammissibilità del concordato, il quale consiste nel principio secondo il quale il concordato deve realizzare il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, art. 84, co. 1.

L'accoglimento dell'opposizione del singolo creditore dissenziente impedisce l'omologa, con effetti per il debitore e per tutte le classi dei creditori che avevano approvato la proposta. Il rigetto dell'opposizione del singolo dissenziente dà luogo alla sentenza d'omologa del concordato, restando irrilevante il trattamento riservato ai creditori che non si erano opposti all'omologa.

Una volta conseguita l'omologazione del concordato le possibilità che questa venga revocata nei successivi gradi di giudizio risultano significativamente limitate.

Infatti, per effetto delle modificazioni introdotte con il recepimento della direttiva 1013/2019, alla disciplina che nel procedimento unitario regola la revoca della liquidazione giudiziale, dell'omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione, l'art. 53, è stato modificato con l'inserimento del comma 5 *bis*, che prevede una nuova ed opportuna disciplina sugli esiti del giudizio d'appello.

Viene infatti previsto che la Corte d'Appello nel caso in cui accolga il reclamo contro la sentenza d'omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, su richiesta delle parti, piuttosto che rimuovere la sentenza d'omologa del concordato, può confermarla sulla base di un accertamento di convenienza, che ha per oggetto la verifica della prevalenza dell'interesse generale dei creditori e dei lavoratori. L'interesse alla conferma e stabilità dell'omologazione del concordato prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno, se dimostrato.

Questa pragmatica ed opportuna soluzione consente di escludere il venir meno dell'utile risultato raggiunto con la procedura di concordato in continuità, consistente nella avvenuta regolazione della crisi o dell'insolvenza, che debitore e creditori hanno raggiunto. Viene infatti mantenuta la stabilità dell'omologa del concordato, che è seguita all'approvazione da parte di tutte le classi dei creditori.

Il legislatore del CCII, dando attuazione alla Direttiva *Insolvency*, in questo caso ha ripreso strumenti introdotti con la disciplina europea in materia di crisi e ristrutturazione bancaria.

Anche nel concordato in continuità l'interesse complessivo alla stabilità del risanamento dell'impresa, conseguito con l'omologa del concordato, prevale rispetto all'interesse all'opposizione all'omologa fatto valere dal creditore dissenziente. La rilevanza del difetto di convenienza è nettamente ridimensionata e circoscritta all'eventuale pregiudizio subito dal creditore dissidente reclamante.

Particolarmente appropriata ed efficiente risulta la misura di tutela del creditore dissenziente reclamante in appello, il cui interesse viene soddisfatto con il risarcimento del danno per il pregiudizio subito, senza alcuna incisione sulla tenuta dell'avvenuta omologa.

Questo consente, inoltre, di evitare che le sorti del concordato restino incerte sino al raggiungimento della sentenza definitiva nei vari gradi del giudizio. L'efficacia degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza si basa sulla rapidità dell'intervento mentre ogni ritardo ed incertezza compromettono, sino a vanificare la capacità e le prospettive di risanamento del concordato, con conseguenze ancora più dannose per i creditori, oltre che per il debitore e per il sistema nel suo complesso.

Va rilevato che, con la rinnovata disciplina del concordato in continuità aziendale, per la prima volta nel diritto concorsuale (potremmo dire nel diritto comune concorsuale e non solo nella disciplina della crisi bancaria), l'interesse dei creditori alla stabilità della sentenza di omologa del concordato in continuità, viene a prevalere rispetto all'interesse del creditore pregiudicato dal concordato omologato, assegnando ad esso una tutela individuale e alternativa.

L'art. 53, co. 5 *bis*, prevede infatti che la proposta di concordato pregiudizievole per il creditore, approvata da tutti i creditori con l'unanimità espressa da tutte le classi e conseguentemente omologata, mantenga pienamente la sua efficacia mentre al creditore che dimostri il pregiudizio subito, viene riconosciuta una tutela risarcitoria per equivalente e non una tutela in forma specifica.

La determinazione della misura della tutela del debitore pregiudicato attraverso la comparazione del trattamento che avrebbe avuto attraverso la liquidazione giudiziale e quello del concordato, trova le sue radici nel decreto legislativo 16 novembre 2015 n. 180 di attuazione della Direttiva 2014/59 sulla crisi e risoluzione della banca in dissesto.

Questa importante disciplina ha per la prima volta segnato il superamento del sistema della soddisfazione attraverso la liquidazione del patrimonio, attuando il concorso con la partecipazione dei creditori stessi all'assorbimento delle perdite, secondo il cosiddetto *burden sharing*. La procedura di risoluzione bancaria interviene sulle passività e ne determina la riduzione nella misura necessaria per assicurare la continuazione dell'attività bancaria. Le perdite vengono distribuite sugli azionisti e sui creditori della banca, i quali con la liquidazione concorsuale del patrimonio avrebbero in realtà subito un analogo o maggiore pregiudizio. Infatti, se la banca fosse stata liquidata essi avrebbero sopportato almeno la stessa perdita, in quanto le azioni sarebbero state integralmente svalutate e i crediti azzerati per incapienza dell'attivo, non sarebbero stati soddisfatti.

Il *burden sharing*, nella sostanza, anticipa gli effetti dell'incapienza dell'attivo sulla base di una valutazione prospettica di quelli che sarebbero stati gli esiti per i creditori e per gli azionisti di una liquidazione del patrimonio attraverso le classiche procedure concorsuali. Anticipa cioè al momento della apertura della procedura di risoluzione il concorso dei creditori sulle perdite, evitando che i creditori e l'intero sistema sopportino gli inevitabili pregiudizi connessi ad una procedura di liquidazione della banca.

La correttezza del procedimento di assorbimento delle passività e di distribuzione delle perdite sui creditori viene garantita dalla previsione del principio definito *no creditor worse off*, NCWO. La distribuzione della perdita avviene sulla base di stime previsionali compiute da un esperto

indipendente, art. 88, d.lgs. n. 180/2015. L'esperto deve procedere alla *valutazione della differenza di trattamento* che azionisti e creditori avrebbero ricevuto se l'ente fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa e quindi accertare l'eventuale differenza di trattamento che essi hanno ricevuto per effetto delle azioni di risoluzione.

Di qui il principio stabilito all'art. 89 dello stesso d.lgs. n. 180/2015, volto a mitigare *ex post* le conseguenze subite per effetto dell'azione di riduzione e riconosce loro, laddove avessero subito perdite maggiori di quelle che avrebbero sopportato in caso di liquidazione coatta amministrativa, il diritto di ricevere a titolo di indennizzo una somma equivalente alla differenza determinata sulla base della valutazione della differenza di trattamento.

La soluzione adottata nel CCII presenta sotto questo profilo, la stessa *ratio* della risoluzione bancaria. La determinazione del danno risarcibile o indennizzabile avviene sulla base di quello che avrebbe potuto essere il trattamento dei creditori con la liquidazione giudiziale o coatta amministrativa. La liquidazione del patrimonio viene considerata meno conveniente o addirittura pregiudizievole rispetto ai complessivi interessi dei creditori e del sistema. L'eventuale pregiudizio subito per effetto della procedura alternativa alla liquidazione (risoluzione della banca e, nel nostro caso, omologazione del concordato) non intacca la stabilità della procedura e, nello stesso tempo, il pregiudizio subito dal creditore viene agevolmente risolto attraverso una tutela per equivalente, di natura indennitaria nella risoluzione bancaria o risarcitoria nel concordato in continuità¹⁴.

In entrambi i casi ci troviamo di fronte ad un superamento del sistema e delle regole della responsabilità patrimoniale. I valori che si sarebbero

¹⁴ Nel d.lgs. N. 180 del 2015, tale diritto è correttamente definito con riferimento alla figura dell'*indennizzo* e non del risarcimento del danno, in quanto non ha la funzione di reintegrare un danno contrattuale o extracontrattuale, né di porre rimedio alla violazione di un diritto assoluto o relativo, né tantomeno di rimediare ad una fattispecie di indebito bensì ha la funzione di riconoscere una somma a titolo di rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati. Il principio cui fare riferimento è dunque quello della rettifica del contratto, di cui all'art. 1430 c.c. (cfr. B. INZITARI, *BRRD, Bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lgs. n. 180 del 2015), in *Dir fall.*, 2015, 656. Nel caso della risoluzione bancaria le obbligazioni che derivano da tale rettifica non vengono fatte ricadere sul cessionario dell'azienda bancaria o comunque sul patrimonio oggetto della cessione perché tali patrimoni sono estranei ai procedimenti realizzati dall'autorità di risoluzione. Nel nostro caso appare appropriato addossare al debitore concordatario tali obbligazioni, nominalmente definite risarcitorie dall'art. 53, co. 5 *bis*, ma in realtà anch'esse riconducibili ad un errore di calcolo della proposta e del piano del debitore concordatario, in relazione ai vantaggi o svantaggi comparativi tra la soluzione concordataria e liquidatoria, che comportano rettifica e quindi conseguenti aggiustamenti indennitari.

ottenuti attraverso la liquidazione del patrimonio, piuttosto che essere direttamente distribuiti ai creditori con la liquidazione ed il riparto concorsuale, costituiscono il termine di paragone per valutare ed eventualmente correggere la misura della soddisfazione attuata attraverso la risoluzione della banca o il concordato in continuità nel nostro caso.

7. – Come si è già accennato, all’apertura della procedura, la verifica del tribunale ha una diversa portata e contenuto a seconda che si tratti di concordato liquidatorio o di concordato in continuità¹⁵.

La verifica per il liquidatorio investe l’ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano mentre per il concordato in continuità riguarda la ritualità della proposta. La valutazione della proposta del concordato in continuità spetta ai creditori i quali, sulla base delle informazioni fornite dal debitore, verificate e valutate dal commissario, decidono sulla proposta con il voto espresso dalle classi di appartenenza.

Lo stesso principio vale per il piano, che accompagna la proposta. Non è previsto un controllo di fattibilità. Spetta ai creditori nel maturare delle loro scelte, collegare la valutazione tecnica del piano con l’interesse alla continuazione dell’attività dell’impresa rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale.

Viene comunque previsto il potere del tribunale di dichiarare l’inammissibilità del piano se è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali, art. 47, co. 1, lett. b).

Anche questa è una previsione in negativo, con la funzione di norma di chiusura. Il tribunale non accerta l’idoneità del piano rispetto agli obiettivi di risanamento tipici dello strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza. Piuttosto compie una verifica in negativo e cioè che il piano, per come è formulato, non sia tale da comportare un risultato opposto al risanamento, perché antitetico alla finalità di regolazione della crisi e di tutela del patrimonio e dei valori aziendali per inattitudine del piano stesso o perché neanche suscettibile di essere definito tale.

Con le modifiche apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, nel concordato con continuità aziendale, la destinazione delle risorse ai creditori è stata collegata alla circostanza che queste siano provenienti dal patrimonio dell’impresa o siano il risultato della continuazione dell’attività dell’impresa stessa.

Dal patrimonio deriva il valore di liquidazione, inteso secondo la definizione di cui all’art. 87 co. 1, lett. c), quale valore di liquidazione del patrimonio alla data della domanda di concordato. Esso è destinato ad

¹⁵ S. LEUZZI, *L’omologazione del concordato preventivo in continuità*, in *Diritto della crisi*, 2023.

essere distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione, art. 85, co. 6,

Dalla continuità deriva il valore eccedente quello di liquidazione, che comprende tutti i ricavi derivanti dall'esercizio in continuità dell'impresa e gli apporti in qualsiasi forma erogati dai soci o dai terzi, quali conferimenti, versamenti a fondo perduto, in conformità con quanto previsto anche dall'art. 120 *quater*, co. 2, sulle condizioni di omologazione del concordato con attribuzioni dei soci. Tale valore di continuità, secondo quanto previsto dall'art. 84, co. 6, può essere distribuito ai creditori in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. ma a condizione che i creditori inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore¹⁶.

La suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei aveva già consentito di operare trattamenti differenziati tra creditori chirografari appartenenti a classi diverse art. 160, co. 1, lett. c) e d), l. fall. Con l'attuazione della Direttiva *Insolvency*, le possibilità di differenziare la distribuzione delle risorse tra i creditori si sono ampliate e collegate alla provenienza delle risorse stesse, se dal patrimonio o dalla continuità.

Il vincolo del rispetto delle cause legittime di prelazione nella distribuzione del valore di liquidazione, contrapposto alla maggiore libertà di distribuzione del valore eccedente, è espressione della prevalenza delle ragioni della proprietà, rispetto a quelle dell'impresa.

Nella liquidazione, infatti, il diritto di credito si realizza attraverso l'apprensione da parte del creditore, del patrimonio del debitore. Questo avviene mediante l'esercizio dell'azione esecutiva singolare o collettiva fallimentare, le quali sono governate dagli artt. 2740 e 2741, come principi di razionalità dell'esecuzione stessa.

La natura imprenditoriale della prosecuzione dell'attività nel concordato in continuità restituisce al debitore la facoltà di operare la destinazione delle risorse per i pagamenti ai creditori secondo scelte di convenienza imprenditoriale. Queste seguono criteri che non necessariamente coincidono con il rigido rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione, art. 84, co. 6, APR, e piuttosto possono seguire una diversa strategia che consente all'imprenditore di scandire i tempi e la misura dei pagamenti secondo le esigenze di maggiore funzionalità ed utilità dei creditori (fornitori strategici, ecc.), e quindi realizzare nella

¹⁶ G.P. MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, in *Diritto della crisi*, 2022; G. BALLERINI, *Art. 160, 2 comma l. fall. (art. 85 c.c.i.i.), surplus concordatario e soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *NLCC*, 2021, 71.

regolazione della crisi un diretto governo del concorso tra i creditori secondo le regole della *Relative Priority Rule*, art. 84, co. 6, che appunto consente di intervenire sulla graduazione sulla misura e sui tempi di soddisfazione.

Le risorse che il debitore nel concordato con continuità aziendale può destinare ai creditori, secondo la nuova disciplina dell'art. 84 co. 6, vengono principalmente distinte tra il valore di liquidazione, che deve essere distribuito tra i creditori nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione (APR) e valore eccedente quello di liquidazione.

Quest'ultimo può essere distribuito anche in deroga alla graduazione delle cause legittime di prelazione, purché i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore (RPR).

La facoltà di derogare alle cause di prelazione trova un ulteriore riconoscimento nell'ambito della disciplina della suddivisione dei creditori in classi. L'art. 85, co. 4, nell'affermare il principio secondo cui il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, ne prevede, nello stesso tempo, la deroga in relazione alle previsioni dell'art. 84, commi 5, 6 e 7, relativi alla degradazione in chirografo del credito prelatizio incapiente ed alla distribuzione del valore eccedente quello di liquidazione tra le diverse classi.

Questa disciplina deve essere necessariamente coordinata con quanto previsto in relazione all'omologa del concordato in continuità.

Secondo l'art. 112 co. 1, lett. f), in caso di concordato in continuità aziendale, una volta che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, il tribunale omologa il concordato e verifica che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino gli interessi dei creditori.

Se il concordato è stato approvato all'unanimità da tutte le classi, il tribunale omologa il concordato in continuità aziendale ed anche in questo caso l'intervento del tribunale si limita ad una verifica in negativo. Si tratta di un controllo del tutto coerente nel contenuto e nel metodo con quello che spetta al tribunale al momento dell'apertura della procedura, che è limitato alla verifica se il piano è manifestamente inadatto alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali, art. 47, co. 1, lett. b).

Nel concordato in continuità, il livello di soddisfazione, le modalità attraverso le quali essa realizza, il trattamento tra le diverse classi dei creditori sono assorbite dall'accettazione di tutti i creditori alla proposta ed al piano, espressa con l'approvazione del concordato da parte di tutte le classi.

In questo caso, come si è detto, il tribunale omologa il concordato limitandosi a verificare la completezza della fattispecie in relazione alla regolarità della procedura, all'esito della votazione, alla corretta formazione delle classi, alla parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe e alla contraddittorietà del piano rispetto alla finalità di impedire o superare l'insolvenza, la quale costituisce il presupposto di ogni strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il livello di soddisfazione dei creditori, le modalità di distribuzione del valore tra le classi dei creditori sono elementi della proposta e del piano che, per effetto della avvenuta approvazione da parte di tutte le classi dei creditori, hanno già ricevuto una definizione, che non può essere rimossa in sede d'omologa dal tribunale.

La previsione di cui all'ultima parte dell'art 120, co. 2, lett. f), consente inoltre al tribunale di omologare il concordato anche nell'ipotesi in cui sia emersa la necessità di sorreggere l'attuazione del piano con ulteriori finanziamenti, in relazione ai quali al tribunale è richiesto solo di verificare che gli oneri conseguenti non siano tali da pregiudicare gli interessi dei creditori.

8. – La mancata approvazione da parte di una o più classi non preclude al debitore la possibilità di ottenere l'omologazione del concordato. Il debitore può richiedere l'omologa anche se le classi dei creditori hanno espresso in parte voto contrario sulla proposta. L'art. 120, co. 2, prevede infatti che il debitore possa richiedere al tribunale l'omologa della proposta *se una o più classi sono dissenzienti* ma non stabilisce un limite minimo di approvazione da parte delle classi dei creditori, né richiede che la proposta sia stata approvata dalla maggioranza. Va osservato che quando l'avvenuta approvazione da parte della maggioranza viene richiesta, lo stesso art. 112, co. 2, lett. d), prima parte, lo prevede espressamente.

Questi elementi testuali fanno ritenere che il debitore possa richiedere ed ottenere l'omologa del concordato anche contro la volontà contraria espressa non solo da una o più ma anche da parte della maggioranza delle classi dei creditori.

Al tribunale viene assegnato il compito di valutare l'avvenuto rispetto delle condizioni di cui all'art. 120 c.2. All'esito di tale verifica il Tribunale omologa il concordato, qualora ritenga che la proposta di concordato, pur non approvata da tutte le classi dei creditori, rispetti, nel contenuto e nelle modalità di trattamento dei creditori, i requisiti specificamente richiesti dall'art. 112, co. 2, tanto in relazione al contenuto *lett. a), b), c)*, quanto in relazione alla circostanza che all'approvazione a maggioranza abbia concorso una classe formata da titolari di diritti di prelazione o che almeno una classe particolarmente svantaggiata, perché ad essa la proposta

assegnava un trattamento comparativamente meno favorevole rispetto a quello cui avrebbe avuto diritto, abbia, ciò nonostante, approvato la proposta, *lett. d*).

L'art. 88, nel regolare la transazione fiscale nel concordato, esordisce con l'espressione *fermo restando quanto previsto per il concordato in continuità aziendale dall'art. 112, comma 2*, al fine di escludere la possibilità che il trattamento riservato al fisco con la transazione fiscale possa derogare ai principi dell'art. 112, secondo comma: questo in relazione alla destinazione del valore eccedente quello di liquidazione, rispetto al quale anche il fisco non può subire un trattamento peggiore rispetto a quello riservato agli altri creditori, secondo le richiamate regole dell'art. 112, secondo comma.

Una volta accertata da parte del commissario la mancata approvazione da parte di una o più classi, il debitore può comunque presentare istanza di omologa. In tal modo il giudice delegato, cui spetta riferire al tribunale l'esito delle votazioni per i conseguenti provvedimenti, potrà fissare udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale e provvedere ai sensi dell'art. 48, per aprire il giudizio di omologa, come nel caso in cui il concordato sia stato approvato dai creditori o da tutte le classi dei creditori.

Il secondo comma dell'art. 112 prevede, infatti, che se una o più classi sono dissenzienti, il Tribunale su richiesta del debitore, omologa se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni:

a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;

b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84, co. 7;

c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;

d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Con la richiesta del debitore di omologa della proposta e del piano non approvato dalle classi dei creditori, spetta al tribunale di effettuare significativi controlli che altrimenti sarebbero preclusi quando la proposta ed il piano risultino accettati da parte dei creditori per effetto del voto favorevole di tutte le classi.

In realtà per i motivi esposti precedentemente, la mancata approvazione da parte di una o più classi apre anche alla ulteriore verifica del trattamento riservato ai soci secondo il procedimento previsto all'art. 120 *quater*, attraverso la comparazione del trattamento dei soci rispetto alla classe dei creditori dissenzienti, se alle classi di rango inferiore a quella dissenziente venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci. Come si è già detto, si tratta di un controllo eventuale, nel caso in cui la proposta di concordato non sia stata approvata dalla totalità delle classi dei creditori

La prima condizione, prevista dall'art. 112, co. 2, che il valore di liquidazione sia distribuito nel rispetto delle cause legittime di prelazione e la terza condizione, che nessun creditore riceva più dell'importo del proprio credito, riguardano il contenuto della proposta, in relazione alle modalità di distribuzione del valore di liquidazione ed in relazione ai limiti del potere di distribuzione delle risorse ai creditori, anche oltre l'ammontare del credito, ai creditori.

Tali condizioni, con il consenso di tutti i creditori, vale a dire con l'approvazione di tutte le classi, sono derogabili dal debitore. Ma in mancanza di tale consenso dei creditori, il tribunale non può procedere all'omologa richiesta dal debitore, se non previa verifica che il concordato rispetti le predette condizioni e cioè preveda la distribuzione del valore di liquidazione secondo la graduazione delle cause legittime di prelazione e che nessuna risorsa venga attribuita ai creditori in misura maggiore dell'ammontare del loro credito.

Gli spazi di autonomia del debitore e dei creditori nella distribuzione del valore di liquidazione sono quindi confinati all'ipotesi della approvazione totalitaria da parte di tutte le classi della proposta. Altrimenti, come vedremo, a differenza che per il valore eccedente quello di liquidazione, la verifica del tribunale per l'omologazione richiesta dal debitore non ammette deroghe alla regola della distribuzione del valore di liquidazione secondo la graduazione delle cause legittime di prelazione.

9. – Diverso è il discorso per la seconda condizione (art. 112, co. 2, *lett. b)*), che prende in considerazione la distribuzione del valore eccedente quello di liquidazione, in relazione al quale il tribunale è chiamato a verificare se, nella distribuzione di tale valore, le classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

La verifica del trattamento è limitata alle classi che, manifestando il dissenso, hanno mostrato di non accettare il trattamento loro riservato. La verifica non si estende alle classi assenzienti, le quali potrebbero aver subito

il medesimo o analogo trattamento deteriore, ma quali assenzienti, hanno accettato tale trattamento deteriore, approvando il concordato.

È dunque questa una condizione che assume rilievo nel caso in cui le classi che non hanno approvato il concordato (classi dissenzienti), abbiano subito un trattamento comparativamente meno favorevole rispetto ad altre classi. Questa condizione non rileva o meglio non è applicabile, se la classe o le classi che hanno manifestato il dissenso non risultano aver subito un trattamento comparativamente meno favorevole ma abbiano ritenuto di manifestare il dissenso per motivi diversi, in quanto ad esempio non hanno apprezzato positivamente la proposta nel suo complesso di concordato.

A differenza di quella ora esaminata, che assicura alle classi dissenzienti il rispetto delle relative *priority rule*, la quarta condizione (art. 112, comma 2, lett. d)), individua il presupposto dell'omologazione nell'approvazione a maggioranza delle classi oppure nell'approvazione da almeno una classe di creditori particolarmente interessati, in quanto destinatari di un trattamento meno favorevole di quello loro spettante secondo la graduazione delle cause legittime di prelazione.

La prima condizione prevista nella lett. d) del secondo comma dell'art. 112, richiede che il concordato sia stato approvato, si potrebbe dire, da una maggioranza rafforzata o qualificata per la presenza tra le classi assenzienti di una classe formata da creditori titolari di diritto di prelazione, interessati e quindi votanti nel concordato, in quanto da soddisfare oltre i 180 giorni previsti dall'art. 109, co. 5.

La seconda condizione prevista nella lett. d), richiede che, in mancanza dell'approvazione neanche a maggioranza della proposta di concordato, questa sia stata approvata almeno da una classe di creditori, i quali, se fosse stata osservata la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione, sarebbero stati almeno parzialmente soddisfatti.

L'approvazione anche da parte di una sola classe di una proposta e di un piano, che in relazione alla distribuzione del valore eccedente quello di liquidazione, abbia accettato un trattamento deteriore rispetto a quello ad essi spettante secondo la graduazione delle cause legittime di prelazione, assorbe e prevale sulla circostanza che complessivamente le classi dei creditori non abbiano in alcun modo, neanche a maggioranza, approvato la proposta.

Il presupposto dell'omologazione della proposta, con l'introduzione di questa del tutto innovativa condizione non risiede neanche in parte sulla volontà dei creditori. Non viene infatti richiesta un'adesione di questi alla proposta né totalitaria, né maggioritaria.

È piuttosto sufficiente per l'omologa del concordato, che anche una sola classe e quindi anche una minoranza di creditori formata in una classe, abbia

accettato, mediante approvazione della proposta, un livello di soddisfazione sul valore eccedente quello di liquidazione, inferiore rispetto a quello cui avrebbe avuto diritto secondo le regole della graduazione.

La circostanza che una classe nonostante il trattamento deteriore ad essa riservato, abbia approvato la proposta, sempre che sussistano le altre già esaminate condizioni di cui alle lett. *a)*, *b)*, *c)*, dà luogo alla omologazione del concordato da parte del tribunale, pur non avendo né la totalità delle classi, né la maggioranza, approvato la proposta.

Oltre che sull'avvenuto rispetto delle condizioni di contenuto di cui alla lett. *a)*, *b)*, *c)*, l'omologazione del concordato si fonda in questi casi sulla circostanza, che, per i vantaggi che la continuità offre ai creditori e per il pregiudizio che evita allontanando la liquidazione giudiziale, la soluzione concordataria è preferita, nonostante preveda condizioni di trattamento deteriori rispetto a quelle cui i creditori avrebbero diritto.

La complessiva disciplina dell'omologazione del concordato con continuità aziendale pone in luce spazi di autonomia del debitore nel costruire il contenuto della proposta e del piano, a seconda che il concordato abbia ottenuto l'approvazione di tutte le classi o tale approvazione sia mancata.

È in quest'ultimo caso che, su istanza del debitore il tribunale procede alla verifica dell'avvenuto rispetto delle condizioni sopra illustrate, mentre una tale verifica non è prevista nel caso di avvenuta approvazione da parte di tutte le classi, in quanto il tribunale, dopo aver accertato che tutte le classi abbiano votato favorevolmente e che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza, e che eventuali finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino gli interessi dei creditori, omologa il concordato in continuità aziendale.

Ne deriva quindi che il debitore potrebbe sottoporre ai creditori una proposta ed un piano concordatario, i cui contenuti potrebbero non rispettare le condizioni, di cui al secondo comma dell'art. 112.

La proposta potrebbe discostarsi nella distribuzione del valore di liquidazione e del valore eccedente quello di liquidazione dai criteri di cui all'art. 84, co. 6, e prevedere (anche se si tratta di una ipotesi piuttosto remota), una distribuzione superiore al valore del credito.

Questa conclusione è suggerita dalla circostanza che, secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 112, il Tribunale omologa il concordato con continuità aziendale, verificato che tutte le classi abbiano votato il concordato favorevolmente, senza che sia prevista una verifica da parte del tribunale del rispetto delle regole della graduazione nella distribuzione del valore di liquidazione o del valore eccedente quello di liquidazione.

La verifica del tribunale ha luogo nel caso di mancata approvazione del concordato da parte dei creditori ed è richiesta dal debitore al fine di

ottenere dal tribunale l'omologa della proposta cui i creditori hanno negato l'approvazione. La verifica del tribunale, quindi, non può che avere ad oggetto quelle condizioni che avrebbero potuto essere derogate con l'approvazione totalitaria di tutte le classi ma che, in mancanza di approvazione totalitaria, spetta al tribunale esigerne il rispetto. Le norme di cui agli artt. 84, co. 6 e 85, co. 2, debbono infatti essere intese come dispositive e non imperative, in quanto derogabili dall' volontà collettiva dei creditori che aderisce ed approva la proposta, espressa attraverso le modalità concorsuali di approvazione dai tutte le classi.

Nello stesso tempo va rilevato che gli spazi per il debitore di costruire una proposta di concordato, che si discosti dalle regole dei principi della corretta graduazione delle cause legittime di prelazione, per quanto concerne il valore di liquidazione e il valore eccedente quello di liquidazione appaiono contenuti. Il debitore correrebbe il rischio della mancata approvazione di una o più classi e la proposta di concordato non potrebbe sostenere la verifica del tribunale di cui al secondo comma dell'art. 112. Inoltre, lo stesso debitore, consapevole che la mancata osservanza dei principi sulla graduazione impedirebbe comunque l'omologa del concordato, non avrebbe interesse a richiedere l'omologa al tribunale.

10. – La disciplina, così ampiamente rinnovata del Codice della crisi, che ha aperto così significativi varchi sulla possibilità di incidere sulle cause legittime di prelazione e sulla graduazione dei crediti, incontra in ogni caso un limite nel trattamento dei crediti di lavoro.

Nel Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, l'art. 64 *bis* riconosce la più ampia possibilità al debitore di prevedere nel piano di ristrutturazione la soddisfazione dei creditori, distribuendo il valore generato dal piano secondo criteri che derogano alle regole della *par condicio creditorum* e quindi in deroga agli artt. 2740, 2741 c.c., ed alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, purché la proposta sia approvata dalla unanimità delle classi. In ogni caso lo stesso art. 64 *bis* prevede anche che i crediti assistiti da privilegio di cui agli artt. 2751 *bis*, n. 1, c.c., siano soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione.

Allo stesso modo, l'art. 84, comma 7, prevede che *“i crediti assistiti di cui all'articolo 2751 bis, n. 1, del Codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul lavoro di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione. La proposta e il piano assicurano altresì il rispetto quanto previsto dall'art. 2116, n. 1, del Codice civile”*.

La tutela del credito di lavoro risulta poi particolarmente rafforzata al punto di resistere anche al principio della *relative priority rule* declinato al

secondo comma dell'art. 112, secondo il quale *il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado è più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore*, possa essere applicato anche ai crediti di lavoro, per i quali l'applicazione di tale principio viene esclusa attraverso un espresso rinvio all'appena citato, art. 84, comma 7.

L'art. 86, *moratoria nel concordato in continuità*, stabilisce che il piano può prevedere una moratoria per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, ma limita significativamente tale possibilità per i creditori assistiti dal privilegio previsto dall'art. 2751 *bis*, n. 1, e stabilisce che per tali crediti il limite massimo della moratoria non può superare i sei mesi.

Nel concordato con continuità aziendale, l'art. 109 la possibilità di ritardare di centoottanta giorni il pagamento dei creditori prelatizi, ma per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751, *bis*, n. 1, limita a trenta giorni tale possibilità.

Analoghe disposizioni escludono dall'applicazione delle misure protettive ai crediti di lavoro sia nella Composizione negoziata, art. 18, comma 3, che nella generale disciplina delle misure protettive di cui all'art. 54, comma 7.

Per la prima volta vengono poi posti a carico del datore di lavoro specifici obblighi di informazione e consultazione. Questi sono previsti dall'art. 4, in relazione sia al percorso di composizione negoziata, sia alle trattative ed ai procedimenti di accesso agli strumenti di regolazione negoziata della crisi e dell'insolvenza. Tali obblighi rubricati come *doveri delle parti* sono specificamente regolati dal comma 3 dell'art. 4 ed accompagnano, nella sostanza, qualsiasi iniziativa del datore di lavoro nella regolazione della crisi, consentendo alle rappresentanze sindacali e dei lavoratori di acquisire consapevolezza del manifestarsi, delle evoluzioni e dei possibili sbocchi della crisi, aprendo anche possibili percorsi di condivisione delle soluzioni e comunque consentendo ai lavoratori di operare scelte più informate ed ordinate, particolarmente sulle prospettive occupazionali.

La prosecuzione dell'attività d'impresa volta a realizzare, attraverso la continuità, quell'ulteriore valore suscettibile di consentire la regolazione della crisi, deve essere attuata con modalità tali da garantire il corretto esercizio delle prestazioni di lavoro ed in genere dell'attività dei dipendenti. L'art 87, comma 1, lett. *f*), prevede infatti che il piano del concordato in continuità, ove sia prevista la prosecuzione dell'attività di impresa in forma diretta, indichi l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del

fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, *tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente.*

Nella disciplina della liquidazione giudiziale, relativa agli *Effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti*, che investe tutti i contratti in corso, entra a pieno titolo e con un'ampia disciplina la regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, nel nuovo testo del codice disciplinati agli artt. 189, 190, 191, alla cui trattazione nel presente volume si rinvia.

Abstract

COMPOSITION AGREEMENT IN CONTINUITY AND APPROVAL ON THE APPROVAL BY ONLY ONE CLASS OF CREDITORS WHO WOULD BE PARTIALLY SATISFIED

La crisi della *par condicio creditorum*, accentuata dall'incremento di nuovi privilegi a danno dei creditori chirografari, accompagna l'applicazione delle nuove regole di distribuzione del valore nel concordato in continuità del CCII. Il concordato in continuità è omologato se approvato da tutte le classi, ma in mancanza anche se approvato da una sola classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause di prelazione.

The crisis of the par condicio creditorum accentuated by the increase of new privileges to the detriment of unsecured creditors accompanies the application of the new value distribution rules in the CCII concordat in continuity. The composition agreement in continuity is approved if approved by all classes, but failing that even if approved by only one class of creditors who would be at least partially satisfied by respecting the legal rules of graduation.

SOVRAINDEBITAMENTO, LUDOPATIA E AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO (*)

MARIA NOVELLA BUGETTI

*Professore associato
nell'Università di Ferrara*

SABRINA MASTURZI

*Professore associato
nell'Università di Ferrara*

SOMMARIO: 1. Il giudizio di meritevolezza del consumatore sovraindebitato. – 2. Il problema della meritevolezza del debitore sovraindebitato, specie con riguardo al caso del ludopatico. – 3. Sovraindebitamento e altri rimedi. – 4. *Fresh restart* effettivo, e ruolo dell'amministratore di sostegno. – 5. Il ruolo dell'amministratore di sostegno nella procedura da sovraindebitamento

1. – Come è noto, la disciplina del sovraindebitamento prevede un autonomo procedimento concorsuale riservato al consumatore, consistente in un piano diretto alla ristrutturazione dei debiti e alla soddisfazione dei crediti, per la cui omologazione è sufficiente la positiva deliberazione del Tribunale e non anche il consenso dei creditori. Il piano si connota, pertanto, per i penetranti controlli rimessi all'autorità giudiziaria, anche, perverso, nella fase di ammissione alla procedura che, sebbene poco coerenti con quanto disposto con riferimento alle altre procedure concorsuali, caratterizzate infatti da un tendenziale ampliamento degli ambiti riservati all'iniziativa privata e da un conseguente arretramento dell'attività dell'organo giurisdizionale, si giustificano proprio in ragione dell'omesso coinvolgimento dei creditori nel giudizio di opportunità e convenienza della proposta e del piano elaborati dal debitore¹.

Tale sistema esprime il *favor* per il consumatore che, in ragione della intrinseca fragilità contrattuale rispetto al ceto creditorio e delle "minori

(*) Il par. 1 è a cura di Sabrina Masturzi; i parr. 2, 3, 4 e 5 sono a cura di Maria Novella Bugetti.

¹ Le osservazioni al piano e alla proposta formulati dal debitore e ritenuti ammissibili dal Tribunale sostituiscono, infatti, il voto che nel concordato minore i creditori possono invece esprimere: i creditori dissenzienti hanno, pertanto, come unico mezzo di contestazione del piano, la presentazione di osservazioni "che si atteggiano a vere e proprie opposizioni all'omologazione": così A. NIGRO – D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Torino, 2021, 628.

responsabilità sociali”², è ritenuto meritevole di una più incisiva tutela; conseguentemente, il giudice è investito di compiti e funzioni particolarmente onerosi giacché, oltre a dover esprimere (in sede di omologa) una valutazione di fattibilità economica del piano, deve altresì verificare l’ammissibilità della domanda. Alla luce delle modifiche intervenute all’impianto della l. 3/2012, la l. 18 dicembre 2020, n. 176³, poi trasfusa nel vigente Codice della crisi e dell’insolvenza (art. 69), semplifica tuttavia le condizioni di accesso alla procedura, circoscrivendo le ipotesi di responsabilità del debitore, tra le altre⁴, alle situazioni nelle quali il consumatore abbia determinato il sovraindebitamento *con colpa grave, mala fede o frode*⁵. L’ammissibilità della proposta e del piano, nella misura in cui consente al debitore di “derogare” alla regola dell’esatto adempimento e, sul piano sostanziale, di regolare in maniera differenziata il rapporto obbligatorio, rimane pertanto subordinata alla valutazione della condotta del debitore che, oltre a costituire il contrappeso alla non negoziabilità del piano, risponde ai principii generali di collaborazione e correttezza che presiedono la gestione dei rapporti obbligatori e tutelano gli interessi del

² L’espressione risale a P.G. JAEGER, *Crisi dell’impresa e poteri del Giudice*, in *Giur. comm.*, 1979, 876, richiamata da F. FIMMANÒ, *Meritevolezza del debitore e ruolo del giudice nel diritto della crisi*, in *Giust. civ.*, 2021, 407 ss.

³ Recante la conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, contenente ulteriori misure urgenti in materia di tutela alla salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, commesse all’emergenza epidemiologica da Covid-19.

⁴ Rilevano, a tal fine, che il debitore: non sia assoggettabile a procedure concorsuali diverse; non abbia fatto ricorso, nei cinque anni precedenti, ad una delle procedure disciplinate dalla l. 3/2012; non abbia subito, per cause a lui imputabili, provvedimenti di revoca, impugnazione o risoluzione dell’accordo; non abbia beneficiato dell’esdebitazione per più di due volte.

⁵ È opinione oramai acquisita che la frode debba connotarsi per l’*animus nocendi*, perché possa impedire l’accesso alle procedure del sovraindebitamento (cfr. Trib. Benevento 23 aprile 2019, in *Il caso.it*, 2019, n. 21735), senza dubbio desumibile anche dalla collocazione temporale dell’atto, effettuato in un momento che già vedeva il disponente in serie difficoltà finanziarie. Più in particolare, essa deve essere idonea ad ingannare circa i presupposti conoscitivi del voto (consenso informato), oltre che essere rilevante sul piano del danno ai creditori, cioè della concreta incidenza sul patrimonio del debitore, che deve essere tale da diminuire in modo apprezzabile le possibilità di soddisfo dei creditori (arg. ex Cass. 21 giugno 2019 n. 16808). E’ esclusa, pertanto, la rilevanza dell’atto di frode quando esso sia stato dichiarato nel ricorso dal debitore con tutti i suoi estremi, consentendo, dunque, da un lato, l’apprezzamento dell’atto ai fini del voto (che potrà essere perciò negativo) e, dall’altro, la possibilità di agire in revocatoria da parte di ciascun singolo creditore, che potrà, dunque, votare positivamente l’accordo e riservarsi tuttavia di agire successivamente in revocatoria: così anche G. LIMITONE, *Meritevolezza e atti di frode nelle procedure di sovraindebitamento confluite nel Codice della crisi*, in *Il caso.it*, 1 settembre 2022.

ceto creditorio⁶.

Ciò detto, occorre tuttavia chiarire, anche sulla scorta della giurisprudenza più recente, il significato delle condizioni soggettive ostative l'accesso alla procedura riservata al consumatore, non potendo, a tali fini, omettersi di considerare che, prima della riforma la condotta preclusiva l'accesso alla procedura si sostanziava nell'aver "assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero [aver] (...) colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali"; mentre la volontà del legislatore della riforma (emersa nella legge n. 176/2020 e poi, come anticipato, recepita nelle corrispondenti norme del Codice della crisi) muove dalla volontà di eliminare i due parametri che avevano limitato eccessivamente l'accesso alle procedure *de quibus*, vale a dire la consapevolezza di contrarre un debito di difficile estinzione e la sproporzione tra il patrimonio ed il debito, che al contrario più spesso integra il mero requisito oggettivo di accesso alla procedura⁷. Dall'assenza di colpa (*rectius*, presenza della meritevolezza⁸), il cui onere probatorio, anche a giudizio della giurisprudenza di legittimità⁹, gravava sull'istante, si è infatti passati alla condizione soggettiva dell'assenza di colpa grave, frode e malafede, che senza dubbio riduce i confini della responsabilità del debitore idonei a impedire l'accesso alla procedura.

La normativa vigente, senza dunque abbandonare il requisito della

⁶ Sul tema cfr., da ultimo, M.M. LAZZARA, *Esdebitazione e meritevolezza: lineamenti di una ricerca per definire la condotta che "libera" dai debiti*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 707 ss.

⁷ Condivido l'analisi di G. LIMITONE, *La suggestione (e la trappola) della meritevolezza soggettiva nel sovraindebitamento e la legge n. 176/2020: la colpa per il debito e la responsabilità del sovraindebitamento*, in *Il caso.it*, 22 maggio 2021, per cui fino all'entrata in vigore della legge n. 176/2020, la consapevolezza del sovraindebitamento ha sostanzialmente impedito al consumatore di buona fede di accedere alle procedure di sovraindebitamento, perché intrappolato in un parametro soggettivo ineludibile, cioè la consapevolezza dell'agire, tanto che, per poter considerare meritevole il sovraindebitato, occorreva che, nel momento dell'indebitamento, egli non ne fosse consapevole, con l'effetto di restringere l'area di applicazione della legge: 1) agli incapaci d'intendere e di volere; 2) ai minorenni; 3) alle persone già indebitate che erano diventate sovraindebitate a causa di un evento futuro e imprevedibile.

⁸ L'espressione, invero, risale alla legge fallimentare, quando identificava il presupposto per l'accesso al concordato preventivo (art. 181, comma 1, l.f.). Successivamente è stata inserita nel Codice della crisi con esclusivo riferimento, tuttavia, all'istituto dell'esdebitazione del debitore incapiente (art. 283 CCII), mentre è assente nella norma (art. 69) che indica le condizioni soggettive per l'accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore.

⁹ Cfr. Cass., 22 settembre 2022, n. 27843, in *Il fallimentarista*, 27 dicembre 2022, con nota adesiva di G. BENVENUTO, *Meritevolezza e colpa grave del consumatore nel sovraindebitamento*.

meritevolezza¹⁰, piuttosto inverte l'onere probatorio circa l'esistenza della condizione legale e riconosce rilievo esclusivo alla condotta colposa del consumatore, connotandola di particolare gravità. Il che esprime, unitamente al nuovo contesto normativo che regola la procedura, un rinnovato *favor* per il consumatore di cui può, peraltro, trarsi chiara evidenza anche dalle norme che: 1. gli riconoscono determinati diritti/vantaggi a seguito dell'omologazione della procedura (la conservazione dell'abitazione principale di cui paghi il mutuo; la falcidia e la ristrutturazione anche dei debiti derivanti da contratti di finanziamento garantiti dalla cessione del quinto dello stipendio, dal trattamento di fine rapporto o dalla pensione); 2. semplificano i documenti da allegare alla domanda (non essendo più richiesto produrre l'elenco degli atti dispositivi compiuti nel quinquennio precedente, bensì solo quello degli atti di straordinaria amministrazione); 3. modificano la "causa concreta" della procedura che, infatti, non mira più a "porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento" (art. 6 L. 3/2012), quanto piuttosto a consentire al consumatore di "*superare la crisi*" mediante "*il soddisfacimento dei crediti in qualsiasi forma*".

Quanto al giudizio di meritevolezza, che nonostante la riforma taluni¹¹ ha ritenuto, non comportasse significativi risvolti applicativi rispetto alla disciplina previgente, si è anticipato che occorre considerare non più le condizioni economico-finanziarie e patrimoniali del debitore e la sua capacità di ottenere credito, al momento della contrazione dei debiti, e fare della sproporzione del debito (*rectius*, del sovraindebitamento) un sintomo della gravità della colpa¹²; quanto, piuttosto, indagare le cause del sovraindebitamento, verificando se il debitore abbia agito con intenzione di danneggiare i creditori, se sia stato in malafede, se abbia compiuto operazioni eccessivamente rischiose, se abbia occultato beni. È, pervero, solo in tali casi che può, infatti, apprezzarsi lo stato soggettivo richiesto dalla

¹⁰ In dottrina, cfr., tra gli altri, G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, 400; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 3, Torino, 2022, 523.

¹¹ A. GHEDINI – M.L. RUSSOTTO, *La meritevolezza del debitore: ieri, oggi e domani*, in *Il caso.it*. In giurisprudenza, tra gli altri, Trib. Catania 5 marzo 2021, in *De Jure*.

¹² E cfr., infatti, G. LIMITONE, *La suggestione (e la trappola) della meritevolezza soggettiva*, cit., p. 9, per il quale "se il debitore non ha causato il sovraindebitamento con una particolarmente prava connotazione dell'animo, ma ha solo subito il tasso usurario, o ha dovuto far fronte ai crescenti bisogni familiari o a quale altra necessità della vita, allora non può certo dirsi che versasse in colpa grave sol per aver contratto un debito sproporzionato o, più precisamente, la contrazione di un debito assai sproporzionato può essere solo il sintomo di una condotta prava, non certo la prova esclusiva e autoreferenziale di essa, perciò, qualora si ritenesse grave la sproporzione, si dovrà anche indagare sulle ragioni che hanno condotto a quella sproporzione e non certo limitarsi a constatarla numericamente".

norma, coerentemente peraltro al nuovo assetto di interessi che il legislatore ha inteso considerare, volto a favorire l'accesso alle procedure di sovraindebitamento¹³, per ciò stesso improntato anche ad una adeguata valorizzazione degli interessi e delle condizioni esistenziali, comprese quelle psico-fisiche dell'individuo. Di tal che, dunque, rilevano: a) i motivi dell'indebitamento, se cioè riconducibili alla necessità di soddisfare bisogni propri e dei propri familiari (acquisto della casa di abitazione, studi scolastici e/o universitari, spese mediche¹⁴), ovvero solo per mantenere un tenore di vita agiato; e, b), le cause del sovraindebitamento, se cioè sopravvenute e indipendenti dalla volontà del debitore, ovvero prevedibili. Rimane, invece, estranea alla valutazione della condotta del debitore e, per essa, della sua eventuale responsabilità, la scelta di quanti gli abbiano concesso credito, determinandone o aggravandone la situazione di indebitamento senza valutarne adeguatamente il merito creditizio e inducendolo a creare o rafforzare il convincimento della capacità di onorare il debito assunto¹⁵. Avallando la considerazione che non possa condizionare il giudizio di negligenza del debitore sovraindebitato e ritenendo, piuttosto, che l'eventuale violazione dell'obbligo di valutare correttamente il merito creditizio possa incidere soltanto sul singolo rapporto contrattuale, coerentemente alla legge 176/2020 il Codice ha valorizzato la concessione del credito in violazione delle regole sul merito creditizio impedendo al creditore di fare opposizione alla omologa (anche nell'accordo di ristrutturazione) in relazione alla convenienza del piano (comma 2 dell'art. 69 CCII).

Alla luce di tali premesse, la giurisprudenza¹⁶ tende a esprimere il giudizio di colpevolezza del consumatore valutando la difformità tra la sua condotta e le regole di diligenza, perizia e prudenza che dovrebbero presidiarne l'agire a tutela degli interessi altrui; apprezza la gravità della

¹³ Basti a tal fine considerare le indicazioni della Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014, secondo cui è necessario dare a tutti i debitori insolventi una seconda possibilità, per agevolarne il recupero al circuito produttivo e consumistico. Ma cfr., anche la Relazione illustrativa del d.lgs. n. 14 del 2019, ove il legislatore spiega di non aver inteso esigere requisiti "troppo stringenti" per il procedimento riservato al consumatore.

¹⁴ Trib. Benevento, 26 giugno 2021, n. 229, in *Rassegna dir. civ.*, 2022, 311 ss., con nota adesiva di A. CRISCUOLO, *Meritevolezza del debitore e merito creditizio*.

¹⁵ Asseriscono che i profili di colpa del consumatore, quand'anche in astratto configurabili, sarebbero senz'altro assorbiti e superati da quelli propri del contraente che non avesse adeguatamente verificato la futura solvibilità del debitore, tra gli altri, Trib. Messina, 20 dicembre 2021, in *Dirittodellacrisi.it*; Trib. Napoli, 11 luglio 2021, in *Il caso.it*; Trib. Vicenza, 24 settembre 2020, *ivi*; Trib. Napoli 21 ottobre 2020, *ivi*; Trib. Napoli Nord, 21 dicembre 2018, in *Giustizia.it*.

¹⁶ Trib. Rimini 17 maggio 2021, in *Dirittodellacrisi.it*.

colpa nei termini di un elevato grado di “divaricazione” tra la condotta prescritta da tali regole e quella concretamente tenuta dal soggetto, tenendo in debito conto anche le eventuali condizioni psico-fisiche che abbiano reso particolarmente arduo per il soggetto conformare il proprio comportamento a quei precetti; ritiene integrare gli estremi delle condizioni soggettive preclusive l’accesso alla procedura nelle condotte negligenti orientate a: la preordinazione della situazione di incapienza patrimoniale o, quantomeno, l’utilizzazione di una prudenza o di una ragionevolezza notevolmente inferiori alla media¹⁷; la privazione di risorse patrimoniali gratuitamente o a prezzo incongruo a beneficio di terzi o di crediti preferenziali, sottraendo dunque beni su cui la massa dei creditori anteriori avrebbe potuto fare affidamento; l’assunzione di nuove obbligazioni senza considerare l’insostenibilità dell’accresciuta esposizione né ponderare le esigenze poste alla base del ricorso al credito, con l’effetto di rendere la garanzia patrimoniale generica incautamente insufficiente rispetto alle passività complessivamente assunte¹⁸.

In questa prospettiva e avallando l’idea, sin qui sostenuta, per cui non è sufficiente ad escludere l’accesso a (e poi l’omologa de) la procedura la circostanza che, alla data dell’insorgenza di nuovi debiti, il consumatore fosse già sovraindebitato, essendo questa la causa di fatto che piuttosto lo legittima al ricorso¹⁹, la giurisprudenza più accorta indaga i motivi dell’assunzione delle nuove passività, rinvenendo quelli idonei a non integrare la condizione soggettiva della colpa grave, della mala fede e della frode, ne: la perdita del posto di lavoro, il calo inatteso dei redditi, la malattia di un familiare²⁰, la subita usura, un aggravio dei costi di sostentamento determinato da una crisi coniugale, il mancato incasso di crediti attesi.

La condizione di *fresh start*, alla cui realizzazione ambisce la procedura,

¹⁷ Trib. Avellino 4 marzo 2021, *Unijuris.it*; Trib. Vicenza 24 settembre 2020 in *Il caso.it*.

¹⁸ Trib. Avellino, cit., ha ad es. già considerato meritevole, non solo la condotta del consumatore che contrae il debito per far fronte ad esigenze impreviste e sopravvenute (si pensi ai costi da sostenere per un’improvvisa malattia), ma anche quella del consumatore che, benché già sovraindebitato per situazioni altrettanto involontarie (es. perdita del lavoro), abbia dovuto contrarre ulteriori obbligazioni onde conservare risorse fondamentali alla proprio vita (si pensi a finanziamenti contratti per onorare il mutuo contratto per l’acquisto dell’abitazione), ovvero per far fronte a primarie esigenze di vita personale e familiare.

¹⁹ G. LIMITONE, nota a T. Livorno 6 novembre 2020, in *Il caso.it*; nello stesso senso v. anche P. FEMIA, *Esdebitazione, responsabilità, estinzione parziale, ne Il consumatore e la riforma del diritto fallimentare*, a cura di E. POMBO – L. MEZZASOMA – U. RANA – V. RIZZO, 2019, 247.

²⁰ Trib. Pistoia, 28 febbraio 2014, in *Foro it.*, I, 1, 2015, 321, con nota di A.M. PERRINO, e in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 537 ss., con nota di E. PELLECCIA.

non è, dunque, certo slegata dall'obiettivo di consolidare la cultura della responsabilità economica e finanziaria che deve animare anche i soggetti economici che fanno ricorso al sovraindebitamento, tanto più che questo rimane uno strumento concorsuale comunque eccezionale, rispetto a quello alternativo della liquidazione controllata dei beni del debitore, e pertanto precluso ai soggetti che, nella formazione del debito, hanno tenuto una condotta priva dei requisiti legali e, per ciò stesso, insensibile agli obblighi di collaborazione sociale che impongono di non pregiudicare i diritti dei creditori (art. 4, comma 2, CCII). L'auspicio è che, anche alla luce dell'esegesi della clausola proposta, lungi dal costituire solo criterio di valutazione postuma dell'operato o una condizione per l'ammissione a determinati benefici, la meritevolezza assurga a clausola generale per guidare (e, se del caso, anche sanzionare, attraverso la preclusione dei benefici naturalmente connessi a taluni istituti) la condotta dei soggetti coinvolti.

2. – Come sopra illustrato, la Riforma della disciplina del sovraindebitamento ha di fatto condotto ad una mitigazione del requisito soggettivo della "meritevolezza" richiesta in capo al creditore, declinandone più specificamente il contenuto come assenza di mala fede o colpa grave. Il che, se espressione del *favor* anche *aliunde* ricavabile nei confronti del debitore (cfr. sub § 1), conduce altresì ad un allargamento della platea dei potenziali beneficiari del *fresh restart*; tale assunto costituisce utile termine argomentativo per valutare, per quanto qui specificamente interessa, se alla procedura di sovraindebitamento possa accedere colui che abbia maturato debiti in ragione dell'esercizio del gioco d'azzardo.

I descritti caratteri della malattia aprono invero un duplice versante di riflessione con riferimento alla procedura di sovraindebitamento: il primo, se rientri nei parametri soggettivi indicati dalla legge anche chi abbia accumulato debiti mediante il gioco; il secondo se la procedura di sovraindebitamento sia nel caso di specie in concreto idonea a realizzare quel *fresh restart* che la anima e la giustifica.

La giurisprudenza più attenta è incline a differenziare a seconda che la condizione di sovraindebitamento dovuta al gioco d'azzardo riguardi o meno un soggetto affetto da ludopatia, disturbo vieppiù diffuso a livello sociale, complice anche la agevole accessibilità delle piattaforme di gioco anche *on line*. Il *Manuale diagnostico statistico dei disturbi mentali* definisce il disturbo da gioco d'azzardo patologico come un disturbo problematico persistente o ricorrente legato al gioco d'azzardo che porta a disagio o compromissione clinicamente significativi. La diagnosi del disturbo si fonda sull'accertamento di almeno quattro delle seguenti condizioni entro un periodo di dodici mesi: a) irritabilità e sensazione di irrequietezza quando smette di giocare; b) presenza di pensieri ossessivi legati al gioco; c) crescita

del bisogno di giocare a fronte di stati emotivi come stress, depressione o ansia; d) tentativi ripetuti, ma fallimentari di gestire l'impulso del gioco; e) bisogno di puntare somme di denaro sempre più elevate per sentirsi appagati; f) negare e nascondere il proprio disturbo mentendo; g) perdere denaro (anche in somme ingenti) è uno stimolo a rigiocare; h) compromissione della sfera sociale, dello studio o del lavoro a causa della propria dipendenza; i) richiesta di prestiti a fronte di una situazione finanziaria compromessa a causa del gioco²¹.

Laddove il disturbo ludopatico sia accertato, nella prospettiva della richiamata giurisprudenza, il gioco d'azzardo non assume connotati di colpevolezza, come tali ostacolanti l'accesso alle procedure di sovraindebitamento²². Sul piano argomentativo è significativo richiamare una decisione che, nell'omologare il piano di rientro a favore del debitore consumatore affetto da un disturbo ludopatico, ha rimarcato come in presenza della predetta malattia psichiatrica viene meno quell'elemento di colpevolezza cui si riferisce (*rectius* si riferiva) l'articolo 12 *bis* comma 3 della legge 3/2012. Di guisa che, ai fini dell'apertura della procedura di sovraindebitamento risulterà decisivo l'aspetto probatorio relativo alla sussistenza della patologia, così come anche la circostanza, peraltro sussistente nel caso di specie, di sottoporsi volontariamente alle necessarie cure. È chiaro come in tale posizione, peraltro fatta propria anche da altri tribunali, l'elemento di valutazione non insiste, come invece in generale, sulla ragionevolezza – per definizione insussistente – delle scelte del consumatore che lo hanno portato al dissesto finanziario, quanto invece sulla mancanza della capacità inibitoria e quindi volitiva rispetto ai comportamenti che a tale dissesto hanno condotto.

Uno sguardo alle pronunce di segno apparentemente contrario, nondimeno, consente di evidenziare come la peculiarità del sovraindebitamento dovuto al gioco d'azzardo debba condurre ad una scrupolosa verifica di tutte le circostanze del caso concreto, e senz'altro anche della condizione in cui si trovi il giocatore-sovraindebitato. Un tribunale di merito²³, nell'escludere che il richiedente potesse accedere alla

²¹ Sul tema è d'uopo rinviare alle *Linee di azione per garantire le prestazioni di prevenzione, cura e riabilitazione rivolte alle persone affette da gioco d'azzardo patologico (GAP)*, elaborate dal Ministero della Salute nel 2015, nonché al *Manuale diagnostico statistico dei disturbi mentali*, noto anche come DSM, entrambi citati da C. MARINO – C. CRACOLICI – A. CURLETTI, *Ludopatìa e meritevolezza del consumatore nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento*, in *Ilcaso.it*.

²² Trib. Ravenna 22 luglio 2021, in *Dirittodellacrisi.it*, richiamando in senso adesivo Trib. di Catania (dec), 11 agosto 2020, in *Expartecreditoris.it*; Trib. Milano, 11 aprile 2019, in *Giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Torino, 28 ottobre 2019, in *Ilcaso.it*; Trib. Torino 8 giugno 2016, *ivi*.

²³ Trib. Mantova, 5 settembre 2019, ined.

procedura di sovraindebitamento, ha evidenziato la sussistenza di “colpa”, essendo egli dedito al gioco d’azzardo, senza che potesse riscontrarsi una patologia. Tale provvedimento consente di mettere in rilievo come opportunamente debbano essere scrupolosamente verificati i presupposti dell’esimente della ludopatia; la mera dedizione al gioco d’azzardo, che non sia riconducibile alla patologia secondo i canoni indicati dalla scienza medica, esclude l’accesso alla procedura da sovraindebitamento.

L’analisi della giurisprudenza consente invero di trarre, sul punto dell’applicazione dei parametri legali sui presupposti soggettivi, una prima conclusione di massima: la possibilità – in astratto, e salvo quanto si dirà *sub* § 3 – di far accedere la persona ludopatica alla procedura di sovraindebitamento, costituisce uno degli strumenti offerti dall’ordinamento per la tutela e la promozione della persona priva di autonomia, rimuovendo gli ostacoli – strettamente correlati alla malattia mentale – che si frappongono alla conduzione di vita dignitosa. D’altro canto, ed è quando suggerisce la posizione più restrittiva adottata dal Tribunale mantovano, l’accesso al *fresh restart* non è priva di conseguenze sul piano economico-finanziario per i creditori, di guisa che i contrapposti interessi debbono essere attentamente valutati e considerati.

Con specifico riguardo alla ludopatia, pare potersi sostenere che la modifica legislativa non abbia inciso su quanto affermato in giurisprudenza; dall’un lato, il legislatore ha inteso ampliare la platea dei richiedenti, allentando il rigore dei presupposti soggettivi di accesso alla procedura, consentendo dunque di ritenere *a fortiori* mutuabili ancora oggi le statuizioni giurisprudenziali inclini ad ammettervi anche i ludopatici; dall’altro lato non ha obliterato la richiamata prospettiva di bilanciamento con gli interessi del creditore. Ne discende che laddove il sovraindebitato-giocatore abbia agito per effetto della patologia, egli possa essere ammesso per le medesime ragioni illustrate dalla giurisprudenza anzi richiamata alla procedura di sovraindebitamento. Viceversa, allorché non sia possibile stabilire tale rapporto di causalità, e dunque il gioco d’azzardo si collochi al di fuori di un quadro propriamente patologico, la procedura di sovraindebitamento è precluso, rientrandosi nelle specifiche ipotesi di colpa grave.

A corollario di quanto fino ad ora osservato, risulta opportuno precisare che rispetto alla ludopatia può porsi il duplice profilo della necessità di accertare la malattia quanto quello di provare che vi sia un rapporto di causalità tra la ludopatia e il dissesto finanziario. Quanto alla prima prova può ritenersi necessario e sufficiente un certificato medico, che contenga la diagnosi della ludopatia mentre per quanto riguarda la prova del rapporto di causalità, è incontrovertibilmente difficile dimostrare che le somme siano state impiegate prevalentemente per far fronte alle spese del gioco. Si tratta

di una prova che, come messo in luce da un Tribunale²⁴, si qualifica come diabolica, tanto da far ritenere che il giudice possa avvalersi di presunzioni.

3. – Quanto finora ad ora osservato in riferimento specifico al sovraindebitato ludopatico, deve essere verificato con riguardo al debitore beneficiario che abbia sperperato il denaro con una prodigalità legata ad altre patologie, come ad esempio demenza, bipolarismo, ecc. Ad avviso di chi scrive, come accennato *in incipit*, non si pongono ostacoli acché anche in tali casi il consumatore possa accedere alle procedure di sovraindebitamento, così superando il criterio soggettivo della meritevolezza. Non meno rigorosa dovrà però essere la prova che la patologia psichica sussista e che sia la causa della incapacità di attuare le proprie scelte economico-finanziarie in maniera consapevole.

D'altronde, anche in relazione a tali ipotesi, nella prospettata esigenza di bilanciamento tra la posizione del debitore e quella dei creditori, è preferibile riservare l'accesso a debitori che presentino una infermità o una menomazione psichica medicalmente accertata e che come tale costituire presupposto per la domanda di amministratore di sostegno, così da ridurre i rischi di insuccesso della attuazione concreta del piano.

Nondimeno, in relazione a tali ipotesi ci si può domandare non soltanto se la procedura di sovraindebitamento debba – come si crede – essere affiancata all'apertura dell'amministrazione di sostegno, ma altresì se, prima di ricorrere alla procedura di sovraindebitamento, non sia opportuno esperire, sussistendone i presupposti, i rimedi ordinari a protezione dei debitori incapaci, dimostrando cioè che nel momento in cui l'obbligazione è sorta il debitore fosse incapace di intendere e di volere ai sensi dell'articolo 428 c.c. ovvero che il contratto sia invalido per vizio del consenso. La precisazione risulta ad avviso di chi scrive doverosa, in una prospettiva di più efficace tutela del debitore; l'apertura della misura di amministrazione di sostegno consente di effettuare una valutazione ad ampio raggio della posizione debitoria della persona non autonoma, allo scopo di verificare che non vi sia ragione di intraprendere iniziative giudiziali auspicabilmente dirette ad elidere in radice la sussistenza di obbligazioni.

Si tratta, è evidente, di ipotesi residuali e che possono incappare in concreto in veti di inopportunità; su di un piano sistematico, nondimeno, essi acquistano una valenza logica di prevenzione, in quanto in grado di modificare la consistenza della massa dei debiti.

4. – Un secondo profilo che viene in considerazione è quello della verifica della accessibilità dei ludopatici alle procedure di

²⁴ Trib. Torino, 31 dicembre 2018, ined.

sovraindebitamento – anche, ma non solo, nell’ottica di un doveroso bilanciamento della posizione del debitore “debole” con gli interessi dei creditori –, consistente nell’accertamento che il piano di ristrutturazione sia fattibile, in concreto, e sia dunque strumento ragionevolmente idoneo a consentire un effettivo *fresh restart*.

Il giudice, in altri termini, si ritiene debba valutare la utilità dell’applicazione della misura tenuto conto proprio dello stato patologico in cui la persona si trovi al momento della domanda, al fine di verificare che, in prospettiva prognostica, possa escludersi che *pro futuro* la medesima situazione debitoria venga a ricrearsi.

In relazione a tale specifico profilo la giurisprudenza ha messo in rilievo come sia necessario verificare lo stato di guarigione o, più probabilmente, l’avvio di un percorso di cura da parte del debitore, facendo esplicito riferimento all’apertura a favore del sovraindebitato ludopatico dell’amministrazione di sostegno, quale conditio sine qua non per l’avvio della procedura di indebitamento. Si richiama in proposito una decisione del Tribunale di Torino²⁵, ove espressamente il giudice delegato ha invitato il ricorrente in via preliminare a depositare anche l’allegazione di certificazione medica in ordine alla guarigione della ludopatia, evidenziando come “diversamente permanendo la causa del sovraindebitamento o, alternativamente, eventuali ricorsi (ove presentati) all’autorità giudiziaria per la valutazione della sussistenza dei presupposti per l’amministrazione di sostegno o inabilitazione”. La posizione pare particolarmente condivisibile tenuto conto del fatto che il percorso di cura richiede tempi lunghi e comunque non preventivamente determinabili, di guisa che il giudice delegato si troverebbe di fronte all’alternativa se negare l’accesso alla procedura di sovraindebitamento, presumendo una ricaduta nell’immediato futuro da parte del richiedente, oppure accogliere la domanda ponendo tuttavia a rischio la tenuta degli impegni di rientro del debitore. L’apertura invece di un’amministrazione di sostegno preventiva o contestuale alla procedura di sovraindebitamento pone il debitore in una posizione di tutela del proprio patrimonio, posto sotto il controllo dell’amministratore, che consente di creare il necessario bilanciamento tra posizione del debitore e quella del creditore, senza escludere il debitore ludopatico dall’accesso al sovraindebitamento.

5. – Un ulteriore aspetto sul quale giova soffermarsi è quello del ruolo svolto dall’amministratore di sostegno all’interno della procedura di sovraindebitamento; viene in particolare in rilievo l’ipotesi che l’amministratore di sostegno rivesta il ruolo di *advisor*, professionista

²⁵ Trib. Torino, 8 giugno 2016, cit.

incaricato dal consumatore per fornire assistenza professionale specie nell'individuazione dello stato di indebitamento, nell'elaborazione di una strategia per la soluzione della crisi e nei rapporti con l'OCC e/o il Tribunale, per la presentazione della richiesta di nomina dell'OCC e nei successivi rapporti con questi e con il Giudice. Tale supporto può risultare particolarmente utile, financo imprescindibile, allorché il sovraindebitato si trovi in una situazione di fragilità o mancanza di autonomia, tale da rendere obiettivamente difficoltoso rendersi conto delle problematiche e delle possibili soluzioni. Il che non abbisogna di dimostrazione, ponendo mente al ventaglio dell'oggetto dell'incarico: 1) la raccolta e l'analisi preliminare della documentazione necessaria per la scelta della procedura; 2) la redazione dell'accordo e/o del piano; 3) la predisposizione della domanda di nomina dell'OCC; 4) la predisposizione di memorie; 5) la gestione dei rapporti con l'OCC e il tribunale.

Tale supporto, senz'altro strumentale all'ottimizzazione delle procedure e alla loro velocizzazione, non di meno, comporta dei costi che aggravano ulteriormente la posizione debitoria del richiedente. In tal senso, e sempre che ne sussistano, come detto, i presupposti, può essere opportuno che l'incarico di *advisor* sia svolto dall'amministratore di sostegno, almeno ogni qualvolta l'amministratore di sostegno sia un avvocato o un commercialista.

Entrando nello specifico dei molteplici profili problematici che siffatti casi sollevano, giova anzitutto precisare come qualsivoglia decisione relativa alla apertura della procedura di sovraindebitamento, sia di competenza del giudice tutelare, allorché la procedura di sovraindebitamento prenda avvio quando già il consumatore è sottoposto ad amministrazione di sostegno. Informato dall'amministratore, il giudice tutelare deve dunque autorizzare la presentazione della richiesta e già in quella sede, eventualmente, valutare se sia opportuno conferire l'incarico di *advisor* ad un professionista terzo. Escluso, infatti, in linea di principio, che sussistano ostacoli alla promiscuità dei ruoli tra amministratore di sostegno ed *advisor* – peraltro ammessa da un tribunale di merito²⁶ – il giudice tutelare sarà nondimeno tenuto ad una modulazione (o rimodulazione) del decreto di nomina, così da tenere in conto i compiti rientranti nel predetto incarico. In tal caso l'*advisor*-amministratore è soggetto anche a tutte le norme che regolano l'attività dell'amministratore di sostegno, ivi comprese quelle in materia di autorizzazioni ai sensi dell'art. 374 c.c. Non deve infatti ritenersi ultroneo siffatto passaggio autorizzativo, tenuto conto che tanto l'OCC quanto il giudice delegato esaminano la fattibilità del piano e dunque implicitamente la corrispondenza alle esigenze del consumatore sovraindebitato, ma rimane

²⁶ Trib. Milano 26 giugno 2009, ined.

necessario che il giudice tutelare intervenga *ex ante* per sottrarre le decisioni di “straordinaria amministrazione” alla valutazione discrezionale del solo amministratore. Tale ulteriore passaggio deve però considerarsi limitato alla sola fase di presentazione della domanda – risalente già alla fase per così dire “di studio della fattibilità” – e non relativamente alle fasi successive, appannaggio della competenza del giudice delegato.

Come detto, la fase autorizzativa innanzi al giudice tutelare può altresì essere la sede per una valutazione circa l’opportunità di non conferire direttamente all’amministratore la funzione di *advisor*, autorizzandolo invece a dare l’incarico ad altro professionista. A tale oggetto si restringe, ça va sans dire, l’autorizzazione allorché l’amministratore di sostegno non sia avvocato o commercialista. Le ragioni che possono condurre il giudice tutelare a preferire la separazione del ruolo di *advisor* da quello amministratore di sostegno possono essere le più varie, ed anche eventualmente di mera opportunità (ad esempio in ragione della complessità della gestione patrimoniale o personale del beneficiario).

Si ritiene nondimeno che si tratti di ipotesi marginali, e che invece con maggior frequenza vi sia una preferibile coincidenza tra amministratore di sostegno e *advisor*; ciò consente infatti non soltanto di addivenire ad un risparmio di costi, ma altresì di accentrare nella persona dell’amministratore di sostegno tutti i poteri relativi alla gestione patrimoniale del beneficiario.

Tale osservazione, invero, indubbiamente richiama l’annosa questione del rapporto tra onerosità dell’incarico e remunerazione (gratuito, salvo la liquidazione di una indennità). E, tuttavia, valorizzando la finalità di piena tutela della persona non autonoma, specie se vessata dal sovraindebitamento, la concentrazione delle funzioni appare quantomai opportuna.

Di poi, permangono i doveri di cui all’art. 410 c.c., che impone non soltanto la diligenza, da commisurare nel caso di specie alla specifica professionalità dell’amministratore, sebbene mitigata in ragione della gratuità del servizio prestato, ma altresì lo specifico dovere di informare e di tener conto della volontà del beneficiario nelle diverse fasi della procedura di sovraindebitamento. Tenuto conto della specificità del contesto e della concomitante funzione di amministratore di sostegno svolta dall’*advisor*, egli dovrà comunque temperare la volontà espressa dal beneficiario con l’attività che egli ritiene più opportuno svolgere nel suo interesse. L’amministratore è in tal caso tenuto a ricorrere al giudice tutelare allorché sussistano ragioni di contrasto con il beneficiario, sufficientemente in grado di intendere e di volere, e sia dunque opportuno che tale contrasto sia portato all’attenzione del giudice tutelare.

Tale norma, come di consueto, costituisce matrice e termine caratterizzante l’istituto dell’amministrazione di sostegno rispetto a

interdizione e inabilitazione, che prevedevano un coinvolgimento marginale dell'interessato, e nondimeno possono determinare minore linearità nella gestione e nell'assunzione delle scelte proprio in considerazione del necessario coinvolgimento del beneficiario. Al riguardo giova puntualizzare che le scelte da effettuarsi anche nell'ambito delle procedure di sovraindebitamento spettano, se rientranti nel decreto *ex art. 405 c.c.* nei poteri dell'amministratore, il quale sarà pertanto l'unico tenuto a prestare il consenso. Non di meno i dissidi interni tra amministratore di sostegno e beneficiario anche in relazione a tali procedure possono essere gestiti mediante il ricorso al giudice tutelare i sensi dell'art. 410 c.c., mantenendo in ogni caso una valenza puramente interna e non riverberandosi pertanto sulla legittimità del consenso o sulla volontà prestata dall'amministratore di sostegno in attuazione dei propri poteri gestori.

Abstract

OVER-INDEBTEDNESS, GAMBLING AND SUPPORT ADMINISTRATION

L'accesso alle procedure di sovraindebitamento richiede l'accertamento della meritevolezza del debitore, ovvero la verifica che il debitore non abbia agito con intenzione di danneggiare i creditori, non sia stato in malafede, non abbia compiuto operazioni eccessivamente rischiose, se abbia occultato beni. Può ritenersi a tal fine meritevole un debitore ludopatico? L'analisi della giurisprudenza di merito consente di evidenziare come a fronte dell'accertamento della malattia, l'accesso alla procedura di sovraindebitamento possa proficuamente essere affiancata dalla apertura dell'amministrazione di sostegno, al fine di garantire pro futuro la migliore gestione del patrimonio del debitore-sovraindebitato-beneficiario.

Access to over-indebtedness procedures requires the assessment of the merits of the debtor, or the verification that the debtor has not acted with intent to harm the creditors, has not been in bad faith, has not performed excessively risky transactions, whether he has concealed property. Can a debtor be considered to be worthy of this purpose? An analysis of the case-law on the merits shows that, in the light of the finding of the disease, access to the over-indebtedness procedure can usefully be accompanied by the opening of the support administration, in order to ensure the better management of the debtor-over-indebted-beneficiary's assets in the future.

APUNTES SOBRE LA COLACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL: ULTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES SOBRE ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS

MARIA LUISA DOMINGUEZ BARRAGÁN

*Profesora Ayudante Doctora
nell'Università di Siviglia*

SOMMARIO: 1. La colación dentro del sistema sucesorio. – 2. La colación ante los tribunales: posición jurisprudencial. – 3. ¿Naturaleza colacionable de los bienes? – 4. La STS 1098/2014, de 13 de marzo: algunas cuestiones sobre legitimación. ¿Posibilidad de vinculación de las acciones civiles de los coherederos para hacer valer los derechos hereditarios? Aplicación de los artículos 659 y 661 del CC. – 5. El juego de los artículos 1088 y 1127 del Código Civil para alegar que la obligación de constitución de depósito se ha de presumir establecido en beneficio de acreedor y deudor. – 6. A modo de conclusión.

1. – Al hablar de colación puede afirmarse que nos hallamos ante una institución tradicional para el derecho sucesorio. Como indica Lasarte, desde el derecho romano¹ los distintos sistemas normativos sucesorios han recurrido a la regla de que los herederos beneficiados en vida del causante debían colacionar a la masa hereditaria o los bienes propiamente dichos o el valor de los que hubieren recibido del causante *inter vivos* y a título lucrativo². No obstante, todavía, como nos indica Del Castillo Morago, la colación es un instrumento complejo³.

De hecho, su regulación (artículos 1035 a 1050 del Código Civil español, en adelante, CC) ha sufrido pocas modificaciones desde el momento de la entrada en vigor del mismo en 1889. Ello ha conllevado que, por lo general, podamos seguir utilizando las definiciones clásicas de la figura. Por ejemplo, en los años setenta del siglo XX, Díez-Picazo y Gullón definían la institución como “aquella operación por virtud de la cual debe agregarse a la masa hereditaria el valor de los bienes recibidos del causante por título gratuito por los herederos forzosos, con el fin de que éstos reciban menos en la

¹ A este respecto es interesante, por ejemplo: J. DAZA MARTÍNEZ, *Collatio dotis*, en *Anales de la Universidad de Alicante: Facultad de Derecho*, núm. 8, 1993, 7-62.

² Cfr. C. LASARTE, *Derecho de sucesiones: principios de derecho civil VII*, 14 ed., Madrid, 2019, 332.

³ Vid. J.D. DEL CASTILLO MORAGO, *La colación hereditaria*, en *Diario La Ley*, nº 9034, 5 de Septiembre de 2017. Es interesante este artículo, pues el autor realiza un recorrido histórico en torno a la figura de la colación.

partición cuanto con anterioridad hubiesen recibido de más”⁴. Para DE COSSIO nos encontrábamos ante una mera operación contable y una presunción de voluntad del causante, constituyendo una operación fundamental que era necesario llevar a cabo antes de la partición cuando a la misma concurriesen herederos forzosos, ya que “sin la cual no sería posible determinar la cuantía del haber de cada uno de los herederos”⁵.

Ya en épocas más actuales, Fernandez Domínguez entiende que la colación posee carácter dispositivo sin carácter necesario, siendo su naturaleza jurídica la de efecto jurídico *post mortem*, puesto que nos encontramos ante una de las operaciones de la partición⁶. Además, como indica Fajardo Fernandez, solo puede considerarse que hay colación en sentido estricto cuando hay varios legitimarios que han recibido donaciones en vida⁷. No debe olvidarse también que, como recoge Oliva Blázquez, el propio donante puede eliminar la colación cuando quiera, incluso en el propio testamento⁸.

En resumen, como vemos en el artículo 1035 CC (“El heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”) para que pueda existir colación es necesario que se produzcan tres requisitos básicos: la existencia de herederos forzosos, una aportación previa a título lucrativo a uno o varios de ellos y que se produzca la aceptación de la herencia⁹.

2. – Como recordaba la STS 3274/2011, de 19 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3274)¹⁰, para los tribunales españoles la colación puede

⁴ Cfr. L. DIEZ-PICAZO – A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1974, 670.

⁵ Cfr. A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, *Derechos reales*, *Derechos de familia y Sucesiones*, Madrid, 1975, 1000.

⁶ Cfr. J.I. FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2010, 220.

⁷ Cfr. J. FAJARDO FERNANDEZ, *Derecho de sucesiones*, Madrid, 2020, tema 10.

⁸ Vid. F. OLIVA BLÁZQUEZ, *La partición*, en A. LÓPEZ – A. LÓPEZ ET AL., *Derecho de sucesiones*, 2ª ed., Valencia, 2017, 222.

⁹ Para mayor información sobre las notas esenciales de la colación, vid. por ejemplo: M.F. MORETON SANZ, *El artículo 1035 del Código civil y la colación como norma de reparto y anticipo de la herencia si concurren herederos forzosos*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2372.

¹⁰ Téngase en cuenta que para la cita de todas las resoluciones contenidas en este trabajo se ha utilizado la base de datos del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) y para su identificación el código ROJ, es decir, el número de identificación de las mismas en el Repertorio Oficial de Jurisprudencia y también el código ECLI (Identificador Europeo de Jurisprudencia).

definirse como la adición intelectual al activo hereditario que hacen los legitimarios del valor de los bienes que han recibido del causante a título gratuito. La colación lleva a una menor participación en la herencia, que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante lo que, desde luego, no evita las operaciones de computación e imputación que prevén los artículos 818 y 819 CC¹¹.

La posición jurisprudencial española más actual sobre la institución de la colación se ha recogido en la STS 2854/2019, de 17 de septiembre (ECLI:ES:TS:2019:2854), que ha sido confirmada, por ejemplo, por la STS 3531/2019, de 5 de noviembre (ECLI:ES:TS:2019:3531). En ellas se nos indica que:

“La colación no opera, desde el punto de vista técnico jurídico, con el sistema de protección de la legítima, sino que es una operación o norma de reparto característica de las operaciones particionales, cuyo fundamento radica en la consideración de que lo recibido del causante a título lucrativo por un heredero forzoso debe entenderse, salvo disposición en contrario del causante, como anticipo de la herencia, cuando concorra con otros herederos de tal condición”. En este sentido, las diferencias entre computación de la legítima y colación son evidentes. La computación ha de llevarse a cabo aun cuando exista un único legitimario, puesto que su legítima puede verse perjudicada por las donaciones efectuadas por el causante a terceras personas; mientras que la colación del art. 1035 del CC, sólo tiene lugar cuando concurren a la herencia herederos forzosos. En la computación hay que agregar al caudal hereditario todas las donaciones llevadas a efecto por el causante, ya sean a herederos forzosos como a terceros, dado que a través de unas y otras se puede lesionar la legítima; mientras que, en el caso de la colación del art. 1035 del CC, sólo se tienen en cuenta las donaciones realizadas a los herederos forzosos, para reconstruir entre ellos el haber del causante, y conseguir, salvo dispensa de colación, la igualdad entre los mismos, bajo la presunción de configurarlas como anticipo de la herencia. Las normas concernientes al cómputo del donatum (art. 818 CC) son de carácter imperativo, no susceptibles de entrar dentro de la esfera de disposición del causante; mientras que la colación puede ser dispensada por el de cuius, siempre que se respeten las legítimas de sus herederos forzosos (art. 1036 CC). Como señalan las SSTs de 29/2008, de 24 de enero, y 2/2010, de 21 de enero: “[...] el causante puede dispensar de la colación a uno o varios de los legitimados, pero no puede impedir que se computen para calcular la legítima, por mor del artículo 813 del Código civil”.

Por todo ello, y como recuerda la SAP M 11734/2022, de 18 de julio (ECLI:ES:APM:2022:11734) en su FJ III: “la colación lleva a una menor

¹¹ Vid. Fundamento Jurídico Segundo.

participación en la herencia que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante”.

Como podemos observar, el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la mencionada STS 2854/2019 va en consonancia con las opiniones doctrinales ya recogidas *ut supra*. El fundamento de la colación no es otro que la igualdad entre los herederos siempre que ésta sea la voluntad del causante¹² (aunque, a nuestro juicio y a diferencia de lo que expone la Sala, también debe tenerse en cuenta el sector que defiende que nos encontramos ante una protección de la intangibilidad de la legítima). La Sala deja claro que la colación es una operación de reparto, perteneciente a las operaciones particionales, donde se exige la presencia de herederos forzosos. De la misma forma, comparando la colación con la legítima, recuerda que la primera puede ser dispensada si ésta es la voluntad del causante por lo que, en este aspecto, rige la autonomía de la voluntad. Voluntad que ha de ser expresa y que no puede ir en contra del sistema de legítimas en virtud de lo dispuesto en el artículo 813 CC¹³. Como expone Miquel González¹⁴: “la voluntad efectiva del testador es una voluntad expresada de algún modo en el testamento, sin que el recurso a la llamada prueba extrínseca altere esa idea, porque la voluntad efectiva del testador ha de resultar de alguna manera del testamento. Por eso no es voluntad efectiva del testador la que solamente se encuentre expresada fuera del testamento”. Como recuerda Lasarte, la colación no constituye una operación que se imponga de manera imperativa al causante o testador¹⁵. De hecho, Puig Brutau ya indicaba que la colación, en sentido propio, no se refiere al cálculo de la legítima¹⁶.

¹² Como indicaba Puig Brutau, la ley parte de la presunción de que el causante no ha querido establecer diferencias entre sus sucesores que sean legitimarios por el hecho de haberles otorgado donaciones desiguales. (Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1991, 596).

¹³ El artículo 813 CC dispone: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 782 y 808”. Este artículo ha sido modificado recientemente por el artículo 2.40 de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹⁴ Vid. J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Notas sobre la voluntad del testador*, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, 2002, 159.

¹⁵ Cfr. C. LASARTE, *Derecho de sucesiones: principios de derecho civil VII*, cit., 333.

¹⁶ Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho Civil*, cit., 596. Así lo recoge también el Tribunal Supremo, por ejemplo en la STS 941/2022, de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:941), cuando en su FJ X expone: “(...)En realidad, para calcular la legítima, a efectos del art. 818 CC, deben computarse todas las donaciones hechas por el causante, ya en favor de legitimarios ya de extraños. La expresión “donaciones colacionables”, como ha advertido esta sala en diferentes ocasiones, de acuerdo con

De todas formas, si bien consideramos que la colación es una institución autónoma e independiente del sistema de legítimas como deja claro el Tribunal Supremo, con el sistema actual siempre estará supeditada a ellas. No debe olvidarse la importancia de la intangibilidad cuantitativa de la legítima como elemento clave de todo nuestro sistema sucesorio. Así, recuerda la reciente SAP TF 1726/2022, de 22 de septiembre (ECLI:ES:APTF:2022:1726), FJ I, que:

“(…) en el supuesto de que existan varios legitimarios se supone legalmente que lo que hayan recibido gratuitamente en vida del causante es un anticipo de la legítima por lo que tienen que agregarlo intelectualmente en la partición a los efectos de su intangibilidad, relacionado con lo cual está el concepto de cómputo de la legítima, que es la fijación cuantitativa de esta, en la que se suma el relictum y el donatum, transmisiones a título gratuito colacionables o no (Art. 818 CC)”.

Y continúa:

“las donaciones no colacionables (como es el caso que nos ocupa) deben ser computadas en el activo hereditario junto con los bienes dejados por los causantes para hallar el valor de las legítimas y deducir de ello si son inoficiosas o no, pero mediando dispensa de colación, una vez comprobado que la donación no es inoficiosa, la misma ha de ser tratada como cualquier otra donación a extraños (art. 819 CC) ya que no hay entonces que dar cumplimiento a los arts. 1035 y 1036 CC, es decir, que las donaciones dispensadas de colación se tienen que incluir en el inventario al solo efecto de determinar si calculada la legítima del heredero que no es donatario, la donación resulta inoficiosa”.

Por este motivo, la Audiencia Provincial canaria estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto, considerando que la contadora partidora debía revisar sus operaciones particionales teniendo en cuenta la información que constaba de la donación realizada por la causante a la apelante, con el objetivo de concretar antes de la adjudicación si dicha donación poseía carácter inoficioso o no. De hecho, incluso se habla de que,

la común doctrina, se utiliza en el art. 818 CC de manera impropia, pues la colación propiamente dicha, que es dispensable y no tiene por finalidad proteger la legítima, es la que se regula en los arts. 1035 y ss. CC, y es una operación particional dirigida a obtener en lo posible una igualdad entre los legitimarios que además sucedan a título de heredero. En la medida en que el sistema de colación regulado en el Código civil es un sistema de adición contable de las cosas donadas, tomando de menos el donatario del caudal relicto el valor de lo ya recibido por vía de donación, es lógico que el art. 1045 CC establezca que ha de traerse a colación el valor de las cosas donadas al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios (si bien, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 1045 CC, “el aumento o deterioro físico posterior a la donación y aun su pérdida total, casual o culpable, será a cargo y riesgo o beneficio del donatario”).

en puridad, la donación previa puede entenderse como anticipo a cuenta de una futura cuota hereditaria¹⁷.

3. – Lo que sí se observa indudablemente tras el análisis de los pronunciamientos más recientes de las Audiencias Provinciales es la necesidad de determinar el destino o finalidad de los bienes donados en vida del causante en relación con su posterior calificación como bienes colacionables. Un ejemplo de ello lo vemos en la SAP M 7192/2022, de 25 de mayo (ECLI:ES:APM:2022:7192), donde la Sala madrileña estima el recurso de apelación interpuesto al considerar que ciertas cantidades no debían comprenderse dentro de los bienes colacionables. Lo hace en los siguientes términos (FJ II):

“(…) Analizados los hechos que se recogen como probados en la sentencia impugnada, esta Sala discrepa de la consecuencia jurídica a la que llega el juzgador de instancia, que considera que han de reintegrarse al haber hereditario las cantidades de las que dispuso doña Vanesa. Efectivamente, el artículo 1035 del Código Civil, que regula la colación de los bienes recibidos en herencia por los herederos, contempla la obligación del heredero de traer a la masa hereditaria “los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición”. Se desprende asimismo del artículo 1041 del Código Civil que “No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre”. iii) Pues bien, en el caso presente, las cantidades dispuestas de la cuenta bancaria del causante por doña Vanesa durante el período de tiempo expresado no pueden considerarse incluidas dentro del concepto de bienes colacionables al amparo del artículo 1035 del Código Civil, sino que se trata de disposiciones realizadas por doña Vanesa en el cumplimiento de sus obligaciones de mandataria de su padre, lo que implica el atender al pago de todos los gastos que puedan derivarse de la gestión del patrimonio, y asimismo en el cumplimiento de sus obligaciones como cuidadora de su padre, con el que convivía, obligación moral, pero también económica en tanto supone atender a los gastos extraordinarios de alimentación, vestido, aseo, gastos farmacéuticos, etc. Entre tales obligaciones ha de destacarse el atender al pago de los gastos por los servicios prestados por un cuidador, que se acreditan en 600 euros mensuales”.

¹⁷ Vid., por ejemplo: SAP TO 1056/2022, de 1 de junio (ECLI:ES:APTO:2022:1056).

Asimismo, la mencionada SAP continua reafirmando su postura (contraria al Juzgado de instancia) al considerar que, al constar la voluntad expresa del testador de encomendarle a la apelante las facultades de gestión de su patrimonio y no haberse probado por los restantes herederos que la existencia de un acto de disposición supusiera una excepción al régimen ordinario de administración, no pueden esos gastos ser catalogados como acto colacionable¹⁸.

Igualmente, han de quedar excluidos los préstamos, tal como recoge la SAP J 716/2022, de 4 de mayo (ECLI:ES:APJ:2022:716), cuando en su FJ III dispone:

“(…) en cualquier caso, la colación se refiere a bienes recibidos a título lucrativo (artículo 1035 CC), a un acto de liberalidad (Art. 618 CC), por lo que quedarían excluidos de tal concepto las sumas recibidas en concepto de préstamo, que carecen de tal carácter, al ser la obligación principal de todo prestatario restituir al prestamista a la suma recibida (Art. 1753 CC)”.

En el mismo sentido, en la ya mencionada SAP M 11734/2022, de 18 de julio, se profundiza sobre la naturaleza jurídica del bien consistente en cuatro disposiciones del saldo de la cuenta que dejó la testadora que realizaron algunos de los herederos forzosos. La apelante solicitaba que dichas disposiciones fueran computadas y traídas a la masa de la herencia, independientemente de su calificación como donaciones o no, y como inoficiosas o no, porque el fundamento de su *petitum* era la aplicación pura y simple del art. 1035 CC. Como indica la SAP, en su escrito de oposición al cuaderno particional la apelante alegaba que se trataba de disposiciones efectuadas en beneficio personal de los restantes herederos y que no se habían justificado los gastos que, según los demandados, fueron sufragados con dichas cantidades. La Sala estima el recurso en lo que a estos efectos se refiere en base a cuestiones probatorias, puesto que la carga de la prueba la tienen los demandados en base a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)¹⁹. Lo fundamenta en los siguientes términos (FJ III):

¹⁸ En este sentido, es interesante también el ATS 953/2022, de 26 de enero (ECLI:ES:TS:2022:953A) que inadmite el recurso de casación interpuesto al considerar que se incurre en la causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento porque el recurrente se aparta de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida y se refiere a una cuestión “expresamente rechazada por la sentencia” como fue la colación. El cálculo determina el crédito de reembolso pendiente a favor de uno de los sucesores en razón de los gastos satisfechos.

¹⁹ El artículo 217 LEC establece: “1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde

“(…) En el presente caso, los apelados alegan que no se trata de cantidades donadas por su madre sino que las citadas disposiciones corresponden a trasposos de dinero para hacer frente a obligaciones y gastos propios de la causante, destinados a atender sus necesidades de todo tipo durante los 10 años en los que los demandados se han turnado para cuidarla, pasando a residir con ellos durante medio año, máxime teniendo en cuenta que falleció con 101 años, con nula movilidad desde hacía varios años y tras diversas estancias e internamientos en el hospital. Esta situación conllevó la necesidad de tener que pagar a diversos cuidadores en distintas etapas, principalmente en todas aquellas ocasiones en que D^a María Consuelo tuvo que estar ingresada en el hospital, atender a sus gastos de desplazamiento para las continuas consultas médicas y, en general, cubrir todas las necesidades de una persona de esa edad y circunstancias. En definitiva, niegan que se trate de cantidades entregadas a título lucrativo. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el art. 217. 2 LEC, la prueba de tales hechos corresponde a los demandados, lo que no han efectuado toda vez que no se han acreditado los gastos a los que han hecho referencia mediante la contratación de personas que la cuidasen durante sus ingresos hospitalarios u otros gastos, máxime cuando se declara acredita la extracción mensual de la cantidad de 400 € de la cuenta de la causante, que se supone se destinarían a los gastos ordinarios de mantenimiento de esta última. Tampoco se ha practicado prueba alguna respecto del hecho de que la transferencia de la cantidad de 30.000 €, la hiciera personalmente D^a María

al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. En aquellos procesos en los que la parte actora alegue discriminación y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar informe de los organismos públicos competentes en materia de igualdad. 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Consuelo acudiendo con sus hijos a la sucursal bancaria y que, en presencia del director de la sucursal, expresase el motivo por el que se hacía la transferencia en pago de los gastos costeados por sus hijos. Únicamente se han acreditado gastos por importe total de 5.658,2 € (gastos de sepultura, flores, entierro y pago del impuesto de sucesiones de D. Carmelo), como se admite por la apelante, razón por la cual la diferencia respecto de la totalmente dispuesta por los demandados mediante dichas operaciones de 45.000 €, es la que procede llevar al caudal hereditario por importe de 39.341,76 € y por tratarse de cantidades percibidas por los demandados a título lucrativo procedentes del patrimonio de su madre”.

En este caso se observa que, realmente, las disposiciones no tenían carácter colacionable, pues la finalidad presunta no era un acto de liberalidad, sino que tenían un fin concreto. Sin embargo, por el juego de la carga de la prueba pasaron a ser colacionables al no haber quedado demostrados ni justificados los gastos.

También resulta interesante el análisis de las donaciones remuneratorias y su relación con los bienes colacionables que realiza la SAP ZA 617/2021, de 9 de diciembre (ECLI:ES:APZA:2021:617). En este caso, la Sala califica las disposiciones de efectivo realizadas por parte de la demandada, procedentes de su madre, con el fin de determinar si son colacionables o no en la herencia de la misma entendiendo que, realmente, han de poseer la cualidad de no colacionables. Así, en su FJ V expone:

“(…) Se define en el artículo 619 del código civil la donación remuneratoria, la que se hace una persona por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles. Sólo hay donación remuneratoria cuando donándose verdaderamente, y no haciendo una simple liberalidad remuneratoria de uso, se dona para recompensar servicios recibidos gratuitamente; el fin de remunerar añade algo al simple fin de enriquecer liberalmente al donatario, fin este que es el único propio de la donación ordinaria. El fin de remunerar supone que mediante el enriquecimiento liberal se persigue algo ulterior, como es recompensar al donatario por lo que éste proporcionó al donante sin contrapartida. El fin de la donación ordinaria es pues la mera liberalidad, y el fin de la donación remuneratoria recompensar a través de la liberalidad o hacer esta para recompensar, y este fin no es el simple motivo sino la causa de la donación remuneratoria. (...). Pues bien en el supuesto contemplado, la disposición monetaria habida de las cuentas de la madre es susceptible de calificarse como donación remuneratoria, por cuanto como dice la sentencia de instancia se ha producido una dedicación personal de la demandada a la madre, con el consiguiente trabajo para aquella, con pérdida de su libertad, intimidación y vida propia; es decir, la misma deriva de las atenciones prestadas por la demandada a su madre en los últimos años de su vida.

Tampoco es susceptible de considerarse excesiva la cantidad recibida por tal concepto, a tenor de lo manifestado por la propia donante en su acta de manifestaciones realizada ante notario en fecha 5 febrero 2010, en pleno uso de sus capacidades. Si ello es así, es evidente que no serían objeto de colación las cantidades a que se refiere la parte apelante, al no superar en modo alguno el coste del servicio prestado, coste que expresamente fue cuantificado por la causante en el precitado acta de manifestaciones, y al desprenderse de lo actuado, de forma clara e indubitada, la voluntad clara de la madre en el sentido de dispensar de colación a su hija, la demandada, en atención a los cuidados proporcionados por la misma. La escritura o acta notarial de manifestaciones de la madre hace referencia a las cantidades recibidas por los actores, € 12,000 cada uno, la actitud de los mismos con relación a ella, a la mención expresa de una cantidad de mensual para la hija cuidadora, y previsiones de futuro en el mismo sentido si llegase a no estar válida. El testamento otorgado por la misma en fecha 24 junio 2010 se limita a hacer un legado a sus hijos por lo que les corresponda en concepto de legítima estricta o corta, y obliga a colacionar por los mismos la cantidad de €12,000, al tiempo que instituye como heredera en todos sus bienes a la demandada, ahora apelada”.

En conexión con esta materia, otra de las cuestiones que se han planteado recientemente ante nuestros tribunales es la interpretación del artículo 1041 CC que, también se ha visto modificado con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. A tenor de lo dispuesto en dicho artículo: “No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre. Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad”.

En el caso de la SAP M 14333/2021, de 3 de diciembre (ECLI:ES:APM:2021:14333) se dirimía la pretensión de posible nulidad de la cláusula testamentaria que establecía como colacionables los gastos de alimentos satisfechos por la fallecida y su cónyuge para manutención de los nietos. El órgano *a quo* consideró probado que existió un claro enriquecimiento del demandante pues, no estando privado de la patria potestad y por ello obligado a alimentar a sus hijos, los dejó al cuidado de los abuelos pese a no constar que estuviese imposibilitado de cumplir ese deber legal, mientras, por el contrario, sus padres no le exigieron nunca que los abonara. En el recurso de apelación, el apelante manifestaba que, respecto a los alimentos de sus hijos que habían asumido los abuelos, entendía que se trató de un acto voluntario de éstos sin petición alguna por

su parte, realizándose por la testadora de modo desinteresado por amor a sus nietos y, por tanto, consideraba aplicable el artículo 1.041 CC. Con estos antecedentes, la Sala entendió como presupuesto para la solución del caso que debía valorarse si los actos de disposición realizados por la causante se hicieron verdaderamente a título lucrativo. Así, estimó parcialmente el recurso, declaró inoficiosa la cláusula testamentaria que establecía la voluntad de la testadora de colacionar el montante correspondiente a gastos alimenticios de sus nietos y consideró que “al tratarse de cumplimiento por la progenitora de obligaciones a las que estaba obligado su hijo, no de una entrega a éste de bienes o dinero, la liberalidad es concebible cuando por ese pago subrogado se genera un crédito a favor del disponente que luego perdona, condonación expresada mediante una declaración expresa o tácita, en aquellos casos donde la conducta del acreedor revela su voluntad inequívoca de renunciar al derecho de crédito”.

En su FJ IV, la SAP establece:

“Con relación a los alimentos de los hijos por los abuelos, no cabe duda que si los destinatarios de la disposición testamentaria donde la testadora decide que no sean colacionables los alimentos satisfechos fuesen los alimentistas, es decir, los propios nietos, el artículo 1.041 CC impediría traerlos a colación, pero ese no es el caso, pues de lo que en realidad estamos tratando es del crédito de la testadora contra el padre de sus nietos por haber asumido la manutención de éstos por la falta de atención del padre, que ha incumplido de manera reiterada y constante, crédito que, de existir, nacería del derecho subjetivo previsto en el párrafo segundo del artículo 145 CC (“... en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, podrá el Juez obligar a una sola de ellas a que los preste provisionalmente, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda”) donde se establece el derecho de repetición del alimentante que por el estado de necesidad de los alimentistas y la falta de cooperación de los demás obligados a prestarlos, los haya satisfecho. Ahora bien, este precepto, que se refiere a los casos en que se trate de varios alimentantes obligados al pago dentro del mismo grado de orden dispuesto en el artículo 144 CC, que también sería aplicable cuando un obligado de grado más lejano sea quien preste los alimentos, sólo contempla el nacimiento del crédito cuando la prestación alimenticia se impuso judicialmente a quien satisfizo el derecho de los alimentistas. Y es así porque, si bien la obligación de dar alimentos a los hijos menores resulta legalmente exigible por imperativo del artículo 154 CC, el crédito para reclamarlos nace con la interposición de la demanda donde se ejercita la acción instando el reconocimiento del derecho subjetivo del alimentista, tal como establece el artículo 148 CC, de tal manera que únicamente la Resolución judicial donde se declare la obligación del alimentante generará el derecho de repetición. Éste también puede nacer

como consecuencia del pago por tercero, es decir, si estando fijada en Sentencia la prestación alimenticia a cargo del padre en una determinada cantidad, los abuelos se hacen cargo directamente del cuidado de sus nietos de manera directa, en cuyo caso su derecho de crédito tendría como fundamento el mismo artículo 1.158 CC que hemos tratado en el fundamento jurídico anterior. Pero como vemos, para considerar la existencia de un derecho de crédito susceptible de condonación, ya sea derivándolo del artículo 145 o de 1.158, o de una deuda por la obligación legal del demandante con sus hijos satisfecha por la testadora que permitiese aplicar el artículo 1.043 CC, se precisa una Resolución judicial que declare la obligación alimenticia y fije su importe, lo cual no ha ocurrido en el caso estudiado”.

A lo que añade en su FJ V que:

“Las normas sobre colación recogidas en el Código Civil se inscriben en la partición de la herencia como un mecanismo destinado a lograr la igualdad entre las legítimas, de modo que se trata de normas imperativas no disponibles por el testador salvo en aquello expresamente permitido en los artículos 1.036, 1.037 y 1.038. Por eso, una estipulación testamentaria que manda traer a colación un valor económico no colacionable perjudica a la legítima, en cuanto la colación supondría para el legitimario recibir menos de lo que le correspondería. Ante esa situación resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 817 CC (“Las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fueren inoficiosas o excesivas.”), lo cual implica, no la nulidad de la cláusula testamentaria, sino declararla inoficiosa, es decir, ineficaz o inefectiva”.

4. – Si bien es un poco anterior en el tiempo, un comentario especial merece la STS 1098/2014, de 13 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1098) ya que, centrada en la colación, pone el foco en algunos aspectos que resultan sugestivos. Profundicemos un poco en ellos.

En primer lugar, se atiende a una posible falta de legitimación. El recurrente en casación excepciona falta de legitimación del demandante originario, al ser nudo propietario de un fondo no constituido, considerando una legitimación única de la madre, al ser ésta la usufructuaria vitalicia. En nuestra opinión, no tiene sentido alguno denegar la legitimación. El nudo propietario es una persona interesada en hacer valer sus derechos hereditarios. De hecho, la SAP PO 1251/2020, de 13 de julio (ECLI:ES:APPO:2020:1251) otorga incluso una posición más preeminente al heredero que al usufructuario. Así, en su FJ II *in fine* recoge superior jurisprudencia y expone:

“En la jurisprudencia destacamos la S.T.S. de 16 de diciembre de 2014 que fija como doctrina jurisprudencial que “el beneficiado por el testador

con el usufructo sobre la totalidad de la herencia, o una parte o cuota, no puede ser asimilado a la institución o posición jurídica del heredero de la herencia. Todo ello, sin perjuicio de las acciones que puedan asistir al acreedor de la herencia en defensa de su derecho de crédito, aún en el supuesto de haberse realizado una partición parcial de la misma". Explica en su fundamentación que la posición del heredero es la titularidad global de los derechos y obligaciones del causante mientras que el usufructo se configura como una atribución patrimonial concreta. Añadiendo que esta atribución "carece de existencia jurídica previa en el contenido patrimonial de la herencia, pues se constituye "ex novo" por voluntad expresa del testador, de forma que el modo de subentrar del usufructuario en el fenómeno sucesorio le diferencia claramente de la posición central que asume el heredero en sus principales manifestaciones".

Además, surge la duda si para excepcionar una falta de legitimación no hubiera sido más coherente utilizar el recurso extraordinario por infracción procesal, no obstante, nada dice la Sala. Sí lo hace, en cambio, para el argumento relativo a la falta de exhaustividad alegado en el motivo tercero. En este sentido se muestra el ATS 1050/2021, de 3 de febrero, (ECLI:ES:TS:2021:1050) que expone:

"Para agotar la respuesta al recurso, conviene precisar que las alegaciones efectuadas en el apartado Segundo del apartado Fundamentos Jurídico Materiales, en las que se hace una serie de alegaciones sobre la falta de legitimación de la demandante y sobre el art. 250.1.2.º LEC, tampoco pueden tenerse en consideración a los efectos de admisión del recurso de casación. El recurso de casación solo puede basarse en la infracción de normas sustantivas. Hemos reiterado que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso a que alude el art. 477.1 LEC que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas "al crédito civil o mercantil y a las situaciones personales o familiares", como señala la Exposición de Motivos de la LEC, que directamente alude a que "las infracciones de leyes procesales" quedan fuera del recurso de casación, perteneciendo en su caso al ámbito específico propio del recurso extraordinario por infracción procesal. De manera que la invocación del art. 250.1.2º LEC no puede sustentar un motivo de casación. Lo cierto es que estamos ante un escrito alegatorio que adolece de la necesaria claridad, en cuyo desarrollo incluso se ha insertado un motivo correspondiente al recurso extraordinario por infracción procesal".

Igualmente, el ATS 125/2020, de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2020:125) inadmite un recurso de casación por los siguientes motivos y recuerda que (FJ III):

“Alegado en el único motivo en que se articula el recurso de casación el artículo 24 de la CE, denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, así como la arbitraria valoración de la prueba, resulta que tales cuestiones son de naturaleza claramente procesal, excediendo por tanto del ámbito del recurso de casación, el cual está limitado al examen de cuestiones sustantivas, debiendo recordarse que la infracción de normas procesales habrá de realizarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal (Autos de esta Sala, entre otros, de fechas 16 de mayo de 2012, recursos n.º 2343/2011 y 162/2012, y 5 de junio de 2012, recurso n.º 59/2012)”.

El segundo motivo alegado en el recurso de casación que estamos analizando fundamenta, en los artículos 659 y 661 CC, la posibilidad de que la renuncia de algunos coherederos a hacer valer sus derechos hereditarios vincule a otro de ellos y, por tanto, uno no pueda ejercitar sus derechos ya que le benefician a él y a los demás. Nos encontramos ante un motivo de carácter mixto: material por la alegación incorrecta o inidónea de dos preceptos sustantivos pero también procesal, ya que realmente, de nuevo (al igual que en el motivo primero), lo que busca el recurrente es excepcionar la falta de legitimación activa del demandante originario. Ciertamente nos parece una alegación que raya lo ilógico. De forma general, entendemos que dejar a un heredero sin la posibilidad de ejercitar las acciones necesarias para hacer valer sus derechos hereditarios por la renuncia de otros coherederos conllevaría, incluso, una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Como ejemplo de los pronunciamientos judiciales individualizadores de las acciones civiles para hacer valer los derechos hereditarios encontramos la STSJ GAL 401/2013, de 23 de enero (ECLI:ES:TSJGAL:2013:401) que, aunque pertenece a la Sala de lo Contencioso-administrativo, en su FJ II expone:

“(…) Lo que ha hecho la Administración tributaria ha sido comprobar la autoliquidación del impuesto presentada por aquellos herederos de acuerdo con los datos facilitados por estos, y sin que su decisión – ni la de este Tribunal en la presente sentencia – prejuzgue la titularidad de los bienes litigiosos, de modo que de no mostrarse conformes los demás herederos con el porcentaje de titularidad que se atribuye a la causante sobre los bienes y derechos que integran la masa hereditaria, quedan a salvo las acciones civiles que puedan ejercitar para hacer valer sus derechos hereditarios sobre tales bienes”.

De hecho, este aspecto ya quedó fijado de forma concreta por la STS 378/2007, de 1 de febrero (ECLI:ES:TS:2007:378) que estableció una doctrina muy seguida en años posteriores. En su FJ II manifestaba:

“El recurrente insiste en que su actuación en el pleito fue en su condición de heredero y, por tanto, en beneficio de la comunidad hereditaria aunque no se hizo constar de forma expresa en el escrito de demanda, entendiendo que contaría con la legitimación para la reclamación del total de la indemnización, por la Jurisprudencia de esta Sala, según la cual cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad, bien para defenderlos o bien para ejercitarlos. El motivo debe ser desestimado. A tal efecto, y para ello, es preciso resaltar que, tanto en primera instancia como en apelación se ha considerado que el demandante ha actuado en su propio nombre y derecho, por lo que en modo alguno se ha vulnerado la doctrina de esta Sala, siendo claro en este proceso que el demandante ejercitó la acción por sí y para sí, como se deduce del hecho primero de la demanda – en el que se alude a su condición de “hijo” de Eugenia –, del hecho decimoquinto – referido nuevamente a “su condición de hijo y, por tanto, perjudicado” por lo que se halla legitimado para exigir responsabilidades – e, igualmente, del fundamento de derecho tercero – rotundo y concluyente al mencionar la legitimación activa “por reunir la condición de perjudicado, titular del derecho en virtud del cual se ejercita la acción que le asiste” –, solicitándose en el suplico de dicho escrito inicial la condena a la demandada “a que se le abone a la parte actora” la cantidad reclamada como indemnización. Por todo ello fue correcta la decisión de la Audiencia, así como la razón jurídica de la misma, al considerar que el demandante actuó en su propio nombre y derecho, siendo intrascendente que el juez de primer grado apreciase una supuesta condición de heredero, pues lo relevante es que, en ambas instancias, se tuvo a Hugo como persona que actuaba solamente para sí, resultando llamativo que tanto para fundar el recurso de apelación, como ahora el de casación, esgrima un carácter de “coheredero”, que no se adujo en la demanda; en cualquier caso hay que resaltar que lo determinante de la legitimación, para reclamar en favor de una comunidad, no es la naturaleza de ésta, sino que conste que se demanda en beneficio de todos los comuneros o coherederos, y no en el exclusivo y propio nombre”.

Por tanto, vemos que el motivo segundo en el que se exponía que la demanda interpuesta por uno de los hermanos herederos no podía ser estimada aunque se formulase en beneficio de todos ellos, va contra la doctrina del propio Tribunal Supremo, ante el que se está presentando el recurso de casación. Obviamente la demanda se presenta por un legitimado en favor de la comunidad, ya que él solo será titular de una de las cuartas partes en la que se divida el fondo que ha de constituirse y, además, antes debe agotarse el usufructo vitalicio constituido a favor de la madre. A nuestro juicio es irrelevante que los demás coherederos renuncien a la acción.

Esta doctrina ha seguido vigente²⁰. Así, la SAP MU 629/2020, de 16 de marzo (ECLI:ES:APMU:2020:629) aplicando de nuevo este parecer es más clara aún, ya que determina el porqué de la legitimación de los coherederos. Establece en su FJ II *in fine* lo siguiente:

“En cualquier caso, se ha de reiterar que los bienes pertenecientes o integrantes de la comunidad hereditaria no está determinado a quién o quiénes se van a adjudicar, razón por la que la legitimación se conforma con la integración de todos o actuando en beneficio de la comunidad, reiterando que esta última precisión en ningún momento se ha puesto de manifiesto, y de hecho se da a entender que los demandantes actúan en su propio nombre y derecho, esto es, por derecho propio, debiendo razonar, al igual que lo hace la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero del año 2007, que lo determinante de la legitimación, para reclamar a favor de una comunidad, no es la naturaleza de ésta, sino que conste que se demanda en beneficio de todos los comuneros, y no en el exclusivo y propio nombre. Es más, si se observa el suplico de la demanda, en ningún caso se advierte la solicitud de que las cantidades que se pudieran obtener pasaran a formar parte de la comunidad hereditaria o del haber hereditario, y de hecho en el suplico del recurso de apelación lo solicitado es que se indemnice a los accionantes, extremo este último al que nos hemos referido con anterioridad”.

Nos interesa también resaltar lo dispuesto en la SAP GC 1228/2015, de 16 de junio (ECLI:ES:APGC:2015:1228) que contempla la cuestión que ya comentamos anteriormente sobre el tratamiento de esta posible falta de legitimación como un asunto de fondo y el respeto a la tutela judicial efectiva. En su FJ II expone:

“Tiene declarada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la falta de legitimación ad causam activa tiene que ver con el fondo del asunto, aunque en puridad es preliminar del fondo que puede y debe ser apreciado de oficio aunque como tal no la hayan planteado las partes; teniendo declarado asimismo que el principio que prohíbe la introducción de cuestiones nuevas no exime el que la Sala tenga que examinar la cuestión de la falta de legitimación por su reiterada jurisprudencia sobre la posibilidad de apreciarla, incluso en casación, como cuestión ligada indisolublemente al interés legítimo que hay que poseer para accionar y ejercitar el derecho a la

²⁰ Para saber cuál ha sido el recorrido histórico en relación a la demanda en beneficio de los comuneros: vid. SAP PO 891/2017, de 4 de mayo (ECLI:ES:APPO:2017:891). En relación a otras sentencias que han aplicado esta doctrina jurisprudencial del año 2007, vid. por ejemplo: SAP SG 504/2012, de 28 de diciembre (ECLI:ES:APSG:2012:504), SAP L 725/2012, de 25 de octubre (ECLI:ES:APL:2012:725) o SAP NA 244/2012, de 21 de mayo (ECLI:ES:APNA:2012:244).

tutela judicial efectiva de los intereses (art. 24-1 CE), sin que con ello se vulnere nunca el principio que veda la reforma peyorativa pues debe ser examinada de oficio tal cuestión, aunque no haya sido planteada por las partes, en cuanto afecta al orden público procesal, de manera que, al ser apreciable de oficio la falta de legitimación, no cabe efectuar a la resolución que la acoja el reproche de incongruencia, no existiendo vicio de incongruencia omisiva en la sentencia que la estimó o apreció, pues conforme a consolidada jurisprudencia del TS, las sentencias absolutorias son congruentes, salvo que obedezcan a una variación de la causa petendi, o cuando hayan acogido una excepción no alegada salvo que se hubiera procedido ex officio (SS. TS. de 16 de mayo de 2000, 3 de julio de 2000, 26 de abril de 2001, 28 de diciembre de 2001, 30 de mayo de 2002, 15 de octubre de 2002, 16 de mayo de 2003, 20 de octubre de 2003, 7 de julio de 2004, 20 de julio de 2004, 17 de diciembre de 2007, entre otras muchas)”²¹.

Ejemplo de lo absurdo de la alegación es que, de hecho, no hemos encontrado ninguna resolución en la que se haga mención a la renuncia del ejercicio de los derechos hereditarios por parte de algunos coherederos como fundamento de una excepción de falta de legitimación activa.

5. – El tercer motivo del recurso de casación resuelto por la STS 1098/2014, de 13 de marzo, denuncia la infracción de los artículos 1088²² y 1127 CC²³. La Sala considera que el artículo 1088 CC es tan genérico que sobre él no puede fundamentarse un recurso de casación. Este viene siendo

²¹ Esta SAP también recuerda, como cuestión conexa con la STS 478/2007, de 1 de febrero, que:

“La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14^a), en sentencia de 13 de octubre de 1999 mantiene que la legitimación “concorre en cualquier comunero que ejercite acciones en beneficio de la comunidad y ello, aún cuando no se hubiera hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre e interés de la misma, siempre que se plantee una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de ésta, salvo que se demuestre que se trata de una actuación en beneficio exclusivo del actor o con la oposición manifiesta de la mayoría de las cuotas indivisas”. Es criterio uniforme el de la no exigibilidad de demostración del consentimiento de los demás condueños o la presunción de actuación en beneficio de la comunidad. Se admite la posibilidad de que cualquiera de los partícipes pueden comparecer en juicio en asuntos que conciernan a los derechos de la comunidad, legitimación que viene determinada por el derecho común ejercitado y el beneficio pretendido (STS 7 febrero 1981, 3 julio 1981 y 14 marzo 1994, entre otras)”.

²² El artículo 1088 CC establece: “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

²³ El artículo 1127 CC dispone: “Siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro”.

el parecer del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, el ATS 190/2018, de 17 de enero (ECLI:ES:TS:2018:190A) inadmite un recurso de casación interpuesto y en su FJ II dispone:

“(…) El artículo 1088 CC es un precepto genérico que no permite conocer con precisión al infracción normativa en la que se sustenta este recurso de naturaleza extraordinaria, norma jurídica seguida de la fórmula “y siguientes”, inadmisibles en casación en cuanto genera ambigüedad e indefinición y que la parte recurrente mezcla en el mismo motivo con la cita de normas procesales cuya infracción es ajena al recurso de casación”.

En lo relativo a la inidoneidad de las normas de carácter genérico como base para el planteamiento de un recurso de casación, pero con un carácter más amplio, ya se manifestó también el Tribunal Supremo en la STS 4095/2013, de 30 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4095) recordando jurisprudencia anterior. En su FJ III establecía:

“(…) Este motivo se desestima, en primer lugar, porque, como dice la sentencia de 16 marzo 2009, esta Sala ha declarado la inidoneidad de las normas de carácter genérico para fundar un motivo de casación, pues no es posible fijar la infracción de una norma de carácter tan indiscutible, como el artículo 1089 que simplemente enumera las fuentes de la obligación (así, sentencia de 19 abril 2013) o la de la *lex contractus*, artículo 1091 (sentencias de 22 enero 2010, 3 noviembre 2010, 2 de diciembre de 2011, 31 de octubre de 2012)”.

En relación a la aplicación de los artículos 1125²⁴ y 1127 CC a la constitución del depósito por parte del recurrente en casación como cumplimiento de las obligaciones derivadas de la colación surge la siguiente cuestión: ¿nos encontramos ante una obligación en la que se ha señalado un día cierto? La respuesta de la Sala fue negativa, ya que consideró que la obligación resultaba exigible desde el primer momento según lo dispuesto en el cuaderno particional. Pocas referencias encontramos a la naturaleza jurídica del cuaderno particional, pues es tratado como un simple documento operativo que, en este asunto, no fue impugnado y, por tanto, obliga a todos los herederos.

Para Serrano Chamorro conformar el cuaderno particional es una práctica muy extendida²⁵. De hecho, el CC no lo recoge de forma expresa.

²⁴ El artículo 1125 CC dispone: “Las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente”.

²⁵ Cfr. M.E. SERRANO CHAMORRO, *Momento de valoración de los bienes hereditarios*, en M. HERRERO OVIEDO ET. AL., *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum”* Teodora F. Torres García, Madrid, 2014.

Así, Martínez Del Toro nos indica que únicamente se trata del documento donde se recogen las operaciones particionales²⁶.

En lo relativo a las obligaciones sometidas a plazo, nos recuerda la SAP V 4051/2020, de 28 de septiembre (ECLI:ES:APV:2020:4051) en su FJ III que:

“(…) Según la SAP León de 10 de septiembre de 2014 (sección 2ª): “Para la determinación de cuál deba ser el plazo a fijar debe estarse a la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 15 de octubre de 2004 que, con cita de la STS de 29 de septiembre de 1966, establece que “en las obligaciones a plazo, el término se establece en beneficio del acreedor y del deudor, a no resultar otra cosa del tenor o circunstancias de la obligación (artículo 1127 del Código Civil), por lo que para no aplicar esta presunción se requiere la prueba de lo contrario (presunción “*iuris tantum*”), y siempre ha de pactarse la modalidad de la obligación a término de un modo expreso, aunque la fijación del plazo puede ser tácita, cual revela el artículo 1128 del Código Civil, al disponer que si la obligación no señalare plazo, pero si de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél...”.

Como indica Lasarte la determinación del momento temporal del cumplimiento posee una gran importancia, ya que a partir del mismo el deudor puede ser constituido en mora. Ésta fue la pretensión del demandante en este litigio, por lo que entendemos que en el caso de autos nos encontramos ante una obligación pura y que, por tanto, ha de cumplirse de forma inmediata desde su nacimiento²⁷. En este momento, debemos aludir a una de las cuestiones procesales que se plantean en el pleito: la Sala entiende que, si bien se alega como motivo para el recurso la infracción del artículo 1127 CC, la Audiencia Provincial en ningún momento aludió al cumplimiento de plazo alguno para la exigencia de la obligación impuesta al demandado, por lo que si se consideraba que había existido una falta de exhaustividad o motivación por parte de la Sala se tenía que haber alegado a través del cauce y en el momento procesal oportuno. Entendemos por tanto que, desde el momento en el que se entregó el cuaderno particional debió cumplirse la obligación de constitución del depósito, ya que el FJ II de la STS que estamos comentando indica: “(…) se obliga a constituir, antes de que concluyan las operaciones jurídicas de materialización y formalización de las adjudicaciones de bienes objeto del presente cuaderno particional, un fondo ante cualquier entidad bancaria y/o de ahorro, por importe de 895.342,94 euros”. Como estableció la STS 90/2012, de 5 de enero (ECLI:ES:TS:2012:90) en su FJ IV:

²⁶ Cfr. S. MARTINEZ DEL TORO, *La partición de la herencia*, en *Actualidad Civil*, n. 4, Abril 2018.

²⁷ Vid. C. LASARTE, *Derecho de obligaciones: principios de derecho civil* 2, 23ª ed. Madrid, 2019, 110.

“De aquí se deduce que los albaceas contadores partidores nombrados en el testamento que rigió la sucesión del causante acabaron su función en el momento en que entregaron el cuaderno particional e hicieron entrega a las herederas de los bienes relictos. El desacuerdo entre las herederas y la legitimaria no resucita la función de los albaceas, por lo que la demanda debía ser desestimada en relación a ellos, como así ocurrió, al haber acabado ya su función”.

Si bien consideramos clara la argumentación de la Sala, este fundamento jurídico plantea más dudas que los anteriores porque: ¿podría considerarse, al hilo de lo establecido en el artículo 1127 CC que “antes de que concluyan las operaciones jurídicas de materialización y formalización de las adjudicaciones de bienes objeto del presente cuaderno particional” es un término? Si fuera así, sí que podría ser aplicable. No obstante, esto es solo una hipótesis porque la Sala deja claro que ha de aplicarse el 1125 CC que habla de un día cierto y, en este caso, no se establece un día cierto como tal. Es interesante aquí observar lo dispuesto en la STS 3147/2011, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2011:3147), que en su FJ IV manifiesta:

“El motivo se rechaza. Las obligaciones a plazo a que se refiere el artículo 1125 del Código Civil son aquéllas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, que es el que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo, de modo que si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional y se regirá por las normas propias de las obligaciones de tal clase”.

Así, afirmamos que, como indicaba De Cossio, el recurrente en casación frente a los coherederos se encontraba en la posición de sujeto pasivo de una relación obligatoria, si bien frente a los terceros era dueño sin limitación alguna²⁸. De hecho, este autor entendía que en caso de falta de pago de la deuda, los herederos pueden demandar (sin excepcionar ningún caso, como el de la renuncia al que ya hemos aludido *ut supra*).

6. – Creemos que, sin duda, lo que más llama la atención de la figura de la colación es su pervivencia a lo largo de los siglos en nuestro ordenamiento jurídico. Una pervivencia que, a diferencia de otras instituciones civiles, no ha perdido ni un ápice de validez a pesar del paso del tiempo. En nuestra opinión, los recientes pronunciamientos judiciales conforman un verdadero ejemplo de cómo la jurisprudencia se revela como el elemento clave para ir matizando conceptos y aclarando lo que, por la propia antigüedad del CC, debe irse adaptando a las nuevas realidades sociales. Uno de los mejores indicadores de la claridad de la colación y su buena regulación en nuestro

²⁸ Vid. A. DE COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, 2, *Derechos reales, Derechos de familia y Sucesiones*, cit., 1004 y 1005.

ordenamiento es la poca modificación que han sufrido los artículos dedicados a ella. En nuestra opinión, el fundamento de la colación no es otro que la posible igualdad que quiso otorgar la voluntad del causante. Consideramos, junto a Del Castillo Morago²⁹, que la colación produce una igualdad proporcional, pero no cualitativa; la igualdad en la colación no es absoluta, ya que el reparto de los bienes colacionables incluidos en la masa hereditaria se hace en función de las cuotas establecidas por el causante. No obstante, es la forma más justa de cumplir la voluntad testamentaria, voluntad en un sistema que, respetando las legítimas, permite incluso dispensar de la colación. Obviamente, hemos de aludir aquí al eterno debate sobre la necesidad o vigencia actual del sistema de legítimas (sobre el que no nos posicionaremos por no ser el objeto de este trabajo). De todas formas, entendemos que la vigencia de la colación es indudable.

Abstract

NOTES ABOUT COLLATION IN SPANISH LAW: THE LATEST JURISPRUDENTIAL RULINGS ON PROCEDURAL AND SUBSTANTIVE ASPECTS

In questo lavoro si compie un viaggio attraverso la figura della collazione nel diritto spagnolo. Attraverso recenti pronunciamenti giudiziari, vengono analizzati diversi aspetti relativi a questo classico istituto civile, come, ad esempio, la natura collazionata di diverse tipologie di beni o la connessione dell'applicazione dell'art. 1035 con altri articoli del codice civile.

In this paper, a journey through the figure of collation in Spanish law is made. Through recent judicial pronouncements, different aspects related to this classic civil institution are analyzed, such as, for example, the collational nature of different types of goods or the connection between the application of article 1035 with other articles of the Civil Code.

²⁹ Vid. J.D. DEL CASTILLO MORAGO, *La colación hereditaria*, cit.

MEDIAZIONE CIVILE E MEDIAZIONE TRIBUTARIA: UN ACCOSTAMENTO NOMINALMENTE INGANNEVOLE

DAVIDE CORRARO
*Assegnista di ricerca
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il generico intento deflazionistico alla base dei procedimenti di mediazione. – 2. Mediazione civile e mediazione tributaria: strumenti di alternativa alla giustizia o di giustizia alternativa? – 3. (*segue*) la mediazione tributaria: un curioso ibrido tra uno strumento di ADR e un sub-procedimento amministrativo. – 4. Le profonde (ed inconciliabili) differenze procedurali quali riflessi delle *rationes* alla base delle due tipologie di mediazione. – 5. Mediazione civile e mediazione tributaria: l'impossibilità sistematica di una *reductio ad unitatem* tra i due istituti.

1. – Non è poi così banale affermare come l'introduzione dell'istituto della mediazione abbia rappresentato – almeno per ciò che concerne l'ordinamento italiano – una vera e propria inversione di tendenza rispetto ad una visione “processo-centrica”¹ della risoluzione delle controversie. Con esso, infatti – almeno negli intenti – si è cercato di mettere da parte quello che molti definivano un vero e proprio “culto del processo”² inteso come “Lo Strumento” (la maiuscola ne sottolinea la assoluta esclusività) che, *in maniera esclusiva*, avrebbe assicurato alle parti le più ampie garanzie in termini di imparzialità, contraddittorio e certezza delle situazioni che ne costituissero oggetto sotto l'egida (quasi ne assumesse il ruolo di garante) dell'Autorità Statale³. La concezione statalista della risoluzione delle controversie, però, è stata messa in crisi da una crescente incapacità da parte dell'Autorità giurisdizionale di fornire una risposta adeguata in tempi ragionevoli all'aumentata domanda di tutela proveniente dalla società civile ed è questo che ha costretto il nostro legislatore a mettere in atto una serie di

¹ L'espressione qui utilizzata è stata coniata da G. ALPA, *Un progetto per la giustizia minore: composizione stragiudiziale delle controversie, ruolo dell'arbitrato, interessi di categoria*, in *Giust. civ.*, 1992, II, 578. Sul punto si vedano (anche in relazione alle ragioni della crisi del monopolio della giurisdizione statale) le considerazioni svolte da G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 371 ss. spec. 379 ss.

² L'espressione, all'indomani dell'introduzione del D.lgs., 4 marzo 2010, n. 28, è stata coniata da T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le “Alternative Dispute Resolutions”*, in *AGE*, 2011, 51.

³ Aspetto particolarmente sottolineato in F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012, 1 ss.

riforme volte al decongestionamento del contenzioso e alla semplificazione delle procedure che, tuttavia, solo in minima parte hanno portato alla tanto sperata “accelerazione” del contenzioso⁴. In quest’ottica si pongono anche gli interventi che il legislatore ha attuato sia in tema di mediazione civile e commerciale⁵, sia in tema di mediazione tributaria. La scelta (e l’utilizzo) del termine “mediazione” per connotare tanto la disciplina contenuta nell’art. 17-bis del d.lgs. n. 546/1992⁶, quanto quella disciplinata dal d.lgs. n. 28/2010 e s.m.i., è stata, sotto certi aspetti, infelice. Infatti, se da un lato questa mette in evidenza il loro carattere funzionale – concernente, per l’appunto l’intento deflattivo dei giudizi – dall’altro lato sottende delle differenze strutturali che

⁴ Sul punto vedi *amplius*, F. SANTAGADA, *La mediazione*, cit., 2 ss.

⁵ Per un generale inquadramento della disciplina si rimanda, da ultimo, a D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (fondato da), *Commentario del Codice di Procedura civile*, Bologna, 2022, *passim*. Per più ampi riferimenti ai temi aperti dalla mediazione civile si rimanda alle opere monografiche di: R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 1 ss.; G.E. NAPOLI, *Profili privatistici della mediazione civile e commerciale. Osservazioni sugli aspetti di diritto sostanziale e spunti critici*, Bologna, 2016, *passim*; G. AUTORINO, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2013, *passim*; C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010, *passim*; A. MAIETTA (a cura di), *La nuova mediazione civile e commerciale*, Padova, 2014, *passim*; A.G. DIANA, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, *passim*.

⁶ Inserito ad opera dell’art. 39, d.l. n. 98/2011, contenente disposizioni volte al riordino della giustizia tributaria, l’art. 17-bis prevedeva, nella sua originaria formulazione, “la proposizione, in via obbligatoria e a pena d’inammissibilità del ricorso, di un previo reclamo che, diretto all’annullamento totale o parziale dell’atto impositivo, poteva contenere anche una proposta di mediazione. Secondo quanto si leggeva nella Relazione di accompagnamento al decreto, poiché la novella intendeva introdurre un «efficace rimedio amministrativo per deflazionare il contenzioso», essa era stata accompagnata dalla previsione relativa alla definizione delle liti fiscali pendenti aventi medesimo valore. La norma evocava, nel lessico della rubrica, la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile (d.lgs. n. 28/2010). Quest’ultima ha anticipato di qualche mese l’introduzione dell’art. 17-bis, d.lgs. n. 546/1992, ed è stata introdotta in attuazione della direttiva europea 2008/52/CE, il cui art. 1, par. 2 ha escluso le liti tributarie dal proprio campo di applicazione sull’evidente presupposto dell’indisponibilità del tributo, profilo, questo, contrapposto al carattere disponibile dei diritti soggettivi oggetto della media-conciliazione civile. Se, da un lato, questa differenza strutturale non consentiva una lettura sinottica delle relative discipline, dall’altro lato non rimuoveva il comune tratto di fondo tra i due istituti, che riverberava, seppur con sfumature diverse, sugli effetti della proposizione del ricorso senza previa presentazione del reclamo. In tal caso, secondo l’originario dettato dell’art. 17-bis, il ricorso sarebbe stato inammissibile, laddove una controversia civile sarebbe stata improcedibile, con rinvio delle parti avanti l’organo di mediazione” Cfr. G. CORASANITI, sub art. 17-bis, in C. CONSOLO – C. GLENDI (a cura di), *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, 4ª ed., Milanofiori Assago, 2017, 256 ss.

difficilmente possono essere in qualche modo ricondotte *ad unitatem* e che possono creare più di un fraintendimento⁷.

2. – Al di là del generale intento deflazionistico cui il legislatore ha esplicitamente inteso riferirsi con i procedimenti di mediazione in discorso, i marcatori differenziali tra mediazione civilistica e mediazione tributaria sono molteplici. Cerchiamo di individuare i più significativi.

Il primo ci sovviene direttamente dalla linguistica in quanto l'attività di mediazione viene definita come quell'"azione esercitata da una persona (o anche da un ente, un'associazione, una collettività, una nazione) per favorire accordi fra altre o per far loro superare i contrasti che le dividono"⁸. Nell'attività di mediazione, dunque, *per definizione*, vi deve essere l'attività di un soggetto terzo che media per l'appunto tra diversi interessi. Ora, se tale aspetto è fondante – oltre che vitale⁹ – nella mediazione civile, questo appare del tutto assente nell'ambito della mediazione tributaria. Riferendoci, infatti, a quella che viene definita la mediazione "secondo la legislazione speciale"¹⁰

⁷ Sul punto si veda G. CORASANITI, *Il reclamo e la mediazione nel sistema tributario*, Padova, 2013, 51 ss.; ID., sub art. 17-bis, cit., 256 ss.; C. GIOÈ, *Il reclamo e la mediazione nel diritto tributario*, Torino, 2015, 1 ss.; F. PISTOLESI, *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, 65 ss.;

⁸ Cfr. la voce "Mediazione" in *Treccani Vocabolario Online* (consultato in data 5 marzo 2022).

⁹ Sulla necessaria terzietà del mediatore ai fini della risoluzione della controversia, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 12^a ed., Milano, 2021, 29 ss., mettendo a paragone il ruolo del mediatore con quello dell'arbitro, scrive: "La terzietà del mediatore assume [...] un significato ben diverso rispetto alla terzietà dell'arbitro. L'arbitro non equidistante rende una cattiva decisione, perché per decidere bene [...] occorre essere indifferenti rispetto all'esito della controversia. Il mediatore, che non è percepito dalle parti come equidistante (anche se magari lo è), non può svolgere efficacemente il suo compito, e quindi rischia che la trattativa fallisca".

¹⁰ Sul punto si veda *amplius*, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, V*, cit., 39 ss. che contrappone la mediazione definita nel d.lgs., 4 marzo 2010, n. 28 (entrata in vigore su "sollecitazione" della Comunità Europea attraverso la direttiva, 21 maggio 2008, n. 52 e a cui sono seguiti il d.m., 18 ottobre 2010, n. 180 e, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, 6 dicembre 2012, n. 272, il d.l., 21 giugno 2013, n. 69, convertito con l., 9 agosto 2013, n. 98) la c.d. mediazione "di diritto comune" in cui si ha genericamente la figura di un soggetto definito mediatore che non è altro che "un terzo che [...] non ha il potere di imporre la decisione della controversia: nella mediazione, le parti mantengono il dominio della situazione, potendo in ogni momento mettere fine al procedimento, decidendo di non proseguire trattative, o magari di proseguirle senza la pretesa del mediatore. Il mediatore propone, non impone". Un procedimento, quello che esula dalla legislazione speciale che, oltre a non beneficiare dei vantaggi che la normativa menzionata riserva alle mediazioni che si svolgono secondo le regole da essa stabilite (*ivi*, 40), si basa su regole che "non hanno la funzione propria che hanno le regole di formazione della decisione del

– ossia quella definita nel d.lgs. n. 28/2010 – è connaturato al suo espletamento il fatto che questa debba essere fornita attraverso organismi di mediazione i quali si avvalgono di mediatori appositamente formati e dotati di specifici requisiti¹¹. Tutto questo è completamente assente nella mediazione tributaria. Come evidenziato da autorevole dottrina, infatti, “la mediazione tributaria è una «mediazione senza mediatore»”¹². Le parti non si recano dinanzi a nessun “terzo imparziale”¹³; infatti, il ricorso con i c.d. effetti del reclamo deve essere esaminato da “apposite strutture *diverse ed autonome* da quelle che curano l’istruttoria degli atti reclamabili”¹⁴ ma sono pur sempre strutture dell’ente impositore. Per tale ragione, secondo alcuni autori, non ci troveremmo “in presenza di un istituto giustiziale, ma di una forma di autotutela da parte dell’ente impositore”¹⁵, e per tale ragione sarebbe meglio parlare di “conciliazione”¹⁶. Dunque, se la mediazione civile di diritto può rientrare nel novero degli strumenti “alternativi alla giustizia”

terzo, dunque non ne condizionano la validità. Esse – come la terzietà del mediatore – servono a favorire la conclusione dell’accordo: il loro mancato rispetto rende più difficile tale conclusione. Ma se l’accordo è raggiunto nonostante che il mediatore non abbia rispettato quelle regole, esso è perfettamente valido, perché le parti hanno avuto comunque la possibilità di valutarne la convenienza, prima di vincolarsi ad esso” (ivi, 30).

¹¹ La disciplina relativa alle caratteristiche e alla formazione dei mediatori, degli organismi di mediazione e degli organismi di formazione è essenzialmente contenuta nel d.m. n. 180/2010.

¹² Cfr. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, 5ª ed., Torino, 2020, 145.

¹³ Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi la Corte costituzionale che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità dell’art. 17-bis, censurato per violazione dell’art. 111 Cost. in relazione al principio della terzietà del giudice, per aver la norma attribuito il compito di mediatore a una delle parti della controversia. A giudizio della Corte, infatti, la mediazione tributaria costituisce una forma di composizione pregiudizionale delle controversie basata sull’intesa raggiunta, fuori e prima del processo, dalle stesse parti (senza l’intermediazione di terzi), che agiscono, quindi, su un piano di parità (Corte cost., 15 febbraio 2017, n. 38, in *Giur. cost.*, 2017, 330). Deve perciò escludersi che “un tale procedimento conciliativo, non riconducibile alla mediazione, il cui esito positivo è rimesso anche al consenso dello stesso contribuente, possa violare il suo diritto di difesa, il principio di ragionevolezza o il diritto a non essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge” cfr. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 146, nt. 35.

¹⁴ Così testualmente l’art. 17-bis, comma 4, D.Lgs. n. 546/1992.

¹⁵ Cfr. F. TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 146.

¹⁶ Sul punto si veda M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino, 2013, 83 per il quale l’analisi della norma di cui all’art. 17-bis d.lgs. n. 546/1992 e dei parametri da essa indicati (tra cui *infra*) dovrebbe “condurre ad un risultato di maggiore oggettività nella valutazione di opportunità circa la prosecuzione della lite, e pertanto ad un accordo che si perfeziona e produce effetti (anche sull’entità delle sanzioni) in termini analoghi alla conciliazione giudiziale (art. 48) che infatti è soppressa per le liti a cui si applica la mediazione tributaria”.

– in quanto essa mira ad una soluzione del conflitto che prescinde dalla fondatezza della pretese, incernierandosi piuttosto sul comporre i diversi interessi portati innanzi al mediatore attraverso una decisione vincolante tra le parti – la mediazione tributaria appare estranea a tale schema e si colloca piuttosto nel novero della “giustizia alternativa”, ossia si risolve nell’individuazione e delineazione di regole di condotta che sono contenute in un atto che, in quanto è idoneo a risolvere una controversia, è vincolante tra le parti¹⁷. La *ratio* attorno alla quale ruota l’istituto della mediazione tributaria è quanto mai controverso in dottrina¹⁸, poiché accanto a chi ne riconosce “un’anticipazione dell’occasione [...] di perfezionare una conciliazione giudiziale ex art. 48, dello stesso d.lgs. n. 546/1992”¹⁹, vi sono anche coloro che vedono in essa una sorta di “deprocessualizzazione” del diritto tributario in favore di un incasellamento nel c.d. “diritto amministrativo delle imposte”²⁰ e coloro che ritengono che la mediazione

¹⁷ La nota distinzione tra “alternativa alla giustizia” e “giustizia alternativa” consiste in ciò: la prima (definibile come uno strumento “eteronomo” di soluzione della lite), punta a rendere una decisione, ad individuare le regole di condotta in un atto che, in quanto contenete una decisione che risolve una controversia, è vincolante tra le parti; l’“alternativa alla giustizia”, invece, essendo un mezzo “autonomo”, è costituita da degli strumenti per il componimento del conflitto sorto tra le parti che prescindono dalla realtà sostanziale preesistente ed hanno natura negoziale fondandosi sulla sola positiva valutazione dell’opportunità dell’accordo che trova la propria ragione negli interessi delle parti piuttosto che nella fondatezza delle pretese. Tale distinzione si rinviene in F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *www.judicium.it*, §1 e in *Giusto proc. civ.*, 2011, 325 ss.; ID., *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra prassi ed interventi del legislatore*, in ISDACI – UNIONCAMERE – CAMERA DI COMMERCIO DI MILANO – CAMERA ARBITRALE DI MILANO (a cura di), *Quarto Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, ebook online reperibile al sito *www.camera-arbitrale.it*, 2011, 111 ss.; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 1 ss.

¹⁸ Per la più recente e completa analisi relativa al dibattito dottrinale in atto sulla mediazione tributaria si rimanda integralmente a G. CORASANITI, *Mediazione e conciliazione nel processo tributario: lo stato dell’arte e le prospettive di riforma*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 966 ss. spec. 975 ss. Per il cammino seguito dalla giurisprudenza, invece, si segnalano G. CORASANITI, *L’evoluzione normativa e giurisprudenziale della disciplina del reclamo e della mediazione tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2017, 1442 ss. e ID., *Il reclamo e la mediazione tributaria tra la recente giurisprudenza costituzionale e i controversi profili evolutivi della Corte costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 2014, 467 ss.

¹⁹ Cfr. V. FICARI, *Il processo tributario*, in A. FANTOZZI (a cura di), *Diritto tributario*, Torino, 2012, 1025 ss. In senso analogo si colloca anche A. GUIDARA, *La mediazione nel diritto tributario: una prima e parziale lettura sistematica delle disposizioni*, in *Dialoghi trib.*, 2012, 92 ss. In senso analogo troviamo anche coloro che descrivono l’istituto in termini di una vera e propria “conciliazione preventiva” (D. STEVANATO, *Reclamo e “mediazione fiscale”: lettera a un bambino mai nato*, in *Dialoghi trib.*, 2012, 98 ss.).

²⁰ Così in R. LUPI, *Un altro sintomo del fallimento della via giurisdizionale alla tassazione*, in *Dialoghi trib.*, 2012, 100.

non sia altro che un “criterio di soluzione *stragiudiziale* dei rapporti tributari avente innegabili connotati transattivi”²¹. Il tutto senza menzionare la posizione intermedia sostenuta da chi ritiene che la mediazione sia sì una “conciliazione pregiurisdizionale”, ma la stessa avrebbe altresì una connotazione transattiva in relazione all’accordo che da essa scaturirebbe²². Nonostante l’apparente inconciliabilità delle posizioni qui sommariamente enunciate, tuttavia, un aspetto comune mi sembra marcare un punto in relazione all’eteronimia dello strumento “mediazione” che permettono di collocarla – sì all’interno del *genus* delle *Alternative Dispute Resolutions* – ma nella *species* della “giustizia alternativa” e questo per la mancanza di autonomia rispetto al procedimento amministrativo del reclamo all’interno del quale la stessa deve essere formulata e contenuta. E questo risulta confermato anche dalla finalità specifica che il legislatore ha inteso perseguire con tale istituto e che si evince dalla circolare dell’Agenzia delle entrate n. 9/E del 19 marzo 2012 che afferma che la *procedura amministrativa* della mediazione tributaria “deve ritenersi sostanzialmente finalizzata a evitare il «rinvio» ai giudici tributari delle contestazioni che possono essere risolte in sede amministrativa, attraverso un esame volto ad anticipare l’esito ragionevolmente atteso del giudizio, tenuto conto della situazione di fatto e di diritto sottesa alla singola fattispecie”.

Un aspetto, quest’ultimo, che meglio si coglie una volta che si pone in relazione con il reclamo e se ne evidenzia il nesso procedimentale. Infatti, la mediazione tributaria si colloca come (sub)procedimento amministrativo che, pur avendo un carattere riconducibile ai moduli di risoluzione amministrativa di tipo *consensualistico*, è preordinato al procedimento amministrativo del reclamo che, una volta attivato, è destinato a “sostituirsi” alla mediazione stessa. In altre parole, come evidenziato da autorevole dottrina, “il reclamo rappresenta il procedimento amministrativo «principale», la cui rituale attivazione [...] costituisce la *condicio iuris* per la successiva ed eventuale attivazione del (sub)procedimento amministrativo della mediazione”²³.

3. – A questo punto, oltre alla mancanza di terzietà della parte “mediatrice” qui rappresentata dallo stesso creditore, a rendere la fattispecie ancor più paradossale e problematica è il fatto che il ricorrente – nella speranza di poter evitare lo strumento processuale – è “costretto” a disvelare “alla controparte tutte le proprie critiche processuali consentendogli di

²¹ F. PISTOLESI, *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, cit., 67 ss.

²² Si veda, *amplius*, A. GIOVANNINI, *Reclamo e mediazione tributaria: per una riflessione sistematica*, in *Rass. trib.*, 2013, 60 ss.

²³ Cfr. G. CORASANITI, *Mediazione e conciliazione nel processo tributario: lo stato dell’arte e le prospettive di riforma*, cit., 980.

valutare le possibili contromisure con più spazio di quello che avrebbe nei tempi ordinari del processo”²⁴. Tale aspetto viene giustificato dall’Agenzia delle entrate sostenendo che il procedimento di mediazione “si configura maggiormente come espressione dell’esercizio di un potere di autotutela nonché di più adeguata determinazione dell’ente impositore, che va stimolato e incoraggiato, allo scopo di indurre ogni amministrazione a rivedere i propri errori prima dell’intervento del giudice”²⁵. Tali aspetti non hanno ricevuto la censura della Corte costituzionale – già chiamata a pronunciarsi sul punto – che, in punto di diritto, si è limitata a rilevare come la mancanza di un mediatore “terzo” semplicemente determina l’impossibilità di ricondurre la mediazione tributaria a quella civile e, di conseguenza, a ricondurre l’intero istituto all’ambito mediatorio propriamente inteso senza che ciò possa comportare una violazione dell’art. 3 Cost. rispetto alla disciplina civilistica²⁶. Tale ultima affermazione, però, non convince fino in fondo in quanto essa rischia seriamente di attribuire un serio “vantaggio competitivo” in termini processuali all’ente impositore a discapito delle difese e delle strategie che il contribuente potrebbe voler attuare e disvelare in una successiva fase contenziosa.

Insomma, quello della mediazione tributaria è un curioso ibrido che si colloca a metà via tra uno strumento volto ad evitare il declivio del contenzioso e un sub-procedimento amministrativo che impedisce la naturale prosecuzione del processo. E questo è tanto più vero a seguito dell’eliminazione dell’alternatività tra reclamo/mediazione e conciliazione avutasi con la novella introdotta con il d.lgs. n. 156/2015 a norma del quale, per le controversie instaurate successivamente al rigetto dell’istanza di reclamo o in caso di mancata conclusione dell’accordo di mediazione, si rendono applicabili gli artt. 48, 48-bis e 48-ter dettati in tema di conciliazione²⁷. Tale aspetto, ha peraltro indotto Autorevole dottrina a sostenere, *de iure condito*, che “quella che ancora pomposamente, ma impropriamente, si pretende di chiamare «mediazione tributaria», realisticamente si configura come nient’altro che un pressoché inutile, ma nocivo, intralcio amministrativistico al normale progredire del processo tributario”²⁸ e, *de iure condendo*, che “le finalità «smaltitorie» o

²⁴ Cfr. A. BODRITO, sub art. 17-bis, cit., 475.

²⁵ Cfr. Circolare dell’Agenzia delle entrate n. 38/E del 29 dicembre 2015.

²⁶ Sul punto si vedano Corte cost., 18 aprile 2019, n. 97 e Corte cost., 15 febbraio 2017, n. 38.

²⁷ Sul punto si veda la Circolare dell’Agenzia delle entrate n. 38/E del 29 dicembre 2015.

²⁸ Cfr. C. GLENDI, sub art. 17-bis, d.lgs. n. 546/1992 – *Il reclamo e la mediazione*, in C. GLENDI – C. CONSOLO – A. CONTRINO, *Abuso del diritto e novità sul processo tributario*, Milanofiori Assago, 2016, 176.

«deflazionistiche», che sono alla base della c.d. mediazione tributaria possono essere meglio conseguite attraverso il rafforzamento disciplinare di altro istituto, qual è la conciliazione giudiziale»²⁹.

4. – Sin dall'introduzione della procedura di mediazione in ambito tributario, molti interpreti avevano avuto modo di riflettere sul fatto che il legislatore avesse voluto riproporre in ambito tributario la disciplina della mediazione civile³⁰. Anche la successione temporale con cui i due provvedimenti si sono succeduti nel corso del tempo (la mediazione civile con il d.lgs. n. 28/2010 mentre quella tributaria con il d.l. n. 98/2011) aveva dato adito a siffatta argomentazione che, però, come abbiamo avuto modo di vedere, è stata smentita tanto nella struttura sistematica impostata dal legislatore, quanto nella diversità di *rationes* sottostanti i due modi di intendere la mediazione. L'obiettivo di estendere le disposizioni della Direttiva CE del Consiglio europeo del 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE cercando di adattarne il testo alle differenti dinamiche procedurali di cui è composto il complesso e poliedrico sistema italiano.

Se le premesse valoriali su cui si fondano i due istituti in commento sono talmente profonde da far dubitare persino che una delle due mediazioni – quella tributaria – sia idonea a perseguire gli scopi deflattivi del contenzioso ai quali la stessa dovrebbe mirare, non devono poi stupire le differenze in termini di *iter* procedurale da seguire.

Sotto tale aspetto, senza avvilupparci eccessivamente nei singoli marcatori differenziali che caratterizzano le due procedure, sia qui sufficiente notare come la procedura applicata in campo civile – in tutte le sue declinazioni (sia essa, obbligatoria, demandata o facoltativa) – ha inizio mediante la proposizione di un'istanza ad un Organismo di mediazione³¹ –

²⁹ Cfr. C. GLENDI, *Relazione di sintesi preliminare all'audizione del 26 maggio 2021 davanti alla Commissione Interministeriale per la Giustizia Tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, 2144 ss.

³⁰ Si vedano, in proposito, i contributi di A. GIOVANNINI, *Reclamo e mediazione tributaria: per una riflessione sistematica*, cit., 58; F. PISTOLESI, *Il reclamo e la mediazione nel processo tributario*, cit., 65; V. FICARI, *Brevi note sulla mediazione fiscale*, in *Boll. trib.*, 2012, 1364; A. TURCHI, *Reclamo e mediazione nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, 898. Rilegge il dibattito in chiave critica G. CORASANITI, *Il reclamo e la mediazione nel sistema tributario*, cit., 51 ss.

³¹ Tale organismo, ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, è di solito scelto dalla parte istante a meno che non vi sia un accordo delle parti sull'organismo da adire (*ex art. 5, comma 5*). È da sottolineare come il d.l. n. 69/2013 ha introdotto un criterio di competenza territoriale che la versione originaria della norma non prevedeva, in base al quale la domanda deve essere proposta ad un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia. In tal senso (tale disposizione assume rilevanza solo per la mediazione obbligatoria) occorrerà per la parte istante individuare preliminarmente quale sarebbe il giudice territorialmente

accreditato dal Ministero della Giustizia – che entro quindici giorni dal ricevimento della stessa nomina un mediatore e provvede a fissare il primo incontro tra le parti. Tale procedura (questa volta nelle sole declinazioni di quella obbligatoria e di quella demandata)³² prevede altresì una durata massima di tre mesi. Altro aspetto rilevante che permette di inserire a pieno titolo la mediazione civile tra gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie in materia civile, è che la domanda di mediazione produce alcuni degli effetti che il codice riserva alla proposizione della domanda: la prescrizione è interrotta e riprende a decorrere dal momento in cui termina (ovviamente con esito negativo) il procedimento di mediazione; e la decadenza è altresì impedita dall'istanza di mediazione ma per una sola volta (il che significa che il secondo periodo di decadenza inizia a decorrere dalla fine del procedimento di mediazione ed esso non è impedito da un'altra eventuale istanza di mediazione). Questo significa che coloro i quali hanno interesse alla mediazione non hanno nulla da temere – ai fini dell'eventuale ed ipotetico futuro giudizio – a causa del tempo necessario allo svolgimento della stessa³³. Il legislatore ha poi previsto all'art. 11 che, ove le parti non raggiungano un accordo, il mediatore, *può*, discrezionalmente e se lo ritiene opportuno, formulare una proposta di conciliazione, la quale, tuttavia, diviene obbligatoria se entrambe le parti glielo chiedono. Qui si coglie un altro particolare aspetto definitorio che finora abbiamo sottaciuto. Ossia l'utilizzo del termine conciliazione che, il legislatore, utilizza – sulla scorta della direttiva comunitaria 2008/52/CE – per riferirsi *tecnicamente* all'accordo raggiunto a seguito dell'esito positivo della mediazione che, viceversa, altro non rappresenta se non l'*attività* svolta per addivenire a tale accordo.

competente per decidere quella controversia e, di conseguenza, scegliere un organismo che operi nella circoscrizione territoriale di quel giudice. È da notare – come peraltro rilevato da Autorevole dottrina (si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 44-45) – che “in nessun caso poi la «competenza» dell'organismo è condizione di validità dell'accordo”.

³² Questo perché, come nota F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 43, “nell'ambito della mediazione facoltativa, la predeterminazione della durata massima del procedimento non ha senso, potendo ciascuna delle parti porvi fine o rinunciarvi in qualsiasi momento”.

³³ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 47 dove l'A. ricorda che, peraltro, “l'equiparazione degli effetti della domanda di mediazione agli effetti (sostanziali) della domanda giudiziale è limitata alla prescrizione e alla decadenza. Il legislatore non ha attribuito alla domanda di mediazione tutti gli effetti sostanziali della domanda giudiziale, come invece, [...], ha fatto per la domanda di arbitrato [...] Sicché, ove si renda necessaria la produzione di un altro effetto sostanziale della domanda giudiziale, occorrerà comunque proporre la domanda e, magari contestualmente, avanzare l'istanza di mediazione”.

Niente di quanto descritto si rinviene nella mediazione tributaria. L'art. 17-bis del d.lgs. n. 546/1992 sancisce che nelle liti di valore fino a 50.000 euro, il ricorso *produce anche* gli effetti di un reclamo e *può* contenere una proposta di mediazione. La legge pertanto stabilisce che il *ricorso*, ossia l'atto introduttivo del giudizio redatto ai sensi dell'art. 18, d.lgs. n. 546/1992, produce non solo gli effetti processuali propri dell'atto introduttivo, ma anche quelli di un reclamo, ossia dell'atto introduttivo di un procedimento amministrativo che può *eventualmente* sfociare nella mediazione della lite che, solo a questo punto, può costituire uno strumento alternativo alla risoluzione della controversia³⁴. Il reclamo, dal punto di vista formale, non ha requisiti necessari diversi da quelli del ricorso³⁵. Il procedimento amministrativo di mediazione, dunque, si avvia *ex lege*, a seguito della notificazione del ricorso-reclamo dinanzi alla stessa parte pubblica creditrice. Dunque la mediazione prende avvio con l'esame formale del ricorso-reclamo. In una prima fase, si verificherà il rispetto dei criteri formali dell'atto e, una volta superato l'esame preliminare, l'ente impositore procederà ad affrontare il riesame dell'atto impositivo in base alla domanda di annullamento totale o parziale dell'atto stesso che la parte privata ha formulato nel ricorso-reclamo e se dette domande dovessero essere ritenute fondate, l'Ufficio procederà in autotutela all'annullamento totale o parziale dell'atto; mentre, se l'Ufficio dovesse nutrire dei dubbi circa la fondatezza delle domande del contribuente, *valuterà*, la proponibilità di una mediazione sulla base degli indici di (i) incertezza delle questioni controverse, (ii) grado di sostenibilità della pretesa e (iii) principio di economicità dell'azione amministrativa³⁶. Se però è presente almeno uno di questi tre indici, la controversia merita una proposta di mediazione da parte dell'ente impositore e, se formulata, una valutazione della proposta del ricorrente³⁷.

³⁴ Sul punto si veda anche A. BODRITO, sub art. 17-bis – *Il reclamo e la mediazione*, in A. MARCHESELLI (a cura di), *Contenzioso tributario*, Milano, 2021, 467 ss.

³⁵ Per gli aspetti formali del ricorso-reclamo si rimanda a G. CORASANITI, sub art. 17-bis, cit., 273 ss. e A. BODRITO, sub art. 17-bis, cit., 470. Per gli aspetti più critici relativi in particolare alle allegazioni probatorie che la parte dovesse eventualmente allegare al ricorso si rimanda a C. GLENDI, sub art. 17-bis, cit., 177.

³⁶ Quest'ultimo criterio è stato oggetto di un chiarimento da parte della stessa Agenzia delle entrate attraverso la Circolare n. 9/E/2012 con la quale, al § 5.4, la stessa ha dichiarato che quando si parla di sostenibilità della pretesa occorre compiere una valutazione preventiva del grado di sostenibilità della controversia cercando di addivenire ad una mediazione quando "in previsione di una sentenza di primo grado sfavorevole o parzialmente sfavorevole, non siano ravvisabili i presupposti per la prosecuzione in appello del contenzioso". In altre parole, attraverso tale criterio, l'ente impositore soppesa il rischio rispetto alla probabilità che esso possa essere colpito da una condanna alle spese di lite da parte della Commissione tributaria.

³⁷ Si vedano, *amplius*, A. BODRITO, sub art. 17-bis, cit., 476 ss. e G. CORASANITI, sub art. 17-bis, cit., 273 ss.

In altri termini, è necessario presentare un'istanza che anticipa il contenuto del ricorso nel quale il contribuente chiede l'annullamento totale o parziale dell'atto indicando i motivi di fatto e di diritto che intenderebbe invocare innanzi alla Commissione Tributaria nell'eventuale fase giurisdizionale. Decorso novanta giorni senza che sia stato notificato l'accoglimento della mediazione essa si considera conclusa negativamente per effetto del silenzio-rifiuto e il reclamo, a questo punto, produce *ipso iure* gli effetti del ricorso. In caso di accordo viene redatto uno specifico verbale sottoscritto dalle parti, contenente la specifica indicazione degli importi oggetto di accordo (tributi, sanzioni e interessi) e le modalità di versamento della stessa.

5. – Cercando di trarre da tale sommaria descrizione i termini differenziali delle due procedure, è di palmare evidenza che la mediazione tributaria sia caratterizzata da una procedura più articolata e strutturata rispetto a quella seguita nella mediazione civile e commerciale che, al contrario, è più snella e lineare e in buona parte affidata ai regolamenti degli organi di mediazione che, in molti casi, non prevedono particolari formalità. Ma questo è ovvio nel momento in cui si ricorda il fatto che la mediazione civile nasce come un meccanismo che, anziché porre al centro le pretese *in iure* delle parti, ne valorizza gli interessi in concreto che esse pongono nella lite; interessi che, peraltro, come evidenziano gli studiosi degli approcci e dei modelli utilizzabili in mediazione³⁸, maggiormente addiventano ad un definizione della controversia secondo un approccio “win-win” (ossia quello in cui entrambe le parti riconoscano di essere soddisfatte dall'esito della mediazione) in un ambiente deformalizzato e, sotto certi aspetti, de-istituzionalizzato come può essere quello degli organismi di mediazione.

Il rigore della procedura della mediazione tributaria, invece, si giustifica nel fatto di essere un sub-procedimento amministrativo dove non sono tanto in discussione gli interessi che le parti hanno nella definizione del rapporto al di là della rigorosa linea applicativa della legge tributaria, quanto piuttosto quella di stabilire, nella maggioranza dei casi, il *quantum debeatur* del contribuente nei confronti dell'Amministrazione finanziaria. Per questo, a parere di chi scrive, si esce dallo “schema” deformalizzato della mediazione civile e si entra in un procedimento fortemente istituzionalizzato in cui sono *irrilevanti* gli interessi che spingono le parti a litigare – anche perché tali interessi verosimilmente sarebbero individuabili in un “*interesse a non pagare*” per i contribuenti e nell’“*interesse a riscuotere*” per l'Ufficio – quanto piuttosto la veloce e celere definizione del dovuto (o della situazione

³⁸ M. DOTTI – C. MENICHINO, *La mediazione: approcci e modelli*, in F. DANOVI – F. FERRARIS, *ADR una giustizia complementare*, Milano, 2018, 109 ss.; e F. DANOVI – F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, *passim*.

sostanziale) da parte da parte del ricorrente. Non solo. Inserendosi “a monte” di un eventuale procedimento giurisdizionale che, a tutela delle garanzie delle parti, è dotato di sue precise formalità, il legislatore ha probabilmente ritenuto opportuno infarcire la mediazione di riferimenti formalistici con lo di tutelare la successiva fase (quella giurisdizionale). Così facendo, però, nel tutelare la forma svisciva la sostanza propria della mediazione che dovrebbe essere quella di fungere da naturale “punto di incontro” tra opposti interessi che la mediazione civile riesce, seppur con difficoltà a rispettare, mentre quella tributaria ne è completamente avulsa.

Abstract

CIVIL MEDIATION AND TAX MEDIATION: A MISLEADING PAIRING

Nonostante il comune intento deflazionistico del contenzioso, la mediazione civile e commerciale regolata dal d.lgs. n. 28/2010 e la mediazione tributaria disciplinata dall'art. 17-*bis* del d.lgs. n. 546/1992 presentano numerosi marcatori differenziali che passano dal diverso ruolo del mediatore all'oggetto proprio delle controversie ad esse assoggettabili. Tali differenze fanno ritenere la mediazione civile un vero e proprio strumento di alternativa alla giustizia sul modello delle c.d. *Alternative Dispute Resolutions*, mentre costringono a classificare la mediazione tributaria come un modello di giustizia alternativa esercitato dallo stesso soggetto che sarebbe parte resistente in un eventuale giudizio dinanzi al giudice tributario.

Despite the common deflationist intent of dispute, civil and commercial mediation regulated by Legislative Decree No. 28/2010 and tax mediation regulated by Art. 17-bis of Legislative Decree No. 546/1992 present several differences that go from the different role of the mediator to the matter subject to them. These differences cause civil mediation to be considered a true Alternative Dispute Resolutions method, while forcing to classify tax mediation as a model of alternative justice exercised by the same party that would be a resistant party in a possible judgment before the tax court.

Corte d'Appello di Milano, Sez. II Penale
Pres. Manzi – Rel. Rinaldi

Laddove si tratti di stabilire la sussistenza del reato di ricettazione, in caso di vendita di un'opera d'arte contraffatta, il vaglio di attendibilità delle dichiarazioni rese dalla parte civile – una fondazione d'artista – nel processo penale deve essere circondato da molte cautele, in considerazione del fatto che tale ente, che possiede il monopolio sul rilascio dei certificati di autenticità, risulta sovente altresì essere proprietario di opere e quindi inevitabilmente portatore di interessi economici sul mercato, dovendosi in tal modo ipotizzare anche un potenziale in conflitto di interessi.

(Omissis) § 1. – La sentenza di primo grado.

Con sentenza dell'8.9.2020 il Tribunale di Milano, ad esito di rito abbreviato condizionato, dichiarava l'imputato responsabile del reato lui ascritto e, concesse le circostanze attenuanti generiche, applicata la diminvente per la scelta del rito, lo condannava alla pena di anni 1 e mesi 8 di reclusione ed euro 4.000,00 di multa, oltre al pagamento delle spese processuali. Pena sospesa e non menzione. Il Tribunale condannava inoltre l'imputato al risarcimento dei danni non patrimoniali in favore della costituita parte civile "Josef and Anni Albers Foundation inc" che liquidava in euro 10.000,00, nonché alla rifusione in favore della parte civile delle spese di costituzione e rappresentanza che liquidava in euro 2000,00, oltre accessori. Il Giudice di primo grado fondava il giudizio di responsabilità del sig. G.S. sulla base degli atti delle indagini preliminari, tutti correttamente utilizzabili in ragione del rito prescelto, che consentono di ricostruire la vicenda nel modo che segue. In data 9.12.2016 il sig. N.F.W., nella sua qualità di legale rappresentante della "Josef and Anni Albers Foundation inc" fondazione che si occupa di tutelare in tutto il mondo il nome e le opere del pittore Josef Albers - sporgeva denuncia-querela presso il Nucleo Carabinieri per la Tutela del Patrimonio Culturale di Monza. Nella denuncia-querela, affermava di essere stato contattato dal sig. L. E., mercante d'arte operante in Zurigo e a Londra, il quale aveva richiesto al Weber informazioni circa l'autenticità del dipinto "Study far Homage to the Square" di Josef Albers, ai fini dell'inclusione nel catalogo dell'artista e di un suo eventuale acquisto, precisando di aver visto il dipinto presso la Galleria (omissis) di Milano.

Weber si recava personalmente presso la galleria per incontrare l'odierno imputato, il quale gli mostrava il dipinto di interesse riferendo di esserne il proprietario poiché lo aveva ereditato dal padre che, a sua volta, lo aveva acquistato, a dire di G.S., nel 1986. L'imputato specificava altresì di

essere stato in possesso di un certificato di autenticità che sarebbe stato a suo tempo rilasciato dalla Galleria Sydney Janis di New York, ma che lo aveva poi smarrito.

Visionata l'opera, N.F.W. si accorgeva subito della non autenticità della stessa trattandosi di un dipinto creato ex novo per imitare le composizioni e lo stile di Albers. Precisava che la falsità appariva ictu oculi per la differente tecnica di applicazione del colore e per la firma dell'autore apposta sul dipinto, a suo dire, totalmente apocrifia.

Alle medesime conclusioni giungeva anche la storica d'arte della Fondazione, J.R., che sosteneva trattarsi di un falso facente parte di un gruppo di dipinti, esistenti nel mercato, attribuiti falsamente ad Albers.

In sede di interrogatorio, l'imputato confermava quanto riferito al Weber circa le modalità di acquisto e circa lo smarrimento del certificato di autenticità, aggiungeva di aver ricevuto un'offerta d'acquisto dell'opera da parte di L.E. per circa 320.000,00 euro.

L. E., invece, riferiva di essere stato in passato cliente presso la galleria dell'imputato avendo acquistato due dipinti del medesimo artista, sprovvisti di certificato di autenticità, ma recanti un numero di archivio, che, invece, non era presente nell'opera "Study for Homage to the Square". Tale circostanza aveva insospettito l'esperto che, a quel punto, aveva preferito contattare i massimi esperti mondiali dell'artista Albers per acquisire un autorevole parere sull'autenticità dell'opera.

Così ricostruito il fatto, il Tribunale riteneva provata la penale responsabilità di G.S. in ordine al reato di ricettazione.

In particolare, il Tribunale riteneva provata la non genuinità dell'opera, essendo giunto a tale conclusione N. F. W., massimo esperto mondiale delle opere dell'artista Albers, il quale riscontrava nell'opera "Study for Homage to the Square" la contraffazione della tela e della firma soltanto in apparenza riconducibile all'artista.

(*Omissis*)

Alla declaratoria di responsabilità seguiva *ex lege* la condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali, nonché la condanna al risarcimento dei danni non patrimoniali in favore della costituita parte civile "Josef and Anni Albers Foundation inc".

§ 2. - I motivi di appello.

Avverso la suddetta sentenza presentava tempestivamente appello il difensore dell'imputato chiedendo, in riforma della sentenza del Tribunale di Milano:

a) In via principale: previa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ex art. 603 c.p.p. l'assoluzione dell'imputato per carenza dell'elemento soggettivo e oggettivo del reato.

b) In subordine: rideterminazione della pena entro i minimi edittali, nonché concessione della circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 648 comma 2 c.p.

La difesa, con il primo motivo di doglianza, chiedeva preliminarmente la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale *ex art.* 603 c.p.p. per l'escussione del consulente tecnico e per l'acquisizione della consulenza tecnica redatta al fine di stabilire non tanto l'autenticità dell'opera, bensì la sua storicità e, dunque, l'impossibilità per l'imputato di riconoscerne con certezza la falsità.

In secondo luogo, la difesa chiedeva l'assoluzione dell'imputato per carenza dell'elemento soggettivo in ordine alla reale consapevolezza dello stesso circa la falsità dell'opera.

In particolare, attribuiva rilevanza a quanto dichiarato dallo stesso L. E., potenziale acquirente dell'opera *de quo*, il quale affermava di avere già acquistato due opere di Albers dalla collezione dell'imputato senza alcuna certificazione di provenienza e autenticità, nonostante ciò, la Fondazione le aveva archiviate come autentiche. A tal proposito il teste affermava che, in particolar modo le opere di Albers non venivano mai accompagnate dalle autentiche che invece il Giudice di prime cure indicava come elemento comprovante la consapevolezza della provenienza illecita del quadro. L'opera in questione veniva inoltre inserita all'interno di un catalogo ragionato di Albers alla cui redazione aveva partecipato lo stesso N.F.W..

La difesa valorizzava la circostanza che quando L. E. riferiva di voler chiedere

un parere prima dell'acquisto direttamente alla Fondazione, l'imputato non si opponeva in alcun modo.

Da ultimo il difensore specificava che la prova che l'opera proveniva dall'eredità paterna si desumeva dalla presenza dello stesso in una mostra tenutasi nella galleria dell'imputato nel 1988, come dimostrato dalla produzione fotografica che aveva allegato.

Da tali elementi la difesa deduceva l'insussistenza dell'elemento psicologico del dolo richiesto per il reato di ricettazione non potendosi tale fattispecie configurare allorquando il bene di provenienza delittuosa viene ricevuto nell'ambito di un rapporto familiare, evidenziava che il reato in questione richiede la piena consapevolezza della provenienza delittuosa della res.

In terzo luogo, la difesa chiedeva l'assoluzione dell'imputato per carenza dell'elemento oggettivo del reato osservando che nel caso di specie non era stata raggiunta la prova certa in ordine alla falsità dell'opera, e quindi del reato presupposto del delitto di ricettazione, non potendosi dunque punire una ricettazione meramente putativa.

La difesa appellava il trattamento sanzionatorio lamentando la quantificazione della pena inflitta in prime cure: chiedeva la rideterminazione nel minimo edittale, anche previo riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 648, comma 2 C.p. osservando che l'imputato si dimostrava in buona fede poiché non si opponeva alla richiesta del venditore di far controllare l'opera dalla Fondazione.

§ 3. – L'udienza di discussione e le conclusioni delle parti.

L'udienza in data 3 novembre 2021 si è tenuta in camera di consiglio ai sensi dell'art. 23-bis co. 2 e 3 d.l. 137/2020, convertito con modificazioni dalla legge 176/2020.

Il Pg ha fatto pervenire la richiesta di riforma dell'impugnata sentenza attesa la carenza della necessaria, rigorosa, certezza in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato in capo a G.S.; il Pg osservava che l'assenza del certificato di autenticità di un'opera d'arte non comporta necessariamente che l'opera sia falsa.

La difesa insisteva nell'accoglimento dei motivi di appello.

§ 4. -Le ragioni della decisione della Corte.

L'appello merita integrale accoglimento con assoluzione dell'imputato per difetto dell'elemento psicologico del reato.

§ 4.1 -Premessa.

Preliminarmente la Corte osserva che il reato di ricettazione, di cui all'art. 648 C.p., si configura allorché qualcuno acquista, riceve od occulta a proprio vantaggio un bene sottratto in maniera illecita a un terzo, ovvero qualora qualcuno si attivi per far acquistare, ricevere od occultare da altre persone il bene oggetto dell'illecito.

Soggetto attivo del reato può essere chiunque, ma non colui il quale sottrae in maniera illecita il bene al terzo; per fare un esempio che non si discosti dall'oggetto del presente processo, nel caso della vendita di un quadro d'autore rubato o contraffatto, il reato di ricettazione è riferibile all'acquirente del dipinto sottratto illecitamente e non a chi lo ha materialmente rubato o contraffatto.

Rispetto al delitto di ricettazione il delitto presupposto è il reato che condiziona l'inquadramento della ricettazione come tale; tuttavia, benché i due reati siano legati da un rapporto causale, il terzo comma dell'art. 648 C.p. afferma che "Le disposizioni di questo articolo si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile

o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto".

Dunque, l'acquirente del quadro è punibile anche se colui che ha commesso il furto sia, per qualche motivo, non imputabile o non punibile.

L'analisi dell'elemento psicologico del delitto di ricettazione è materia particolarmente rilevante, e, nel caso in esame, dirimente per la decisione.

Sul punto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ud. 26.11.2009, n. 12433, Nocera) hanno affermato la compatibilità del delitto di ricettazione con il dolo eventuale, escludendo, però, che il semplice dubbio sulla provenienza illecita della cosa acquistata sia sufficiente ad integrare tale stato soggettivo.

Le SU hanno specificato che il dolo eventuale, nella ricettazione, presuppone che l'agente si sia rappresentato la concreta possibilità della provenienza illecita della cosa acquistata, e che egli non avrebbe desistito dall'acquisto anche ove avesse avuto la certezza di tale provenienza. Sul piano probatorio, l'elemento soggettivo potrà considerarsi provato soltanto allorché sussistano dati di fatto non equivoci, che rendano palese per l'agente la concreta possibilità di tale provenienza, e quindi circostanze più consistenti di quelle che possono semplicemente dare motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto.

§ 4.2. Il merito della decisione

Tanto premesso la Corte osserva che, nel caso di specie, infatti, viene contestato a G.S., gallerista milanese, il tentativo di cessione a fronte di un corrispettivo di euro 320.000,00 dell'opera del pittore Josef Albers dal titolo "Study for Homage to the Square" (1968) cm. 40x40, apparentemente proveniente dall'artista Josef Albers.

L'opera, in realtà, era contraffatta, come stabilito dalla Fondazione Albers nella persona del presidente N. F. W., tra i massimi esperti dell'artista. L'art. 64 del D.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) prevede che chiunque esercita l'attività di vendita al pubblico, di esposizione a fini di commercio o di intermediazione finalizzata alla vendita di opere di pittura, di scultura, di grafica ovvero di oggetti d'antichità o di interesse storico od archeologico, o comunque abitualmente vende queste opere, ha l'obbligo di consegnare all'acquirente la documentazione che ne attesti l'autenticità o almeno la probabile attribuzione e la provenienza delle opere medesime.

Ai sensi dell'articolo in esame, quindi, colui che vende quella che poi (tramite in genere un'autentica di quadri) si scopre essere una copia d'autore, è tenuto a rilasciare un'apposita certificazione circa l'autenticità o la provenienza del quadro famoso.

La questione dell'autenticità di un'opera è fondamentale nell'ambito del mercato dell'arte in quanto ogni opera o bene artistico, oltre a possedere un intrinseco valore estetico, ha una sua precisa valenza economica, che dipende direttamente dal certificato di autenticità dell'opera stessa che, però, non sempre viene conservato o ottenuto dal commerciante.

È dunque ricorrente l'ipotesi in cui il possessore dell'opera asseritamente contraffatta non abbia nella propria disponibilità alcuna documentazione che certifichi la lecita provenienza del bene de qua, specialmente se, e riguarda proprio il caso per il quale si procede, questi l'abbia ricevuta nell'ambito di un rapporto familiare a titolo ereditario.

Vi è poi un ulteriore profilo di criticità che riguarda le opere d'arte ed il rapporto tra la non autenticità e la opinione autorevole, nel caso in esame quella espressa dalla Fondazione Albers, dovendosi verificare se la seconda per quanto autorevole sia sufficiente per ritenere il quadro contraffatto e, dunque, per sostenere una condanna per il reato di ricettazione nei confronti di chi sia stato trovato in possesso dell'opera -nel caso di specie, l'imputato G.S. -avendola messa in vendita senza certificato di autenticità.

Sul punto, occorre preliminarmente osservare che è consolidato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che afferma che le dichiarazioni della persona offesa -nel caso di specie, la Fondazione Albers costituitasi parte civile -possono, da sole e senza la necessità di riscontri esterni, fondare l'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, adeguatamente motivata, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che sarà necessariamente più penetrante e rigorosa rispetto a quella cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone, specialmente nei casi in cui la persona offesa sia anche costituita quale parte civile (Corte di Cassazione, sez. III Penale, sentenza 4 luglio -12 ottobre 2018, n. 46218; in questo senso anche: Sez. U, n. 41461 del 19/7/2012, *Bell'Arte*, Rv. 253214; e, nella giurisprudenza successiva, Sez. 5, n. 21135 del 26/3/2019, S., Rv. 275312; Sez. 2, n. 43278 del 24/9/2015, *Manzini*, Rv. 265104; Sez. 5, n. 1666 del 8/7/2014, dep. 2015, *Pirajno*, Rv. 261730). A tale proposito, il Giudice ha il dovere di indicare le risultanze probatorie che hanno dettato il suo convincimento sull'attendibilità della persona offesa, in modo da chiarificare l'iter-logico giuridico che ha condotto alla soluzione adottata. Il giudizio sull'attendibilità della persona offesa, quindi, è di tipo fattuale e di merito.

Sicché la credibilità e attendibilità delle dichiarazioni rese della parte civile nel processo penale, persino quando è autorevole, è in genere circondata da molte cautele. Nel caso di specie il vaglio di attendibilità doveva essere ancora più penetrante, in considerazione del fatto che l'Archivio, che possiede il monopolio sul rilascio dei certificati di autenticità, risulta altresì proprietario di opere e, quindi, inevitabilmente portatore di interessi economici sul mercato, dovendosi ipotizzare anche un potenziale conflitto d'interesse. La Fondazione Albers, difatti, come risulta espressamente dal sito web, si occupa anche di vendere al pubblico un limitato numero di opere attraverso i suoi rappresentanti autorizzati.

Per contrastare l'opinione della fondazione la difesa aveva predisposto una consulenza tecnica, della quale chiedeva l'acquisizione e che allegava comunque all'atto di appello, predisposta dal dott. S. S., specificando che tale consulenza non si proponeva quale mezzo per appurare l'autenticità dell'opera, bensì per ricostruire la sua storicità, ovverosia la possibilità che l'imputato, conoscendo la provenienza della tela, non avesse la consapevolezza, aldilà di ogni ragionevole dubbio, della falsità della stessa.

Dalla consulenza tecnica emergevano tre aspetti di primario rilievo che escludono che l'imputato avesse avuto consapevolezza della presunta illecita provenienza del bene.

In primo luogo, la consulenza evidenziava la presenza sul retro del quadro di varie iscrizioni, alcune sicuramente riconducibili al padre dell'imputato, il gallerista P.S., avendone il figlio riconosciuto la paternità, ed altre presuntiamente riconducibili al pugno dello stesso artista, avendo

il C.t. comparato la calligrafia adoperata sulla tela de quo con altre del medesimo artista e sicuramente autentiche, iscrizioni tutte che attestano come l'opera sia stata esposta in varie mostre internazionali.

In secondo luogo, il consulente tecnico rimarcava la pubblicazione del volume "Josef Albers", l'Arca edizioni, 1988, ove veniva inserito il dipinto "Study for Homage to the Square" (1968) cm. 40x40, la cui prefazione veniva scritta da Weber che dunque doveva aver visionato il contenuto del libro e le aperture in esso inserite.

La circostanza che il quadro fosse pubblicato sull'unico catalogo generale dell'opera di Albers tuttora presente in commercio aveva dunque rassicurato l'imputato sulla autenticità dell'opera da lui ereditata.

Infine, ancor più eloquente la foto prodotta in atti che attesta la presenza della tela in questione durante una importante mostra tenutasi, nel 1988, nella Galleria S. ed ufficializzata nel sito internet della stessa Fondazione Albers, allorquando ad occuparsi della gestione della Galleria era il padre dell'imputato P. S.

Deve pertanto concludersi che all'assenza del certificato di autenticità di un'opera d'arte non consegue necessariamente la falsità dell'opera né, specularmente, l'esistenza di un certificato che ne attesti l'autenticità si traduce nella impossibilità assoluta che lo stesso venga contestato. Il parere di un esperto, indipendentemente da quanto autorevole sia, può sempre essere messo in discussione da altro esperto o consulente. Occorre, infatti, tener conto della peculiarità dell'oggetto d'arte come oggetto di scambio, peculiarità che dipende principalmente dall'incertezza intrinseca della sua esatta identità e provenienza, che spesso dipendono da una valutazione, quella dell'esperto, che per quanto diligentemente resa, altro non è se non un giudizio, un'opinione, suscettibile come tale di mutamento.

Così ricostruita la vicenda in fatto va aggiunto che, in caso di mero sospetto della provenienza delittuosa del bene, per la ricettazione "occorrono circostanze più consistenti di quelle che danno semplicemente motivo di sospettare che la cosa provenga da delitto, sicché un ragionevole convincimento che l'agente ha consapevolmente accettato il rischio della provenienza delittuosa può trarsi solo dalla presenza di dati di fatto inequivoci, che rendano palese la concreta possibilità di una tale provenienza. In termini soggettivi ciò vuoi dire che il dolo eventuale nella ricettazione richiede un atteggiamento psicologico che, pur non attingendo il livello della certezza, si colloca su un gradino immediatamente più alto di quello del mero sospetto, configurandosi in termini di rappresentazione da parte dell'agente della concreta possibilità della provenienza della cosa da delitto" (Cassazione, Sez. VI, 30 luglio 2013, n.33131).

Ne deriva che perché possa ravvisarsi il dolo eventuale è richiesto che vi sia più di un semplice motivo di sospetto, rispetto al quale l'agente potrebbe avere un atteggiamento psicologico di disattenzione, di noncuranza o di mero disinteresse; è necessaria una situazione fattuale di significato inequivoco, che impone all'agente una scelta consapevole tra l'agire, accettando l'eventualità di commettere una ricettazione, e il non agire.

La Sc ha più volte statuito che il dolo nel delitto di ricettazione è ravvisabile quando l'agente, rappresentando sì l'eventualità della provenienza delittuosa della cosa, non avrebbe agito diversamente anche se di tale provenienza avesse avuta la certezza.

Nel caso di specie sono molteplici i fattori -pubblicazione dell'opera in un volume ragionato e approvato dallo stesso N.F.W.; esistenza di una fotografia che attestava la presenza dell'opera nella Galleria S. nel 1988 ed ufficializzata nel sito internet della stessa Fondazione Albers; presenza di varie iscrizioni scritte di pugno dall'artista sul retro dell'opera - dai quali poter inequivocabilmente desumere che G.S. non fosse assolutamente consapevole della non autenticità dell'opera, ovvero che avesse effettivamente accettato la mera eventualità di porre in commercio un quadro probabilmente non originale.

A ciò va aggiunto che l'opera de quo costituiva parte del lascito ereditario del sig. P. S. padre dell'imputato, che peraltro nel corso di una attività pluriennale aveva venduto numerose opere di Albers, tutte risultate autentiche.

In conclusione l'imputato va assolto perché il fatto non costituisce reato. All'assoluzione segue l'assorbimento del secondo motivo di appello avente ad oggetto il trattamento sanzionatorio.

LA RESPONSABILITÀ DELLE FONDAZIONI E DEGLI ARCHIVI D'ARTISTA NELL'ATTIVITÀ DI AUTENTICAZIONE

LAURA CASTELLI
*Professore associato
nell'Università di Milano*

1. – La decisione di commentare in questa Rivista una sentenza emessa da un giudice penale deriva dal fatto che in essa sono presenti numerosi spunti di riflessione attinenti anche a questioni di diritto civile: la pronuncia, in particolare, merita attenzione per aver messo in luce per la prima volta alcune criticità legate all'operato delle fondazioni e degli archivi d'artista in sede di certificazione dell'autenticità delle opere.

Nel caso di specie un collezionista, dopo aver individuato, presso una galleria milanese, un'opera di un noto artista, sfornita di un certificato di autenticità, si rivolgeva al presidente della fondazione dell'artista, il quale, dopo aver visionato l'opera, dichiarava che la stessa era «*ictu oculi*» falsa; alle medesime conclusioni giungeva anche la storica dell'arte della fondazione, che sporgeva dunque, nella persona del suo legale rappresentante, denuncia-querela nei confronti del gallerista.

Quest'ultimo in primo grado veniva ritenuto responsabile del reato di ricettazione. La Corte di Appello, con la pronuncia che si annota, ribalta il giudizio, facendo leva sul fatto che la verifica delle dichiarazioni rese dalla persona offesa (la fondazione d'artista) avrebbe dovuto essere, nel caso di specie, particolarmente accurata: se già di norma la credibilità delle dichiarazioni della parte civile è per sua natura circondata da particolari cautele, la fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte imponeva un vaglio di attendibilità ancora più penetrante, considerati sia il ruolo di «monopolio sul rilascio dei certificati di autenticità» che rivestono oggi gli archivi d'artista, sia la possibilità che, nei casi in cui tali enti siano anche proprietari di opere e titolari di conseguenti interessi economici sul mercato, si configuri un «potenziale conflitto di interesse».

La pronuncia analizza poi alcuni elementi, rilevati dalla consulenza tecnica di parte, tesi a dimostrare che l'imputato non avesse consapevolezza della falsità del bene, per soffermarsi su un aspetto rilevante, ribadito spesso dalla giurisprudenza: l'assenza di un certificato di autenticità non implica necessariamente la falsità dell'opera, così come l'esistenza di un certificato che attesti l'autenticità non ne sancisce tale valore in assoluto, e questo perché «il parere di un esperto, indipendentemente da quanto autorevole sia, può essere sempre messo in discussione da altro esperto o consulente. Occorre, infatti, tener conto della peculiarità dell'oggetto d'arte come

oggetto di scambio, peculiarità che dipende principalmente dall'incertezza intrinseca della sua esatta identità e provenienza», giungendo in conclusione ad assolvere il gallerista per assenza di dolo.

Le osservazioni svolte dalla pronuncia in esame offrono lo spunto per una riflessione sulle criticità legate all'attività di autenticazione, nonché sul ruolo rivestito attualmente nel mercato da archivi e fondazioni.

2. – A differenza di quanto accade in altri ordinamenti¹, nel nostro non vi sono norme che disciplinano la competenza a rilasciare *expertises*², ma vi è piuttosto una disposizione (l'art. 64 CBC) che impone, a chi vende opere d'arte, di consegnare all'acquirente la documentazione attestante l'autenticità o, almeno, la probabile attribuzione e la provenienza dell'opera o, in mancanza, una dichiarazione con tutte le informazioni disponibili sull'opera. A chi vende l'opera, dunque, è richiesto non di autenticare, ma di accreditare il bene, indicando le fonti che attestino l'autenticità e garantendo l'esistenza delle fonti stesse³.

In dottrina sono state messe in luce le differenze tra autenticazione e accreditamento: mentre la prima mira a riconoscere l'autenticità di un'opera, il secondo certifica l'esistenza di fonti da cui è possibile ricavare tale autenticità. Da ciò discende una distinzione anche sul piano giuridico, dovuta al fatto che, pur essendo entrambe dichiarazioni di scienza, la prima avrebbe ad oggetto un parere tecnico, la seconda l'esistenza di tale parere, con conseguenze sul piano della responsabilità, sulle quali sarà opportuno

¹ A. DONATI, *Authenticité, Authenticity dell'opera d'arte, diritto, mercato, prassi virtuose*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1000, osserva ad esempio come in Francia sia riconosciuta all'artista la facoltà di disporre *mortis causa* del proprio diritto morale e di nominare tramite testamento un ente che curi la gestione dei diritti morali dell'artista stesso dopo la sua morte e che sia titolare esclusivo dell'esercizio del potere di riconoscere l'attribuzione di un'opera e tutelarne la paternità.

² Sul punto si veda quanto rilevato da G. FREZZA, *Arte e diritto tra autenticazione e accertamento*, Napoli, 2019, 40 ss.: l'Autore osserva in particolare come l'art. 2575 c.c. disciplini molteplici aspetti connessi all'utilizzo dell'opera d'arte, ma non quello delle archiviazioni; parimenti, né la l. 633 del 1941, né la l. n. 1080 del 1939 sembrano fornire informazioni utili.

³ Art. 64 Codice dei Beni culturali (d'ora in poi CBC). Sul punto si veda G. FREZZA, *op. cit.*, 43 ss.; P. CIPOLLA, *La prova del falso d'arte, tra il principio del libero convincimento e l'obbligo di motivazione razionale*, in *Giur. merito* 2010, 2201; B. MASTROPIETRO, *Mercato dell'arte e autenticità dell'opera: un "quadro" a tinte fosche?*, in *Rass. dir. civ.* 2017, 556 ss.; A. ARDITO, *Commento all'art. 64*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli, V. Caputi Jambrenchi, Torino, 2005, 190; A. MILIONE, *Commento all'art. 64*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2006, 479.

soffermarsi solo dopo aver esaminato a chi, nel nostro ordinamento, è conferita la facoltà di autenticare⁴.

Sul punto dottrina⁵ e giurisprudenza⁶ concordano circa l'assenza, nel nostro ordinamento, di una regola che affidi in esclusiva a determinati soggetti simile facoltà⁷: il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, garantito dall'art. 21 Cost., fa sì che qualunque esperto, dotato di competenza e autorevolezza, possa esprimere un giudizio riguardo all'autenticità di un'opera, la cui attendibilità dipenderà allora dalla reputazione che egli ha nel mercato di riferimento.

Nelle maglie lasciate libere dal legislatore si è insinuato in questi anni il mercato che, complice il diffondersi di opere d'arte contraffatte, in particolar modo nel segmento dell'arte moderna e contemporanea⁸, ha finito per attribuire un valore privilegiato alle autentiche rilasciate dagli archivi e dalle fondazioni d'artista, con conseguente inserimento dell'opera, laddove possibile, nel catalogo ragionato⁹. Le principali case d'asta non fanno mistero della prassi, ormai consolidata, di immettere sul mercato solo opere che hanno ricevuto il vaglio dell'archivio o della fondazione dell'artista, in assenza del quale negano al proprietario richiedente la possibilità di vendere l'opera tramite la loro intermediazione. Nonostante in tal caso nulla impedirebbe a quest'ultimo di scegliere altri canali di vendita, è evidente come questa prassi finisca per condizionare ampiamente il mercato dell'arte, riducendo le possibilità per quell'opera di circolare a un prezzo adeguato.

⁴ G. FREZZA, *op. cit.*, 43 s.; P. CIPOLLA, *op. cit.*, 2201.

⁵ Sul punto cfr. G. FREZZA, *op. cit.*, 44 ss.; A. BARENGHI, *Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte*, in *Arte e diritto* 2022, 126 s.; A. MUSSO, *Del diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie ed artistiche - Artt. 2575-2583*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2008, 169; A. DONATI, *op. cit.*, 994.

⁶ Trib. Roma 15 maggio 2017, n. 9610, in *Foro it.*, 2017, I, 3772; Trib. Roma 16 febbraio 2010, in *Dir. fam.*, 2011, 1730 ss.; Trib. Milano 1 luglio 2004, in *Annali it. dir. autore*, 2005, 512 ss.; Trib. Milano 13 dicembre 2004, in *Annali it. dir. autore*, 2005, 595 ss. *Contra* Trib. Milano 1 luglio 2004, in *AIDA*, 2005, 1038.

⁷ Anche l'autentica effettuata dall'autore dell'opera può essere passibile di disconoscimento: un caso noto è quello che ha visto protagonista il pittore De Chirico, il quale aveva apposto la sua firma su un dipinto di cui aveva poi in un secondo momento disconosciuto la paternità, confermando l'autenticità della firma apposta: Cass. 4 maggio 1982, n. 2765, in *Giust. civ.*, 1982, II, 1745.

⁸ Come rileva F. TIBERTELLI DE PISIS, in A. DONATI, *Il ruolo degli Archivi d'Artista. Dialogo con Filippo Tibertelli de Pisis*, in L. CASTELLI – S. GIUDICI (a cura di), *Conversazioni in arte e diritto*, Torino, 2021, 124: «specialmente l'arte contemporanea presenta una maggiore facilità di esecuzione, ma anche di contraffazione e dell'imitazione, alimentando quel fenomeno assai diffuso da tempo delle opere false che ha invaso, e continua a farlo, sia le collezioni private che quelle pubbliche ed il mercato».

⁹ A. DONATI, *op. cit.*, 1021 ss.

A fronte dunque di un principio, sancito costituzionalmente, di libertà di espressione, il mercato finisce per conferire all'opinione rilasciata dalla fondazione d'artista un peso maggiore, avallando in questo modo una pratica che ha sicuramente risvolti virtuosi, ma che può al contempo risultare foriera di incertezze e di rischi di effetti distorsivi sul mercato¹⁰.

3. – L'attribuzione di un valore privilegiato all'*expertise* rilasciato da archivi e fondazioni d'artista trova solida giustificazione nel fatto che negli ultimi decenni la circolazione di opere d'arte contraffatte è aumentata in modo considerevole, con conseguente necessità per chiunque commerci in questo settore di reperire informazioni sicure circa la provenienza dell'opera.

Non è allora un caso che la prassi di costituire fondazioni o archivi, volti a gestire il patrimonio di un artista, sia sempre più diffusa e, contemporaneamente, l'attività da essi svolta stia registrando costantemente un incremento, considerato peraltro che in passato, soprattutto nel nostro Paese, si era soliti alienare opere d'arte senza lasciare una traccia documentale¹¹.

L'esigenza di salvaguardare l'autenticità e l'identità delle opere ha dunque spinto in questi anni tali enti a costituire il c.d. catalogo ragionato, alla cui stesura si arriva studiando e comparando le opere a disposizione dell'ente o, ancora, quelle documentate in vita dall'autore, nonché quelle andate distrutte, della cui precedente esistenza si abbiano però notizie certe¹². Non si fatica allora a capire perché la stesura di tale catalogo sia stato definito in dottrina come il punto di arrivo, la *summa* di tutte le attività di ricerca e, in qualche modo, di «messa in sicurezza» dell'intera opera di un

¹⁰ Sul punto si veda A. DONATI, *op. cit.*, 994: «Nell'ambito della normativa sul diritto d'autore non vi è previsione specifica di un diritto di esclusiva al rilascio di autentiche a favore di alcuni soggetti legittimati, né esiste una gerarchia tra soggetti cui spetti tale facoltà: il mercato, in questo contesto, impone le sue regole, regole che, come accennato, costituiscono troppo spesso fonte di incertezza e, a volte, di 'bad practices'».

¹¹ A. DONATI - F. TIBERTELLI DE PISIS, *Prefazione*, in A. DONATI - F. TIBERTELLI DE PISIS (a cura di), *L'archivio d'artista. Principi, regole e buone pratiche*, Azzate, 2022, 9, ove si rileva come se l'archivio postumo è indispensabile per mantenere viva la memoria dell'artista, quello per l'artista vivente e attivo serve a tracciare la sua attività e l'autenticità delle sue opere.

¹² Normalmente chi decide di stilare un catalogo ragionato è la stessa fondazione o l'archivio deputato a catalogare la produzione artistica di un autore ma, come non esiste un diritto di esclusiva all'autenticazione, non ne esiste uno alla creazione del catalogo ragionato, cosicché chiunque, volendo, potrebbe decidere di crearne uno: cfr. A. DONATI, *op. cit.*, 1017.

artista¹³. Non vi è dubbio che tali enti svolgano un ruolo fondamentale ai fini della tutela non solo della memoria dell'artista, ma anche dell'identità e dell'autenticità delle opere, contribuendo a migliorare la trasparenza del mercato dell'arte; e ciò in particolare avviene laddove l'ente svolga il proprio operato in conformità alle pratiche di buona fede e trasparenza, non solo in sede di gestione della propria attività, ma anche di istruzione del giudizio di autenticità.

Non può d'altro canto trascurarsi che negli ultimi anni le controversie giudiziarie in materia di autenticità siano aumentate; esse sovente riguardano casi in cui il proprietario di un'opera d'arte, già corredata da un certificato di autenticità ai sensi dell'art. 64 Cod. Beni culturali, si rivolga in un secondo momento all'archivio d'artista per avere anche il suo *placet*¹⁴, e questi ne affermi la falsità, con gli effetti negativi che ne derivano. Sebbene, infatti, il proprietario possa, a seguito di tale diniego, chiedere ad altro esperto di pronunciarsi¹⁵, non si può trascurare che l'opera che non abbia superato positivamente il vaglio dell'archivio e di cui sia stato, conseguentemente, negato l'inserimento nel catalogo ragionato, subisca istantaneamente una diminuzione di valore e un restringimento del mercato in cui potrà circolare¹⁶: la prassi delle case d'asta, di cui si è già dato conto, di accettare solo opere che hanno ricevuto il vaglio dell'archivio o della fondazione dell'artista, è oggi consolidata anche nel mercato delle fiere internazionali, mostrando come gli operatori del settore abbiano scelto di reagire alla generale assenza di regole nel mercato dell'arte adottando prassi uniformi¹⁷.

Lo «stato della critica», in cui Rodolfo Sacco individuava il fatto giudizialmente accertabile¹⁸, rischia di divenire allora l'opinione dell'archivio, così che se vale ancora oggi l'assunto per cui un'opera dalla

¹³ M. PASQUALI, *La redazione del catalogo ragionato in relazione alle procedure di verifica dell'autenticità dell'opera*, in A. DONATI - F. TIBERTELLI DE PISIS (a cura di), *op. cit.*, 130 ss.

¹⁴ Sul punto si veda quanto rilevato da A. DONATI, *Archivi d'Artista e Comitati per le Autentiche: le buone pratiche*, in L. CASTELLI - S. GIUDICI (a cura di), *op. cit.*, 117: «la decisione di inserire un'opera nell'archivio e nel catalogo generale dell'artista è divenuta correntemente prassi decisiva per il riconoscimento, anche da parte del mercato, dell'autenticità di un'opera».

¹⁵ Si veda sul punto A. BARENGHI, *op. cit.*, 126 ss.

¹⁶ Osserva inoltre M. F. GUARDAMAGNA, *Il "diritto" all'accertamento giudiziale dell'autenticità dell'opera d'arte*, in F. BOSETTI (a cura di), *Arte e diritto privato. Teoria generale e problemi operativi*, Pisa, 2021, 181, come talvolta sia lo stesso ente a rifiutare di restituire l'opera sottoposta al suo vaglio, se il proprietario non assume l'impegno di non venderla.

¹⁷ Come osserva A. DONATI, *Tipologie e valore delle certificazioni di autenticità e delle certificazioni di provenienza* in A. DONATI - F. TIBERTELLI DE PISIS (a cura di), *op. cit.*, 240.

¹⁸ R. SACCO, *L'errore sulla paternità del quadro*, in *Riv. dir. comm.* 1949, II, 196.

paternità certa può, da un momento all'altro, diventare un'opera dalla paternità dubbia, occorre considerare che, laddove a dubitare sia un ente o una fondazione d'artista, tale giudizio peserà irrimediabilmente sull'opera, che potrà affidare la possibilità di redimersi solo a un cambio di opinione dell'archivio stesso¹⁹.

Il problema che il mercato pone, allora, non riguarda tanto la comprensibile, seppur nei limiti di cui si dirà in seguito, insindacabilità del giudizio espresso da un ente accertatore, che deriva dalla soggettività dell'opinione espressa²⁰, quanto il fatto che tale giudizio, se negativo, finisce per precludere all'opera di circolare sul mercato o, quantomeno, ne diminuisce sensibilmente il valore. L'attestazione fornita da tali enti non è allora una semplice opinione, confutabile da un altro esperto, ma un parere dotato di una forza prevalente sul mercato: la decisione di rivolgersi all'archivio dell'artista, oggi, non è (o non è solo) frutto di una scelta, ma di una necessità, quella di poter far circolare l'opera sul mercato, una volta ottenuto l'accertamento dell'autenticità dall'ente certificatore²¹.

È questa una situazione di cui si dà conto anche nella pronuncia che si annota, ove si rileva come il vaglio di attendibilità delle dichiarazioni della fondazione d'artista avrebbe dovuto essere «ancora più penetrante, considerato il monopolio sul rilascio delle autentiche da parte di questi enti e il potenziale conflitto di interessi, che sussisterebbe tutte le volte in cui, come nel caso di specie, l'ente si occupi anche di vendere al pubblico un limitato numero di opere». È, questa, una pronuncia importante, che riconosce il potere che di fatto hanno questi enti e rileva come la loro libertà di pensiero possa essere condizionata da interessi economici in contrasto con quelli del proprietario dell'opera: laddove infatti la fondazione sia collegata a una galleria, è probabile che essa abbia interesse a limitare il numero di opere sul mercato, rendendo di fatto prevalente la domanda sull'offerta.

¹⁹ L'esperienza statunitense ci insegna come il parere negativo di un archivio d'artista sia in grado di far fuoriuscire dal mercato un'opera, anche laddove la sua autenticità sia già stata accertata in giudizio: *Thome v. Alexander & Louis Calder Found.*, 70 A.D. 3d88, 95 (N.Y. App. Div. 2009).

²⁰ Osserva A. BARENGHI, *op. cit.*, 126, come «l'apertura al sindacato in simili casi, non può che determinare un condizionamento di giudizio, fino al punto di indurre a una rinuncia alla svolgimento delle *expertise*, che svolgono invece una funzione essenziale per la tutela degli acquirenti».

²¹ Osserva Trib. Roma 6 luglio 2018, n. 4060 come l'inserimento di un'opera nel catalogo ragionato «costituisce sostanzialmente la *conditio sine qua non* del buon fine della vendita delle opere». Si veda a tal riguardo A. DONATI, *Tipologie e valore delle certificazioni di autenticità e delle certificazioni di provenienza*, in A. DONATI - F. TIBERTELLI DE PISIS (a cura di), *op. cit.*, 252 ss.

Con ciò non si vuole affermare che tali enti siano sempre portatori di interessi in conflitto, ma solo evidenziare il rischio che questo accada, con conseguenti effetti distorsivi sul mercato.

Occorre peraltro considerare che, normalmente, il diniego è frutto di una disamina dell'opera meticolosa e trasparente, che conduce dunque a mettere in luce falsificazioni, con un evidente beneficio per l'intero mercato; ma non si può escludere a priori che un ente agisca in modo poco trasparente, e ciò accade quando il diniego di autenticità non venga corredato da alcuna motivazione, impedendo in tal modo al proprietario dell'opera di tracciare l'operato che ha condotto a simile parere.

L'esigenza di tutelare la libertà di espressione degli enti certificatori, in altri termini, non dovrebbe mai compromettere quella, parimenti importante, di garantire la correttezza e la trasparenza nel mercato, nonché l'osservanza delle regole che disciplinano le dinamiche contrattuali. Quando il *board* di un archivio è chiamato a pronunciarsi, su richiesta del proprietario, sull'autenticità dell'opera, esso non esprime una semplice opinione, resa di spontanea volontà, come quella che può dare uno storico o un critico d'arte in una pubblicazione scientifica, ma si impegna a fornire, normalmente dietro un corrispettivo, un parere tecnico, assumendo un obbligo simile a quello di cui si fa carico un avvocato, un ingegnere o un medico chiamati a dare una risposta tecnico-scientifica al quesito che viene loro sottoposto. Egli svolge dunque le proprie valutazioni in virtù di un obbligo derivante dal contratto di prestazione d'opera intellettuale che ha stipulato con il proprietario del bene.

4. – Ravvisare nel rapporto instaurato tra ente certificatore e proprietario un vincolo contrattuale consente non solo di esaminare in simile ottica le previsioni che normalmente sono contenute nel formulario che regola l'attività di autenticazione – predisposte unilateralmente dall'ente certificatore – per verificarne la validità, ma anche di stabilire quali obblighi assume l'ente e quando essi possono ritenersi violati.

Dalla prospettiva della tutela offerta al proprietario dell'opera, tale disamina riguarda allora due piani distinti: l'uno che concerne la validità delle clausole inserite in questi contratti d'opera; l'altro riguardante l'eventuale responsabilità dell'ente a fronte dell'inadempimento delle obbligazioni assunte.

Per quanto riguarda il primo aspetto, occorre considerare che, a fronte di una richiesta di autenticazione e/o di inserimento dell'opera (eventualmente già in possesso di un certificato di autenticità) nel catalogo ragionato, la prassi è quella di far sottoscrivere al proprietario richiedente un modulo, il cui contenuto è determinato unilateralmente dall'ente: se talvolta in questi formulari ci si limita a richiedere di inserire le informazioni

riguardo all'opera (anno di esecuzione, dimensioni, provenienza) e di allegare le relative fotografie o le stampe a colori, con riserva per l'ente di decidere in maniera discrezionale se archiviare o meno il lavoro sottoposto al vaglio, talaltra sono inserite anche clausole che escludono qualsiasi responsabilità dell'ente, sia nel caso in cui la richiesta di archiviazione sia accettata, sia quando essa venga negata; e, ancora, clausole che prevedono la rinuncia irrevocabile da parte del richiedente all'azione legale o, anche, previsioni di risoluzione di eventuale controversie attraverso una procedura di arbitrato irrituale²².

Appare scontata la necessità, ai fini della loro validità, che clausole come quelle da ultimo citate siano appositamente sottoscritte ai sensi dell'art. 1342, comma 2, c.c. Oltre a ciò, risulta evidente l'applicazione della disciplina speciale, contenuta nel codice del consumo, laddove il richiedente sia un collezionista-consumatore: in tal caso non paiono sussistere dubbi sulla natura vessatoria delle clausole compromissorie, di quelle che escludono la responsabilità dell'ente certificatore o che prevedono la rinuncia del richiedente all'azione legale, con la conseguente nullità delle stesse.

Distinto problema è quello che riguarda la possibilità di ravvisare in capo a tali enti certificatori una responsabilità, laddove l'autenticazione sia stata svolta con imperizia o addirittura con dolo. Sul punto vi è più di un'argomentazione che conduce a riconoscere simile eventualità.

Il rischio di un conflitto di interessi, sottolineato dalla pronuncia in epigrafe, conduce a ritenere doveroso che l'ente motivi il proprio parere, a maggior ragione se esso esclude l'autenticità dell'opera, dando prova di aver svolto l'attività di accertamento con diligenza, perizia (confrontando l'opera con altre del medesimo artista, verificandone la tecnica, i materiali utilizzati, la firma apposta) e imparzialità²³.

Laddove l'attestazione sia stata ad esempio basata sull'esame di semplici fotografie, e ciò abbia condotto a un errore di valutazione evitabile visionando l'opera dal vivo, il comportamento negligente dell'ente accertatore sarebbe senz'altro fonte di responsabilità, senza la necessità di distinguere tra i casi in cui la colpa sia stata lieve o grave. Come è noto,

²² È inoltre normalmente previsto un corrispettivo, talvolta identico per ogni lavoro, talaltra commisurato al tipo di opera (pittura, scultura, disegno), che peraltro in taluni casi viene giustificato come "rimborso spese". Importante anche rilevare come alcuni enti chiedano di poter visionare l'opera dal vivo, mentre per altri siano necessarie e sufficienti delle fotografie della stessa.

²³ G. FREZZA, *op. cit.*, 63, paragona nella modalità di esecuzione tale attività a quella di chi deve rendere al giudice pareri in sede di consulenze tecniche d'ufficio: essi devono infatti essere «motivati, prudenti, fondati solo su dati scientifici e su adeguate competenze professionali».

infatti, la limitazione di cui all'art. 2236 c.c.²⁴ vale per le sole ipotesi in cui l'errore sia causato da imperizia²⁵, come nei casi in cui il parere rilasciato denoti scarsa conoscenza dell'artista, del periodo artistico in cui ha operato o, ancora, delle tecniche da questi impiegate²⁶.

Occorre peraltro considerare che il progresso della scienza in materia rende probabile in un futuro prossimo un innalzamento del livello di conoscenze richieste nell'accertamento dell'autenticità, sulla scia di quanto già accade in numerosi ambiti professionali²⁷: si pensi, ad esempio, agli strumenti che permettono di datare un'opera analizzando i materiali usati o, ancora, ai sistemi di *blockchain*, la cui diffusione è probabile che porti ad ampliare i casi in cui gli enti risponderanno secondo le regole comuni, anziché solo per dolo o colpa grave.

Le medesime considerazioni svolte sinora varrebbero anche nel caso in cui l'ente dovesse rispondere di illecito extracontrattuale, essendo pacifica l'applicabilità dell'art. 2236 anche in tale ambito²⁸. Simile responsabilità potrebbe ipotizzarsi sia nei confronti del proprietario dell'opera, eventualmente in cumulo con quella contrattuale, sia nei confronti di terzi acquirenti, laddove l'ente abbia autenticato un'opera, rivelatasi poi, in un

²⁴ In dottrina si è osservato come la limitazione della responsabilità del prestatore d'opera ai soli casi di dolo o colpa grave, ogni qualvolta la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, mira a non scoraggiare un professionista dall'intraprendere attività particolarmente difficili e, di conseguenza, rischiose: M. FRANZONI, *L'illecito*, I, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, 226; P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, 104.

²⁵ La giurisprudenza è ferma nel ricondurre la limitazione di cui all'art. 2236 c.c. alle sole ipotesi in cui non si tratti di imperizia, e non invece di imprudenza o negligenza, nei quali ultimi casi anche la colpa lieve è fonte di responsabilità: Cass. 15 febbraio 2022, n. 4905, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2022, 2, 288; Cass. 10 marzo 2014, n. 5506 in *Diritto & giust.*, 2014; Cass. 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Vita not.*, 2012, 1, 367; App. Palermo 9 settembre 2021, n. 1451, in *Red. Giuffrè*, 2021.

²⁶ Si vedano Trib. Roma 14 giugno 2016, n. 12029 in *Red. Giuffrè*, 2016; Trib. Roma, 17 marzo 2010, n. 6083, inedita.

²⁷ Osserva in particolare M. FRANZONI, *op. cit.*, 226 ss., come, nell'ambito della responsabilità per l'esercizio di attività professionali, si stia assistendo ad «una progressiva riduzione dell'ambito di operatività della colpa grave (...) dovuta proprio all'innalzamento del grado di perizia richiesto nell'espletamento della professione»: l'esame della casistica in materia mette in particolare in luce come, a seconda delle diverse attività professionali, l'individuazione di un problema di speciale difficoltà possa seguire regole differenti. È in particolare nel campo sanitario che si assiste ad un aumento del livello di responsabilità, basato proprio sull'elemento dell'imperizia, oltre che in alcune professioni tecniche quali quelle legate all'ingegneria e all'architettura, mentre non avviene lo stesso nell'ambito della professione forense.

²⁸ M. FRANZONI, *op. cit.*, 226; P. G. MONATERI, *op. cit.*, 104.

secondo momento, falsa²⁹. Ciò trova conferma in una recente sentenza della Corte di Cassazione che, in un caso di plagio di opere di un noto artista, ha riconosciuto la responsabilità non solo dell'autore dei falsi, bensì anche del gallerista venditore, dal momento che l'art. 64 CBC, prevedendo che all'acquirente di un'opera d'arte sia consegnato l'attestato di autenticità e di provenienza, o, in mancanza, una dichiarazione che rechi tutte le informazioni disponibili al riguardo, implicitamente richiede in capo al venditore un'elevata professionalità e serietà, che permette di affermare la responsabilità di quest'ultimo ogni qualvolta egli non abbia rilevato, mediante l'opportuna diligenza professionale, un plagio³⁰. Se in un caso simile è responsabile il venditore - in capo al quale vi è soltanto un obbligo di accreditamento -, a maggior ragione deve esserlo chi, per assenza di professionalità, ha autenticato l'opera, senza accorgersi della falsificazione.

5. – Le peculiarità insite nel mondo del mercato dell'arte, soprattutto di quella contemporanea, e la diffusione, di cui si è dato conto, di un numero sempre maggiore di falsi mettono bene in luce quale importante ruolo svolgano oggi archivi e fondazioni d'artista nella difesa del mercato dell'arte. Riconoscere che questi ultimi, in sede di autenticazione, abbiano degli obblighi e che possano, laddove non li rispettino, incorrere in responsabilità, giova al mercato e, al contempo, agli enti che agiscono in totale trasparenza, dotandosi anzitutto di un *board* qualificato e imparziale. Solo offrendo la garanzia che l'accertamento dell'autenticità delle opere sia svolto in modo virtuoso, essi potranno diventare un punto di riferimento per la salvaguardia non solo della memoria degli artisti ma anche, più in generale, del patrimonio culturale, offrendo al mercato efficaci strumenti per combattere il fenomeno delle falsificazioni.

Che sia prima di tutto interesse di tali enti agire in un mercato trasparente è del resto dimostrato dal fatto che l'Associazione Italiana Archivi d'Artista (AitArt) abbia sentito l'esigenza di dotarsi di un codice deontologico che, nell'individuare il ruolo e lo scopo di simili enti, sottolinea l'importanza dell'utilizzo della «massima trasparenza di metodo e rapporti», stabilendo quali siano le buone pratiche di condotta che i soci devono osservare in sede di autenticazione delle opere³¹; significativa appare l'indicazione di istituire una commissione professionale, che formuli giudizi all'unanimità, da comunicare ai richiedenti con appropriata motivazione: sono, queste, condotte ispirate al principio di buona fede, in grado di garantire lo svolgimento dell'attività in modo professionale e imparziale,

²⁹ B. MASTROPIETRO, *op. cit.*, 578; G. FREZZA, *op. cit.*, 171 ss.

³⁰ Cass. 26 gennaio 2018, n. 2039, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 855.

³¹ Per una disamina approfondita delle buone pratiche si veda A. DONATI, *op. ult. cit.*, 256 ss.

scongiurando liti – che sovente sorgono proprio a causa di assenza di trasparenza – e offrendo al contempo un contributo fondamentale in sede di tutela del patrimonio artistico del nostro Paese.

Abstract

**THE LIABILITY OF FOUNDATIONS AND ARTIST ARCHIVES IN THE
AUTHENTICATION ACTIVITY**

La sentenza commentata è degna di nota per aver messo in luce alcune criticità legate all'operato delle fondazioni e degli archivi d'artista in sede di certificazione dell'autenticità delle opere. In particolare modo, essa si sofferma potere che di fatto hanno questi enti e rileva come la loro libertà di pensiero possa essere condizionata da interessi economici in contrasto con quelli del proprietario dell'opera: laddove infatti la fondazione sia collegata a una galleria, è probabile che essa abbia interesse a limitare il numero di opere sul mercato, rendendo di fatto prevalente la domanda sull'offerta. Dopo aver messo in luce la differenza tra autenticazione e accreditamento, l'Autrice si sofferma sul rapporto contrattuale che si instaura tra l'ente certificatore e il proprietario dell'opera d'arte, ipotizzandone i potenziali profili di invalidità e quelli di responsabilità dell'ente.

The judgement is noteworthy for having highlighted some critical issues related to the work of the foundations and artist archives in the certification of the authenticity of the works of art. In particular, it dwells on the power that these boards actually have and points out how their freedom of thought can be affected by economic interests in conflict: in fact, where the foundation is connected to a gallery, it is probable that it has an interest in limiting the number of works on the market, effectively making demand prevail over supply. After underlining the difference between authentication and accreditation, the Author focuses on the contractual relationship that is established between the certifying body and the owner of the work of art, hypothesizing the potential profiles of disability and those of responsibility of the body.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 16 novembre 2022, n. 33719 (Pres. Raimondi, Est. Lamorghese)

Mutuo fondiario – Superamento dei limiti di finanziabilità – Riqualficazione d’ufficio del contratto

Normativa di riferimento: art. 38 TUB; artt. 1362 ss. c.c.

Qualora i contraenti abbiano inteso stipulare un mutuo fondiario corrispondente al modello legale (finanziamento a medio o lungo termine concesso da una banca garantito da ipoteca di primo grado su immobili), essendo la loro volontà comune in tal senso incontestata (o, quando contestata, accertata dal giudice di merito), non è consentito al giudice riqualficare d’ufficio il contratto, al fine di neutralizzarne gli effetti legali propri del tipo o sottotipo negoziale validamente prescelto dai contraenti per ricondurlo al tipo generale di appartenenza (mutuo ordinario) o a tipi contrattuali diversi, pure in presenza di una contestazione della validità sotto il profilo del superamento del limite di finanziabilità, la quale implicitamente postula la corretta qualificazione del contratto in termini di mutuo fondiario.

Hanno contribuito al fascicolo:

Bugetti, Maria Novella – Professore associato nell'Università di Ferrara

Castelli, Laura – Professore associato nell'Università di Milano

Corraro, Davide – Assegnista di ricerca nell'Università di Milano

Dominguez Barragán, Maria Luisa – Profesora Ayudante Doctora
nell'Università di Siviglia (Spagna)

Inzitari, Bruno – Professore nell'Università Bocconi; già Professore ordinario
nell'Università di Milano-Bicocca

Masturzi, Sabrina – Professore associato nell'Università di Ferrara