

Anno VIII (2019)
Maggio – Agosto
Fascicolo 2

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO SCIENTIFICO

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

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

Érico Andrade, Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Maria Novella Bugetti, Elena Depetris, Vittorio De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Michela Bailo Leucari, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Leonardo Netto Parentoni, Giacomo Pirotta, Stefano Pellegatta, Valentina Piccinini, Vincenzo Ruggiero, Alberto Villa, Michelle Vanzetti, Diego Volpino, Martino Zulberti

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

Laura Baccaglini, Francesca Benatti, Federico Ferraris, Giusella Finocchiaro, Lucio Imberti, Giovanni Meruzzi, Raffaella Muroi, Giacomo Pongelli, Chiara Tenella Sillani, Emilio Tosi, Michelle Vanzetti, Giovanna Visintini

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

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

I contributi sono sottoposti in forma anonima ai revisori, i quali entro quindici giorni comunicano se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche. Nel primo caso i revisori non esprimono alcuna motivazione, nel secondo forniscono le ragioni ostative alla pubblicazione, nel terzo indicano le modifiche che ritengono necessarie affinché il contributo possa essere pubblicato.

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

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (VIII) 2019 – N. 2 – Maggio - Agosto

ARTICOLI

- BRUNO INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*155
- GABRIELE RACUGNO, *Strumenti di allerta ed emersione anticipata della crisi nel nuovo CCII Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*181
- ALBERTO VILLA, *La nuova liquidazione giudiziale: effetti per i creditori ed accertamento del passivo*191

DIBATTITI

- BEATRICE FICCARELLI, *Note in tema di versamento del prezzo nell'espropriazione immobiliare*217
- MARIA GIULIA LUGLI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: criticità e profili di incostituzionalità delle procedure di allerta*.....221

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note

- ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO, *“Banche venete” ed “operazioni bacciate”: le domande di accertamento negativo restano procedibili nonostante la liquidazione coatta amministrativa*235
- GIACOMO PIROTTA, *Note in tema di ammissibilità delle prove atipiche nel processo civile*263

Sez. II – Osservatorio

Percorsi interpretativi dell'art. 829, comma 3, c.p.c., Corte di cassazione

Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135.....	275
<i>La Corte di cassazione torna a pronunciarsi sulla natura del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno</i> , Corte di cassazione, Sez. VI, 12 dicembre 2018, n. 32071	282
<i>La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie concernenti l'indennizzo dovuto per la violazione del principio del no creditor worse off</i> , Tribunale di Mantova, 30 aprile 2019	284
<i>È escluso l'obbligo della procedura competitiva ex art. 163-bis l. fall. per la proposta dell'assuntore del concordato</i> , Tribunale di Forlì, decr. 20 aprile 2019	287
<i>L'obbligo di comparizione personale del fallito davanti agli organi della procedura ex art. 49 l.fall.</i> , Tribunale di Milano, 8 maggio 2019	290
<i>Poteri officiosi del giudice ed acquisizione di documenti nei processi della famiglia</i> , Tribunale di Pistoia ord. 20 aprile 2018	290

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

CARLO RIMINI, <i>La riforma dell'assegno di divorzio</i>	292
STEFANO PELLEGGATA, <i>La nuova normativa in tema di test su strada aperta al pubblico di veicoli a guida autonoma</i>	295

SEGNALAZIONI

M. Zulberti, <i>Le impugnazioni delle decisioni equitative</i> , Giappichelli Editore, Milano, 2018 (Bruno Inzitari)	302
--	-----

MATERIALI

Sez. I – Legislazione

Legge 12 aprile 2019, n. 31, recante Disposizioni in materia di azione di classe	306
Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55. Disposizioni urgenti per il	

rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici306

Direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.....306

Sez. II – Giurisprudenza

Assegno – Responsabilità della banca negoziatrice – Invio del titolo per posta – Pagamento a soggetto non legittimato - Concorso di colpa del danneggiato *ex art. 1227, comma 1, c.c.* – Configurabilità – Questione di massima di particolare importanza: Corte di cassazione, Sez. I, 5 agosto 2019, n. 20900309

Azione di garanzia per i vizi – Manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore espresse nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1, c.c. – Efficacia interruttiva della prescrizione – Sussistenza: Corte di cassazione, Sez. Un., 11 luglio 2019, n. 18672.....309

Azione individuale del terzo verso gli amministratori – natura extra contrattuale – necessità della prova di fatti illeciti imputabili agli amministratori: Corte di cassazione, Sez. I, 12 giugno 2019, n. 15822.....308

Crediti scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento – acquisto della titolarità successivo – compensabilità con debiti del creditore verso il fallimento – insussistenza: Corte di cassazione, Sez. I, 4 aprile 2019, n. 9528306

Revisore contabile – requisiti di obiettività ed indipendenza – legami economici con un membro del collegio sindacale – nullità dell'atto di nomina – sussistenza: Corte di cassazione, Sez. I, 31 maggio 2019, n. 14919306

Ritenuta d'acconto – omesso versamento – solidarietà del sostituito con il sostituto nei confronti del fisco – sussistenza – esclusione –

fondamento: Corte di cassazione, Sez. Un., 12 aprile 2019, n. 10378.....	307
Sentenza straniera – accertamento degli interessi su credito chirografario nei confronti di soggetto sottoposto ad amministrazione straordinaria maturati nel corso della procedura – diritto di partecipare al riparto per il credito relativo agli interessi – insussistenza: Corte di cassazione, Sez. I, 15 aprile 2019, n. 10540	307
Successione dell’Agenzia delle Entrate Riscossione – Formale costituzione in giudizio del successore – Difesa da parte dell’Avvocatura dello Stato – Necessità o facoltatività rispetto all’avvalimento di avvocati del libero foro – Questione di massima di particolare importanza: Corte di cassazione, Sez. III, 9 luglio 2019, n. 18350	310

**CRISI, INSOLVENZA, INSOLVENZA PROSPETTICA, ALLERTA:
NUOVI CONFINI DELLA DILIGENZA DEL DEBITORE, OBBLIGHI DI
SEGNALAZIONE E SISTEMA SANZIONATORIO
NEL QUADRO DELLE MISURE DI PREVENZIONE E RISOLUZIONE**

BRUNO INZITARI

Professore nell'Università Bocconi e

già Professore ordinario nell'Università Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Insolvenza, fallimento, liquidazione giudiziale. – 2. La crisi quale fattispecie ordinante del c.c.i.i. – 3. Crisi, insolvenza ed insolvenza prospettica. – 4. La rilevazione della crisi nella gestione dell'impresa. – 5. La rinnovata diligenza del debitore nella prestazione di prevenzione nella risoluzione della crisi. – 6. Obblighi di segnalazione degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati. – 7. L'obbligo di comunicazione delle banche e valutazione del merito di credito. – 8. Le novità del sistema sanzionatorio. – 9. Riflessioni conclusive.

1. – Nel codice civile e nella legge fallimentare *insolvenza* è lo stato del debitore, sia esso civile o commerciale, contrassegnato dalla incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il carattere coevo e unitario della disciplina del codice civile e della legge fallimentare (al punto che quest'ultima potrebbe essere considerata al pari di un settimo libro del codice civile), consente di applicare la categoria dell'insolvenza secondo il medesimo contenuto e con la medesima portata in tutti i rapporti obbligatori sia di fonte legale (artt. 384, 562, 753, 755, 760) che contrattuale (artt. 1186, 1267, 1274, 1313, 1626, 1715, 1764, 1833, 1868, 1910, 1943, 1239, 1947, 1953, 1954, 1959, 2220, 2221, 2255, 2325, 2462, 2545 *terdecies*, 2615 c.c.).

Il manifestarsi dell'insolvenza comporta rilevanti effetti e modificazioni nei diversi rapporti obbligatori, quali tra i più rilevanti: la decadenza dal beneficio del termine, art. 1186, e nei rapporti contrattuali, la sospensione della esecuzione per effetto del mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti, art. 1461 c.c., nonché diverse cause di recesso.

Il mantenimento della capienza patrimoniale costituisce infatti la premessa dell'operatività e dell'efficiente esecuzione dei rapporti obbligatori e contrattuali, in quanto sulla capacità reddituale, finanziaria e patrimoniale si alimentano le aspettative del creditore e si fonda la concreta capacità di adempiere l'obbligazione e di dare esecuzione alle prestazioni contrattuali. Il

presentarsi dell'insolvenza lacera le attese di soddisfazione ed innesca un processo di immediata esigibilità delle obbligazioni contrattuali o legali, che travolge il tessuto dei rapporti negoziali istaurati dall'autonomia privata.

L'incapacità di adempiere regolarmente le obbligazioni, individuata dall'art. 5 della legge fallimentare come manifestazione dell'insolvenza, è del tutto coerente con la nozione di insolvenza che troviamo nel codice civile: essa risulta espressione di una inadeguatezza delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto alle obbligazioni assunte e alla capacità di adempierle regolarmente.

Il successivo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, c.c.i.i. nel dare una definizione dell'insolvenza, sul piano lessicale non ha portato significative innovazioni e, almeno sotto questo profilo, si è mosso in continuità rispetto alla precedente disciplina fallimentare. Il c.c.i.i. ha infatti definito l'insolvenza, art. 2, primo comma lett. b), come stato del debitore che si manifesta in inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali rivelano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Le scelte definitorie e lessicali introdotte con il c.c.i.i. hanno peraltro comportato il venir meno del tradizionale collegamento del concetto *insolvenza* con l'espressione *fallimento*. Nella redazione del codice della crisi e dell'insolvenza il termine "fallimento" è stato sostituito con la espressione "liquidazione giudiziale", come chiarito nei *Principi generali della Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, L. 19 ottobre 2017, n. 15, all'art. 2, comma 1, lett. a). Ciò nella convinzione che, come affermato nella Relazione illustrativa del 10 gennaio 2019, «un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa da prevenire ed eventualmente da regolare meglio».

Il *diverso approccio lessicale* ha comportato, almeno per quanto riguarda la disciplina di quella che si chiamava liquidazione fallimentare ed ora della liquidazione giudiziale, una metamorfosi meramente meccanica.

Ne è chiara testimonianza l'intervento solo nominale effettuato nella disciplina penalistica. Questa è rimasta completamente immutata nei contenuti e addirittura nella testuale formulazione delle norme in attuazione del principio di *continuità delle fattispecie criminose*, espressamente stabilito dall'art. 2, comma 1, lett. a) della legge delega n. 155/2017¹.

¹ Rispetto alla precedente disciplina penalistica va comunque registrata la nuova previsione relativa alla procedura di allerta e di composizione assistita della crisi, con l'introduzione di una causa di non punibilità e di una circostanza

L'adeguamento ha riguardato la sostituzione in ogni articolo, che nella legge fallimentare conteneva il lemma *fallimento*, con *liquidazione giudiziale*. Tale aggiornamento "lessicale" è stato uniformemente attuato ma ha presentato qualche "smagliatura", forse conseguente più che alle difficoltà di sostituire e superare la locuzione *fallimento*, alla criticità che nel nuovo codice può assumere la categoria dell'*insolvenza*.

È significativo che nel riprodurre la disciplina della bancarotta fraudolenta societaria (art. 329, comma 2, lett. *b*) del c.c.i.i., corrispondente all'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall.), il termine *fallimento* non è stato sostituito con il termine *liquidazione giudiziale* ma è stato fatto ricorso alla nuova categoria del *dissesto*. Quest'ultimo è previsto nella diversa disciplina bancaria quale categoria ordinante della crisi delle banche² mentre non è contenuta nelle definizioni che all'art. 2 c.c.i.i. introducono e delimitano le categorie del codice della crisi. Considerato che nella fattispecie del *dissesto* sono ricomprese, situazioni non ancora caratterizzate dall'*insolvenza*, si potrebbe rilevare un profilo di eccesso di delega (art. 76 Costituzione), che la giurisprudenza potrebbe superare ritenendo che il riferimento sarebbe pur sempre al fallimento in senso sostanziale, intendendo il dissesto come substrato economico patrimoniale dell'*insolvenza*³.

Ulteriori questioni problematiche emergono dalla applicazione, secondo l'ultimo comma dell'art. 341 del nuovo art. 329 c.c.i.i., dei reati fallimentari di bancarotta anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa ed alle convenzioni di moratoria, procedimenti questi non necessariamente contrassegnati dall'*insolvenza*, ma piuttosto da una fase di crisi che può risultare ancora distante da manifestazioni di *insolvenza*, con conseguenti profili di eccesso di delega anche sotto il profilo del carattere eterogeneo delle situazioni prese in considerazione.

2. – La legge fallimentare non poteva contenere riferimenti alla crisi in quanto tra lo stato di *insolvenza* e di *solvenza* (*bonitas nominis* del debitore) non era tracciata alcuna area intermedia, al punto che il presupposto della procedura di *amministrazione controllata*, poi abrogata con d.lg. 9 febbraio 2012, n. 5, veniva descritto con una locuzione, che oggi può apparire eufemistica, di *temporanea difficoltà*, nell'evidente intento di non dare spazio ad una categoria intermedia tra *insolvenza* e *bonitas nominis*.

attenuante connessa alla tempestività dell'iniziativa del debitore volta a far emergere la crisi o l'*insolvenza*, art. 25, comma 2, c.c.i.i..

² Cfr. B. INZITARI, *BRRD, BAIL IN, Risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (d.lg. n. 180, del 2105), in *Dir. fall.*, 2016, I, 629 ss.

³ In questo senso, nel vigore della legge fallimentare, sembra esprimersi la Cassazione n. 32350/2018, Cassazione n. 15613/2014.

L'inserimento nella legge fallimentare della *crisi* è stato recente. Esso ha coinciso significativamente con l'espulsione dalla legge fallimentare della *temporanea difficoltà* e con essa della *amministrazione controllata*⁴. L'introduzione della crisi, avvenuta di pari passo con il diffondersi del ricorso al linguaggio economico per la definizione delle categorie giuridiche, si è accompagnata all'inserimento nella legge fallimentare di nuovi istituti, come il piano attestato, gli accordi di ristrutturazione e la rinnovata disciplina del concordato preventivo, procedure cui il debitore può accedere per evitare o risolvere diversamente l'insolvenza.

La sostituzione avvenuta nel 2005⁵ al primo comma dell'art. 160 l.fall. della locuzione "*imprenditore in stato di insolvenza*" con "*in stato di crisi*", è così coincisa con il riconoscimento a quest'ultimo di un ampio spazio per riorganizzare l'esposizione debitoria al di fuori dell'insolvenza.

Nello stesso tempo la mancanza di una adeguata definizione giuridica della espressione *crisi* ha richiesto al legislatore di intervenire per calibrarne il contenuto e la portata. È stato chiarito che per *crisi* deve intendersi una categoria molto ampia che ricomprende l'*insolvenza*, come fase più grave della *crisi*⁶. All'art. 160 l.fall. è stato così aggiunto un terzo comma, di natura interpretativa ove, al fine di poter continuare a consentire all'imprenditore insolvente il ricorso alla procedura di concordato, è stato precisato che *per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*.

Con il c.c.i.i. la crisi è ora definita non più attraverso espressioni economico-giuridiche descrittive ma piuttosto è presa in considerazione quale categoria contrassegnata da un significato e contenuto tecnico determinato. Nell'art. 2, primo comma, lett. a) del c.c.i.i., la *crisi* è definita come stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore. Con riferimento alle imprese, essa è ulteriormente specificata come *inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*.

La *crisi* con il c.c.i.i. assume quindi un carattere ordinante, in diretto confronto dialettico con l'*insolvenza*, di cui costituisce l'anticipazione e dunque il campo di elezione per la prevenzione e la più ordinata ed efficiente risoluzione dell'insolvenza.

L'innovazione di contenuto e di sistema apportata dal codice della crisi non è di poco momento in quanto il baricentro dell'intera disciplina è stato

⁴ Abrogata con d.lg. 9 gennaio 2006, n.5.

⁵ Con il d.l. 14 marzo 2005 n. 35 che ha sostituito all'art. 160, primo comma, l. fall., l'espressione *l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza* è stata sostituita con l'espressione *l'imprenditore che si trova in stato di crisi*.

⁶ Comma aggiunto dall'art. 4 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 in sede di conversione con l. 6 agosto 2015, n. 132.

spostato dalla insolvenza alla crisi. Quest'ultima, per la prima volta adeguatamente definita, piuttosto che riferirsi ad eventi già verificatisi e riconducibili a specifiche fattispecie giuridiche, quali l'inadempimento o altri fatti equivalenti, è volta ad intercettare, attraverso l'applicazione di un metodo tipizzato ed oggettivo fondato su indici predittivi di derivazione economica, il verificarsi di circostanze di carattere economico-giuridico, suscettibili di evolversi negativamente in una futura e prossima insolvenza⁷.

3. – L'acquisita centralità della categoria della crisi ha modificato le funzioni e le finalità della disciplina dell'insolvenza.

La legge fallimentare prendeva in considerazione l'insolvenza per disciplinarne le conseguenze. Il c.c.i.i. prende in considerazione l'insolvenza per il pregiudizio che essa determina e, al fine di fronteggiare o mitigare tale pregiudizio, detta un insieme di regole e misure per contrastare o risolvere il pericolo dell'insolvenza.

Secondo questa rinnovata prospettiva, non è sufficiente disciplinare, come fino ad ora è avvenuto, le conseguenze pregiudizievoli dell'insolvenza sul debitore, sui creditori, sugli atti pregiudizievoli, ecc. ma piuttosto è prioritario disciplinare gli strumenti per l'emersione tempestiva della crisi.

L'ottica con cui viene considerata l'insolvenza è dunque sensibilmente mutata: mentre in passato essa era considerata rilevante se attuale, con il c.c.i.i. è già rilevante anche se solo potenziale e prospettica.

Questo apre ad una del tutto nuova, più avanzata ed incisiva chiave di valutazione dell'insolvenza. Anche in assenza di una situazione di inadempimento delle obbligazioni in corso ma in presenza di un deterioramento della situazione patrimoniale e reddituale, sintomatica di una seria difficoltà a far fronte nel prossimo futuro alle obbligazioni assunte, la negligenza del debitore nella attivazione delle misure previste dal c.c.i.i. per la prevenzione e soluzione della crisi, può essere indizio dell'avveramento di una situazione di insolvenza secondo un rapporto causale, calcolabile, in tempi prospetticamente vicini.

Analogamente in un quadro di deterioramento possono costituire elementi rivelatori del venir meno della continuità aziendale e prospetticamente dell'insolvenza, l'alienazione per "fare cassa" di beni strumentali essenziali per la continuazione dell'attività caratteristica (quali l'alienazione dell'albergo per la società alberghiera, delle navi per la marittima, dei brevetti per la farmaceutica, ecc.).

⁷ Sui diversi profili della riforma in relazione all'insolvenza ed alla crisi d'impresa v. F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 47 ss..

Il debitore che in presenza dei descritti sintomi di deterioramento e di crisi non esegue alcuna delle diverse prestazioni dovute per la tutela della garanzia patrimoniale e di prevenzione del dissesto e, al contrario, rimane inerte, è suscettibile di essere considerato in *stato di insolvenza prospettica*.

In realtà, la prospettiva dell'insolvenza non è fattispecie sconosciuta nella nostra disciplina del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Il profilarsi dell'inadeguatezza della garanzia patrimoniale offerta dal debitore innesca l'esigibilità delle prestazioni sino a comportare la risoluzione dei rapporti negoziali. Inoltre il palesarsi del rischio di insolvenza è alla base dell'ampio sistema della revocatoria ordinaria e fallimentare (ed in taluni casi della responsabilità civile), che può travolgere atti solutori o negoziali già sorti. Allo stesso modo nei rapporti societari, allorquando si manifesta una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, è prevista la misura della postergazione dei finanziamenti dei soci con la quale viene dato luogo ad una sorta di concorso potenziale tra tutti i creditori. La possibilità che si possa verificare l'insolvenza della società impone di tutelare anticipatamente i creditori affinché venga escluso il pericolo che il rischio d'impresa piuttosto che ricadere sui soci, venga trasferito sui terzi ed appunto sui creditori.

Con il cambiamento di prospettiva ora sancito dal c.c.i.i., il primario obiettivo perseguito dalla disciplina delle procedure concorsuali non è quello di rimediare *ex post* al pregiudizio causato da una insolvenza conclamata e risalente, ma di favorire l'emersione tempestiva della crisi per evitare che essa si verifichi o per ridurne l'impatto ed il conseguente pregiudizio per i creditori. L'insolvenza prospettica quindi può manifestarsi quando la crisi dell'impresa è intrinseca e, pur non emergendo all'esterno con inadempimenti o altri fatti esteriori, si sostanzia nella previsione della non sostenibilità della regolarità nella soddisfazione dei crediti d'impresa, in misura tale da compromettere la continuità aziendale⁸.

In tal senso è ora stabilito che la probabilità del verificarsi dell'insolvenza possa essere misurata attraverso la valutazione *dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate* ai sensi dell'art. 2, lett. a), c.c.i.i. e sulla base di *indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi*, art. 13 c.c.i.i.. Si potrà fare riferimento al flusso di cassa operativo (FCFO) e/o al c.d. DSCR, *Debt Service Coverage Ratio*, che consente di valutare la sostenibilità dell'indebitamento in ottica prospettica rapportando il *cash flow* prodotto dall'impresa, con gli impegni finanziari assunti in termini di quota capitale ed interessi, oggetto di rimborso

⁸ In questo senso è significativo il decreto del Tribunale Milano, n. 1357/2019 su ildirittodegliaffari.it.

nell'orizzonte temporale considerato. Attraverso appropriate tipologie di indici viene così scrutinato il verificarsi in un lasso di tempo (ad es. sei mesi, come indicato dall'art. 2, comma primo, lett. a, e dall'art 13 primo comma, c.c.i.i.), di eventi che possono concorrere al verificarsi dell'insolvenza sulla base di un non controvertibile rapporto di causalità⁹.

L'intero Titolo II, *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi* prevede poi un articolato complesso di: strumenti (artt. 12-15), organizzazione (artt. 16-18) e procedimenti (artt. 19- 23), diretti alla rilevazione tempestiva della crisi ed alla attivazione delle misure per la efficiente risoluzione della stessa o comunque per contenere il pregiudizio del dissesto e consentire la ordinata liquidazione.

L'adozione di queste misure del tutto nuove quali, tra le altre, l'obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari (art. 14), l'obbligo di segnalazione di creditori pubblici qualificati (art. 15), come pure l'istituzione dell'OCRI e l'accresciuto potere di intervento del pubblico ministero (art. 22), confermano il cambiamento di prospettiva dell'intera disciplina.

Se quindi da un lato la definizione di insolvenza del c.c.i.i. è identica a quella della legge fallimentare (art. 2, comma 2, lett. a) c.c.i.i. e art. 5 l. fall.) e sembra basarsi sull'avvenuto inadempimento, dall'altro lato l'angolo di visuale del codice della crisi è radicalmente mutato ed è piuttosto imperniato sulla rilevazione della crisi e della prevenzione dell'insolvenza anche prospettica per la cui risoluzione sono previste misure di intervento atte a contenerne gli effetti pregiudizievoli. A queste potranno essere affiancate quelle di protezione del patrimonio, cautelari e protettive di cui agli artt. 54 e 55 c.c.i.i..

Più problematica potrebbe apparire l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale in un caso di insolvenza prospettica, ove le misure sopra descritte si rivelassero inattuabili o inefficienti¹⁰, in quanto ciò presupporrebbe la sostanziale simmetria tra insolvenza attuale ed insolvenza prospettica. Si tratta di una ricostruzione interpretativa nuova e sfidante che consentirebbe da un lato di arrestare l'allargamento del passivo e la dispersione dei beni e dall'altro di conservare il valore dell'azienda (se possibile anche funzionante) e quindi complessivamente di tutelare l'integrità patrimoniale e limitare il pregiudizio per i creditori e per il mercato.

⁹ Sulle misure di allerta, gli indicatori, indici e fondati indizi, v. R. RANALLI, *Le misure di allerta. Degli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019, p. 115, ss..

¹⁰Va da sé che l'ipotesi in commento presupporrebbe comunque l'esistenza di debiti scaduti e non pagati pari ad almeno euro 30.000.

4. – Il cambiamento di prospettiva sopra descritto è testimoniato anche dai nuovi obblighi introdotti dal c.c.i.i. a carico dell'imprenditore individuale o collettivo di dotarsi di un assetto organizzativo adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa per la costante verifica dell'andamento della gestione e per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, ciò anche attraverso gli specifici indicatori individuati dal codice stesso.

I *Principi generali* del Capo II che introducono il codice della crisi ne scandiscono l'intera finalità e "filosofia" attraverso specifiche previsioni normative di carattere concreto ed operativo, mentre il Capo I, composto da due articoli, ha una funzione unicamente definitoria.

Il Capo II all'art. 3 reca la rubrica *Doveri del debitore* ed introduce a carico di questo pregnanti obblighi di comportamento: *l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte; l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.*

A questa generale definizione dei doveri del debitore contenuta negli articoli d'apertura, fa poi seguito e soprattutto è strettamente collegata, una ulteriore previsione altrettanto generale e confermativa nel contenuto, inserita nel testo dell'art. 2086 del codice civile.

Quest'ultima norma ha assunto, sulla base delle modifiche apportate, un significato ed un ruolo del tutto nuovo. La rubrica *Direzione e gerarchia dell'impresa* è stata sostituita con la più moderna e comprensiva *Gestione dell'impresa*. Dopo il primo comma, rimasto immutato (che ripete la definizione dell'imprenditore come capo dell'impresa gerarchicamente sovraordinato¹¹), è stato aggiunto un secondo comma nel quale vengono stabiliti i doveri che si accompagnano alla gestione dell'impresa: *l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti*

¹¹ Sulla "gerarchia" nell'impresa e sull'opportunità del mantenimento del primo comma dell'art. 2086 dopo la riforma del 2019, v. M. S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, n. 2-3, pag. 253.

dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Nella sostanza la medesima previsione contenuta all'art. 3 c.c.i.i., articolata secondo un generale riferimento al debitore quale imprenditore individuale e imprenditore collettivo, viene poi, con una formulazione ancora più ampia, inserita nei principi generali della disciplina dell'impresa all'art. 2086, nel quale le regole tecniche che scandiscono il comportamento del debitore sono assunte quali regole della gestione della impresa.

I doveri del debitore introdotti all'art. 3 vengono ulteriormente ripresi nella Parte seconda, *Modifiche al codice civile* del c.c.i.i., il quale prescrive gli assetti organizzativi dell'impresa all'art. 375, attraverso la modifica dell'art. 2086, attuata con la previsione di un secondo comma, e allo stesso modo prescrive gli assetti organizzativi societari all'art. 377, con la modifica degli artt. 2257, 2380 *bis*, 2409 *decies*, 2475 c.c..

Il codice civile assorbe così i nuovi criteri, le regole di comportamento e organizzative che l'imprenditore deve seguire nella gestione dell'impresa individuale o societaria, secondo un unitario modello.

5. – Al debitore, imprenditore individuale o collettivo, viene assegnato il dovere di rilevare per tempo la possibile crisi e, qualora essa si presenti, di contrastarla con la massima tempestività, assumendo le iniziative necessarie per farvi fronte. Si tratta di un obbligo di comportamento nuovo e di non breve momento. Rilevare e mettere in atto le misure per fare fronte alla crisi costituisce un compito che va ben oltre il dovere primario di eseguire la prestazione dovuta.

Questi comportamenti sono connessi all'adempimento ma si collocano all'esterno di esso. Essi non riguardano il modo in cui deve essere eseguita l'obbligazione ma piuttosto: a) le condizioni per evitare che la capacità di adempiere all'obbligazione venga compromessa; b) nel caso in cui questo si verifichi, gli strumenti cui il debitore deve ricorrere affinché gli effetti pregiudizievoli di tale evento vengano neutralizzati o perlomeno arginati o comunque limitati.

Il codice della crisi ha profondamente innovato nel contenuto la cosiddetta *prestazione-comportamento* cui è tenuto il soggetto imprenditore individuale o collettivo nei riguardi dei creditori (e più in generale, si può dire, della stessa collettività). È questa una modifica che investe direttamente il criterio o meglio il contenuto della diligenza del debitore imprenditore.

Come noto, il dovere di diligenza previsto nel codice civile, costituisce il criterio per valutare se il comportamento del debitore nell'eseguire la

prestazione dovuta è stato omogeneo e conforme a quello richiesto per l'adempimento dell'obbligazione.

La regola della diligenza costituisce un flessibile strumento regolatore dell'adempimento di qualsiasi obbligazione, in quanto al modello generale della diligenza del buon padre di famiglia, vale a dire dell'uomo medio, viene accompagnato quello più specifico della *diligenza del professionista*. Al criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia stabilita al primo comma dell'articolo 1176 c.c., si aggiunge, nell'esercizio dell'attività professionale, la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata¹².

La peculiarità di questo principio risiede non certo nell'individuare la figura del buon professionista, come figura parallela a quella del buon padre di famiglia. Sarebbe del tutto vano ed infruttuoso valutare la prestazione con riferimento al professionista medio (medico medio, ingegnere medio, architetto medio, avvocato medio), mentre piuttosto è necessario verificare se il professionista, nell'eseguire la prestazione, ha seguito ed applicato le *regole* che sovrintendono quella specifica attività professionale ed in particolare la prestazione specialistica svolta.

Infatti, qualunque sia il campo in cui opera il professionista, la valutazione dell'avvenuta osservanza della diligenza può essere effettuata verificando se, nell'esecuzione della prestazione, siano state osservate le *regole tecniche* che sono proprie del settore in cui esso opera, secondo lo sviluppo che le stesse hanno in quel momento storico, in quell'area geografica, in quel contesto.

Il modello della diligenza professionale è stato costruito con riferimento alle prestazioni riconducibili alla prestazione di fare e quindi ad una specifica e concreta attività, la cui esecuzione deve conformarsi e rispettare i principi, criteri e le prassi applicati nel settore.

Diversamente le prestazioni che vengono prese in considerazione nell'ambito delle procedure concorsuali e, in generale, nel processo esecutivo sono prevalentemente, sin dal loro sorgere o quale prestazione risarcitoria, obbligazioni pecuniarie

Anche alle obbligazioni pecuniarie invero si applica la regola della diligenza, in quanto le modalità con cui il debitore esegue la prestazione pecuniaria richiedono diligenza con riferimento all'esattezza e alla tempestività dell'adempimento ma la valutazione del comportamento richiesto per eseguire l'obbligazione pecuniaria non risulta, almeno direttamente, scrutinabile sulla base di regole tecniche riconducibili ad una attività professionale.

¹² Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 1988, sub art. 1176, p. 430 ss..

Con la previsione all'art. 3 c.c.i.i. di specifici doveri del debitore, l'assunzione e poi l'adempimento dell'obbligazione vengono arricchiti di nuovi contenuti consistenti nell'adozione di un *comportamento proattivo*. Tali doveri costituiscono le *regole tecniche* attraverso le quali il debitore deve rendere effettiva la responsabilità patrimoniale, con la quale garantisce la soddisfazione dei creditori, come prescritto dall'art. 2740 c.c..

Il codice della crisi ha quindi introdotto una del tutto nuova prospettiva di operatività del principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Essa non può essere più concepita come semplice soggezione all'azione dei creditori. Al debitore viene infatti addossato ora l'onere di salvaguardare sul piano funzionale la garanzia patrimoniale offerta ai creditori. Questo si realizza attraverso l'attuazione dei doveri di rilevazione della crisi ed adozione degli strumenti idonei a evitare o circoscrivere il pregiudizio che dalla insufficienza patrimoniale può derivare ai creditori.

Nell'adempimento dell'obbligazione la diligenza richiesta al debitore deve oggi essere valutata in relazione alla avvenuta osservanza degli accennati doveri di comportamento. Questi svolgono la funzione di indirizzo gestorio dell'imprenditore e si può affermare che costituiscono le *regole tecniche* alla cui applicazione è tenuto il debitore imprenditore individuale o collettivo nell'assumere, gestire ed adempiere il rapporto obbligatorio o la serie di rapporti obbligatori sorti nello svolgimento dell'attività economica. I doveri cui è tenuto il debitore imprenditore individuale o collettivo si sostanziano quindi in un articolato, ma strettamente collegato, insieme di misure e impegni volti a salvaguardare l'efficacia e l'efficienza della garanzia patrimoniale.

Secondo questo del tutto nuovo collegamento la diligenza dovuta dal debitore si realizza anche nel rispetto di regole tecniche volte a far sì che il debitore, piuttosto che essere limitato ad una posizione di mera soggezione, sia obbligato a svolgere un ruolo attivo ed efficiente nell'esecuzione dell'obbligazione affinché la garanzia patrimoniale possa effettivamente soddisfare i creditori.

Il nuovo c.c.i.i. ha così effettuato un significativo aggiornamento delle funzioni della obbligazione pecuniaria. Il dovere del debitore pecuniario di dare la somma di denaro, ormai più correttamente ricondotta al dovere di realizzare l'attribuzione di unità monetarie nel patrimonio del creditore¹³, si arricchisce del dovere di osservare ulteriori comportamenti volti al mantenimento delle condizioni affinché i crediti possano trovare effettivamente soddisfazione integrale, e se questo non dovesse risultare

¹³ Cfr. B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2011, sub art.1277, p. 108 e ss..

possibile, affinché venga limitato il danno per i creditori nell'ambito di soluzioni il più possibile trasparenti ed ordinate¹⁴.

Questi nuovi caratteri della diligenza informano complessivamente tutto il sistema e si estendono con gli opportuni adattamenti anche al debitore civile. Un'altra delle rilevanti novità del c.c.i.i. è infatti la regolazione della crisi e dell'insolvenza del debitore civile, articolata secondo diverse procedure che, nella sostanza, riprendono quelle dell'impresa in crisi o insolvente.

Anche in questo caso il debitore civile viene preso in considerazione al cospetto dei nodi della responsabilità patrimoniale, la quale costituisce anzi l'elemento assorbente dell'intera disciplina, non configurandosi in questo caso un'attività economica di produzione o di scambio.

Il debitore civile ha il dovere di mantenere una ragionevole proporzione tra l'obbligazione assunta e il reddito disponibile, in modo tale da assolvere all'obbligo di salvaguardare la garanzia patrimoniale nell'interesse sia del debitore stesso, che del creditore.

La diligenza del debitore nella assunzione della obbligazione viene valutata attraverso lo scrutinio delle cause e modalità che hanno caratterizzato l'esposizione debitoria, come pure delle ragioni dell'incapacità ad adempiere alle obbligazioni assunte. A questa risulta collegata e complementare la diligenza osservata dal soggetto finanziatore nell'aver tenuto conto del merito creditizio del debitore sovvenuto nella erogazione del credito¹⁵. Si tratta di una valutazione tecnica che deve prendere in

¹⁴ Gli obblighi di diligenza cui sono tenuti *ex art.* 3 c.c.i.i. e art. 2086, secondo comma c.c., il debitore e gli amministratori, non confliggono con la *business judgment rule* che si riferisce alla non sindacabilità delle scelte di gestione, ammissibili purché, come da ultimo rilevato anche dalla Cass. 4 luglio 2018, n. 17494, attuate nel rispetto della diligenza ed in assenza di superficialità; imprudenza e irragionevolezza. La *business judgment rule*, infatti, è uno strumento estraneo al dovere di dare attuazione al rapporto obbligatorio secondo le modalità e i criteri sopra descritti, dettati dalle regole tecniche connesse all'attività professionale di amministrazione. V. con diversi orientamenti P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *NDS*, 2017, 951 ss.; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1286 e ss.; N. ABRIANI, *Nuova disciplina delle crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393-412, specie 397 e ss.; F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 134; M. S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Rivista delle Società*, 2019, n. 2-3, pag. 253.

¹⁵ In relazione all'obbligo della banca di non concludere il contratto di credito qualora possa ragionevolmente ritenere, al termine della verifica del merito creditizio del consumatore, che quest'ultimo non sarà in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto, v. Corte di giustizia UE, sez. I, 6 giugno 2019.

considerazione il reddito disponibile del debitore, dedotto l'importo necessario per mantenere un dignitoso tenore di vita¹⁶.

6. – Accanto ai nuovi doveri del debitore, il codice della crisi ha costruito un articolato sistema di vigilanza volto ad assicurare l'adempimento da parte del debitore dei doveri di prevenzione, attraverso pervasivi sistemi di controllo e intervento che muovono sia dall'interno che dall'esterno della impresa. Ciò nella consapevolezza, da un lato che i nuovi doveri imposti al debitore non si sostanziano in una immediata e diretta attribuzione patrimoniale a vantaggio di un determinato creditore (ma piuttosto in una articolata attività di organizzazione, di monitoraggio e di intervento per tutelare complessivamente le ragioni dei creditori e dei terzi per i rapporti man mano instaurati con l'impresa), dall'altro che i meccanismi risarcitori non sarebbero comunque idonei a rimediare al pregiudizio derivante dalla mancata prevenzione della crisi e dal verificarsi della conseguente insolvenza.

A presidio della effettiva prevenzione e risoluzione della crisi sono state poste le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, introdotte agli art. 12 e segg., le quali suppliscono alla mancata tempestiva iniziativa dell'organo amministrativo della società e costituiscono il motore propulsivo con cui viene assicurata l'emersione della crisi, anche in presenza di un negligente comportamento del debitore. A tal fine il codice della crisi identifica i soggetti obbligati ad esercitare il controllo e attribuisce agli *stessi* compiti nuovi, da attuare mediante il ricorso a diversi strumenti tra i quali assume rilevanza la *segnalazione*, cui ricorrere per esercitare un richiamo del debitore e, se necessario, per costringerlo a rispettare l'obbligo di prevenire e risolvere la crisi.

La segnalazione svolge, nello stesso tempo, una funzione di *deterrenza* per il debitore e di *supplenza* della mancata iniziativa di quest'ultimo. L'attivazione spetta agli *organi di controllo societari* (art. 14) ed ai *creditori pubblici qualificati* (art. 15).

I *creditori pubblici qualificati* (Agenzia delle Entrate, Inps, agente della riscossione), sono tenuti all'obbligo di segnalazione quando si verifichi il superamento di specifiche soglie di indebitamento fiscale e/o previdenziale.

¹⁶A questo riguardo la norma detta anche le regole tecniche, stabilendo una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale, moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti del nucleo familiare della scala di equivalenza ISEE, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159.

Tale intervento perviene solitamente, quando l'esposizione debitoria ha già raggiunto livelli rilevanti, l'equilibrio economico è compromesso e la crisi dell'impresa, con tutta probabilità, è avanzata. Si tratta di situazioni nelle quali risultano più limitati gli spazi per misure negoziali preventive ed il ventaglio delle possibili soluzioni non potrà che risultare prevedibilmente più limitato o comunque più complesso ed oneroso.

L'intervento degli *organi di controllo* (sindaci, revisore contabile e società di revisione) al contrario può risultare più precoce. Su di essi ricade infatti l'obbligo di verificare nel continuo, assumendo le idonee iniziative, se l'organo amministrativo si sia dotato di un assetto organizzativo, se questo sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione. Essi debbono, se del caso, segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi di crisi e nel caso di omessa o inadeguata risposta da parte di questo, procedere ad una formale e motivata comunicazione informativa all'OCRI (art. 14 c.c.i.i.).

Va osservato che con il codice della crisi le regole relative alle funzioni ed ai compiti dei sindaci, sono oggi contenute in due diverse fonti¹⁷. Da un lato quella del codice civile, di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, art. 2403, c.c., e dall'altro quella del codice della crisi che, accanto ai doveri di verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, ha specificato quelli sulla sussistenza dell'equilibrio economico finanziario, sul prevedibile andamento della gestione, nonché di immediata segnalazione all'organo amministrativo dell'esistenza di fondati indizi di crisi, accompagnati questi ultimi da incisive sanzioni in caso d'inerzia.

Si noti che mentre l'introduzione dei doveri dell'organo amministrativo è stata assorbita nel tessuto dei principi generali sull'impresa di cui all'art. 2086 c.c. dei nuovi *Doveri del debitore* previsti all'art. 3 c.c.i.i. l'integrazione dei doveri dell'organo di controllo non è stata riprodotta o traslata nel codice civile.

Le ragioni di questa diversa scelta possono derivare dal fatto che l'introduzione dei *Doveri del debitore* ha prodotto un effettivo e definitivo rinnovamento degli obblighi di comportamento nell'adempimento delle obbligazioni che ha reso necessario, anche sul piano sistematico,

¹⁷ Ci si riferisce ovviamente a quelle società che non abbiano anche una disciplina speciale quali banche, assicurazioni, intermediari finanziari, società quotate, ecc..

l'adeguamento delle norme che regolano i principi generali e definitori della disciplina dell'impresa.

L'introduzione degli *obblighi di segnalazione a carico degli organi di controllo societari*, ha comportato che questi siano destinatari del compito di attivare la procedura di allerta nel caso di inerzia del debitore. L'intervento richiesto, intende soddisfare l'esigenza che la crisi, una volta che si manifesta, debba essere risolta tempestivamente su predeterminati binari di controllo ed intervento. È una disciplina nuova e per questo in qualche misura sperimentale.

È possibile ipotizzare che queste previsioni vengano in futuro assorbite o riprese anche nel codice civile quali principi caratterizzanti i compiti e le funzioni dei sindaci, come pure che esse vengano integrate e completate da sistemi di raccolta di dati e di automatismi di allarme ulteriormente consolidati che possano essere di ausilio per l'esercizio del controllo da parte dei sindaci e per l'informazione per lo stesso mercato.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche a proposito dei compiti ora assegnati al revisore contabile e alle società di revisione anche se con le dovute differenziazioni.

7. – Anche le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 sono chiamati a contribuire con il patrimonio di dati a loro disposizione ai compiti dell'organo di controllo. Essi sono obbligati a *dare notizia* a questi ultimi, secondo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 14 c.c.i.i., delle comunicazioni effettuate al cliente in ordine alle *variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti*.

Questa informativa consente all'organo di controllo di completare il quadro informativo già acquisito all'interno della società con quello esterno, relativo alla capacità del debitore di acquisire o mantenere linee di credito. Tale previsione amplia significativamente il compendio di elementi che debbono essere presi in considerazione dagli organi di controllo nella costante valutazione dell'andamento della società.

In particolare, le comunicazioni delle variazioni o revisioni o revoche dei rapporti creditizi costituiscono il primo strumento per riscontrare la qualità del merito creditizio assegnato al debitore da parte del ceto bancario. Di questa circostanza le banche sono o comunque debbono essere consapevoli. Il rapporto creditizio bancario svolge, infatti, la funzione di indicatore sintomatico della capacità di solvenza prospettica dell'impresa e le vicende modificative che nel corso della sua durata investono il contratto bancario, si proiettano ben oltre le parti contraenti sino a costituire evidenza del livello di valutazione dell'affidabilità del debitore.

Dall'insieme di questi elementi di conoscenza gli organi di controllo possono anticipatamente valutare la sostenibilità degli impegni assunti e delle iniziative intraprese dalla società, come pure il livello di fiducia da parte del ceto bancario, e acquisire chiavi di lettura del deterioramento del quadro di disponibilità finanziaria. La previsione di un obbligo continuato per le banche di comunicare agli organi di controllo le modificazioni man mano occorse nel rapporto di credito con il debitore, lungi dal costituire un inutile orpello, fornisce a questi un ulteriore indicatore segnaletico, che va oltre la meccanica verifica di sostenibilità ottenuta mediante gli indici di cui all'art. 13, ma misura la disponibilità del sistema creditizio a sovvenire e assistere l'attività, costituendo in questo modo la principale sfera di valutazione esterna all'impresa¹⁸.

Nello stesso tempo, allorquando la crisi si è manifestata, eventuali comportamenti abusivi delle banche, che contrastano con il dovere di valutazione del merito creditizio del sovvenuto e che si sostanziano nell'ingiustificata erogazione o mantenimento di linee di credito al di fuori dei presupposti del corretto esercizio del credito, non potranno essere ignorati dagli organi di controllo, che dovranno intervenire con le opportune segnalazioni all'organo amministrativo, anche in considerazione del rischio di concorrere con gli amministratori e con la banca nella responsabilità per il pregiudizio conseguente alla mancata prevenzione dell'insolvenza¹⁹.

Sotto altro profilo si potrebbe ritenere che profili di criticità possano riferirsi ai finanziamenti erogati e autorizzati prima della omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti per i quali il beneficio della prededucibilità o dell'esenzione della revocatoria per i pagamenti o gli atti in esecuzione di un piano attestato, in presenza di gravi circostanze, può rivelarsi controvertibile. L'art. 99, comma 6, c.c.i.i., esclude il beneficio della prededucazione quando congiuntamente il ricorso o

¹⁸ Recenti indagini statunitensi hanno mostrato che i dati relativi al merito di credito tendono ad influenzare le condizioni applicate nel mercato assicurativo in quanto considerate predittive anche dell'esposizione al rischio di sinistro, v. BARBARA KIVIAT, *The moral limit of predicative praxis: the case of credit based insurance scores*, *American Sociological Review*, 2019, 84, (6), 1134 ss.; HOLZER, *Zum Gluck fair versichert? Warum Kreditwürdigkeit zahlt und das amerikanische Versicherungssystem nicht frei von Politik ist*; FAZ, *Frankfurter allgemeine Sonntagszeitung*, n. 49, 8.12.2019, p. 64.

¹⁹ Sulla abusiva concessione di credito v. B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione di credito e rottura del credito.*, in *Banca Borsa*, 2001, I, 265; *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006; *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, I, 2017, 720; E. DEPETRIS, *Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale*, in *Dir. fall.*, 2019, n. 2, p. 468;

l'attestazione contengano dati falsi ovvero omettano informazioni rilevanti o comunque il debitore abbia commesso atti in frode per ottenere l'autorizzazione e il curatore dimostri che il soggetto finanziatore fosse a conoscenza di tali circostanze al momento dell'erogazione; analogamente, l'art. 166, comma terzo lett. d) esclude l'esenzione dalla revocatoria se il finanziatore al momento dell'atto suscettibile di revocatoria fosse stato a conoscenza del dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore.

Il ruolo del soggetto finanziatore è riconosciuto poi dal c.c.i.i. anche in relazione al debitore consumatore nell'ambito della ristrutturazione dei suoi debiti. L'art. 68 c.c.i.i., stabilisce infatti che l'OCC nel redigere la sua relazione debba indicare se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore²⁰. Una analoga previsione è contenuta anche all'art. 76, comma 3, c.c.i.i. in relazione al concordato minore, applicabile al professionista, all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo, e alle *start-up* innovative ex art. 74 e art. 2, comma 1, lett. c).

8. – Un sistema di prevenzione volto alla realizzazione di obiettivi così ambiziosi, quali quelli perseguiti dal c.c.i.i. non può funzionare sulla base di un mero comportamento spontaneo. Il dovere di dotare l'impresa di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla rilevazione tempestiva della crisi, è stato, come visto, così accompagnato dall'istituzione di un rigido apparato di controlli interni ed esterni, la cui effettività ed efficienza è scandita dalla previsione di un sistema sanzionatorio pervasivo e penetrante.

Per gli amministratori gli obblighi di cui all'art. 3 c.c.i.i. e 2086, secondo comma, c.c. di tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, come pure della adozione degli strumenti previsti per il superamento della crisi, rispondono all'esigenza di non protrarre ingiustificatamente l'attività sociale, quando pregiudizievole per la società e per i creditori.

Il rispetto di tali obblighi è presidiato dalle novellate disposizioni degli artt. 2476, 2477, 2486, le quali provvedono non solo ad articolare più diffusamente la responsabilità verso i creditori sociali ma, al fine di rendere più agevole, certa e soprattutto prevedibile, la determinazione del debito

²⁰ La violazione dell'obbligo del finanziatore di valutare il merito creditizio come pure l'aver colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento comportano, secondo l'art. 69 c.c.i.i., la conseguenza che il creditore non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa contro la proposta del debitore di ristrutturazione del debito.

risarcitorio cui sono obbligati gli amministratori ed i sindaci, provvedono a quantificare il danno risarcibile per il pregiudizio conseguente alla ingiustificata protrazione dell'attività sociale, attraverso il ricorso a criteri tipici e presuntivi²¹.

Per sanzionare l'inadempimento agli obblighi di prevenzione della crisi e aggravamento dell'insolvenza sono state introdotte significative deroghe ai generali principi di diritto comune del risarcimento del danno contrattuale ed extra contrattuale.

I criteri della perdita subita e del mancato guadagno di cui all'art. 1223 c.c., come risulta anche dalla non sempre agevole e univoca giurisprudenza in materia, non riescono a fornire soluzioni certe e ragionevolmente definitive sulla quantificazione di un danno così peculiare quale quello derivante dalla ingiustificata protrazione dell'attività sociale. Il danno emergente ed il lucro cessante sono strumenti dal sapore "micro" che la tradizione giuridica ha sviluppato ed applicato per compensare le conseguenze dirette ed immediate dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale o da illecito. Ben diverso carattere "macro" si rinviene nella responsabilità degli amministratori per la mancata conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento.

I generali criteri del danno contrattuale ed extracontrattuale dell'art. 1223 c.c., infatti non senza difficoltà ed esitazioni possono essere applicati a fattispecie in cui il danno che viene fatto valere è la indiretta conseguenza sul patrimonio sociale e sulla garanzia patrimoniale offerta ai creditori della ingiustificata protrazione dell'attività.

Con azione di responsabilità il curatore fa valere il danno subito per la mancata soddisfazione dei creditori sociali per l'avvenuta insolvenza della società, la cui imputabilità agli amministratori necessita di una specifica prova in quanto l'insolvenza può risalire a cause non necessariamente imputabili agli amministratori. L'aggravamento del dissesto imputabile agli amministratori per inosservanza dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società, determina un danno tutt'altro che agevolmente determinabile attraverso la valutazione della perdita subita e del mancato guadagno.

²¹ La relazione illustrativa in relazione all'inserimento del comma 6 nell'art. 2476 c.c. e del comma 3 dell'art. 2486 c.c. osserva: *con la prima disposizione, si responsabilizzano maggiormente gli amministratori rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, in quanto si prevede espressamente che essi rispondono verso i creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti.*

Secondo i generali principi di cui all'art. 1223 c.c. possono essere agevolmente liquidati i danni derivanti da comportamenti attivi o omissivi contrari ai doveri di diligente e corretta amministrazione, lesivi del patrimonio della società. Maggiori difficoltà ha sempre presentato l'applicazione degli stessi principi all'azione di responsabilità, allorquando viene fatto valere il danno che i creditori della società subiscono per incapacità della società a far fronte alle obbligazioni assunte verso terzi. Non sempre infatti l'incapienza del patrimonio della società è individuabile con riferimento a specifici comportamenti, ma piuttosto si sostanzia nella mancata osservanza dei doveri conseguenti al verificarsi di una causa di scioglimento, doveri oggi incrementati dall'obbligo di prevenire e risolvere la crisi di cui all'art. 3 c.c.i.i. e 2086 c.c.

Il codice della crisi muovendo dalla necessità di prevedere conseguenze sanzionatorie il più possibile certe e prevedibili per il pregiudizio conseguente all'ingiustificata continuazione da parte degli amministratori dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento, è ricorso per la liquidazione del danno a parametri predeterminati strettamente ancorati agli stessi dati contabili offerti dalla società. Il criterio adottato si basa su un metodo uniforme di confronto dei dati contabili dei netti patrimoniali, pari appunto *alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale alla data di apertura di tale procedura, e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484 c.c.*

La modificazione apportata è dunque diretta espressione dell'esigenza di accompagnare e sostenere l'intero nuovo sistema di prevenzione della crisi e dell'allerta con un rinnovato tessuto di valutazione del comportamento dannoso, univocamente individuato nella abusiva protrazione dell'attività sociale e nella quantificazione del danno secondo parametri fissi e rigidi, tali da consentirne la prevedibilità e la deterrenza.

Il nuovo sistema è poi completato con l'introduzione di una specifica previsione in caso di mancanza, irregolarità, inidoneità o inattendibilità delle scritture contabili.

La gravità della violazione per assenza di idonea contabilità e l'impossibilità di applicare il criterio della differenza dei netti patrimoniali, comporta il ricorso ad un criterio del tutto alternativo, secondo cui *il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*²².

²² La relazione illustrativa osserva che l'inserimento del comma 3 dell'art. 2486 c.c. *introduce un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare*

Si tratta della prima o comunque più significativa ed esplicita applicazione del principio del *danno punitivo* nel nostro ordinamento. La quantificazione infatti prescinde totalmente dalla valutazione del comportamento del soggetto responsabile e dalla considerazione del rapporto di causalità e addossa l'onere risarcitorio in misura del tutto forfettaria, sulla base di elementi che possano risultare del tutto estranei alla fattispecie causativa dell'insolvenza. È quindi una disposizione squisitamente sanzionatoria che, con una forte deterrenza, punisce l'organo amministrativo per l'integrale e frontale violazione degli obblighi di ordinata amministrazione della società.

È significativo che il riconoscimento del danno punitivo sia avvenuto con riferimento alla responsabilità degli amministratori. Le sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 9100 del 2015 affrontando questa tormentata materia già misero in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più *incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sanzionatorio al risarcimento*. L'ingresso dei danni punitivi nel nostro ordinamento è avvenuto successivamente con la nota pronuncia delle Sezioni Unite che ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza statunitense comminatoria di un risarcimento punitivo Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601. In questa pronuncia la Suprema Corte ha in particolare (ri)affermato che *alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e questa sanzionatoria del responsabile civile*²³.

Il meccanismo sanzionatorio introdotto nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 2486- *danno liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*, realizza deterrenza e sanzione. Nello stesso tempo l'intero terzo comma assolve alla funzione di garantire in siffatte fattispecie risarcitorie così complesse e controvertibili, la tipicità delle ipotesi di condanna e di determinazione del danno, affinché possa essere prevedibile la valutazione del comportamento e più certe le conseguenze risarcitorie.

integrità e valore del patrimonio. La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare.

²³ Cass. sez. un. 5 luglio 2017 n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787 con nota di A. DI MAJO; in *Nuova giur. civ.*, 2017, 1365; con nota di C. CONSOLO – S. BARONE; C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *www.juscivile.it*, 2017.

Per gli organi di controllo interno la garanzia dell'esercizio dei compiti di verifica e di segnalazione è invece affidata ad una disposizione premiale sul piano della responsabilità: la previsione del terzo comma del citato art. 14 c.c.i.i., che solleva i sindaci dal rischio e dall'onere della responsabilità solidale con gli amministratori, a condizione che i primi abbiano assolto all'obbligo di tempestiva segnalazione all'organo amministrativo di cui al comma 1 dell'art. 14 c.c.i.i. ed abbiano effettuato la tempestiva segnalazione all'OCRI di cui al secondo periodo del comma 2.

Queste misure, che possiamo definire "compensative", non solo incidono sul tenore della responsabilità degli organi di controllo ma fanno assumere ad essi il ruolo di garanti *ex lege* del comportamento degli amministratori.

Questi sono infatti chiamati a supplire alla mancata osservanza da parte degli amministratori dell'obbligo di rilevazione e prevenzione della crisi, provvedendo, oltre che a verificarne l'adempimento, a rilevare essi stessi gli indizi di crisi e porre in essere la segnalazione all'OCRI, in caso di inerzia o di inadeguate reazioni da parte dell'imprenditore.

La violazione del dovere di controllo dell'esistenza e dell'efficiente funzionamento dell'assetto organizzativo adeguato a riconoscere e prevenire la crisi, comporta il diretto concorso con la scorretta e pregiudizievole condotta degli amministratori, aprendo la via alla condivisione di tutte le responsabilità conseguenti alla mancata rilevazione e prevenzione della crisi.

Sotto altro profilo, la garanzia dell'esercizio del controllo da parte dei *creditori pubblici qualificati* dei compiti di segnalazione di cui all'art. 15 c.c.i.i. è basata sulla previsione stabilita al primo comma dello stesso articolo *della pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti di cui sono titolari*.

La misura introdotta è assolutamente nuova sotto diversi e rilevanti profili. I creditori pubblici qualificati chiamati ad esercitare il controllo sono del tutto esterni alla sfera organizzativa del debitore e del tutto esterni alla società. A differenza che per l'organo di controllo interno ai creditori pubblici non è richiesto di adempiere ad alcun dovere informativo sulle condizioni patrimoniali o sull'andamento della gestione del debitore. A questi non viene richiesto di valutare la correttezza o normalità della gestione, né potrebbero farlo, considerata la natura esclusivamente legale del credito fiscale, la cui fonte risiede in rigidi presupposti patrimoniali o reddituali.

Sui creditori pubblici qualificati ricade l'obbligo di dare al debitore un duplice avviso: che l'esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante di cui al comma 2 dell'art. 15 c.c.i.i., e che se entro novanta giorni il debitore non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito o, in

ultima ipotesi, non avrà fatto ricorso al procedimento di composizione assistita della crisi oppure domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI.

L'osservanza di quest'obbligo di segnalazione è presidiato, come già si è accennato, *a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari*, e per l'agente della riscossione *a pena dell'inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione*.

Ci troviamo di fronte ad una tipologia di sanzione, i cui caratteri e portata sono del tutto inediti rispetto al sistema della responsabilità contrattuale o extra contrattuale. Essa non si riferisce alla inosservanza di un comportamento dovuto verso un creditore, vale a dire all'inadempimento di una prestazione che il debitore ha mancato di eseguire, né d'altra parte il contenuto della sanzione può essere ricondotto ad una prestazione risarcitoria secondo i principi dell'art. 1223 c.c.. Il presupposto risiede nella istituzione a carico dei predetti creditori pubblici qualificati di un obbligo di carattere pubblicistico di segnalazione progressivamente gradato: prima indirizzato al debitore e, in caso di inerzia di quest'ultimo, all'OCRI.

Esso presenta profili certamente impegnativi ed onerosi, in quanto comporta una costante verifica ed aggiornamento dei dati dell'esposizione debitoria dei contribuenti e, anche per questo motivo, per presidiarne l'applicazione, necessita di un meccanismo sanzionatorio, che il codice della crisi ha previsto in forme particolarmente incisive.

La sanzione introdotta a presidio dell'osservanza dell'obbligo di segnalazione risulta straordinaria nel lessico, nel contenuto e nella portata. Nella formulazione della norma piuttosto che alla responsabilità si fa riferimento alla *pena*, sanzione questa che non incide sulla responsabilità patrimoniale ma piuttosto sullo stesso diritto del creditore.

L'estinzione del diritto di credito per un effetto di comportamenti omissivi è presente nella nostra esperienza con la decadenza o la prescrizione ma sono queste fattispecie del tutto diverse, nelle quali l'inattività dell'avente diritto rileva in relazione al decorso del tempo.

La sanzione che colpisce i creditori pubblici qualificati è la conseguenza dell'inosservanza del comando attivo, *di segnalare tempestivamente*. Essa non comporta l'estinzione del diritto di credito che persiste integro, ma piuttosto la perdita delle possibilità che questo trovi soddisfazione privilegiata nel concorso.

La novità si manifesta almeno sotto due profili: *a) la pena dell'inefficacia del titolo di prelazione* si distingue per il carattere sostanzialmente *ablatorio*, in quanto comporta il venir meno della componente prelatizia del credito; *b) i*

creditori pubblici qualificati, attraverso il degrado in chirografo, vengono destinati, quale *contrapassum*, a subire le perdite derivanti dal concorso al pari della massa dei chirografari.

Al fine di comprenderne la portata deve essere considerato che la formazione di una esposizione debitoria *incagliata* di carattere tributario di rilevante importo costituisce, nel procedimento di allerta, l'indizio più esplicito dello stato ormai grave della crisi. Presumibilmente nel momento in cui interviene la segnalazione dei creditori pubblici qualificati non solo il debitore ha mancato ai doveri di rilevazione e prevenzione ma anche l'organo di controllo ha fallito nel compito di avvertire i sintomi della crisi e di porre in essere le misure cui è tenuto.

L'obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati costituisce pertanto una disposizione di chiusura del sistema dell'allerta, con la quale a soggetti pubblici, quali i creditori pubblici qualificati, viene prescritto di controllare e segnalare una delle circostanze ritenute più gravi e significative affinché la crisi del debitore possa essere *trattata* nella procedura di allerta.

La segnalazione della sofferenza debitoria fiscale e/o previdenziale non realizza ma piuttosto si interseca con la richiesta di adempimento del credito scaduto, da parte dei creditori pubblici, restando l'esazione del credito attività distinta, alla quale, secondo modalità proprie, deve attendere l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente dalla riscossione.

9. – Come sopra illustrato, il codice della crisi cambia la prospettiva entro cui deve essere affrontata e gestita la crisi del debitore che viene affidata preliminarmente a strumenti volti ad evitare o contenere il formarsi delle condizioni di insolvenza e solo in via residuale agli strumenti di soddisfazione sul patrimonio attraverso l'esecuzione individuale o concorsuale.

In tal senso profonde e significative sono state le modificazioni prodotte nel sistema del diritto civile delle obbligazioni e dei contratti, nei compiti degli amministratori e dell'organo di controllo, delle banche, e addirittura dello Stato, quale creditore per contributi fiscali e previdenziali.

Sono stati assegnati nuovi importanti ruoli: al debitore il compito di garantire l'idoneità della propria capacità di adempiere alle obbligazioni assunte e di agire con tempestività per prevenire la crisi; all'imprenditore ed agli amministratori l'ulteriore compito di approntare un assetto organizzativo adeguato alla realizzare di tali obiettivi; alle banche di fornire anche agli organi di controllo i dati significativi sulla evoluzione dei rapporti di credito; agli organi di controllo di vigilare nel continuo sull'idoneità

dell'assetto organizzativo e sulla presenza di segnali di crisi; agli stessi organi di controllo ed ai creditori pubblici qualificati di supplire all'inerzia o insufficienza del debitore attraverso i diversi doveri di segnalazione.

In questa fase di avvio va rilevato che gli spazi anche temporali entro i quali questi protagonisti dovranno dare efficiente ed efficace attuazione ai loro nuovi compiti potranno risultare tutt'altro che agevoli.

Criticità potranno manifestarsi in relazione alla compatibilità delle misure di prevenzione da intraprendere ed i tempi che la nuova disciplina prevede come disponibili. Va osservato che l'eventuale difetto di tempestività nella rilevazione e prevenzione della crisi non può essere facilmente recuperato attraverso il ricorso a misure protettive, quali quelle che nella legge fallimentare offriva l'art. 168 l.fall., con il ricorso al concordato con riserva e poi all'accordo di ristrutturazione o al concordato.

L'articolo 8 c.c.i.i. infatti stabilisce ora una regola di carattere generale, come è stato osservato *davvero di portata dirompente*²⁴, disponendo che «*la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe*». Ciò in conformità dell'art. 6, par. 7, della Direttiva europea del 17 dicembre 2018 che, nel consentire al debitore di beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali in modo da favorire lo svolgimento delle trattative nelle procedure di ristrutturazione, indica, nel par. 4, la durata massima di quattro mesi della sospensione delle azioni esecutive individuali, precisando nel par. 7 che «*la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, incluse le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi*»²⁵.

In particolare gli strumenti di allerta esterna, da parte dei creditori pubblici qualificati o interna, da parte degli organi di controllo, pur costituendo uno strumento di intervento robustamente strutturato, devono confrontarsi con il tenore e la tempistica dei dati da valutare.

I primi, *creditori pubblici qualificati*, segnalano in modo sostanzialmente meccanico un grave inadempimento di fatto già registrato, rispetto al quale il debitore è chiamato entro novanta giorni a indicare le modalità di

²⁴ G. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi di ristrutturazione e nei concordati nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in *ildirittodegliaffari.it*, 2019.

²⁵ La durata annuale nel codice della crisi è dimezzata nel corso della procedura di composizione concordata della crisi, ove l'art. 20, comma 3, prevede che *la durata iniziale delle misure protettive non può essere superiore a tre mesi e può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine massimo di cui all'articolo 19, comma 1, a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio di cui all'articolo 17 e il termine massimo di cui all'art. 19, comma 1 è di tre mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi, ossia sei mesi complessivi.*

estinzione o regolarizzazione del debito, anche attraverso le procedure di risoluzione della crisi. In difetto si avrà la segnalazione all'OCRI e agli organi di controllo della società.

I secondi, *organi di controllo*, acquisiscono dati secondo un processo strutturato che necessita di appropriati tempi tecnici. Essi devono infatti raccogliere informazioni sia su eventi già verificatisi, quali la diminuzione del fatturato o la perdita di clientela, la sopravvenuta inesigibilità di crediti, il manifestarsi di perdite o di sopravvenienze negative, ma anche assumere, attraverso indici predittivi, proiezioni sulla sostenibilità del debito nei sei mesi successivi rispetto ai flussi di cassa attesi. Essi ricevono inoltre informazioni dalle banche e dagli stessi creditori pubblici qualificati. A seguito di tale complesso processo acquisitivo e valutativo avviene la segnalazione all'organo amministrativo ed, in difetto di adeguata risposta ed iniziativa da parte di questo, all'OCRI.

È nella nuova fase del necessario confronto interno tra organo amministrativo e di controllo che, ad avviso di chi scrive, si misura la possibilità di addivenire nei tempi previsti dalla normativa alla soluzione della crisi. Infatti l'assenza di una adeguata risposta, pur essendo assistita dall'intervento dell'OCRI, può denunciare l'impossibilità di una strategia che più difficilmente può essere costruita *ab ovo* nel rispetto dei tempi contingenti per le misure di protezione.

In assenza di un piano già elaborato dal debitore, i tempi necessari per la lavorazione del caso da parte dell'OCRI, possono comportare inevitabilmente il rischio di un ulteriore aggravamento della crisi o comunque un impoverimento delle soluzioni disponibili sino a ridursi nel *worst-case scenario* alla liquidazione concordataria o giudiziale.

In definitiva solo l'individuazione tempestiva delle misure adeguate potrà risolvere la crisi con modalità diverse da quelle liquidatorie, altrimenti la costruzione in tempi utili dell'alternativa all'insolvenza appare incerta e non priva di difficoltà.

Abstract

CRISIS, INSOLVENCY, PROSPECTIVE INSOLVENCY. NEW BOUNDARIES OF DEBTOR DILIGENCE, REPORTING OBLIGATIONS AND THE SANCTION SYSTEM

Con il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, la crisi trova per la prima volta una propria definizione a livello normativo, al pari dell'insolvenza, che trova definizione nella legge fallimentare e applicazione anche nel coevo Codice Civile.

La crisi, oltre ad acquisire una propria identità semantica, diviene il perno attorno al quale viene costruito il nuovo Codice della crisi, il cui obiettivo è prevenire ed evitare l'insolvenza e, solo secondariamente, disciplinarla.

Al fine di rendere tale obiettivo possibile, il Codice introduce nuovi strumenti volti a far emergere tempestivamente la crisi di impresa e a ricercare le misure più idonee alla sua composizione, quali le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Viene così estesa la misura della diligenza richiesta all'imprenditore e agli altri soggetti che partecipano alla regolazione della crisi, imponendo al primo nuovi obblighi organizzativi e ai soggetti qualificati obblighi di segnalazione degli indizi di crisi, accompagnati da uno specifico impianto sanzionatorio volto a rendere efficaci i nuovi strumenti previsti dal Codice.

With the Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, the crisis finds its own definition for the first time at the regulatory level, like insolvency, which finds definition in the Legge Fallimentare and also applies in the coeval Codice Civile.

The crisis, in addition to acquiring its own semantic identity, becomes the pivot around which the new Crisis Code is built, the aim of which is to prevent and avoid insolvency and, only secondarily, to discipline it.

In order to make this objective possible, the Crisis Code introduces new tools aimed at promptly highlighting the corporate crisis and seeking the most suitable measures for its composition, such as alert procedures and assisted settlement of the crisis.

The measure of diligence required of the entrepreneur and of the other subjects participating in the regulation of the crisis is thus extended, imposing on the former new organizational obligations and on the qualified subjects reporting obligations for the indications of crisis, accompanied by a specific sanctioning system aimed at making effective the new tools provided by the Code.

**STRUMENTI DI ALLERTA ED EMERSIONE ANTICIPATA DELLA
CRISI NEL NUOVO CCII CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E
DELL'INSOLVENZA**

GABRIELE RACUGNO
*Professore ordinario
nell'Università di Cagliari*

SOMMARIO: 1. La salvaguardia dell'impresa. – 2. L'allerta e gli indicatori. – 3.1. Gli squilibri di carattere reddituale. – 3.2. Gli squilibri di carattere patrimoniale. – 3.3. Gli squilibri di carattere finanziario. – 4. La crisi e l'insolvenza prospettica. – 5. I presupposti della continuità aziendale. – 6. Strumenti di allerta e obblighi di segnalazione. – 7. Nota bibliografica.

1. – Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, all'art. 375 – *Assetti organizzativi dell'impresa*, modificando la rubrica dell'art. 2086 del Codice civile con: «Gestione dell'impresa», all'art. 2086, dopo il primo comma, statuisce: «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale». Seguono quindi, al primo comma dell'art. 13, gli *Indicatori della crisi*.

Queste misure, che dovrebbero servire per consentire l'emersione anticipata della crisi, recuperare le imprese temporaneamente in difficoltà e scongiurare l'insolvenza – che potrebbe manifestarsi nei successivi sei mesi in assenza di interventi correttivi (art. 13) –, hanno la funzione di anticipare l'intervento sull'*impresa in crisi*, ma non ancora insolvente, in linea con le previsioni delle regole comunitarie²⁶ e con quelle di altri paesi europei,

²⁶ La Raccomandazione della Commissione UE n. 135 del 12 maggio 2014 “su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza” esponeva nei suoi “considerando” l'obiettivo primario “di garantire a imprese sane in difficoltà finanziarie ... l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza”. Alla

nonché con le norme, in vigore, che disciplinano i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale già previsti per la società a partecipazione pubblica (art. 6, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), stante l'inevitabilità che l'impresa, nel corso della sua esistenza, affronti momenti di crisi.

Si presuppone che l'imprenditore sia ancora in grado di far fronte ai suoi impegni attuali, che continui cioè a pagare i suoi debiti scaduti, ma che la sua situazione economica e finanziaria sia compromessa al punto da fare intravedere una probabile futura insolvenza, considerato che le imprese falliscono perché non dispongono della necessaria liquidità per soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, talvolta in conseguenza di errori di gestione, di imprudenze o di difficoltà economiche generali.

Di qui la necessità che i piani di risanamento presentino una imprescindibile rilevanza finanziaria, poiché è in prima istanza lo squilibrio finanziario che deve essere sanato, sostanzialmente con la negoziazione di un accordo tempestivo con i creditori idoneo ad evitare il fallimento, considerando che il fattore "tempo" riveste un rilievo centrale nel successo delle azioni di risanamento delle imprese in difficoltà.

L'art. 2 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, alla lett. a), del comma 1, definisce la "CRISI" come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

2. – Costituiscono Indicatori della crisi, previsti dall'art. 13, comma 1, del Codice, gli squilibri di carattere *reddituale, patrimoniale e finanziario*, «rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di *continuità aziendale* per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi». La probabile incapacità dell'impresa di far fronte agli impegni finanziari dei successivi sei mesi, determina l'*allerta*, con i connessi obblighi di segnalazione; ai sensi dell'art. 12, comma 2, «il debitore, all'esito dell'allerta o anche prima della sua attivazione, può accedere al procedimento di composizione arbitrale della crisi, che si svolge in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI».

A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.

Raccomandazione ha fatto seguito la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo del 22 novembre 2016, il cui testo è divenuto definitivo a seguito dell'accordo del 18 dicembre 2018 tra il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione Europea.

Costituiscono altresì Indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche tenuto conto (cfr. art. 24, comma 1, Codice):

a) dell'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) dell'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti.

Il Codice prevede, al 2° comma dell'art. 13, che gli *Indici indicatori* della crisi siano elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali.

L'esame dell'art. 13 del Codice, laddove dispone che gli indici diano evidenza delle "*prospettive di continuità aziendale*", consente, come si dirà in appresso, di approfondire la materia in attesa degli elaborati del Consiglio nazionale dei commercialisti e degli esperti contabili.

La continuità aziendale costituisce invero il termometro da cui è necessario prendere le mosse per capire quando ha inizio una situazione patologica dell'impresa con l'ingresso in quello stadio, preliminare, definito come "*declino*", che si presenta con una situazione patologica caratterizzata da *transitorietà*; una fase prodromica, anche se l'elemento scatenante può essere un fatto episodico.

3.1 – Le cause del declino sono innanzitutto lo *squilibrio reddituale*, la perdita di redditività, intesa come il venir meno della capacità dell'impresa di creare valore, ovvero diminuzione del ROS (*Return on sales*) o aumento dell'incidenza dei costi operativi, ossia inidoneità dei ricavi alla copertura dei costi derivanti dalla gestione operativa. Quindi senza considerare la gestione finanziaria, l'impatto fiscale, il decremento dei beni e gli ammortamenti, secondo l'indicatore denominato *Ebitda* (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*), che consente di rilevare il primo *alarm bell* del declino dell'impresa.

Inoltre, la presenza di un utile, di per sé, non è sufficiente per esprimere un giudizio positivo. Occorre che tale utile sia realizzato prevalentemente grazie all'attività tipica dell'impresa (gestione caratteristica), in quanto, tendenzialmente, ciò pone le basi per la sua futura ripetibilità.

3.2. – Sono costituiti dall'eccedenza del passivo sull'attivo. Occorre peraltro, per cogliere la portata di questa patologia, analizzare in dettaglio il passivo per distinguere le componenti del netto, cioè dei mezzi propri (capitale + riserve), dall'indebitamento vero e proprio.

I finanziamenti dei soci, specie ove postergati rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, incidono di fatto in misura non rilevante in relazione allo squilibrio patrimoniale. Pur non potendo essere assimilati ai conferimenti ed agli apporti in genere, essendo stati effettuati dai soci con la riserva di chiederne successivamente la restituzione come si trattasse di somme concesse a titolo di mutuo, costituiscono nondimeno risorse sostanzialmente assimilabili (per destinazione) ai mezzi propri, pur non essendo formalmente imputate a capitale di rischio.

Lo squilibrio patrimoniale, deve aggiungersi, può emergere anche da una non corretta iscrizione in bilancio di alcune poste attive: in particolare dei crediti, specie nei confronti della clientela. I crediti sono rilevati in bilancio ... secondo il valore di presumibile realizzo, recita al n. 8 l'art. 2426 c.c., che disciplina i criteri di valutazione nella redazione del bilancio.

Ne discende che il mancato rispetto di questa regola, il continuare cioè ad appostare nell'attivo del bilancio crediti di difficile o addirittura di pressoché sicura inesigibilità, determina un annacquamento dell'attivo con conseguente squilibrio della situazione patrimoniale. La presenza di crediti commerciali vetusti, non accompagnata da un congruo fondo rischi e priva di ogni esplicitazione nella nota integrativa (art. 2467, n. 6, c.c.), cela sovente un *deficit* patrimoniale dell'impresa, che può essere una delle cause anche dello squilibrio finanziario.

Va in ogni caso preso in considerazione il rapporto tra patrimonio netto e complessivo indebitamento. Questo dovrebbe raggiungere almeno il 25%, vale a dire che per ogni 100 euro investiti in azienda, almeno 25 dovrebbero essere usciti dalle tasche dell'imprenditore. Più il rapporto scende al di sotto della soglia, più l'azienda è sottocapitalizzata.

3.3 – Alla perdita di redditività si accompagna, di regola, la flessione o addirittura la negatività dei flussi di cassa, insufficienti a garantire l'adempimento delle obbligazioni già assunte e di quelle pianificate. Al declino economico segue per lo più il declino finanziario, anche se quest'ultimo può anche precedere il primo quando i risultati economici non siano accompagnati dagli incassi che dovrebbero conseguire dai ricavi, come accade in presenza di insolvenza dei clienti.

È l'ipotesi del conto economico da cui emerge un utile a cui si accompagna un rendiconto finanziario che presenta flussi finanziari negativi, specie se derivanti dall'attività operativa, che determinano peggioramento del merito del creditizio e dei rapporti con i fornitori.

I sintomi di declino originati nell'area reddituale e/o patrimoniale avranno comunque riflesso nell'area della liquidità, dove si manifesterà all'esterno la crisi con i connotati dell'insolvenza.

L'analisi del ciclo finanziario costituisce così la primaria verifica sullo stato di salute dell'impresa e il profilo di indagine che ne consente di intravedere l'eventuale declino. E questo emerge, ancorché la gestione non abbia determinato perdite significative del patrimonio netto, ogni qual volta i fabbisogni finanziari legati agli investimenti immobilizzati sono stati soddisfatti mediante fonti di finanziamento a breve durata, senza l'ausilio del patrimonio netto, che non ha – a differenza delle prime – l'obbligo del rimborso.

Spesso la crisi è determinata da strategie di crescita ed espansione molto aggressive finanziate con strumenti prevalentemente, se non totalmente, a breve termine, che espongono l'impresa al rischio che imprevisti nella realizzazione del progetto di crescita o cambiamenti non attesi del quadro economico di riferimento la rendano incapace di far fronte ai pagamenti e costretta a dichiarare lo stato di crisi.

Lo sfasamento temporale tra esborsi finanziari e ritorni di liquidità derivanti dagli investimenti effettuati costituisce, ancorché in presenza di un equilibrio economico-patrimoniale, un possibile sintomo di declino dell'impresa, come pure sintomi di fragilità finanziaria sono costituiti dalla modificazione, nella cadenza e nell'entità, dei flussi di entrata e di uscita legati alla gestione corrente, all'attività di investimento e di funzionamento desumibili dal rendiconto finanziario.

Il declino dell'impresa può ancora derivare dalla riduzione delle vendite e dall'aumento dell'inventario, dalle perdite di manager importanti o di personale altamente qualificato.

4. – La "crisi" ha luogo quando viene a crearsi uno squilibrio economico-finanziario destinato a permanere nel tempo ed a generare un concreto pericolo di insolvenza suscettibile di manifestarsi a breve e, a seguire, di dissesto (cioè quella situazione patologica dove le attività non permettono di garantire il rimborso dei debiti), se non vengono avviati appropriati interventi di risanamento.

La solvibilità dell'impresa ha quale premessa indefettibile la sussistenza della continuità aziendale²⁷, che presuppone che il valore di funzionamento (*going concern*) dell'azienda sia superiore al valore di liquidazione delle sue attività.

²⁷ È compito del revisore legale, nella sua relazione, dichiarare se sussistano «eventuali incertezze significative relative a eventi o circostanze che potrebbero sollevare dubbi significativi sulla capacità della società sottoposta a revisione di mantenere la continuità aziendale» (lett. g, art. 14, d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, come modificato dall'art. 17, comma 1, d.lgs. 17 luglio 2016, n. 135).

Il principio del *going concern*, che può tradursi in italiano come *impresa avviata*, vale a dire impresa funzionante, implica la capacità dell'impresa di operare come una entità in funzionamento, «in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro, senza che vi sia né intenzione né necessità di metterla in liquidazione, di cessare l'attività o di assoggettarla a procedure concorsuali» (Doc. 570, Principi di revisione; *idem* IAS n. 1).

Per quanto concerne il «prevedibile futuro» in cui l'impresa risulti essere in grado di continuare a svolgere la propria attività, deve intendersi «relativo ad almeno, ma non limitato, a dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio d'esercizio» (IAS n. 1, par. 24), con un orizzonte temporale di riferimento maggiore (più severo) rispetto ai sei mesi di cui all'art. 13, comma 1, del Codice.

Entrano in gioco in proposito le informazioni desumibili dalla stessa redditività dell'impresa e la facilità di accesso alle risorse finanziarie. In altri termini l'attenzione in ordine alla verifica della sussistenza della continuità aziendale è volta principalmente all'esame della *situazione finanziaria aziendale*. Assume in proposito un significativo rilievo il bilancio, e, in primo luogo, il rendiconto finanziario, un prospetto che riassume in vari aggregati le variazioni delle disponibilità liquide avvenute nel corso dell'esercizio o nel periodo considerato, nel quale i fatti di gestione vengono riclassificati e rappresentati non sulla base della rispettiva competenza economica, ma in funzione dell'influenza che gli stessi esercitano sull'aggregato finanziario (disponibilità liquide e disponibilità equivalenti, quali, investimenti a breve termine soggetti a rischi insignificanti di variazione di valore).

Il risultato finanziario non segue necessariamente il risultato economico, con conseguente necessità di misurare la *performance* dell'impresa secondo una logica di cassa, di guisa da poter programmare i pagamenti sulla base degli incassi e di ogni ulteriore risorsa alla luce del fabbisogno finanziario dell'impresa, per giungere ad un'attendibile stima del flusso di cassa da contrapporre alle risorse al servizio del debito.

Interviene a questo punto l'analisi finanziaria, attraverso la rielaborazione dei dati di bilancio, al fine di verificare se un'impresa è in equilibrio finanziario o piuttosto in disequilibrio, con i connessi rischi che comporta la mancata liquidità. Il venir meno della continuità aziendale origina un *disequilibrio di tesoreria* ovvero un margine di tesoreria negativo (le attività finanziarie a breve-media scadenza non sono sufficienti a coprire i debiti a breve-media scadenza), spesso determinato da una non corretta gestione del capitale circolante netto.

La valutazione della sussistenza della continuità aziendale comporta l'espressione di un giudizio prospettico, tenuto conto principalmente degli

indicatori finanziari e di quelli gestionali, nonché di ogni altro tipo di indicatore, che peraltro, pur in presenza di *test* contabili negativi, possono essere compensati da piani strategici, industriali e finanziari, come pure ora da piani di risanamento e da accordi di ristrutturazione dei debiti, nel presupposto, naturalmente, della attendibilità del sistema informatico che genera le informazioni a supporto dei piani, che suppongono prosecuzione dell'attività con rinegoziazione dei debiti in una prospettiva di risanamento finanziario dell'impresa.

L'analisi del bilancio, che costituisce, come si è detto, il primo strumento di previsione della crisi d'impresa, concerne non soltanto il bilancio di chiusura dell'esercizio, ma presuppone un costante monitoraggio della situazione contabile dell'impresa, sfruttando i dati offerti dal controllo di gestione, mediante una distinzione dei conti destinati al calcolo del reddito e dei conti destinati al calcolo del capitale, considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indicazione di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità.

5. – L'esistenza della continuità aziendale si fonda sulla ricorrenza di determinati *presupposti*, quali la capacità di ottenere credito, *budget* economici e finanziari con risultati positivi, la puntualità nel pagamento dei debiti, il mantenimento dei rapporti di collaborazione più proficui, l'assenza di contenziosi ad elevato rischio.

La prassi enuclea generalmente i presupposti della continuità aziendale in negativo, ovvero individua gli indicatori finanziari e gestionali, la cui presenza suona quale campanello di allarme della carenza e/o del venir meno della continuità aziendale: per esempio, capitale circolante netto negativo, tempi di riscossione dei crediti notevolmente superiori ai tempi di pagamento dei debiti, perdite importanti di clienti.

Questi, secondo il Principio di revisione Isa Italia n. 570 gli Indicatori finanziari:

- situazione di *deficit* patrimoniale o di capitale circolante netto negativo;
- prestiti a scadenza fissa e prossimi alla scadenza senza che vi siano prospettive verosimili di rinnovo o rimborso; eccessiva dipendenza da prestiti a breve termine per finanziare attività a lungo termine;
- indici di cessazione del sostegno finanziario da parte dei finanziatori e altri creditori;
- bilanci storici o prospettici che mostrano *cash flow* negativi;
- principali indici economico-finanziari negativi;

- consistenti perdite operative o significative perdite di valore delle attività che generano *cash flow*;
- rapporto tra passività e patrimonio netto (art. 2545-*quinquies*, comma 2, c.c.): il tasso di indebitamento deve essere contenuto entro determinati limiti;
- mancanza o discontinuità nella distribuzione dei dividendi;
- incapacità di saldare i debiti alla scadenza;
- incapacità nel rispettare le clausole contrattuali dei prestiti;
- cambiamento delle forme di pagamento concesse dai fornitori dalla condizione "a credito" alla condizione "pagamento alla consegna";
- incapacità di ottenere finanziamenti per lo sviluppo di nuovi prodotti ovvero per altri investimenti.

Indicatori gestionali:

- perdita di amministratori o di dirigenti chiave senza riuscire a sostituirli;
- perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti;
- difficoltà nell'organico del personale o difficoltà nel mantenere il normale flusso di approvvigionamento da importanti fornitori.

Altri indicatori:

- capitale ridotto al disotto dei limiti legali o non conformità ad altre norme di legge;
- contenziosi legali e fiscali che, in caso di soccombenza, potrebbero comportare obblighi di risarcimento che l'impresa non è in grado rispettare;
- modifiche legislative o politiche governative dalle quali si attendono effetti sfavorevoli all'impresa.

Un indicatore del rischio di insolvenza è altresì il *rating*, fondato su un giudizio che considera tanto indicatori quantitativi quanto valutazioni di natura qualitativa.

6. – Con tutta probabilità gli strumenti di allerta previsti dalla riforma non verranno attivati dall'imprenditore, nel convincimento che non siano ancora necessari per evitare l'insolvenza, o anche per la mancata percezione dell'emersione delle prime avvisaglie di criticità, spesso dovute alla carenza di aggiornati dati contabili. D'altra parte, c'è il rischio che l'inevitabile pubblicità che li accompagna determini l'insolvenza piuttosto che scongiurarla.

L'imprenditore, ottimista per natura, trascura così l'adozione di un *turnaround* volto al risanamento e al rilancio dell'impresa in crisi. Di qui l'insufficienza di una regolazione anticipata della crisi di impresa lasciata

all'imprenditore (*allerta del debitore*) e la necessità di un intervento autoritativo affidato sia agli organi deputati al controllo societario e contabile, come pure ai c.d. creditori pubblici qualificati.

Mi pare che, invece, contribuiscano, se non ad evitarla, almeno a contenere gli effetti negativi dell'insolvenza, le norme che impongono agli amministratori di assumere decisioni consapevoli della situazione di crisi nella quale versa la società. E, ancor prima, impongono loro di dotare l'impresa di strumenti organizzativi capaci di segnalare per tempo l'avvicinarsi della crisi e della perdita della continuità aziendale, considerato che le possibilità di salvaguardia dei valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatorio.

Le imprese gestite con una *governance* più strutturata, con la presenza del collegio sindacale, presentano minori rischi sussistendo professionalità a cui non sfuggono la *sonnette d'alarm* che segnalano gli indizi di crisi, considerata la correlazione che l'esperienza empirica ha evidenziato tra rischio di crisi e *governance*.

E in questo senso l'art. 14, comma 1, del Codice prevede (*allerta interna*) che "gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi".

Analogo obbligo di segnalazione (*allerta esterna*) compete, oltre che agli organi della società, anche ai cc.dd. creditori pubblici qualificati, quali l'Agenzia delle Entrate, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e l'Agente della Riscossione, che hanno l'obbligo di dare avviso al debitore in presenza di superamento di specifici importi rilevanti previsti, rispettivamente, per ognuno di detti soggetti dal 2° comma dell'art. 15 del Codice, con riferimento: a) all'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto; b) al mancato versamento di contributi previdenziali; c) ai crediti affidati all'Agente della riscossione.

Gli obblighi di segnalazione (*strumenti di allerta*), concernono sostanzialmente le imprese di medie dimensioni, anche agricole, con esclusione delle grandi imprese e degli ulteriori soggetti indicati al 4° comma dell'art. 12, verosimilmente al fine di evitare turbamenti del mercato azionario.

In sintesi, costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo interno e dei creditori qualificati, finalizzati, in uno agli obblighi organizzativi previsti per l'imprenditore dal

codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

A questo punto entrano necessariamente in gioco gli istituti di credito, che assumono un ruolo centrale nelle soluzioni della crisi, anche se per lo più condizionato dal principio di rilevanza per il quale al debitore di maggiori dimensioni è sempre mostrata maggiore attenzione²⁸.

7. – La letteratura giuridica e aziendale sulla crisi d'impresa è vastissima, per cui mi limito a segnalare gli studi, ed i relativi riferimenti, contenuti nel volume in corso di pubblicazione *Scritti in ricordo di Michele Sandulli* (Giappichelli), e il "lucido e puntuale affresco sui temi più rilevanti della disciplina della crisi d'impresa", di S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Milano, 2017; nonché F. Di Marzio, voce "Crisi d'impresa", in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 503. In una prospettiva più ampia, cfr. N. Irti, *Il giurista dinanzi alla crisi di impresa*, in *Riv. it. leasing*, 1986, 249, e il volume *Diritto e crisi-Atti del Convegno di Studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015-Cagliari)*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2015, ove una raccolta di studi sulla crisi e il diritto moderno, privato e pubblico.

Abstract

WARNING INSTRUMENTS AND EARLY EMERSION OF THE CRISIS IN THE NEW INSOLVENCY CODE

Gli indicatori della crisi di impresa, che dovrebbero servire per consentire l'emersione anticipata della crisi, recuperare le imprese temporaneamente in difficoltà e scongiurare l'insolvenza – che potrebbe manifestarsi nei successivi sei mesi in assenza di interventi correttivi – hanno la funzione di anticipare l'intervento sulla impresa in crisi, ma non ancora insolvente. A questi fini sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri di indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.

The early warning indicators of business failure, which should allow the timely emergence of the crisis, the early restructuring of businesses temporarily in difficulty and the avoidance of insolvency - which could occur within the following six months lacking proper corrective measures – are deployed to anticipate the restructuring of the firms in difficulties,

²⁸ Si attribuisce a Keynes l'affermazione che se si ha un debito di 1.000 sterline si ha un problema, ma se il debito è di un milione di sterline, il problema è della banca.

but not yet insolvent. For these purposes, the relevant indicators are those that measure the sustainability of the debt burden with the cash flows that the company is able to generate and the adequacy of equity compared to debts.

LA NUOVA LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE: EFFETTI PER I CREDITORI E ACCERTAMENTO DEL PASSIVO

ALBERTO VILLA
Professore associato
nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La liquidazione giudiziale nell'impianto del nuovo Codice. – 3. I crediti prededucibili. – 4. Gli effetti dell'apertura della liquidazione giudiziale per i creditori. – 5. L'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi. – 6. (*Segue*). Il procedimento. – 7. Le impugnazioni del decreto di esecutività dello stato passivo. L'impugnazione incidentale. – 8. (*Segue*). Il procedimento. – 9. Le domande tardive. – 10. Note conclusive.

1. – Potrebbe essere riguardata come «la cenerentola» della riforma. *Et pour cause*: le più rilevanti novità contenute nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 («Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155»¹) sono in effetti altre rispetto alla liquidazione giudiziale².

Pur tuttavia, plurimi motivi di riflessione suscita anche il nuovo procedimento di liquidazione giudiziale, e ciò – prescindendo dall'ormai trito *maquillage* terminologico³ – sia in relazione al complessivo impianto del

¹ Di seguito indicato semplicemente come «Codice» o «c.c.i.». Sulla legge n. 155 e sull'ultima stagione di riforme, cfr. per tutti NIGRO, VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4^a ed., Bologna, 2017, p. 32 e s.; SCIUTO, in AA.Vv., *Diritto commerciale*, a cura di Cian, vol. II, *Diritto della crisi dell'impresa*, Torino, 2018, p. 14 ss.; SANZO, *I principi generali e le disposizioni di immediata attuazione*, in AA.Vv., *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di Sanzo, e Burroni, Bologna, 2019, p. 1 ss.

² E tra tali novità spiccano, inutile dirlo, le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (artt. 12 e ss. c.c.i.).

³ Come noto, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), della legge delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155), «il Governo provvede a riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali attenendosi ai seguenti principi generali: a) sostituire il termine “fallimento” e i suoi derivati con l'espressione “liquidazione giudiziale”, adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose»; ai sensi dell'art. 349 c.c.i., «nelle disposizioni normative vigenti i termini “fallimento”, “procedura fallimentare”, “fallito” nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni “liquidazione giudiziale”, “procedura di liquidazione giudiziale” e “debitore assoggettato a liquidazione giudiziale” e loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie».

sistema, sia avuto riguardo agli specifici interventi sulle (numerose, in linea con il progresso⁴) norme a essa dedicate⁵.

Lo scritto intende anzitutto tratteggiare alcuni rilievi di tipo sistematico, per poi trattare, in relazione alle specifiche disposizioni che presiedono alla liquidazione giudiziale, la posizione dei *creditori* del debitore assoggettato a liquidazione giudiziale, avuto particolare riguardo all'accertamento del passivo.

2. – Per quanto concerne il complessivo impianto del sistema, il primo rilievo, di immediata evidenza, è quello per cui la liquidazione giudiziale diventa *una* delle, plurime, procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza inserite nel Codice. Se, considerando l'architettura della legge fallimentare, tuttora invalsa era la notazione secondo la quale il fallimento restava «il paradigma delle procedure concorsuali»⁶ (con la conseguenza che «le eventuali lacune nella disciplina delle c.d. “procedure concorsuali minori” sono in genere da colmare proprio ricorrendo a regole tratte dalla disciplina del fallimento»⁷), ora il quadro è mutato: la liquidazione giudiziale non rappresenta che una delle procedure rinvenibili nel nuovo Codice.

Va aggiunto, a integrazione di quanto precede, che il Codice contiene, rispetto alla liquidazione del patrimonio del debitore, non già la sola liquidazione giudiziale, ma, in effetti, un *modello* liquidatorio, nel quale sono ricomprese, oltre alla stessa liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa⁸ e, per quanto concerne il «sovraindebitamento» (e quindi «lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start-up* innovative»⁹), la «liquidazione concordata»¹⁰.

Ciò detto, possono individuarsi alcune linee fondamentali sottese al procedimento di liquidazione giudiziale (e, in parte, anche al modello liquidatorio *tout court*).

⁴ Articoli da 121 a 283 c.c.i.

⁵ Per una panoramica al riguardo v. CAPRINO, *La liquidazione giudiziale*, in AA.VV., *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di Sanzo e Burrone, Bologna, 2019, p. 195 ss.

⁶ NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 57.

⁷ NIGRO, VATTERMOLI, *op. loc. cit.*

⁸ Artt. 293 e ss. c.c.i.

⁹ Art. 2, comma 1, lett. c), c.c.i.

¹⁰ Artt. 268 e ss. c.c.i. In tema cfr. CESARE, *La liquidazione controllata nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *ifallimenarista.it*, 22 gennaio 2019: «Il Codice della crisi e dell'insolvenza ha trasformato l'istituto della liquidazione del patrimonio attualmente disciplinato dalla Legge n. 3/2012 rinominandola liquidazione controllata. Essa è esperibile dai soggetti in crisi e insolventi non assoggettabili alla liquidazione giudiziale, nuova versione del fallimento».

In primo luogo, la liquidazione appare *residuale*, sotto plurimi e concorrenti profili.

Anzitutto, la liquidazione giudiziale è residuale per quanto concerne la *trattazione* della relativa domanda. L'art. 2, comma 1, lett. g), della legge delega scolpiva il principio di «dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'adeguata soluzione alternativa». L'art. 7 del Codice, con cui si apre la rassegna dei «Principi di carattere processuale», dopo aver previsto, al comma 1, che «le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza sono trattate in via d'urgenza e in un unico procedimento; a tal fine ogni domanda sopravvenuta va riunita a quella già pendente», dispone, al comma 2, che, «nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata».

Inoltre, la liquidazione giudiziale è residuale sotto il profilo della *decisione* della relativa domanda. Al riguardo, il comma 3 del citato art. 7 prevede che «il tribunale procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale quando eventuali domande alternative di regolazione della crisi non sono accolte ed è accertato lo stato di insolvenza»; ancora, e nello stesso senso, l'art. 49, comma 1, rubricato «Dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale», prevede che il tribunale «dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale» solo una volta «definite le domande di accesso ad una procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza eventualmente proposte».

Ancora, la residualità emerge sotto l'ulteriore, distinto, profilo per cui il modello liquidatorio costituisce il *benchmark* di riferimento in relazione alla funzione delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il mantra dell'«alternativa liquidatoria» – *i.e.*, della convenienza rispetto a tale alternativa, o della soddisfazione dei creditori in misura a essa non inferiore – ricorre in tema di accordi di ristrutturazione (cfr. artt. 48 e 61 c.c.i.), ristrutturazione dei debiti del consumatore (cfr. art. 70 c.c.i.), concordato minore (cfr. artt. 76 e 80 c.c.i.), concordato preventivo (cfr. artt. 84, 88, 112 c.c.i.).

Inoltre, pare potersi osservare che la liquidazione giudiziale presenti un connotato, *lato sensu*, sanzionatorio.

Anzitutto, la liquidazione giudiziale è la procedura che, all'interno del sistema, contempla una legittimazione allargata, e pubblica, rispetto alla relativa apertura. Ai sensi dell'art. 37 del Codice, mentre «la domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza è proposta con ricorso del debitore», «la domanda di apertura della liquidazione giudiziale» è proposta anche su ricorso «degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero»¹¹. Si è parlato nei primi commenti di «una accentuazione del carattere coattivo della liquidazione giudiziale»¹², «principale contraltare alle innumerevoli misure di favore previste a beneficio del ceto debitorio»¹³. Non solo. Anche rispetto alla liquidazione controllata, di regola attivabile su iniziativa del debitore, si prevede che la relativa «domanda può essere presentata da un creditore anche in pendenza di procedure esecutive individuali e, quando l'insolvenza riguardi l'imprenditore, dal pubblico ministero» (art. 268, comma 2, c.c.i.). Se ne può inferire, in sintesi, che al pubblico ministero, nel caso di debitore-imprenditore, è ascritta una generale legittimazione a richiedere l'attivazione della procedura afferente al modello liquidatorio.

Ma i rilievi che precedono diventano ancor più pregnanti se si considera quello che è ritenuto «l'elemento centrale su cui nasce la nuova disciplina»¹⁴, e cioè il sistema di allerta. E invero, l'esito della relativa procedura, se caratterizzato da un contegno *lato sensu* inadempiente da parte del debitore, è appunto quello della liquidazione giudiziale: «Se il debitore non compare

¹¹ Si tratta di previsione da ultimo posta in evidenza anche nell'ambito delle dinamiche delle procedure di allerta. Cfr. RIVA, *Gli obblighi di segnalazione: attori coinvolti, fasi e interventi*, in AA.VV., *Procedure di allerta e di composizione della crisi*, a cura di Danovi e Acciaro, Milano, 2019, p. 43: «Se gli amministratori non ravvedono le possibilità di adire ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza o queste ultime non hanno sortito l'esito sperato, la società viene a trovarsi nella fase finale del processo denominata dell'insolvenza conclamata. [...] L'unica strada percorribile rimane pertanto quella che il nuovo Codice chiama "liquidazione giudiziale", con questa espressione volendosi intendere la procedura oggi denominata "fallimento". È rilevante evidenziare che tra i soggetti legittimati a presentare istanza di apertura del procedimento il Codice ha previsto accanto al debitore stesso, ai creditori e al pubblico ministero, anche gli organi di controllo societari e quindi in primo luogo il collegio sindacale».

¹² CAPPAL, *Razionalizzato il procedimento giudiziale di accesso ai diversi strumenti regolativi*, in AA.VV., *Le novità del Codice*, a cura di Soldati, Milano, 2019, p. 23.

¹³ CAPPAL, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴ Così SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in AA.VV., *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 41.

per l'audizione»¹⁵, «o dopo l'audizione non deposita l'istanza di cui all'articolo 19, comma 1»¹⁶, «o all'esito delle trattative non deposita domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnato ai sensi dell'articolo 21, comma 1»¹⁷, «il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente» dell'organismo, «che ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente» (art. 22, comma 1, c.c.i.); e «il pubblico ministero, quando ritiene fondata la notizia di insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'articolo 38, comma 1» (art. 22, comma 2, c.c.i.), il quale a sua volta dispone che «il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza» (e quindi contiene una previsione significativamente ampliativa dei poteri del pubblico ministero rispetto alla richiesta di fallimento *ex art. 7 l. fall.*, che è limitata ai casi in cui pervenga una segnalazione qualificata¹⁸).

Ancora: ai sensi del comma 4 dell'art. 21, «gli atti relativi al procedimento» di composizione assistita della crisi «e i documenti prodotti o acquisiti nel corso dello stesso», di regola riservati – «al fine di evitare ostacoli in capo al debitore nell'illustrare al collegio la reale situazione dell'impresa» (così la Relazione illustrativa del Codice) –, «possono essere

¹⁵ Cfr. art. 18, commi 1 e 2, c.c.i.: «Entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione o dell'istanza del debitore, l'OCRI convoca dinanzi al collegio nominato ai sensi dell'articolo 17 il debitore medesimo nonché, quando si tratta di società dotata di organi di controllo, i componenti di questi ultimi, per l'audizione in via riservata e confidenziale. Il collegio sceglie tra i propri componenti il presidente, che nomina relatore se stesso o altro componente del collegio. Il relatore ha il compito di acquisire e riferire i dati e le informazioni rilevanti».

¹⁶ «Su istanza del debitore, formulata anche all'esito dell'audizione di cui all'articolo 18, il collegio fissa un termine non superiore a tre mesi, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi solo in caso di positivi riscontri delle trattative, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell'impresa, incaricando il relatore di seguire le trattative».

¹⁷ «Se allo scadere del termine di cui all'articolo 19, comma 1, non è stato concluso un accordo con i creditori coinvolti e permane una situazione di crisi, il collegio di cui all'articolo 17 invita il debitore a presentare domanda di accesso ad una delle procedure previste dall'articolo 37 nel termine di trenta giorni».

¹⁸ Prevedendo l'art. 7 l. fall. che «Il pubblico ministero presenta la richiesta di cui al primo comma dell'articolo 6: 1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; 2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile». In tema v., *si vis*, VILLA, *Dichiarazione di fallimento e pubblica iniziativa*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 2016, p. 425 ss.

utilizzati unicamente nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale», oltre che «di un procedimento penale».

Infine, e quasi a modo di contraltare rispetto a quanto precede, occorre evidenziare che il modello liquidatorio prevede, quale esito «naturale», l'*esdebitazione* del debitore (*anche* persona giuridica): negli artt. 278 e ss. del Codice sono contenute le norme che presiedono all'esdebitazione «nella liquidazione giudiziale e nella liquidazione controllata». Si è rilevato al riguardo che, «dal punto di vista della *struttura*, il CCI si compone di un gruppo di disposizioni applicabili alla liberazione dei debiti nelle procedure concorsuali che prevedono *genericamente* la liquidazione dei beni del debitore e, dunque, *comuni* alla liquidazione giudiziale e quella controllata»¹⁹ (oltre che di alcune norme specifiche per ciascuna di tali due procedure).

In sintesi, la liquidazione giudiziale appare (i) *una* delle possibili procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, da annoverarsi al *modello* liquidatorio presente nel Codice, (ii) *residuale*, e nel contempo integrante, sotto il profilo soddisfattorio, il *limite minimo* cui i modelli conservativi devono tendenzialmente riferirsi, (iii) sotto certi profili, *sanzionatoria* e, nel contempo, (iv) a effetto *esdebitatorio*.

3. – Se possiamo ora a considerare lo specifico profilo della posizione dei *creditori* del debitore assoggettato a liquidazione giudiziale, limitando il discorso alle novità contenute nella riforma, mette conto anzitutto evidenziare che il Codice prevede una norma generale relativa alla *prededucibilità*.

Nel capo II del titolo I, dedicato ai «Principi generali», la sezione II, sulla «Economicità delle procedure», è costituita da una sola norma, l'art. 6, rubricato «Prededucibilità dei crediti», il quale prevede che, «oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili: *a*) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi di impresa [...] e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento; *b*) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che gli accordi siano omologati; *c*) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione

¹⁹ VATTERMOLI, *L'esdebitazione*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2019, p. 255.

che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47»²⁰; «d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi»; e che, per contro, «non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI».

Può osservarsi preliminarmente che la norma è un esempio dell'adombrata perdita di centralità della procedura liquidatoria (oggi, il fallimento) rispetto alla regolamentazione delle tematiche concorsuali: la materia che, allo stato, è disciplinata dall'art. 111 l. fall., nell'ambito delle previsioni sulla ripartizione dell'attivo fallimentare, diventa un «principio generale», collocato fuori dalla disciplina della liquidazione giudiziale.

In secondo luogo, la norma è improntata al contenimento della prededuzione, giusta il principio di cui all'art. 2, comma 1, lett. l), della legge delega, che chiedeva di ridurre «i costi delle procedure concorsuali», anche rispetto «ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure». In quest'ottica, i crediti professionali «funzionali» sono *condizionati* a un determinato *risultato* – omologazione dell'accordo di ristrutturazione; apertura della procedura di concordato preventivo – e a prededucibilità *limitata* (al 75% del credito accertato). «È infatti unicamente a questa condizione che l'opera del professionista – il cui credito è comunque assistito da un privilegio di grado elevato (art. 2751 *bis*, n. 2, c.c.) – può ritenersi aver apportato un reale beneficio alla massa dei creditori e che quindi si giustifica un sacrificio delle aspettative di soddisfacimento dei creditori stessi», commenta la Relazione Illustrativa. La nuova disposizione

²⁰ I cui commi 1 e 2 così prevedono: «A seguito del deposito del piano e della proposta di concordato, il tribunale, verificata l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano ed acquisito, se non disponga già di tutti gli elementi necessari, il parere del commissario giudiziale, se nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera b), con decreto: a) nomina il giudice delegato; b) nomina ovvero conferma il commissario giudiziale; c) stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori; d) fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera d), pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal tribunale. Il decreto è comunicato e pubblicato ai sensi dell'articolo 45».

sembra segnare un passo avanti sul fronte della *certezza* delle regole²¹; ma, nel contempo, rischia di risultare *immotivatamente penalizzante* per i professionisti scelti dal debitore, astretti da obbligazioni di risultato di regola estranee ai principi della responsabilità professionale. Ancora, «resta oscuro [...] il motivo per il quale i crediti dei professionisti sorti in funzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo debbano essere ammessi nella successiva fase di liquidazione giudiziale *soltanto* nei limiti del 75% dell'ammontare del credito. Il diritto certo talvolta rischia di diventare diritto ingiusto»²².

In terzo luogo, la norma è improntata al *favor* per l'utilizzo di OCC e OCRI: le prestazioni dagli stessi rese sono senz'altro prededucibili (art. 6, comma 1, lett. a)), mentre è espressamente escluso che siano tali «i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI» (ultimo comma dell'art. 6).

È, infine, prevista, quale clausola generale, quella della prededucibilità dei «crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi» (lett. d) del comma 1 dell'art. 6). La previsione è già stata oggetto di autorevole critica rispetto al silenzio serbato in merito alla definizione di «procedura concorsuale» (ancorché l'art. 2 del Codice sia appunto dedicato alle «Definizioni»): «La omissione è, ad avviso di chi scrive, gravissima: giacché rappresenta la premessa di rinnovate discussioni ed incertezze su problematiche dotate di impatto (se non altro) economico rilevantissimo, nonché deputate a giocare, per ciò che concerne l'aspirazione a favorire il risanamento delle imprese in crisi, un ruolo letteralmente decisivo. "Procedura concorsuale" significa [...] prededucazione dei crediti sorti»²³.

Da ultimo, va richiamato che la norma in commento prevede che «la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali» (art. 6, comma 2, c.c.i.). Rispetto a tale disposizione sono già state prospettate sia la lettura secondo la quale la «permanenza» dell'effetto preferenziale *«postuli [...] un rapporto di "consecutività" tra la procedura nell'ambito della quale si sono prodotti i presupposti della*

²¹ Cfr. GREGGIO, *La prededucazione dei compensi dei professionisti nel CCII*, in AA.VV., *La riforma del fallimento*, Milano, 2019, p. 67.

²² GREGGIO, *op. loc. cit.* Cfr. anche ID., *La prededucazione dei compensi dei professionisti nel nuovo codice della crisi d'impresa: "eterni ritorni" e novità*, in *Fallimenti e società*, 2019, pp. 17 ss.

²³ BONFATTI, *La natura giuridica dei "piani di risanamento attestati" e degli "accordi di ristrutturazione"*, in *ilcaso.it*, 31 gennaio 2018, p. 13.

prededucibilità del credito, e le “*successive*” nelle quali tale caratteristica dovrebbe essere fatta valere»²⁴, sia quella per cui «la norma non precisa – e ciò induce a risolvere il dubbio in senso negativo – se la permanenza dell’effetto *de quo* sia circoscritta alle procedure consecutive a quella – quale che essa sia – produttiva della prededucibilità del credito: d’altro canto, mentre per una successiva “procedura concorsuale” potrebbe effettivamente porsi l’alternativa di un rapporto di “consecutività” con la procedura precedente, ovvero di mancanza di tale rapporto; per una successiva “procedura esecutiva” (da intendersi: di carattere individuale), il rapporto di “consecutività” non sarebbe comunque facile da individuare mai. La prededucibilità, pertanto, “*permane*” [...] “in eterno” (fino al soddisfacimento del credito)»²⁵. Quest’ultima lettura, se in effetti trova nel riferimento a eventuali «successive procedure esecutive» un supporto testuale, avvicina d’altro canto la previsione *de qua* a quella introduttiva di un *privilegio* a favore dei crediti in questione²⁶.

4. – Gli effetti dell’apertura della liquidazione giudiziale per i creditori sono disciplinati dagli artt. 150 e ss. del nuovo Codice.

Dopo aver confermato i principi cardine del concorso sostanziale e formale (artt. 150 e 151 c.c.i.), il Codice introduce, avuto riguardo alla posizione dei creditori muniti di pegno o di privilegio, la possibilità dell’*assegnazione*: «Il giudice delegato può assegnare i beni al creditore che ne ha fatto istanza» (art. 152, comma 2, c.c.i.). La norma contiene inoltre la precisazione che «il giudice delegato provvede acquisita la valutazione dei beni oggetto del provvedimento di autorizzazione o di assegnazione. Se il ricavato della vendita, al netto delle spese o, in caso di assegnazione, il valore di stima è superiore all’importo del credito ammesso al passivo con prelazione, il creditore ne versa al curatore l’eccedenza» (art. 152, comma 2, ultima frase, e comma 3, c.c.i.).

L’unica novità rispetto ai diritti dei creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio nella ripartizione dell’attivo consiste in alcune precisazioni circa l’*estensione* della prelazione: «Se il credito è garantito da ipoteca, la prelazione si estende anche alle spese della costituzione, dell’iscrizione e della rinnovazione dell’ipoteca» (art. 153, comma 4, c.c.i.); «se il credito è garantito da pegno o assistito da privilegio speciale a norma degli articoli

²⁴ GREGGIO, *La prededuazione dei compensi dei professionisti nel CCII*, cit., p. 67.

²⁵ BONFATTI, *op. cit.*, p. 16.

²⁶ Conf. BONFATTI, *op. loc. cit.*

2756 e 2761 del codice civile»²⁷, «la prelazione si estende anche alle spese della costituzione del pegno e, nel caso previsto dall'articolo 152, commi 1 e 2», e quindi nel caso di vendita del bene, «alle spese di conservazione e vendita del bene costituito in pegno o oggetto del privilegio, nonché alle spese di individuazione e consegna del bene oggetto di pegno non possessorio» (art. 153, comma 5, c.c.i.).

Rispetto ai crediti pecuniari, e alla relativa sospensione degli interessi, l'art. 154, comma 1, c.c.i. contiene la precisazione che la stessa perdura «fino alla chiusura della procedura ovvero fino all'archiviazione disposta ai sensi dell'articolo 234, comma 7» e, quindi, fino alla conclusione dei giudizi ancora pendenti al momento della ripartizione finale dell'attivo²⁸. Occorre inoltre segnalare che il comma 3 dell'art. 154, nel riprodurre l'attuale previsione per cui i crediti condizionali «partecipano al concorso» secondo le norme che prevedono l'ammissione con riserva, il deposito delle quote di cui alle ripartizioni parziali e lo scioglimento delle ammissioni con riserva, richiama a quest'ultimo riguardo gli artt. «226 e 227», ma il riferimento che parrebbe corretto è agli artt. 227 (relativo alle «Ripartizioni parziali») e 228 (relativo allo «Scioglimento delle ammissioni con riserva»), e non già all'art. 226 (che riguarda i diritti del creditore che ha presentato domanda tardiva).

Circa la compensazione – confermata, precisa la Relazione illustrativa richiamando tralascia posizione, «per evidenti ragioni di equità», il che potrebbe non andare esente da riserve²⁹ – la nuova disposizione amplia la

²⁷ Relativi rispettivamente ai «crediti per prestazioni e spese di conservazione e miglioramento» di beni mobili e ai «crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario».

²⁸ Concernendo l'art. 234 c.c.i. la «prosecuzione di giudizi e procedimenti esecutivi dopo la chiusura» e prevedendo, al comma 1, che «la chiusura della procedura nel caso di cui all'articolo 233, comma 1, lettera c)», e quindi quando è compiuta la ripartizione finale dell'attivo, «non è impedita dalla pendenza di giudizi o procedimenti esecutivi, rispetto ai quali il curatore mantiene la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 143. La legittimazione del curatore sussiste altresì per i procedimenti, compresi quelli cautelari e esecutivi, strumentali all'attuazione delle decisioni favorevoli alla liquidazione giudiziale, anche se instaurati dopo la chiusura della procedura».

²⁹ Cfr., rispetto all'art. 56 l. fall., NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 143: «Quanto alla *ratio* dell'art. 56, in dottrina si è spesso sostenuto – riprendendo le parole, sul punto, della Relazione alla legge fallimentare – che la disposizione trae il proprio fondamento da esigenze di *equità*: secondo tale orientamento, cioè, sarebbe iniquo chiedere ad uno stesso soggetto di adempiere *integralmente* la propria obbligazione e, al contempo, di soddisfare il suo diritto di credito secondo le regole proprie del concorso (ossia in moneta fallimentare). La tesi però non convince. L'operare delle regole concorsuali, infatti, prescinde (o dovrebbe prescindere) totalmente dal fatto che un creditore sia al contempo anche debitore del fallito, esistendo una disciplina specifica per gli uni (creditori) e per gli altri (debitori), strumentale al perseguimento dell'obiettivo ultimo dell'intero sistema concorsuale: ripartire tra tutti i creditori anteriori all'apertura della procedura le (eventuali) perdite dovute all'incapienza del patrimonio del debitore comune, secondo il principio della *par condicio creditorum*.

clausola di inapplicabilità della compensazione stessa, eliminando l'*incipit* dell'attuale comma 2 dell'art. 56 (che prevede che la compensazione non ha luogo «per i crediti non scaduti» acquistati dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore) e, inoltre, fissando il *dies a quo* del termine di un anno non già dalla dichiarazione di apertura della procedura (oggi, dalla dichiarazione di fallimento), bensì dal deposito della domanda cui è seguita l'apertura della stessa: «La compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore» (art. 155, comma 2, c.c.i.). Rileverà quindi non già la sentenza dichiarativa dell'apertura della liquidazione *ex* art. 49 c.c.i., bensì la domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi *ex* art. 37 c.c.i. Appare evidente l'intento di contenere (ulteriormente) eventuali condotte strumentali. Con le parole della Relazione illustrativa, «la disposizione del comma 2, dettata dalla necessità di evitare operazioni in danno della massa consistenti nell'acquistare a prezzo vile [...] crediti verso il debitore assoggettato alla liquidazione privi di apprezzabili probabilità di soddisfacimento e quindi opporli in compensazione per l'intero valore nominale a debiti dell'acquirente nei confronti dello stesso soggetto, ha carattere parzialmente innovativo. Prevede infatti che la compensazione non abbia luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, prescindendo dalla circostanza, cui invece attribuisce rilevanza la norma vigente, che il credito sia o no scaduto prima dell'apertura. La *ratio* dell'originaria disposizione, che è quella di evitare

Detto in altri termini, l'eventualità che le due posizioni di debitore/creditore del fallito coesistano in capo ad un medesimo soggetto dovrebbe essere considerata come una mera *accidentalità*, senza alcuna conseguenza sul piano dell'applicazione delle regole concorsuali. Secondo altra parte della dottrina, poi, la compensazione dovrebbe essere vista come un'attuazione della garanzia del credito del soggetto *in bonis*, rappresentata, proprio, dall'esistenza del debito verso il fallito, che consentirebbe di considerare tale soggetto alla stregua di un creditore privilegiato. A ben vedere, peraltro, la posizione riconosciuta al creditore-debitore del fallito è, nei limiti in cui opera la compensazione, ancor più vantaggiosa di quella assegnata sia ai creditori privilegiati sia, addirittura, ai creditori prededucibili: questi ultimi, in particolare, è pur vero che non sono soggetti (di norma) al concorso sostanziale, ma sono pur sempre tenuti al rispetto del concorso formale (art. 52, co. 2), salvo che sussistano le condizioni stabilite dall'art. 111-*bis*, co. 1; senza contare, poi, che l'esclusione dal concorso sostanziale non è affatto assoluta, atteso che, anche tra questi ultimi, «Se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge» (art. 111-*bis*, co. 5). In sintesi, l'operare della compensazione in ambito fallimentare, diversamente da quanto comunemente si ritiene, conduce, a ben vedere, ad una situazione tutt'altro che equa, in quanto genera una disuguaglianza che, a parere di chi scrive, non trova sufficiente giustificazione nella particolare condizione del soggetto avvantaggiato».

condotte abusive e opportunistiche a danno della massa, ricorre infatti nella stessa misura».

Infine, rispetto ai crediti infruttiferi, è ribadita sia l'ammissione al passivo per l'intera somma, sia la detrazione degli interessi composti a ogni singola ripartizione, precisandosi però che gli stessi sono computati «in ragione del saggio stabilito dall'art. 1284 del codice civile» (art. 156 c.c.i.). Si tratta di chiarimento che sana una previsione (quella dell'attuale art. 57 l. fall., che richiama il tasso di sconto forfettario «del cinque per cento all'anno») oggi evidentemente penalizzante per i titolari di crediti infruttiferi.

5. – Veniamo all'accertamento del passivo, disciplinato dagli artt. 200 e ss. del Codice.

Quanto alla domanda di ammissione al passivo, la principale novità è relativa al caso del debitore *terzo datore di ipoteca*. L'art. 7, comma 8, lett. *f*), della legge delega prevedeva che fossero chiarite «le modalità di verifica dei diritti vantati su beni del debitore che sia costituito terzo datore di ipoteca». L'art. 201, comma 1, del Codice contempla quindi anche «le domande di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecata a garanzia di debiti altrui»; e il successivo comma 3, lett. *b*), prevede che il ricorso contenga, in tale frangente, «l'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto se il debitore nei cui confronti è aperta la liquidazione giudiziale è terzo datore d'ipoteca».

Ulteriore modifica risiede nella previsione secondo cui il ricorso debba contenere, oltre alle generalità del creditore, anche «il suo numero di codice fiscale, nonché le coordinate bancarie dell'istante o la dichiarazione di voler essere pagato con modalità, diversa dall'accredito in conto corrente bancario, stabilita dal giudice delegato». La Relazione illustrativa commenta che tale implementazione del contenuto del ricorso «è prevista in attuazione dei criteri di maggiore rapidità snellezza e concentrazione dell'accertamento del passivo espressi dall'articolo 7, comma 8, della legge di delegazione».

Ancora, si esplicita che «il procedimento introdotto dalla domanda di cui al comma 1 è soggetto alla sospensione feriale dei termini» (art. 201, comma 10). La Relazione illustrativa commenta che la previsione è attuativa «del principio generale di delega di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *m*), della legge n. 155 del 2017 (superamento dei contrasti interpretativi)». Va osservato *per incidens* che anche tale previsione potrebbe ritenersi esemplificativa della (nuova, rispetto al fallimento) collocazione della liquidazione giudiziale nell'impianto del sistema: la previsione generale, e come tale applicabile a ogni procedura, è *opposta* («La sospensione feriale dei

termini [...] non si applica ai procedimenti disciplinati dal presente codice, salvo che esso non disponga diversamente») e collocata *altrove* rispetto alla disciplina della liquidazione giudiziale (all'art. 9, tra i «principi di carattere processuale» del nuovo Codice).

Infine, l'art. 202, nel ribadire il principio che la domanda di ammissione al passivo «produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso della liquidazione giudiziale, precisa che tali effetti si estendono «fino all'esaurimento dei giudizi e delle operazioni che proseguono dopo il decreto di chiusura». La Relazione illustrativa osserva che è stata specificata «la persistenza» degli effetti della domanda «fino all'esaurimento dei giudizi e delle altre operazioni» che proseguono «a norma dell'articolo 234»³⁰.

Un'ultima notazione attiene alla previsione, contenuta nel comma 2 dell'art. 201, per cui il ricorso può essere formato – oltre che ai sensi dell'art. 22, comma 3, del Codice dell'amministrazione digitale³¹, come tuttora – anche ai sensi dell'articolo «20, comma 1-bis» dello stesso Codice dell'amministrazione digitale, il quale, come da ultimo modificato, contempla non soltanto il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale (come prevedeva l'abrogato comma 2 dell'art. 21, tuttora richiamato dall'art. 93 l. fall.), ma una previsione più ampia: «Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore [...], con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità».

6. – Circa il procedimento, la normativa è immutata.

L'unica innovazione concerne gli effetti del decreto che rende esecutivo lo stato passivo (oltre che delle decisioni assunte dal tribunale in sede impugnatoria). L'art. 204, comma 5, c.c.i. prevede infatti che decreto (e decisioni) «producono effetti soltanto ai fini del concorso» (come tuttora), ma «limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto

³⁰ V. *supra*, nota 28.

³¹ Che dispone che «le copie per immagine su supporto informatico di documenti originali formati in origine su supporto analogico nel rispetto delle Linee guida hanno la stessa efficacia probatoria degli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale non è espressamente disconosciuta».

quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui». La Relazione illustrativa ne inferisce che «l'efficacia meramente endoconcorsuale del decreto che rende esecutivo lo stato passivo e delle decisioni assunte dal tribunale all'esito delle impugnazioni sia limitata all'accertamento dei crediti mentre hanno efficacia di giudicato le decisioni sulle domande di rivendica o restituzione».

Peraltro, un'efficacia di giudicato *rispetto al debitore* soggetto a liquidazione giudiziale appare difficilmente compatibile con un procedimento che *non* prevede la partecipazione del debitore stesso, il quale nel giudizio di verifica può soltanto presentare osservazioni e chiedere di essere sentito (art. 203, commi 2 e 4, c.c.i.), e non è annoverato tra i soggetti legittimati all'impugnazione o alla revocazione (art. 206, commi 3 e 5, c.c.i.). Rispetto al sistema attuale, può pianamente essere osservato che «l'art. 96, comma 5, l. fall. è disposizione di applicazione generalizzata, in quanto non opera differenziazioni, in ordine agli effetti del decreto, a seconda di quale sia l'oggetto della decisione; il provvedimento del giudice delegato (così come quello del tribunale in sede di impugnazione), concernente le domande con cui i terzi abbiano fatto valere diritti reali o restitutori sui beni, al pari di quello relativo alle pretese pecuniarie, ha efficacia ai soli fini del concorso»³², con la conseguenza che, in caso di accoglimento del ricorso, «il bene oggetto della pretesa del terzo è sottratto all'esecuzione ed è a lui restituito»³³ essendo accertato, «all'interno della procedura, che il terzo è titolare di un diritto incompatibile, prevalente ed opponibile al curatore ed ai creditori concorrenti»³⁴, ma, *per contro*, «questo provvedimento non esplica alcuna efficacia al di fuori del fallimento nei riguardi dell'imprenditore, il quale, una volta tornato *in bonis*, potrà agire nei confronti del terzo, per ottenere la restituzione del bene, assumendo di esserne proprietario»³⁵. Orbene, appare opinabile ritenere che il Codice obliteri tale potere dell'imprenditore tornato *in bonis*, non essendo quest'ultimo parte del giudizio di accertamento anche nel nuovo regime.

Se ne dovrebbe concludere che la prospettata efficacia extra-concorsuale del decreto concerna, più che il debitore soggetto a liquidazione giudiziale, i terzi e, in particolare, l'aggiudicatario del bene in caso di (mancata sospensione della liquidazione e) vendita forzata; aggiudicatario al quale il decreto di accoglimento del ricorso del titolare di un diritto reale

³² MENCHINI, MOTTO, *L'accertamento del passivo e dei diritti reali e personali dei terzi sui beni*, in AA.VV., *Il processo di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso, Gabrielli, Torino, 2014, p. 555.

³³ MENCHINI, MOTTO, *op. loc. cit.*

³⁴ MENCHINI, MOTTO, *op. loc. cit.*

³⁵ MENCHINI, MOTTO, *op. loc. cit.*

immobiliare dovrebbe essere opponibile³⁶. Del resto, al riguardo la legge delega chiedeva appunto l'adozione di misure volte ad «assicurare stabilità alle decisioni sui *diritti reali immobiliari*» (art. 7, comma 8, lett. d), l. n. 155/2017³⁷). E l'inserimento, all'art. 210, concernente i «procedimenti relativi a domande di rivendica e restituzione», di un ultimo comma secondo il quale «il decreto che accoglie la domanda di rivendica di beni o diritti il cui trasferimento è soggetto a forme di pubblicità legale deve essere reso opponibile ai terzi con le medesime forme», potrebbe risultare sintonico con tale lettura.

7. – Venendo alle impugnazioni, intatto è il quadro dei mezzi esperibili, e quindi il trittico opposizione-impugnazione-revocazione (art. 206 c.c.i.).

È peraltro inserita, al comma 4 dell'art. 206, l'innovativa previsione per cui, «nei casi di cui ai commi 2 e 3», e quindi in caso di opposizione e di impugnazione, «la parte contro cui l'impugnazione è proposta, nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento del passivo, può proporre impugnazione incidentale anche se è per essa decorso il termine di cui all'articolo 207, comma 1» (che a sua volta prevede che le impugnazioni «si propongono con ricorso entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 205»³⁸). Mutuando le parole della Relazione illustrativa, «in ossequio al criterio di concentrazione contenuto nella delega» (art. 7, comma 8, l. n. 155/2017), «è innovativamente previsto, al comma 4 della disposizione illustrata, che, nei casi di opposizione allo stato passivo e di impugnazione dei crediti ammessi, la parte contro cui l'impugnazione è proposta può avanzare impugnazione incidentale nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento e ciò anche se è decorso il termine [...] per la proposizione dell'impugnazione in via principale».

Non è possibile in questa sede ripercorrere *ex professo* la *vexata quaestio* della latitudine dei poteri del destinatario dell'impugnazione del decreto che rende esecutivo lo stato passivo. Si tratta di dibattito in origine incentrato sulla *domanda riconvenzionale* del convenuto in opposizione³⁹ e che, dopo che

³⁶ A condizione che il ricorso sia ritenuto trascrivibile e sia stato trascritto (cfr. ancora MENCHINI, MOTTO, *op. cit.*, p. 556)

³⁷ Mio il corsivo.

³⁸ E quindi dalla comunicazione dell'esito del procedimento di accertamento del passivo (rispetto alla revocazione è invece ovviamente previsto un termine *mobile*, di trenta giorni «dalla scoperta della falsità, del dolo, dell'errore o del documento di cui all'articolo 206, comma 5»: art. 207, comma 1).

³⁹ Cfr., anche per riferimenti, QUATRARO, DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Profili procedurali*, II, Milano, 2014, p. 2133; FABIANI, *Troppi equivoci nella qualificazione della natura delle impugnazioni dello stato passivo nel fallimento*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2785.

la riforma del 2006, si è raffrontato con un sistema di tipo impugnatorio: e invero, «ci troviamo dinanzi ad un giudizio di secondo grado»⁴⁰, che «va ascritto al *genus* delle impugnazioni»⁴¹. Coerentemente con la riconosciuta natura impugnatoria della fase che si celebra davanti al tribunale, potrebbero astrattamente perseguirsi, rispetto alla posizione del destinatario dell'impugnazione, tre opzioni: (i) potrebbe escludersi un contropotere incidentale, vieppiù nella forma tardiva: le parti legittimate possono proporre, nei termini previsti, le rispettive impugnazioni, ma non possono convogliare la richiesta di *reformatio in peius* nell'altrui procedimento di impugnazione⁴²; (ii) potrebbe ammettersi l'impugnazione incidentale,

⁴⁰ FABIANI, *op. cit.*, c. 2786.

⁴¹ FABIANI, *op. loc. cit.*

⁴² Cfr. Cass., 30 novembre 2016, n. 24489: «Come già affermato da questa Corte (Cass. n. 9617/016), l'opposizione allo stato passivo del fallimento (come disciplinata a seguito del d.lgs. n. 169 del 2007), ancorché abbia natura impugnatoria – costituendo il rimedio avverso la decisione sommaria del giudice delegato – non è un giudizio di appello, per cui il relativo procedimento è integralmente disciplinato dalla L. Fall., la quale prevede che avverso il decreto di esecutività dello stato passivo possano essere proposte solo l'opposizione (da parte dei creditori o dei titolari di diritti su beni), l'impugnazione (da parte del curatore o di creditori avverso un credito ammesso) o la revocazione. Ciascuno di tali rimedi, peraltro, può essere utilizzato, dal soggetto legittimato, esclusivamente entro il termine di cui alla l. fall., art. 99, comma 1 restando concettualmente inconfigurabile un'impugnazione incidentale, tardiva o tempestiva, atteso che, ove il termine sia ancora pendente, non può che essere proposta l'impugnazione a sé spettante, mentre, se il termine è ormai decorso, si decade dalla possibilità di contestare autonomamente lo stato passivo». L'orientamento della Suprema Corte è, invero, consolidato e anche recentemente ribadito. Cfr. per esempio Cass., 31 gennaio 2019, n. 3017, che – in un caso in cui un creditore ha impugnato l'ammissione di altro creditore sostenendo che «il giudice delegato aveva errato nell'ammettere la pretesa» dello stesso «al chirografo, perché questa rappresentava invece un'ipotesi di finanziamento dei soci ai sensi della norma dell'art. 2467 c.c., con conseguente sua postergazione rispetto al soddisfacimento degli altri creditori» e «nel costituirsi in giudizio» il creditore impugnato, «oltre a chiedere il rigetto dell'impugnazione proposta nei suoi confronti, ha anche formulato impugnazione incidentale nei confronti dell'ammissione del credito» del creditore impugnante, rilevando che la relativa pretesa si manifestava in realtà sfornita di prova adeguata» – ha rilevato che «secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte, nel giudizio di opposizione il curatore fallimentare, pur potendo formulare anche nuove eccezioni, non può proporre domande riconvenzionali, ostandovi sia le esigenze di celerità che ispirano la disciplina di accertamento del passivo fallimentare, sia il disposto della L. Fall., art. 99, comma 7 (cfr. Cass., 22 marzo 2010, n. 6900; Cass., 4 luglio 2012, n. 11146; Cass., 31 luglio 2017, n. 19003). E tali ragioni non possono non valere, evidentemente, anche per il creditore resistente all'impugnazione promossa nei suoi confronti da altro creditore. Non appare centrato, d'altra parte, il richiamo portato dalla ricorrente alla norma dell'art. 334 c.p.c. Va considerato che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il giudizio di opposizione di cui alla l. fall., art. 98, ha sì natura impugnatoria, ma struttura propria e molto diversa dallo schema propriamente proposto dall'appello».

tempestiva e tardiva⁴³; (iii) potrebbe ammettersi la *reformatio in peius* anche attraverso la mera riproposizione delle eccezioni formulate nel primo grado del giudizio⁴⁴. La nuova norma sancisce l'ammissibilità dell'impugnazione incidentale, anche tardiva.

Nello specifico, rispetto all'*opposizione*, sarà il curatore «la parte contro cui l'impugnazione è proposta», e sarà quindi il curatore che, «nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento del passivo», potrà contestare che la domanda del creditore opponente sia stata, *parzialmente*⁴⁵, accolta, e ciò anche dopo che sia spirato il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione della dichiarazione di esecutività dello stato passivo (ma, conformemente alle regole generali dell'impugnazione incidentale, «nella memoria» difensiva da depositarsi «almeno dieci giorni prima dell'udienza»: art. 207, commi 6 e 7). Dubbio potrebbe essere se il curatore possa spiegare impugnazione, nella forma incidentale, contro *altri* creditori. L'impugnazione incidentale tardiva dovrebbe essere esclusa «qualora si ritenga – come parte plausibile – che il procedimento di verifica dello stato passivo debba rientrare tra le cause scindibili (in considerazione dell'innegabile autonomia delle singole decisioni di cui è composto il decreto di esecutività dello stato passivo)»⁴⁶, con la conseguente impossibilità di estendere tardivamente l'impugnazione contro *altri* soggetti⁴⁷. Nel peculiare caso in cui il curatore proponga tempestivamente impugnazione di un credito ammesso, ma la convogli in forma incidentale nel procedimento già attivato da altro creditore, potrebbe forse discettarsi dell'ammissibilità dell'iniziativa, censurabile soltanto avuto riguardo alla forma incidentale (e non già principale) adottata dal curatore; resta però il fatto che dovrebbe in tal caso attivarsi il contraddittorio rispetto al creditore impugnato ed, eventualmente, riunire altri procedimenti che concernano il suo credito.

Per quanto concerne l'*impugnazione*, sarà il creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta, «la parte contro cui l'impugnazione è proposta», e sarà quindi tale creditore che potrà spiegare opposizione, nel caso di

⁴³ In questo senso QUATRARO, DIMUNDO, *op. cit.*, p. 2143 ss.; FABIANI, *op. cit.*, c. 2783 ss.; MENCHINI, MOTTO, *op. cit.*, p. 605.

⁴⁴ Cfr. per esempio NIGRO, VATTERMOLI, *op. cit.*, p. 226: «È certamente ammissibile anche la c.d. *reformatio in peius* (e così, a seguito dell'opposizione proposta avverso l'ammissione solo parziale di un credito, ben potrebbe aversi l'esclusione totale di quel credito): questo può avvenire però non già d'ufficio ma solo a seguito dell'accoglimento di eccezioni riproposte da chi era stato parte della fase di primo grado».

⁴⁵ Ovviamente, in caso di integrale rigetto della domanda di ammissione, difetterebbe l'interesse a impugnare.

⁴⁶ Cfr. QUATRARO, DIMUNDO, *op. cit.*, p. 2152.

⁴⁷ Conformemente alle regole generali sulle impugnazioni tardive (cfr. art. 334 c.p.c.). Sul punto cfr., per tutti, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino, 2017, p. 466.

accoglimento parziale del proprio credito; ovvero, anche, qualora l'impugnazione sia stata svolta da parte di un creditore concorrente, impugnazione contro lo stesso impugnante (in modo «ritorsivo puro»), contestando che la domanda altrui sia stata accolta (e ciò peraltro, stando al comma 4 dell'art. 206, «nei limiti delle conclusioni rassegnate nel procedimento di accertamento del passivo»). Anche in questo caso dubbio è se il creditore destinatario dell'impugnazione possa impugnare, nella forma incidentale, l'ammissione di *altro* creditore (diverso dall'impugnante); vista la natura scindibile del procedimento di verifica dello stato passivo potrebbero riproporsi i rilievi svolti rispetto all'opposizione allo stato passivo (e quindi escludere l'impugnazione incidentale tardiva). Quanto, infine, al curatore, lo stesso è parte del procedimento (art. 206, comma 3, ultima frase) e destinatario della notificazione dell'impugnazione (art. 207, comma 4), che però è «rivolta nei confronti del creditore concorrente, la cui domanda è stata accolta» (art. 206, comma 3); ne discende che il curatore non dovrebbe essere considerato «la parte contro cui l'impugnazione è proposta», legittimata all'impugnazione incidentale tardiva ai sensi della norma in esame (la quale, sotto questo profilo, appare significativamente difforme dall'art. 334 c.p.c., che ammette al gravame tardivo non solo «le parti, contro le quali è stata proposta impugnazione», ma anche quelle la cui presenza è necessaria «a norma dell'art. 331»⁴⁸). Resta ovviamente impregiudicata, per il curatore, la possibilità di spiegare in via principale la sua impugnazione (con l'ulteriore possibilità, anche in tal caso, di valutare l'ammissibilità di un gravame incidentale ma tempestivo).

Mette conto da ultimo osservare *per incidens* che il nuovo Codice, nell'ammettere il potere di impugnazione incidentale, potrebbe rendere necessarie ulteriori riflessioni rispetto al giudizio impugnatorio del decreto di esecutività dello stato passivo. Soltanto a titolo esemplificativo, potrebbe doversi riconsiderare l'attività che rappresenta l'alternativa istituzionale dell'impugnazione incidentale, e cioè la *mera riproposizione* di questioni, la quale a sua volta si pone in rapporto con l'istituto dell'impugnazione incidentale *condizionata*⁴⁹. Ancora, la disposizione in esame prevede, avuto riguardo all'impugnazione incidentale, che la stessa sia contenuta «nei limiti

⁴⁸ Relativo al provvedimento pronunciato «tra più parti in causa inscindibile o in cause tra loro dipendenti».

⁴⁹ Se, per esempio, rispetto al regime vigente si afferma che, «nel processo di opposizione, il curatore, convenuto nel giudizio di impugnazione, è onerato della riproposizione delle eccezioni rigettate o assorbite dal giudice delegato, se vuole che la cognizione del tribunale riguardi anche tali questioni» (MENCHINI, MOTTO, *op. cit.*, p. 606, nota 510), *quid iuris* rispetto al nuovo sistema? Potrebbe discettarsi di un onere di riproposizione rispetto alle eccezioni assorbite, ma forsanche di un onere di impugnazione incidentale condizionata rispetto alle eccezioni respinte.

delle conclusioni rassegnate» nella prima fase del procedimento, in un'ottica preclusiva che appare peraltro estranea al – non mutato – tessuto normativo (in particolare, l'art. 207, comma 2, come oggi l'art. 99, comma 2, prevedono che il ricorso debba contenere «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e le relative conclusioni» e, «a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti», il che farebbe propendere per un giudizio aperto ai *nova*⁵⁰) e, altresì, all'invalso orientamento di legittimità rispetto alla latitudine delle deduzioni spendibili avanti al tribunale⁵¹.

⁵⁰ Cfr. FABIANI, *op. cit.*, c. 2784 s.: «Nel ricorso, la parte che impugna deve anche indicare, a pena di decadenza, sia le eccezioni – di merito e di rito – non rilevabili d'ufficio, sia i mezzi di prova e i documenti di cui intende avvalersi. La disposizione assume un più interessante significato se la si pone a confronto con i meccanismi del procedimento nella fase che si svolge davanti al giudice delegato. Infatti, la circostanza che in fase di impugnazione possano essere svolte eccezioni (e la stessa regola si applica anche alla costituzione in giudizio del resistente) sembra escludere che nella prima fase si consolidino preclusioni che si trasferiscano in sede di gravame. Poiché nell'art. 99 l. fall. non si fa cenno al fatto che le eccezioni siano quelle già svolte davanti al giudice delegato, si deve ritenere che davanti al tribunale possano essere introdotte nuove eccezioni, di esclusiva pertinenza della parte, relative a fatti non precedentemente allegati; la decadenza si forma, quindi, solo con il deposito del ricorso ex art. 99 l. fall. [...] Non diversamente, anche per quanto attiene all'assetto delle prove, la parte che impugna ha l'onere di dedurre le prove nel ricorso e si può trattare di prove costituenti, così come di prove documentali [...]; pure questa disposizione rileva per dimostrare come le decadenze dalle prove che si formano nella prima fase del procedimento non si trascinano nella seconda».

⁵¹ Cfr. Cass., 31 luglio 2017, n. 19003: «Nel giudizio di opposizione allo stato passivo non opera, nonostante la sua natura impugnatoria, la preclusione di cui all'art. 345 c.p.c. in materia di *ius novorum*»; nello stesso senso, Cass., 13 settembre 2017, n. 21201; Cass., 17 febbraio 2015, n. 3110. Su quest'ultima pronuncia cfr. anche GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2017, pp. 227-228: «L'opposizione alla statuizione del giudice delegato va proposta, come si è ricordato, nei confronti del curatore, il quale nel nuovo sistema ha assunto già nella fase di verifica avanti al giudice delegato il ruolo formale di contraddittore di ciascun ricorrente, chiamato ad eccepire i fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto fatto valere: *l'inammissibilità della proposizione di nuove eccezioni nella fase di gravame*, costituente un principio del nostro sistema processuale, implica l'esclusione della possibilità – riconosciuta invece dalla giurisprudenza sulla base della disciplina previgente – di far valere in via d'eccezione ragioni di infondatezza della pretesa dell'opponente diverse da quelle rilevate nella precedente fase: così, ad esempio, l'esclusione dell'ammissione fondata su un fatto estintivo, quale la prescrizione non consentirà più al curatore, che nella fase precedente non avesse proposto la relativa eccezione, di opporsi all'ammissione invocando un fatto impeditivo quale l'inopponibilità o la revocabilità del titolo sul quale la pretesa è fondata (ma la S.C. appare orientata a consentire al curatore di proporre nuove eccezioni in sede di opposizione: v. da ultimo Cass. 17 febbraio 2015, n. 3110)». Cfr. anche COSSIGNANI, *Lo ius novorum nel giudizio di opposizione al passivo*, in *Dir. fall.*, 2019, pp. 253 s., che così commenta Cass., 25 settembre 2018, n. 22780: «La Cassazione conferma che il curatore, in sede di opposizione al passivo, può sollevare eccezioni nuove e diverse rispetto a quelle sollevate nella fase sommaria [...]. Peraltro, l'ammissibilità delle nuove eccezioni è solo uno degli aspetti di tale apertura. Ancor prima, sotto il profilo logico, non vi

Anche rispetto alle impugnazioni incidentali la soluzione del nuovo Codice sembra dunque opportunamente chiarificatrice – ben era stato evidenziato in dottrina l'ossimoro di un giudizio di secondo grado, ascrivibile al *genus* delle impugnazioni, ma *non* soggetto alle relative regole generali («il procedimento che la corte disegna si connota per un ibridismo che scompagina l'interprete»⁵²) –, ancorché bisognevole di ulteriori riflessioni rispetto alle plurime, e non tutte considerare dal legislatore, conseguenze applicative.

8. – Circa il procedimento impugnatorio, è inserita la previsione secondo la quale, «se nessuna delle parti costituite compare alla prima udienza, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 309 del codice di procedura civile. Provvede allo stesso modo anche se non compare il ricorrente costituito» (art. 207, comma 10, c.c.i.). Come annotato nei primi commenti, si registra al riguardo «la codificazione di prassi già invalse in molti tribunali a scopo deflattivo di questi contenziosi»⁵³. Resta peraltro da osservare che il richiamato art. 309 c.p.c. prevede la fissazione di una successiva udienza e, qualora nessuno compaia nemmeno a essa, la cancellazione della causa dal ruolo e l'estinzione del giudizio; secondo la Relazione illustrativa, invece, «l'articolo in esame prevede che, se nessuna delle parti costituite compare alla prima udienza, il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo e provvede allo stesso modo anche se non compare il solo ricorrente costituito».

Ancora, la riforma dispone che «il curatore, anche se non costituito, partecipa all'udienza di comparizione [...] per informare le altre parti ed il

sono limiti alle nuove contestazioni: così, la mancata presentazione delle osservazioni al progetto di stato passivo *ex* art. 95, 2° comma, seconda parte, L. Fall. non costituisce causa ostativa (acquiescenza) alla proposizione dell'opposizione (tra molte, Cass. 10 aprile 2012, n. 5659; Cass. 6 settembre 2013, n. 20584; Cass. 9 gennaio 2014, n. 321; Cass. 10 agosto 2017, n. 19937) né impedisce la contestazione dei fatti affermati dalla controparte nella precedente fase (cfr. Cass. 23 febbraio 2018, n. 4453, per la quale la contestazione del curatore può essere legittimamente compiuta anche dopo il deposito della memoria difensiva di cui all'art. 99, 6° e 7° comma, l. fall.). Alla stessa maniera, nelle impugnazioni sono ammesse nuove allegazioni in fatto (cfr. Cass. 31 luglio 2017, n. 19003). Inoltre, i nuovi fatti, così come i fatti già allegati nella fase sommaria, possono essere dimostrati nei giudizi di impugnazione mediante nuove prove, sia precostituite sia costituende (v. Cass. 18 maggio 2017, n. 12549, secondo cui «la natura sommaria del procedimento di verifica dei crediti, incompatibile con un pieno esercizio del diritto alla prova, esteso pure a quelle che non siano di pronta spedizione, rende evidenti le peculiarità del giudizio di opposizione, in seno al quale sorge l'esigenza di accordare all'istante ampia facoltà di articolare prove nuove, anche costituende»).

⁵² Così, a commento dell'orientamento della Cassazione volto a escludere il gravame incidentale, FABIANI, *op. cit.*, c. 2785.

⁵³ CAPRINO, *op. cit.*, p. 223.

giudice in ordine allo stato della procedura e alle concrete prospettive di soddisfacimento dei creditori concorsuali» (art. 207, comma 10, c.c.i.). La Relazione illustrativa osserva come il curatore, anche in difetto di costituzione in giudizio («ad esempio perché la procedura è priva di attivo e quindi è, in qualche misura, disinteressata all'esito dell'opposizione o in quanto la controversia verte unicamente su questioni di diritto, sicché può essere utile non affrontare i costi della difesa tecnica e rimettersi alla decisione del tribunale»), «debba comunque partecipare personalmente all'udienza per essere interrogato liberamente e fornire così al tribunale ed alla controparte informazioni sullo stato e sulle prospettive della procedura. La disposizione risponde a finalità deflattive, giacché è possibile che il creditore opponente, informato in modo circostanziato e tempestivo del fatto che l'attivo della procedura non consentirà il soddisfacimento del suo credito, decida di non coltivare oltre l'impugnazione o che, in ogni caso, il contatto tra le parti agevoli l'individuazione del reale *thema decidendum*».

Il comma 15 dell'art. 207 prevede che «gli errori materiali contenuti nel decreto sono corretti con decreto dal tribunale senza necessità di instaurazione del contraddittorio se tutte le parti concordano nel chiedere la stessa correzione. Se è chiesta da una delle parti, il presidente del collegio, con decreto da notificarsi insieme con il ricorso, fissa l'udienza nella quale le parti debbono comparire davanti al giudice designato come relatore. Sull'istanza il collegio provvede con decreto, che deve essere annotato sull'originale del provvedimento». La Relazione illustrativa annota che «è innovativamente disciplinata la correzione di errori materiali, anche senza necessità di instaurazione del contraddittorio se tutte le parti concordano». È invece immutata la previsione (contenuta nell'ultimo comma dell'art. 206, riproduttivo dell'attuale ultimo comma dell'art. 98) secondo la quale «gli errori materiali contenuti nello stato passivo sono corretti con decreto del giudice delegato su istanza del creditore o del titolare di diritti sui beni o del curatore, sentito il curatore o la parte interessata».

Infine, anche rispetto alle impugnazioni si esplicita che le stesse «sono soggette alla sospensione feriale dei termini» (art. 207, comma 16), al pari di quanto previsto per il giudizio di prime cure (art. 201, comma 10).

9. – Da ultimo, alcuni rilievi devono essere formulati rispetto alle domande tardive (art. 208 c.c.i.).

La riforma mantiene l'impianto pregresso. Mutuando le parole della Relazione illustrativa, si è ritenuto di confermare «lo schema introdotto con le riforme alla legge fallimentare del 2006/2007», «assimilando il procedimento a quello di accertamento tempestivo del passivo».

Una novità è quella della contrazione dei relativi termini. La legge delega chiedeva di «restringe[re] l'ammissibilità delle domande tardive». Il nuovo art. 208, comma 1, prevede che «le domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, trasmesse al curatore oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di sei mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo sono considerate tardive»: la contrazione è quindi da dodici (art. 101, comma 1, l. fall.) a sei mesi. Proporzionalmente, il nuovo art. 208, comma 1, prevede altresì che, «in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, può prorogare quest'ultimo termine fino a dodici mesi», in luogo dei diciotto oggi previsti (ancora art. 101, comma 1, l. fall.).

Non è più riprodotto l'attuale comma 3 dell'art. 101 l. fall. («Il creditore ha diritto di concorrere sulle somme già distribuite nei limiti di quanto stabilito nell'articolo 112»), ma si tratta di variazione meramente topografica: il nuovo art. 226 prevede che «il creditore ammesso a norma dell'articolo 208 ha diritto di concorrere sulle somme già distribuite nei limiti di quanto stabilito nell'articolo 225», il quale detta previsione identica all'attuale art. 112 l. fall.: « I creditori ammessi a norma dell'articolo 208 concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili».

Il comma 3 dell'art. 208 prevede, rispetto alle domande c.d. ultra-tardive, che, «decorso il termine di cui al comma 1, e comunque fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo della liquidazione giudiziale, la domanda è ammissibile solo se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile» e, innovativamente, «se trasmette la domanda al curatore non oltre sessanta giorni dal momento in cui è cessata la causa che ne ha impedito il deposito tempestivo».

Ancora, il medesimo comma prevede che, «quando la domanda risulta manifestamente inammissibile perché l'istante non ha indicato le circostanze da cui è dipeso il ritardo o non ne ha offerto prova documentale o non ha indicato i mezzi di prova di cui intende valersi per dimostrarne la non imputabilità, il giudice delegato dichiara con decreto l'inammissibilità della domanda. Il decreto è reclamabile a norma dell'articolo 124», e quindi davanti al tribunale in applicazione delle regole generali del reclamo davanti a tale organo. Secondo la Relazione illustrativa, la previsione dirime «una serie di dubbi interpretativi, inerenti [...] la possibilità di dichiarare

l'inammissibilità manifesta della domanda senza previa instaurazione del contraddittorio, che hanno originato contrasti giurisprudenziali»⁵⁴.

⁵⁴ Rispetto ai diversi orientamenti sul punto cfr. per esempio il report *Le insinuazioni "ultratardive"* dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Modena, in www.commercialisti.mo.it: «Fondamentalmente vi è convergenza sul fatto che, da un punto di vista processuale, il creditore ultratardivo sia sottoposto al medesimo procedimento e quindi alle medesime preclusioni cui sono assoggettati il creditore tempestivo e quello tardivo. Invero si è dibattuto in dottrina se, in presenza di una domanda c.d. ultratardiva, si debba aprire un procedimento incidentale nel quale accertare, in via preventiva l'ammissibilità della domanda oppure se, a seguito del deposito della detta domanda, il giudice delegato debba fissare direttamente l'udienza di verifica, nella quale esaminare contestualmente sia l'ammissibilità, sia il fondamento della domanda. Al di là della dottrina, vi è la prassi dei singoli tribunali che determina, in concreto, lo svolgersi della procedura, incidendo chiaramente sui singoli passaggi. Nella pratica, pertanto, è possibile che il G.D.: a) decida separatamente con decreto sull'ammissibilità della domanda "ultratardiva", sentiti o meno il curatore e l'istante; b) decida sull'ammissibilità della stessa unitamente al merito, fissando l'udienza di verifica ed invitando il curatore a depositare il progetto di stato passivo. È indubbio che ricorrere al separato decreto (caso a) in merito all'eventuale inammissibilità (almeno allorché questa sia palese ed insuperabile), può portare ad un'economia della procedura, accordando la fissazione di udienza solo ove (con riferimento all'indicazione della causa del ritardo ed all'offerta di mezzi di prova) vi siano elementi che consentano di prevedere il superamento della barriera preclusiva. Il caso a) [...] sembra il più ricorrente, forse a seguito di una negativa "esperienza statistica" di effettive ammissioni. Sul punto, la maggioranza dei giudici costruisce il procedimento di accertamento della non imputabilità del ritardo come un procedimento incidentale: una volta presentata la domanda ultratardiva, il giudice delegato decide con decreto sulla sola ammissibilità della domanda, per poi fissare l'udienza di verifica unicamente nel caso in cui la domanda sia ritenuta ammissibile. Tra coloro che sostengono tale tesi, tuttavia, vi è chi ritiene che il giudice decide previa acquisizione del parere del curatore; chi ritiene che la decisione venga adottata previa convocazione del creditore istante e del curatore; e chi, infine, ritiene possa provvedersi sull'ammissibilità della domanda senza sentire nessuna delle parti. [...] Minoritario, invece, sembra l'orientamento (maggioritario in dottrina) per il quale il giudice delegato decide sull'ammissibilità della domanda ultratardiva unitamente al merito, e quindi che alla presentazione della domanda debba seguire la fissazione dell'udienza, preceduta dal deposito nella cancelleria del tribunale di motivate conclusioni da parte del curatore, almeno quindici giorni prima dell'udienza. L'udienza di verifica dell'unica o delle diverse domande ultratardive si svolgerà secondo le stesse modalità previste dall'art. 95 l. fall. Tale posizione consente, in effetti, di contemperare le diverse posizioni dottrinarie in quanto l'accertamento incidentale della non imputabilità del ritardo, rilevante in relazione all'ammissibilità della domanda medesima, avrà già ottenuto l'acquisizione del parere del curatore (tenuto a depositare il progetto di stato passivo), previa convocazione del creditore istante e del curatore che compariranno all'udienza di verifica già fissata [...] Nell'ipotesi (caso b) di decisione sull'ammissibilità della domanda ultratardiva unitamente al merito, *nulla quaestio*: il decreto sarà impugnabile nelle forme previste dall'art. 98 l. fall., sia nel caso in cui venga dichiarata l'inammissibilità delle domande ultratardive, sia nel caso in cui il giudice si sia pronunciato nel merito, previa declaratoria di ammissibilità dell'istanza. L'interpretazione proposta ha trovato conferma nel prevalente orientamento della dottrina, secondo cui il procedimento in cui vengono esaminati sia l'ammissibilità della domanda, sia il fondamento della stessa, si dovrebbe concludere con un decreto di inammissibilità, di ammissione o di rigetto, impugnabile nelle forme

Ancorché mossa da tale commendevole intento, la disposizione appare in effetti non inequivoca, parificando il difetto di allegazione («l'istante non ha indicato le circostanze da cui è dipeso il ritardo») a quello di prova («o non ne ha offerto prova documentale o non ha indicato i mezzi di prova di cui intende valersi»), col rischio di sconfinare nella categoria dell'*infondatezza* (in luogo di quella, dichiarata nella norma stessa, della manifesta inammissibilità). Ancora, la norma potrebbe non andare esente da perplessità rispetto alla tutela del ricorrente: altro è prevedere un *iter* distinto in caso di inammissibilità della domanda tardiva, altro è prevedere un simile *iter* e, insieme, ammettere – come parrebbe – una pronuncia *inaudita altera parte*. Ancora, sotto il profilo procedimentale altro è prevedere un *iter* distinto in caso di inammissibilità della domanda tardiva, altro è prevedere anche che la relativa impugnazione non sia quella «ordinaria» relativa all'accertamento del passivo (come previsto, oggi, dagli artt. 98 e 101 l. fall.; e, con la riforma, dagli artt. 206 e 208 c.c.i.), bensì quella del reclamo contro i decreti del giudice delegato (oggi, *ex art.* 26 l. fall.; con la riforma, *ex art.* 124 c.c.i.). In un caso in cui il creditore aveva «proposto opposizione ai sensi della l. fall., art. 99», contro il decreto declaratorio dell'inammissibilità di una domanda tardiva e il tribunale aveva provveduto previa riqualificazione dell'«opposizione come reclamo [...] *ex art.* 26», la Suprema Corte ha cassato

dell'opposizione allo stato passivo. In proposito, peraltro, è stato da ultimo osservato in dottrina che la pronuncia sull'ammissibilità (o inammissibilità) della domanda ultratardiva appartiene, in definitiva, al merito della domanda. Nell'ipotesi (caso a) in cui il giudice delegato decide separatamente in ordine all'ammissibilità della domanda si pone, invece, l'ulteriore questione, ampiamente dibattuta in giurisprudenza ed in dottrina, se tale decreto sia reclamabile *ex art.* 26 l. fall. ovvero sia impugnabile *ex art.* 98 l. fall. Chi ha sostenuto la tesi del procedimento incidentale di ammissibilità, ha, per lo più ritenuto l'impugnabilità del decreto *ex art.* 26 l. fall., ma vi è pure chi ritiene che il decreto sia impugnabile ai sensi dell'articolo 98 l. fall. ovvero di dovere scindere tra impugnazione del decreto di inammissibilità, da effettuare ai sensi dell'art. 26 l. fall., e impugnazione del decreto di ammissibilità, da effettuare unitamente al merito ai sensi dell'art. 98 l. fall. È ovvio, di fronte a tale ventaglio di possibilità, che l'attenzione va posta sul singolo tribunale e sul rapporto conoscitivo con il curatore, che potrà indirizzare l'istante sulle modalità da seguire. *In merito, il tribunale di Modena ritiene la domanda ultratardiva inammissibile quando nella stessa non viene in alcun modo motivato il ritardo della sua presentazione (e cioè nel caso manchi del tutto una qualsiasi motivazione, a prescindere dalla sua fondatezza), il Giudice Delegato ne dichiara l'inammissibilità con separato decreto, senza fissare l'udienza di verifica. Il ricorrente, ove lo ritenesse opportuno, potrà quindi impugnare il decreto ai sensi dell'art. 26 l. fall. Nel caso, invece, in cui viene giustificato il ritardo, in qualunque modo, fondato o meno, il giudice fissa l'udienza di verifica, della quale è prodromico il progetto di stato passivo del curatore, per pronunciarsi sull'ammissibilità della domanda e, se del caso, nel merito. Il ricorrente nel caso di mancato accoglimento potrà pertanto impugnare il decreto del Giudice ai sensi dell'art. 98 l. fall.».* Rispetto al rito per la trattazione delle insinuazioni tardive, e al tema dell'esame preliminare dell'ammissibilità della domanda, cfr. anche PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 566. Sulla nuova disciplina contenuta nel Codice cfr. anche CAPRINO, *op. cit.*, p. 224.

il provvedimento del tribunale rilevando che «la decisione adottata dal giudice delegato ai sensi della l. fall., art. 101, concorre alla formazione definitiva dello stato passivo fallimentare ed incide sul diritto di partecipazione al concorso del creditore e la natura e funzione del provvedimento non mutano per la circostanza che esso abbia pronunciato su questione preliminare di rito, comunque atta a definire il giudizio e così a decidere, ai fini del concorso, sul bene della vita in contesa. L'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. da 93 a 99, dunque, non può che riferirsi anche al provvedimento del giudice delegato con il quale, *de plano* e senza fissazione di udienza, venga dichiarata inammissibile la domanda di ammissione al passivo ultratardiva», con la rilevante conseguenza che il tribunale, una volta accolta l'impugnazione, «avrebbe dovuto decidere l'opposizione nel merito», senza limitarsi a rimettere «gli atti a quest'ultimo [*i.e.*, al giudice delegato] per fissare l'udienza in cui procedere all'esame dell'istanza di insinuazione al passivo»⁵⁵.

In caso di adozione dell'*iter* del decreto reclamabile *ex art.* 124 c.c.i. (in luogo delle impugnazioni *ex art.* 206), si potrebbe porre l'ulteriore tema dell'ammissibilità dell'impugnazione del provvedimento del tribunale ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., venendo in questione un diritto soggettivo.

9. – All'esito dell'indagine svolta può affermarsi che la liquidazione giudiziale, pur mutuando significativamente le disposizioni che regolano il fallimento, è un istituto «nuovo», soprattutto in relazione alla sua collocazione sistemica.

Ed è un istituto che, rispetto alle modifiche apportate alla disciplina fallimentare – pur «chirurgiche», e pur dettate dal lodevole intento di semplificare e chiarire rispetto al pregresso –, necessita di ulteriori affinamenti in relazione a una serie di, tuttora insuperate (o, addirittura, sorte *ex novo* proprio per effetto della riforma), questioni problematiche che l'applicazione porrà agli interpreti. Le norme relative alla posizione dei creditori del debitore sottoposto alla liquidazione giudiziale e all'accertamento del passivo ne sono un esempio.

Abstract

**THE NEW JUDICIAL LIQUIDATION:
EFFECTS FOR THE CREDITORS AND PROCEEDINGS
OF ASCERTAINMENT OF THE CREDITS**

⁵⁵ Cass., 3 dicembre 2012, n. 21596.

Lo scritto tratta del nuovo istituto della «liquidazione giudiziale», disciplinato dal d.lgs. n. 14/2019 («Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza»). Sono in particolare esaminate le tematiche degli effetti dell'apertura della procedura per i creditori dell'imprenditore e dell'accertamento del passivo.

The paper deals with the new proceedings called «liquidazione giudiziale», provided by d.lgs. n. 14/2019 («Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza»). In particular, the study analyzes the topics of the effects of the proceedings on the claims of the creditors and of the assessment of liabilities.

**NOTE IN TEMA DI VERSAMENTO DEL PREZZO
NELL'ESPROPRIAZIONE IMMOBILIARE**

BEATRICE FICCARELLI
*Professore associato
nell'Università di Siena*

1. – La principale obbligazione dell'aggiudicatario nella vendita forzata è rappresentata dal versamento del saldo del prezzo di aggiudicazione, costituito dalla differenza tra il prezzo stesso e la cauzione versata all'atto della presentazione dell'offerta. Esso, invero, rappresenta la condizione necessaria e imprescindibile per il perfezionamento della vendita forzata e, dalla sua prestazione, dipende l'emissione del decreto di trasferimento.

Secondo la giurisprudenza di legittimità e la dottrina prevalente, infatti, il trasferimento dell'immobile oggetto di vendita forzata è l'effetto di una fattispecie complessa costituita dall'ordinanza di aggiudicazione, dal successivo versamento del prezzo e dall'emissione del decreto di trasferimento¹.

Proprio in considerazione della funzione svolta dal pagamento del prezzo, sia l'ordinanza di aggiudicazione che il decreto di trasferimento, debbono essere revocati dal giudice dell'esecuzione quando venga accertato il mancato versamento integrale del prezzo di aggiudicazione con le modalità indicate nell'ordinanza di vendita.

Ne consegue che il decreto di trasferimento eventualmente emesso dal giudice dell'esecuzione, in caso di mancato versamento del prezzo integrale da parte dell'aggiudicatario, è affetto da nullità assoluta da far valere con lo strumento tipico dell'opposizione agli atti esecutivi ai sensi dell'art 617 c.p.c.².

Su questa premessa, di particolare interesse sono le novità che negli ultimi anni hanno riguardato l'istituto in oggetto, ridisegnandone la fisionomia e generando, stante lo stringato dettato normativo, una serie pressoché indefinita di problematiche di grande rilevanza pratica.

2. – Gli interventi succitati, come noto, si collocano nel più ampio quadro delle riforme che hanno interessato il processo esecutivo nel 2015 per effetto della l. n. 132 del 6 agosto 2015 in cui è stato convertito il d.l. 27 giugno 2015, n. 83.

¹ Vedi ad es. Cass 15222/2005.

² Vedi Cass. n. 17460/2007.

Qualche attento commentatore ha subito definito l'espropriazione immobiliare a seguito di tali interventi come accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata.³

La qualificazione relativa alla rateizzazione, unitamente ai profili relativi alla conversione del pignoramento che esula dalla nostra indagine, riguarda precisamente il versamento del prezzo nell'espropriazione immobiliare. Ciò nonostante esso possa apparire ad una indagine superficiale e non tecnica quale istituto scevro da particolari problematiche.

Partendo dagli essenziali riferimenti normativi dell'istituto, la prima disposizione interessata dalla riforma è rappresentata dall'art. 569 c.p.c. comma 3 e 4 (norma che come noto, nel suo complesso, disciplina il provvedimento per l'autorizzazione alla vendita da parte del giudice dell'esecuzione).

Ai sensi di tale disposizione come riformata nel 2015, circa la vendita senza incanto – che dopo le ultime riforme, è divenuta la regola *ex artt.* 503 e 569 c.p.c. –, nel provvedimento che fissa la vendita deve essere indicato il termine per il versamento del prezzo in una misura non superiore a 120 giorni.

Quando ricorrono giustificati motivi il giudice può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a 12 mesi.

La collocazione della norma fa carico al giudice di specificare già nell'ordinanza di vendita le ragioni che lo hanno indotto a prevedere la rateizzazione, non essendo sufficiente l'adozione di formule generiche.

A tale proposito si è subito chiarito che la rateizzazione del saldo del prezzo non può dunque disporsi in una fase più avanzata della procedura, né a favore di un determinato soggetto e ciò per il necessario rispetto dell'uguaglianza e della parità di condizioni tra tutti i potenziali partecipanti.

L'ordinanza del g.e. deve sempre recare l'indicazione dell'importo nonché la scadenza di ogni singola rata ed il termine, non superiore a 12 mesi, per il versamento dell'ultima. Nonostante la legge nulla dica, ai termini per il versamento del saldo del prezzo deve riconoscersi natura perentoria. Il giudice non può prorogarli a causa della necessaria immutabilità delle iniziali condizioni di vendita.

Queste ultime, svolgendo una funzione decisiva nelle determinazioni degli offerenti, debbono essere conoscibili dall'inizio della fase di vendita e restare invariate fino al decreto di trasferimento⁴.

³ Vedi Farina, *L'ennesima espropriazione immobiliare "efficiente"* (ovvero accelerata, conveniente, rateizzata e cameralizzata), in *Riv. dir. proc.*, 2016 127 e ss.

Completano la disciplina della rateizzazione del saldo le modifiche apportate all'art. 574 c.p.c. sulle modalità di versamento e all'art. 587 c.p.c. sulla decadenza dell'aggiudicatario.

Ai sensi dell'art. 574 c.p.c., nella consapevolezza che l'immissione dell'aggiudicatario nel possesso dell'immobile prima del versamento del saldo espone la procedura a rischi notevoli, il giudice dell'esecuzione autorizza tale immissione nel possesso a condizione che sia prestata una fideiussione "autonoma, irrevocabile e a prima richiesta" a cura di banche, società assicuratrici o intermediari finanziari, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione per un importo di almeno il trenta per cento del prezzo di vendita.

La fideiussione – che rappresenta la *condictio sine qua non* perché l'aggiudicatario consegua il possesso – è escussa dal custode o dal professionista delegato previa autorizzazione del giudice⁵. La fideiussione è prestata anche a garanzia del risarcimento dei danni eventualmente arrecati all'immobile⁶.

Infine circa il novellato art. 587 c.p.c., esso prevede che se il prezzo non venga depositato nel termine stabilito, il giudice dell'esecuzione dichiara con decreto la decadenza dell'aggiudicatario, pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa, e quindi dispone un nuovo incanto. Oltre all'ipotesi di mancato versamento del prezzo, la novella del 2015 ha previsto costituire fonte di decadenza dell'aggiudicatario il mancato pagamento anche di una sola rata entro dieci giorni dalla scadenza, nel qual caso il giudice dell'esecuzione deve disporre anche la perdita a titolo di multa delle rate già versate.

La *ratio* dell'istituto è certamente quella di garantire la regolarità e la certezza dell'esecuzione che sarebbe altrimenti rimessa al mero arbitrio delle parti quanto ai tempi di definizione.

⁴ Così testualmente Cass. 29 maggio 2015, n. 11171 e Sez. un 12 gennaio 2010 n. 262, che fanno derivare la natura perentoria del termine dalla sua funzione, con la conseguenza che può essere perentorio anche in assenza di una qualificazione specifica in tal senso. In dottrina v. ancora FARINA, *L'ennesima espropriazione immobiliare*, cit., 136 e ss.

⁵ Rileva Farina (*op. cit.*, 137) che poiché le caratteristiche e l'importo della fideiussione non rientrano nella discrezionalità del giudice, sembra opponibile, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., il provvedimento che autorizza l'immissione dell'aggiudicatario nel possesso del bene, laddove la fideiussione non sia stata prestata ovvero differisca dalle prescrizioni normative.

⁶ Se sono stati cagionati danni all'immobile o in caso di mancato rilascio, la fideiussione dovrebbe potersi escutere anche qualora dopo l'immissione in possesso dell'aggiudicatario, il giudice sospenda la vendita *ex art.* 586 c.p.c. ovvero in tutte quelle ipotesi di mancata pronuncia o revoca del decreto di trasferimento.

3. – Come è stato immediatamente rilevato, dai primi commentatori della riforma del 2015, la possibilità di rateizzazione del saldo-prezzo non pare di spiccata convenienza: il termine di 12 mesi non è infatti particolarmente significativo e competitivo rispetto ai tempi di restituzione dei mutui bancari, e il pagamento rateale espone la procedura alla certezza dell'allungamento dei tempi processuali e al rischio del mancato pagamento del prezzo cui ha fatto fronte la immissione in possesso dell'aggiudicatario con aggravio di spese e costi della procedura che dovrà impegnarsi nella liberazione del bene dall'aggiudicatario inadempiente.

Inoltre, poiché la misura della rateizzazione va adottata dal giudice e non dal delegato, in sede di ordinanza di delega non è escluso che fin dall'ordinanza stessa si neghi la possibilità della rateizzazione del saldo-prezzo con la motivazione che essa non corrisponde alle esigenze di celerità del processo ed agli interessi delle parti processuali ad una sollecita distribuzione del ricavato della vendita, interessi che sopravanzano in un doveroso bilanciamento quelli dei potenziali aggiudicatari a conseguire una modesta dilazione del termine per il versamento del prezzo stesso⁷.

⁷ Così GHEDINI – MAZZAGARDI, *Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare*, 3^a ed., Milano, 2017, 319 e ss.

**IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA:
CRITICITÀ E PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DELLE
PROCEDURE DI ALLERTA**

MARIA GIULIA LUGLI

Avvocato

Come è noto, con l'approvazione del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155, il legislatore ha voluto dare vita ad una riforma organica delle procedure concorsuali idonea a regolare lo stato di crisi e di insolvenza di qualsiasi debitore.

Tra le principali innovazioni introdotte dal predetto Codice ("C.c.i."), rispetto alla disciplina precedente, vi rientrano sicuramente le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, regolate dagli articoli da 12 a 25, C.c.i.

In relazione a queste ultime novità, si riscontrano alcune criticità.

Innanzitutto, la disciplina relativa alle procedure di allerta si applica solo alle piccole e medie imprese, con esclusione delle grandi imprese e degli altri soggetti indicati ai commi IV e V dell'art. 12, C.c.i.¹

Questa esclusione è stata giustificata, da un lato, dal fatto che le dimensioni e il contesto regolamentato in cui operano tali enti fanno ritenere che essi abbiano già implementato autonomamente gli adeguati assetti organizzativi richiesti dal C.c.i., grazie ai loro livelli di organizzazione interna e alla presenza di procedure, di strumenti gestionali e di trasparenza. Dall'altro, i controlli interni ed esterni a cui sono sottoposti sono considerati astrattamente sufficienti a prevenire la crisi e, dunque, sarebbe superflua ed ultronea l'applicazione del meccanismo degli strumenti di allerta nei loro confronti².

¹ La norma prevede, al comma IV, che gli strumenti di allerta si applichino "ai debitori che svolgono attività imprenditoriale", escludendo da tale categoria le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società per azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dalla Consob.

Al comma V vengono indicate altre categorie di soggetti escluse dall'applicazione della disciplina relativa alle procedure di allerta: appartengono ad esse, in generale, tutte le imprese appartenenti al settore bancario, assicurativo, fiduciario e quelle che di regola sono sottoposte ai procedimenti di liquidazione coatta amministrativa.

² P. RINALDI, *Strumenti di allerta: nozione, effetti e ambito di applicazione*, in A. DANOVI, G. ACCIARO (a cura di), *Crisi d'impresa. Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, 2, Milano, 2019, pagg. 23 e ss.

È facile obiettare, però, che tali controlli si sono spesso rivelati inidonei e poco puntuali nella prevenzione di situazioni di dissesto economico: si prenda, come esempio recente, la grave crisi che ha coinvolto diverse banche italiane³.

Pertanto, sorge spontaneo chiedersi se sia opportuna l'esclusione delle grandi imprese dall'applicazione dei citati strumenti d'allerta, soprattutto per le conseguenze – di gran lunga peggiori – che il crollo finanziario di queste comporta rispetto a quelle di piccole dimensioni.

L'individuazione dei soggetti a cui applicare la disciplina predetta, poi, è stata oggetto di un'importante modifica, che ha avuto luogo durante la fase finale di incubazione della normativa, dove la lista degli "esclusi" è stata notevolmente ampliata. Ciò è frutto di una modifica "dell'ultima ora", ossia opera di una volontà politica volta ad escludere determinati enti (alcuni di grande rilevanza economica) dall'ambito di applicazione degli strumenti di allerta⁴.

L'applicazione delle procedure alle sole piccole e medie imprese, con esclusione delle grandi, costituisce, dunque, una vera e propria discriminazione a discapito delle prime.

Tra l'altro, gli adempimenti imposti dalla normativa comportano, per tale categoria di imprese, gravosi oneri e costi dovuti anche all'abbassamento delle soglie per la nomina dell'organo di controllo o del revisore, rispetto a quelle previste in precedenza dall'art. 2477 c.c.⁵

Un ulteriore aspetto problematico riguarda gli indicatori della crisi e gli indici di cui all'art. 13 C.c.i.

La formulazione della norma è stata, già in sede di formazione, argomento di ampio dibattito e di aspre critiche⁶.

³ Ma si potrebbero citare molti altri casi: si pensi, sempre in via esemplificativa, agli scandali Cirio, Parmalat, Alitalia, ecc.

⁴ S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di composizione della crisi o dell'insolvenza*, in S. SANZO, D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 46.

⁵ L'art. 379, comma 1, lett. c), C.c.i., il quale stabilisce l'obbligatorietà della nomina dell'organo di controllo o del revisore se la società «ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: due milioni di euro; ricavi delle vendite e delle prestazioni: due milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: dieci unità».

⁶ L'art. 13, comma 1, C.c.i., individua come indicatori della crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di inizio attività, rilevabili sulla scorta di appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata dell'esercizio al momento della valutazione sia inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. La norma dispone altresì che sono indici significativi ai predetti fini quelli

A questo riguardo, il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili ha osservato che, ai fini degli indicatori, dovrebbe assumere rilevanza una situazione di “non sostenibilità” del debito per i sei mesi successivi e di “assenza di prospettive” di continuità aziendale, e non viceversa. L’attuale formulazione della norma, infatti, potrebbe incrementare significativamente il numero dei c.d. “falsi positivi”, conducendo a pericolose conseguenze, che vanno dalla scarsa capacità discriminatoria in relazione al *default* degli indicatori proposti, al rischio di trascinare davanti all’Organismo di composizione della crisi d’impresa (“OCRI”) soggetti che non sono realmente in crisi (a cui si aggiunge, evidentemente, l’ulteriore minaccia del c.d. “effetto domino”, vale a dire quello di trascinare in tale meccanismo ulteriori imprese sane), oltre alla più che probabile incrinazione della credibilità delle imprese coinvolte in questo sistema⁷.

Oltre a quanto sopra esposto, diverse piattaforme e agenzie di gestione di dati hanno già avviato una serie di ricerche – basate sugli indici ritenuti maggiormente “predittivi” della crisi di impresa – volte ad individuare, seppur in via approssimativa, il numero di soggetti che presumibilmente dovranno ricorrere agli strumenti di allerta a seguito di segnalazione.

È emerso che un’elevatissima quantità di imprese farebbe scattare l’obbligo di segnalazione da parte degli organi a ciò preposti.

In conclusione, l’imposizione del rispetto dei summenzionati indici può compromettere seriamente la salute di imprese che, sebbene “sane”, possono essere considerate in stato di crisi per il semplice fatto di far scattare uno degli indici interni, o per la mancata conformità ad un indicatore esterno.

Con riferimento alle criticità relative al C.c.i. sinora illustrate, dunque, è possibile rilevare alcuni profili di incostituzionalità rispetto agli articoli 41, comma I, Cost., e 45, comma 2, Cost.

La prima norma citata stabilisce che «L’iniziativa economica privata è libera».

Secondo la tesi più diffusa, il significato di iniziativa economica coinciderebbe con quello di “impresa” intesa come esercizio professionale di un’attività economica organizzata al fine della produzione o scambio di beni e servizi, ai sensi dell’art. 2082 c.c.

Coerentemente con tale impostazione, si ritiene che il contenuto della libertà economica si componga di una serie di facoltà e poteri, tra i quali la

che misurano la sostenibilità degli oneri dell’indebitamento con i flussi di cassa che l’impresa è in grado di generare e l’adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.

⁷ A. NICOTRA, *Rischio troppi “falsi positivi” dagli indici di allerta della crisi d’impresa*, 5 dicembre 2018, in www.eutekne.it.

facoltà di organizzarsi per il perseguimento del fine economico prescelto e il potere di gestire autonomamente l'attività prescelta⁸.

A questo proposito, la giurisprudenza costituzionale ha sempre ritenuto illegittimi i condizionamenti e i vincoli che costituiscono un grave ostacolo all'esercizio della libera iniziativa economica, oltre a quelli che interferiscono gravemente sull'iniziativa personale dell'imprenditore e quelli che, in generale, determinano una compressione dell'iniziativa economica privata eccessivamente penetrante⁹.

A causa delle nuove disposizioni del C.c.i., le imprese dovranno modellare le proprie strutture organizzative e gestionali sugli obblighi che la normativa stessa impone (i quali costituiscono solamente un costo e un'inutile burocratizzazione dei processi interni, senza l'ottenimento di alcun corrispettivo economico a favore dell'azienda), con preferenza rispetto alle esigenze di produzione o scambio di beni e servizi.

Di conseguenza, buona parte delle risorse dell'impresa dovranno essere destinate prevalentemente al soddisfacimento dei predetti adempimenti, con il rischio di sottrarre tali mezzi alle necessità "vitali" dell'impresa stessa e, cioè, quelle economiche, finanziarie e produttive¹⁰. Con le ovvie conseguenze che la carenza di fondi da investire in tali ultimi ambiti comporta.

Con riferimento alla seconda norma costituzionale citata, l'art. 45, comma 2, Cost., afferma che «La legge provvede alla tutela e allo sviluppo dell'artigianato».

Si coglie facilmente il *favor* della norma costituzionale per questa forma di impresa: esso è da ricercarsi, in particolar modo, nell'articolazione e diffusione del potere economico che essa consente, traducendo – sul terreno dell'economia – i principi di democrazia, libertà, eguaglianza e solidarietà¹¹.

Il nostro ordinamento, in particolare, considera l'impresa artigiana come un soggetto meritevole di tutela e sviluppo e, pertanto, a sostegno di essa, la Costituzione impone interventi legislativi di protezione, promozione e incremento volti, da un lato, a stimolare la creazione di nuove unità produttive e, dall'altro, diretti a potenziare quelle già esistenti¹².

⁸ M. GIAMPIERETTI, *sub* art. 41, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, 2ª ed., Milano 2008, 411 e ss.

⁹ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 78 del 16 dicembre 1958.

¹⁰ Si ricorda, al riguardo, che oggetto di tutela costituzionale dell'art. 41, comma 1º, Cost., è proprio l'attività produttiva esercitata in forma d'impresa; cfr. S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *op. cit.*, pag. 410.

¹¹ M. GIAMPIERETTI, *sub* art. 45, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 463.

¹² M. GIAMPIERETTI, *sub* art. 45, cit., 468.

Inoltre, l'art. 45, comma 2, Cost., promuove la tutela dell'impresa artigiana come impresa di piccole dimensioni, la cui protezione è idonea a favorire la diversificazione delle strutture produttive, aumentando la flessibilità del sistema economico. In particolare, la protezione di tale categoria economicamente e socialmente più debole consente di preservare determinati valori culturali legati ad un certo modo di produzione e che si pongono, dunque, al di fuori del sistema produttivo della grande impresa capitalistica¹³.

A ben vedere, questi presupposti possono ritenersi validi non solo per i soggetti che operano nel settore dell'artigianato, ma complessivamente per tutte le categorie di piccole e medie imprese.

In ragione di quanto sopra esposto, ci si chiede come il sistema concepito dal C.c.i. possa essere compatibile con i principi costituzionali appena indicati: da una parte, pare che, più che agevolare la nascita e lo sviluppo delle piccole e medie imprese (tra le quali rientrano quelle artigiane), finisca per affossarle, ponendo loro incombenze assai gravose e difficilmente sostenibili per realtà imprenditoriali così modeste.

Dall'altra, è evidente il favoritismo nei confronti delle grandi imprese (e, in generale, di tutti i soggetti menzionati dall'art. 12, commi IV e V, C.c.i.), per le quali è prevista l'esenzione dall'applicazione delle procedure di allerta.

Facendo riferimento a quanto già esposto in precedenza, si corre il serio pericolo che l'esposizione agli obblighi di segnalazione di molte piccole e medie imprese, sfoci in concordati preventivi o liquidazioni giudiziali.

L'inevitabile corollario di un simile scenario, è che una grande quantità di piccole imprese si trovi soggetta al rischio di dover "chiudere i battenti": ciò provocherebbe un grave deterioramento del principale tessuto economico del nostro Paese (costituito, appunto, dalle piccole e medie imprese), a fronte di un ulteriore accrescimento del potere delle grandi imprese sul mercato. E tutto ciò in contrasto con le logiche di tutela e protezione costituzionalmente garantite per le predette formazioni economiche, oltre che con i principi del libero mercato e della libera concorrenza economica.

Abstract

**THE INSOLVENCY CODE:
CRITICAL ASPECTS AND ISSUES OF UNCONSTITUTIONALITY OF THE
EARLY WARNING PROCEDURES**

¹³ M. GIAPIERETTI, *loc. ult. cit.*

L'Autore evidenzia alcuni profili critici della disciplina delle misure di allerta dubitando della compatibilità della stessa con alcuni principi costituzionali.

The Author underlines some critical aspects of the discipline of the early warning procedures, doubting of the compatibility of such discipline with some constitutional principles.

I

Tribunale di Venezia, Sez. Spec. in materia di Impresa, 4 giugno 2019, n. 1202

Giudici Tosi (Pres. rel.), Campagner e Torresan

II

Tribunale di Venezia, Sez. Spec. in materia di Impresa, 7 giugno 2019, n. 1259

Giudici Tosi (Pres.), Ramon (rel. est.) e Torresan

III

Tribunale di Venezia, Sez. Spec. in materia di Impresa, 4 giugno 2019, n. 1546

Giudici Tosi (Pres. rel.), Ramon e Torresan

L'art. 83, comma 3, T.U.B. non prevede una immunità assoluta dell'istituto di credito sottoposto a liquidazione coatta amministrativa da qualsivoglia iniziativa giudiziaria, limitandosi a rendere inammissibili/improcedibili/improseguibili le sole domande idonee ad incidere sulla formazione dello stato passivo della procedura, le quali, a tutela della par condicio creditorum, devono essere (ri)proposte in sede concorsuale.

Le domande proposte nei confronti di un istituto di credito che, nelle more del giudizio, venga sottoposto a liquidazione coatta amministrativa restano procedibili/proseguibili a condizione che non siano idonee ad incidere sulla formazione dello stato passivo e che non potrebbero trovare mai risposta, né positiva, né negativa, in sede concorsuale, come quelle di accertamento negativo (di crediti della procedura) proposte dal soggetto, debitore dell'istituto di credito in forza di un titolo invalido (o da risolvere), che abbia interesse a vedersi liberato dal debito. (massime non ufficiali)

I

(*Omissis*). Con la presente sentenza si affronteranno le questioni preliminari, suscettibili di definire il giudizio: la questione della procedibilità (o proseguibilità) e la questione della competenza.

Va ricordato che l'art. 83 comma 3 TUB («3. Dal termine previsto nel comma 1 contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare. Per le azioni

civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale») contiene una disciplina che ricalca, pro parte, il disposto dell'art. 52 l. fall. (la prima parte) e dell'art. 24 l. fall. (la seconda parte). L'art. 86 citato dalla liquidatela disciplina le opposizioni allo stato passivo, che spettano al Tribunale della sede della Banca.

Rispetto alla prima parte dell'art. 83 comma 3, si nota che anche ai sensi dell'art. 209 L.F., norma generale sulla liquidazione coatta amministrativa, le pretese creditorie avanzate innanzi al Tribunale ordinario nei confronti di una società che nel corso del giudizio viene posta in liquidazione coatta amministrativa devono essere dichiarate improseguibili, dal momento che tutti i suoi creditori, senza eccezione alcuna, devono sottostare alla procedura di verifica dei crediti di cui alla predetta norma, dinanzi quindi al Commissario Liquidatore nella fase di formazione dello stato passivo.

Deve dunque concludersi che almeno la prima parte dell'art. 83 comma 3 esprime il principio generale – e cardinale – valevole per tutte le procedure concorsuali, quello per cui la massa attiva è assoggettata nel suo intero e indefettibilmente alla ripartizione secondo le regole del concorso e ad opera degli organi della procedura.

L'art. 83 comma 3 seconda parte, parallelamente all'art. 24 l. fall. riguarda le azioni *derivanti* dal fallimento.

L'art. 83 comma 3 dunque esprime principi non dissimili da quelli stabiliti per il fallimento, e dunque, per questi aspetti, si farà richiamo a giurisprudenza anche afferente casi di fallimento.

Venendo alla questione della competenza, va detto che, sebbene vi siano spazi per individuare una competenza del “Tribunale fallimentare” svincolata dal procedimento di verifica dei crediti *ex art. 92 e ss. l. fall.* (cfr. Cass. sez. 1, n. 10668 del 27/9/1999), la più vasta area della competenza del Tribunale della procedura è individuata nelle domande di condanna (art. 52 fall. e 83 comma 3 prima parte TUB) e in quelle domande che «*comunque incidono sul patrimonio del fallito, compresi gli accertamenti che costituiscono premessa di una pretesa nei confronti della massa*» (Cass. sez. 3, n. 17388 del 8/8/2007; Cass. sez. 1, n. 17279 del 23/7/201[0]; Cass. sez. 1, n. 25868 del 2/12/201[1]; Cass. sez. 1, 10955 del 8/5/2018). Tale insegnamento è costante.

Pertanto che la questione della competenza per territorio, che la parte convenuta, invocando l'art. 83, comma 3, TUB e censurando le domande della attrice anche in quanto volte ad incidere sulla massa, afferma essere carente in capo a questo ufficio a favore del Tribunale di Vicenza (nel cui circondario aveva sede la Banca e che è dunque il Tribunale della procedura) consiste in verità in una questione di rito applicabile, e non di competenza per territorio (cfr. Cass. sez. 6-1 ord. 21669 del 20/9/2013) e rimanda dunque alla questione del discrimine fra domande proponibili avanti il giudice ordinario, e domande riservate (anche nella forma della opposizione allo stato passivo, art. 87 TUB) al Tribunale della procedura.

L'art. 83, comma 3, TUB dunque va letto nel senso che tutte le domande anche di accertamento o costitutive contro la liquidatela di banca non possono essere proposte avanti il giudice ordinario quando esse siano dirette a porre le premesse di una pretesa contro la massa.

Qualche deroga a tali principi si rinviene nella giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte nella materia lavoristica, nei giudizi di impugnazione del licenziamento, ove si tratta di assicurare la protezione della posizione del lavoratore, che ha riflessi non solo fra le parti ma anche verso i terzi (p.es. previdenziali) e gode di speciali particolarità del rito lavoristico, anche per il regime probatorio di favore ivi previsto.

Spazi di riserva al giudice ordinario si leggono (p. es. Cass. 17279/2010 sopra citata) nelle pronunce che trattano di domande demolitorie o di accertamento che abbiano «*come scopo solo tale accertamento*». Naturalmente, posto che la domanda deve essere comunque sorretta da un interesse, sarà lo scopo ultimo dell'accertamento, o della pronuncia costitutiva chiesta, a determinare la procedibilità o meno della domanda avanti il giudice ordinario. La pronuncia 17279/2010 citata tratta del caso in cui lo scopo finale del richiedente – che agiva per fare dichiarare la nullità di un contratto di edizione stipulato con la società poi fallita – era ottenere la libera disponibilità dei relativi diritti, non già una condanna del soggetto fallito.

Non può dunque essere negata la perseguibilità di quelle domande che mirano a tutelare diritti che non potrebbero trovare mai risposta, né positiva, né negativa, nell'ambito della procedura; per esempio, le domande di accertamento negativo del credito della procedura proposte dal soggetto che sia debitore della banca ormai in liquidazione in forza di titolo invalido, o risolto, e che ha interesse a vedersi liberato dal debito.

Non è distonico rispetto alla ricostruzione sistematica di cui sopra, ed anzi ne costituisce conferma nella materia della risoluzione, il disposto dell'art. 72, comma 5, l. fall. (applicabile alla liquidazione *ex art. 83, comma 2, TUB*) il quale stabilisce che se pure la domanda risolutoria promossa anteriormente al fallimento spiega i suoi effetti contro il curatore (fatta salva la trascrizione della domanda nei casi previsti), solo la parte che intende ottenere la restituzione deve proporre la domanda secondo le regole dell'accertamento del passivo.

Nelle sue difese finali, parte attrice assume che la presente causa possa proseguire in quanto avente ad oggetto unicamente una pronuncia di accertamento o costitutiva, e non già pronunce di condanna, e precisando essere suo intendimento ottenere solo l'accertamento della nullità degli acquisti di azioni e dei correlati contratti di finanziamento, o il loro annullamento o risoluzione, e a vedere accertata l'inesistenza del credito vantato dalla Banca in ragione del compimento delle operazioni medesime. Tale difesa si correla con la limitazione alla domanda quale contenuta nel ricorso in riassunzione («*solo nei limiti in cui le stesse conclusioni sono volte ad ottenere l'accertamento negativo della posizione debitoria dell'Attrice nei confronti*

della Banca derivante dagli affidamenti»), limitazione letteralmente non ripresa nelle conclusioni infine precisate.

La pronuncia demolitoria o di accertamento di nullità o inefficacia del contratto, infatti, in generale, da un lato apre la via all'accertamento della inesistenza dei debiti che ancora sussisterebbero in forza del contratto (poste *ex contractu*), il che è ammissibile in questa sede; ma essa dall'altro lato può costituire il prodromo di possibili domande restitutorie (*ex nullitate*) o risarcitorie che invece non sono ammissibili.

La pretesa attorea deve essere dunque correttamente identificata e qualificata. È del tutto evidente che parte attrice, nonostante affermi il contrario, conserva intatte le numerose domande di condanna proposte *ab origine*, che cadono sotto la scure dell'art. 83 TUB. Tuttavia, fra tali domande si ha anche (espressa sotto la lett. a) la domanda volta all'accertamento che essa nulla deve in ragione delle operazioni contestate.

Fin dall'atto di citazione (p. 5) la difesa di (*Omissis*) aveva ben esplicitato che essa è ancora assoggettata all'obbligo di ripagare i mutui, in particolare la parte di complessivi euro (*Omissis*) utilizzata suo malgrado per acquistare le azioni; e nel ricorso in riassunzione (*Omissis*) ha precisato essere suo intento ottenere l'accertamento della inesistenza di un suo debito restitutorio contrattuale, in ragione della invalidità a vario titolo invocata dei contratti ed in particolare del contratto di finanziamento.

Orbene, tale domanda è tuttora procedibile avanti il giudice ordinario: infatti la parte non potrebbe, dalla procedura concorsuale, ottenere una pronuncia che accerti la inesistenza di tale suo debito verso la procedura.

La causa va dunque rimessa sul ruolo (*Omissis*).

P.Q.M.

Non definitivamente pronunciando,

1. dichiara improseguibile la causa per le domande di condanna formulate da parte attrice;
2. dispone la separazione di tali domande, senza che occorra, allo stato, formulazione di nuovo fascicolo;
3. rimette la causa sul ruolo come da separata ordinanza. (*Omissis*).

II

(*Omissis*). Procedendo alla disamina delle eccezioni di improcedibilità/inammissibilità delle domande attoree, va rammentato che, come noto, l'art. 83 TUB dispone che dalla data di insediamento degli organi liquidatori «contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare. Per le azioni civili di

qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale».

Si tratta di una norma che ricalca il disposto dell'art. 52 l. fall., nella parte in cui prevede che ogni credito e ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V – ovvero le norme che disciplinano l'accertamento del passivo – e dell'art. 24 l. fall., che prevede che il Tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere tutte le azioni che ne derivano qualunque ne sia il valore, espressione del principio generale comune a tutte le procedure concorsuali in forza del quale la massa attiva dev'essere ripartita secondo le regole del concorso e ad opera degli organi della procedura.

Ne consegue, innanzitutto, che la questione della competenza, che la parte convenuta, invocando l'art. 83, comma 3, TUB, afferma spettare al Tribunale di Vicenza, consiste in verità in una questione di rito applicabile (cfr., *ex multis*, Cass. ord. 21669 del 20/9/2013), rimandando al discrimine fra domande proponibili avanti il giudice ordinario e domande riservate al Tribunale della procedura.

Invero l'obbligo di proporre in sede fallimentare le domande volte a ottenere il riconoscimento del diritto di partecipare al concorso, o di un diritto reale o restitutorio su beni mobili acquisiti all'attivo, non discende dal principio di cui all'art. 24 l. fall. – che risolve un problema di competenza – ma è riconducibile al principio, dettato dall'art. 52 della stessa legge, dell'obbligatorietà ed esclusività del procedimento di verifica del passivo, sicché «*non involge un problema di competenza, ma una questione di specialità del rito, con conseguente improponibilità della domanda eventualmente dedotta nella sede ordinaria, discendendo la devoluzione della controversia al foro fallimentare dal combinato disposto degli artt. 52 e 93 l. fall.*» (Cass. 3.2.2006, n. 2439).

Il giudizio di accertamento del passivo non radica invero una competenza speciale del Tribunale fallimentare bensì un rito speciale, che si caratterizza essenzialmente per l'essere improntato a cognizione sommaria, cosicché la proposizione avanti il giudice ordinario di domande rientranti nella previsione delle citate norme incorre nella pronuncia di improcedibilità, e non di incompetenza.

La *ratio* delle norme citate è, all'evidenza, quella di assoggettare al procedimento per l'accertamento del passivo tutte le pretese suscettibili di riversarsi sul patrimonio fallimentare, siano esse dirette a partecipare alla distribuzione dello stesso, siano esse finalizzate a sottrarre ad esso beni mobili o immobili.

Ne consegue che tutte le domande che contengano una pretesa contro la massa, o che costituiscano la premessa per una pretesa contro la massa, non possono essere proposte avanti il giudice ordinario e devono essere dichiarate improcedibili.

Ne consegue, altresì, che le domande di mero accertamento o costitutive possono essere proposte al di fuori del procedimento di formazione dello stato passivo soltanto quando dall'eventuale pronuncia di accoglimento non si intenda far derivare diritti di credito o diritti restitutori.

La giurisprudenza ha invero sancito l'improcedibilità davanti al giudice ordinario delle azioni di accertamento o costitutive se azionate nei confronti della curatela, quando la relativa pronuncia sia destinata a rappresentare la "base concettuale" di una pretesa creditoria deducibile in sede concorsuale, a meno che il preteso creditore non abbia espressamente dichiarato di voler ottenere un titolo da utilizzare contro il debitore solo dopo il suo ritorno *in bonis* (Cass. 18.10.1991, n. 11038), ciò che non può essere, nel caso di specie, posto che l'istituto della liquidazione coatta amministrativa non ammette, diversamente dal fallimento, il ritorno *in bonis* della banca, sicché l'ottenimento di un titolo giudiziale che non potrebbe mai essere messo in esecuzione nei confronti del convenuto non può rivestire per chi agisce alcuna utilità concreta.

Sul punto la giurisprudenza è costante: l'unica deroga a tale principio si rinviene invero nella giurisprudenza della Suprema Corte in materia lavoristica, e, in particolare, nei giudizi di impugnazione del licenziamento, caratterizzati dalla peculiare finalità di assicurare la protezione della posizione del lavoratore, sicché può dirsi che «*la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda sull'interesse del lavoratore a tutelare la sua posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa (conseguente all'esercizio provvisorio ovvero alla cessione dell'azienda o a un concordato fallimentare) sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali e i diritti previdenziali, estranei all'esigenza della par condicio creditorum*» (così Cass. Sezione Lavoro, n. 7129/2011 Est. Di Cerbo).

La finalità del sistema, quale si evince dalle norme citate sopra, è quella di assicurare la completa cristallizzazione del patrimonio del fallito, allo scopo di porre detto patrimonio al riparo dalle pretese di soggetti che vantino titoli formati in epoca successiva alla dichiarazione di fallimento, e quindi impedire che siano fatte valere, nel concorso fallimentare, pretese aggiuntive rispetto a quelle facenti parte del patrimonio del fallito alla data della sentenza di fallimento (così Cass. 8.8.2013, n. 19025), sicché deve affermarsi l'improcedibilità delle domande risarcitorie, in quanto domande «*idonee ad incidere sul patrimonio del soggetto in liquidazione coatta amministrativa, perché costituiscono premessa di una pretesa nei confronti della massa*» (in tal senso: Cass. sez. 3, n. 17388 del 8/8/2007; Cass. sez. 1, n. 17279 del 23/7/2010; Cass. sez. 1, n. 25868 del 2/12/2011[1]; Cass. sez. L 10955 del 8/5/2018).

Devono essere pertanto dichiarate improcedibili le domande attoree volte ad ottenere la condanna della banca in LCA al risarcimento dei danni asseritamente subiti, dal momento che tutti i creditori della LCA, senza eccezione alcuna, devono sottrarre alla procedura di verifica dei crediti di cui alla citata norma, dinanzi quindi al Commissario Liquidatore nella fase di formazione dello stato passivo.

Sono invece procedibili, e devono, conseguentemente, essere oggetto di attività istruttoria, le ulteriori domande attoree, volte ad accertare che gli attori nulla devono alla banca convenuta in forza dei contratti di cui s'è detto: la causa dev'essere

pertanto rimessa sul ruolo per la prosecuzione del giudizio limitatamente a tali domande.

Spese al definitivo

PQM

Il Tribunale civile e penale di Venezia
Sezione Specializzata in materia di impresa

Definitivamente pronunciando nella causa (*Omissis*)

- Dichiara improseguibili le domande di condanna proposte da (*Omissis*) nei confronti di Banca Popolare di Vicenza SpA in liquidazione coatta amministrativa;
- dispone con separata ordinanza la prosecuzione del giudizio per le restanti domande;
- spese al definitivo. (*Omissis*).

III

(*Omissis*). Con la presente sentenza si affronterà la questione preliminare della procedibilità (o perseguibilità) suscettibile di definire il giudizio.

Va ricordato che l'art. 83 comma 3 TUB («3. Dal termine previsto nel comma 1 contro la banca in liquidazione non può essere promossa né seguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né seguita alcun atto di esecuzione forzata o cautelare. Per le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale») contiene una disciplina che ricalca, *pro parte*, il disposto dell'art. 52 l. fall. (la prima parte) e dell'art. 24 l. fall. (la seconda parte). L'art. 87 citato dalla liquidatela disciplina le opposizioni allo stato passivo, che spettano al Tribunale della sede della Banca.

Rispetto alla prima parte dell'art. 83, comma 3, si nota che anche ai sensi dell'art. 209 l. fall., norma generale sulla liquidazione coatta amministrativa, le pretese creditorie avanzate innanzi al Tribunale ordinario nei confronti di una società che nel corso del giudizio viene posta in liquidazione coatta amministrativa devono essere dichiarate improseguibili, dal momento che tutti i suoi creditori, senza eccezione alcuna, devono sottostare alla procedura di verifica dei crediti di cui alla predetta norma, dinanzi quindi al Commissario Liquidatore nella fase di formazione dello stato passivo.

Deve dunque concludersi che almeno la prima parte dell'art. 83 comma 3 esprime il principio generale – e cardinale – valevole per tutte le procedure concorsuali, quello per cui la massa attiva è assoggettata nel suo intero e indefettibilmente alla ripartizione secondo le regole del concorso e ad opera degli organi della procedura.

L'art. 83, comma 3, seconda parte, parallelamente all'art. 24 l. fall. riguarda le azioni *derivanti* dal fallimento.

L'art. 83, comma 3, dunque esprime principi non dissimili da quelli stabiliti per il fallimento, e dunque, per questi aspetti, si farà richiamo a giurisprudenza anche afferente casi di fallimento.

L'art. 83, comma 3, TUB dunque va letto nel senso che tutte le domande anche di accertamento o costitutive contro la liquidatela di banca non possono essere proposte avanti il giudice ordinario quando esse siano dirette a porre le premesse di una pretesa contro la massa.

Qualche deroga a tali principi si rinviene nella giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte nella materia lavoristica, nei giudizi di impugnazione del licenziamento, ove si tratta di assicurare la protezione della posizione del lavoratore, che ha riflessi non solo fra le parti ma anche verso i terzi (p.es. previdenziali) e gode di speciali particolarità del rito lavoristico, anche per il regime probatorio di favore ivi previsto.

Spezi di riserva al giudice ordinario si leggono (p. es. Cass. 17279/2010 sopra citata) nelle pronunce che trattano di domande demolitorie o di accertamento che abbiano «*come scopo solo tale accertamento*». Naturalmente, posto che la domanda deve essere comunque sorretta da un interesse, sarà lo scopo ultimo dell'accertamento, o della pronuncia costitutiva chiesti, a determinare la procedibilità o meno della domanda avanti il giudice ordinario. La pronuncia 17279/2010 citata tratta del caso in cui lo scopo finale del richiedente – che agiva per fare dichiarare la nullità di un contratto di edizione stipulato con la società poi fallita – era ottenere la libera disponibilità dei relativi diritti, non già una condanna del soggetto fallito.

Non può dunque essere negata la perseguibilità di quelle domande che mirano a tutelare diritti che non potrebbero trovare mai risposta, né positiva, né negativa, nell'ambito della procedura; per esempio, le domande di accertamento negativo del credito della procedura proposte dal soggetto che sia debitore della banca ormai in liquidazione in forza di titolo invalido, o risolto, e che ha interesse a vedersi liberato dal debito.

Non è distonico rispetto alla ricostruzione sistematica di cui sopra, ed anzi ne costituisce conferma nella materia della risoluzione, il disposto dell'art. 72, comma 5, l. fall. (applicabile alla liquidazione *ex art. 83, comma 2, TUB*) il quale stabilisce che se pure la domanda risolutoria promossa anteriormente al fallimento spiega i suoi effetti contro il curatore (fatta salva la trascrizione della domanda nei casi previsti), solo la parte che intende ottenere la restituzione deve proporre la domanda secondo le regole dell'accertamento del passivo.

Nelle sue difese finali, parte attrice assume che la presente causa possa proseguire in quanto avente ad oggetto unicamente una pronuncia di accertamento o costitutiva, e non già pronunce di condanna.

La pronuncia demolitoria o di accertamento di nullità o inefficacia del contratto, infatti, in generale, da un lato apre la via all'accertamento della inesistenza dei debiti che ancora sussisterebbero in forza del contratto (*poste ex contractu*), il che è

ammissibile in questa sede; ma essa dall'altro lato può costituire il prodromo di possibili domande restitutorie (*ex nullitate*) o risarcitorie che invece non sono ammissibili.

La parte attrice pur mantenendo formalmente domande di condanna – che sono certamente improseguibili – ha precisato di intendere solo ottenere l'accertamento negativo del credito che la banca vanterebbe in forza dell'affidamento.

In tali più ridotti termini la sua domanda è vestita di un interesse – a vedersi liberare da un debito contrattuale sorgente da un titolo che assume invalido o da risolvere – che, per come prospettato, e salvo il merito, è meritevole di tutela, e che non potrebbe ottenere soddisfacimento in sede concorsuale, proprio in quanto la domanda, e la pronuncia richiesta, non sono destinate a produrre effetti sulla massa.

Pertanto, la causa va istruita, come in ordinanza a parte.

Si pronuncia dunque in via non definitiva come in dispositivo, e si rimette la causa sul ruolo per il prosieguo istruttorio, ammettendo per intanto la prova orale.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando,

- 1) Dichiara improseguibili le domande di condanna proposte da parte attrice;
- 2) Rimette la causa sul ruolo come da separata ordinanza. (*Omissis*).

“BANCHE VENETE” ED “OPERAZIONI BACIATE”: LE DOMANDE DI ACCERTAMENTO NEGATIVO RESTANO PROCEDIBILI NONOSTANTE LA LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

ALESSIO FILIPPO DI GIROLAMO

Dottore di ricerca

1. – Le tre sentenze qui commentate sono espressione dell'orientamento¹ accolto dal Tribunale di Venezia², in forza del quale le domande proposte dai clienti delle “Banche venete”³, volte ad ottenere l'accertamento negativo dei crediti di queste ultime nei confronti dei primi, restano – previa, ovviamente, riassunzione nei confronti dei commissari liquidatori – procedibili/proseguibili⁴ nonostante la sottoposizione delle banche medesime, nelle more dei giudizi, a liquidazione coatta

¹ Nel medesimo senso, tra le altre, si vedano: le sentenze n. 875, n. 878 e n. 879 del 26 aprile 2019 e le sentenze n. 1758 e n. 1760 del 29 luglio 2019, tutte in *www.dirittobancario.it*; le sentenze n. 1203 e n. 1204 del 4 giugno 2019 e la sentenza n. 1696 del 22 luglio 2019, che non risultano edite.

² Sezione Specializzata in materia di Impresa

³ Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e Veneto Banca S.p.A.

⁴ Nel seguito, per brevità, ci si riferirà alla sola procedibilità/improcedibilità, intendendosi implicito il riferimento anche alla proseguibilità/improseguibilità.

amministrativa⁵. Si tratta di sentenze che risultano pienamente condivisibili e che, in particolare, hanno il merito di avere superato, con argomentazioni giuridiche solide e convincenti, l'opposto orientamento accolto dal Tribunale di Vicenza, il quale, come si vedrà nel prosieguo, è pervenuto a conclusioni che non paiono, sotto molteplici profili, accettabili⁶.

L'esame delle questioni oggetto delle sentenze del Tribunale di Venezia, pronunciate con riferimento sia a Banca Popolare di Vicenza S.p.A. in l.c.a.⁷ che a Veneto Banca S.p.A. in l.c.a.⁸, non può, per chiarezza espositiva, prescindere da un breve riepilogo dei fatti, processuali e non, che hanno condotto alla situazione attuale.

Non è questa la sede per intrattenersi sulla complessa vicenda del c.d. "scandalo delle Banche Venete"⁹, scoppiato nell'estate del 2015, che ha condotto i due istituti di credito, nel giro di un paio d'anni, dall'essere operatori primari del mercato bancario a trovarsi escluse da tale mercato e poste in liquidazione.

Ciò che rileva, ai fini della presente nota, è che, anche a seguito dell'intervento delle diverse Autorità che si sono interessate alla vicenda, è emerso che entrambi gli istituti di credito avevano posto in essere, con i propri clienti, cc.dd. "operazioni bacciate"¹⁰: si tratta, come noto, di operazioni mediante le quali i predetti istituti di credito finanziavano propri clienti affinché questi ultimi utilizzassero (in tutto o in parte) la provvista messa a loro disposizione per l'acquisto e la sottoscrizione di azioni e/o di obbligazioni convertibili emesse dagli istituti medesimi.

Le operazioni in discorso sono (condivisibilmente) ritenute, dai più, affette da vizi che ne comportano la invalidità sotto diversi profili e per plurime ragioni (*in primis*, sono nulle perché poste in essere in violazione

⁵ Nel seguito, per brevità, anche "l.c.a."

⁶ In questo senso, v. Trib. Vicenza, 30 aprile 2019, n. 951 e Trib. Vicenza, 9 maggio 2019, n. 1066, entrambe in *www.ilcaso.it*.

⁷ V. le sentenze nn. 1202/2019 e 1259/2019, qui commentate.

⁸ V. la sentenza n. 1546/2019, qui commentata.

⁹ Tra gli altri, v.: DOLMETTA, *Banche venete: violazioni di impresa e accertamenti caso per caso*, in *www.ilcaso.it*, 27 marzo 2019, p. 1 ss.; GRECO - VANNI, *Banche impopolari. Inchiesta sul credito popolare e il tradimento dei risparmiatori*, Milano, 2017, p. 1 ss.; MARRA (a cura di), *Dossier banche venete*, Milano, 2018, p. 1 ss.; IMPERATORE - BIGGERI, *Sacco bancario. Il grande imbroglio nel racconto di manager, gole profonde e risparmiatori truffati*, Milano, 2017, p. 1 ss.; CREMA, *Banche rotte. I giorni bui di Veneto Banca e della Popolare di Vicenza*, Portogruaro, 2016, 1 ss.

¹⁰ Il fenomeno ha avuto dimensioni impressionanti: si pensi che, solo per quanto riguarda la Banca Popolare di Vicenza S.p.A., la Banca Centrale Europea ha accertato l'esistenza di cc.dd. "operazioni bacciate" per non meno di un miliardo di Euro.

dell'art. 2358 c.c.¹¹), sicché molti clienti, a seguito della emersione del predetto scandalo, hanno agito¹², davanti al Tribunale di Venezia¹³, per ottenere, tra l'altro, l'accertamento negativo dei crediti degli istituti di credito derivanti dalla stipulazione delle operazioni in discorso.

Nelle more dei giudizi, tuttavia, con decreti del 25 giugno 2017, n. 185 e n. 186, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha disposto, su proposta della Banca d'Italia, la sottoposizione di entrambi gli istituti di credito alla procedura di l.c.a., ai sensi dell'art. 80, comma 1, T.U.B.¹⁴ e dell'art. 2, comma 1, lett. a), del d.l. 25 giugno 2017 n. 99¹⁵.

¹¹ Così come, in effetti, affermato dal Tribunale di Venezia, sia in sede cautelare (v. le ordinanze del 29 aprile 2016, in *www.dirittobancario.it*, e del 15 giugno 2016, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1650 ss., con nota adesiva di CUSUMANO, *Le banche popolari e l'assistenza finanziaria finalizzata all'acquisto o alla sottoscrizione delle azioni: c'è un giudice a Venezia*), sia in sede di merito (v. le sentenze n. 1758 e n. 1760 del 29 luglio 2019, entrambe in *www.dirittobancario.it*). Per completezza, deve essere precisato che i precedenti appena richiamati non si sono espressi con riferimento al fatto che la nullità investa anche gli acquisti di obbligazioni convertibili (oltre che di azioni) posti in essere nell'ambito di cc.dd. "operazioni bacciate": a me, peraltro, pare innegabile che sia così, dal momento che la medesima esigenza di tutelare l'effettività del capitale sociale, sottesa all'art. 2358 c.c. (così come all'art. 2357-*quater* c.c.), sussiste tanto nel caso in cui l'assistenza finanziaria sia volta a consentire ai "finanziati" l'acquisto/sottoscrizione di azioni della società finanziatrice, quanto nel caso in cui sia volta a consentire l'acquisto/sottoscrizione di obbligazioni convertibili in azioni della società medesima (in questo senso, v. CAMPOBASSO, *Le obbligazioni*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1988, p. 448). Ciò, tenuto anche conto del fatto che – come, del resto, espressamente riconosciuto dai Principi Contabili Internazionali (IAS 32, § 29) – le obbligazioni convertibili sono qualificate, agli effetti del trattamento contabile, come «strumenti finanziari composti», in quanto corrispondenti, da un lato, ad una passività finanziaria e, dall'altro lato, ad una componente di patrimonio netto: il che, ne impone una separata rappresentazione in bilancio, nel senso che la componente di passività finanziaria comporta l'iscrizione tra le passività, mentre la componente di patrimonio netto comporta l'iscrizione in una apposita riserva di patrimonio netto (v. CARATOZZOLO, *Principi contabili internazionali (dir. comm. e trib.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, 2007, ad *vocem*; CELENZA, *L'esposizione in bilancio degli strumenti finanziari secondo il modello IAS - IFRS*, Roma, 2006, p. 78; PICOLLI, *Principi contabili internazionali IAS 32, Strumenti finanziari: esposizione nel bilancio e informazione integrativa*, Milano, 1996, p. 105).

¹² Anche al fine di prevenire l'iniziativa degli istituti di credito volta ad ottenere il rimborso dei finanziamenti concessi ai clienti medesimi nell'ambito delle cc.dd. "operazioni bacciate".

¹³ In particolare, davanti alla Sezione Specializzata in materia di Impresa del medesimo Tribunale, competente a decidere, ai sensi dell'art. 3 del D.lgs., 17 giugno 2003, n. 168 (così come novellato dall'art. 2, comma 1, lettera d, del D.l., 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con l., 24 marzo 2012, n. 27), sulle «cause e i procedimenti...b) relativi al trasferimento delle partecipazioni sociali o ad ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti» nonché sulle «cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli» di cui sopra.

¹⁴ D.lgs., 1 settembre 1993, n. 385.

¹⁵ Denominato «Disposizioni urgenti per la liquidazione coatta amministrativa di Banca Popolare di Vicenza S.p.A. e di Veneto Banca S.p.A.» (c.d. "Decreto salva banche venete"), pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 25 giugno 2017 e convertito, con

A seguito della sottoposizione degli istituti di credito a l.c.a., con conseguente interruzione¹⁶ dei giudizi in cui essi erano convenuti, i clienti (attori) hanno, perlopiù, provveduto a riassumerli nei confronti delle due procedure, in persona dei commissari liquidatori, i quali, costituendosi, hanno eccepito la improcedibilità, ai sensi dell'art. 83, comma 3, T.U.B., di tutte le domande proposte dai clienti, incluse quelle, sopra descritte, di accertamento negativo.

In particolare, i commissari liquidatori di entrambi gli istituti di credito hanno dedotto che, in forza dell'art. 83, comma 3, T.U.B., la società in l.c.a. dovrebbe considerarsi, sostanzialmente, immune da qualsivoglia azione, anche se di mero accertamento negativo; inoltre, i commissari liquidatori

modificazioni, dalla l., 31 luglio 2017, n. 121. Con riferimento al provvedimento in esame, v.: CECCHINATO, *Quale destino per le cause proposte contro le due popolari venete?*, in *Società*, 2017, p. 1135 ss.; DOLMETTA - MALVAGNA, «*Banche venete*» e problemi civilistici di lettura costituzionale del decreto legge n. 99/2017, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 1 ss.; FRISONE, *Banche venete: ecco le scadenze per chiedere i rimborsi*, ne *IlSole24Ore*, 26 luglio 2017.

¹⁶ Si dovrebbe trattare di interruzione "automatica" ai sensi dell'art. 43, comma 3, l. fall., il quale deve ritenersi applicabile anche in caso di l.c.a., pur non essendo espressamente menzionato tra le norme, dettate per il fallimento, che, ai sensi degli artt. 200 e 201 l. fall., trovano applicazione anche in caso di l.c.a., non essendovi alcuna valida ragione per addivenire ad una soluzione differente e, anzi, rispondendo queste norme a necessità comuni tanto al fallimento, quanto alla l.c.a.. In questo senso, v. NIGRO - VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Torino, 2009, p. 409, i quali sottolineano che, essendo stato introdotto a «*tutela degli interessi ultraindividuali*», il terzo comma dell'art. 43 l. fall. non può che trovare applicazione, a maggior ragione, anche in caso di l.c.a., «*ove l'interesse pubblico perseguito può ben giustificare la compressione della tutela dell'interesse (privato) della controparte processuale dell'ente ad essa sottoposto*». A medesime conclusioni pervengono: CONSOLO - MURONI, *Amministrazione straordinaria e termine a quo dell'interruzione del processo e per la sua riassunzione*, in *Fall.*, 2009, pp. 963-965; BELLÉ, *Sub art. 200*, ne *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di Ferro, Padova, 2007, p. 1563; TURRONI, *Liquidazione coatta amministrativa invalida, fallimento invalido e processi pendenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1547 e nota 5; CECCHINATO, *op. cit.*, p. 1138; COLANERI, *Gli organi della liquidazione coatta amministrativa. Funzioni e poteri*, in Ghia - Piccinini - Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. V, *L'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa*, Torino, 2011, pp. 642-643. Quanto alla giurisprudenza, nel medesimo senso, v.: Trib. Verona, 7 luglio 2017, in *Redaz. Giuffrè*, 2017; App. Potenza, 26 gennaio 2016, in *Pluris. Contra*, nel senso, cioè, che troverebbero applicazione (non l'art. 43, comma 3, l. fall., bensì) le ordinarie disposizioni del c.p.c. in materia di interruzione, v.: Trib. Arezzo, 16 giugno 2014, n. 593, in *Guida al dir.*, 2015, 2, p. 70 ss.; Trib. Milano, 11 maggio 2015, n. 5876, in *Società*, 2015, p. 1132 ss., ed in *Giur. it.*, 2016, p. 89 ss.. Resta da aggiungere, per completezza, che il contenuto degli artt. 200 e 201 l. fall. è stato trasfuso, rispettivamente, negli artt. 304 e 305 del nuovo «*Codice della crisi e dell'insolvenza*»: ovviamente, i richiami alle norme della l. fall. sono stati sostituiti con i richiami alle analoghe disposizioni del nuovo codice; mentre il contenuto dei primi tre commi dell'art. 43 l. fall. è stato trasfuso, senza modifiche sostanziali, all'interno dell'art. 143 del medesimo codice (è stato, però, precisato che il «*termine per la riassunzione del processo interrotto decorre da quando l'interruzione viene dichiarata dal giudice*» ed espunto qualsivoglia riferimento al contenuto del quarto comma dell'art. 43 l. fall.).

della sola Banca Popolare di Vicenza S.p.A. in l.c.a. hanno dedotto pure che, sempre in forza della predetta norma, si sarebbe prodotta una sorta di “incompetenza sopravvenuta” del Tribunale di Venezia, in favore di quello di Vicenza (quale «*tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale*»).

I clienti, dal canto loro, hanno insistito per la procedibilità delle azioni di accertamento negativo da essi proposte perché destinate non ad incidere sul passivo delle due procedure, bensì, semplicemente, ad ottenere la loro “liberazione” dalle pretese che gli istituti di credito avrebbero, altrimenti, potuto avanzare nei loro confronti per il rimborso dei finanziamenti (utilizzati per l’acquisto e la sottoscrizione dei titoli emessi dagli istituti medesimi, il cui valore, peraltro, si era, nel frattempo, ormai azzerato).

Il Tribunale di Venezia, come meglio si vedrà qui di seguito, con le sentenze qui commentate (di contenuto simile, ancorché non perfettamente sovrapponibile), ha, sostanzialmente, aderito alla tesi dei clienti, dichiarando procedibili le domande di accertamento negativo e, al contempo, improcedibili quelle di condanna.

2. – La prima questione, che viene affrontata, e risolta, dal Tribunale di Venezia nelle sentenze qui commentate, riguarda l’interpretazione dell’art. 83, comma 3, T.U.B., con particolare riferimento alla portata ed alla estensione del divieto di proporre o proseguire azioni nei confronti dell’istituto di credito in l.c.a.

Il punto controverso è il seguente: il divieto previsto dalla norma in esame per la l.c.a. “bancaria” ha la medesima estensione di quello, desumibile dagli artt. 52¹⁷ e 92 ss.¹⁸ l. fall., che opera con riferimento a tutti gli altri soggetti fallibili (incluse le società sottoposte ad l.c.a. “comune”), come sostenuto dai clienti, oppure ha un’estensione più ampia, come, invece, sostenuto dai commissari liquidatori?

Si tratta di una questione, all’evidenza, assolutamente dirimente, dal momento che, aderendo alla tesi sostenuta dai clienti e facendo, così, applicazione dei principi generali che regolano la materia concorsuale, ben difficilmente si potrebbero considerare improcedibili le domande di accertamento negativo, essendo queste inidonee ad incidere sulla formazione dello stato passivo e sulla *par condicio creditorum* (domande c.d. non “*debt sensitive*”); al contrario, aderendo alla tesi sostenuta dai commissari liquidatori, secondo la quale l’art. 83, comma 3, T.U.B.

¹⁷ Il cui contenuto è stato trasfuso, senza sostanziali modifiche, nell’art. 151 del nuovo «*Codice della crisi e dell’insolvenza*».

¹⁸ Il cui contenuto è stato trasfuso, senza sostanziali modifiche, negli artt. 200 ss. del nuovo «*Codice della crisi e dell’insolvenza*».

introdurrebbe una sorta di “immunità” assoluta dell’istituto di credito in l.c.a. rispetto a qualsivoglia iniziativa giudiziale, indipendentemente dal *petitum*, la improcedibilità (anche) delle domande in discorso discenderebbe *de plano*.

Il dubbio sorge dalla formulazione dell’art. 83, comma 3, T.U.B., il quale prevede che *«contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3, né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare. Per le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo in cui la banca ha il centro degli interessi principali»*.

Ed infatti, mentre la seconda parte del primo inciso¹⁹ riprende la formulazione dell’art. 51 l. fall.²⁰ ed il secondo inciso²¹ riprende la formulazione dell’art. 24 l. fall.²², sicché non sorgono particolari questioni interpretative, la prima parte del primo inciso non trova, invece, alcun riscontro nella legge fallimentare: è legittimo, pertanto, chiedersi se, con quest’ultimo inciso, il legislatore abbia inteso semplicemente ribadire – ancorché con formulazione, sia consentito, non particolarmente “felice” – il principio contenuto nell’art. 52 l. fall.²³ o se, invece, abbia inteso dire qualcosa di più e/o di diverso.

Il Tribunale di Venezia – solo apparentemente discostandosi da quanto deciso dal Tribunale di Vicenza²⁴ – ha aderito alla tesi, già sostenuta da una

¹⁹ *«né, per qualsiasi titolo, può essere parimenti promosso né proseguito alcun atto di esecuzione forzata o cautelare»*.

²⁰ *«dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento»*. La medesima previsione è stata trasfusa, senza sostanziali modifiche, nell’art. 150 del nuovo «Codice della crisi e dell’insolvenza».

²¹ *«[p]er le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo in cui la banca ha il centro degli interessi principali.»*

²² *«[i]l tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore»*. La medesima previsione è stata trasfusa, senza sostanziali modifiche, nell’art. 32, comma 1, del nuovo «Codice della crisi e dell’insolvenza».

²³ Il quale, come noto, prevede che *«[i]l fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito»* (comma 1) e che, pertanto, *«[o]gni credito, anche se munito di prelazione o trattato ai sensi dell’articolo 111, primo comma, n. 1, nonché ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare, deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni di legge»* (comma 2).

²⁴ Quest’ultimo, infatti, con le già ricordate sentenze n. 951 del 30 aprile 2019 e n. 1066 del 9 maggio 2019, sembra prendere le mosse dalla “specialità” (e dalla diversità) della disciplina dettata dall’art. 83, comma 3, T.U.B. rispetto a quella dettata dalla legge fallimentare: nella sentenza n. 1066/2019, ad esempio, viene enfatizzato (sottolineandolo nel testo) il passaggio *«alcuna azione»* dell’art. 83, comma 3, T.U.B., aggiungendo che il *«disposto normativo è chiaro e sancisce il principio per cui*

parte della dottrina²⁵, secondo cui il divieto di avviare (o proseguire) azioni contro l'istituto di credito in l.c.a. va incontro agli stessi limiti previsti dalla legge fallimentare per il fallimento (e per la l.c.a. "comune")²⁶, osservando, in particolare, che la prima parte dell'art. 83, comma 3, T.U.B. non fa altro che «ricalca[re] il disposto dell'art. 52 l. fall., nella parte in cui prevede che ogni credito e ogni diritto reale o personale, mobiliare o immobiliare deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V – ovvero le norme che disciplinano l'accertamento del passivo → della medesima legge fallimentare (artt. 92 ss.) e risulta, dunque, espressione del «principio generale comune a tutte le procedure concorsuali in forza del quale la massa attiva dev'essere ripartita secondo le regole del concorso e ad opera degli organi della procedura»²⁷.

Il principio in esame, del resto, come pure sottolineato in due delle sentenze qui commentate²⁸, è posto a base anche dell'art. 209 l. fall., il quale con riferimento alla l.c.a. "comune" – ma, evidentemente, secondo il Tribunale di Venezia non vi è ragione per distinguere tra questa forma di l.c.a. e quella "bancaria"²⁹ – prevede che la formazione dello stato passivo

qualsivoglia azione nei confronti di una banca assoggettata alla procedura di liquidazione coatta amministrativa – sia essa di condanna che di mero accertamento, siccome funzionale alla verifica di un inadempimento della banca stessa di cui si chiede il conseguente risarcimento – deve ritenersi preclusa con conseguente inammissibilità/improcedibilità dell'azione stessa». Tuttavia, poi, il medesimo Tribunale pone, quale punto cardine della motivazione, il richiamo al principio di diritto espresso da una sentenza della Suprema Corte (Cass., 20 marzo 2017, n. 7037, in *Guida al dir.*, 2017, 20, p. 88) pronunciata con riferimento ad un'ipotesi di l.c.a. "comune" e, quindi, disciplinata non dal T.U.B., bensì dalle ordinarie disposizioni della legge fallimentare. Pare, pertanto, che – seppure denunciando una evidente contraddittorietà nella motivazione – anche il Tribunale di Vicenza abbia ritenuto di fare applicazione (ancorché non condivisibile, come si vedrà al successivo § 3.) dei principi generali contenuti nella legge fallimentare, implicitamente ritenendoli, quindi, applicabili pure in caso di l.c.a. "bancaria".

²⁵ In questo senso, tra gli altri, v.: STELLA, *Crisi bancarie e tutela giurisdizionale. Studio sulla tutela dei diritti nel sistema del D.lgs. 180/2015 e del D.l. 99/2017 cd. «Banche Venete»*, Canterano, 2018, p. 136 ss.; Id., *Gli effetti della liquidazione coatta degli istituti bancari sui processi pendenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 704 ss.; CECCHINATO, *op. cit.*, p. 1138 ss.. Nel medesimo senso, se si vuole, si v. anche DI GIROLAMO, *L'impatto dell'art. 43, comma 3, l.f. sui procedimenti arbitrali pendenti: alcune riflessioni alla luce del c.d. "Decreto salva Banche Venete"*, in *Riv. arb.*, 2018, pp. 779-781. *Contra*, v.: GIORGIANNI - TARIDVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Milano, 2012, p. 300; ARMELI, *Il procedimento di liquidazione coatta bancaria*, Milano, 2014, p. 202 ss.; COSTI, *L'ordinamento bancario*, Torino, 2007, p. 812.

²⁶ Nel medesimo senso, v. Trib. Genova, 5 luglio 2017, in *Società*, 2017, p. 1132 ss., che ha ritenuto di fare applicazione, anche in caso di l.c.a. "bancaria", delle norme dettate dalla legge fallimentare con riferimento alla l.c.a. "comune".

²⁷ Così la sentenza n. 1259/2019 ma le medesime considerazioni si rinvergono anche nelle altre sentenze qui commentate.

²⁸ V., in particolare, le sentenze n. 1202 e n. 1546 del 4 giugno 2019.

²⁹ Tanto che lo stesso Tribunale, nelle sentenze appena richiamate, precisa che trattasi di «norma generale sulla liquidazione coatta amministrativa».

deve svolgersi davanti ai commissari liquidatori, con la conseguenza che tutte (e solo) le pretese creditorie avanzate, prima della apertura della procedura, davanti all'autorità giudiziaria ordinaria non possono che essere dichiarate improcedibili³⁰.

Si tratta di soluzione ineccepibile sotto il profilo giuridico e coerente con la *ratio* sottesa al divieto di proporre o proseguire azioni giudiziarie contenuto nella prima parte dell'art. 83, comma 3, T.U.B., che è quella di assicurare il rispetto della *par condicio creditorum*³¹: con la conseguenza che questo divieto è destinato a trovare applicazione solo ed esclusivamente ove le azioni risultino, effettivamente, idonee ad incidere su tale *par condicio* e, quindi, siano volte ad ottenere la condanna del debitore (in l.c.a.) a corrispondere importi di denaro o a restituire beni; tali domande, infatti, dovranno essere necessariamente (ri)proposte, in sede concorsuale/amministrativa, secondo le forme dell'accertamento del passivo³².

Del resto, a conferma di quanto precede, non si può non considerare, sul piano testuale, che è vero che l'art. 83, comma 3, T.U.B. prevede – con formulazione, peraltro, tutt'altro che ineccepibile³³ – che «non può essere promossa né proseguita alcuna azione», tuttavia, subito dopo, la medesima norma ha cura di precisare che ciò vale «salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3» e, cioè, salvo quanto previsto dalle norme che disciplinano, sostanzialmente, la fase di opposizione allo stato passivo nella

³⁰ In particolare, nelle sentenze n. 1202/2019 e n. 1546/2019 si trova scritto che la soluzione accolta trova puntuale conferma nella previsione di cui all'art. 209 l. fall., dettata con riferimento alla l.c.a. "comune", in forza della quale «le pretese creditorie avanzate innanzi al Tribunale ordinario nei confronti di una società che nel corso del giudizio viene posta in liquidazione coatta amministrativa devono essere dichiarate improseguibili, dal momento che tutti i suoi creditori, senza eccezione alcuna, devono sottostare alla procedura di verifica dei crediti di cui alla predetta norma, dinanzi quindi al Commissario Liquidatore nella fase di formazione dello stato passivo».

³¹ In questo senso, v. STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 147 ss., al quale si rimanda anche per una efficace critica degli orientamenti dottrinali che ricostruiscono in termini differenti la *ratio* della norma in esame.

³² Va precisato che, nella l.c.a., l'accertamento del passivo si articola in due fasi: la prima, di natura amministrativa, ha carattere necessario, si avvia con l'invio delle comunicazioni ai creditori e si conclude con la formazione ed il deposito dell'elenco dei creditori (art. 86 T.U.B.); la seconda, di natura giurisdizionale, ha carattere eventuale ed ha ad oggetto le opposizioni allo stato passivo (artt. 87 ed 88 T.U.B.). Sul punto, v. STASI, *La liquidazione coatta amministrativa*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, tomo III, Torino, 2016, p. 3983.

³³ Osserva STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 153, nota 52 (nonché ID., *Gli effetti*, cit., p. 707, nota 13), che l'«art. 83 tub...non brilla certo per tecnica redazionale e vocazione sistematica. Trattasi di disposizione 'raccogliatrice', che attinge qua e là alla disciplina della procedura concorsuale comune», con la conseguenza che «[o]ccorre dunque stare in guardia, e non assecondarne troppo quelle vaghezze espressive».

l.c.a. “bancaria”³⁴. Non solo, ma deve pure essere considerato che – in forza del richiamo contenuto nell’art. 83, comma 2, T.U.B. – alla l.c.a. “bancaria” si applica anche l’art. 72, comma 5, l. fall.³⁵, il quale, come noto, prevede che l’azione di risoluzione del contratto, proposta nei confronti del debitore poi dichiarato fallito nelle more del giudizio, resta procedibile e la relativa sentenza risulta opponibile al curatore³⁶, salva la necessità di procedere secondo le forme dell’accertamento del passivo ove il contraente *in bonis* intenda «ottenere con la pronuncia di risoluzione la restituzione di una somma o di un bene, ovvero il risarcimento del danno»³⁷ e, dunque, statuizioni idonee ad incidere sul passivo concorsuale: indice ulteriore, questo, del fatto che lo stesso T.U.B. prevede che talune azioni restino procedibili nonostante la sottoposizione a l.c.a. dell’istituto di credito (purché, ovviamente, non si tratti di azioni c.d. “*debt sensitive*”).

Ne discende che, a ben vedere, lo stesso legislatore del T.U.B.: innanzitutto, non ha introdotto, per la l.c.a. “bancaria”, una sorta di “immunità” assoluta da qualsivoglia iniziativa giudiziaria, tanto che ha espressamente previsto che talune azioni (quelle di cui agli artt. 87, 88, 89 e 92, comma 3, T.U.B., nonché quella di cui all’art. 72, comma 5, l. fall.) restino, pacificamente, proponibili e/o procedibili³⁸; inoltre, ha istituito un collegamento chiaro ed inequivocabile tra il divieto di promuovere o proseguire azioni nei confronti della l.c.a. e la fase di accertamento del

³⁴ In particolare: l’art. 87 T.U.B. disciplina le «*Opposizioni allo stato passivo*»; l’art. 88 T.U.B. disciplina la «*Esecutività delle sentenze*» rese in sede di opposizione allo stato passivo; l’art. 89 e l’art. 92, comma 3, T.U.B., nel disciplinare, rispettivamente, le «*Insinuazioni tardive*» e le contestazioni dei creditori avverso gli «*Adempimenti finali*» dei commissari liquidatori, fanno, pur sempre, richiamo alle forme e alle modalità previste, dagli artt. 87 e 88 T.U.B., per le opposizioni allo stato passivo.

³⁵ Con riferimento alle implicazioni derivanti dall’applicazione del principio espresso dalla norma in esame, soprattutto quanto ai rapporti tra le domande che restano procedibili e quelle che, invece, devono essere riproposte in sede concorsuale, tra gli altri, v.: STAUNOVO POLACCO, *Sul rapporto tra verifica del passivo e giudizi pendenti su domande pregiudiziali all’accertamento dei crediti*, in *www.ilcaso.it*, 31 gennaio 2017, p. 1 ss.; ID., *Trasmigrazione dell’azione di risoluzione nella verifica del passivo. Osservazioni a Trib. Torino 17 maggio 2014*, in *Fallimento*, 2015, p. 350 ss.; MONTANARI, *Fallimento e azioni pendenti dei creditori nel sistema uscito dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2015, I, p. 94 ss.; GUGLIELMUCCI, *Sub art. 72, ne Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, p. 1129 ss.; FIENGO, *Sub art. 72, in Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, p. 358.

³⁶ Argomento, questo, valorizzato anche dal Tribunale di Venezia nelle sentenze n. 1202/2019 e n. 1546/2019, qui commentate.

³⁷ La medesima previsione è stata trasfusa, senza sostanziali modifiche, nell’art. 172, comma 5, del nuovo «*Codice della crisi e dell’insolvenza*»

³⁸ In questo senso, v.: STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 149; CECCHINATO, *op. cit.*, 1138.

passivo, in perfetta coerenza con quanto previsto dall'art. 52 l. fall., il quale, pure, fa espressamente rinvio alle norme sull'opposizione allo (oltre che sull'accertamento dello) stato passivo (artt. 92 ss. l. fall.)³⁹.

In altri termini, appare evidente, anche alla luce di questi ultimi rilievi sul piano testuale, che il legislatore del T.U.B., lungi dal volere introdurre, per la sola l.c.a. "bancaria", una disciplina manifestamente derogatoria rispetto ai principi generali che regolano l'ordinamento concorsuale, si è limitato a prevedere, questa volta in modo espresso, il divieto che, dall'art. 52 l. fall., si può, invece, solo dedurre: scelta, questa, peraltro comprensibile, stante la rilevanza del settore bancario nell'economia nazionale⁴⁰, e, inoltre, probabilmente dovuta anche a particolari contingenze storiche⁴¹. A questo proposito, deve pure essere considerato che non risulta – quantomeno, dalla lettura delle sentenze qui commentate – che i commissari liquidatori abbiano

³⁹ Osserva, in particolare, CECCHINATO, *op. cit.*, 1138, che «il fatto che l'art. 83 T.U.B., nel dichiarare la regola dell'improcedibilità, ritenga di dovere formulare un'eccezione espressa per le azioni previste dagli artt. 87 (opposizione allo stato passivo), 88 (esecutività della sentenza pronunciata sull'opposizione), 89 (insinuazioni tardive di crediti) e 92, comma 3 (opposizione al piano di riparto), dimostra che quella regola di improcedibilità apparentemente assoluta è in realtà stata pensata per le azioni che possono dirsi debt sensitive, ossia suscettibili di incidere (in via di condanna diretta o di accertamento funzionale all'insinuazione di un credito) sullo stato passivo, non diversamente da quanto accade nella procedura di fallimento o di liquidazione amministrativa ordinaria».

⁴⁰ Si può, cioè, ipotizzare che, visto il rilievo centrale dei principi di cui agli artt. 51 e 52 l. fall., anche (e, forse, soprattutto, vista la delicatezza della materia bancaria) nell'ambito della l.c.a. disciplinata dal T.U.B., il legislatore non abbia ritenuto sufficiente il mero (e generico) rinvio, contenuto nell'art. 83, comma 2, T.U.B., all'applicabilità (anche) delle «disposizioni del titolo II, capo III, sezione II [...] della legge fallimentare», ma abbia preferito "ribadire", con una disposizione *ad hoc* (contenuta al terzo comma del medesimo articolo), il principio della ineludibilità delle forme dettate per l'accertamento del passivo (art. 52 l. fall.) e del divieto di azioni esecutive e cautelari individuali (art. 51 l. fall.). Come si è detto, però, le apprezzabili e condivisibili finalità che sembrano aver indotto il legislatore ad introdurre il comma in esame non si sono tradotte in una altrettanto apprezzabile formulazione della norma.

⁴¹ A questo proposito, v. STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 151 ss.; ID., *Gli effetti*, cit., p. 704 ss., il quale osserva come l'attuale formulazione dell'art. 83, comma 3, T.U.B. potrebbe essere la "reazione" del legislatore ad una nota pronuncia della Suprema Corte (si tratta della sentenza n. 61 del 27 gennaio 1945, in *Giur. it.*, 1945, I, c. 123 ss.), mediante la quale quest'ultima ha ritenuto, a conclusione di una intricata vicenda giudiziale, che la sottoposizione dell'istituto di credito a l.c.a. non fosse impeditiva dell'accoglimento di domande «di carattere dichiarativo», volte, cioè, «all'accertamento giudiziale di un credito e alla relativa declaratoria, posto che l'accertamento di un diritto controverso costituisce un indispensabile presupposto di quella possibile realizzazione che lo stato di liquidazione non può, per principio, precludere»: con il rischio, quindi, evidentemente ravvisato dal legislatore, che, con tale decisione, si aprisse il varco alla possibilità che il creditore, ottenuto l'accertamento del credito in sede giudiziale ordinaria, se ne avvallesse (quale presupposto, così aggirando l'accertamento del credito in sede di formazione dello stato passivo) ai fini della «realizzazione» in sede concorsuale.

indicato quale sarebbe la *ratio* che giustificerebbe, per la sola l.c.a. “bancaria”, una deroga così macroscopica dei predetti principi, né riesce agevole anche solo ipotizzare una simile *ratio*: con il che, risulta, ulteriormente, confermato che i principi medesimi non possono che trovare applicazione anche nel caso qui preso in esame.

Resta da aggiungere, per completezza, che il Tribunale di Venezia ha dato continuità all’orientamento già espresso dalla giurisprudenza⁴², soprattutto in ambito giuslavoristico, la quale ha respinto la tesi della “immunità” assoluta della l.c.a. “bancaria” ed ha affermato che divengono inammissibili o improcedibili le sole domande volte ad ottenere la condanna dell’istituto di credito in l.c.a. al pagamento di somme di denaro e/o alla restituzione di beni, mentre restano ammissibili o procedibili⁴³ tutte le altre domande, come quelle di mero accertamento, dichiarative oppure costitutive⁴⁴.

⁴² Sul punto, v. Trib. Genova, 5 luglio 2017, in *Società*, 2017, p. 1132 ss., il quale ha ritenuto di fare applicazione, anche in caso di l.c.a. “bancaria”, delle norme dettate dalla legge fallimentare con riferimento alla l.c.a. “comune”. Nel medesimo senso, la Suprema Corte ha statuito che, pure in caso di l.c.a. “bancaria”, deve trovare applicazione il principio «*affermato da consolidata giurisprudenza secondo cui, in caso di sottoposizione del convenuto a liquidazione coatta amministrativa [“ordinaria”, ossia quella disciplinata dagli artt. 194 ss. della l. fall., ndr], la temporanea improponibilità o improseguibilità afferisce alle sole azioni di condanna, non anche a quelle di accertamento*» (Cass., 22 agosto 2011, n. 17443, in *Banca dati DeJure*), con la conseguenza che «*[r]estano pertanto escluse dalla vis attrattiva della liquidazione [coatta amministrativa] le azioni di nullità dei contratti, stipulati dall’imprenditore in bonis*», dal momento che la «*improcedibilità temporanea delle azioni giudiziarie nei confronti dell’impresa, poi sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, non riguarda tutte le azioni proposte contro l’impresa [allorché si trovava in bonis], ma solo quelle espressamente indicate dal menzionato art. 207 legge fallimentare, perché rilevanti ai fini della formazione dello stato passivo, da effettuarsi in sede amministrativa*» (Cass., 7 marzo 2000, n. 2541, in *Fallimento*, 2001, p. 35 ss.).

⁴³ Previa, ovviamente, riassunzione nei confronti dei commissari liquidatori.

⁴⁴ Sul punto, si rimanda ad una recente pronuncia della Corte di cassazione, la quale, facendo richiamo a numerosi precedenti, sottolinea che, «*nel caso di sottoposizione dell’impresa a liquidazione coatta amministrativa, la separazione, ai fini della competenza giurisdizionale, tra le pronunzie di accertamento o costitutive e quelle di condanna pecuniaria è frutto del principio per il quale la temporanea improponibilità o improseguibilità afferisce solo alle azioni di condanna*», con la conseguenza che «*in caso di sottoposizione della società datrice di lavoro – anche se si tratta di impresa bancaria, per la quale la materia è disciplinata dall’art. 83 e ss. T.U.B. – a liquidazione coatta amministrativa [...] – mentre le azioni del lavoratore dirette ad ottenere una condanna pecuniaria della datrice di lavoro (anche se accompagnate da domande di accertamento o costitutive aventi funzione strumentale) divengono improponibili o improseguibili temporaneamente (ossia per la durata della procedura amministrativa di liquidazione), invece devono essere proposte o proseguite davanti al giudice del lavoro le azioni del lavoratore non aventi ad oggetto la condanna al pagamento di una somma di denaro, come quelle di mero accertamento o dichiarative [...] oppure le azioni costitutive, come ad esempio quelle tendenti alla dichiarazione di illegittimità del licenziamento e/o alla reintegrazione nel posto di lavoro*». Ciò, dal momento che «*nella liquidazione coatta amministrativa [...] opera il principio per cui tutti i crediti verso l’imprenditore insolvente, ivi compresi quelli prededucibili, vanno fatti valere e devono essere accertati secondo le norme che ne disciplinano il concorso*» (Cass., 19

Del resto, come osservato dalla Suprema Corte, una soluzione differente risulterebbe insostenibile sotto il profilo giuridico, poiché comporterebbe «una sorta di immunità assoluta della liquidazione coatta da ogni azione giudiziale che non si innesti in procedimenti propri del rito concorsuale, di tal che, in pendenza della procedura nessuna azione potrebbe essere iniziata o proseguita se non seguendo il rito speciale»⁴⁵ e, quindi, finirebbe per ingenerare una disparità di trattamento fra controparti di una società sottoposta a fallimento oppure a l.c.a. “comune”, da un parte, e controparti di un istituto di credito sottoposto a l.c.a. “bancaria”, dall’altra parte. Disparità di trattamento che risulterebbe ben difficilmente compatibile con il dettato costituzionale e, in particolare, con gli artt. 3⁴⁶, 24⁴⁷ e 111, commi 1 e 2⁴⁸,

giugno 2017, n. 15066, in *Guida al dir.*, 2017, 35-36, p. 30 ss.. Nel medesimo senso, v.: Cass., 10 dicembre 2002, n. 17557, in *Fall.*, 2003, p. 1274 ss.; Cass., 21 novembre 2000, n. 14998, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, p. 383 ss.). Alla sentenza n. 17557/2002, appena richiamata, fa riferimento, proprio avuto riguardo alla procedibilità delle domande di accertamento negativo proposte contro le “Banche venete”, anche la dottrina (in questo senso, v. CECCHINATO, *op. cit.*, 1138).

⁴⁵ Cass., 10 dicembre 2002, n. 17557, cit.

⁴⁶ Dal momento che la norma di riferimento istituirebbe una evidente disparità di trattamento – assolutamente ingiustificata ed ingiustificabile – tra soggetti che si trovano nella medesima situazione, ossia tra coloro che intendono ottenere una pronuncia di accertamento negativo (o, comunque, far valere una pretesa non *debt sensitive*) nei confronti di un soggetto sottoposto a l.c.a. “bancaria” (nel qual caso, soltanto, trova applicazione l’art. 83, comma 3, T.U.B.), da un lato, e coloro che intendono ottenere la medesima pronuncia nei confronti di qualsiasi altro soggetto sottoposto a l.c.a. “ordinaria” oppure ad altra procedura concorsuale che preveda una fase di accertamento del passivo, dall’altro lato.

⁴⁷ Dal momento che la norma di riferimento priverebbe il soggetto interessato del diritto di agire per la tutela dei propri diritti, impedendogli di ottenere una pronuncia di merito da parte del giudice dello Stato, senza, tuttavia, che l’ordinamento fornisca alcuno strumento di tutela alternativa: ed infatti, come si vedrà meglio al successivo § 3, la possibilità di chiedere l’ammissione al passivo della procedura non consente, comunque, al cliente di ottenere l’accertamento, con efficacia di giudicato, circa il fatto che la procedura non vanti alcun diritto di credito nei suoi confronti, lasciandolo esposto *sine die* alle pretese della procedura medesima.

⁴⁸ Dal momento che la norma di riferimento, innanzitutto, non consentirebbe lo svolgimento di un giusto processo e, comunque, ne impedirebbe la ragionevole durata: basti considerare che, nel caso di specie (quello, cioè, delle “Banche venete”), i clienti, a seguito della declaratoria di improcedibilità (e salva, ovviamente, l’impugnazione della sentenza di primo grado, che verrebbe pronunciata in rito), si troverebbero costretti ad attendere che la procedura assuma in sede giudiziaria un’iniziativa recuperatoria (dell’asserito credito) nei loro confronti, così da potere, (beninteso, soltanto) in quella sede, ricominciare il processo da capo al fine di ottenere una declaratoria circa la insussistenza di qualsivoglia credito della procedura nei loro confronti, peraltro senza neppure la possibilità di ottenere una pronuncia con effetti di giudicato (come si vedrà meglio al successivo § 3). Inoltre, la norma di riferimento non risulterebbe rispettosa del principio di parità delle armi perché impedirebbe alla parte *in bonis* di chiedere (e di ottenere, ove già richiesto in sede giudiziale) l’accertamento negativo di un credito della procedura, senza tuttavia precludere a quest’ultima di agire in giudizio nei confronti della parte *in bonis* al fine

Cost. (oltre che con l'art. 6 CEDU⁴⁹), così come, in effetti, rilevato dalla stessa giurisprudenza⁵⁰, oltre che dalla più attenta dottrina⁵¹.

di ottenere il pagamento di asseriti crediti (ancorché originati dal medesimo titolo sottostante alla domanda di accertamento negativo già proposta dalla parte *in bonis*).

⁴⁹ Il quale «*impone – al pari delle norme costituzionali interne [...] – al processo la funzione non solo di una 'qualsiasi' tutela giurisdizionale dei diritti, ma di una tutela giurisdizionale 'effettiva'*» (PASSANANTE, *Prova illecita (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 2017, p. 689, nt. 65)

⁵⁰ Cass., 19 giugno 2017, n. 15066, cit., in particolare, ha sottolineato che l'interpretazione della norma di cui all'art. 83, comma 3, T.U.B., nel senso di tenerla preclusiva di qualsiasi azione nei confronti della banca in l.c.a., «*risulta palesemente irragionevole e tale da comportare non solo una incomprensibile disparità di trattamento tra diverse categorie di lavoratori licenziati da società datrici di lavoro – nella specie da una impresa bancaria – sottoposte a liquidazione coatta amministrativa oppure ad amministrazione straordinaria, sicché essa, da questo punto di vista, si pone, in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. oltre che dell'art. 6 CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*», e, comunque, determina «*un ingiustificato allungamento dei tempi del processo*»: essa, inoltre, risulta «*contraria al principio di cui all'art. 24 Cost., anche per il profilo secondo cui tale norma costituzionale, da intendere nell'ambito del rispetto dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., comma 2, e in coerenza con l'art. 6 CEDU, comporta, specialmente per le controversie assoggettate al rito del lavoro, l'attribuzione di una maggiore rilevanza allo scopo del processo – costituito dalla tendente finalizzazione ad una decisione di merito – che impone di discostarsi da interpretazioni suscettibili di ledere il diritto di difesa della parte o che, comunque, risultino ispirate ad un eccessivo formalismo, tale da ostacolare il raggiungimento del suddetto scopo*». Pronuncia, quella in esame, che, come osservato dalla dottrina proprio con riferimento alla vicenda delle “Banche Venete”, rappresenta un «*[s]ignificativo monito del giudice di vertice, che avverte il rischio di responsabilità dello Stato per l'operato dei suoi giudici*” ove essi accolgano “*un'interpretazione troppo lata del divieto posto dall'art. 83, co. 3, tub*» (STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 155). Resta da aggiungere che, di diverso avviso, è il Tribunale di Vicenza, il quale, nella già richiamata sentenza n. 951/2019, pur senza fare alcun riferimento all'art. 3 Cost., afferma che la violazione degli artt. 24 e 111 Cost. dovrebbe essere esclusa perché «*nelle fasi di criticità (non tanto dei singoli rapporti giuridici individuali, bensì) del complessivo assetto dei rapporti economico-giuridici (di cui costituisce paradigmatico esempio la vicenda nota come c.d. 'crisi delle Popolari') proprio la declinazione in chiave concorsuale dei conflitti risulta la soluzione di maggiore garanzia, e di tendenziale parità (o quantomeno non disparità) di trattamento, al fine di vagliare le aspettative giuridiche di tutti e di ciascuno, ossia dei soggetti potenzialmente lesi nei propri diritti (patrimoniale e prima ancora personali)*»: tale affermazione, pur condivisibile in astratto, pare, nel caso di specie, inconferente, dal momento che le domande di accertamento negativo, come si è detto, non incidono sul passivo delle procedure e, pertanto, non vi è ragione alcuna per imporre ai consociati una (innegabile) compressione dei diritti di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost. (giustificabile, viceversa, solo allorché sia necessario tutelare il principio della *par condicio creditorum*).

⁵¹ È stato, in particolare, osservato che «*una ipotetica immunità dalla iurisdictione statale, quasi che la l.c.a. fosse da trattare alla stregua di uno Stato sovrano straniero, al riparo dal consuetudinario par in parem non habet iurisdictionem, opererebbe qui a senso unico, e senza alcuna reciprocità: cosa che risulterebbe in aperto contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. e con uno dei corollari dell'equo processo (art. 111, co. 2, Cost.), vale a dire con la parità delle armi (ché alla banca in l.c.a. non è affatto inibito di convenire in giudizio i terzi per far valere propri diritti)*» (STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 149). Non solo, ma è pure stato rilevato che, in caso di accoglimento della interpretazione secondo cui vi sarebbe una preclusione assoluta per la prosecuzione di qualsivoglia iniziativa giudiziaria nei confronti della l.c.a., «*l'art. 83 T.U.B. finirebbe per legittimare una disparità di trattamento*

3. – Una volta sgomberato il campo dalla interpretazione “onnicomprendensiva” del divieto, previsto dall’art. 83, comma 3, T.U.B., proposta dai commissari liquidatori, il Tribunale di Venezia ha potuto fare applicazione dei (noti e consolidati) principi che disciplinano la materia concorsuale e, più in generale, la fase di accertamento del passivo nell’ambito del fallimento⁵².

In particolare, il Tribunale ha, innanzitutto, affermato che – mentre, come è ovvio, la improcedibilità riguarda tutte le domande di condanna contro il debitore in procedura, in quanto idonee ad incidere sull’accertamento del passivo e, dunque, sulla *par condicio creditorum* – un distinguo si impone con riferimento a quelle dichiarative o di accertamento, che risultano improcedibili solo ove volte, in ultima analisi, a porre le premesse per l’accertamento di un diritto di credito nei confronti del debitore in procedura (*i.e.* ad ottenere un titolo da fare poi valere in sede concorsuale, aggirando, così, l’accertamento del passivo riservato agli organi della procedura).

Ma non basta, il Tribunale ha aggiunto che, anche ove le domande risultino inidonee ad incidere sull’accertamento del passivo, esse restano procedibili solo a condizione che il soggetto *in bonis* dimostri di avere un interesse, attuale e concreto, ad ottenere una pronuncia della quale, come si è detto, in ogni caso non si potrà avvalere in sede concorsuale.

Venendo alla fattispecie oggetto delle sentenze qui commentate e, cioè, alle domande di accertamento negativo proposte dai clienti nei confronti delle due “Banche venete”, esse, sempre a dire del Tribunale, restano – come, del resto, suggerito dalla più attenta dottrina⁵³ – procedibili perché: in primo luogo, non sono volte ad accertare l’esistenza di alcun credito nei

*fra controparti di una società in fallimento o in liquidazione amministrativa ordinaria e controparti di una impresa bancaria che apparirebbe alquanto irragionevole alla luce dello stesso art. 3 Cost.» (CECCHINATO, op. cit., p. 1138). Nel medesimo senso, sia consentito rinviare anche ad A.F. DI GIROLAMO, op. cit., pp. 779-780. Seri dubbi sulla costituzionalità della norma in esame, «per violazione del principio della parità di trattamento», sono stati avanzati anche da NIGRO, *La disciplina delle crisi bancarie: la liquidazione coatta amministrativa*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 148.*

⁵² Le sentenze n. 1202/2019 e n. 1546/2019, in particolare, osservano che l’«art. 83 comma 3 dunque esprime principi non dissimili da quelli stabiliti per il fallimento, e dunque, per questi aspetti, si farà richiamo a giurisprudenza anche afferente casi di fallimento». La sentenza n. 1259/2019, pur non prendendo espressamente posizione sul punto, ha, comunque, fatto richiamo, nel corso della motivazione, perlopiù a sentenze pronunciate in caso di fallimento, ritenendo, evidentemente, applicabili i medesimi principi.

⁵³ STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 136 ss.; ID., *Gli effetti*, cit., p. 704 ss.; CECCHINATO, op. cit., p. 1138 ss.

confronti degli istituti di credito sottoposti a l.c.a. (ma, al contrario, l'insussistenza di un credito di questi ultimi nei confronti dei clienti); in secondo luogo, sono sorrette da un interesse, concreto ed attuale, nei termini anzidetti.

Quanto al perdurante interesse dei clienti ad ottenere una pronuncia di merito, il Tribunale di Venezia lo ha ravvisato nel diritto di questi ultimi a vedersi liberati dai loro debiti, nei confronti degli istituti di credito in l.c.a., per il rimborso dei finanziamenti ottenuti in esecuzione delle cc.dd. "operazioni bacciate": interesse che, peraltro, non può essere soddisfatto per altra via, trattandosi di diritto la cui tutela in sede concorsuale è da escludere⁵⁴.

A me pare che quest'ultimo rilievo, ancorché formulato in termini sintetici nelle sentenze qui commentate, meriti di essere messo adeguatamente in risalto, giacché conferma come la soluzione accolta sia, in effetti, l'unica ammissibile, anche avuto riguardo al dettato costituzionale.

Come, infatti, osservato, proprio con riferimento alla vicenda delle "Banche venete", dalla più attenta dottrina, al fine di determinare quali domande restino, ai sensi dell'art. 83, comma 3, T.U.B., procedibili, si deve avere riguardo sì (ed innanzitutto) al rispetto del principio della *par condicio creditorum*, ma, allo stesso tempo, si deve tenere presente il «*requisito della fungibilità dei mezzi di tutela*»: nel senso, cioè, che, in tanto sarà ammissibile una compressione del diritto di azione, tutelato dall'art. 24 Cost., della parte *in bonis*, in ragione della sottoposizione dell'istituto di credito ad l.c.a., in quanto, a tutela del primo, «*la legge appronti rimedi almeno equipollenti sotto il profilo economico-funzionale*»⁵⁵.

E così, è certamente ammissibile la compressione del diritto di azione con riferimento alle domande di condanna proposte, nei confronti dell'istituto di credito poi posta in l.c.a., dal creditore *in bonis*, dal momento che quest'ultimo potrà vedere, comunque, tutelate le proprie ragioni mediante l'ammissione al passivo⁵⁶. Per contro, la compressione del diritto

⁵⁴ Le sentenze n. 1202/2019 e n. 1546/2019, in particolare, osservano che «[n]on può dunque essere negata la perseguibilità di quelle domande che mirano a tutelare diritti che non potrebbero trovare mai risposta, né positiva, né negativa, nell'ambito della procedura; per esempio, le domande di accertamento negativo del credito della procedura proposte dal soggetto che sia debitore della banca ormai in liquidazione in forza di titolo invalido, o risolto, e che ha interesse a vedersi liberato dal debito».

⁵⁵ STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 136 ss. (spec. pp. 153-154).

⁵⁶ In questo senso, v. STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 153, il quale osserva che «[c]ertamente domande giudiziali a *petitum* condannatorio e [aventi] ad oggetto diritti di credito nei confronti della banca in l.c.a., non potranno aspirare ad essere decise nel merito, perché esse ricadranno nel 'cuore' del divieto di prosecuzione di azioni giudiziali individuali eretto dall'art. 83, co. 3, tub. L'affermato creditore potrà infatti trovare un congruo surrogato

di azione è inammissibile in tutti i casi in cui l'ordinamento non preveda rimedi idonei a tutelare i diritti del soggetto *in bonis* in modo equivalente (quantomeno, sul piano economico-funzionale) rispetto alla tutela giurisdizionale: è questo il caso delle domande di accertamento negativo, dal momento che, avendo ad oggetto la verifica circa l'esistenza, o l'inesistenza, di un diritto di credito della procedura nei confronti della parte *in bonis* (e non viceversa), è da escludere che anch'esse possano trovare risposta in sede concorsuale e, segnatamente, in sede di accertamento del passivo⁵⁷.

Non solo, ma deve pure essere considerato che, anche ove mai la parte *in bonis* riuscisse a sollecitare e ad ottenere, da parte degli organi della procedura, un accertamento circa la inesistenza del credito, resterebbe, pur sempre, il fatto che tale accertamento, in quanto svolto in sede di accertamento del passivo e/o di opposizione allo stato passivo, avrebbe, pur sempre, efficacia meramente endoprocedimentale o endoconcorsuale – a maggior ragione, ove la “competenza” spetti (non già al giudice delegato, ossia ad un organo, comunque, esercente potestà giurisdizionale, bensì) ai commissari liquidatori (la cui attività è limitata all'ambito meramente amministrativo) – e, pertanto, risulterebbe, per sua natura, inidoneo a produrre effetti *erga omnes* o, comunque, estranei al concorso⁵⁸.

della tutela condannatoria nella insinuazione allo stato passivo formato dai commissari liquidatori».

⁵⁷ Osserva, in particolare, STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 154 ss. (nonché ID., *Gli effetti*, cit., p. 708 ss.), che restano procedibili le «azioni di accertamento negativo di diritti relativi, aventi ad oggetto un diritto di credito della banca, di cui l'attore chieda accertarsi l'inesistenza avendo egli interesse a vedersi liberato dall'obbligo verso la banca»: ciò, tenuto anche conto del fatto che la «coincidenza tra la posizione creditoria ed il ruolo di attore e, simmetricamente, tra la posizione debitoria ed il ruolo di convenuta in capo alla banca, scolpita dall'inequivoco incipit dell'art. 83, comma 3, tub ('contro la banca...non può...'), risulterà qui scompaginata. La res in iudicium deducta è una situazione giuridica di vantaggio facente capo alla banca, e dall'attore in a.n. [accertamento negativo, ndr] contestata mediante la deduzione di un fatto estintivo». Del resto, non può non essere considerato, come infatti considera l'A., che a «suffragio della procedibilità della azione di a.n. [accertamento negativo, ndr] appare decisiva la constatazione che il debitore non avrebbe alcun altro mezzo di tutela o di reazione possibile, in seno alla procedura di liquidazione coatta, per ottenere la certezza della sua liberazione dall'obbligo». L'A. aggiunge, infine, che parimenti procedibili restano «talune azioni di impugnativa negoziale di natura costitutivo-ablatoria», quali quelle di «annullamento, rescissione, risoluzione del contratto».

⁵⁸ Tanto è vero che l'art. 96, ultimo comma, l. fall. prevede espressamente che «[i] decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 99 [i.e. in sede di opposizione allo stato passivo], producono effetti soltanto ai fini del concorso». Sul punto, tra gli altri, v.: D'ORAZIO, *Sub art. 96*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da Cavallini, Milano, 2010, pp. 806 ss.; BOZZA, *Sub artt. 96-97*, ne *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna, 2006, pp. 1477 ss.; NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2009, pp. 209-210 (i quali, in particolare, sottolineano che «il decreto del giudice delegato ed il decreto del tribunale reso

Ne discende che – come è stato correttamente sottolineato dalla dottrina sopra richiamata – mai potrà esservi, con riferimento alle domande di accertamento negativo, equipollenza fra la tutela ottenuta davanti al giudice ordinario e la tutela ottenuta in sede di accertamento del passivo (tanto nella fase necessaria di natura amministrativa, quanto nella fase eventuale della opposizione, di natura giurisdizionale), dal momento che gli effetti degli accertamenti condotti in sede concorsuale sono destinati a restare confinati in tale ambito, impedendo, così, alla parte *in bonis* di avvalersene al di fuori del concorso.

Resta da aggiungere, per completezza, che neppure si potrebbe sostenere che la tutela dell'attore – il quale abbia proposto, prima della messa in procedura dell'istituto di credito, un'azione di accertamento negativo – potrebbe essere, comunque, assicurata, essendogli pur sempre consentito di eccepire l'invalidità del titolo allorché la procedura, una volta ottenuta la declaratoria di improcedibilità della predetta azione, agisse in giudizio per ottenere l'adempimento sulla base del titolo medesimo.

Ciò, innanzitutto, perché – come osservato dalla più attenta dottrina⁵⁹ – non pare ammissibile che la parte *in bonis*, che pure abbia agito contro l'istituto di credito poi posto in l.c.a., si veda esposta, potenzialmente *sine die*, al rischio di subire un'iniziativa recuperatoria da parte di quest'ultimo⁶⁰, con tutto quello che ne discende, anche sotto il profilo bilancistico, ove il creditore sia tenuto alla redazione del bilancio; inoltre, perché la parte *in*

a seguito di impugnazioni, pur avendo contenuto dichiarativo e decisivo e quindi natura sostanziale di sentenza, non danno luogo ad un giudicato erga omnes, ma 'producono effetti soltanto ai fini del concorso'. Quindi all'ammissione o non ammissione di un credito al passivo non può riconoscersi alcuna efficacia oltre e dopo la procedura». Si segnala che il contenuto dell'art. 96, ultimo comma, l. fall. è stato, sostanzialmente, trasfuso nell'art. 204, ultimo comma, del nuovo «Codice della crisi e dell'insolvenza», il quale prevede che «[i]l decreto che rende esecutivo lo stato passivo e le decisioni assunte dal tribunale all'esito dei giudizi di cui all'articolo 206, limitatamente ai crediti accertati ed al diritto di partecipare al riparto quando il debitore ha concesso ipoteca a garanzia di debiti altrui, producono effetti soltanto ai fini del concorso».

⁵⁹ V. STELLA, *Crisi bancarie*, cit., p. 158 (nonché ID., *Gli effetti*, cit., p. 711), il quale, in particolare, osserva che, «[a]nche ammesso che la indefinita esposizione al rischio di subire una tale iniziativa (con perdurante necessità, per le imprese, di riportare a bilancio il debito scaturente dal titolo negoziale annullabile) non fosse in sé svantaggio sufficiente a giustificare una immediata reazione atta a rimuovere la situazione anti-giuridica, resterebbe pur sempre da considerare che il potere di impugnativa esercitato solo ope exceptionis per resistere alla iniziativa altrui, consentirebbe al convenuto, di volta in volta, al massimo, di paralizzare la singola situazione soggettiva (diritto di credito) fatta valere dalla banca in l.c.a., non mai di ottenere una pronuncia costitutiva con efficacia caducatoria, una volta e per sempre, con idoneità al giudicato, dell'intero contratto».

⁶⁰ È vero, infatti, che il diritto di credito della banca in l.c.a. è destinato, prima o poi, a prescriversi, tuttavia è altrettanto vero che ciò richiede anni e che, comunque, il decorso del termine di prescrizione può essere, ai sensi dell'art. 2943, comma 4, c.c., interrotto mediante l'invio di semplici atti stragiudiziali di messa in mora.

bonis, nel resistere all’iniziativa avviata dall’istituto di credito in l.c.a., potrebbe paralizzare – stando alla interpretazione dell’art. 83, comma 3, T.U.B., qui contestata – il singolo diritto di credito fatto valere da quest’ultimo ma, comunque, non potrebbe ottenere una pronuncia costitutiva, idonea ad acquisire l’irretrattabilità del giudicato, demolitoria dei contratti in cui si è articolata la complessa operazione posta in essere con l’istituto di credito medesimo⁶¹; infine, perché si produrrebbe una significativa dispersione (e duplicazione) dell’attività svolta in giudizio, incompatibile con il principio dell’economia processuale e della ragionevole durata del processo⁶².

Tutto quanto precede conduce ad affermare che la soluzione adottata dal Tribunale di Venezia, con le sentenze qui commentate, risulta giuridicamente ineccepibile ed assolutamente equilibrata, riuscendo a contemperare la necessità di tutelare la *par condicio creditorum*, da una parte, con la necessità di non esporre i clienti delle “Banche venete” ad un vuoto di tutela, ben difficilmente compatibile con i principi costituzionali.

Resta da aggiungere che la soluzione adottata, sul punto, dal Tribunale di Venezia si pone in aperto contrasto con quanto deciso dal Tribunale di Vicenza⁶³, il quale, pur avendo (ancorché non senza qualche “incertezza”⁶⁴)

⁶¹ È del tutto evidente che – a volere seguire l’interpretazione secondo cui anche le domande di accertamento negativo diventerebbero improcedibili – si dovrebbe ammettere che il soggetto, convenuto in giudizio dalla banca (ovvero attore in opposizione a decreto ingiuntivo, in ipotesi, ottenuto dalla banca) possa far valere, esclusivamente in via di eccezione, ad esempio, la nullità del titolo, ma non possa, invece, proporre domanda riconvenzionale ai fini di ottenere l’accertamento di detta nullità con efficacia di giudicato (e, dunque, con essa, la definitiva rimozione del titolo): una tale domanda, infatti, andando oltre il mero rigetto della pretesa avversaria, risulterebbe (stando all’interpretazione dell’art. 83, comma 3, T.U.B., qui criticata) improcedibile ai sensi della norma in esame.

⁶² Si tenga conto del fatto che buona parte delle cause instaurate dai clienti nei confronti dei due istituti di credito, poi posti in l.c.a., erano già in fase avanzata (per molte, era già intervenuto lo scambio delle memorie di cui all’art. 183, comma 6, c.p.c. e, per alcune, erano già stati assunti i mezzi istruttori): la declaratoria di improcedibilità, pertanto, avrebbe imposto di ripartire da capo, una volta che la procedura avesse deciso di intraprendere iniziative giudiziarie nei confronti dei clienti.

⁶³ Si vedano le già ricordate sentenze n. 951/2019 e n. 1066/2019.

⁶⁴ Come si è già ricordato, infatti, il Tribunale di Vicenza ha preso le mosse dalla premessa secondo cui la disciplina dettata dall’art. 83, comma 3, T.U.B. risulterebbe differente rispetto a quella dettata dalla legge fallimentare ma, alla fine, ha fatto, comunque, applicazione di un principio di diritto dettato con riferimento ad un’ipotesi di l.c.a. “comune”, in quanto tale regolata dalla legge fallimentare (così, implicitamente, ritenendo applicabili anche alla l.c.a. “bancaria” i principi generali, che regolano l’ordinamento concorsuale, sui quali si basa la legge fallimentare).

correttamente individuato i principi che regolano la materia concorsuale⁶⁵, ne ha, poi, fatto una non corretta applicazione.

Il Tribunale di Vicenza, in particolare, pur dando espressamente atto del fatto che, in entrambe le fattispecie sottoposte al suo esame, gli attori, in sede di riassunzione nei confronti dei commissari liquidatori, avevano rinunciato a tutte le domande di condanna, riproponendo solo quelle di accertamento negativo, ha dichiarato l'improcedibilità anche di queste ultime domande, sul presupposto – peraltro, meramente asserito – secondo cui «dietro le mere domande di nullità/annullamento/inefficacia dell'operazione di prestito cd. 'baciata' o comunque collegata all'acquisto delle azioni e di inadempimento dell'Istituto di credito, che evidentemente non possono essere fin[i] a sé stesse (pena la carenza di interesse ad agire in capo agli attori), si cela in realtà una richiesta di accertamento di crediti, restitutori e/o risarcitori, del cliente verso la Banca, i quali devono essere necessariamente assoggettati alla procedura amministrativa di formazione del passivo»⁶⁶.

Si tratta di affermazione che – come si è già sottolineato sopra e come è stato, del resto, puntualmente rilevato dal Tribunale di Venezia – non risulta condivisibile perché: innanzitutto, gli attori non avevano formulato, in sede di riassunzione, alcuna «richiesta di accertamento di crediti...verso la Banca», essendosi limitati a chiedere l'accertamento circa il fatto che sia quest'ultima (*rectius*, la l.c.a.) a non vantare, nei loro confronti, alcun credito con riferimento alle cc.dd. "operazioni bacciate" (sollecitando, così, una pronuncia di accertamento negativo); inoltre, l'ordinamento non prevede, a tutela dei clienti, alcun rimedio, equivalente (quantomeno, sul piano economico-funzionale) rispetto alla tutela giurisdizionale⁶⁷.

⁶⁵ Il Tribunale di Vicenza, facendo espressamente riferimento alla motivazione di Cass., 20 marzo 20017, n. 7037, cit., richiama il principio secondo cui «qualsiasi credito nei confronti di un'impresa posta in liquidazione coatta amministrativa deve essere fatto valere in sede concorsuale», precisando, condivisibilmente, che ciò vale pur per la «domanda che sia anche solo indirettamente volta a far valere un credito nei confronti del soggetto sottoposto a liquidazione coatta amministrativa» (così, in particolare, la sentenza n. 951/2019).

⁶⁶ V. la sentenza n. 1066/2019 del Tribunale di Vicenza ma in termini sostanzialmente analoghi si esprime pure la sentenza n. 951/2019 del medesimo Tribunale.

⁶⁷ Non condivisibile, pertanto, risulta, per le ragioni già ampiamente illustrate, l'affermazione del Tribunale di Vicenza secondo cui l'«effettivo interesse ad agire degli attori...non potrebbe essere ravvisato in quello di sottrarsi ad eventuali iniziative giudiziali della procedura (quale l'attuazione dell'obbligo di rimborso dei finanziamenti), iniziative rispetto alle quali (ove intraprese) il sistema processuale (adeguatamente innervato da una lettura costituzionalmente orientata delle norme) pur ontologicamente conosce rimedi anche di rilievo cautelare, senza alcuna esigenza di sovvertire principi generali riferiti ai riparti di competenza e rito» (così, in particolare, la sentenza n. 951/2019).

A questo proposito, merita solo di essere precisato che le conclusioni cui è pervenuto il Tribunale di Vicenza non risulterebbero condivisibili neppure a volere considerare che, ancorché ai soli fini della compensazione, al giudice ordinario sarebbe richiesto, pur sempre, l'accertamento di un credito nei confronti della procedura⁶⁸: ed infatti, come meglio si vedrà nel prosieguo⁶⁹, tale circostanza non consentirebbe, comunque, di attrarre alla competenza del giudice del concorso il predetto accertamento, come già da tempo chiarito dalle Sezioni Unite con le note sentenze n. 21499 e n. 21500 del 12 novembre 2004⁷⁰.

4. – Il Tribunale di Venezia, per giungere alla affermazione della procedibilità delle domande di accertamento negativo, ha valorizzato, come si è visto, il fatto che tali domande non risultano idonee ad incidere sulla formazione dello stato passivo della procedura e, dunque, sulla *par condicio creditorum* nonché il fatto che i clienti hanno un interesse, attuale e concreto, ad ottenere una pronuncia di merito che li “liberi” dal loro debito nei confronti degli istituti di credito in l.c.a.

Sembra, peraltro, opportuno aggiungere che, al medesimo risultato, il Tribunale avrebbe potuto pervenire anche seguendo un diverso percorso argomentativo.

Avrebbe, infatti, potuto fare ricorso anche all'istituto della compensazione⁷¹, considerando che, a ben vedere, ciò che i clienti chiedono, in ultima analisi, è l'accertamento e la declaratoria della invalidità delle cc.dd. “operazioni bacciate” e, dunque, di tutti i negozi in cui queste ultime si

⁶⁸ Circostanza valorizzata dalla sentenza n. 951/2019 del Tribunale di Vicenza.

⁶⁹ Si veda il successivo § 4.

⁷⁰ in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 955 ss., ed in *Giur. it.*, 2005, p. 773 ss., con nota adesiva di CANALE, *Dopo un quarto di secolo le Sezioni Unite risvegliano la ragione e cacciano i mostri*.

⁷¹ Si segnala che, in forza del richiamo contenuto all'art. 83, comma 4, T.U.B., la disciplina della compensazione in sede concorsuale, prevista dall'art. 56 l. fall. (oggi trasfuso nell'art. 155 del nuovo «Codice della crisi e dell'insolvenza»), trova applicazione anche alla l.c.a. “bancaria”, ancorché a condizione che «i relativi effetti siano stati fatti valere da una delle parti prima che sia disposta la liquidazione coatta amministrativa, salvo che la compensazione sia prevista da un contratto di garanzia finanziaria di cui al decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170, da un accordo di netting, come definito dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto legislativo di recepimento della direttiva 2014/59 o da un accordo di compensazione ai sensi dell'articolo 1252 del codice civile». Con riferimento alla compensazione ex art. 56 l. fall., tra gli altri, v. M. VANZETTI, *Compensazione e processo fallimentare*, Milano, 2012, pp. 37 ss. (alla quale si rimanda anche per gli ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali). Con riferimento, più in generale, all'istituto della compensazione ed ai suoi rapporti con il processo, tra gli altri, v.: MERLIN, *Compensazione e processo*, Vol. I, Milano, 1991; EAD., *Compensazione e processo*, Vol. II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano, 1994.

articolano (principalmente, contratti di finanziamento e contratti di acquisto/sottoscrizione di titoli). Dal che discende, quale effetto naturale del predetto accertamento e della predetta declaratoria: da un lato, il diritto dei clienti a vedersi restituito il prezzo pagato per l'acquisto/sottoscrizione dei titoli⁷²; dall'altro, il diritto degli istituti di credito in l.c.a. a vedersi restituito l'importo corrisposto ai clienti a titolo di finanziamento per l'acquisto/sottoscrizione dei titoli medesimi⁷³. Trattandosi di operazioni cc.dd. "bacciate", i crediti reciproci risulteranno, sostanzialmente, di pari importo⁷⁴, con conseguente elisione reciproca in forza di compensazione⁷⁵ e, dunque, in ogni caso, con accertamento che nulla è dovuto da una parte all'altra e viceversa (in particolare, che nulla è dovuto dai clienti).

Quel che rileva è che, con riferimento all'accertamento di cui si è appena detto, la *potestas iudicandi*, nonostante la sottoposizione degli istituti di credito a l.c.a., resta del giudice ordinario: non può, infatti, che trovare applicazione il principio secondo cui è escluso che, ai fini della exceptio in compensazione, ad iniziativa del soggetto *in bonis*, di un proprio credito nei confronti di un soggetto in procedura, detto credito debba essere, previamente, verificato in sede concorsuale⁷⁶.

⁷² Conseguenza naturale dell'accertamento e della declaratoria della invalidità dei contratti di acquisto/sottoscrizione di titoli.

⁷³ Conseguenza naturale dell'accertamento e della declaratoria della invalidità dei contratti di finanziamento (solitamente, sotto forma di aperture di credito in conto corrente).

⁷⁴ Per semplicità, l'ipotesi presa in considerazione è quella delle operazioni bacciate cc.dd. "pure", in cui la provvista, fornita al cliente dall'istituto di credito, è stata utilizzata, integralmente, per l'acquisto/sottoscrizione di titoli di quest'ultimo. Alle medesime conclusioni, peraltro, si perviene anche nel caso di operazioni bacciate cc.dd. "impure" o "miste", in cui la provvista fornita al cliente dall'istituto di credito è stata utilizzata, in parte, per l'acquisto/sottoscrizione di titoli di quest'ultimo e, in parte, per altro scopo: in quest'ultimo caso, tuttavia, la compensazione potrà operare esclusivamente con riferimento ai crediti ed ai controcrediti, di pari importo, derivanti dall'operazione bacciata (mentre il rapporto di credito/debito tra le parti, relativo alla provvista, fornita al cliente dall'istituto di credito, in eccedenza rispetto a quella necessaria per l'acquisto/sottoscrizione dei predetti titoli, resterà sottoposto al suo ordinario regime giuridico).

⁷⁵ Anche se non pare particolarmente rilevante, dovrebbe trattarsi di compensazione c.d. "atecnica" o "impropria", derivando i rispettivi crediti dal medesimo rapporto giuridico (e, cioè, dalla medesima operazione unitaria).

⁷⁶ In particolare, è noto che, «per giurisprudenza ormai costante, nel giudizio proposto dalla curatela fallimentare per la condanna al pagamento di un debito di un terzo nei confronti del fallito, l'exceptio in compensazione di un credito dello stesso terzo verso il fallito non è condizionata alla preventiva verifica di tale credito, purché sia stata fatta valere come eccezione riconvenzionale; solo l'eventuale eccedenza del credito del terzo verso il fallito non può essere oggetto di sentenza di condanna nei confronti del fallimento, ma deve essere oggetto di autonomo procedimento di insinuazione al passivo» (Cass., 18 dicembre 2017, n. 30298, in *Banca dati DeJure*. Nel medesimo senso, tra le altre, v.: Cass., 28 settembre 2016, n. 19218, in *Guida al dir.*, 2017, 1, p. 38 ss.; Cass., 27 ottobre 2015, n.

Il principio in esame, come noto, è stato consacrato – come già si è ricordato sopra – da un celebre intervento delle Sezioni Unite, risalente al 2004⁷⁷, e risulta assolutamente condivisibile, tanto che il suo recepimento è stato salutato con favore pure dalla più autorevole dottrina, la quale ha parlato – mutuando una celebre espressione di Edoardo Ricci⁷⁸ – di un vero e proprio “risveglio della ragione”⁷⁹, il quale ha «*consentito di chiarire che la domanda riconvenzionale proposta dal terzo in bonis, convenuto dal curatore davanti*» al giudice ordinario, «*non comporta il trasferimento dell’intero giudizio in sede fallimentare*» ma una separazione tra le due cause, con conseguente permanenza della *potestas iudicandi* del giudice ordinario nei limiti della compensazione e la necessità della riproposizione, in sede concorsuale, della domanda (esclusivamente) nei limiti della eventuale eccedenza⁸⁰.

21784, in *Guida al dir.*, 2016, 4, p. 60 ss.; Cass., 7 giugno 2013, n. 14418, in *Banca dati DeJure*; Cass., 14 giugno 2012, n. 9726, *ivi*; Cass., 10 gennaio 2012, n. 64, *ivi*; Cass., 27 aprile 2010, n. 10025, *ivi*; Cass., 13 gennaio 2009, n. 481, in *Riv. dott. comm.*, 2009, p. 364; Cass., Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 21499 e n. 21500, *cit.*; Trib. Monza, 16 luglio 2013, in *Redaz. Giuffrè*, 2013; Trib. Nola, 11 settembre 2008, in *Giur. merito*, 2008, p. 3170 ss.; Trib. Nola, 15 luglio 2008, *ivi*, 2009, p. 395 ss.). *Contra*, è stato osservato che «*la compensazione non può essere riconosciuta se non in sede fallimentare e, anche quando sia stata dedotta solo in via di eccezione, presuppone comunque l’accertamento del debito del fallito*» (Cass., 27 marzo 2008 n. 7967, in *Guida al dir.*, 2008, 25, p. 64 ss. Nel medesimo senso, v.: Cass., 30 novembre 2017, n. 28833, in *Banca dati DeJure*; Cass., 4 settembre 2014, n. 18691, *ivi*; Trib. Rimini, 19 aprile 2016, n. 587, in *www.ilcaso.it.*)

⁷⁷V. Cass., Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 21499 e n. 21500, *cit.*, le quali hanno affermato che «*l’eccezione di compensazione può essere validamente proposta nel giudizio di cognizione ordinaria promosso dalla curatela, non essendo soggetta alla procedura di accertamento del passivo in sede concorsuale* (Cass., 3 settembre 1996, n. 8053; 6 marzo 1995, n. 2574; 13 maggio 1991, n. 5333; 21 febbraio 1983, n. 1302). Il presunto creditore del fallimento, dunque, [...] può paralizzare la domanda della curatela in via di eccezione, salva restando la necessità di adire la sede fallimentare per l’eventuale eccedenza del credito».

⁷⁸ Il quale aveva criticato l’orientamento (opposto rispetto a quello accolto nel 2004), espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 3878/1979, con una nota intitolata «*Il sonno della ragione e i suoi mostri*» (in *Giur. comm.*, 1980, II, pp. 346 ss.). La posizione critica di Edoardo Ricci è stata condivisa dalla più attenta dottrina (tra gli altri, v.: FABIANI, *Domande riconvenzionali, fallimento e reciprocità di posizioni processuali*, in *Fallimento*, 2001, p. 890; TARZIA, *Processi pendenti e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 68; BONFATTI, *L’accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, ne *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, in *Trattato diretto da Ragusa Maggiore e Costa*, Vol. III, Torino, 1997, p. 182; PASTORE, *La riconvenzionale nei confronti del curatore*, in *Giur. comm.*, 1995, I, p. 229; BOZZA-SCHIAVON, *L’accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, 1992, p. 178) nonché da talune pronunce giurisprudenziali (v.: Cass., 10 gennaio 2003, n. 148, in *Foro it.*, 2003, I, c. 750 ss.; Cass., 23 aprile 2003, n. 6475, in *Fallimento*, 2004, p. 451 ss., con osservazioni di PANZANI).

⁷⁹ CANALE, *op. cit.*, p. 773.

⁸⁰ SPIOTTA, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di Jorio, Vol. II, Torino, 2016, p. 1905. In senso analogo, fra gli altri, v.: M. VANZETTI, *op. cit.*, pp. 46-47; LAMANNA, *Sub art. 56 l. fall.*, ne *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, tomo I, Bologna, 2007, p. 815; ROSAPEPE, *Effetti nei confronti del fallito*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, tomo II, Padova, 2010, p. 316.

Fermo, dunque, che, nei limiti della compensazione, la *potestas iudicandi* – diversamente da quanto ha ritenuto il Tribunale di Vicenza⁸¹ – appartiene (e resta) al giudice ordinario, ancorché la parte nei confronti della quale tale compensazione sia fatta valere risulti una procedura concorsuale (ed indipendentemente dal fatto che si tratti di un fallimento o di una l.c.a.⁸²), deve essere aggiunto che tale principio non soffre (né potrebbe soffrire) deroghe neppure nel caso (come quello sottoposto all’esame del Tribunale di Venezia e del Tribunale di Vicenza) in cui la compensazione sia fatta valere, non già in via di eccezione, bensì in via di azione⁸³, non essendovi ragione per addivenire ad una soluzione differente.

Ne discende, in conclusione, che, anche per questa via, il Tribunale di Venezia non avrebbe che potuto addivenire alla medesima soluzione alla quale, in effetti, è, in ogni caso, pervenuto.

6. – Nulla più di un cenno merita l’eccezione di incompetenza territoriale “sopravvenuta” formulata dai soli commissari liquidatori della

⁸¹ Il quale, senza fare alcun riferimento al principio appena ricordato, ha osservato che l’improcedibilità delle domande di accertamento negativo si imporrebbe anche perché «*il petitum sostanziale a base dell’iniziativa intrapresa dagli attori non potrebbe che rifluire, indirettamente ma al tempo stesso inequivocabilmente, nell’ambito dell’accertamento di una passività a carico della procedura di liquidazione coatta amministrativa [...], ove pure nella prospettiva di neutralizzare, attraverso il pur evocato istituto delle compensazioni [...], il controcredito della procedura alla restituzione degli importi erogati a titolo di finanziamenti*» (così, la sentenza n. 951/2019).

⁸² In questo senso, v. Trib. Prato, 3 novembre 2016, n. 131, in *Redaz. Giuffrè*, 2016, il quale richiama, condividendolo, «*il principio secondo cui, nel giudizio proposto dagli organi della liquidazione coatta amministrativa per ottenere la condanna al pagamento di un debito di un terzo nei confronti della debitrice sottoposta alla procedura concorsuale, l’eccepibilità in compensazione di un credito dello stesso terzo verso la debitrice non è condizionata alla preventiva verifica di tale credito, purché sia stata fatta valere come eccezione riconvenzionale; in quel caso, ferma l’ammissibilità dell’eccezione, deve soltanto escludersi la possibilità di pronunciare sentenza di condanna nei confronti della procedura per l’eventuale eccedenza, dovendo per essa essere proposta un’autonoma istanza di insinuazione al passivo*». Nel medesimo senso, v. Cass., 10 gennaio 2012, n. 64, in *Banca dati DeJure*.

⁸³ In questo senso, infatti, la giurisprudenza, in una fattispecie sovrapponibile a quella decisa con le sentenze qui commentate (in cui la parte poi rimasta *in bonis* «*non ha agito per far valere una pretesa creditoria nei confronti della [società fallita nelle more del processo, ndr], ma si è limitata a dedurre che nessun debito gravasse in suo capo (di essa istante) con riferimento al rapporto di sub-appalto intercorso tra le due società*»), ha osservato che, «*essendosi richiesto un accertamento negativo del credito della convenuta, ci si è mossi al di fuori dell’ambito dell’art. 24 L.F.*» e che, «*il principio, dettato dall’art. 52 della legge fallimentare, della obbligatorietà ed esclusività del procedimento di verifica del passivo, quale peculiare strumento di cognizione attribuito al giudice del fallimento, non può che riguardare l’attuazione di domande intese a ottenere il riconoscimento di un diritto di partecipare al concorso o di un diritto reale o restitutorio su beni mobili acquisiti all’attivo: mentre, non può certo essere assoggettata al procedimento di verifica dei crediti (verso il fallito) una domanda – quale quella in esame – avente ad oggetto non un credito ma un debito verso la società fallita (cfr, Cassazione civile, sez. I, 03 febbraio 2006, n. 2439)*» (Trib. Nola, 13 dicembre 2007, in *Banca dati DeJure*).

Banca Popolare di Vicenza S.p.A.⁸⁴, i quali – pur sempre facendo richiamo all’art. 83, comma 3, T.U.B. – hanno sostenuto che le domande di accertamento negativo sarebbero state improcedibili (e, dunque, avrebbero dovuto essere rigettate in rito) anche perché, in ogni caso, competente a decidere sarebbe stato, al più, un altro giudice ordinario: non il Tribunale di Venezia, bensì il Tribunale di Vicenza, quale foro della procedura.

Si tratta di eccezione che non coglie nel segno, dal momento che appare fin troppo evidente che – come, in effetti, puntualmente rilevato dal Tribunale di Venezia – quella che i commissari liquidatori pongono non è una questione di competenza territoriale, bensì di rito applicabile, sicché si torna, pur sempre, alla questione principale, ossia se, ai sensi dell’art. 83, comma 3, T.U.B., le domande di accertamento negativo restino, o meno, procedibili davanti al giudice ordinario⁸⁵.

In altri termini, delle due l’una: o le domande in discorso restano procedibili davanti al giudice ordinario perché inidonee ad incidere sulla formazione dello stato passivo, ed allora la *potestas iudicandi* resterà in capo al Tribunale di Venezia; oppure vengono (erroneamente) dichiarate improcedibili perché ritenute (erroneamente) idonee ad incidere sulla formazione dello stato passivo, ed allora la *potestas iudicandi* spetterà al Tribunale di Vicenza, ma non quale foro territorialmente competente, bensì quale giudice del concorso, competente, in via esclusiva, per la fase di accertamento del passivo⁸⁶.

Non potrà mai darsi, dunque, l’ipotesi – prospettata nelle difese dei commissari liquidatori – in cui le domande restino procedibili davanti al giudice ordinario, in quanto non sottoposte al rito dell’accertamento del passivo, però competente a decidere non sia più il Tribunale di Venezia

⁸⁴ Ragione per cui l’eccezione in discorso è stata oggetto di trattazione, fra le sentenze qui commentate, solo nella n. 1202/2019 e nella n. 1259/2019.

⁸⁵ In questo senso, in particolare, la sentenza n. 1259/2019 osserva che «la questione della competenza, che la parte convenuta, invocando l’art. 83 comma 3 TUB, afferma spettare al Tribunale di Vicenza, consiste in verità in una questione di rito applicabile (cfr., ex multis, Cass. ord. 21669 del 20/9/2013), rimandando al discrimine fra domande proponibili avanti il giudice ordinario e domande riservate al Tribunale della procedura».

⁸⁶ Né, del resto, potrebbe avere alcun rilievo l’ultimo inciso dell’art. 83, comma 3, T.U.B., in forza del quale «[p]er le azioni civili di qualsiasi natura derivanti dalla liquidazione è competente esclusivamente il tribunale del luogo dove la banca ha la sede legale» (oggi, a seguito delle modifiche apportate con l’art. 369, comma 1, lett. e, n. 2, del D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il riferimento alla sede legale è stato sostituito da quello al «centro degli interessi principali»): ed infatti, le azioni in esame non derivano dalla liquidazione, come dimostrato dal fatto che esse preesistevano ad essa, essendo state avviate dai clienti prima perfino che i due istituti di credito venissero sottoposti a l.c.a.

(davanti al quale le cause sono già state incardinate prima della apertura della l.c.a.), bensì il Tribunale di Vicenza.

Del resto, non si può non rilevare – in aggiunta a quanto osservato dal Tribunale di Venezia – che la tesi di una sorta di incompetenza territoriale “sopravvenuta” sarebbe, in ogni caso, incompatibile con il ben noto principio della *perpetuatio iurisdictionis* insito nell’art. 5 c.p.c., in forza del quale, come noto, la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, non presentando rilevanza alcuna i successivi mutamenti della legge o dello stato di fatto⁸⁷.

Abstract

**“BANCHE VENETE” AND “OPERAZIONI BACIATE”: DECLARATORY
CLAIMS REMAIN ADMISSIBLE
NOTWITHSTANDING THE COMPULSORY LIQUIDATION**

L’Autore si occupa della questione relativa alla procedibilità delle domande di accertamento negativo dei crediti delle banche nei confronti dei clienti proposte prima dell’avvio della liquidazione coatta amministrativa.

The Author agrees examines the issue whether judicial proceedings against banks under compulsory liquidation started before its opening can proceed during the liquidation procedure.

⁸⁷ È fin troppo noto, per dovere essere qui ricordato, che il «*principio della perpetuatio iurisdictionis di cui all’art. 5 c.p.c., [...] nella consolidata interpretazione datane dalla stessa Corte Costituzionale, esclude che possa attribuirsi rilevanza ai mutamenti della situazione di fatto o diritto che privino della giurisdizione o della competenza l’organo giurisdizionale originariamente adito*» (Cass., 29 settembre 2017, n. 22834, in *Foro amm.*, 2018, c. 585. Nel medesimo senso, fra le molte, v.: Cass., 16 aprile 2009, n. 8999, in *Banca dati DeJue*; Cass., 19 marzo 2009, n. 6594, *ivi*). Sul principio in esame, v., tra gli altri, il recente studio monografico di POLI, *Contributo allo studio del principio di perpetuatio nel processo civile italiano*, Napoli, 2018.

Corte di cassazione, Sez. III civ., 31 maggio 2019, n. 14906
Pres. Armano – Rel. Cricenti

Nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli ponga a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione, rimanendo, in ogni caso, escluso che tali prove "atipiche" possano valere ad aggirare preclusioni o divieti dettati da disposizioni sostanziali o processuali (massima non ufficiale).

(Omissis) FATTI DI CAUSA

S.C. ha citato in giudizio la società C. Fratelli srl ed C.E., onde ottenere il risarcimento dei danni subiti da un suo camion, che, trovandosi per lavoro nella proprietà dei convenuti, veniva urtato da un loro escavatore e si ribaltava al suolo.

Il giudice di primo grado ha creduto a questa versione dei fatti, sia perché in tali termini era stata raccontata dal conducente del camion; sia per la dichiarazione scritta dal convenuto alla sua assicurazione; sia, infine, perché i convenuti, decaduti dalla loro prova testimoniale, non avevano fornito dimostrazione di una vicenda diversa ed alternativa.

I giudici di appello, ammettendo i convenuti a produrre i verbali delle dichiarazioni rese dai loro testi nel processo penale, hanno ritenuto, diversamente, che la causa dell'incidente fosse da addebitarsi unicamente al conducente del camion, ed hanno pertanto rigettato la domanda.

Il S. ricorre per Cassazione con sei motivi, a fronte dei quali la società ed il C. depositano un atto di costituzione, che riproduce le conclusioni già rassegnate in appello, comprese le istanze istruttorie (CTU e esperimento giudiziale).

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. – La decisione di appello è fondata su una revisione delle regole probatorie seguite in primo grado. Intanto, pur dopo aver dato conferma dell'avvenuta decadenza dei convenuti dalla loro prova testimoniale, i giudici di appello basano la loro decisione sui verbali delle dichiarazioni rese dai medesimi testi nel processo penale. Inoltre ritengono di dover dare poco peso sia alla dichiarazione fatta dal C. alla sua assicurazione che alla deposizione del conducente del camion.

2. – Il ricorso si articola su sei motivi.

L'esame del sesto tuttavia condiziona quello degli altri, in quanto pone la questione della fattispecie di riferimento, che è operazione logicamente preliminare.

Il ricorrente infatti, con tale motivo, lamenta violazione dell'art. 2054 c.c. attribuendo alla corte di appello di avere disatteso la regola della presunzione di pari colpa posta da quella norma.

Il motivo però è infondato.

La norma presuppone che lo scontro avvenga, sì, tra veicoli, e da tale punto di vista il camion e l'escavatore potrebbero rientrarvi, trattandosi di mezzi mobili, ma richiede altresì che l'incidente avvenga durante la circolazione, che è concetto che presuppone l'immissione in luoghi idonei al traffico, e non già in luoghi chiuso ad esso. Il che è coerente con la ratio della norma, che considera l'immissione del veicolo in luoghi di pubblico transito come un aumento del rischio di incidenti, aumento del rischio che è ciò che giustifica la regola della presunzione di colpa, e che trae conferma dalla esclusione, dall'ambito della regola, dei veicoli a rotaie, la cui circolazione è ritenuta fonte di minore rischio.

Va dunque esclusa l'applicazione della norma quando lo scontro si verifichi in zona chiusa al traffico, o in area privata (Cass. 10513/2017).

1.1. – Infondato è il primo motivo, con cui il ricorrente si duole del fatto che la corte di appello non abbia adeguatamente motivato nè dato rilievo probatorio adeguato alla mancata risposta all'interrogatorio formale.

Invero, la sentenza nella quale il giudice ometta di prendere in considerazione la mancata risposta all'interrogatorio formale non è affetta da vizio di motivazione, atteso che l'art. 232 c.p.c., a differenza dell'effetto automatico di "*ficta confessio*" ricollegato a tale vicenda dall'abrogato art. 218 del precedente codice di rito, riconnette a tale comportamento della parte soltanto una presunzione semplice che consente di desumere elementi indiziari a favore della avversa tesi processuale (prevedendo che il giudice possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio "valutato ogni altro elemento di prova"), onde l'esercizio di tale facoltà, rientrando nell'ambito del potere discrezionale del giudice stesso, non è suscettibile di censure in sede di legittimità (Cass. 4837/2018).

2.1. – I motivi secondo e terzo fanno valere violazione artt. 208 e 345 c.p.c..

La corte di appello, infatti, aveva confermato la decisione di primo grado (respingendo apposito motivo di gravame) nella parte in cui quest'ultima dichiarava la decadenza dei convenuti dalla prova testimoniale. E ciò nonostante, la corte aveva però consentito ai convenuti stessi di depositare i verbali di quella stessa prova testimoniale (ossia le dichiarazioni dei medesimi testi) come espletata nel processo penale; con la conseguenza che, decaduti dal diritto di assumerla nel giudizio civile, i convenuti erano stati rimessi in condizione di far comunque valere quella prova attraverso la produzione in giudizio dei verbali di altro procedimento.

Il secondo motivo denuncia tale *ratio decidendi* come espressa in violazione delle norme sulla assunzione delle prove nel processo civile (artt. 208 e 345 c.p.c.).

Il motivo è fondato.

I verbali di testimonianze di altri procedimenti sono da considerarsi prove atipiche (in quanto la testimonianza tipica è la dichiarazione orale del teste nel procedimento in cui è assunta).

Invero, è regola che nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli

ponga a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione, rimanendo, in ogni caso, escluso che tali prove "atipiche" possano valere ad aggirare preclusioni o divieti dettati da disposizioni sostanziali o processuali, così introducendo surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda il necessario ricorso ad adeguate garanzie formali (Cass. 5440/2010).

Nella fattispecie, le parti convenute erano decadute dalla prova testimoniale (e la corte ne ha dato atto), e dunque non si poteva ammettere che fornissero quella stessa prova mediante la produzione dei verbali di altro procedimento.

Il terzo motivo denuncia questa *ratio decidendi* sotto il profilo della contraddittorietà della motivazione, ma è assorbito dalla fondatezza del motivo precedente.

3. – Fondato è altresì il quinto motivo.

Con esso il ricorrente lamenta una erronea valutazione della prova legale da parte della corte di appello, e dunque lamenta violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c., nonché dell'art. 2729 c.c. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5.

Il motivo è fondato, in quanto in tema di valutazione delle risultanze probatorie in base al principio del libero convincimento del giudice, la violazione degli artt. 115 e 116 c.p.c. è apprezzabile, in sede di ricorso per cassazione, nei limiti del vizio di motivazione di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5), e deve emergere direttamente dalla lettura della sentenza, non già dal riesame degli atti di causa, inammissibile in sede di legittimità (Cass. 24434/2016; Cass. 23940/2017).

In particolare, il ricorrente aveva prodotto una dichiarazione con la quale il C., rivolgendosi alla sua compagnia di assicurazione, ammetteva di avere urtato, lui, con manovra errata, il cassone dell'autocarro provocandone il rovesciamento.

La corte di appello ha ritenuto di non valutare tale atto, ossia di negare qualsiasi valore probatorio a tale dichiarazione, che, pur non avendo il valore di prova legale, o meglio di confessione nei confronti dell'attore, essendo rivolta verso terzi, è comunque una prova liberamente apprezzabile dal giudice, il quale nella fattispecie ha però liquidato la questione con l'argomento che l'assicurazione non ha dato seguito a quella denuncia, argomento che non costituisce un elemento di valutazione della prova, in sé considerata.

I rimanenti motivi possono considerarsi assorbiti. (*Omissis*).

NOTE SULL'UTILIZZABILITÀ
DELLE PROVE ATIPICHE NEL PROCESSO CIVILE

GIACOMO PIROTTA

Dottore di ricerca

1. – Con l'ordinanza in epigrafe la Corte di cassazione torna a pronunciarsi sull'utilizzo dei verbali di prova assunta *aliunde*.

Nel caso di specie, la Corte di appello ha ritenuto ammissibili i verbali di testimonianza assunta in un procedimento penale aventi ad oggetto fatti rilevanti per il giudizio avanti a sé, ancorché la parte che li ha depositati fosse decaduta dalla prova testimoniale. Con il ricorso per cassazione viene censurato l'operato della Corte di appello per aver ammesso e fondato il proprio convincimento sui verbali della corrispondente prova assunta nel processo penale, aggirando il sistema delle preclusioni che presiede l'introduzione delle istanze istruttorie in primo grado.

La S.C. ha accolto il ricorso, ritenendo che la decisione impugnata violasse gli artt. 208 e 345 c.p.c.: i verbali di altri processi, pur astrattamente idonei ad essere valutati come prova atipica, non possono essere utilizzati per eludere la disciplina positiva in tema di preclusioni.

2. – Sebbene riguardi i soli verbali del processo penale, il suesposto arresto offre l'occasione per svolgere qualche riflessione sulla tematica più generale dei *limiti* all'introducibilità delle prove atipiche, quei mezzi istruttori che non hanno un esplicito riscontro nel dettato normativo¹.

¹ Questa definizione si può condividere laddove venga impiegata per descrivere l'utilizzo improprio di uno strumento processuale tipico; deve, infatti, escludersi che l'atipicità possa ricadere sul *mezzo formale di prova* giacché i procedimenti di acquisizione del materiale istruttorio sono necessariamente tipici, cioè conformi ad un modello legale. Una deviazione dai moduli istruttori delineati dai *conditores* non darebbe luogo ad una prova atipica, bensì una prova illecita o nulla. A sostegno di ciò muove anche la considerazione che gli strumenti istruttori predisposti dalla legge (prove orali, documenti e consulenze tecniche) consentono l'acquisizione di tutti gli elementi fattuali scaturenti da qualsiasi fonte di prova. Ciò chiarito, deve inoltre escludersi che l'atipicità possa riguardare la *fonte materiale della prova*, ossia la varietà delle persone o delle cose dalle quali è possibile trarre elementi di conoscenza sui fatti; in effetti, tutti questi aspetti non hanno nulla a che vedere con il concetto di tipicità o atipicità giuridica e coinvolgono unicamente aspetti di natura fattuale. Per una più ampia riflessione, si veda L. LOMBARDO, *Profili delle prove civili atipiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, pp. 1448 e ss.; conformemente, L. MONTESANO, *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 233 e ss.; cfr. altresì con L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, pp. 149 e ss. Per una diversa conclusione si veda, invece, G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

Prima di soffermarsi su tale tematica, occorre però indagare la questione dell'astratta deducibilità di siffatte prove. Sebbene, infatti, la dottrina e la giurisprudenza siano ormai propense a riconoscerne l'ammissibilità, non può nascondersi che tale soluzione presuppone, da un lato, l'inesistenza di uno specifico divieto e, dall'altro, la presenza di un addentellato normativo che ne legittimi positivamente l'esperibilità².

Premesso che sarebbe qui eccessivo ripercorrere tutta l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema, deve dirsi che sul primo aspetto vi è una sostanziale uniformità di vedute: la tipizzazione dei mezzi istruttori non comporta necessariamente la loro tassatività e tale conclusione è suffragata dall'assenza di esplicite interdizioni³.

Guardando, invece, al fattore che sancisce positivamente la loro introduzione, manca la medesima omogeneità interpretativa: per un verso, infatti, si ritiene che l'ammissibilità di tali prove si fondi sulla natura atipica dell'indizio e sulla regola del libero convincimento⁴; per un altro, invece, si

2002, pp. 412-413; l'A afferma che, oltre alla prova non prevista dalla legge, occorre «estendere il concetto di atipicità ad altre due categorie di strumenti conoscitivi: a) Viene innanzitutto ricondotto al fenomeno in questione anche l'uso di prove tipiche, raccolte però in una sede diversa da quella in cui debbono essere valutate (...). b) Ancora, si può parlare di atipicità con riferimento all'uso che si faccia di alcuni mezzi tipici, quando questi vengano impiegati per una finalità diversa da quella loro assegnata dal diritto. Rientrano a pieno titolo in questa categoria, le ipotesi dell'uso della consulenza tecnica o della sentenza come mezzi di prova». Per chiarezza, si specifica inoltre che – nel corso della trattazione – si opererà per una nozione di atipicità comprensiva delle prove “prestate”, quei mezzi istruttori tipici le cui risultanze entrano nel processo *a quo* mediante il verbale del procedimento nel quale sono state assunte.

² Come osservato da M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, p. 53, l'assenza di una regola di esclusione della prova atipica non implicherebbe necessariamente la loro ammissibilità.

³ Sotto questo punto di vista, il codice di rito civile si differenzia da quello di procedura penale ove l'art. 189 c.p.p. prevede che «quando è richiesta una prova non disciplinata dalla legge, il giudice può assumerla se essa risulta idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti e non pregiudica la libertà morale della persona. Il giudice provvede all'ammissione, sentite le parti sulle modalità di assunzione della prova». Benché non si possa ritenere determinante, l'assenza di uno specifico divieto per il processo penale potrebbe far propendere per l'ammissibilità della prova atipica anche nel processo civile, ove le garanzie del contraddittorio nella formazione della prova sono inferiori. Ritiene, invece, che l'introduzione del succitato articolo abbia reso *perfino incontestabile* l'ammissibilità di tali prove, G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, cit., p. 410; in senso critico, M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, pp. 69 e ss.

⁴ Si vedano C. LESSONA, *Trattato delle prove in materia civile*, I, Firenze, 1922, pp. 12 e ss., e ID., *op cit*, V, Firenze, 1924, pp. 311 e ss., il quale – sebbene ritenga tassativo il catalogo delle prove civili – conclude che le presunzioni semplici possano originare anche da «prove di un giudizio dibattutosi fra parti diverse o in prove precostituite tra altri» (I, p. 15) e che le «prove scritte imperfette» possano costituire «fonte legale di presunzioni semplici»; cfr., similmente, L. RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1890, p. 326 e ss.; A. CONIGLIO, *Le presunzioni nel processo civile*, Palermo, s.d. (ma 1920), pp. 235-236; E. BETTI, *Diritto*

sostiene che la loro deducibilità dipenda dalla piena attuazione del diritto alla prova⁵.

Benché le prime due letture appaiano discutibili⁶, coglie nel segno quella dottrina che individua il fondamento dell'introducibilità di siffatta prova nella carta costituzionale e, in particolare, nel diritto alla prova⁷. Più nello specifico, l'ammissibilità di tali mezzi dipenderebbe dall'art. 24 Cost. che – attribuendo ai consociati il potere di azione – conferisce altresì il diritto a beneficiare di un'esauriente indagine di fatto; se tale principio venisse negato, il diritto d'azione verrebbe compromesso ledendo prerogative di matrice costituzionale garantite alle parti processuali.

3. – Riconosciuta in astratto l'ammissibilità di tali prove, la restante parte di questo scritto dovrà vagliarne la concreta fruibilità in giudizio; in altri termini, occorrerà individuare l'esistenza di possibili limiti alla loro utilizzabilità.

Tale analisi impone, però, di soffermarsi previamente sull'ampiezza della categoria delle prove atipiche e sulla varietà delle fattispecie che la

processuale civile italiano, Roma, 1936, p. 351. Più recentemente, E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile* (diretto da E. ALLORIO), Torino, I, 2, 1973, pp. 1304 e ss., il quale – sebbene ritenga tipico il catalogo delle prove civili – ammette che «una realtà, che non sia tradotta nelle forme tipiche, ma (...) di fatto idonea a somministrare una prova, possa utilizzarsi a tal fine nel processo», potendo tale elemento «inserirsi in determinate condizioni come componente di un mezzo di prova tipico, il modello del quale risulta dal coordinamento dell'art. 2729 cod. civ. con l'art. 116 cod. proc. civ.»; si cfr. con M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, pp. 389 e ss., il quale riscontra nella «presenza, nel repertorio dei mezzi di prova normalmente ammessi (...), dell'indizio, che ha di per sé natura intrinsecamente atipica», il diniego del principio della tassatività del catalogo delle prove civili, pervenendo altresì alla conclusione che le prove atipiche non debbano avere il medesimo valore delle prove “vere e proprie”, bensì l'efficacia ridotta che l'interpretazione dell'art. 2729 c.c. attribuirebbe alla prova indiziaria o alla presunzione semplice.

⁵ M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 77 e ss. e spec. pp. 108 e ss.; l'A. precisa che il diritto alla prova è una particolare sfaccettatura del diritto di difesa in base al quale deve riconoscersi la possibilità di ricorrere a qualsiasi strumento probatorio rilevante purché non espressamente interdetto dalla legge; similmente, A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 694 e ss. Cfr. E.F. RICCI, *Il principio dispositivo come problema di diritto vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, pp. 380 e ss. Per un'esauritiva ricostruzione dell'evoluzione del diritto alla prova, si veda M.C. VANZ, *op cit*, pp. 42 e ss.

⁶ In senso critico, si veda B. CAVALLONE, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 361 e ss.; G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, p. 117 e ss.; cfr., M.C. VANZ, *op cit*, pp. 71 e ss.; M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., pp. 382 e ss.

⁷ Sulle conseguenze di questo riconoscimento, si veda L. LOMBARDO, *op cit*, pp. 1450 e ss. cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO e L. MENGONI, III, 2, 1, Milano, 1992, pp. 377 e ss.

compongono; tali chiarimenti permetteranno, infatti, di circoscrivere la portata del fenomeno e sondare l'ipotizzabilità di conclusioni di carattere generale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, deve notarsi che alcuni mezzi istruttori generalmente etichettati come “atipici” possono ricondursi in via interpretativa o normativa a modelli di prova tipizzati; in via esemplificativa, i mezzi di riproduzione meccanica del fatto possono assimilarsi alle prove documentali⁸, le prove informatiche possono equipararsi alle riproduzioni meccaniche *ex art.* 2712 c.c.⁹, le prove scientifiche – come le indagini ematologiche e il test del DNA – possono ricondursi all'ispezione giudiziale su una delle parti¹⁰ e via dicendo. In tutti questi casi, l'elemento di discrepanza rispetto alla prova “tradizionale” viene assorbito dalla legge che – grazie alla generalità e all'astrattezza – consente un adattamento della procedura al progresso tecnologico e scientifico¹¹.

Un'approfondita riflessione sul singolo mezzo istruttorio permetterebbe, quindi, di circoscrivere il fenomeno della prova atipica confinandola a fattispecie residuali; alla luce di questi chiarimenti, l'analisi della questione dovrebbe quindi ridursi allo studio di tre categorie di prove: gli scritti provenienti dal terzo (come la testimonianza stragiudiziale, la perizia stragiudiziale di parte, le certificazioni amministrative, gli atti notori), le prove raccolte in un altro processo (come i verbali di assunzione della prova testimoniale espletata davanti al giudice incompetente o nel

⁸ Così, G.F. RICCI, *Le prove atipiche fra ricerca della verità e diritto di difesa*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno nazionale – Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano, 2007, p. 182.

⁹ Il d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 – il cd. *Codice dell'amministrazione digitale* – ha modificato il succitato articolo prevedendo che le riproduzioni informatiche siano soggette al medesimo regime delle riproduzioni fotografiche (art. 23); al contempo lo stesso decreto ha precisato che il documento informatico sottoscritto con firma digitale o con un altro tipo di firma elettronica qualificata ha lo stesso valore della scrittura privata (art. 21). Sull'argomento si veda G. VERDE, *Prove nuove*, in *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno nazionale – Quaderni dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile*, Milano, 2007, pp. 9 e ss. Lo stesso trattamento dovrebbe poi riservarsi a differenti metodi di riproduzione dei fatti come l'accertamento dello stato di ebbrezza mediante etilometro, l'impiego di strumenti di videosorveglianza per verificare gli spazi cittadini, l'accertamento della velocità di un autoveicolo ricorrendo all'autovelox e via dicendo (sul punto, L. LOMBARDO, *op cit.*, pp. 1451-1452).

¹⁰ Di questo avviso, M.C. VANZ, *op cit.*, pp. 71 e ss.; V. BARONCINI - M. MONTANARI, *sub art. 116*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, I, 5 ed., Milano, 2013, p. 1427; cfr. G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, *cit.*, pp. 411 e ss.; per il rinvio ad altra dottrina sul punto, sia consentito il richiamo a G. PIROTTA, *Impugnazione del riconoscimento di paternità: un instabile equilibrio tra forme processuale e giustizia sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 671.

¹¹ Si rifà, invece, ai meccanismi dell'analogia, V. DENTI, *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 417.

corso del dibattimento penale) nonché i provvedimenti giurisdizionali (come le sentenze civili, penali o amministrative) adoperati come mezzo di prova.

Dietro queste categorie generali si celano, quindi, una serie di fattispecie eterogenee accomunate dalla forma documentale, di natura dichiarativa o peritale, il cui contenuto si sarebbe dovuto riversare nel processo mediante il ricorso a prove costituenti (tramite una testimonianza o una CTU)¹².

La determinazione dei limiti all'immissione dei mezzi atipici sarebbe però inutile se si concludesse che la forma documentale di tali prove comporti *tout court* la loro introducibilità; in effetti, se si aderisse alla tesi secondo la quale i documenti sono esenti da qualsiasi vaglio¹³, si dovrebbe persino propendere per l'irrilevanza della questione e, conseguentemente, per il libero impiego dei mezzi atipici.

Da tempo, però, la dottrina più attenta ha osservato che – sebbene la deduzione dei documenti differisca ontologicamente da quella delle prove costituenti – perfino le prove precostituite sarebbero soggette a valutazioni di ammissibilità¹⁴: se anche il vaglio sui documenti non potesse operare in via del tutto preventiva, non potrebbe aprioristicamente escludersi uno “stralcio” mentale delle risultanze probatorie prima della decisione di

¹² Considerato che l'atipicità deriva dall'utilizzo improprio di uno strumento processuale tipico, pare corretto concludere che le suddette prove abbiano “sostanza” di testimonianza e di consulenza tecnica ma entrino nel processo avvalendosi della “forma” di documento; spunti in senso in L. LOMBARDO, *op cit*, p. 1459. Sulla natura formalmente documentale di tali prove, si cfr. M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 271; S. CHIARLONI, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, pp. 207 e ss., nt. 24.

¹³ Così, *ex plurimis*, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1984, pp. 102-103; L. MONTESANO – G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 1999, pp. 152 e ss.; C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, p. 172 e ss.

¹⁴ Sul punto si vedano E. ALLORIO, *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1965, p. 217; G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio e nell'istruzione probatoria civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 638. L'analizzanda tesi ha cominciato a prendere piede con Cass., 20 aprile 2005, n. 8202 e Cass., 20 aprile 2005, n. 8203, in *Foro it.*, 2005, I, cc. 1690 e ss., nelle quali la Suprema Corte ha concluso che anche i documenti, al pari delle prove costituenti, fossero soggetti ai filtri di ammissibilità del divieto di *nova* in appello; a prescindere da questo aspetto, frutto del profilo temporale della produzione, deve aggiungersi che – come correttamente osservato da M.C. VANZ, *op cit*, pp. 62 e ss. – anche l'art. 698 c.p.c., in tema di istruzione preventiva, dovrebbe far propendere per questa conclusione. In effetti, una volta specificato che «(...) L'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito. I processi verbali delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso» sembra difficilmente sostenibile l'automatica ammissibilità di qualsiasi prova documentale nel processo.

merito¹⁵. Come per le prove precostituite, anche le prove atipiche sono quindi soggette a vagli di ammissibilità/utilizzabilità che incidono sull'attività del giudice nella ricostruzione della verità processuale.

4. – Ciò chiarito, permane ora l'analisi delle problematiche discendenti dalla natura ibrida dei mezzi atipici; come si è già accennato, infatti, tali prove sono caratterizzate da una discrepanza tra la forma documentale e la sostanza testimoniale o peritale. La discrasia appare tutt'altro che ininfluente considerato che la loro natura dovrà essere considerata nell'individuazione in concreto della loro fruibilità.

Anzitutto, la prova atipica – in quanto prova documentale – è soggetta alla disciplina applicabile alle prove precostituite; in tal senso, quindi, per poter accedere al processo, è necessario che la loro produzione rispetti tutti i crismi di forma richiesti dal codice di rito. Così, ad esempio, per potersi “ammettere” in primo grado, è necessario che il mezzo atipico superi il generale vaglio di rilevanza delle prove; similmente, per potersi introdurre in appello, occorre che soddisfi i requisiti previsti dalla disciplina del divieto di *nova*. Il rispetto di tali requisiti fa sì che la produzione della prova non sia invalida e che, conseguentemente, il giudice possa attingere dalle risultanze istruttorie ivi emergenti.

Se ci si fermasse ai meri requisiti di forma, le prove atipiche sarebbero introducibili nei medesimi limiti di qualsiasi prova precostituita; tuttavia, come si è più volte accennato, occorre tenere presente che le risultanze istruttorie da esse emergenti sarebbero dovute entrare nel processo mediante una prova costituenda, consulenza tecnica o testimonianza che sia.

Si potrebbe, quindi, ipotizzare che i limiti all'utilizzo delle prove atipiche possano arginare le conseguenze dell'uso distorto della forma documentale; d'altro canto, se il legislatore ha previsto che determinate assunzioni avvengano *banco iudicis*, munite di tutte le garanzie di legge, la scelta di *bypassare* il modulo tipizzato non può essere del tutto priva di conseguenze. Se così fosse, le parti opterebbero sempre per preconfezionarsi uno scritto stragiudiziale anziché sottoporre il teste all'interrogatorio del giudice e alle richieste di chiarimenti provenienti da controparte¹⁶.

¹⁵ Si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 2017, pp. 92 e ss., il quale – in riferimento all'ordinario giudizio di ammissibilità e rilevanza della prova – afferma che anche i documenti sono soggetti a tale vaglio ma in prossimità della decisione, successivamente alla loro produzione. Si cfr. con M.C. VANZ, *op cit*, pp. 68.

¹⁶ È questa la principale ragione che conduce A. GRAZIOSI, *op. cit.*, *passim*, a ritenere che almeno in linea di principio, le prove atipiche non possano avere accesso nel processo civile: «se si considera che nella grandissima parte dei casi la prova atipica assume le vesti di un documento rappresentativo di un esperimento istruttorio avvenuto fuori dal processo, a me pare decisivo ed insuperabile il rilievo che la produzione in giudizio di quel documento, svincolata com'è da qualsiasi

È scontato dire che i maggiori dubbi riguardano proprio la violazione del principio del contraddittorio; in effetti, gli *iter* di assunzione della prova testimoniale e della CTU prevedono una serie di garanzie che presuppongono l'interfacciarsi delle parti nella "formazione" della prova. Se – aderendo a queste osservazioni – si optasse per una rigida applicazione di tale principio, buona parte delle prove atipiche sarebbe inutilizzabile¹⁷; così, nel bilanciamento tra principi processuali, il diritto costituzionale alla prova verrebbe aprioristicamente compromesso per favorire il diritto al contraddittorio nella "formazione" della prova.

A ben vedere, però, questa operazione sarebbe inappropriata poiché imporrebbe di bilanciare un valore costituzionale – il diritto alla prova – con un principio che gode di puntuali riconoscimenti nella sola legge ordinaria – il diritto al contraddittorio nella "formazione" della prova; se è vero, infatti, che disposizioni come gli artt. 194, 195, 252 e 253 c.p.c. attribuiscono alle parti un ruolo chiave nell'assunzione della prova costituenda, non può celarsi che il legislatore costituzionale ha espressamente previsto che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti» ma che solo «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» (art. 111 Cost.)¹⁸.

Tale differenziazione dovrebbe sminuire le critiche sull'assenza del contraddittorio nella realizzazione delle prove atipiche e, al contempo, garantire le opportune reazioni alla loro produzione. In tal senso, in assenza di qualsivoglia fattispecie preclusiva¹⁹, si dovrebbe persino ritenere che la

controllo di ammissibilità, non può divenire l'*escamotage* per eludere l'applicazione delle norme che nel processo stabiliscono il come debba formarsi una prova».

¹⁷ Si veda A. CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 52 e ss.

¹⁸ Cfr. con opinioni divergenti M. GIALUZ, sub *art. 111*, in R. BIN - S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2ª ed., 2008, p. 966; M.C. VANZ, *op cit.*, pp. 204 e ss. Per scritti più risalenti sulla tematica del contraddittorio nella formazione della prova, si veda G. TARZIA, *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, pp. 634 e ss.; B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, pp. 437 e ss.; M. TARUFFO, *Note per una riforma del diritto delle prove*, cit., p. 276. Sul punto si veda anche L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004, p. 68, ove specifica che sarebbe sufficiente garantire «l'instaurazione di un adeguato contraddittorio fra le parti, in ordine alle risultanze istruttorie di tutte le prove che siano state a qualunque titolo acquisite, formate od assunte, prima che esse vengano apprezzate e valutate dal giudice».

¹⁹ Seguendo l'impostazione chiovendiana (G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, pp. 231 e ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Rist. 1965, pp. 858 e ss.), la produzione della prova atipica non determina alcun tipo di preclusione al successivo esercizio dei poteri istruttori; se è vero, infatti, che l'impedimento/interdizione può dipendere dalla consumazione del potere, dalla tardività nel suo esercizio o dal compimento di

parte contro cui è prodotta la prova atipica possa sempre richiedere l'espletamento della corrispondente prova tipica avvalendosi dell'opportuno *iter* di assunzione²⁰.

A prescindere da possibili violazioni del contraddittorio, la sentenza in epigrafe individua poi delle ipotesi in cui le prove atipiche non sono fruibili; nello specifico, la S.C. ammette questa possibilità quando si ricorre al mezzo atipico per eludere i divieti di natura processuale, quelli di natura sostanziale e la disciplina delle preclusioni²¹.

Alcuni esempi consentiranno di cogliere la portata chiarificatrice dell'arresto.

In primo luogo, il giudice non potrà avvalersi della prova atipica quando la sua produzione è funzionale ad aggirare una garanzia di natura processuale; così, ad esempio, non potranno utilizzarsi i verbali del processo penale in cui sono confluite alcune dichiarazioni rilevanti da parte di un soggetto incapace a testimoniare *ex art. 246 c.p.c.*

In secondo luogo, non saranno neppure impiegabili le prove elusive di divieti di carattere sostanziale; sempre in via esemplificativa, il giudice del

un atto con esso incompatibile, deve escludersi che la deduzione del mezzo atipico determini la perdita della facoltà di ricorrere ad ulteriore attività istruttoria.

²⁰ Sul punto si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 9 ed., Milano, 2017, p. 131. Le principali criticità si pongono quando il mezzo istruttorio atipico si forma in assenza del contraddittore e non si possa più assumere la corrispondente prova tipica (ad esempio, per la morte del testimone); in questo caso, sebbene non si possa negare l'ammissibilità della prova documentale atipica, il giudice dovrebbe tener debitamente conto di questo fattore in sede di valutazione delle risultanze istruttorie. Riconoscere la possibilità di assumere nuovamente la prova ricorrendo al modello di assunzione tipico potrebbe però determinare l'esecuzione di attività processuale inutile: l'espletamento della prova costituenda potrebbe rivelarsi ininfluente limitandosi a confermare il contenuto della prova atipica. Per disincentivare il ricorso all'espletamento della prova tipica corrispondente, il giudice dovrebbe tener conto dell'inutile dispendio di forze processuali sanzionando il comportamento della parte *ex art. 96, comma 3, c.p.c.* Sul punto si veda la recente Cass., ord. 21 febbraio 2018, n. 4136, nella quale veniva specificato che la norma di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c., si pone come presidio dell'abuso dei diritti processuali, introducendo nell'ordinamento una sanzione la cui natura non è intrinsecamente difforme dal danno punitivo; in dottrina, *ex plurimis*, P. NAPPI, sub art. 96, in *Codice di procedura civile commentato* (a cura di C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO), Milano, 2009, p. 50.

²¹ Si veda la precedente Cass. 5 marzo 2010, n. 5440, in cui veniva riconosciuto che «nel vigente ordinamento processuale, improntato al principio del libero convincimento del giudice, è ammessa la possibilità che egli ponga a fondamento della decisione prove non espressamente previste dal codice di rito, purché sia fornita adeguata motivazione della relativa utilizzazione, rimanendo, in ogni caso, escluso che tali prove «atipiche» possano valere ad aggirare preclusioni o divieti dettati da disposizioni sostanziali o processuali, così introducendo surrettiziamente elementi di prova che non sarebbero altrimenti ammessi o la cui ammissione richieda il necessario ricorso ad adeguate garanzie formali». In dottrina, analoghe conclusioni in B. CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, cit., p. 476 e ss.

processo *a quo* non potrà utilizzare uno scritto del terzo dal cui contenuto emerga l'esistenza di «patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea» (arg. *ex art.* 2722 c.c.).

Infine, ed è questo il caso affrontato dall'ordinanza in rassegna, il giudice non potrà tener conto delle prove atipiche prodotte con il solo scopo di eludere la disciplina delle preclusioni. Tale inutilizzabilità non dovrebbe però dipendere dalla tardività del mezzo istruttorio: la prova atipica di cui tratta l'arresto non è tardiva *ex art.* 345, comma 3, c.p.c., non è nulla o inammissibile; al contrario, essa è perfettamente valida ed ammissibile poiché sopravvenuta nel corso del giudizio appello²².

A ben vedere, quindi, il problema generale dei limiti all'utilizzabilità della prova atipica sarebbe estraneo ai meccanismi di invalidità (nullità/inammissibilità) per violazione di norme di forma: tale fenomeno sarebbe invece riconducibile all'alveo dell'elusione della disciplina normativa e, conseguentemente, all'abuso del diritto processuale²³. Guardando al caso di specie, la S.C. ha correttamente censurato il ricorso al mezzo atipico giacché – sebbene assunto nelle forme prescritte per la produzione dei documenti – la sua assunzione finisce con l'essere un'applicazione distorta ed abusiva del diritto costituzionale alla prova *ex art.* 24 Cost.

5. – In chiusura, deve quindi approvarsi il principio individuato e dettato dal giudice di legittimità. In effetti, la necessità di acclarare la verità

²² Si tratta sostanzialmente di una prova nuova, ma non tardiva *ex art.* 345, comma 3, c.p.c. Affinché la preclusione intervenga, occorre infatti che l'atto istruttorio (e, quindi, il deposito del verbale del processo penale) possa effettivamente compiersi nel corso del primo grado, *rectius* sino all'udienza di precisazione delle conclusioni di cui all'art. 189 del codice di rito. A contrario, se l'atto non può compiersi nel corso del giudizio primo grado, nessuna decadenza può intervenire: la preclusione incide su poteri attuali, mentre in tal caso il mancato esercizio del potere è dipeso dall'impossibilità di assumere la prova.

²³ Sotto questo punto di vista sono perfettamente coerenti le conclusioni di P. BIAVATI, *Intervento, in L'abuso del processo. Atti del XXVII convegno nazionale, Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bologna, 2012, pp. 249 e ss., ove specifica che «l'abuso consiste in un'attività in sé lecita (...). Non si tratta di un'attività in sé vietata, illegittima o invalida, perché allora già l'ordinamento reagisce e la espelle, con i metodi propri. L'abuso è invece molto più sottile: una deviazione dallo scopo oggettivo originario a cui la prassi piega un atto che la legge consente». Similmente, F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano, in L'abuso del processo. Atti del XXVII convegno nazionale, Urbino, 23-24 settembre 2011*, Bologna, 2012, p. 76, considera l'abuso come un'«attività distorsiva dell'atto e/o dello strumento processuale»; è scontato dire che, nel caso di specie, non si tratterebbe di un *abuso del processo* ma di un *abuso di relativo ad un singolo atto della procedura*; secondo ID., *L'abuso del processo, II, Diritto positivo*, Padova, 2000, p. 132, quest'ultimo fenomeno è diffuso nel campo delle prove, ove costituisce abuso l'«utilizzo di prove ottenute in maniera impropria o illecita».

materiale, mediante un'accentuazione del diritto alla prova, non può trasformarsi nel ricorso fraudolento e distorto alla produzione di prove atipiche: la funzione dei mezzi istruttori è quella di fornire al giudice strumenti per l'accertamento dei fatti e non quella di concedere alle parti meccanismi di elusione della disciplina processuale o sostanziale. Più nel dettaglio, la declaratoria d'inutilizzabilità della prova atipica a cui è giunta la Corte di cassazione si concreta nella condivisibile salvaguardia dei limiti preclusivi ai poteri istruttori.

Nonostante l'auspicabilità dell'orientamento abbracciato, si rendono necessarie due specificazioni a completamento di quanto detto.

In primis, per quanto riguarda la garanzia del contraddittorio, sebbene si sia cercato di evidenziare la sussistenza di meccanismi di tutela differenti da quelli del processo penale, non può nascondersi che sono rintracciabili talune fattispecie lesive di tale valore; come si è detto, la questione potrebbe porsi in tutti quei casi in cui il mezzo istruttorio non sia ripetibile ricorrendo alla prova tipica davanti al giudice *a quo*²⁴. Benché gli aspetti valoriali esulino dai vagli di ammissibilità o adoperabilità del mezzo istruttorio²⁵, si deve auspicare che, in sede di valutazione della prova, il giudice tenga conto della provenienza unilaterale dello scritto e dell'effettiva impossibilità di ricorrere al modulo tipizzato²⁶. A prescindere dal valore attribuibile a ciascuna prova atipica²⁷, l'usuale ricorso ai concetti di prova prudentemente apprezzabile e

²⁴ Un elemento sottovalutato del quale tener conto attiene alla corrispondenza soggettiva tra le parti del processo *a quo* e quelle del procedimento ove è assunta la prova: nel caso in cui tale corrispondenza non sussista, la possibile violazione del contraddittorio si palesa in misura maggiore rispetto all'ipotesi opposta. Sul punto, si vedano le osservazioni di M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., *passim*; M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017*, in *Riv. arbitrato*, 2018, pp. 113-114.

²⁵ Su questo aspetto si veda G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, cit., pp. 118 e ss.

²⁶ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., p. 131.

²⁷ Non è possibile attribuire ai mezzi istruttori atipici il valore di prova legale: neppure gli scritti provenienti da soggetti esercenti pubblici poteri potrebbero *tout court* godere di questa efficacia probatoria considerato che la loro assimilazione «comporterebbe a tacer d'altro un'estensione analogica della disciplina speciale dell'art. 2700 c.c., che la legge vuole invece circoscritta ai soli atti del notaio o di altro pubblico ufficiale debitamente "autorizzato" (art. 2699 c.c.)» (così, G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, cit., pp. 419-420; similmente, M. TARUFFO, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, cit., p. 415. *Contra*, nel senso che alcune prove atipiche possano avere valore di atto pubblico, si veda Cass. 11 maggio 2000, n. 6045, nella quale si attribuisce tale efficacia ad un certificato medico redatto da un medico convenzionato con l'INPS per il controllo della sussistenza delle malattie dei lavoratori). Considerata la generalità dell'art. 116, comma 1, c.p.c., pare corretto concludere che – fatte salve le prove "prestare", per le quali si ritiene direttamente o analogicamente applicabile il combinato disposto degli artt. 310, comma 3, e 116, comma 2, c.p.c. – le prove atipiche entrino a pieno titolo nella categoria delle prove

di argomento di prova attribuisce al giudice un buon margine di discrezionalità nella valutazione delle risultanze istruttorie non ripetibili²⁸.

Merita infine un cenno la problematica dell'interferenza generata dall'efficacia del giudicato penale nel processo civile²⁹; a prescindere, infatti, dall'utilizzo del provvedimento giurisdizionale come mezzo di prova nella causa civilistica, nell'individuazione dei limiti all'utilizzabilità dei verbali di prova testimoniale del processo penale si dovrebbe tener conto che gli artt. 651 e seguenti del c.p.p. prevedono che l'accertamento dei fatti contenuti nella sentenza penale possa – a talune condizioni – ritenersi valido anche per il processo civile³⁰. Non è questa la sede per approfondire la complessa

prudentemente apprezzabili. Si cfr. con B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, p. 294.

²⁸ Tale conclusione parte dalla considerazione che, da un lato, la prova prudentemente apprezzabile è quella la cui attendibilità è valutata secondo regole tratte dalla società civile, cioè secondo le massime d'esperienza (F.P. LUISSO, *op. cit.*, p. 80) e che, dall'altro, l'argomento di prova gode di un valore variabile che dipende dal rapporto intercorrente tra l'elemento empirico dal quale emerge l'argomento di prova e i fatti ricompresi nel *thema probandum* (sul punto si cfr. L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, pp. 435 e ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, cit., pp. 158 e ss. Sia consentito anche il rinvio a G. PIROTTA, *Impugnazione del riconoscimento di paternità: un instabile equilibrio tra forme processuali e giustizia sostanziale*, in *Fam. dir.*, 2016, p. 672 e ss. Peraltro, preme qui osservare che – secondo questa concezione di argomento di prova – il mezzo istruttorio "prestato" non deve essere necessariamente ricondotto alla prova presuntiva; in effetti, laddove la relazione tra l'elemento empirico generatore dell'argomento di prova e i fatti ricompresi nel *thema probandum* sia particolarmente intensa, ovverosia quando esista una connessione che permetta di discernere - sulla base degli esiti istruttori - l'esistenza del *factum probandum*, allora non v'è ragione, né sul piano logico né su quello giuridico, di limitare ad elemento di mero sussidio quanto emergente dall'argomento di prova. In tal senso, quindi, «l'argomento di prova (sarebbe) in grado di fornire anche la vera e propria prova del *factum probandum*, sia nella forma della "prova diretta", sia in quella della "prova indiretta"» (così, L. LOMBARDO, *op. ult. cit.*, p. 439).

²⁹ Il fenomeno a cui si fa riferimento differisce dall'utilizzo del provvedimento giurisdizionale come mezzo di prova; come già accennato, quest'ultima fattispecie è assimilabile alle altre prove atipiche ed ha ben poco da spartire con la problematica del giudicato penale nel processo civile. Sul tema della sentenza come mezzo di prova si è soffermato G.F. RICCI, *Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale*, cit., pp. 431, il quale ritiene che occorre riconoscere al provvedimento un «valore probatorio autosufficiente»; tale conclusione può ritenersi condivisibile purché non venga utilizzata per attribuire alla sentenza il valore di prova legale. Peraltro, diversamente da quanto affermato dall'A., il riconoscimento di questa efficacia "autosufficiente" non dovrebbe derivare dalla previa sottoposizione delle risultanze istruttorie ad un magistrato: l'utilizzo della sentenza come strumento di prova attribuisce al giudice del processo *a quo* una fonte di convincimento ancora più lontana dalla prova originaria. Semplicemente, la generalità dell'art. 116, comma 1, c.p.c. impone di attribuire l'efficacia di prova prudentemente apprezzabile anche a questo mezzo istruttorio.

³⁰ Gli artt. 651, 653 e 654 c.p.p. trattano di ipotesi ben specificate ed individuate nelle quali non solo vi è la garanzia di una forte stabilità del provvedimento, ma è anche garantito che la parte che patisce gli effetti negativi del giudicato penale sia stata coinvolta nel processo o quantomeno messa nella condizione di parteciparvi.

tematica degli effetti del giudicato penale nel processo civile; ciò nonostante – prima di negare l'utilizzabilità delle prove atipiche "prestate" – sembra opportuno che il giudice civile analizzi anche questo aspetto per evitare che le parti proponano delle impugnazioni col solo scopo di aggiornare la decisione civilistica al provvedimento penale irrevocabile.

Abstract

**REMARKS ON THE USE OF THE ATYPICAL EVIDENCE
IN THE CIVIL PROCEEDINGS**

L'Autore si confronta con il tema dell'ammissibilità della prova atipica nel processo civile, chiedendosi quali siano i principali limiti all'utilizzo della stessa.

The Author analyses the admissibility of the unclassified evidence in the civil proceedings, wondering which are the main limits to its use.

Sulla tematica dell'efficacia extrapenale del giudicato e sulla sua portata, si vedano, con opinioni non conformi, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 1227; A. CHILIBERTI, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, pp. 1015 e ss.; A. GHIARA, Sub art. 654, in *Comm. al nuovo cod. di proc. pen.* (coord. da M. CHIAVARIO), VI, Torino, 1991, p. 470; C. DE ANGELIS, *Processo civile e processo penale. Diritto "interprocessuale"*, Torino, 2009, pp. 183 e ss.; A. LOMBARDI, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, in G. BISCARDI – R. INVERNIZZI – A. LOMBARDI, *Interferenze tra processi. Civile, penale, amministrativo e tributario*, Milano, 2014, pp. 139 e ss.; G. SPANGHER, *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, in AA.VV., *Nuovi profili nei rapporti fra processo civile e processo penale*, Milano, 1995, pp. 31 e ss.; L. MONTESANO, *Il «giudicato penale sui fatti» come vincolo parziale all'assunzione e alla valutazione delle prove civili*, *ivi*, pp. 71 e ss.

PERCORSI INTERPRETATIVI DELL'ART. 829 COMMA 3, C.P.C.

Corte di cassazione, Sez. Un., 12 febbraio 2019, n. 4135 (Pres. Mammone, Est. Lamorgese).

L'art. 829 c.p.c., come riformulato e modificato dall'art. 24 d. lgs. n. 40 del 2006, prevede che il lodo arbitrale possa essere impugnato, tra i vari casi di nullità specificamente previsti dalla norma, non solo per *errores in procedendo* e per violazione dell'ordine pubblico, ma anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia se ciò sia espressamente disposto dalle parti o dalla legge.

Prima della riforma del 2006, diversamente, l'impugnazione per nullità, al di fuori degli altri casi tassativamente stabiliti, era ammessa qualora gli arbitri, nel giudicare, non avessero osservato le regole di diritto, salvo che le parti li avessero autorizzati a decidere secondo equità o avessero dichiarato il lodo non impugnabile. Era sempre poi fatta salva l'impugnazione per contrarietà all'ordine pubblico.

Considerata la novella, era poi prevista una disposizione di diritto transitorio, quella di cui all'art. 27, comma 4, d. lgs. n. 40 del 2006, la quale chiariva come l'art. 24 del d.lgs. si applicasse ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato fosse proposta *successivamente* all'entrata in vigore del decreto medesimo.

Sulla scorta di tale precetto, la giurisprudenza di merito, e segnatamente, per prima, quella della Corte d'appello di Bologna, aveva ritenuto diffusamente applicabile il *nuovo* art. 829 c.p.c. anche alle convenzioni di arbitrato stipulate anteriormente, tutte le volte che la domanda di arbitrato fosse stata proposta quando ormai esisteva la nuova disciplina, creando così, "una regola processuale data quale criterio di condotta".

Intervenuta in materia la Corte di cassazione, essa invece ripetutamente affermava come la nuova disciplina dell'art. 829 c.p.c. si applicasse ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato fosse stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del d.lgs. del 2006, "a nulla rilevando, secondo il chiarissimo disposto della norma transitoria, il riferimento temporale relativo alla clausola compromissoria (V. Cass. 17 settembre 2013, n. 21205; Cass. 20 febbraio 2012, n. 2400; Cass. 25 settembre 2015, n. 19075).

Sul presupposto che la disciplina transitoria si era mostrata univoca nel preferire la legge vigente al tempo del lodo rispetto a quella diversa anteriore, e che non vi erano ragioni superiori atte a giustificare una diversa interpretazione della norma così chiaramente formulata, la Corte Suprema si

discostava dall'orientamento delle Corti di merito, pur non mancando pronunce a queste conformi.

Persistendo contrasti all'interno della stessa Corte, nel 2016 intervenivano, sul punto, le Sezioni Unite con tre sentenze, le nn. 9284, 9285 e 9341 (Cass. 9 maggio 2016, n. 9341, in *Giur. it.*, 2016, 1449, con nota di DI MAJO, *Un discutibile esempio di «precomprensione»*; in *Giur. arb.*, 2016, 379, con nota di CERRATO, *Quando Ponzio Pilato siede in piazza Cavour: il caso della retroattività “fittizia” del nuovo art. 829, 3° comma, c.p.c. (con una «divagazione» in tema di arbitrato societario)*; Cass. 9 maggio 2016, n. 9285, *Foro it.*, Rep. 2016 e in *Giur. arb.*, 2016, 378, con nota di CERRATO, *cit.*; 9 maggio 2016, n. 9284, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *cit.*, n. 151, e *Giur. it.*, 2016, 1451, con nota di CONSOLO-BERTOLDI, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto negli arbitrati basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*; in *Giur. arb.*, 2016, 378, con nota di CERRATO, *cit.*). In ordine all'indirizzo della Corte in dottrina v. TURATTO, *Problemi di diritto intertemporale relativi all'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 286 ss.; DI GIROLAMO, *L'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto e problemi di costituzionalità*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 507 ss.), le quali sancivano che l'art. 829, comma 3, c.p.c. doveva applicarsi ai giudizi arbitrali promossi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006 ma che la legge cui lo stesso art. 829, comma 3 c.p.c. rinvia, per stabilire se sia ammessa l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito, deve considerarsi quella vigente al momento della stipulazione della convenzione di arbitrato.

Si tratta, com'è evidente, di una vicenda ermeneutica che ha portato ora a considerare *diritto vivente* l'interpretazione dell'art. 829, comma 3 c.p.c. datone dalle corti di merito, ora dalle sezioni semplici della Corte di cassazione, ora dalle Sezioni Unite, con tutte le sostanziali divergenze e conseguenze che ne sono derivate in termini di affidamento incolpevole delle parti sui precedenti orientamenti ritenuti consolidati ed operanti, non immaginandosi un (imprevedibile) “*revirement*” giurisprudenziale.

Tuttavia, il dato caratterizzante il provvedimento *de quo* è che la Corte di cassazione ritiene che il “*revirement*” non cada su una regola del processo - la qual cosa è oramai divenuta ammissibile per nostra giurisprudenza consolidata che anzi confina l’“*overruling*” al mutamento della legge processuale ad opera del giudice della nomofilachia - bensì su di una *norma sostanziale*, con ciò conseguentemente interrogandosi se sia estensibile il concetto di “*prospective overruling*” alla legge sostanziale, qual è reputata la regola posta dal novellato art. 829, comma 3, c.p.c. sia, quale antecedente, sulla possibilità di considerare “precedenti” in sé le sentenze delle corti di

merito.

La Cassazione, nella sostanza e, in altre parole, anche nel provvedimento *de quo*, ribadisce di accogliere la nozione di “diritto vivente” quale norma posta dal *conditor legis* e interpretata dalla giurisprudenza, ma si pone il problema se concorra alla formazione dello stesso la giurisprudenza di merito, tanto più quanto meno siano presenti nell’ordinamento pronunce di legittimità (perché, ad esempio, date questioni non giungono in Cassazione o perché si è nei primi anni di vita di una disposizione nuova e di conseguenza, sul punto, non vi sia ancora la giurisprudenza della Corte di cassazione).

Riportando le precise espressioni utilizzate, la prima Sezione civile della Corte di cassazione si chiede, specificamente, se la parte che abbia rinunciato ad esercitare un potere processuale, credendo di non averlo, per aver dato ascolto all’interpretazione giurisprudenziale di una norma (che a sua volta, testualmente, sembrava negare la spettanza di quel potere), ma senza ancora aver potuto beneficiare dell’interpretazione *nomofilattica* della disposizione all’apparenza limitatrice, abbia la possibilità di formulare una istanza di rimessione in termini allorché l’interpretazione della norma quale fornita dalla giurisprudenza di merito sia superata da un precedente nomofilattico, all’insegna di una interpretazione *secundum constitutionem*, prima non intravista dai giudici di merito.

Le Sezioni Unite tentano, anzitutto, di “fare ordine”, dando il giusto nome agli istituti richiamati e tentando chiarimenti in ordine alla *natura* delle norme invocate.

La prima questione esaminata attiene infatti alla natura, sostanziale o processuale dell’art. 829, comma 3, c.p.c.

Circa la clausola compromissoria, la Corte, nel rammentare che talune norme ne evidenziano l’aspetto *negoziale* mentre tal altre la considerano fonte di *effetti processuali*, giunge a qualificarla come una “disposizione di natura (anche) processuale”. Ciò in linea con le indicazioni di quella dottrina che l’ha annoverata tra le norme sostanziali con effetti sul piano processuale, valorizzandone la natura ambivalente ossia sostanziale e processuale ad un tempo, in ragione della diretta incidenza sull’esercizio del diritto di azione e, in particolare, sull’*an* e sul *quomodo* delle censure deducibili con l’impugnazione del loro rituale (quindi sul piano della tutela che è propria della giurisdizione civile, coerentemente con l’affermata natura giurisdizionale dell’arbitrato rituale (V. Cass. sez. un. 25 ottobre 2013, n. 24153. Ad una natura composita della fattispecie di cui al comma terzo dell’art. 829 c.p.c. non pare di effettivo ostacolo la sentenza la Corte costituzionale n. 13 del 2018 che ne ha implicitamente confermato tale natura. La Corte ha infatti rilevato come “la natura sostanziale e non

meramente processuale della regola posta dal novellato comma 3 dell'art. 829 c.p.c. non esclude che sia pur sempre la convenzione di arbitrato a determinare i limiti di impugnabilità dei lodi". Ciò in linea con quanto statuito dalle pronunce della Suprema Corte a Sezioni Unite del 2016, nn. 9284, 9285 e 9341).

Le Sezioni Unite passano poi ad esaminare il cuore della decisione, concentrandosi conseguentemente sulla plausibile interpretazione offerta dalla corte di merito dell'istanza di rimessione in termini come riferita all'istituto del "*prospective overruling*", ritenuto in astratto – e solo in astratto – applicabile in considerazione della poc'anzi indicata natura *anche processuale* dell'art. 829, comma 3, c.p.c.

L'istituto, tuttavia, non è ritenuto invocabile per plurime ragioni. Dopo aver riaffermato la funzione nomofilattica del Supremo collegio, le Sezioni unite sottolineano l'efficacia non cogente, ma solo persuasiva, dell'interpretazione di norme giuridiche da parte della corte medesima quale attività consustanziale all'esercizio stesso della funzione giurisdizionale. Di conseguenza, un mutamento di orientamento reso in sede di nomofilachia non soggiace al principio di irretroattività, non è assimilabile allo *ius superveniens* ed è per questo suscettibile di essere disatteso dal giudice di merito.

Le Sezioni Unite tengono cioè a precisare come il nostro sistema non aderisca al principio dello *stare decisis* e che pertanto il precedente di una corte superiore, quale che essa sia, non ha valore vincolante.

La Corte, poi, sul presupposto che l'interpretazione della giurisprudenza non ha valore di fonte del diritto, avalla l'operatività nel nostro sistema del c.d. "*overruling*" di norme di carattere processuale ove esso si connoti del carattere della imprevedibilità: quando si sia "agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento progressivo" si giustificerebbe una scissione tra il fatto - vale a dire il comportamento della parte risultante *ex post* non conforme alla corretta regola del processo - e l'effetto di preclusione o decadenza che ne dovrebbe derivare, con la conseguenza che in considerazione dei valori in gioco, primo fra tutti quello del giusto processo, deve escludersi l'operatività della preclusione o decadenza derivante dall'"*overruling*" nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa (la quale aveva creato l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo).

La Corte afferma così che, in siffatta evenienza, lo strumento processuale tramite il quale realizzare la tutela della parte va modulato in correlazione alla peculiarità delle situazioni processuali interessate dall'"*overruling*".

È poi la volta dell'analisi del concetto di "*prospective overruling*", istituto

che la Corte reputa applicabile ai mutamenti della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo e non anche su disposizioni di carattere sostanziale, richiamandosi a numerosi propri precedenti. Tale mutamento, avvertono le Sezioni Unite, deve essere stato imprevedibile o quantomeno inatteso e privo di segnali anticipatori del suo manifestarsi, tale cioè da indurre la parte ad un ragionevole affidamento su di esso.

L'“*overruling*” deve poi essere causa diretta ed esclusiva del diritto di azione o di difesa della parte ponendosi quale causa di sopravvenuta inammissibilità, improcedibilità, decadenze o preclusioni, in ragione della diversità delle forme e dei termini da osservare sulla base dell'orientamento sopravvenuto alla proposizione del ricorso, che abbia reso impossibile una decisione sul merito della pretesa azionata in giudizio.

Lo strumento atto ad ovviare all'errore scusabile della parte che si sia conformata alla consolidata interpretazione delle norme regolatrici del processo travolta dal successivo “*revirement*” giurisprudenziale dello stesso giudice di legittimità si conferma essere la *rimessione in termini*, non ostando, a parere della Corte, il difetto della istanza di parte, “atteso che la causa non imputabile è conosciuta dalla Corte di cassazione che, con la sua stessa giurisprudenza, ha dato indicazioni sull'agire processuale *ex post* rivelatesi inattendibili.

Tuttavia, l'esigenza di tutela insita in tale istituto non viene ritenuta sussistente né ravvisabile in via analogica in una situazione, qual è quella sottoposta alla propria attenzione, in cui la condotta processuale della parte - vale a dire la sua scelta di non impugnare il lodo per violazione di regole di diritto relative al merito della controversia- è stata determinata non già con adesione ad un orientamento interpretativo della Corte di cassazione -che infatti al tempo dell'impugnazione del lodo non si era ancora pronunciata in materia- ma da una personale lettura in senso restrittivo delle nuove disposizioni modificative dell'art. 829 c.p.c., introdotte dal d.lgs n. 40 del 2006 quanto ai motivi di impugnabilità del lodo in presenza di convenzioni arbitrali stipulate anteriormente.

La constatazione che il pregiudizio lamentato dalla ricorrente non sia imputabile a una innovativa esegesi interpretativa imprevedibile e repentina rispetto al consolidato orientamento pregresso, rende non pertinente il riferimento alla teoria dell'“*overruling*” che, a suo dire, attiene solo al rapporto tra la parte e la giurisprudenza di legittimità in presenza di stabili approdi interpretativi di questa “eventualmente a Sezioni Unite” in linea con la previsione di cui all'art. 374 c.p.c. (In riferimento a questa affermazione, secondo la quale la sussistenza o meno dell'“*overruling*” va parametrata sulle pronunce di legittimità, non sembrano esservi pronunce precedenti. Tuttavia, già in Cass. 8 agosto 2013, n. 18918, e 18 settembre

2013, n. 21342, (in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Cassazione civile*, nn. 232 e 233), si ritrova l'idea che l'istituto si configuri solo quando venga a mutare un pregresso diritto vivente; e che quest'ultimo sia integrato esclusivamente da pronunce di legittimità è tradizionalmente affermato dalle corti di vertice, italiane. V., ad esempio, Corte cost. 30 aprile 1984, per la quale un'interpretazione assai diffusa tanto nella giurisprudenza di merito quanto in dottrina non è sufficiente a ritenere formato un diritto vivente per la mancanza di precedenti nella giurisprudenza della corte di cassazione).

Esclusa l'operatività dell'"*overruling*", le Sezioni Unite tengono a sottolineare, di conseguenza, che le pronunce adottate in sede di merito non sono idonee ad integrare un diritto vivente e, quindi, a giustificare un affidamento qualificato, in quanto tale meritevole del rimedio suddetto. La Corte conclude infatti che la propria giurisprudenza rappresenta l'unico veicolo di interpretazione del significato della legge affidabile per la collettività e, di conseguenza, la sola possibile fonte di affidamento tale da rendere scusabile l'errore al sopraggiungere di un *overruling*.

Alla nozione di "causa non imputabile" di cui all'art. 153 c.p.c. è così estraneo l'errore derivante dalla scelta processuale della parte, seppure diretta conseguenza di una difficile interpretazione di norme processuali nuove o di norme comunque di complessa decifrazione, risolvendosi in un errore di diritto che, di regola, non può giustificare la rimessione in termini per evitare o superare la decadenza da un termine processuale e per giustificare impugnazioni tardive.

L'istituto non è pertanto ritenuto invocabile nell'ipotesi in cui il nuovo orientamento di legittimità sia ampliativo di facoltà e poteri processuali che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione delle norme processuali in senso autolimitativo, non indotta dalla giurisprudenza di legittimità bensì da quella di merito.

Ebbene, poiché, nel caso dell'art.829, comma terzo c.p.c., sottoposto alla sua attenzione, manca una giurisprudenza di legittimità suscettibile di creare l'apparenza di una regola, l'errore è da imputarsi esclusivamente all'interpretazione autolimitativa del procuratore della parte, come tale inescusabile (ed anzi, confliggente con il dovere di precauzione che incombe sull'avvocato, come sul notaio: v. Cass. 27 novembre 2012, n. 20995, in *Foro it.*, 2013, I, 1586).

La mancanza di una giurisprudenza di legittimità è, viceversa, valorizzata da Cass. 9 maggio 2018, n. 11232, cit., quale possibile elemento concorrente alla scusabilità dell'errore esegetico di parte. In particolare, la prima sezione aveva sottolineato «l'assenza, al momento della proposizione del gravame [...], di una giurisprudenza di legittimità che

chiarisse la portata del d.lgs. n. 142 del 2015, art. 27 e la presenza, invece, di interpretazioni discordi nella giurisprudenza di merito», rinvenendo un parallelo – sebbene non un'identità – con la «giurisprudenza che, in caso di *overruling*, riconosce l'esigenza di tutelare l'affidamento incolpevole della parte sulla regola processuale modificata», poste le "rilevanti analogie che potrebbero giustificare le stesse ragioni di tutela". Sull'ipotesi, peraltro, le Sezioni Unite (Cass. 8 novembre 2018, n. 28575, in *www.dirittoegiustizia.it*, 2018, con nota di CALVETTI, *Diniego di protezione internazionale: l'appello va proposto con ricorso e non con citazione*) non hanno ritenuto di esprimersi, avendo la soluzione infine adottata smentito le premesse su cui tale ricostruzione si basava. In questi precisi termini CAPASSO, *Di overrulings invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità*, nota a Cass. Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in *Foro it.*, 2019, I, 1639.

La questione viene così ricondotta ad un problema di responsabilità della parte o piuttosto dell'avvocato della stessa. E, al riguardo, il Supremo Collegio chiarisce che l'avvocato difensore è tenuto ad adempiere all'obbligazione inerente all'esercizio del mandato con la diligenza necessaria in relazione alla natura e all'importanza dell'attività professionale esercitata in concreto ai sensi dell'art. 1176, comma 2, c.c.

L'avvocato, lungi dall'essere un mero consulente legale con il compito di pronosticare l'esito della lite e di informare il cliente, o un giudice cui spetti la decisione, ha piuttosto l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del proprio cliente anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti ed anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale. Non a caso, l'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c., nel prevedere l'inammissibilità del ricorso per cassazione che ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza di legittimità, impone alla Corte di cassazione di valutare se l'esame dei motivi non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa, confermando il ruolo attivo e, diremmo responsabile, dell'avvocato per la più efficace tutela degli interessi del cliente nel processo.

Chiude il cerchio, sempre in capo all'avvocato, il dovere di precauzione che si risolve nel dover adottare la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente. Vale a dire che, nella pluralità dei significati plausibili inclusi nel potenziale semantico del testo legislativo

il legale della parte deve scegliere quello più rigoroso, ovvero il senso che ponga la parte assistita quanto più possibile al riparo da decadenze e preclusioni.

L'esito della complessità dei processi interpretativi è così, secondo le Sezioni Unite, il prodotto della funzione nomopoietica distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, primo fra tutti l'avvocato, continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice e tra le parti.

Quanto al rapporto professionale col cliente, la Corte rammenta che la responsabilità dell'avvocato è esclusa nei casi di risoluzione di questioni interpretative di particolare difficoltà o opinabili (art. 2236 c.c.) a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave ma che, non per questo, la parte ha diritto alla rimessione in termini nel compimento di attività precluse o per le quale è decaduta, occorrendo pur sempre, a suo dire, l'esistenza di uno stato di fatto configurabile come causa non imputabile cui la decadenza o la preclusione siano immediatamente riconducibili a norma dell'art. 153, comma 2, c.p.c. Deve così trattarsi solo di un fatto incolpevole che si collochi al di fuori della sua sfera di controllo e che avrebbe, altrimenti, un effetto lesivo del suo diritto di difesa in violazione dell'art. 24 Cost., situazione non configurabile tuttavia nel caso di specie.

BEATRICE FICCARELLI

LA CORTE DI CASSAZIONE TORNA A PRONUNCIARSI SULLA NATURA DEL DECRETO DI NOMINA DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO

Corte di cassazione, Sez. VI, ord. 12 dicembre 2018, n. 32071 (Est. Mercolino)

Con il provvedimento segnalato la Corte di cassazione torna a pronunciarsi sulla natura giuridica del decreto del giudice tutelare di nomina dell'amministratore di sostegno, ai fini della individuazione del giudice competente per il reclamo.

La Corte richiama l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che, in tema di amministrazione di sostegno, distingue tra i provvedimenti di apertura e di chiusura della procedura, assimilabili, per la loro natura, alle sentenze emesse nei procedimenti di interdizione e di inabilitazione, e quelle riguardanti le modalità di attuazione della tutela e la concreta gestione del patrimonio del beneficiario; limitando, rispetto ai primi, il reclamo alla Corte

d'appello ai sensi dell'art. 720-bis, comma 2, c.p.c. avendo detti provvedimenti natura *decisoria* in quanto incidenti su diritti soggettivi "naturalissimi" (artt. 32 e 19 Cost.); e riconoscendo invece ai secondi – sempre modificabili e revocabili in base ad una rinnovata valutazione degli elementi acquisiti – carattere *gestorio*, consentendone pertanto l'inquadramento negli artt. 374 e ss. c.p.c., richiamati dall'art. 411 c.c., con la conseguente proponibilità del reclamo dinanzi al tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'art. 739 c.p.c. (v. tra le altre Cass., sez. I, 28 settembre 2017, n. 22693, in www.dirittoegiustizia.it; Cass., sez. I, 16 febbraio 2016, n. 2985). Alla seconda categoria di provvedimenti devono ricondursi, prosegue la Corte, anche quelli di designazione, revoca e sostituzione dell'amministratore, non ravvisandosi al riguardo una incidenza sui diritti soggettivi personalissimi, ma volti esclusivamente ad individuare il soggetto cui è demandata in concreto la cura della sua persona e dei suoi interessi (sul reclamo avverso i provvedimenti del giudice tutelare, v. DANOVI, *Sulla competenza per il reclamo avverso i provvedimenti del giudice tutelare*, in *Dir. fam.*, 2006, 1076 e GIORGETTI, *Decreti del giudice tutelare e competenza sul reclamo*, in *Fam. dir.*, 2003, 48 ss.).

Nel caso concreto, la Corte di legittimità osserva che le doglianze proposte con il reclamo non hanno ad oggetto l'apertura dell'amministrazione di sostegno, la cui necessità è stata riconosciuta dalle stesse reclamanti, bensì l'individuazione della persona incaricata di coadiuvare la beneficiaria nella cura della propria persona e nella gestione dei propri interessi, contestando la scelta di un soggetto estraneo al nucleo familiare. Secondo i giudici di legittimità, non può dunque condividersi l'affermazione del Tribunale di Brescia adito per il reclamo, secondo cui il reclamo stesso avrebbe dovuto essere proposto dinanzi alla Corte d'appello ai sensi dell'art. 720-bis c.p.c., in virtù del carattere decisivo del provvedimento impugnato, che, in quanto avente ad oggetto la designazione dell'amministratore di sostegno, doveva considerarsi incidente sul diritto dell'incapace di esprimere la sua volontà in ordine alla persona che in sua vece avrebbe potuto compiere gli atti contemplati nel decreto.

La circostanza che, nella scelta della persona da nominare, il giudice tutelare sia tenuto in linea di principio ad attenersi alle indicazioni fornite dal beneficiario, potendosene discostare esclusivamente in presenza di gravi motivi, non consente di ritenere che tale inosservanza comporti una modificazione della natura del provvedimento di nomina, bensì unicamente una differente valutazione dell'interesse del beneficiario, rimessa alla discrezionalità del giudice tutelare, con il solo limite di un adeguato onere motivazionale.

A tal riguardo non assumerebbe alcun rilievo la circostanza che tale individuazione abbia luogo contestualmente all'apertura del procedimento, dovendosi in tal caso distinguere in ordine alle ragioni che giustificano il riconoscimento della tutela e alla scelta delle modalità di attuazione della stessa., assoggettate da differenti regimi.

La Corte pertanto, in linea con l'orientamento oramai consolidato, conclude riconoscendo in capo al tribunale, in composizione collegiale, la competenza a decidere sul reclamo proposto avverso il provvedimento di designazione dell'amministratore di sostegno.

BEATRICE FICCARELLI

**LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
SULLE CONTROVERSIE CONCERNENTI
L'INDENNIZZO DOVUTO PER LA VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL
NO CREDITOR WORSE OFF**

Tribunale di Mantova, 30 aprile 2019 (Est. Bernardi)

La sentenza in commento arricchisce il numero di decisioni rese ad esito di azioni promosse da azionisti o creditori delle quattro banche locali – Banca delle Marche, Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, Cassa di Risparmio di Ferrara e Cassa di Risparmio di Chieti – poste in risoluzione a seguito dell'introduzione del D.Lgs. n. 180/2015, che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sul risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento.

Il D.Lgs. n. 180/2015 ha, infatti, subito trovato applicazione nella gestione del dissesto delle citate quattro banche locali, già in precedenza sottoposte ad amministrazione straordinaria.

Accertata la sussistenza dei presupposti necessari per l'apertura della procedura (situazione di dissesto; assenza di misure alternative per il superamento di tale situazione; interesse pubblico), le quattro banche locali sono state contestualmente sottoposte alla procedura di risoluzione, prevista dal D.Lgs. n. 180/15, la quale ha comportato per ciascuna di esse: in primo luogo, la riduzione integrale delle riserve patrimoniale e delle azioni, nonché del valore nominale degli elementi di classe 2 computabili nei fondi propri, al fine di coprire una parte delle perdite; in secondo luogo, la cessione dell'azienda bancaria (ad esclusione dei subordinati non computabili) a un ente-ponte appositamente costituito e la successiva cessione dei crediti in

sofferenza dall'ente-ponte ad una società veicolo per la gestione delle attività; inoltre, la proposta di sottoposizione della banca a liquidazione coatta amministrativa.

Come rilevato in dottrina (B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite* (D.Lgs. n. 180 del 2015) in questa *Rivista*, 2019, 20), al fine di limitare il più possibile l'impatto del dissesto della banca sul sistema economico e finanziario ed, in ultima istanza, sui contribuenti, il D.Lgs. n. 180/2015 impone che le perdite siano sostenute dagli azionisti e dai creditori della banca, nella misura sufficiente a consentire la cessione dell'azienda bancaria all'ente ponte, garantendo così le funzioni essenziali dell'ente, a patto che le perdite subite non siano superiori a quelle che azionisti e creditori avrebbero sopportato se l'ente fosse stato sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, in conformità al principio del *No Creditor Worse Off*.

Tale principio è esplicitamente delineato dall'art. 87 del D.Lgs. n. 180/2015, sia in relazione all'ipotesi di applicazione del *bail in* (comma primo), sia in relazione all'ipotesi di cessione parziale di diritti, attività e passività dell'ente sottoposto a risoluzione (comma secondo). In particolare, per tale secondo caso, è previsto che gli azionisti e i creditori i cui crediti non sono stati ceduti hanno diritto di ricevere almeno quanto avrebbero ottenuto se l'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato secondo la liquidazione coatta amministrativa disciplinata dal Testo Unico Bancario.

L'art. 88 del D.Lgs. n. 180/2015 prevede, quindi, che, a seguito delle azioni di risoluzione, un esperto indipendente incaricato dalla Banca d'Italia effettua una valutazione per determinare il trattamento che gli azionisti e i creditori avrebbero ricevuto se, nel momento in cui è stata accertata la sussistenza dei presupposti per l'avvio della risoluzione, l'ente sottoposto a risoluzione fosse stato liquidato secondo la liquidazione coatta amministrativa.

Qualora, sulla base della valutazione di cui all'art. 88, risulti che l'azionista o il creditore abbia subito perdite maggiori di quelle che avrebbe subito in una liquidazione coatta amministrativa, questi, a mente dell'art. 89, ha il diritto a ricevere, a carico del fondo di risoluzione istituito presso la Banca d'Italia, a titolo di indennizzo, una somma equivalente a quanto avrebbero ricevuto nell'ambito dell'ordinaria procedura di liquidazione, detratto quanto ottenuto per effetto delle azioni di risoluzione.

Come osservato in dottrina «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

piuttosto ha la funzione di riconoscere una somma a titolo di rettifica dei conteggi di stima precedentemente applicati e successivamente aggiornati.

Il principio di diritto dal quale si muove la previsione dell'indennizzo previsto dall'art. 89, d.lgs. n. 180 del 2015, è nella sostanza il medesimo che regola la rettifica del contratto di cui all'art. 1430 c.c. Va osservato che mentre in quest'ultima fattispecie le obbligazioni che discendono dalla rettifica del contratto ricadono sui contraenti che si sono avvantaggiati dell'errore di calcolo, secondo una logica che ripercorre la *ratio* dell'indebito, nel caso dell'indennizzo previsto dall'art. 89, l'onere della corresponsione dell'indennizzo stesso non può certamente ricadere sull'ente-ponte cessionario dell'azienda bancaria o comunque sul patrimonio oggetto della cessione. I patrimoni di questi ultimi sono infatti estranei tanto ai procedimenti di conversione e riduzione a suo tempo realizzati dall'autorità di risoluzione, quanto all'atto di cessione a suo tempo attuato dalla stessa. Conseguentemente il comma 2° dell'art. 89, pone tale indennizzo a carico del fondo di risoluzione. Quest'ultimo sulla base dei nuovi dati potrebbe a sua volta ridimensionare l'entità del suo intervento, compensando quindi l'onere dell'erogazione di tali indennizzi» (B. INZITARI, *BRRD, bail in, risoluzione della banca in dissesto, condivisione concorsuale delle perdite (D.Lgs. n. 180 del 2015)*, cit., 34).

Nella fattispecie in esame, il Tribunale di Mantova ha deciso sulla domanda di indennizzo *ex art.* 88 del D.Lgs. n. 180/2015 proposta nei confronti della Banca d'Italia da un soggetto titolare di obbligazioni subordinate della Cassa di Risparmio di Ferrara, il cui valore è stato azzerato per effetto del provvedimento di riduzione adottato nell'ambito della procedura di risoluzione a cui è stata sottoposta la Banca.

In particolare, l'attore aveva acquistato obbligazioni subordinate della Cassa di Risparmio di Ferrara e di averle costituite in pegno a garanzia del rimborso di un mutuo concesso dalla medesima Banca ad una società in nome collettivo, a favore della quale l'attore aveva prestato fideiussione e le obbligazioni subordinate in questione, nell'ambito della procedura di risoluzione della Cassa di Risparmio di Ferrara, erano poi state colpite dal provvedimento di "riduzione integrale delle riserve e del capitale rappresentato da azioni, anche non computate nel capitale regolamentare, e del valore nominale degli elementi di classe 2 computabili nei fondi propri". La pretesa risarcitoria si fondava sul fatto che, ove la Cassa di Risparmio di Ferrara fosse stata sottoposta a liquidazione coatta amministrativa anzi che alla procedura di risoluzione, l'attore avrebbe ricevuto un trattamento migliore, in quanto avrebbe potuto porre in compensazione il credito del medesimo relativo al pagamento delle cedole ed al rimborso del capitale delle obbligazioni subordinate con il debito maturato quale fideiussore della

società mutualitaria. L'attore ha, quindi, domandato al Tribunale di Mantova di condannare la Banca d'Italia a corrispondergli l'indennizzo di cui all'art. 89 del D.Lgs. n. 180/2015.

Con i provvedimenti segnalato il Tribunale di Mantova ha esaminato due questioni pregiudiziali

Il Tribunale adito, accogliendo l'eccezione formulata dalla Banca d'Italia, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che la giurisdizione appartenga al giudice amministrativo. Tale conclusione è stata argomentata sul rilievo per cui la domanda di indennizzo *ex art. 88 del D.Lgs. n. 180/2015*, avendo quale presupposto l'erroneità della valutazione svolta dall'esperto indipendente ai sensi dell'art. 88 del D.Lgs. n. 180/2015, in base alla quale, in caso di liquidazione coatta amministrativa, azionisti e creditori avrebbero ricevuto il medesimo trattamento ricevuto in concreto per effetto delle azioni di risoluzione, costituisce indirettamente un'impugnazione di tale valutazione.

La valutazione dell'esperto indipendente, essendo atto necessario al completamento dell'*iter* procedimentale di risoluzione dell'ente creditizio, deve essere configurata alla stregua di un provvedimento adottato ai sensi del D.Lgs. n. 180/2015. Pertanto, posto che, ai sensi dell'art. 95 D.Lgs. n. 180/2015, «la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal Codice del processo amministrativo. Alle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti adottati ai sensi del presente decreto si applicano gli articoli 119, 128, 133 e 135 del medesimo Codice la controversia avente ad oggetto le valutazioni in parola rientrano nella cognizione esclusiva del giudice amministrativo, a norma dell'art. 95», la controversia avente ad oggetto le valutazioni dell'esperto indipendente nominato dalla Banca d'Italia rientra nella cognizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il Tribunale ha rilevato, inoltre, che alla medesima conclusione si giungerebbe anche in considerazione del fatto che la relazione di stima dell'esperto indipendente incaricato da Banca d'Italia ha natura di atto amministrativo, sicché ogni controversia ad essa afferente rientra nell'ambito di previsione di cui all'art. 133, lett. c), del D.Lgs. n. 104/2010, che riserva tali controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

LIVIA MARCINKIEWICZ

**È ESCLUSO L'OBBLIGO DELLA PROCEDURA COMPETITIVA EX ART.
163-BIS L. FALL. PER LA PROPOSTA DELL'ASSUNTORE DEL
CONCORDATO**

Tribunale di Forlì, decr. 25 febbraio 2019 (Pres. Talia, Est. Vacca)

Nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, nel quale il soddisfacimento dei creditori era garantito dall'assunzione *ex art. 160, lett. b) l. fall.* di tutte le attività della società in concordato, con pagamento parziale dei creditori chirografari, veniva depositata da un terzo una manifestazione di interesse ad assumere esso stesso il concordato, con proposta migliorativa, che, ferme le altre condizioni, prevedeva un percentuale maggiore di soddisfacimento dei crediti chirografari. A seguito di ciò, il tribunale veniva sollecitato ad aprire una procedura competitiva *ex art. 163-bis l. fall.*

Il Tribunale di Forlì si è dunque confrontato con problema dell'applicabilità di tale articolo al concordato con assuntore. Si tratta di una questione che ha ricevuto risposte in senso affermativo (Trib. Torino, 19 giugno 2018, in *www.ilfallimentarista.it*, con nota critica di M. TERENCE, *Nuovi contributi giurisprudenziali in materia di rapporti tra concordato con assunzione ed offerte concorrenti*), ma che il Tribunale di Forlì – aderendo ad un opposto indirizzo (Trib. Milano 15 giugno 2017, in *Fall.*, 2018, 513; Trib. Rimini 1 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*) – ha risolto negativamente.

In particolare, il Tribunale ha evidenziato che vi è infatti una differenza ontologica tra la proposta di assunzione del concordato e l'offerta proveniente da terzi che impone l'apertura di una procedura competitiva. Ciò in quanto il soggetto che si propone di assumere il concordato subentra nella medesima posizione attiva e passiva della società in concordato, sostituendosi ad essa e divenendone successore, mentre chi acquista l'azienda, uno o più rami o specifici beni dietro un corrispettivo, succede solamente nei singoli rapporti conseguenti al bene o ai beni acquistati.

Sulla scorta di tale premessa, il Tribunale ha affermato che la competizione disciplinata dall'art. 163-bis l. fall. è solo quella che riguarda il trasferimento a titolo oneroso ad un soggetto di singoli e specifici beni, ivi compresa l'azienda o più rami di essa, non attagliandosi invece alla diversa fattispecie del subentro di un terzo nella medesima posizione complessiva della società in concordato.

Esclusa l'applicabilità dell'art. 163-bis l. fall., il decreto qui segnalato ha concluso che la proposta di assunzione del concordato deve essere assoggettata alla specifica disciplina dettata dall'art. 163, commi da 4 a 7, l. fall. sulle proposte concorrenti: queste previsioni non prevedono l'espletamento di una procedura competitiva sulle proposte concorrenti, bensì l'assoggettamento delle stesse al voto dei creditori.

MARTA MONZANI

**L'OBBLIGO DI COMPARIZIONE PERSONALE DEL FALLITO
DAVANTI AGLI ORGANI DELLA PROCEDURA EX ART. 49 L. FALL.**

Tribunale di Milano, 8 maggio 2019 (Pres. e rel. Paluchowski)

Con il decreto qui segnalato il Tribunale di Milano si è pronunciato sul reclamo presentato da un soggetto convocato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 49 l. fall., il quale ne aveva chiesto la revoca sulla scorta del fatto che il provvedimento non precisava in quale veste fosse convocato.

Il Collegio ha osservato anzitutto che l'obbligo di cui dall'art. 49 l.fall. – a mente del quale il fallito, così come gli amministratori e i liquidatori degli enti assoggettati a fallimento, devono presentarsi al giudice delegato, al curatore o al comitato dei creditori, al fine di rendere informazioni o chiarimenti utili per la gestione della procedura – è stato soggetto a profonde modifiche al fine contemperare in modo diverso rispetto al passato la tutela degli interessi della procedura con la condizione del fallito.

L'originaria formulazione dell'articolo sanciva il divieto per il fallito di allontanarsi dalla propria residenza senza il permesso del giudice delegato ed il suo obbligo di presentarsi dinnanzi agli organi della procedura ogniqualvolta convocato, con la possibilità in capo al giudice di disporre l'accompagnamento coattivo. Successivamente, per effetto della riforma della legge fallimentare del 2006, di cui al d.lgs. n. 5/2006, l'art. 49 l.fall. è stato modificato, stabilendosi che il fallito è libero di cambiare la residenza o il domicilio, salvo il solo obbligo di comunicare il mutamento al curatore. In questa prospettiva di attenuazione delle conseguenze personali derivanti dal fallimento alla persona del fallito, si sarebbe giustificata anche l'eliminazione della previsione del comma secondo dell'art. 49 l. fall., che stabiliva che in caso di mancata ottemperanza da parte del fallito alla convocazione da parte degli organi della procedura, si poteva procedere ad accompagnamento coattivo.

Il provvedimento in commento ha poi sottolineato l'importanza dell'obbligo di comparizione del fallito, degli amministratori – ad avviso del Tribunale, anche solo di fatto – dei liquidatori davanti agli organi della procedura al fine di permettere a questi ultimi di acquisire le informazioni necessarie o utili alla gestione della procedura anche con l'obiettivo di ricostruire anche la fase che ha preceduto il dissesto.

Il Tribunale ha poi osservato che, a fianco di questo obbligo di comparizione, la cui violazione è presieduta da una tutela penale, il giudice delegato, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 49 l. fall., ha un generico potere, di convocare ed udire a chiarimenti chiunque sia in qualche modo coinvolto nella procedura, privo quest'ultimo però di sanzione.

Operate queste precisazioni in linea di diritto, il Tribunale ha osservato che, per un verso, il soggetto convocato non avrebbe la facoltà di non rispondere alle domande che gli siano poste e, per altro verso, le sue dichiarazioni potrebbero rivelarsi a lui pregiudizievoli. In ragione di ciò, secondo il Tribunale il soggetto convenuto per rendere informazioni agli organi della procedura deve essere necessariamente reso edotto delle ragioni della sua convocazione.

LIVIA MARCINKIEWICZ

POTERI OFFICIOSI DEL GIUDICE ED ACQUISIZIONE DI DOCUMENTI NEI PROCESSI DELLA FAMIGLIA

Tribunale di Pistoia, ord. 20 aprile 2018 (Est. Maione)

Nel corso della fase a cognizione piena di un procedimento per divorzio giudiziale, il Giudice istruttore, con ordinanza riservata, letti gli atti ed esaminate le istanze istruttorie formulate dalle parti a sostegno delle rispettive domande ed eccezioni relative alla determinazione di assegni di mantenimento per i figli e di divorzio, ritenuta la superfluità dei capitoli di prova per testimoni formulati dal ricorrente nonché delle richieste di esibizione avanzate, ritenuta altresì la causa matura per la decisione, fissava udienza per la precisazione delle conclusioni, disponendo contestualmente, «ex art. 210 c.p.c. e art. 5 l. n. 898/1970» che le parti completassero la documentazione atta a valutare la loro situazione patrimoniale-reddituale, esibendo le ultime dichiarazioni dei redditi, oltre a quelle presentate con gli atti introduttivi; le buste paga dell'anno in corso; le scritture contabili periodiche relative ai rapporti bancari e/o postali e/o assicurativi e/o dossier titoli a loro intestati o cointestati, dall'anno precedente l'introduzione della causa alla data del deposito, con tutti i movimenti, anche relativi alle eventuali carte di credito; le carte di circolazione dei veicoli da loro utilizzati, le visure catastali di beni immobili su cui vantassero diritti reali, nonché la documentazione relativa a redditi diversi da quelli lavorativi (quali azioni, immobili ecc.).

Con siffatto provvedimento il Tribunale di Pistoia dimostra così di aderire alla tesi secondo cui nei procedimenti *lato sensu* familiari di cui all'art. 337-ter c.c., il giudice può disporre d'ufficio l'esibizione di documenti in giudizio in deroga al principio dell'istanza di parte consacrato dagli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c., in base alla aspirazione di tali procedimenti di addivenire, per quanto possibile, ad un accertamento pieno dei fatti in virtù dei particolari diritti tutelati.

La tesi medesima, sostenuta da certa dottrina soprattutto con riferimento ai provvedimenti economici relativi alla tutela della prole minorenni o maggiorenne ma non economicamente autosufficiente (v. ad es. POLISENO, *Poteri del giudice, relazioni investigative e tutela della prole*, in *Fam. dir.*, 2019, 472 ss.) rispecchia i più recenti orientamenti, in materia, della Corte di cassazione secondo cui «la tutela degli interessi della prole é sottratta all’iniziativa e alla disponibilità delle parti ed il giudice ha sempre il potere di adottare d’ufficio, in ogni stato e grado del processo di merito, tutti i provvedimenti necessari per la migliore protezione dei figli e di esercitare, in deroga alle regole generali sull’onere della prova, i poteri istruttori officiosi necessari alla conoscenza della condizione economica e reddituale delle parti» (così Cass. 24 agosto, n. 21178).

Dal momento che il giudice, nel provvedimento commentato, fa così assumere all’istituto istruttorio della esibizione documentale una connotazione officiosa, l’interprete è portato a confrontarsi con un problema di compatibilità tra norme, vale a dire l’art. 210 c.p.c. e l’art. 337-octies c.c. secondo cui, nei procedimenti separativi e di divorzio il giudice, anche in via provvisoria, prima della emanazione dei provvedimenti a tutela della prole, può assumere ad istanza di parte o d’ufficio mezzi di prova. Tra essi viene infatti a ricomprendersi l’esibizione istruttoria quale strumento di acquisizione al giudizio di una fonte di prova documentale o di altra cosa avente rilevanza probatoria e che si trovi nella materiale disponibilità di una parte o di un terzo (su cui per tutti GRAZIOSI, *L’esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003).

Il problema, di più agevole soluzione con riferimento ai provvedimenti a tutela dei figli, assume invece complessità allorché l’esibizione istruttoria venga disposta, come pare nel provvedimento in commento, anche per l’accertamento e definizione degli assetti economici tra coniugi i cui diritti si sottraggono al carattere della indisponibilità diversamente per quanto accade per i diritti della prole.

BEATRICE FICCARELLI

LA RIFORMA DELL'ASSEGNO DI DIVORZIO

CARLO RIMINI

*Professore ordinario
nell'Università di Milano*

La Camera ha approvato il disegno di legge sulla riforma dell'assegno di divorzio. Il testo, approvato a larghissima maggioranza, dovrebbe avere una strada in discesa anche al Senato. Si tratta infatti di una riforma bipartisan: proponente e relatrice è l'on. Morani (PD), ma il testo è sostenuto anche dal Governo. Già questa, di questi tempi, è una notizia. È una buona notizia, perché l'accordo è relativo ad una questione che riguarda la famiglia e i rapporti di genere, temi sui quali nel nostro Parlamento le riforme hanno sempre avuto percorsi complicati da barriere ideologiche. Ma quali sono le novità introdotte dalla riforma?

L'assegno riconosciuto al momento del divorzio a favore del coniuge più debole è stato oggetto negli ultimi anni di grande attenzione, non solo del legislatore, ma anche della giurisprudenza. Questo ripensamento era ormai indispensabile perché le regole sull'assegno – concepito nel 1970 come strumento per proiettare dopo il divorzio i vincoli di solidarietà e di assistenza che caratterizzano il matrimonio – sono rimaste per decenni immutate nonostante i profondi cambiamenti che hanno investito la famiglia. La giurisprudenza aveva assistito immobile a questo cambiamento continuando ad attribuire all'assegno di divorzio una natura assistenziale, come se i legami solidaristici che derivano dal matrimonio fossero indissolubili. Era un sistema che non piaceva al coniuge più forte (generalmente il marito) che non vede la ragione per continuare a prestare assistenza economica all'altro dopo la fine del matrimonio. Ma non piaceva neppure al coniuge più debole (generalmente la moglie) che, al momento del divorzio, non cerca affatto assistenza economica ma una giusta compensazione per le energie spese a favore della famiglia durante il matrimonio e per le opportunità perse impiegando le proprie risorse e il proprio tempo a favore della crescita dei figli.

Nel 2018 la Cassazione, con una fondamentale sentenza a Sezioni Unite, ha rivoluzionato la giurisprudenza consolidata nei decenni precedenti e ha chiarito che l'equità dei rapporti patrimoniali fra gli ex coniugi divorziati passa proprio attraverso il concetto di "compensazione". L'assegno di divorzio non è una rendita parassitaria, ma ha la finalità di compensare il coniuge debole per i sacrifici fatti a favore della famiglia, che sono proprio la causa dello squilibrio spesso presente nella situazione economica dei coniugi

al momento del divorzio. A questo risultato la giurisprudenza è giunta semplicemente reinterpretando la legge vigente alla luce dell'evoluzione della società.

La riforma in discussione alla Camera si pone nel solco tracciato dalla Cassazione. Da questo punto di vista il Parlamento arriva tardi e non fa altro che confermare un risultato già acquisito. Nella prassi dei nostri tribunali, che hanno già recepito l'insegnamento della Cassazione, cambierà poco. Non ci sarà più la possibilità di dare rilievo, nella determinazione dell'assegno, ai comportamenti dei coniugi che hanno causato il divorzio. Questa innovazione è l'effetto di un emendamento approvato in Commissione Giustizia e creerà molte discussioni perché manca il raccordo con quanto accade al momento della separazione, quando invece il codice prevede ancora che la valutazione sulla violazione dei doveri che derivano dal matrimonio incida sul riconoscimento dell'assegno di mantenimento. Ma si tratta di discussioni destinate ad avere un rilievo quasi solo teorico perché già oggi i comportamenti che hanno condotto al fallimento del matrimonio hanno una incidenza pratica molto modesta. Anche da questo punto di vista quindi poco cambierà.

C'è invece un aspetto su cui il nuovo testo è certamente innovativo. La riforma prevede che il giudice possa scegliere di riconoscere l'assegno divorzile solo per un tempo determinato. Se, al momento del divorzio, si prevede che l'ex coniuge più debole possa, dopo qualche tempo, reinserirsi nel mondo del lavoro e diventare autonomo, allora il giudice può prevedere che l'assegno duri solo il tempo necessario per consentire questo reinserimento. È una innovazione certamente positiva e da tempo attesa.

Vi è invece un altro aspetto in relazione al quale il testo approvato in Commissione Giustizia delude le attese degli operatori. Non è prevista la possibilità che il giudice possa imporre che la compensazione a favore del coniuge che ha dedicato in misura prevalente le proprie energie a favore della famiglia sia effettuata con una somma in un'unica soluzione invece che con un assegno mensile. Negli ordinamenti con i quali siamo abituati a confrontarci l'assegno mensile è ormai una eccezione. La regola è invece costituita da un "*clean break*", come dicono gli inglesi, da una "*prestation compensatoire en capital*", come dicono i francesi. Finito il matrimonio, anche i legami economici devono essere tagliati e non è opportuno mantenere in vita un assegno mensile. Un pagamento in un'unica soluzione è lo strumento migliore per consentire agli ex coniugi di andare ognuno per la propria strada. La riforma non attribuisce al giudice il potere di imporre questa soluzione, prevedendo che l'assegno mensile sia l'unico strumento di cui può disporre il tribunale. Si lascia così ancora, ormai dopo quasi mezzo secolo dall'introduzione del divorzio, la legge italiana che regola i rapporti

patrimoniali fra gli ex coniugi in una condizione di arretratezza rispetto agli ordinamenti che da più tempo del nostro si sono attrezzati per gestire il problema della compensazione dopo il divorzio degli squilibri che la vita matrimoniale ha prodotto. Il Senato è ancora in tempo per correggere il testo e rendere finalmente il nostro sistema moderno e adatto ad una società che ha ormai pienamente recepito il divorzio: basta un emendamento di poche righe. Altrimenti questa sarà una mezza riforma.

**LA NUOVA NORMATIVA IN TEMA DI TEST SU STRADA
APERTA AL PUBBLICO DI VEICOLI A GUIDA AUTONOMA**

STEFANO PELLEGGIA
*Professore a contratto
nell'Università di Milano- Bicocca*

SOMMARIO: 1. La nuova disciplina. – 2. La procedura di autorizzazione. – 3. Requisiti tecnici e centralità della supervisione “umana” sul veicolo.

1. – Il Decreto *Smart Roads* (D.M. 28 febbraio 2018, di seguito anche il “Decreto”) ha introdotto in Italia un *framework* di regole giuridiche relativo a nuove tecnologie destinate a rivoluzionare il mondo dei trasporti e della mobilità umana¹. Ai sensi di tale recente normativa si definiscono *Smart Roads* le infrastrutture stradali per le quali è compiuto, secondo le specifiche funzionali introdotte dal Decreto in questione, un processo di trasformazione digitale orientato a introdurre piattaforme di osservazione e monitoraggio del traffico, modelli di elaborazione dei dati e delle informazioni, servizi avanzati ai gestori delle infrastrutture, alla pubblica amministrazione e agli utenti della strada, nel quadro della creazione di un ecosistema tecnologico favorevole all’interoperabilità tra infrastrutture e veicoli di nuova generazione.

Finalità del Decreto è promuovere la valorizzazione del patrimonio infrastrutturale esistente, la realizzazione di infrastrutture utili, l’adeguamento tecnologico della rete viaria nazionale coerentemente con il quadro comunitario e internazionale di digitalizzazione delle infrastrutture stradali, anche a supporto di veicoli connessi e con più avanzati livelli di assistenza automatica alla guida, nonché ridurre l’incidentalità stradale e assicurare la continuità con i servizi europei C-ITS. Con tale sigla si intende richiamare il Sistema di trasporto intelligente cooperativo, secondo le definizioni della piattaforma C-ITS, di cui all’art. 1 del Decreto.

L’implementazione di tale nuova tecnologia si pone l’obiettivo di favorire lo sviluppo della guida automatica e di rendere praticabile, in una dimensione più ampia, il passaggio ai livelli più alti della scala delle autonomie: il riferimento è alla classificazione tecnica, proposta dalla *Society*

¹ Il Decreto, attuativo della legge di Bilancio 2018, ha tra l’altro regolamentato la possibilità di condurre sperimentazioni di veicoli a guida automatica su strade pubbliche italiane. In tema CERINI, *Dal Decreto Smart Roads in avanti ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative*, in *Danno e resp.*, 2018, 4, 401 ss.; SCAGLIARINI, *“Smart Roads” e “Driverless Cars” nella legge di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2018, 2, 497 ss..

of *Automotive Engineers* (SAE). È stato correttamente posto in luce che sussiste una connessione assai stretta tra “veicolo” e “infrastruttura”: l’evoluzione digitale di tali due protagonisti comprimari è infatti necessaria allo scopo di perseguire l’obiettivo di una completa automazione del trasporto².

A tal fine, il Decreto ha cura di introdurre una definizione del concetto di vettura “a guida automatica”, qualificandola come un veicolo dotato di tecnologie capaci di adottare e attuare comportamenti di guida senza l’intervento attivo del guidatore, in determinati ambiti stradali e condizioni esterne. La nuova normativa precisa che non viene considerato “automatico” il veicolo omologato per la circolazione sulle strade pubbliche italiane, secondo le regole vigenti, e dotato di uno o più sistemi di assistenza alla guida, che vengono attivati da un guidatore al solo scopo di attuare comportamenti di guida da egli stesso decisi e che comunque necessitano di una continua partecipazione attiva da parte del conducente alla attività di guida. La guida assistita, attualmente commercializzata, non rientra dunque nello scenario della vera e propria guida autonoma di cui al Decreto³.

Così individuate alcune nozioni di base, fondamentali per qualificare le singole fattispecie, la nuova disciplina contiene tra l’altro le regole essenziali per l’autorizzazione alla sperimentazione di veicoli a guida automatica.

2. – È in particolare l’art. 9 del Decreto a chiarire che la sperimentazione su strada di tale tipologia di veicoli è autorizzata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Dipartimento per i trasporti, la navigazione, gli affari generali e il personale - Direzione generale per la motorizzazione. Con l’introduzione di tale regolamentazione è dunque possibile effettuare *test* su strada aperta al pubblico anche in Italia. L’autorizzazione può essere chiesta, singolarmente o in maniera congiunta, dal costruttore del veicolo equipaggiato con le tecnologie di guida automatica, nonché dagli istituti universitari e dagli enti pubblici e privati di ricerca che conducono sperimentazioni su veicoli equipaggiati con le tecnologie di automazione della guida. L’autorizzazione può essere rilasciata con riferimento unicamente a veicoli che siano già stati omologati, nella versione priva delle

² Lo sviluppo delle *smart roads* è chiamato ad accompagnare quello delle *smart cars*. Cfr. DEKRA, *Road Safety Report*, 2018, p. 52 ss., reperibile all’indirizzo: www.dekra.it; CERINI, *op. cit.*, 401 ss. e 407. Verranno quindi implementate infrastrutture connesse (quali strade, semafori, segnali) in grado di dialogare con i veicoli intelligenti. A questo riguardo, ulteriori esigenze normative riguarderanno il fenomeno dello scambio di informazioni *vehicle to vehicle* e *vehicle to infrastructure*. Cfr. altresì RUFFOLO, *Self-driving cars, Auto driverless e responsabilità*, in RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 51.

³ Sia consentito qui rinviare a PELLEGGI, *Guida autonoma e prime riflessioni in punta di diritto*, in *Diritto di Internet*, 1, 2019, 25 ss..

tecnologie di guida automatica, secondo la normativa vigente. Precisa però il comma 3, seconda parte, dello stesso articolo, che rimane impregiudicata la facoltà per le fabbriche costruttrici di veicoli a motore e di rimorchi, loro rappresentanti, concessionari e commissionari, per i costruttori delle tecnologie di guida automatica, nonché per gli istituti universitari e gli enti pubblici e privati di ricerca che conducono sperimentazioni su veicoli, di effettuare prove di validazione su strada di un nuovo modello precedenti l'avvio della produzione in serie, ai sensi del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 2001, n. 474.

L'autorizzazione è rilasciata per uno o più veicoli, con riferimento a ciascuno dei quali è indicato il proprietario. Il comma 4 precisa che detti veicoli "sono appartenenti alla stessa classe e categoria ai sensi dell'art. 47 del codice della strada, dotati di tecnologie di guida automatica appartenenti ad una famiglia omogenea con prestazioni funzionali simili e in grado di garantire un identico livello di sicurezza su strada, eventualmente anche in diverse versioni".

A seguito della autorizzazione, i veicoli sono iscritti in un apposito registro tenuto dal soggetto autorizzante e ricevono in dotazione un contrassegno speciale di autorizzazione alla sperimentazione, che deve essere esposto sia sul lato anteriore sia su quello posteriore del veicolo durante l'attività sperimentale. I veicoli autorizzati alla sperimentazione circolano – durante l'attività sperimentale – con targa di prova rilasciata ai sensi del citato D.P.R. 474/2001.

L'autorizzazione si riferisce all'esecuzione delle sperimentazioni su uno o più ambiti stradali e, per ciascuno di essi, per le specifiche infrastrutture stradali indicate dal soggetto richiedente dopo avere ottenuto il nulla osta dall'ente proprietario della strada. Occorre pertanto un coinvolgimento del gestore della strada, con ciò confermando il binomio veicolo-infrastruttura di cui si è detto.

Ai sensi dell'art. 11 del Decreto la domanda di autorizzazione deve contenere tra l'altro: a) l'indicazione del proprietario del veicolo a guida automatica, quale soggetto responsabile ai sensi dell'art. 196 del codice della strada e dell'art. 2054, comma 3, del codice civile, ovvero di altro soggetto obbligato in solido, ai sensi del citato art. 196; b) l'indicazione degli ambiti stradali per cui la domanda è presentata e, per ciascun ambito, delle tratte infrastrutturali sulle quali si intende condurre la sperimentazione oltre ad ulteriori elementi. Il riferimento è, tra gli altri, d) alla documentazione che dimostra di aver ottenuto dall'Ente proprietario della strada, per ciascuna tratta infrastrutturale proposta, il nulla osta a condurre le prove sperimentali, anche in caso di richiesta di estensione successiva alla domanda; e) alla indicazione, per ciascun ambito stradale proposto, delle

condizioni esterne, metereologiche e di visibilità e delle condizioni delle strade e del traffico in cui le prove possono essere effettuate e che il veicolo a guida automatica gestisce.

Il secondo comma della disposizione appena richiamata prevede poi che la richiesta di autorizzazione includa una dichiarazione, comprovata dalla necessaria documentazione allegata alla domanda, con cui il richiedente attesti, sotto la propria responsabilità: a) la maturità delle tecnologie oggetto di sperimentazione in riferimento agli ambiti stradali per cui si richiede l'autorizzazione; b) la descrizione del *know-how* derivante dai fornitori dei componenti; del processo di *test* implementato; delle prove svolte in simulazione; delle prove svolte su pista, evidenziando le deviazioni rispetto agli scenari applicativi reali; c) di avere già effettuato sperimentazioni con veicoli a guida automatica, anche diversi da quello per il quale si richiede l'autorizzazione, in laboratorio in simulazione, eventualmente mediante simulatori di guida, ovvero in sede protetta, per una percorrenza di almeno tremila chilometri, nonché sperimentazioni in laboratorio e sede protetta o su strade pubbliche anche all'estero purché in uno Stato in cui la sperimentazione dei veicoli a guida automatica sia regolamentata, per l'insieme dei veicoli omogenei oggetto dell'autorizzazione per almeno tremila chilometri ulteriori. A tale scopo si precisa che le sperimentazioni già effettuate e le soglie chilometriche indicate sono riferite ad ognuno degli ambiti stradali per cui si richiede il rilascio dell'autorizzazione, in condizioni di traffico realistiche, inclusa l'interazione con altri veicoli o gli altri soggetti normalmente presenti nell'ambito stradale. Eventuali incidenti ovvero anomalie avvenute durante sperimentazioni già effettuate, anche in laboratorio ovvero sede protetta, sono riportati e descritti; d) la capacità del veicolo, in modalità di guida automatica, di gestire le situazioni prevedibili negli scenari di guida tipici degli ambiti stradali e delle condizioni esterne per cui viene chiesto il permesso. In particolare, la documentazione deve evidenziare i metodi di gestione delle particolarità degli scenari, includendo sistemi di controllo del traffico quali rotonde, semafori, segnali, attraversamenti pedonali, lavori in corso; pedoni e oggetti inclusi biciclette, animali, ostacoli, con; se previsti tra le condizioni esterne per cui è fatta richiesta, tipi di ambiente quali pioggia, neve, ghiaccio, nebbia, polvere, notte; interazioni con veicoli di emergenza, quali pompieri, ambulanze, polizia; e) la idoneità del veicolo, in modalità di guida automatica, per ognuno degli ambiti stradali e delle condizioni esterne per cui si richiede il rilascio dell'autorizzazione, ad attuare una reazione adeguata con riferimento agli scenari di guida tipici di ciascun ambito e, quando non possibile, la possibilità del supervisore del veicolo automatizzato di intervenire tempestivamente e mantenere il veicolo in

condizioni di sicurezza in ogni momento nel corso dell'intera durata dell'attività di sperimentazione⁴; f) la descrizione della tecnologia utilizzata per il veicolo autonomo; g) la descrizione delle protezioni di sicurezza intrinseca atte a scongiurare gli accessi non autorizzati ai sistemi di guida automatica; h) l'analisi dei rischi associati all'utilizzo del veicolo in modalità di guida automatica nella circolazione su strada, la descrizione delle contromisure adottate e i piani di sicurezza per le prove; i) l'elenco dei conducenti del veicolo a guida automatica e la documentazione della formazione effettuata, atta a garantire che i conducenti siano a conoscenza del comportamento del veicolo e siano in grado di gestire eventuali situazioni di pericolo, dovute a cause esterne o a limiti di funzionamento o malfunzionamento delle tecnologie in prova e dei veicoli; j) l'elenco dei veicoli a guida automatica da sottoporre a sperimentazione, singolarmente identificati, con l'indicazione delle diverse versioni tecnologiche applicate a ciascun veicolo.

3. – Al di là di queste indicazioni di tipo prevalentemente tecnico, l'aspetto interessante del Decreto è che esso introduce espressamente la figura del "supervisore" del veicolo a guida automatica durante la sperimentazione. Tale Sezione della nuova normativa appare di particolare rilevanza perché individua un soggetto che permane responsabile del controllo del veicolo, nonostante la presenza di un sistema – preventivamente attivato – di gestione automatica globale del medesimo. La scelta normativa sembra dunque nel senso di preservare una responsabilità piena della persona fisica che siede al posto guida, anche qualora la stessa non abbia il materiale controllo del veicolo nello specifico frangente in cui si verifichi un sinistro.

Allo stato la responsabilità per i danni cagionati dal veicolo, anche quando lo stesso sia condotto dal sistema automatico, viene dunque allocata alla persona fisica. Tale soluzione è quindi espressamente ricollegata dalla norma alla possibilità di un passaggio tempestivo e pressoché istantaneo tra guida automatica e manuale. L'art. 10, secondo comma, del Decreto prevede significativamente che il supervisore deve essere in grado di commutare tempestivamente tra operatività del veicolo in modo automatico e operatività dello stesso in modo manuale e viceversa. La norma aggiunge

⁴ La normativa chiarisce sul punto che particolare attenzione deve essere prestata ad eventuali funzionalità che consentono di viaggiare sincronizzati in convoglio, mantenendo distanze ridotte tra i veicoli, per dimostrarne la sicurezza. Il riferimento è al c.d. *platooning* (o plotone) di veicoli essenzialmente testato per i trasporti di merci su lunga distanza e foriero di notevoli benefici, anche in materia di riduzione delle emissioni inquinanti.

poi espressamente che “il supervisore mantiene la responsabilità del veicolo in entrambe le modalità operative”.

Con riferimento ai sistemi di guida automatica autorizzati dalla nuova normativa, meritano poi una specifica menzione le previsioni contenute all’art. 12 del Decreto, ove sono disciplinate le caratteristiche dei sistemi di guida automatica ai fini dell’ammissione alla sperimentazione su strada. La nuova regolamentazione prevede infatti che, ai fini dell’autorizzazione alle prove su strade pubbliche, il sistema di guida automatica oggetto di sperimentazione debba: a) garantire, in ogni condizione, il rispetto delle norme del codice della strada e, in generale, operare in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione; b) essere in grado di interagire in sicurezza con tutti i possibili utenti della strada, nell’ambito stradale oggetto dell’autorizzazione, inclusi gli utenti più deboli e vulnerabili quali persone a mobilità ridotta o con disabilità, bambini, pedoni, ciclisti e motociclisti; c) essere idoneo in ogni momento a consentire il passaggio in modo semplice ed immediato dalla modalità automatica alla modalità manuale, su azione del supervisore del veicolo automatizzato. Sotto questo profilo l’articolo in esame precisa espressamente che “la transizione deve avvenire con modalità e in tempi tali da permettere il buon esito dell’intervento del supervisore. Tale idoneità è documentata nella domanda di autorizzazione”.

Ai fini che qui interessano, l’art. 12, lett. d) del Decreto, prevede poi ulteriori obblighi, specificando che il veicolo deve essere dotato di protezioni intrinseche di sicurezza atte a garantire l’integrità dei dati e la sicurezza delle comunicazioni e tali da scongiurare accessi non autorizzati e, in ogni caso, da vanificarne gli effetti dannosi o pericolosi. Viene così affrontato dalla normativa il rischio informatico che appare inevitabile e destinato ad incrementarsi di pari passo allo sviluppo dei veicoli intelligenti e connessi⁵. Inoltre, è richiesto che il sistema installato a bordo del veicolo sia in grado, per tutta la durata delle prove, di registrare dati dettagliati: si impone così, sostanzialmente, l’utilizzo di una *black box*. Il rischio predetto non è peraltro limitato al lato dei singoli veicoli, ma riguarda la stessa infrastruttura “smart” per via della profonda interconnessione di tali due aspetti⁶.

Con riferimento ai profili relativi alle coperture assicurative occorre qui fare un cenno all’art. 19 del Decreto, il quale dispone che il richiedente l’autorizzazione ai *test* debba dimostrare di avere concluso il contratto di

⁵ Con particolare riferimento ai rischi di attacco *hacker* cfr. COSTANTINI, *Il problema della sicurezza tra informatica e diritto: una prospettiva emergente dalle “smart cars”*, in *Inf. e dir.*, 2016, 1, 95 ss. e GAETA, *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 5, 1744.

⁶ CERINI, *op. cit.*, 407.

assicurazione per responsabilità civile specifica per il veicolo a guida automatica, ai sensi della legge 24 dicembre 1969, n. 990, depositando una copia presso il soggetto autorizzante, con un massimale minimo pari a quattro volte quello previsto per il veicolo utilizzato per la sperimentazione nella sua versione priva delle tecnologie di guida automatica, secondo la normativa vigente. Si tratta di una misura particolarmente rigorosa. Il contratto di assicurazione indica espressamente che l'assicuratore è a conoscenza delle modalità di uso del veicolo e che il veicolo è utilizzato in modalità operativa automatica su strade pubbliche.

Abstract

THE NEW REGULATION ON PUBLIC-ROAD TESTING OF DRIVERLESS VEHICLES

L'Autore commenta la disciplina introdotta dal Decreto *Smart Roads* (D.M. 28 febbraio 2018) che ha reso possibile la sperimentazione dei veicoli a guida automatica. Particolare approfondimento è dedicato ai requisiti per l'ottenimento della autorizzazione da parte dei richiedenti che è legata al rispetto di *standard* tecnici e qualitativi assai elevati. Nel consentire la guida completamente automatizzata il Decreto ha cura però di riaffermare la centralità del controllo umano sul veicolo: ciò si riflette sul mantenimento di una rigorosa responsabilità del supervisore, deputato a controllare il corretto funzionamento del mezzo.

The author analyzes the regulation introduced by the Smart Roads Decree (Ministerial Decree of 28 February 2018) which authorized the testing of automatically guided vehicles on Italian public roads. A special focus is dedicated to the requirements for obtaining the authorization from the applicants, which is connected to the compliance with very high technical and quality standards. However, in allowing fully automated driving, the Decree intends to reaffirm the centrality of human control over the vehicle. This determines the maintenance of a strict responsibility of the supervisor, who is the person in charge of checking the proper functioning of the car.

ZULBERTI MARTINO, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, pagg. I - XII, 1 - 299.

Il volume di Martino Zulberti, edito nella Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano-Bicocca, si confronta con il tema del giudizio di equità, sotto il profilo dei rimedi offerti alle parti ed ai terzi contro le decisioni equitative.

Lo studio è preceduto da un'Introduzione nella quale l'Autore circoscrive il campo dell'indagine, chiarendo che essa si focalizzerà sugli strumenti di impugnazione avverso le decisioni rese nell'ambito del giudizio di equità concordata davanti al giudice previsto dall'art. 114 c.p.c.; di quello secondo equità c.d. necessaria davanti al giudice di pace *ex art.* 113, comma 2, c.p.c.; e di quello di equità davanti agli arbitri, rituale ed irrituali. È in questa sede che l'A. opera una scelta di campo in punto di nozione di equità, optando fra le molte ricostruzioni proposte da dottrina e giurisprudenza, per la tesi che afferma la natura soggettiva al giudizio equitativo, limitatamente, però, al solo momento di determinazione degli effetti giuridici, rimanendo, per contro, la qualificazione della situazione sostanziale da operare alla luce delle norme di diritto.

Poste queste premesse, l'A. entra in *medias res*, articolando l'indagine in quattro capitoli.

Nel primo Capitolo si esaminano i rimedi avverso le sentenze equitative rese dal giudice. Viene ripercorsa la storia del giudizio equitativo davanti al conciliatore ed al giudice di pace, a partire dal codice di rito del 1865; storia caratterizzata da numerosi interventi normativi e del giudice di legittimità – davanti al quale storicamente quelle decisioni erano direttamente impugnabili – che del giudizio di equità ha proposto varie ricostruzioni del giudizio in parola. Le incertezze sui limiti cui un tale giudizio era soggetto e, di riflesso, sull'ampiezza del sindacato in sede di impugnazione avverso la violazione degli stessi, avevano raggiunto il culmine quando le Sezioni Unite sono giunte a scardinare il giudizio equitativo dall'ordinamento positivo: il giudizio di equità, che davanti giudice minore è necessario e non basato sulla volontà delle parti, sarebbe stato un giudizio intuitivo, senza necessità di qualificazione della fattispecie e senza obbligo di ricerca delle norme astrattamente applicabili, con l'unico limite del rispetto delle norme costituzionali e comunitarie. Essa ha però avuto vita breve essendo stata contrastata dalla Corte costituzionale, con la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113, comma 2, c.p.c. nella parte in cui non

prevedeva che il giudice di pace non fosse soggetto all'osservanza dei principi informatori della materia.

In questo quadro interveniva nel 2006 il legislatore, modificando l'art. 339, comma 3, c.p.c., rendendo appellabili per determinati e specifici motivi le sentenze equitative del giudice di pace, alla cui analisi è dedicato il prosieguo del Capitolo. In primo luogo, l'A. si interroga se sia concepibile l'appello avverso le decisioni rese secondo equità; in secondo luogo si domanda se la struttura di tale rimedio se sia la medesima o meno dell'appello avverso le decisioni secondo diritto; infine, esamina uno per uno i motivi sui quali questo appello può essere fondato a mente dell'art. 339, comma 3, c.p.c., confrontandosi in particolare con il problema, di raccordare l'obbligo del rispetto dei principi informatori, introdotto dalla Consulta, con il regime di impugnazione di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c., che non ne contempla, almeno espressamente, la violazione quale motivo di appello; infine, affronta il problema se il giudice dell'impugnazione, riscontrata la fondatezza dell'appello, sia chiamato a decidere il merito secondo diritto ovvero secondo equità, al pari di quello di prime cure.

Il Capitolo prosegue con l'esame del regime di impugnazione delle – invero assai rare – sentenze rese dal giudice secondo equità su richiesta delle parti *ex art.* 114 c.p.c. Queste ultime sono inappellabili ed impugnabili in Cassazione, davanti alla quale, secondo un orientamento, sarebbe esclusa la possibilità di denunciare gli *errores in iudicando*. L'A. riprende qui la premessa assunta in punto di struttura del giudizio equitativo, al fine di dimostrare che un margine per censure *in iure* dovrebbe per contro essere ammesso anche in relazione a tali sentenze.

Chiude l'indagine dei rimedi avverso le sentenze l'esame della possibilità proporre revocazione avverso le sentenze equitative.

Nel secondo Capitolo l'A. si sofferma sull'impugnazione del lodo arbitrale, muovendosi in due direzioni. Per un verso, vengono analizzati i singoli motivi di impugnazione per nullità di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c., con l'obiettivo di stabilire in quale modo gli stessi possano essere spesi nei confronti del lodo equitativo. Per altro verso, l'A. si chiede se il lodo equitativo sia soggetto ad impugnazione per nullità per *errores in iudicando*, essendo questa possibilità esclusa, sino al 2006, dall'art. 829, comma 2, c.p.c., limitazione che è tuttavia venuta meno nel testo dell'art. 829, comma 3, c.p.c. oggi vigente, il quale stabilisce che il lodo può essere impugnato, se così le parti convengono, per violazione di norme di diritto, ferma in ogni caso la censurabilità per contrarietà all'ordine pubblico. In questa parte dello studio l'A. sviluppa l'idea che costituisce il filo conduttore dell'opera, vale a dire che vi sarebbe compatibilità fra giudizio di equità e impugnazione per

violazione di norme di diritto, non solo con riferimento alla prima fase del giudizio equitativo, quella della qualificazione giuridica del fatto, ma anche in relazione a tutte le norme di diritto delle quali anche il giudice (o l'arbitro) di equità deve fare applicazione.

L'indagine prosegue con l'esame della possibilità di denunciare la violazione di norme di diritto nell'ambito degli arbitrati in materia di lavoro ed in quelli societari, per giungere a confrontarsi con il quesito analogo a quello già posto in relazione all'appello avverso le sentenze del giudice di pace, vale a dire se la corte d'appello, una volta rescisso il lodo, nei casi in cui è chiamata a decidere il merito debba uniformarsi al medesimo criterio di decisione seguito dagli arbitri ovvero se sia tenuta a decidere se secondo diritto.

Il Capitolo si chiude esaminando i rimedi che possono essere spesi avverso il lodo irrituale di cui all'art. 808-ter c.p.c. quando le parti abbiano richiesto una decisione d'equità.

Il successivo e terzo Capitolo è interamente dedicato alle questioni che si pongono quando la decisione è resa secondo l'erroneo parametro di decisione, cioè sia pronunciata secondo diritto a fronte della richiesta di decisione di un giudizio di equità o viceversa. Due sostanzialmente sono i problemi con cui l'A. si confronta: il primo, quello del regime di impugnazione cui sono soggette tali decisioni, tanto sotto il profilo dell'individuazione del mezzo, quanto delle censure proponibili; il secondo, se il ricorso all'erroneo parametro di decisione costituisca o meno motivo di annullamento della decisione.

La prima parte del Capitolo si confronta con il caso in cui il ricorso all'erroneo parametro di decisione sia compiuto dal giudice. Secondo l'A., al fine di stabilire il mezzo di impugnazione esperibile, dovrebbe prevalere il principio dell'apparenza, sicché la sentenza erroneamente resa secondo equità necessaria, fuori dai casi di cui all'art. 113, comma 2, c.p.c., sarà impugnabile con l'appello limitato di cui all'art. 339, comma 3, c.p.c.; quella pronunciata secondo equità concordata in assenza dei presupposti sarà inappellabile ex art. 339, comma 2, c.p.c. Diversamente, nel caso inverso, di decisione resa secondo diritto quando il giudice è chiamato a decidere secondo equità, devono esserci indici certi in questo senso per ammettere l'impugnazione della stessa come decisione di diritto. Attraverso il mezzo di impugnazione così individuato sarebbe possibile dedurre il vizio in cui sia incorso il giudice facendo applicazione dell'erroneo parametro di decisione.

Il Capitolo prosegue con l'esame della problematica quando il ricorso all'erroneo criterio di decisione sia stato posto in essere dagli arbitri rituali. Qui, però, avverte l'A. non si pone la questione di individuare il mezzo di

impugnazione, tenuto conto che il criterio di decisione non incide sul mezzo di impugnazione, che rimane quello per nullità *ex art. 829 c.p.c.* Lo studio si concentra sul problema *se*, anche con riferimento al lodo, sia possibile predicare la sussistenza di un *error in procedendo*. L'A., dopo aver esaminato le soluzioni offerte ad analoghe questioni in Francia, Germania e Svizzera, nonché nell'ambito del sistema ICSID di cui alla Convenzione di Washington del 1965, e in quello, pur diverso, del riconoscimento dei lodi esteri, esprime l'idea che si sarebbe di fronte ad un *error in procedendo*, denunciabile con l'impugnazione per nullità *ex art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c.*

Il Capitolo si conclude affrontando il medesimo problema in relazione al lodo irrituale: anche qui, secondo l'A., vi sarebbe margine per ottenerne l'annullamento, potendo venire in rilievo l'art. 808-ter, n. 4, c.p.c., che sancisce l'annullabilità del lodo quando le parti abbiano imposto il rispetto di determinate regole come condizione di validità del lodo; regole fra le quali andrebbe annoverato anche il criterio di decisione.

Il quarto Capitolo chiude il lavoro, confrontandosi con un tema poco esplorato, quello dei rimedi offerti ai terzi nei confronti delle decisioni secondo equità. In questo contesto, l'A. si confronta anzitutto con un aspetto lasciato a margine negli studi sull'efficacia *ultra partes* della sentenza: quello dell'efficacia nei confronti dei terzi delle sentenze equitative. Lo studio giunge alla conclusione che decisioni di diritto e di equità vanno trattate in modo analogo per quanto riguarda il tema dei limiti soggettivi dell'accertamento, premessa da cui discenderebbe che i rimedi offerti ai terzi siano i medesimi, quale che sia il criterio di decisione seguito dal giudice o dall'arbitro. (*Bruno Inzitari*)

Per accedere al documento cliccare sul provvedimento.

Sez. I

LEGISLAZIONE

Legge 12 aprile 2019, n. 31. Disposizioni in materia di azioni di classe

Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55, recante: «Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici»

Direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione

Sez. II

GIURISPRUDENZA

Corte di cassazione, Sez. I, 4 aprile 2019, n. 9528 (Pres. De Chiara, Rel. Campese)

Crediti scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento – acquisto della titolarità successivo – compensabilità con debiti del creditore verso il fallimento – insussistenza

Normativa di riferimento: art. 56 l. fall; art. 1242 c.c.; art. 1243 c.c.; artt. 2913 ss. c.p.c.

Il terzo in bonis non può eccepire, ex art. 56, comma 2, l. fall., la compensazione tra un proprio debito verso il fallito con un credito, scaduto anteriormente alla dichiarazione di fallimento, di cui, però, il primo sia divenuto titolare, per atto di cessione tra vivi, dopo l'apertura del concorso.

Corte di cassazione, Sez. I, 31 maggio 2019, n. 14919 (Pres. Di Virgilio, Rel. Fidanzia)

Revisore contabile – requisiti di obiettività ed indipendenza – legami economici con un membro del collegio sindacale – nullità dell’atto di nomina – sussistenza

Normativa di riferimento: artt. 10 e 13 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39; art. 22 direttiva 43/2006/CE.

Affinché siano salvaguardati i requisiti di obiettività ed indipendenza, richiesti dall’art. 10 d.lgs n. 39/2010 per l’esercizio dell’attività di revisore contabile, nel concetto di “società” – che non può intrattenere con il revisore legale relazioni finanziarie, d’affari, di lavoro o di altro genere, dirette o indirette (aventi ad oggetto la prestazione di servizi anche diversi dalla revisione) – rientra, a pieno titolo, anche l’organo societario del collegio sindacale (nel caso di specie la Corte ha ritenuto nulla la nomina del revisore di una società facente parte del medesimo studio di un membro del collegio sindacale della medesima società, con conseguente esclusione del diritto al compenso per l’attività prestata dal revisore.

Corte di cassazione, Sez. Un., 12 aprile 2019, n. 10378 (Pres. Curzio, Rel. Bruschetta)

Ritenuta d’acconto – omesso versamento – solidarietà del sostituito con il sostituito nei confronti del fisco – sussistenza – esclusione – fondamento

Normativa di riferimento: art. 35 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602

Nel caso in cui il sostituito ometta di versare le somme, per le quali ha però operato le ritenute d’acconto, il sostituito non è tenuto in solido in sede di riscossione, atteso che la responsabilità solidale prevista dall’art. 35 del d.P.R. n. 602 del 1973 è espressamente condizionata alla circostanza che non siano state effettuate le ritenute.

Corte di cassazione, Sez. I, 15 aprile 2019, n. 10540 (Pres. Gianicola, Rel. Sambito)

Sentenza straniera – accertamento di un diritto di credito nei confronti di soggetto sottoposto ad amministrazione straordinaria – violazione del principio dell’esclusività del rito di accertamento del passivo – contrarietà

all'ordine pubblico – motivo ostativo al riconoscimento della sentenza in Italia – insussistenza

Sentenza straniera – accertamento degli interessi su credito chirografario nei confronti di soggetto sottoposto ad amministrazione straordinaria maturati nel corso della procedura – contrarietà all'ordine pubblico – motivo ostativo al riconoscimento della sentenza in Italia – insussistenza

Sentenza straniera – accertamento degli interessi su credito chirografario nei confronti di soggetto sottoposto ad amministrazione straordinaria maturati nel corso della procedura – diritto di partecipare al riparto per il credito relativo agli interessi – insussistenza

Normativa di riferimento: artt. 55, 93 ss. l. fall.; art. 64, l. 31 maggio 1995, n. 218

È riconoscibile in Italia una sentenza straniera che accerti un credito nei confronti un soggetto sottoposto in Italia a procedura concorsuale, in quanto il procedimento di verifica del passivo non costituisce in assoluto l'unica modalità consentita per accertare ragioni di credito a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale e dunque va negata la sussistenza di un principio di ordine pubblico ostativo al riconoscimento di sentenze straniere che abbiano accertato un credito al di fuori del procedimento di insinuazione al passivo.

È riconoscibile in Italia una sentenza straniera che accerti la debenza di interessi su crediti chirografari maturati nelle more della procedura concorsuale italiana, senza che tale riconoscimento precluda di ritenere insussistente in sede di insinuazione al passivo il diritto di partecipare al riparto per il credito da interessi accertato dalla sentenza straniera.

Corte di cassazione, Sez. I, 12 giugno 2019, n. 15822 (Pres. Genovese, Rel. Nazzicone)

Azione individuale del terzo verso gli amministratori – natura extracontrattuale – necessità della prova di fatti illeciti imputabili agli amministratori

Normativa di riferimento: artt. 2395, 2043 c.c.

L'azione individuale del terzo che sia stato direttamente danneggiato da atti colposi dolosi degli amministratori ha natura extracontrattuale ed il terzo deve fornire la prova di fatti illeciti imputabili al comportamento degli stessi

amministratori ti abbiano direttamente leso il terzo, non potendosi dedurre la responsabilità degli amministratori dalla sola e inadeguata gestione della società.

Corte di cassazione, Sez. Un., 11 luglio 2019, n. 18672 (Pres. Mammone, Rel. Carrato)

Azione di garanzia per i vizi - Manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore espresse nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1, c.c. - Efficacia interruttiva della prescrizione – Sussistenza

Normativa di riferimento: artt. 1495, 2943, 2945 c.c.

Nel contratto di compravendita costituiscono – ai sensi dell'art. 2943, comma 4, c.c. – idonei atti interruttivi della prescrizione dell'azione di garanzia per i vizi, prevista dall'art. 1495, comma 3 c.c., le manifestazioni extragiudiziali di volontà del compratore compiute nelle forme di cui all'art. 1219, comma 1, c.c., con la produzione dell'effetto generale contemplato dall'art. 2945, comma 1, c.c.

Corte di cassazione, Sez. I, 5 agosto 2019, n. 20900 (Pres. De Chiara, rel. Solaini)

Assegno – Responsabilità della banca negoziatrice – Invio del titolo per posta – Pagamento a soggetto non legittimato – Concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227, comma 1, c.c. – Configurabilità – Questione di massima di particolare importanza

Normativa di riferimento: artt. 1227, 2043 c.c.; artt. 83, 84 d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156; art. 12, all. A deliberazione 20 giugno 2013, n. 385/13/CONS dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Va rimessa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la seguente questione di massima di particolare importanza: se possa ravvisarsi un concorso del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., nella spedizione di un assegno a mezzo posta - sia essa ordinaria, raccomandata o assicurata - con riguardo al pregiudizio patito dal debitore che non sia liberato dal pagamento, in quanto il titolo venga trafugato e pagato a soggetto non legittimato in base alla legge cartolare di circolazione.

Corte di cassazione, Sez. III, 9 luglio 2019, n. 18350 (Pres. Vivaldi, Rel. Rossetti)

Successione dell'Agenzia delle Entrate Riscossione - Formale costituzione in giudizio del successore – Difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato – Necessità o facoltatività rispetto all'avvalimento di avvocati del libero foro – Questione di massima di particolare importanza

Normativa di riferimento: art. 1, d.l. 22 ottobre 2016, n. 193, conv. con modif. in l. 1 dicembre 2016, n. 225; art. 43, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611; art. 111 c.p.c.

Va rimessa al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., la seguente questione di massima di particolare importanza: se la rappresentanza in giudizio della neo costituita Agenzia delle Entrate-Riscossione sia caratterizzata dalla obbligatorietà del patrocinio autorizzato da parte dell'Avvocatura dello Stato o, in alternativa, dalla facoltatività di questo su un piano di parità – salva la volontaria autolimitazione dell'Agenzia in sede di convenzione con l'Avvocatura – con l'avvalimento di avvocati del libero foro.