

Anno IX (2020)
Gennaio – Aprile
Fascicolo 1

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, Vincenzo De Sensi, Beatrice Ficarelli, Alessio Filippo Di Girolamo, Mariangela Ferrari, Elena Gabellini, Albert Henke, Marek Ivančo, Lucas Carlos Lima, Michela Bailo Leucari, Elena Marinucci, Flavia Marisi, Rita Maruffi, Juan Pablo Murga Fernández, 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

Davide Corraro, Livia Marcinkiewicz

PROCEDURA DI REFERAGGIO

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

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

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

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (IX) 2020 – N. 1 – Gennaio – Aprile

ARTICOLI

LUIGI ROVELLI, <i>Dall'insolvenza alla crisi di impresa. Ricadute sul diritto societario</i>	7
BEATRICE FICCARELLI, <i>Il processo esecutivo tra ultime riforme e prospettive evolutive</i>	45
MARIANGELA FERRARI, <i>L'uso degli algoritmi nell'attività amministrativa discrezionale</i>	58
EMILIO TOSI, <i>Responsabilità civile degli hosting provider e inibitoria giudiziale dei contenuti digitali illeciti equivalenti tra assenza dell'obbligo di sorveglianza ex ante e ammissibilità ex post</i>	82
SANTE CASONATO, <i>La relazione dell'esperto nelle operazioni merger leveraged buy out (MLBO)</i>	106

DIBATTITI

VINCENZO DE SENSI, <i>Indici di allerta della crisi e sistema finanziario</i>	140
MARCELLO MINENNA, <i>Titoli di stato per i risparmiatori: alle giuste condizioni si può fare</i>	142

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

MARTINO ZULBERTI, <i>Giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo e fallimento del debitore esecutato</i>	160
GIACOMO FELLONI, <i>Incompatibilità del giudice estensore della sentenza impugnata in Cassazione a pronunciare l'inibitoria ex art. 373 c.p.c.</i>	167

KEVIN SILVESTRI, *I confini fra la cognizione del giudice delegato e del giudice tributario sull'obbligazione d'imposta: le Sezioni Unite fanno chiarezza ...* 185

MARTA MONZANI, *Proposma monzta di concordato fallimentare ex art. 124, comma 4, l. fall.: legittimità delle clausole limitative della responsabilità dell'assuntore* 204

Sez. II – Osservatorio

Reclamo avverso i provvedimenti provvisori e urgenti nell'interesse degli coniugi e della prole ex art. 708 c.p.c. e liquidazione delle spese di lite: Corte di cassazione, Sez. I, 30 aprile 2020, n. 8432 213

Cessazione della materia del contendere e ripartizione delle spese di giudizio in sede di opposizione all'esecuzione: Cassazione civile, 17 gennaio 2020, n. 1005 218

La giurisprudenza di merito va di contrario avviso all'orientamento della Cassazione in punto di reclamabilità del provvedimento di diniego della consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.: Tribunale di Reggio Emilia 20 febbraio 2020..... 219

Donazione di quote di s.r.l. e espropriazione di beni oggetto di atti a titolo gratuito: Tribunale di Milano 22 gennaio 2020 221

Direzione formale del processo e sinteticità degli atti giudiziari: Tribunale di Firenze, Sez. I, ord. 16 gennaio 2020 223

ATTUALITÀ LEGISLATIVA

ALBERTO VILLA, *I termini processuali ai tempi del Covid-19*..... 225

MATERIALI

Sez. I – Legislazione

Legge 24 aprile 2020, n. 27. *“Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi”* 234

D.L. 8 aprile 2020, n. 23. <i>“Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”</i>	234
---	-----

Sez. II – Giurisprudenza

Arbitrato societario – nomina giudiziale degli arbitri – azione di responsabilità esercitata dal curatore – indicazione del titolo di responsabilità – necessità – conseguenze: Tribunale di Roma 9 dicembre 2019, n. 1290	236
Controversie tra gli organismi di telecomunicazioni e gli utenti – regime introdotto dall’art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997 – tentativo di conciliazione – ricorso per decreto ingiuntivo – Necessità dell’esperimento – esclusione: Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., 28 aprile 2020, n. 8240	234
Controversie tra gli organismi di telecomunicazione e gli utenti – tentativo di conciliazione – mancanza – improponibilità della domanda – esclusione – improcedibilità – sussistenza: Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., 28 aprile 2020, n. 8241	234
Esecuzione forzata su beni indivisi – giudizio di divisione endoesecutivo – mancata integrazione del contraddittorio nel termine assegnato dal giudice – conseguenze sul procedimento esecutivo – estinzione: Tribunale di Milano, ord. 20 febbraio 2020, G.E Fiengo	236
Fallimento dell’appaltatore di opera pubblica – art. 118, comma 3, d.lgs. n. 163/06 – applicabilità – condizioni – conseguenze – credito del subappaltatore – prededuzione – esclusione: Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., 2 marzo 2020, n. 5685	235
Reati contro il patrimonio – appropriazione indebita – oggetto – dati informatici sottratti da un computer aziendale poi “formattato” – sussistenza: Corte di cassazione, Sez. II pen, 10 aprile 2020, n. 11959	235

DALL'INSOLVENZA ALLA CRISI DELL'IMPRESA. RICADUTE SUL DIRITTO SOCIETARIO

LUIGI ROVELLI

*Già Presidente aggiunto
della Corte Suprema di Cassazione*

SOMMARIO: 1. Dall'insolvenza (concetto "giuridico") alla crisi (concetto "economico"). – 2. Il diritto societario della crisi: i nuovi spazi per la cultura economica e aziendalistica. – 3. Problematiche sulla disciplina delle s.r.l.; quale significato dare all'attribuzione "esclusiva" agli amministratori della gestione dell'impresa. – 4. La definizione di crisi. – 5. Un nuovo obbligo di comportamento per gli amministratori? – 6. Concretizzazione della clausola generale di diligenza e ruolo della B.J.R. – 7. La responsabilità degli amministratori è sempre responsabilità da inadempimento. – 8. Il "mantra" dell'art. 2086 c.c.: la conversione di regole tecniche in regole giuridiche. – 9. Le criticità della nuova disciplina della liquidazione del danno. – 10. Postilla.

1. – Tra le norme del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza già entrate in vigore, l'art. 375 – sostituendo la rubrica dell'art. 2086 del c.c. e aggiungendo al testo dell'articolo un secondo comma – introduce un'importante innovazione quale quella che prevede il dovere, per l'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva: "di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di 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 ed il recupero della continuità aziendale"; e il successivo art. 377 ha introdotto nella disciplina dei diversi tipi societari, sia delle società di persone che delle società di capitali, l'obbligo di improntare la gestione sociale ai principi sanciti dal nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Entra così, a pieno titolo, nel codice civile la nozione di "crisi" che non equivale a insolvenza in atto, ma implica un "pericolo di insolvenza"; e si pone a fondamento di nuovi istituti che penetrano prima che nelle discipline concorsuali, nel diritto dell'impresa e nel diritto societario.

Come è stato ricordato di recente in uno studio di Bruno nelle pagine di

questa Rivista¹ l'insolvenza definita all'art. 5 della legge fallimentare ha carattere unitario e il suo significato permea numerosi istituti del codice civile. Ma ciò forse è vero solo in parte. Vale certamente per la previsione di carattere più generale contenuta all'art. 1186 del c.c. che rende immediatamente esigibile la prestazione "quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore" se questi è divenuto insolvente; vale per l'art. 1626 c.c. per cui l'insolvenza dell'affittuario è causa di scioglimento del contratto di affitto di cose produttive; vale per l'art. 1822 c.c. che, al venir meno della capacità patrimoniale di un soggetto, attribuisce la conseguenza di conferire alla parte che ha promesso di "dare a mutuo" il potere di rifiutare l'adempimento della sua obbligazione. Altri articoli postulano la non piena identificazione con la nozione di insolvenza espressa dalla legge fallimentare. Così l'art. 1461 c.c. che consente la sospensione dell'esecuzione del contratto quando le condizioni patrimoniali dell'altra parte sono divenute tali da porre in pericolo la controprestazione; l'art. 1956 c.c. che prevede la liberazione del fideiussore per un'obbligazione futura se il creditore – senza speciale autorizzazione del fideiussore – ha fatto credito al terzo pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di quest'ultimo erano diventate tali da rendere "notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito". Nella prima classe di fattispecie viene utilizzata la stessa nozione di insolvenza descritta all'art. 5 della legge fallimentare nella sua verificata staticità. Le altre norme sembrano invece più prossime ad una "versione dinamica" sostanzialmente non dissimile da quella individuata come pericolo di insolvenza.

In ogni caso la capienza patrimoniale è, in generale, il presupposto dell'efficiente esecuzione dei rapporti obbligatori e – come felicemente espresso da Inzitari – "il presentarsi dell'insolvenza lacera le attese di soddisfazione del creditore".

La scienza economico-aziendale ci mostra un ricco e articolato panorama di situazioni che portano a distinguere e graduare le varie fasi di difficoltà che può incontrare un organismo vivente come l'impresa. Con qualche semplificazione si può dare atto che di fronte alle possibili ragioni di "crisi" dell'impresa fondamentale è la distinzione fra il "quadro economico" (interno all'impresa e percepibile in via diretta solo dall'imprenditore, individuale o collettivo che sia) ed il quadro finanziario, che è quello in cui il "deterioramento" è percepito anche dall'esterno. Ma vi può essere una certa "autonomia" tra quadro economico e quello finanziario.

Vi può essere uno sbilancio finanziario "benigno" dovuto ad errori

¹ Cfr. B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. affari*, 2019, 151 ss.

incidenti sulla sfera finanziaria (ad esempio l'acquisto dell'impresa con una leva finanziaria troppo ottimistica) ma non su quella della produzione e commercializzazione: come avviene quando l'impresa crea un avanzo primario, tuttavia insufficiente a coprire gli oneri finanziari. E ciò sia perché vi è insufficiente dotazione di mezzi propri – l'impresa è sottocapitalizzata – sia perché vi possono essere squilibri tra flussi finanziari derivanti dalla gestione ordinaria rispetto alla forma di copertura del finanziamento (ad esempio sono stati ottenuti crediti a breve scadenza per investimenti il cui ritorno economico è a più lunga scadenza).

Il concetto di insolvenza invece è un concetto giuridico che riflette le categorie economiche operandone una estrema semplificazione. Il concetto enunciato dall'art. 5 della legge fallimentare definisce quelle manifestazioni esteriori (incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni) che denotano una irreversibile impotenza patrimoniale dell'imprenditore dinanzi alla categoria o alle categorie dei propri creditori. Tra tutte le possibili ragioni di crisi, sembra assumersi la rilevanza soltanto di quella finanziaria: il legislatore non analizza le cause della crisi e si interessa esclusivamente della verificata impotenza patrimoniale dell'imprenditore a far fronte alle proprie obbligazioni; si disinteressa di conoscere se ad essa si accompagna anche l'impotenza dell'impresa a "permanere nel circuito economico".

Di qui la sensazione di grande rozzezza del "concetto giuridico" di insolvenza e di inidoneità dello stesso a fungere da esclusivo criterio ordinante la disciplina del dissesto (e soprattutto da affidabile *discrimen* tra procedure "conservative" e procedura "disgregativa").

Senonché questa impressione di rozzezza è, a sua volta, frutto di superficialità: perché l'impotenza patrimoniale dell'imprenditore verso i creditori rileva come esaurimento della sua capacità di ottenere credito; come valutazione di sfiducia del "mercato" e dei suoi operatori, tra cui assume particolare rilievo per la grande o medio grande impresa l'operatore bancario. E dunque, con questa semplificazione, il legislatore ha inteso sottrarre l'operatore giuridico da complesse valutazioni sulla reversibilità dell'insolvenza, sulle sue cause e sulla capacità dell'impresa a permanere nel circuito economico, per affidarla in sostanza agli stessi operatori economici direttamente interessati. Anche in questo caso, non per riconoscere a detti operatori i decisivi elementi di convinzione sulla solvenza o meno dell'impresa, perché non è l'elemento cognitivo che il legislatore affida agli operatori interessati a concedere o a negare credito, ma quello, che loro compete, di carattere operativo ed economico, di produrre o meno, con l'assunzione dei rischi segnati dalla propria responsabilità di operatori sul mercato, la "reversione" o meno di detta "impotenza". È ragionevole pensare che una crisi solo finanziaria, in presenza di una postulata

redditività dell'impresa, percepita come tale dal ceto creditorio, renda possibile una rinegoziazione del credito, o l'accettazione di un piano di ristrutturazione di esso mediante posticipazione delle scadenze, che può avvenire anche in assenza della apertura di una procedura concorsuale; risanamento finanziario che, sia pure al prezzo di un sommovimento delle partecipazioni sociali, può avvenire con strumenti ordinari del diritto societario, come una ricapitalizzazione con capitale di rischio, attratto dalla prospettiva di remunerazione e partecipazione al gruppo di comando. È dunque probabile che le due ipotesi, quella dell'impotenza patrimoniale irreversibile dell'imprenditore ad adempiere le proprie obbligazioni e quella, pur concettualmente ben distinta, dell'impotenza dell'impresa in quanto tale a permanere utilmente nel circuito economico, tendono a sovrapporsi fino quasi a coincidere. Perché l'apprezzamento che il mercato faccia o sia messo in grado di fare sulla vitalità economica dell'impresa, intesa come sua capacità di produrre reddito e di creare un "avanzo primario", potrà esprimersi in una gamma di alternative che vanno dalla rinegoziazione del credito pregresso, alla ricapitalizzazione o, nei casi di più incerto apprezzamento sulla praticabilità della procedura *olim* tipicamente risanatoria quale è stata quella dell'amministrazione controllata; e oggi aperta all'applicazione dei nuovi istituti introdotti con le riforme degli anni 2005–2007, quali la pianificazione attestata, la ristrutturazione, o i nuovi spazi del concordato preventivo in continuità aziendale.

È vero che la legge fallimentare nella sua originaria formulazione non poteva fare esplicito riferimento alla "crisi" come stato intermedio tra solvenza e insolvenza. L'espressione (ma non la definizione precisa del suo significato) per la verità era entrata nel linguaggio del legislatore per la prima volta nella riforma del 2005 con l'inserimento dei nuovi istituti sopra ricordati che presuppone vano gravi situazioni di difficoltà, i quali tuttavia potevano ancora essere fronteggiati senza portare alla dissoluzione dell'impresa. La novità appariva di grande rilievo con riferimento al concordato preventivo; infatti nel sistema originario della legge del 1942 il solo deposito della domanda di concordato preventivo era ritenuto dalla giurisprudenza equivalente ad una prova legale dell'esistenza di una situazione di insolvenza, con la conseguenza, in caso di consecuzione della procedura fallimentare, della decorrenza dei termini per le azioni revocatorie fallimentari al momento di presentazione della domanda di concordato. Fu necessario un intervento del legislatore (art. 4 del d.l. 14 marzo 2015 convertito in legge 6 agosto 2015 n. 132) per chiarire che, nonostante la sostituzione all'art. 160, comma 1, n. 1 dell'espressione "che si trova in stato di insolvenza" con quella "che si trova in stato di crisi", l'imprenditore insolvente continuava ad essere compreso fra coloro che

possono proporre ai creditori un concordato preventivo. Senonché la legge “interpretativa” si fondava sull’affermazione che “per stato di crisi” si intende anche lo “stato di insolvenza”, lasciando così intendere che “stato di crisi” designi una ampia gamma di situazioni, quasi un cerchio maggiore che comprende come cerchio minore la situazione di insolvenza. Il che invece certamente non è; come dimostrano le due definizioni oggi entrambe espressamente dettate dalla legge che esprimono l’esatta distinzione che individua due fenomeni oggettivamente diversi.

In verità anche se l’originaria legge fallimentare del 1942 non prevedeva stadi intermedi espliciti tra solvenza e insolvenza, fu la giurisprudenza a introdurre attraverso un istituto come quello sopra ricordato dell’amministrazione controllata il concetto di reversibilità dell’insolvenza. Un istituto come quello dell’amministrazione controllata fu il primo elemento di sbriciolamento dell’edificio costruito dal legislatore con l’introduzione del concetto di “reversibilità dell’insolvenza”; per cui a un certo punto non basta più l’incapacità di far fronte con regolarità alle proprie obbligazioni per determinare la dichiarazione di insolvenza e quindi il fallimento; ma vi è spazio per una sorta di prova sperimentale e questa prova è offerta appunto dall’istituto dell’amministrazione controllata. Una legge del 1978 era tesa a prolungare l’amministrazione controllata a determinate condizioni; condizioni espresse con un ossimoro: quando esistono “comprovate possibilità” di risanare l’impresa. Lo stesso concordato preventivo nello stesso tempo attenuava o se si vuole cambiava l’oggetto del giudizio di meritevolezza; il giudizio si oggettivizza e si guarda all’impresa in quanto tale a prescindere da una occhiuta analisi del comportamento che si assume dovuto dall’imprenditore. Si verifica quindi quel fenomeno che Minervini chiamò il “rito di Avellino”, per cui all’amministrazione concordata segue il concordato preventivo e quando, secondo l’insegnamento di Galileo Galilei, “provando e riprovando” risulta che l’insolvenza è veramente irreversibile, non c’è praticamente più attivo, interviene il fallimento e la liquidazione si svolge senza alcun vantaggio per i creditori. È stato quello dell’amministrazione controllata un istituto in cui – come argutamente notava Piergiusto Jaeger – si ritrova(va) un aspetto della nostra “anima nazionale”: quello di cercare di rinviare *sine die* le decisioni sgradite. L’inserimento della “nozione” di crisi (anche se non ancora con la precisa descrizione della sua fenomenologia) è avvenuto proprio con l’inserimento nel 2005 dei ricordati nuovi istituti costruiti per dare all’imprenditore forme e modi per superare, anche con accordi negoziali di ristrutturazione del debito, momenti di difficoltà; forme come le convenzioni bancarie in precedenza sperimentate solo ad alto rischio in ragione del dogma cosiddetto della “indisponibilità dell’insolvenza”.

Oggi la novità è rappresentata dalla definizione, in positivo, dello “stato di crisi” descritto come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende “probabile” l’insolvenza del debitore. Torneremo sull’analisi di tale definizione. Riesce convincente la distinzione fra struttura ontologica della definizione e quella fenomenologica. La prima si sostanzia nei due concetti di “probabilità” e di insolvenza (la cui nozione torna così rilevante, ma solo in proiezione futura); la seconda individua la causa della prima situazione in “uno stato di difficoltà economico-finanziaria”. Il piano fenomenologico individua l’elemento rilevatore (ma non necessariamente esteriorizzato) nell’essere i “flussi di cassa prospettici” indicativi dell’impossibilità di far fronte, in futuro, alle proprie obbligazioni. L’elemento differenziale rispetto alla descrizione dello stato di insolvenza è dato dal fatto che l’incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni non è attuale: è insolvenza soltanto “prospettica”. Questa può esistere senza manifestazioni esteriori –necessarie invece per il verificarsi dello stato di insolvenza – quando la crisi dell’impresa è “intrinseca” ma può essere misurata rapportando il *cash flow* con gli impegni finanziari nell’orizzonte temporale di scadenza di obbligazioni assunte. Si caratterizza così dal fatto che l’incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni non è attuale: è insolvenza “prospettica”. Questa situazione può essere, specialmente tramite accordi di ristrutturazione, il terreno di elezione per la prevenzione dell’insolvenza “attuale”, o per la sua più efficiente risoluzione mediante concordato preventivo. La rilevazione tempestiva della situazione di crisi e della perdita del *going concern* è affidata in primo luogo allo stesso imprenditore, individuale ma soprattutto collettivo, attraverso la dotazione degli assetti adeguati alla costante verifica dell’andamento della gestione e della pronta rilevazione della crisi. Tra le misure previste per far fronte alla crisi, una volta che la stessa sia stata rilevata, vi sono le “nuove” procedure di allerta in funzione dell’accesso al procedimento di composizione assistita della crisi da attivarsi, in primo luogo, attraverso l’osservanza di obblighi di segnalazione facenti capo agli organi societari di controllo (articolo 14) ma anche a “creditori pubblici” particolarmente qualificati.

Fra i creditori qualificati le cui segnalazioni giovano alla rilevazione tempestiva della crisi si individuano due categorie. La prima è data da quella tipologia di creditori che tipicamente non si attivano di fronte ai ritardi nei pagamenti con la stessa tempestività e energia di altre categorie come i fornitori. Essi sono l’Agenzia delle Entrate e gli Enti previdenziali (utilizzati forse dagli imprenditori in difficoltà come forma anomala di autofinanziamento) oggi incentivati ad adempiere al dovere di segnalazione per non perdere il titolo preferenziale che loro spetta in caso di liquidazione giudiziale. L’altra categoria è data invece dai soggetti che, come gli Istituti

bancari – quali erogatori istituzionali del credito – sono invitati a comunicare agli organi di controllo interno societario le variazioni, revisioni e revoca degli affidamenti: e cioè a fornire dati che possono costituire indici per la tempestiva rilevazione di sintomatologie patologiche. Ma che hanno due caratteristiche: la prima (comune alla precedente) di provenire dall'esterno della società; la seconda, caratterizzante, di non essere costituita da dati "esteriori" o esteriorizzabili in atti interni alla società ma conoscibili anche da terzi, ma da introspezioni provenienti da un operatore economico che acquisisce ogni utile elemento di valutazione del "merito creditizio", secondo la professionalità propria del *bonus argentarius*.

La definizione di insolvenza, invece non contiene alcuna innovazione sostanziale rispetto al precedente art. 5 della legge fallimentare; pertanto resta fenomeno essenzialmente finanziario e quindi identificabile nella situazione di "illiquidità" che rivela l'incapacità patrimoniale del debitore a far fronte alle proprie obbligazioni.

Il "baricentro" della disciplina si sposta così dall'insolvenza alla crisi.

La rilevazione del "pericolo di insolvenza" non si abbandona più alla spontanea e non regolata autonomia di giudizio e di comportamento di ciascun soggetto del "mercato": l'imprenditore da un lato; gli *stakeholders* dall'altro e fra questi segnatamente il soggetto (la banca) che è l'erogatore istituzionale del credito; non si delega loro l'evolversi della situazione sino al definitivo verificarsi dell'insolvenza o al recupero della *bonitas nominis*. Ciò avviene tramite questo spostamento di baricentro che introduce una disciplina che necessariamente fuoriesce dall'*hortus conclusus* del diritto delle discipline concorsuali per riscrivere parte di fondamentali istituti del codice civile quali principalmente l'impresa e le società. E' uno spostamento di rilevante significato strategico perché esso dà vita ad una disciplina giuridica che non interviene a dettare le sue regole solo dopo che si è verificato un evento, uno stato di fatto ormai irreversibile, elevato a *species facti*; ma detta regole per una situazione ancora aperta, non statica ma dinamica e collegata a vicende di non immediata percezione ma conosciute e studiate dalle scienze aziendalistiche ed assunte ad autonoma rilevanza giuridica (nel senso di attribuire compiti, doveri di comportamento o di prevedere tipi di "prestazione" variamente distribuiti fra i vari soggetti del "mercato") in quanto indici predittivi o sintomatici di un "pericolo di insolvenza" o "pericolo di insolvenza" essi stessi. Pericolo che va precocemente individuato e opportunamente contrastato in questa fase con la varia tipologia di rimedi che conosciamo tra i quali figura anche quello delle procedure di allerta tese in qualche modo a coniugare "istituzioni" e "mercato".

Anche in questo caso la parola d'ordine è: "affidarsi agli esperti", non

perché (ben lo sappiamo in tempi di coronavirus) gli esperti siano infallibili, ma essi sono pur sempre meno fallibili di chi esperto non è.

2. – Il tema dei doveri e della responsabilità degli organi societari si colloca come forma più evoluta di organizzazione dell'impresa, strutturata per l'esercizio in comune dell'attività economica. Si può convenire con chi scorge nell'inserzione di regole per l'esercizio dell'impresa (e in particolare di quelle legate alla funzione di prevenzione del rischio di insolvenza) entro il diritto societario, la volontà di considerare unitariamente realtà economica – l'impresa e la sua proiezione oggettiva, l'azienda– e realtà giuridica– la società appunto – che consente l'esercizio in comune di una attività economica. Si può riconoscere che la prevenzione del dissesto è lo scopo che sta alla base della normativa. Ma la previsione di specifici doveri facenti capo all'apparato amministrativo della società ha coinciso con la riforma organica del diritto concorsuale, non perché quei doveri e quelle responsabilità non fossero già ex ante in qualche modo deducibili dal sistema vigente, ma perché quella storica riforma ha costituito l'occasione per far emergere, per rendere espliciti quei vincoli e più agevole. Il riscontro della loro osservanza. Come emergerà più chiaramente nel prosieguo, con queste regole il legislatore non ha affatto inciso sul "contenuto" delle decisioni che competono agli organi gestori, ma ha inteso individuare, prescrivere il "*quomodo*", il modo con cui esse devono essere assunte, così contribuendo a "concretizzare" la clausola generale di cui al II comma dell'art. 1176 c.c.

L'attenzione agli assetti organizzativi adeguati ha assunto, sul piano normativo, il massimo rilievo con il decreto legislativo n. 231 del 2001 sulla responsabilità delle persone giuridiche per reati commessi a vantaggio dell'ente.

Tale norma penalizzando direttamente il patrimonio sociale ha inteso superare lo stesso schermo della responsabilità limitata, portando nella sfera di interesse del socio in quanto tale, la preoccupazione di far sì che non siano violate norme – come quelle sulla sicurezza del lavoro o sulla tutela ecologica e ambientale – per la cui violazione era prevista una responsabilità che ricadeva soltanto sugli organi gestori e lasciava ai soci la fruizione dell'incremento di profitto derivante da quelle violazioni. Quindi in questo caso la creazione del modello organizzativo adeguato a prevenire il compimento dei fatti criminosi dovrebbe trovare qualche spazio nello statuto o nello stesso atto costitutivo.

Per descrivere tale fenomeno si è utilizzata così la formula "diritto societario della crisi" per evidenziare la specialità di questa disciplina. In termini ancor più espliciti si è parlato (Cagnasso) di regole o di particolare

declinazione di esse che vengono in considerazione nel caso in cui “la società non goda di buona salute”. Ma in senso ancora più ampio e comprensivo rilevano quelle regole di “diritto comune” che sono volte proprio a prevenire la crisi ponendo obblighi di monitorare costantemente l’andamento dell’impresa gestita in forma societaria e di porre in essere iniziative intese a garantirne l’equilibrio economico – finanziario.

In questo quadro e sulla falsa riga del progetto redatto dalla commissione Rordorf, la legge di delegazione 19 ottobre 2017, n. 5 interveniva all’art. 14 su vari punti comportanti modifiche al codice civile dotate di coerenza sistematica.

Fra queste rilevava la previsione espressa dell’applicabilità alle società a responsabilità limitata dell’art. 2394 c.c., sancendo così l’estensione della responsabilità degli amministratori di s.r.l. anche nei confronti dei creditori sociali, pur non esplicitata nell’ambito della disciplina posta con la riforma del 2003, ma già variamente argomentata in via interpretativa, vuoi come esplicazione diretta dell’art. 2043 c.c. – a fronte dell’ingiustizia di un danno pur meramente economico – vuoi in via di surrogazione dell’azione sociale non esercitata dai soggetti legittimati, vuoi in forza del criterio interpretativo posto dall’esigenza di parità di trattamento rispetto ai gestori di società azionarie.

Soprattutto veniva ribadito per ogni tipo sociale il dovere per l’imprenditore e per gli amministratori di dotarsi di assetti organizzativi adeguati a consentire la rilevazione tempestiva della crisi e l’adozione degli strumenti necessari per far fronte a tale situazione.

Ora con riferimento alle s.r.l., prima della legge delegata, la “vigilanza sugli assetti amministrativi” era già prevista dalle disposizioni sul collegio sindacale dettate a proposito della società per azioni dall’art. 2403 richiamato dall’art. 2477 c.c., ma limitatamente alle società a responsabilità limitata sopra soglia, per le quali è obbligatoria la nomina dell’organo di controllo. In tale situazione era parso ad alcuni che fosse possibile adottare una soluzione “conservativa” diretta a limitare l’obbligo della predisposizione di “assetti adeguati” nella società a responsabilità limitata ai soli casi in cui risulti necessaria la presenza di un organo di controllo o di un revisore.

Ma il nuovo obbligo di istituire gli assetti “adeguati” aggiunge un preciso e più puntuale elemento rispetto a quelli più genericamente indicati all’art. 2381 c.c. Per cui, se può riuscire persino comprensibile che il “controllo” istituzionale sia necessario solo in presenza di società a responsabilità limitata sopra soglia, sarebbe stato più difficile restringere a tale ambito anche la previsione – resa vincolante laddove esistono “organi sociali” – di creare assetti adeguati aventi il contenuto specifico sopra richiamato. Sono semmai le dimensioni dell’impresa a costituire criterio

differenziatore per la creazione di procedure adattabili alle differenziate realtà in cui opera l'impresa ed a cui si correla la concretizzazione della regola, piuttosto che il carattere tipologico del modello societario. I principi di corretta amministrazione estesi, *ope legis*, alla creazione degli assetti di volta in volta adeguati, costituiscono parametri alla cui stregua verificare i doveri e le responsabilità dei soggetti cui è dato il compito di gestire l'impresa.

E fin da ora è da sottolineare come la costruzione di tali modelli dovrà comportare la creazione di procedure che tengono conto di ogni profilo di carattere contabile e di molteplici aspetti di natura organizzativa e amministrativa che presuppongono – anche – la piena padronanza delle scienze economiche e aziendalistiche.

L'attuazione delle ricordate direttive di politica legislativa, che segna un importante processo di modernizzazione del nostro diritto dell'impresa, nel passaggio dalla legge delega al decreto legislativo delegato ha visto formulazioni che, specie con riferimento alla nuova disciplina delle società a responsabilità limitate, paiono contenere alcune criticità o aporie legislative tali da creare non facili problemi interpretativi di cui si farà cenno in prosieguo.

3. – Già prima del completamento della riforma con l'approvazione del d.lgs. (10 gennaio 2019) recante il "Codice della crisi e dell'insolvenza" erano emerse alcune problematiche attinenti alla disciplina delle società a responsabilità limitata. La più generale – che si specifica in vari interventi modificativi – è rappresentata da una evoluzione che solo per comodità potremmo definire "controriformista" rispetto alla riforma del 2003.

Quest'ultima si caratterizzava per la previsione di una autonoma disciplina degli assetti organizzativi della società a responsabilità limitata fortemente differenziata da quella propria della società per azioni. La "nuova" s.p.a., pur costruita secondo un sistema "a geometria variabile" – per poter abbracciare un'ampia varietà di realtà imprenditoriali anche in evoluzione e dotare ciascuna del modello di gestione ritenuto più adeguato – rimane l'unico "tipo" fruibile dalla "società aperta": quella cioè caratterizzata da scissione fra proprietà e gestione; anche se può essere utilizzato in ipotesi di (iniziale) società chiusa. La società a responsabilità limitata invece resta(va) il modello tipicamente dettato per le sole società chiuse con normale compenetrazione fra soci e soggetti attivi nella gestione dell'impresa; anche se, da un lato il modello, nella amplissima gamma di alternative che consente, non è incompatibile per essere proposto per la gestione di imprese di grandi dimensioni; dall'altro, il carattere "chiuso" del modello ha incontrato eccezioni nella previsione normativa di start up e di

P.M.I. innovative. Resta comunque condivisibile l'opinione di Carlo Angelici secondo cui il modello, tipicamente applicabile alle imprese di minori dimensioni, in cui trova largo spazio la figura del socio-amministratore, in caso di vuoti normativi o statutari, dovrebbe trovare il referente per il "riempimento" non utilizzando le regole proprie della società per azioni, ma semmai quelle dettate per le società di persone.

L'evoluzione che abbiamo chiamato di segno "controriformistico" o retroguardista, già presente nell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale successiva al 2003, emerge in alcuni punti della stessa legge di delega che vede singoli istituti, ma anche i principi fondamentali concernenti la gestione della società e la responsabilità degli amministratori, nei due tipi che connotano la disciplina della società di capitali, tendere verso la convergenza piuttosto che verso la differenziazione.

Così è stato per l'espressa previsione della responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata verso i creditori cui riesce direttamente applicabile l'art. 1394 c.c. (pur anticipata, nel risultato, dall'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza); per l'applicazione dell'art. 2409 c.c. anche in assenza dell'organo di controllo (soluzione che rende sistematicamente incoerente la permanenza di un sistema normativo che può consentire anche alle s.r.l. sopra soglia l'eliminazione dell'organo di controllo interno sostituito con la nomina di un "revisore" in alternativa all'organo sindacale). Ma soprattutto un principio fondamentale, quale quello che pone il dovere di istituire "assetti organizzativi adeguati" alla rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale, facente capo all'imprenditore e agli organi sociali, riguarda certamente ogni tipo societario e, nella stessa formula linguistica contenuta all'art. 2403 c.c., costituisce fondamentale profilo in cui si concreta l'agire nel "rispetto dei principi di corretta amministrazione". Trattandosi ormai di "principi" fondamentali della *governance* aventi portata generale anche se "declinabile in modo differente a seconda dei vari contesti", sembra pienamente condivisibile l'osservazione di Oreste Cagnasso che si tratta invero di "clausole generali" e quindi di "regole aperte adattabili all'oggetto, alle dimensioni ed alle caratteristiche delle singole imprese".

È soprattutto con riferimento alla disciplina delle società a responsabilità limitata (e delle società di persone anche in forza del III comma dell'art. 2475 c.c.) che, nella novella del 2019 emanata in attuazione della legge di delega, sembra accentuarsi in modo più netto il trend revisionistico verso più marcata restrizione degli spazi di "gestione personalistica" della società a responsabilità limitata; tanto (e con buon fondamento) in tema di controllo, quanto (ed a rischio di incorrere in eccesso di delega) sul tema dell'amministrazione. Sotto il primo profilo va ribadito

che, con la modifica all'art. 2086 c.c., l'obbligo di munirsi di un "assetto organizzativo amministrativo e contabile" adeguato in funzione della rilevanza tempestiva della crisi dell'impresa e della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per il superamento della crisi, è imposto ad ogni "imprenditore che opera in forma societaria o collettiva".

Emerge proprio la generale coessenzialità dei controlli all'attività di impresa che porta questa attività entro lo stesso concetto di "organizzazione" che sta dentro la definizione dell'impresa come "attività organizzata" di cui all'art. 2082 c.c. In effetti il precetto organizzativo posto nel novellato art. 2086 c.c. si riferisce all'imprenditore in quanto tale. Come è stato osservato l'art. 375 del Codice della crisi doveva occuparsi di "assetti organizzativi dell'impresa"; esso invece è rubricato in senso limitativo: "assetti organizzativi societari" e si occupa esclusivamente di assetti "societari". È l'art. 3 del Codice della crisi "norma di non immediata applicazione" a occuparsene, ma limitatamente alla prescrizione che l'imprenditore individuale "deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte" senza così pretendere l'adozione di adeguati assetti organizzativi. È vero che la soluzione può essere valutata come non coerente col fatto che gli assetti organizzativi attengono al piano dell'organizzazione dell'impresa e non alla forma del suo esercizio individuale o collettivo. Ma ciò che il legislatore ha voluto marcare e normare, valendo anche per l'impresa individuale la necessità di una sia pur minimale organizzazione che la metta in grado di adottare di volta in volta le misure idonee sia alla rilevazione tempestiva della crisi sia all'adozione dei rimedi, è emblematicamente rappresentato dall'impatto della "gestione dell'impresa" (nuova rubrica del novellato art. 2086) con gli "assetti organizzativi societari" (rubrica del nuovo art. 2475).

Nello stesso tempo va fin da ora ricordato—per completezza di informazione—che, con l'avvento del Codice della crisi si è deciso (art. 379 comma 1 lettera c) di abbassare considerevolmente la soglia dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo o di un revisore, disconnettendola dal criterio costituito dal richiamo ai limiti previsti dall'art. 2435-bis per la redazione del bilancio di esercizio in forma abbreviata e stabilendo così nuovi limiti numerici più che dimezzati rispetto a quelli di riferimento. Ma successivamente, con la legge 14 giugno 2019, n. 55 di conversione del decreto legge cosiddetto "sblocca-cantieri", è stato nuovamente modificato il II comma dell'art. 2477 c.c. riposizionando il limite esattamente al doppio del precedente. E in ogni caso, non è stata apportata una modifica al testo del I comma dell'art. 2477 c.c. risalente alla riforma del 2003 laddove lascia all'autonomia statutaria la scelta fra organo sindacale (presuntivamente

monocratico) o revisore contabile che certo “organo” non è, ed al quale soprattutto non spetta il compito di vigilare sull’osservanza della legge sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sulla adeguatezza degli apparati organizzativi amministrativi e contabili.

Più discutibile e foriera comunque di seri problemi di coordinamento è stata, come è noto, la modifica apportata all’art. 2475 c.c. laddove viene tassativamente attribuita la gestione dell’impresa agli “amministratori” con apparente ridimensionamento o eliminazione delle competenze gestorie dei soci. Ciò, come rilevò lo stesso Renato Rordorf con una nota ufficiale prima della definitiva approvazione del decreto legislativo delegato, non è postulato dalla realizzazione dei principi della legge di delega che possono trovare attuazione senza intervenire sul modello amministrativo delle società a responsabilità limitata e delle stesse società a base personale.

La ricerca di una soluzione che porti ad evitare l’incostituzionalità per eccesso di delega della novellazione apportata all’art. 2475 c.c., laddove stabilisce che “la gestione dell’impresa ... spetta esclusivamente agli amministratori i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale” deve spingere, se possibile, ad una interpretazione costituzionalmente orientata. Questa dovrebbe (poter) portare a ricondurre la portata del testo normativo entro l’alveo della legge delega, mantenendo gli spazi di gestione personalistica consentiti nella disciplina della società a responsabilità limitata dalla riforma del 2003. Le difficoltà insite per produrre esiti interpretativi di compatibilità fra i due testi normativi hanno portato i commentatori ad interessanti approfondimenti ermeneutici svolti sia sul modello amministrativo della società a responsabilità limitata, sia sul significato da attribuire ai *verba legis* che hanno modificato il testo originario dell’art. 2475 c.c.

Sotto il primo profilo è emersa una generale ripulsa della tesi secondo cui con la riforma originaria la presenza di un organo amministrativo autonomo e distinto dalle persone dei soci “è un elemento naturale ma non essenziale del modello” di società a responsabilità limitata. L’eventuale mancanza di alterità soggettiva (o meglio la possibile identità tra le persone dei soci e quelle degli amministratori) non esclude la diversità dei ruoli e delle funzioni: basti pensare che, se sono riservate alla competenza inderogabile dell’organo amministrativo la redazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e di scissione e altre decisioni, ciò significa che necessariamente deve esistere un organo amministrativo distinto dall’assemblea dei soci. Vi sono materie sulle quali i soci adotteranno decisioni secondo le regole di cui agli artt. 2479, 2479-bis, 2479-ter c.c. (vale a dire di competenza assembleare) e altre come organo amministrativo secondo le regole degli artt. 2475, 2475-bis 2476-ter e 2476. Anche un

severissimo critico della riforma come Giancarlo Rivolta ha osservato che l'identità tra le persone dei soci e degli amministratori "non esclude la diversità dei ruoli e delle funzioni e la soggezione a regole diverse nell'una e nell'altra veste"; e aggiungeva "per quanto scombinata sia la riforma della società a responsabilità limitata ... non si può imputarle anche la astruseria di consentire la soppressione statutaria dell'organo amministrativo". Di particolare rilievo è l'impostazione – ampiamente argomentata da N. Abriani e A. Rossi – che dalla distinzione fra "gestione organizzativa" e "gestione operativa" deduce l'opzione interpretativa per cui la prima, ed essa soltanto, sarebbe riservata in via esclusiva agli amministratori (impegnati così nella decifrazione del "mantra" dell'art. 2086), mentre la funzione amministrativa, o gestoria in stretto senso, può continuare ad essere riportata nel quadro dell'amplissima autonomia statutaria consentita, senza che, per tale aspetto, la riforma della crisi dell'impresa debba comportare modifiche. La prima indicazione in tal senso era venuta già in sede di commento della legge delega n. 155 del 2017 da Paolo Montalenti laddove si denuncia in generale l'utilizzo improprio da parte del legislatore della formula "gestione dell'impresa" in luogo di quella di "organizzazione dell'impresa", così rinnovando quella "confusione lessicale tra assetti organizzativi dell'impresa ... assetti societari ... e amministrazione; concetti non coestensivi".

Ma nel quadro della proposta interpretativa ora considerata, in realtà, la predisposizione e l'applicazione degli assetti organizzativi "adeguati" costituiscono l'a priori della corretta amministrazione, e, in tutte le tipologie delle forme societarie, spettano inderogabilmente a coloro che rivestono il ruolo di "amministratori" della società; e ad essi fa capo altrettanto inderogabilmente la responsabilità di attivarsi senza ritardo per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti che l'ordinamento appresta per il superamento della crisi (dalla attuazione della procedura di allerta fino agli altri strumenti quali i piani attestati, gli accordi di ristrutturazione, la proposta di concordato in continuità aziendale).

Sotto altro profilo si ammette che, con l'attribuzione agli amministratori della competenza esclusiva alla istituzione e governo degli "assetti" si configura bensì una innovazione ma di limitata portata (come tale rientrando nei margini di discrezionalità del legislatore delegato) innovazione che va ad affiancare tale materia alle competenze che già oggi sono "riservate" all'organo amministrativo della società a responsabilità limitata dall'ultimo comma dell'art. 2475 c.c. Peraltro le aporie conseguenti ad un testo normativo di legge delega, che sarebbe altrimenti difficile da sussumere fra le modifiche al codice civile "rese necessarie" per l'attuazione dei principi posti dalla legge di delegazione, sembrano accrescersi anche per la espressa

estensione alle s.r.l. dell'art. 2381. Il che potrebbe sottendere l'attivazione di un sistema di deleghe con la conseguente articolazione di poteri e responsabilità anche con riferimento all'assetto organizzativo: agli organi delegati quelli di "curare" che l'assetto organizzativo amministrativo e contabile "sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; al consiglio di amministrazione invece quello di "valutare" sulla base delle informazioni ricevute l'adeguatezza del sistema stesso. In quel sistema però ciascun consigliere "può" chiedere agli organi delegati che in consiglio di amministrazione "siano fornite informazioni relative alla gestione della società" e non altro. Limitazione, per i non delegati, di accesso all'informazione sulla gestione che può sembrare difficilmente compatibile con una disciplina che assegna agli stessi "soci che non partecipano all'amministrazione" il diritto non solo di avere dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali, ma anche quello di "consultare anche tramite professionisti di loro fiducia i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione". Il richiamo potrebbe però essere inteso con l'implicita riserva "per quanto compatibili" e quindi dare spazio alla possibilità che non i soci amministratori, ma proprio i soci che non partecipano all'amministrazione abbiano quell'ampio diritto di consultazione sopra descritto. La proposta interpretativa così sintetizzata costituisce comunque un tentativo importante e diretto ad individuare un esito ermeneutico costituzionalmente orientato cercando il massimo di compatibilità possibile fra il testo del decreto legislativo delegato ed i principi estraibili dalla legge delega; e corrisponde forse anche ad una valutazione tutto sommato non sfavorevole alla "svolta" che il nuovo testo imprimerebbe sul modello amministrativo delle s.r.l. (e in caso di amministrazione disgiuntiva anche alla disciplina dettata dall'art. 2257 del c.c.).

Ma se è chiara e condivisibile – anche se non del tutto presente nel codice della crisi – la concentrazione delle funzioni che sottendono l'adempimento dei doveri di cui all'art. 2086 c.c. all'interno dell'organo amministrativo, la scelta di concentrazione è parsa estesa in base al tenore letterale del testo normativo anche all'attività di gestione in stretto senso. Si può anche convenire che l'organizzazione (e quindi la predisposizione e applicazione dei noti assetti organizzativi) costituisce il presupposto della gestione–mera amministrazione e la connota; ma le due funzioni e le due attività restano distinte; e la loro distinzione in molte materie (soprattutto con riferimento al pubblico impiego) costituisce il *discrimen* tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria. Quindi la "legittima" scelta di concentrare nell'organo amministrativo i poteri inerenti alla funzione organizzativa (e in particolare quelli di predisporre e dare attuazione ad assetti adeguati ai compiti fissati dall'art. 2086) non "rende necessitato"

l'ulteriore passaggio riferito agli "amministratori che compiono operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". Dovendosi piuttosto considerare che, proprio con riferimento alla scelta dello strumento in concreto prescelto per il superamento della crisi (e dunque persino entro il perimetro disegnato dall'art. 2086), il codice della crisi ha confermato il disposto dell'art. 152 II comma (*ex* artt. 44 I comma, e 265) e quindi la possibilità che lo statuto, anche lo statuto di s.r.l., possa attribuire all'assemblea o ai soci intesi come collettività il potere di decidere sulla scelta degli strumenti giuridici più specificamente funzionali a gestire e possibilmente ricomporre la crisi di impresa. Ma ciò andrà a valere anche per la società per azioni nonostante l'art. 2480-*bis* c.c.

Anche a tale proposito alcuni contributi dottrinali (penso a quello di D. Latella e a quello di R. Franco) sembrano aprire spazi per soluzioni ermeneutiche le quali hanno il pregio di essere compatibili con il tenore letterale della norma delegata, pur limitandone la portata innovativa in guisa tale da escludere che essa intervenga in termini generali modificando il modello amministrativo della società a responsabilità limitata. La tesi si propone come lettura "teleologicamente orientata" in quanto "attenta agli interessi sottesi dalla norma" e funzionale alla tutela così avuta di mira. La lettura funzionale investe l'avverbio "esclusivamente" e perviene a ritenere "amministratori" e quindi destinatari (per quanto di rispettiva competenza) degli obblighi sanciti dal codice della crisi tutti coloro che –a prescindere da una investitura formale– possono compiere atti di amministrazione sia a rilevanza interna che esterna; e dunque non solo ai soggetti componenti l'organo amministrativo "bensì e funzionalmente a tutti i soggetti ai quali per quella singola e specifica materia o decisione sia stato attribuito un particolare diritto di amministrazione e/o una competenza ad amministrare contribuendo all'assunzione della decisione amministrativa della società ". In altre parole, destinatari della norma (e quindi del dovere di predisporre gli assetti adeguati e anche della gestione della società) sono quegli stessi soggetti ai quali, in base alle legittime regole dell'atto costitutivo resta affidato il potere di "compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale" con l'assunzione della correlativa responsabilità ai sensi dell'art. 2476, comma 1, c.c. con conseguente perdita di rilievo, a questi fini, della distinzione tra gestione organizzativa e gestione operativa.

In questo caso merita particolare considerazione (e condiziona la condivisibilità dell'esito ermeneutico che viene proposto e che varrebbe a "neutralizzare" i pericoli che sono apparsi insiti nell'innovazione normativa) la tecnica interpretativa che viene descritta come "teleologicamente orientata". Non vi è dubbio che si tratta di tecnica praticabile utile e che può condurre ad una ragionata scelta tra i diversi possibili significati che un

testo normativo (i suoi *verba legis*) può contenere. E' lo stesso massimo teorico del normativismo giuridico (il Kelsen della *Reine Rechtslehre*) a riconoscere che "la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto lo schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione; e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso qualsiasi è conforme alla norma ". Talvolta il reale significato del comando contenuto nel testo normativo si riconosce più che soltanto dalla "parola", dallo scopo avuto di mira. Una raffinata analisi di questa relazione tra il "frastico" contenuto nella descrizione normativa e il reale significato del comando che vi è sotteso rimanda a Giovanni Tarello e al suo studio intitolato alla "semantica del neustico ". A titolo di esempio ivi si immagina il significato del comando: "chiudete la finestra". L'interpretazione letterale sembra sufficiente a cogliere il valore semantico di quel semplice comando. Ma se esso è formulato dal capufficio che esce da una stanza che presenta due porte entrambe spalancate, una finestra e un oblò e nei tavoli degli impiegati volano i fogli, il reale significato è: chiudete quanto è necessario per fare in modo che non ci siano correnti d'aria!

Ma il problema interpretativo che pone il novellato testo dell'art. 2475 appare meno riferibile al profilo teleologico (che pure resta rilevante per l'identificazione della *ratio legis*) che non risolvibile mediante la normale ricerca del preciso significato delle parole usate nel contesto al quale si riferiscono. Sul piano della teoria generale *starting point* può essere assunto il noto inquadramento proposto da Herbert Hart (nella *Harvard Law Review* del 1971) sui disaccordi interpretativi circa il significato di un testo normativo che concerne i "casi limite" e che dipendono dal significato da attribuire all'enunciato linguistico (i *Concept Words*). Potendosi per ciascun termine della disposizione linguistica distinguere tra un nocciolo di significato chiaro (*Core off meaning*) e un'area di indeterminatezza (*penumbra*). Nell'ormai classico esempio ivi formulato (quello del cartello contenente la dicitura "divieto di ingresso ai veicoli ") si individuano casi "paradigmatici" (l'automobile, l'autobus, la motocicletta) ed altri più incerti (la bicicletta e via via il monopattino fino all'automobilina-giocattolo). In questi casi può giocare davvero un rilevante ruolo l'individuazione delle finalità della norma quali nella fattispecie garantire la sola sicurezza delle persone nel parco oppure assicurare la pace ed assoluta tranquillità di grandi e piccoli. Ma la struttura della disposizione da interpretare cambia quando il referente linguistico – il *Concept Word* – non è tale da descrivere una indeterminata classe di "oggetti" ai quali il predicato riesce applicabile (come nell'esempio citato in cui il carattere borderline del singolo oggetto considerato dipende dalla vaghezza di significato del termine adoperato) ma è esso stesso un "concetto giuridico " un concetto cioè che ritrova già la sua

definizione nel mondo del diritto.

Il “caso” è ordinato in base ad una determinata regola che preesiste e ivi trova la sua definizione. Tale è certamente il termine “amministratori” riferito alla società a responsabilità limitata, come definibile in base al codice civile quale esso è oggi. E’ ragionevole ritenere che il legislatore delegato volendo attribuire a chi amministra la società a responsabilità limitata il dovere di predisporre gli assetti adeguati a norma dell’art.2086 e preso atto, da un lato del pluralismo dei poteri decisori che l’art.2479 (richiamato espressamente dal novellato testo del primo comma dell’ art. 2475) consente, ma riconoscendo anche che (per “scombinata” che possa apparire la complessiva sistemazione amministrativa della società a responsabilità limitata, secondo la pittoresca espressione di Giancarlo Rivolta) l’organo amministrativo designato dal sistema esiste ed è quello – enunciato all’art. 2476 I comma – deputato a compiere “le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale”, con l’utilizzo dell’avverbio “esclusivamente” ha inteso riferire a quell’organo – che già esiste e così come esso esiste – il compito e la conseguente responsabilità (per “i danni derivanti dall’inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge”) connessi all’attuazione degli “assetti organizzativi “. E a ben vedere anche l’estensione della disciplina dell’art. 2381 c.c. riesce applicabile, in ogni caso, laddove esso enuncia un obbligo – quello dell’agire informato – che appartiene ontologicamente al dovere di diligenza richiesto dall’esercizio della funzione, e fissa, per il solo caso che l’atto costitutivo attivi un sistema di deleghe, quale debba essere l’assetto organizzativo corrispondente. Ma, quale che sia il sistema amministrativo prescelto dalla società a responsabilità limitata, fosse anche l’Amministratore Unico, i commi 3 e 5 dell’art. 2381 dettano regole di condotta e la redazione di documenti ritenuti necessari in vista dell’esercizio dell’impresa (in sé).

Certo resta innegabile il segno di riavvicinamento delle regole di *governance* delle società a responsabilità limitata a quelle della società per azioni, essendosi seguito – insieme all’ampliamento delle ipotesi di obbligatorietà dell’organo sindacale, alla reintroduzione del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c., allo stesso ragionevole chiarimento della legittimazione dei creditori all’azione di responsabilità verso gli amministratori – un percorso inverso rispetto a quello a quello tracciato dal legislatore della riforma societaria che vide la luce nel 2003.

4. – La formula espressa dall’acronimo assetti “OR.AM.CO.” non si identifica soltanto nel complesso di regole che definiscono, a livello di *governance*, i processi decisionali (gli assetti organizzativi) ma anche, a valle, l’insieme delle procedure che valgono a realizzare l’ordinato svolgimento

dell'attività aziendale (assetti amministrativi). L'assetto contabile (in che si sostanzia il sistema di rilevazione dei fatti di gestione) trova una specificazione proprio nella prescrizione del III comma dell'art. 2381, che prevede un reporting avente per oggetto " i piani strategici, industriali e finanziari" (ivi si aggiunge "quando elaborati", potendo peraltro divenire necessaria la loro elaborazione in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa) mentre è il V comma ad esigere che, con cadenza almeno semestrale l'organo amministrativo rediga un rapporto sulla costante adeguatezza del OR.AM.CO. da comunicare entro l'organo amministrativo se collegiale e, in ogni caso, a quello di controllo. Il passaggio del baricentro della disciplina dell'organizzazione e dell'esercizio dell'impresa (tanto più se gestita in forma collettiva anche ma non soltanto in vista dei suoi possibili esiti per i quali esiste una disciplina di dei procedimenti concorsuali) dalla insolvenza alla crisi ha importante significato strategico.

La stessa definizione di "crisi" (art. 2 lettera a del Codice della crisi) come "stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore" introduce un primo fondamentale punto che è descritto soltanto da scienze empiriche come la scienza economica e quella aziendalistica. Proprio dagli "esperti" (vedi Laghi, Verna, ma il suggerimento è accolto anche dai giuristi come mostra l'adesione di Rocco di Torrepadula) viene la chiara indicazione, di cui è apprezzabile il carattere "tassonomico", che la "probabilità" deve essere "superiore al 50%". Sottolineo questa affermazione perché essa vuole estrarre da un testo normativo che il giurista tende ad interpretare anche caso per caso, in base alla tecnica del "discorso argomentativo", un significato univoco esprimibile con un dato numerico. Ricordo che la bimillenaria sapienza di Aristotele osservava che non si può chiedere ad un matematico un discorso che sia "persuasivo", come non si può chiedere al retore o al giureconsulto un discorso che sia "dimostrativo". Il tentativo di tradurre un lemma del lessico normativo avente di per sé un significato "polisenso" (altrimenti il testo stesso della legge avrebbe fatto propria l'espressione numerica) – e che quindi costituisce un "significante" suscettibile di assumere una pluralità di significati entro i quali sarà da accogliere il significato che, per la singola vicenda, appare argomentabile nel modo più convincente – in una cifra numerica definita una volta per tutte, è quello di voler passare dal discorso "argomentativo" proprio del giurista a quello "dimostrativo", quando si tratta di "sussumere" situazioni concrete entro il concetto espresso dal "significante" polisenso. È questa forse una semplificazione quasi necessaria; ma che introduce rigidità da cui possono discendere conseguenze giuridiche assai gravi (soprattutto in casi di inosservanza dei comportamenti che devono essere adottati in presenza di "crisi" di impresa) trattandosi di un

calcolo di probabilità i cui tratti di aleatorietà dipendono inevitabilmente dalla valutazione degli “indici” da cui rilevare lo stato di “insolvenza prospettica”. Ciò è confermato anche dalle correzioni che risultano proposte nella bozza oggi conosciuta che contiene lo schema di decreto legislativo “correttivo” del d.lgs. n. 14/2019 (anche su suggerimento del C.N.D.E.C. incaricato di elaborare indici di allerta). La prima correzione viene proposta proprio in relazione al sopra riportato testo dell’art. 2 lettera a con la sostituzione nella definizione di crisi, della dizione “stato di difficoltà” con quella di “squilibrio” economico finanziario, trattandosi di espressione più corretta secondo i parametri della scienza aziendalistica. Anche nella norma che individua gli indici rivelatori della crisi, si propongono correzioni che sostituiscono la parola “sostenibilità” in quella di “insostenibilità” e la parola “adeguatezza” con “inadeguatezza”, essendosi colta “l’ambiguità di una definizione declinata in forma affermativa posto che l’obiettivo è quello di intercettare l’inadeguatezza dei flussi prospettici ... e dunque l’insostenibilità dell’indebitamento e la situazione di assenza di continuità aziendale”: con l’effetto così di voler rendere in qualche modo più diretto e definito il concetto e dunque meno tranchant il differenziale tra un rischio del 49% e uno del 51%. Naturalmente il valore ermeneutico degli indici, di ciascuno di essi e del loro insieme, la loro capacità predittiva (che è quella di ricostruire il nesso eziologico attraverso il passaggio per così dire “inverso” dall’effetto alla causa) che è propria di ogni operazione diagnostica, ha un carattere relativo, condizionato dal grado di omogeneità delle situazioni oggetto di osservazione, nel rapporto probabilistico tra passato e futuro. Ed è appena il caso di dare atto che, nell’attuale momento storico, caratterizzato dalla nota pandemia, è dallo sconvolgimento dei risultati econometrici calcolabili in precedenza secondo i più corretti criteri di calcolo probabilistico, si è verificata una eccezionale causa di “forza maggiore” la quale certamente dovrà comportare un rinvio della riforma in commento e la difficile ma necessaria elaborazione di nuove “regole di sistema”, come regole dell’emergenza, non escluse forme di “aiuti pubblici” all’impresa.

5. – È stata certamente la scelta di spostare il baricentro della disciplina della gestione dell’impresa e segnatamente di quella collettivamente gestita dall’insolvenza alla crisi a dettare nuove regole di comportamento funzionali alla più pronta rilevazione dei segnali di crisi e all’adozione dei provvedimenti più opportuni in vista del superamento della crisi.

Di qui la giusta constatazione [sopra ricordata] che all’imprenditore – e probabilmente ai consulenti di cui si dovrà circondare – viene fatto carico dell’acquisizione “di una massiccia dose di cultura economico-aziendale”. Ad esempio il rapporto, almeno semestrale, dell’organo amministrativo deve

riguardare sia il generale andamento della gestione, sia la sua prevedibile evoluzione. La strumentalità contabile che l'adozione di questo compito comporta è assai complessa. La rilevazione dei "flussi di cassa prospettici" non ha (come il rendiconto finanziario di cui all'art. 2425) mera portata storica, ma si basa su previsioni: la somma algebrica di *inflows* o *outflows* indica il *deficit* o il *surplus*. Ma il *deficit* va confrontato con la liquidità proveniente da affidamenti bancari, occasione a loro volta di nuovi *outflows*; le dilazioni di pagamento possono portare ad un temporaneo pareggio; ma il ricorso ad esse può essere già segno di "squilibrio", di cui andrà analizzata la causa (se occasionale o strutturale) prima che a deciderlo sia l'agente esterno, il mercato, determinando esso sì la piena simmetria anzi la coincidenza fra insolvenza prospettica e insolvenza reale.

In generale, e valutando la vastità e la complessità tecnica richiesta per dare compiuta ed esatta attuazione sia all'obbligo di rilevare per tempo la crisi, sia di contrastarla, qualora essa si presenti, con la massima tempestività assumendo le iniziative necessarie per farvi fronte in quella situazione, è apparso (Inzitari) che si tratti di "un obbligo di comportamento nuovo che va ben oltre il dovere primario di eseguire la prestazione dovuta". Si aggiunge che si tratta di comportamenti che sono "connessi all'adempimento, ma si collocano all'esterno di esso".

Ciò è certamente vero se riferito al soggetto – l'imprenditore, individuale o collettivo che sia – e all'adempimento delle obbligazioni che fanno capo ad esso verso i terzi, variamente creditori di somme di denaro, di beni o di servizi. Come rilevano esattamente Abriani e Rossi "un eventuale assetto organizzativo non adeguato, nell'ambito di un giudizio di responsabilità degli organi sociali, non sarà mai l'*eventus damni*, ma al più potrà essere allegato come presupposto dell'*eventus damni*, con la conseguente difficoltà insita sia nello stabilire un efficiente nesso di causalità tra inadeguato assetto organizzativo ed evento dannoso ... sia (visto che la lacuna organizzativa si tradurrebbe in inadempimento omissivo) nella allegazione controfattuale di un assetto organizzativo capace in sé di impedire l'evento dannoso".

In altre parole tuttavia è ovvio che, se non vi sono inadempimenti ad obbligazioni che fanno capo ad un'impresa e che sono dipendenti dalla sua incapacità patrimoniale a farvi fronte, l'imprenditore o i gestori delle impresa organizzata in forma societaria non dovranno rispondere verso i terzi creditori per comportamenti – non soltanto omissivi – connessi alla inattuazione o inesatta attuazione degli obblighi di comportamento che l'ordinamento pone a carico dell'imprenditore – individuale o collettivamente organizzato – in base alle norme sopra ricordate. Ma nelle imprese collettivamente organizzate l'inesatta attuazione di quegli obblighi,

variamente distribuiti fra gli organi sociali, costituisce in primo luogo inadempimento dei soggetti che rivestono le cariche sociali cui competeva di darne esatta attuazione; e, nel caso sia derivato danno al patrimonio sociale o ai creditori, questo inadempimento dà fondamento all'azione di responsabilità. Non appare invece del tutto condivisibile l'ulteriore deduzione (tratta da gli autori da ultimo citati) secondo cui l'inosservanza delle regole circa l'adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili si traduce in una scelta di allocazione di risorse comunque limitate e, in ipotesi, destinate a un'operazione di gestione "esterna" piuttosto che in investimenti su assetti organizzativi "interni"; e quindi l'inosservanza rientrerebbe entro le condizioni di operatività della *judge business rule* inerendo sostanzialmente al merito amministrativo.

Quest'ultima deduzione deve essere corretta perché, trattandosi di obblighi disposti dalla legge imperativamente, viene meno la prima condizione che deve sussistere perché possa negarsi la possibilità di una valutazione giudiziale che verta sul merito amministrativo: per il principio di non contraddizione non può ridursi a valutazione del merito un rilievo che attiene alla illegittimità di un comportamento anche se soltanto omissivo. Inoltre in linea di principio le intervenute prescrizioni legislative costituiscono specificazione dei compiti di cui è già tenuto l'organo amministrativo o il gestore che dir si voglia, quale quello diretto alla conservazione del patrimonio sociale (arg. ex artt. 2394 e 2486 c.c.) e delle modalità in cui essi compiti si devono articolare in relazione al tipo sociale ma soprattutto alla "natura e alle dimensioni dell'impresa" secondo un generale criterio che risale fino all'originario dettato del II comma dell'art. 2214 c.c. Non solo ma, come sopra ricordato, l'enunciazione normativa di quei doveri integra e specifica (correlativamente riducendo margini di discrezionalità) i principi di corretta amministrazione (arg. ex art. 2403 c.c.) e soprattutto il fondamentale principio di diligenza di cui all'art. 2392 che, a questo punto, appare opportuno rivisitare nei suoi termini generali.

6. – In via di estrema sintesi può rilevarsi che il momento oggettivo della prestazione, quello che realizza l'utilità che il creditore assegna alla prestazione o mira a realizzarla in alcune tipologie di obbligazioni, non si identifica con il comportamento strumentale del debitore, che però resta il vero oggetto dell'obbligazione, ma rimane separato da esso: talché dal suo mancato conseguimento non consegue affatto l'inadempimento dell'obbligazione. L'estensione precisa di ciò che il debitore sarà chiamato a fare identificherà il "comportamento diligente del debitore che però rimane sempre un "mezzo" per raggiungere un risultato cui certamente il creditore aspira, ma che il debitore non è tenuto a garantire. Si identifica così un

gruppo di obbligazioni aventi ad oggetto un “*facere*” non in sé considerato (come avviene nel rapporto di lavoro subordinato) ma pur sempre strumentale ad un risultato utile cui il creditore aspira. In linea di prima approssimazione, la “*summa divisio*” appare identificarsi in base alla distinzione tracciata tra i due commi dell’art. 1176 c.c. che, con riferimento alle obbligazioni inerenti ad un’attività professionale, distacca la nozione di diligenza dal parametro tradizionale del “buon padre di famiglia” per imporre il parametro costituito dalla “natura dell’attività esercitata”. A tale stregua, la prestazione stessa si identifica con l’attività posta in essere secondo le regole di diligenza e di perizia professionale; il comportamento conforme a tali canoni, anche se delude le aspettative del creditore, non opera come criterio di esclusione di responsabilità per non imputabilità del fatto impeditivo dell’adempimento, ma integra puramente e semplicemente gli estremi dell’esatto adempimento. Talora è stato lo stesso legislatore ad operare la scelta di regolare talune attività di “lavoro autonomo”, particolarmente qualificato, come quelle degli amministratori di società di capitali, passando dal generico parametro del “buon padre di famiglia” al quale –tramite il medio logico costituito dal richiamo alla diligenza del mandatario–faceva riferimento l’art. 2392 c.c. prima della riforma del 2003, a quello della diligenza “richiesta dalla natura dell’incarico” come dispone oggi il primo comma dell’ articolo 2392 c.c. Il dovere di diligenza che gli amministratori devono osservare nello svolgimento del loro compito è così riportato all’indicazione generale di cui al II comma dell’art. 1176 c.c. Come chiarisce opportunamente la Relazione alla legge di riforma del 2003 (par. 6 III 4) l’obbligo di usare la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico “non significa che gli amministratori devono necessariamente essere periti in contabilità, in materia finanziaria e in ogni settore dell’amministrazione dell’impresa sociale, ma significa che le loro scelte devono essere ‘informate’ e meditate, basate sulle rispettive conoscenze, e frutto di un ‘rischio calcolato’ e non di irresponsabile o negligente improvvisazione”. Il passo riportato ci pare emblematico per identificare i caratteri di queste categorie di obbligazioni (al pari di quelle che originano dall’esercizio delle libere professioni intellettuali) e delle corrispondenti prestazioni. Ci si riferisce ovviamente alla dicotomia, di origine dottrinale (a partire dall’opera di R. Demogue, *Traité des obligations en general* del 1925, seguita in Francia dalla monografia di J. Frassard, ripresa e sviluppata in Italia dal noto saggio di L. Mengoni nella Rivista di diritto commerciale del 1954) fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato e del ruolo che vi gioca la dirigenza nel caso di amministratori di imprese societarie non diversamente da quanto accade nell’esercizio di attività libero-professionale (particolarmente quelle del medico o dell’avvocato) *ex parte creditoris*. Esiste un interesse avuto di mira:

nel caso dell'avvocato che fornisce patrocinio in causa, l'esito favorevole del processo; nel caso di ricorso al medico in presenza di malattia, il raggiungimento della guarigione; nel caso di amministratori di imprese societarie, il raggiungimento del maggior utile di impresa, lo *share value* e comunque la mancanza di pregiudizio al patrimonio sociale. Ma nessuno di questi esiti sperati – che pure costituiscono la ragion d'essere per il creditore della costituzione del vincolo obbligatorio – è anche oggetto dell'obbligazione è cioè compreso nella sfera della prestazione. Nel caso dell'obbligazione degli amministratori di società l'imposizione dell'obbligo di diligenza quale "richiesta dalla natura dell'incarico" non incrina la vigenza della cosiddetta *business judgement rule* in cui si esprime il divieto per il giudice di sindacare il merito delle decisioni manageriali, anche quando esse abbiano arrecato danno alla società. Ma la regola di diligenza "professionale", in presenza del rischio proprio di ogni attività imprenditoriale dovrà conformare ad essa la condotta dell'amministratore. Essa regola stabilirà non il contenuto ma il "come" prendere occasioni imprenditoriali e determinerà in tal modo l'estensione di ciò che "il debitore" è tenuto a fare. Non si tratta affatto di un criterio di esonero da responsabilità per il caso di inadempimento, perché l'amministratore che avrà osservato il suo dovere di diligenza in relazione a tutte le circostanze del caso (tipo di società amministrata, sue dimensioni, settore di attività, sua capacità finanziaria in relazione alla rilevanza dell'operazione ed ogni altra possibile situazione che connota l'affare) anche nel caso che dall'operazione abbia a derivare un danno per la società, non sarà inadempiente all'obbligazione assunta. E correlativamente se il danno sarà conseguenza di inosservanza di norme o di un "rischio non calcolato", secondo i principi aziendalistici che connotano l'attività di gestione dell'impresa, ci sarà inadempienza e obbligazione risarcitoria.

Occorre altresì chiarire un equivoco che potrebbe essere insito nell'affermazione di Inzitari secondo cui anche alle obbligazioni pecuniarie si applica la regola di diligenza. Infatti, se si assume la prestazione come l'oggetto dell'obbligazione, con riferimento ad alcune tipologie di prestazione (e particolarmente a quelle di "dare", fra le quali rientrano le obbligazioni pecuniarie) il momento oggettivo della prestazione, identificato con il conseguimento del "bene dovuto" si presenta come la normale conseguenza del "comportamento dovuto" dal debitore che realizza così il soddisfacimento dell'interesse del creditore. Anche in queste ipotesi il parametro della diligenza può assumere qualche rilievo, ma esso rimane esterno ed estraneo al contenuto dell'obbligazione, che si integra e si precisa, semmai, alla stregua della regola di correttezza e di buona fede oggettiva. Uno scrutinio in termini di diligenza (secondo il parametro di cui al I comma

dell'art. 1176 c.c., quello del "buon padre di famiglia") potrà venire in considerazione solo allorché, intervenuto un fatto impeditivo dell'adempimento, la valutazione del comportamento del debitore ad una stregua di diligenza sarà uno dei criteri per valutare l'imputabilità o meno del fatto impeditivo al debitore.

7. – E qui occorre qualche ulteriore specificazione di raccordo tra la disciplina generale – quale essa si evince in base al II comma dell'art. 1176 c.c. – e l'attuazione dei doveri specifici, ma compresi nella regola di buona e corretta amministrazione dettati dal nuovo II comma dell'art. 2086 c.c.

Tale disciplina, come si è visto, non concerne direttamente il "merito" delle decisioni imprenditoriali, ma definisce imperativamente regole relative "come" e al "quando" quelle determinazioni devono essere assunte. La prima regola posta, per così dire, "a monte" è quella che obbliga a porre in essere l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile "adeguato" a cogliere i sintomi della crisi. La legge stessa individua i principali indicatori in presenza dei quali è ragionevole presumere uno stato di crisi (e stabilisce anche forme di segnalazione sia dall'interno dell'impresa collettiva – gli organi di controllo – sia *ab externo* di cui si è sopra parlato). La seconda, posta a valle della prima – che presuppone utilmente osservata – esige un ulteriore comportamento scisso in due fasi: la "tempestiva" reazione, la prima; e quindi l'adozione dei mezzi più idonei per fronteggiare il tipo di crisi rilevato (dal ricorso alle procedure di allerta in vista della composizione assistita della crisi fino in caso estremo di riconosciuta attualità e irreversibilità dell'impotenza finanziaria all'iniziativa per l'apertura della "liquidazione giudiziale").

Fanno capo agli amministratori i doveri che possiamo definire di "autocontrollo": – sia in funzione "proattiva" – quelli diretti a cogliere tempestivamente i segnali di crisi – sia in funzione "reattiva" – per l'attivazione degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento per il superamento della crisi. Anche la predisposizione degli assetti organizzativi adeguati assurge così a scelta gestionale e passa da regola di condotta "implicita" a regola espressamente normata.

Ora, il puntuale ed esatto adempimento di ciascuna di queste di queste regole è comportamento dovuto ed esigibile, ma per ciascuno di essi non può negarsi la difficoltà nel tracciare la linea tra l'esatta osservanza della regola (e del dovere di diligenza che essa indica) e residui spazi di discrezionalità dell'amministratore che egli conserva e per i quali ed entro i quali soltanto può operare la *business judgement rule*. Con la conseguenza che il giudizio sull'osservanza del dovere di diligenza, entro tale spazio, va formulato "ex ante" e non in modo necessariamente vincolato al risultato

negativo che ne sia seguito; tenendo conto naturalmente del fondamentale criterio offerto “dalla natura e dalle dimensioni dell’impresa” e di tutti gli elementi conosciuti o conoscibili in base al grado di diligenza richiesto all’amministratore.

È stato acutamente individuato (Terrizzi) una sorta di *trade-off* fra gli interessi ai quali l’amministrazione della società deve essere finalizzata: interesse dei soci o interesse dei creditori; interessi che possono essere disallineati proprio in occasione della crisi d’impresa. In relazione ai valori espressi dall’ordinamento positivo l’alternativa parrebbe porsi tra promozione della “continuità aziendale” da un lato o preservazione dell’integrità del patrimonio sociale dall’altro.

Naturalmente, sul piano operativo, il dilemma può porsi e condurre l’organo amministrativo a dover prendere decisioni molto difficili e che non sono disgiunte dall’intrinseco rischio scaturente dall’esercizio dell’attività economica (e che come tali rientrano fra le scelte “di merito” sottratte, in quanto tali al sindacato giurisdizionale). Ma il criterio teorico sulla base del quale devono essere operate le determinazioni è quello noto: la prosecuzione dell’impresa potrà essere perseguita anche in una situazione di “crisi se essa è funzionale alla conservazione del valore dell’impresa”. L’ordinamento offre una serie di istituti (dalla attivazione della procedura di allerta in funzione della composizione assistita della crisi, alla presentazione di un “piano attestato”, fino alla stessa proposta di concordato in continuità) che costituiscono le procedure entro le quali possono essere discusse e condivise le scelte più opportune. La stessa procedura liquidatoria, a seguito della accertata insolvenza, dà spazio all’esercizio provvisorio, se “dalla interruzione può derivare un danno grave purché non arrechi pregiudizio ai creditori”.

Quando storicamente il valore essenziale della tutela del credito è stato massimo è quasi ossessivo, la disciplina sulla possibile continuazione dell’impresa dopo l’emersione dell’insolvenza è stata rigidissima. Mi riferisco agli artt. 794 e seguenti del Codice di Commercio del 1882 e all’art. 9 della legge 10 luglio 1930, n. 995, in forza dei quali la decisione di continuare per qualche tempo l’esercizio dell’impresa dopo la dichiarazione di fallimento era rimessa alla scelta dei creditori – dei soli creditori chirografari a partire dalle 1930 – con una maggioranza qualificata; e lo *sfavor* per la ripresa dell’esercizio era così forte che, se dalla continuazione fossero derivati crediti prededucibili eccedenti l’attivo fallimentare, sorgeva la responsabilità personale, per tali debiti, dei creditori e di essi soltanto che hanno votato per autorizzare la continuazione. Ma in verità quando la prosecuzione dell’attività di impresa – soprattutto in funzione della cessione a terzi – è funzionale all’interesse dei creditori questa deve essere perseguita

anche all'interno di una procedura liquidatoria. Ciò avviene anche ogni qualvolta il valore dell'impresa in attività è comunque superiore a quello di liquidazione di ciascuno dei suoi componenti. In tal caso un conflitto fra continuazione dell'impresa e interesse del ceto creditorio non si pone neppure in una situazione di conclamata insolvenza. Non diversamente dovrebbe avvenire nella situazione di insolvenza soltanto prospettica sulla base del principio che in tale situazione il valore della conservazione dell'integrità del patrimonio sociale segna il punto di coincidenza fra l'interesse dei creditori e quello stesso dei soci.

Tutto ciò non vale a portare modifica alla disciplina generale desumibile dall' art. 1176 c.c. La prescrizione che se ne trae è quella che "il comportamento dovuto" – quale è determinato dalla fonte dell'obbligazione e dalla sua eventuale integrazione secondo una stregua di buona fede oggettiva – sia reso "in modo diligente", non identificandosi dunque la "diligenza" con il "comportamento dovuto". La prestazione del debitore, anche quando oggetto dell'obbligazione è una prestazione professionale che richiede un elevato grado di perizia (quale nella sostanza è quella dell'amministratore di società commerciali) consiste (cfr. Breccia; Rovelli) nel porre in essere una attività "strumentale" al conseguimento del risultato "tipico" che il creditore può legittimamente attendersi in presenza del comportamento dovuto; "nella quale hanno rilievo sia le misure dirette a conseguire il risultato" sia quelle esigibili – come appunto quelle sopra ricordate che non solo sono esigibili, ma addirittura imposte – "dirette ad opporsi a tutti i fatti che possono in vario modo pregiudicare le aspettative del creditore".

Per le obbligazioni professionali o a questi fini ad esse equiparabili – come quelle di gestione di un'impresa – il concetto astratto di diligenza andrà a precisarsi sul parametro di "standards" tipici e oggettivamente valutabili, pur se la loro concreta applicazione sconta la necessità di adeguarli al contenuto specifico di ogni rapporto e ai suoi caratteri particolari. La via è aperta all'elaborazione di "protocolli" (come avviene entro le discipline mediche) la cui costruzione è da affidare alla "comunità scientifica" che presiede allo studio della "organizzazione, amministrazione e contabilità" dell'impresa e dunque alla scienza aziendalistica.

In ogni caso, una responsabilità patrimoniale potrà essere affermata a tale titolo solo se è per quanto all' ipotizzato inadempimento dell'obbligazione a porre in essere degli "asseti adeguati" sia conseguita l'intempestiva rilevazione dei sintomi di crisi e questa abbia prodotto a sua volta una meno efficace "reazione", causa della irrecuperabilità della incapacità patrimoniale.

Va dunque ribadito che la responsabilità degli amministratori è sempre

una responsabilità da inadempimento; che questo si verifica se non sono osservati i doveri imposti dalla legge o dallo statuto, prima di tutto il dovere di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (e quindi nel rispetto di tutte quelle cautele, verifiche, informazioni tratte anche dalla predisposizione di un assetto organizzativo adeguato) tenuto conto anche delle loro specifiche competenze.

Come autorevolmente espresso con grande chiarezza (Bonelli) "manca nel nostro ordinamento un obbligo di non commettere errori e di prendere le decisioni convenienti"; ma resta fermo il controllo giudiziale per "valutare la corretta procedimentalizzazione del processo decisorio, cioè se gli amministratori hanno agito con quelle cautele, verifiche e informazioni preventive richieste dalla diligenza professionale".

Con riferimento agli obblighi di "curare" da un lato e "valutare" dall'altro (per riferirsi ai rispettivi compiti dei delegati e dei non esecutivi in caso di consiglio di amministrazione articolato fra amministratori delegati e non) gli assetti organizzativi adeguati, l'obbligo si presenta come "specifico e dettagliato"; ma non fino al punto da escludere in ogni caso margini di discrezionalità gestionale, da esercitare comunque, secondo ragionevolezza, attraverso un percorso decisionale idoneo a compiere scelte ponderate. Solo entro questo spazio potrà trovare applicazione la *business judgement rule* quale punto di equilibrio tra l'*enforcement* all'adempimento dei doveri degli amministratori e il pericolo di disincentivare gli amministratori stessi dall'assunzione del normale rischio di impresa.

8. – Se assumiamo, come dobbiamo assumere, quale soggetto destinatario degli obblighi di comportamento tracciati dal legislatore della riforma (quello non soltanto di rilevare per tempo la crisi per contrastarla, quanto e ancor prima di mettersi nelle migliori condizioni per poterlo fare) l'impresa stessa e dunque l'imprenditore che la gestisce, notiamo un dato caratteristico che lega tutti i comportamenti novellamente posti a carico dell'imprenditore dall'art. 2086 e che mirano a tradurre in vincolo giuridico quelle che sono regole di comportamento dettate dalle scienze aziendalistiche e poste per realizzare l'interesse dello stesso soggetto a carico del quale esse sono prescritte: l'imprenditore appunto.

Il "mantra" dell'articolo 2086 c.c. – espressamente ripetuto dall'art. 377 del codice della crisi – e posto all'esordio della disciplina in tema di amministrazione per ciascuno dei tipi societari, va a situarsi, per la società per azioni, a completamento dell'art. 2380-bis c.c., non per aggiungere un'ulteriore funzione all'operato dell'organo amministrativo che andrebbe a sommarsi a quelle riassunte come compimento delle "operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", ma come specificazione delle modalità

con cui quelle operazioni gestionali devono essere compiute. E poiché quelle, ivi assunte sono sostanzialmente quelle stesse modalità che l'operatore sarebbe tenuto ad effettuare se rispettasse le migliori regole della scienza aziendale entro un sistema giuridico di riferimento, si può constatare che, nella sostanza, il legislatore della riforma ha voluto rendere giuridicamente vincolanti regole nate come regole tecniche, dare così sostanza "precettiva" a regole di natura "descrittiva": e così definire *ex jure* un precetto in cui si concreta il "rispetto dei principi di corretta amministrazione" (e ne costituisce l'ovvio, necessario presupposto). E qui è necessario un breve *excursus* di teoria generale per chiarire i termini da ultimo adoperati. Le regole giuridiche sono regole "prescrittive" di per sé imperative, le regole tecniche no; esse sono soltanto descrittive del nesso fra una causa e un effetto. Nel pensiero giuridico di matrice marxista è emersa una riflessione utile a cogliere il senso di tale differenziazione. Dovendo tradurre in termini giuridici il postulato di Marx ed Engels secondo cui nella preconizzata società comunista non ci sarà più "governo sugli uomini", ma semplice "amministrazione delle cose", Pasukanis spiegò che questo sarà reso possibile perché in tale società presunta a-conflittuale, vi saranno ancora regole di comportamento ma queste non saranno regole giuridiche, ma regole tecniche. E una regola è tecnica quando mette in relazione fra loro una causa è un effetto, un mezzo e uno scopo. Tali sono tutte le regole espresse dalle scienze naturali: dalla loro descrizione in termini causa-effetto da parte della ricerca per così dire "pura", si passa alla loro applicazione pratica secondo la coppia mezzo-scopo. Saremmo invece portati a ritenere che la regola giuridica sia "*naturaliter*" prescrittiva, posta per obbligare ad un comportamento. Ma anche essa può diventare "descrittiva", e dunque "regola tecnica", ad una condizione: che vi sia identità di scopo tra chi è chiamato a "dire" la regola del caso concreto e chi è destinatario della sua prescrizione. Come nell'esempio che fa Pasukanis, anche il rispetto di queste regole potrà essere assistito da sanzioni o da costrizioni. Ma il loro rispetto sarà tendenzialmente spontaneo, come spontaneo è, per noi, l'adeguamento alle prescrizioni del medico, anche quando esse comportano sacrifici o costrizioni, perché sappiamo essere volte unicamente alla miglior tutela del nostro interesse; e tali anche quando in certe occasioni si manifestano in forme "invasive". Anche la "sintomatologia" è tecnica conosciuta e largamente utilizzata proprio nelle scienze mediche. E a ben vedere proprio da queste ultime è tratto il "mantra" dell'art. 2086 c.c. – e delle sue ulteriori specificazioni – quello di indicare anche all'operatore economico il dovere di agire utilizzando le tipiche scansioni di quelle scienze: diagnosi, prognosi e terapia. E non è forse un caso che un grande intellettuale come Michel Foucault, espressione della nostra cultura occidentale, abbia ritenuto a sua

volta che il diritto non sarà destinato a scomparire ma conterrà prevalentemente regole che egli chiama “regole medicali”.

Là dove nell'esercizio dell'impresa non vi è eterogestione (penso naturalmente all'imprenditore individuale) il rispetto delle nuove regole è come il rispetto delle prescrizioni del medico: si trarrà giovamento dalla loro osservanza. In caso di inosservanza o di negligente attuazione il soggetto-imprenditore potrà risentirne un danno; ma (direbbe un civilista di antica scuola) egli risentirebbe quel danno (soprattutto) a titolo di “autoresponsabilità”; come, sub Iulio, il dichiarante caduto in errore era tenuto al rispetto del vincolo negoziale nonostante l'assenza del fondamentale requisito della “volontà”, se l'errore è “inescusabile”.

Là dove invece vi è eterogestione e la funzione gestoria è coperta dall'organo amministrativo, quel le regole “descrittive” assumono *vis* “prescrittiva”; e se dalla loro violazione discenderà danno, di esso potrà dover rispondere il soggetto che lo ha causato secondo le regole di volta in volta applicabili. Pertanto le regole così dettate costituiscono, *ope legis*, principi di corretta amministrazione, valendo la loro traduzione in norme giuridiche prescrittive a circoscrivere aree di discrezionalità più presenti in regole soltanto “tecniche”, dotate di natura solo descrittiva; e ben possono così costituire i parametri certi per verificare responsabilità nei casi in cui la loro inosservanza sia stata causativa di danno.

9. – Alcune considerazioni finali non possono mancare a proposito dell'attuazione da parte del legislatore delegato dell'art. 14 lettera e) della legge n. 155 del 2017 che chiedeva l'emanazione dei “criteri di quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa contro l'organo amministrativo della società fondata sulla violazione dell'art. 2486 del codice civile”. Non si individuano nella legge delega precisi criteri direttivi. Certamente la liquidazione del danno di cui gli amministratori sono “personalmente responsabili” per atti od omissioni compiuti in violazione del I comma dell'art. 2486 c.c. (per cui al verificarsi di una causa di scioglimento e fino alla consegna ai liquidatori “gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale”) è materia che ha da sempre posto problemi agli operatori ed ha conosciuto contrasti sia in dottrina che nella giurisprudenza. L'indubbia difficoltà di calcolare il quantum del pregiudizio derivante da singoli, anche se spesso numerosi, atti di *mala gestio*, ha visto, nel caso di azioni di responsabilità promossa dal curatore fallimentare, prevalere il ricorso all' art. 2486 c.c. che consente di concentrare la *causa petendi* nella violazione del ricordato precetto di gestione conservativa ed ha aperto il ricorso a due criteri presuntivi: quello cosiddetto

della “differenza tra attivo e passivo fallimentare” è quello detto della “differenza dei netti patrimoniali”. Per la verità le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 6 maggio 2015 n. 9100 hanno posto rigorosi limiti al ricorso a criteri presuntivi ammissibili soltanto in funzione di liquidazione equitativa quando ne ricorrono i presupposti. Ivi si afferma che nell’azione di responsabilità promossa nei confronti dell’amministratore “l’individuazione e la liquidazione del danno risarcibile deve essere operata avendo riguardo agli specifici inadempimenti dell’amministratore ... che l’attore ha l’onere di allegare, onde possa essere verificata l’esistenza di un rapporto di causalità tra tali inadempimenti e il danno di cui si pretende il risarcimento. Nelle predette azioni la mancanza di scritture contabili della società, pur se addebitabile all’amministratore convenuto, di per sé sola non giustifica che il danno da risarcire sia individuato e liquidato in misura corrispondente alla differenza tra il passivo e l’attivo accertati in ambito fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato soltanto al fine della liquidazione equitativa del danno, ove ricorrano le condizioni perché si proceda ad una liquidazione siffatta, purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l’accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili a l’operato dell’amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto”. La linea è stata ribadita e ulteriormente motivata dalle Sezioni Unite stesse con la sentenza del 5 luglio 2017 n. 16601 ove si afferma: “postulare che l’amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società sol perché non ha correttamente adempiuto all’obbligo di conservazione delle scritture contabili ... equivale, in tale situazione, ad attribuire al risarcimento una funzione palesamente sanzionatoria. Ciò potrebbe oggi forse non apparire più così 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 contenuto *lato sensu* sanzionatorio al risarcimento, ma non lo si può ammettere al di fuori dei casi in cui una qualche norma di legge lo preveda”.

In questa situazione, in cui la giurisprudenza di legittimità si stava assestando sulla linea che, dato il carattere vincolante, ai sensi dell’art. 1223 del codice civile, del principio che esige la ricorrenza del nesso di causalità fra l’azione od omissione generatrici di responsabilità e il danno – per l’intero ammontare del quantum da risarcire –, il legislatore delegato (art. 378) ha introdotto due criteri di quantificazione del danno “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma dell’art. 2486”: il primo posto a regola generale, il secondo, in funzione suppletiva quando mancano gli elementi per poter applicare il primo criterio. Il primo è quello

sopra ricordato come criterio cosiddetto dei “netti patrimoniali”, il secondo quello del criterio cosiddetto differenziale.

La regola generale, dunque, introduce una presunzione di quantificazione del danno in misura pari alla “differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l’amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di procedure concorsuali, alla data di apertura di tale procedura, ed il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento”. La presunzione può dirsi “relativa” (solo) perché è fatta salva “la prova di un diverso ammontare”. Se, come appare nell’ipotesi più tipica, l’illecito è rappresentato dalla “prosecuzione dell’attività di impresa”, e il danno è rappresentato dalla differenza tra il valore dell’azienda al momento del verificarsi di una causa di scioglimento della società e quello che i beni aziendali conservano al momento dell’apertura di una procedura concorsuale, allora emergono criticità della norma con cui il magistero interpretativo deve fare i conti anche in funzione conservativa della sua stessa applicazione.

In primo luogo occorre partire dalla stessa definizione di “presunzione” legale posta all’art. 2727 c.c. Ivi si afferma che “le presunzioni sono le conseguenze che la legge ... trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto”. Primo fatto noto è nella situazione descritta all’art. 2486 c.c. il verificarsi di una causa di scioglimento della società; (di regola quella – prevista dall’art. 2484, n. 4 – di riduzione del capitale per perdite al di sotto del minimo legale e non seguita da pronta convocazione dell’assemblea ed alla conseguente delibera di riduzione e di contemporaneo aumento non inferiore al minimo legale, o sua trasformazione); a questo “fatto noto” consegue l’obbligo degli amministratori in carica di “gestire la società ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale”.

La violazione di questo obbligo costituisce l’ulteriore “fatto noto”, al quale la presunzione legale (semplice) ricollega la “conseguenza” dell’esistenza dell’obbligazione risarcitoria nella misura sopra indicata. La prova contraria in tal caso è bensì ammessa, ma consente alle parti convenute nel giudizio di responsabilità soltanto la prova di una “diversa” – è da supporre, in tal caso, minore misura dell’ammontare del danno. Sembrerebbe dunque che la norma, letta nella sua letteralità non si limiti a riguardare la “quantificazione” del danno (rispetto alla quale determinazione la presunzione legale è soltanto relativa), ma postuli, questa volta con presunzione assoluta l’esistenza del danno e il nesso causale tra la violazione accertata e l’esistenza del danno. In realtà però poiché tale regola generale, sancita nel III comma novellamente introdotto dell’art. 2486 si applica solo “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo”; e il secondo comma di tale articolo sancisce la

responsabilità personale e solidale degli amministratori “per i danni arrecati “al patrimonio sociale per condotte (omissive o commissive) poste in essere “in violazione del precedente comma”, l’operatività della presunzione legale semplice introdotta con il III comma si applica solo (così dovendo intendersi l’espressione “quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo”) allorché è accertato non solo l’inadempimento ma anche l’esistenza di un rapporto di causalità tra l’inadempimento e il danno di cui si pretende il risarcimento. Se così non fosse seri dubbi sorgerebbero sulla legittimità costituzionale di un testo normativo con il quale il legislatore delegato, in assenza di criteri direttivi che orientassero in tale direzione, andasse a sterilizzare un principio generale, quale quello sancito dall’art. 1223 del codice civile – richiamato anche per la responsabilità aquiliana – salvo forse ipotizzare l’operatività dell’antico brocardo “*qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*” applicabile però solo là dove, poiché l’inadempimento “dipende da “dolo” non opera la regola che il risarcimento è limitato tu al “danno prevedibile”. Non solo, ma poiché il testo aggiunto si inserisce al III comma di una disposizione che, come si è detto, postula per l’insorgenza di responsabilità risarcitoria, l’esistenza del nesso eziologico fra l’inadempimento e “i danni arrecati” da “atti od omissioni” in cui si concreta l’inadempimento stesso, una presunzione legale assoluta, che prescinda dalla prova del nesso causale, andrebbe a contraddire il significato reso palese dal testo normativo che intende solo completare, introducendo la disciplina relativa al “*quantum*”, essendo quella sull’*an* dettata al precedente comma.

Questa proposta interpretativa – in qualche modo “adeguatrice” – può valere anche ad ovviare ad un grandissimo inconveniente segnalato da Abriani e Rossi. Come esattamente osservato, presupposto dell’applicazione del III comma dell’art. 2486 – e dunque del calcolo dell’ammontare del danno secondo i criteri sopra indicati (quello dei netti patrimoniali, ove possibile; altrimenti quello cosiddetto differenziale) – è l’accertamento della violazione dell’obbligo di gestire la società ai soli fini della conservazione del valore del patrimonio sociale. Ciò, in effetti, non significa che al verificarsi di una causa di scioglimento l’attività di impresa debba cessare: questo è smentito anche letteralmente dal I comma lettera b) dell’art. 2487 del codice civile dove si prevede che, contestualmente all’accertamento di una causa di scioglimento, l’assemblea –appositamente convocata ove non abbia provveduto prima, come può avvenire in caso di riduzione del capitale sotto il minimo legale, in cui scatta per l’amministratore l’obbligo di convocare “senza indugio” l’assemblea “per gli opportuni provvedimenti” – provveda, fra l’altro, a indicare “gli atti necessari per la conservazione del valore dell’impresa, ivi compreso il suo esercizio provvisorio anche di singoli rami in funzione del

miglior realizzo” – nonché, in caso di fallimento, dalla ancora vigente art. 104 legge fallimentare (e fra qualche mese art. 211 cci). Questo conferma – come già in precedenza osservato – che una gestione liquidatoria non è incompatibile con la prosecuzione dell’attività di impresa; anzi può essere essa stessa funzionale alla miglior conservazione del patrimonio sociale. L’esito di tale sperimentazione, pur plausibilmente programmata in funzione conservativa (soprattutto in vista del maggior valore di una azienda in *going concern* che di beni aziendali disaggregati) può dare risultati negativi. Ma, come osservato dagli Autori citati: “nel corso dell’azione di responsabilità dovrà anzitutto essere accertato attraverso il *business judgement rule* e all’esito di una valutazione rigorosamente *ex ante* (non certo dipendente dal risultato delle scelte degli amministratori) che invece la situazione economico e finanziaria dell’impresa avrebbe imposto veramente la cessazione dell’attività di impresa subito al verificarsi della causa di scioglimento”. Se, nel processo, ci sarà separazione tra giudizio sull’*an debeatur* e quello sul quantum, la decisione sul punto dovrà essere presa nel primo giudizio; se ci sarà “*simultaneus processus*” la questione dovrà essere egualmente affrontata e decisa prima di passare al calcolo dell’esatto ammontare del risarcimento.

Tuttavia, anche se, con il chiarimento interpretativo sopra suggerito, l’applicazione del criterio “generale” – quello cosiddetto dei patrimoni netti – può sottrarsi alla critica di prescindere dalla ricorrenza del nesso di causalità fra la condotta che induce responsabilità e il danno risarcibile, permangono nella concreta disciplina talune incongruenze solo in parte correggibili con una *best practice* applicativa. Tale, ad esempio, la determinazione tassativa del *dies a quo* per il calcolo del valore del patrimonio netto destinato a valere come diminuendo (nell’operazione di sottrazione da cui si ricava l’entità monetaria del danno risarcibile) giorno che è fissato tassativamente nel momento del verificarsi della causa di scioglimento. Ora, anche nell’ipotesi più lineare (forse solo di scuola) nella quale la perdita qualificata del capitale sia evidenziata nel bilancio di esercizio al momento in cui essa si è effettivamente verificata, si apre un procedimento che vede la convocazione dell’assemblea e lascia ad essa varie alternative possibili alla liquidazione. Già nella vigenza del regime anteriore alla riforma del 2003 era stato argutamente rilevato che lo “scioglimento della società” si verifica in momenti diversi a seconda del problema che si deve risolvere. E in ogni caso dovrebbero essere prima detratti dal sottraendo i costi sostenuti secondo un criterio di normalità tra la data del verificarsi della causa di scioglimento e quella di inizio della liquidazione; ivi compresi i costi sostenuti – oggi doverosamente – per i tentativi di risanamento concretamente praticabili, non esclusi, in un futuro prossimo, quelli per l’attivazione e svolgimento delle procedure di allerta. Nello stesso

tempo la data per il calcolo del diminutore è fissata in quella di “apertura” di una procedura concorsuale, e non in quella di formulazione della domanda; in correndosi così in una apparente contraddizione (o in una irragionevolezza di disciplina) con l’attuale disposto dell’art. 182 sexies della legge fallimentare (che appare essere sostanzialmente riprodotto dal codice della crisi sia con riferimento agli accordi di ristrutturazione che al concordato preventivo) per cui dalla data di presentazione di una domanda “protettiva” cessa di operare la stessa causa di scioglimento prevista dal n. 4 dell’art. 2484 c.c. e dunque il presupposto stesso della applicazione dell’art. 2486 c.c.

Ma il “*vulnus*” al principio che esige la ricorrenza del nesso eziologico si verifica quando, non rendendosi operativo il criterio “generale” si applica quello sussidiario, per cui il danno “è liquidato in una misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”.

Sembra assumere Bruno Inzitari che ciò sia in qualche modo inevitabile perché i criteri di cui all’art. 1223 c.c. sono “strumenti dal sapore micro” mentre la responsabilità *ex art.* 2486 c.c. ha carattere “macro” (perché il danno è la conseguenza “indiretta” sulla garanzia patrimoniale della ingiustificata protrazione dell’attività di impresa) cui “mal si adattano i criteri di diritto comune”.

Ma la regola posta all’art. 1223 c.c. ha carattere universale nei rapporti “obbligatori” come ce l’hanno i principi di cui agli artt. 40–41 del c.p. Il danno indiretto alla garanzia patrimoniale di cui all’art. 2740 c.c. altro non è che il danno diretto al patrimonio sociale. E l’imputabilità agli amministratori dell’intero “danno da insolvenza” necessita di specifica prova del collegamento della riduzione del valore del patrimonio a comportamenti dell’organo amministrativo che costituiscono inadempimento agli obblighi che ad esso fanno carico; e ciò non può non valere anche quando si tratta di determinare la misura dell’aggravamento del dissesto causato da inosservanza dell’obbligo di gestione conservativa *ex art.* 2486, I comma, c.c. La nuova disciplina comporta invece il totale sganciamento della misura del danno risarcibile dalla condotta eccedente la finalità conservativa. Ricorrendone le condizioni (impossibilità di calcolo dei netti patrimoniali per mancanza o irregolarità delle scritture contabili o “per altre ragioni”) colui che riveste la carica di amministratore al momento del verificarsi della causa di scioglimento della società e che abbia contravvenuto al dovere previsto all’art. 2486 c.c. causando così comunque un danno alla società, non risponderà soltanto di tale danno ma dell’intero sbilancio tra passivo e attivo fallimentare. Ed è appena il caso di sottolineare che una parte di tale sbilancio può essersi maturata non solo prima del verificarsi della causa di scioglimento, ma anche prima che l’amministratore

in quel momento in carica abbia assunto l'incarico stesso. Si può supporre che una parte rilevante delle perdite si sia addirittura verificata per "*mala gestio*" di un precedente amministratore e che, per l'inerzia dei soggetti legittimati ad esercitare l'azione di responsabilità siano trascorsi i termini per proporla. Si dovrebbe ritenere che egualmente l'amministratore in carica per ultimo risponda anche di tale voce di danno. Qui si misura in primo luogo la distanza anche con un'apertura all'utilizzo di tale criterio di calcolo contenuta nella citata sentenza n. 9100 del 2015 della Corte di Cassazione in cui, in primo luogo, la mancata tenuta delle scritture contabili imputabile all'organo amministrativo costituiva condizione per introdurre il "criterio differenziale" (mentre nella formulazione attuale può anche prescindere da questa ragione di grave inadempimento dei doveri sociali). Inoltre il criterio differenziale era assunto solo nell'ambito di una valutazione equitativa del danno non potuto dimostrare (e proprio per il motivo indicato) nel suo preciso ammontare; ma sempre in un quadro di diretta connessione all'inadempimento, quantomeno con un grado di elevata probabilità. Nessun correttivo di questo tipo appare praticabile quando, in forza del criterio legale introdotto, il danno non potrà non essere provato in base alla piana applicazione del criterio legale con conseguente esclusione del criterio equitativo.

Non resterebbe che ascrivere la previsione che chiama gli amministratori a rispondere patrimonialmente dell'intero deficit risultante nel procedimento di liquidazione giudiziale alla figura del "danno punitivo", che ha trovato cittadinanza nel nostro ordinamento alle condizioni e nei limiti tracciati da Cassazione S.U. 5 luglio 2017 n. 16601. In assenza di indicazioni in tal senso nella legge delega si pongono seri problemi di legittimità della legge delegata che ha introdotto in materia una norma avente carattere sanzionatorio e come tale esige la piena osservanza degli artt. 23 e 25 della Costituzione, senza che ne siano individuabili le "basi" nella legge approvata dal Parlamento. E comunque lo spazio entro il quale la giurisprudenza ha ammesso l'introduzione nel nostro ordinamento del "danno punitivo" è condizionato alla ricorrenza di un requisito di diritto sostanziale: quello della proporzionalità tra la misura della sanzione e l'illecito da cui essa consegue. La disciplina appare carente sotto due profili: il primo riguarda la teorica applicabilità della sanzione, anche ove non ricorra la violazione dell'obbligo che ne determina invece l'applicazione: quello della corretta tenuta delle scritture contabili (salvo ritenere che le "altre ragioni" da cui può dipendere l'impossibilità di ricostruire la contabilità sociale dovrebbero ugualmente farsi risalire a comportamenti scorretti imputabili all'organo gestorio). Il secondo riguarda la modalità di calcolo dell'elemento punitivo che deve restare "esterno" all'ammontare

complessivo del danno realmente causato, così da poterne valutare la “proporzionalità”.

10. – Infine desidero ricordare quanto è stato rilevato da Abriani e Rossi e cioè che “il legislatore della riforma ha colto l’occasione per fare i conti con la massima espressione del potere giudiziario in almeno due occasioni: sia allorquando, pur non rinnegando la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica del piano di concordato preventivo introdotta da Cassazione Sezioni Unite n. 152/2013, all’art. 47, comma 1, CCII, ha restituito ai tribunali quel potere di verificare la “fattibilità economica del Piano” che la Cassazione aveva loro sottratto; sia con la norma in esame ... allorché ha preso evidentemente le distanze da quella Cassazione Sezioni Unite n. 9100/2015 che, tra l’altro, oltre a occuparsi di quantificazione del danno (negando ingresso nel nostro ordinamento al criterio cosiddetto differenziale, al limite recuperabile “al fine della liquidazione equitativa del danno”) ribadiva con forza la necessità di verificare l’esistenza di un rapporto di causalità tra gli inadempimenti contestati agli organi sociali e il danno di cui si pretende il risarcimento. Difficile non dichiararsi d’accordo. Ma mi siano consentite due precisazioni.

La prima è che, quanto alla restituzione al tribunale del compito di verificare la fattibilità economica, la tendenza “retroguardista” era già emersa con la cosiddetta mini riforma dell’estate del 2015. A tal proposito avevo osservato – in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale n. 421 – che “il nuovo articolo 161 per cui la proposta <deve indicare l’utilità specificamente individuata e economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore> è ricca di significati. La disposizione pare innovativa anche rispetto all’arresto giurisprudenziale di cui alle S.U. del 2013. Si tratta di un’obbligazione, così assunta, che ha carattere vincolante e rispetto alla quale l’insufficienza palese dell’attivo rispetto al fabbisogno è destinata ad operare sul piano della ammissibilità della domanda. La distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità economica, ancora pur possibile sul piano concettuale, tende a ridursi: come per le <convergenze parallele> di lontana memoria i due piani tendono a <convergere senza collidere>”. Si può prendere atto che, con l’attuale art. 47 I comma del Codice della crisi, il rigore della geometria euclidea ha fatto premio anche sul pur raffinatissimo “politichese” d’antan.

Quanto alla radicale presa di distanza dai principi enunciati dalle S.U. nella sentenza del 2015, mi è anche di personale conforto la lettura di un noto scritto di uno dei massimi giuristi italiani Natalino Irti (apparso sulla Rivista delle Società n. 5 del 2015) il quale, nell’ultimo paragrafo riporta la citazione di J. Ortega y Gasset. Questi dopo aver sottolineato come ogni

aspetto della nostra vita “è essenzialmente insicurezza” e come per questo l’uomo ha bisogno che qualche dimensione della sua vita sia sicura per affrontare, partendo da essa, “il problematico resto” concludeva: “questo era il diritto per i Romani”. Chiosava amaramente Irti: “oggi anche il diritto fa parte del problematico resto”. Ma concludeva in nota: “la speranza si risveglia se lo sguardo cade ad esempio sulla sentenza Cass., Sez. Un. civ. 6 maggio 2015 n. 9100 (pres. L. A. Rovelli; estensore R. Rordorf) che offre in motivazione una rigorosa sequenza di fattispecie e giudizi sussuntivi”.

Abstract

**FROM INSOLVENCY TO BUSINESS CRISIS.
EFFECTS ON CORPORATE LAW**

L’Autore si confronta con le modifiche che la riforma della crisi di impresa al diritto societario, con particolare attenzione all’obbligo di istituire un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato.

Author examines the amendments to corporate law provided by the reform of insolvency law, with particular attention to to establish adequate corporate structure.

IL PROCESSO ESECUTIVO TRA ULTIME RIFORME E PROSPETTIVE EVOLUTIVE

BEATRICE FICCARELLI
*Professore associato
nell'Università di Siena*

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. Il nuovo volto della custodia. – 3. La delega delle operazioni di vendita. – 3.1. (*Segue*) La responsabilità del delegato. – 4. Conclusioni.

1. – Negli ultimi venti anni il procedimento di espropriazione forzata è stato interessato da consistenti riforme nel tentativo di allineare il sistema italiano agli equivalenti modelli stranieri per tempi ed efficacia dei procedimenti.

L'esigenza, come noto, nasce dalla consapevolezza che il sistema di recupero dei crediti costituisce un parametro di assoluta rilevanza per l'economia di un paese. Un'esecuzione efficace è sinonimo infatti di attrazione di capitali stranieri per il tramite di investimenti e di aumento dell'offerta di credito da parte degli istituti bancari; istituti, questi, fisiologicamente poco propensi alla concessione di finanziamenti in presenza di un recupero del credito che si prospetti lungo e costoso. Il tutto con il precipuo scopo di scongiurare crisi bancarie anche ove si consideri che oggi il relativo sistema si trova a dover smaltire oltre 85 miliardi di crediti deteriorati, cioè prestiti che il debitore non è in grado di rimborsare nei tempi stabiliti o di cui si considera improbabile il rimborso. Si tratta, in particolare, dei cd. crediti non performanti (o *Non Performing Loans*).

Ritardi importanti in questo settore si traducono, in altre parole, in gravi danni in termini macroeconomici, sia sotto il profilo della competitività che della credibilità.

Stante l'importanza di un sistema rapido ed efficiente di recupero del credito, l'Unione Europea, sulla scia dei numerosi tentativi dalla medesima svolti in tema di armonizzazione del processo civile, inclusa la fase esecutiva, ha recentemente presentato una proposta di direttiva relativa ai gestori di crediti e al recupero delle garanzie reali. È così che, proprio in materia di crediti deteriorati, si propone, tra le altre cose, un procedimento stragiudiziale di recupero crediti applicabile in caso di contratti di credito conclusi tra creditori (soprattutto banche) e debitori per lo svolgimento di attività commerciali, di impresa o professionali, contratti garantiti da beni mobili o immobili. In questo modo l'Europa intenderebbe garantire la

rapidità e l'efficienza necessaria per tutelare il sistema economico europeo¹.

Negli ultimi anni il legislatore italiano ha così dovuto prendere atto che la modernizzazione e la rimozione delle criticità del processo civile, congiuntamente alla effettività della tutela del credito, possono contribuire a smaltire gli *stock* di crediti deteriorati ed incentivare gli investimenti, aumentando la competitività del sistema Italia².

È così che se per lungo tempo il processo esecutivo è stato oggetto di minore interesse scientifico e considerazione rispetto al processo di cognizione o ai procedimenti speciali (ma anche pratico perché spesso veniva spesso affidato a magistrati onorari o più giovani), esso è tornato al centro di vivace dibattito, prendendosi finalmente atto di quanto sia importante per l'economia di uno stato avvalersi di un sistema di recupero crediti efficiente e celere.

La tutela esecutiva è, del resto, completamente, ed anzi, una delle manifestazioni della effettività della tutela giurisdizionale dei diritti poiché il valore costituzionale del principio di effettività porta con sé, sempre, anche il momento esecutivo, anche per effetto dell'art. 6 par. 1 della CEDU che impone di considerare in modo unitario la cognizione dell'esistenza del diritto e l'esecuzione.

A ciò deve aggiungersi un'ulteriore fondante considerazione: a differenza di altri sistemi, quali, ad esempio, la Francia, che affidano non solo all'esecuzione processuale diretta, ma anche a quella indiretta il momento della attuazione dei diritti, e nonostante che l'art. 614-*bis* del nostro codice di procedura civile abbia, negli anni, progressivamente esteso il proprio ambito di applicazione³, la tecnica, diremmo, della induzione all'adempimento sotto la "minaccia" o condanna al pagamento di una somma di denaro indefinitamente crescente nel suo ammontare, non ha ancora fatto un decisivo ingresso nella nostra "cultura" processuale.

Anche ove non si consideri che l'operatività dell'art. 614-*bis* c.p.c. è esclusa per i provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro, il nostro sistema continua ad affidare all'esecuzione forzata di cui all'art. 474 ss. c.p.c. il ruolo principale per l'esecuzione delle decisioni o l'attuazione pratica del diritto.

¹ V. Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 14.3.2018, COM (2018) 135 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

² Ciò assieme all'uso di strumenti di gestione delle imprese in crisi e la creazione di infrastrutture di supporto al funzionamento delle procedure e alla gestione dei crediti deteriorati come il portale delle vendite telematiche ed il registro delle procedure esecutive.

³ Sull'evoluzione delle misure coercitive nel nostro sistema anche per una prospettiva comparatistica si rimanda per tutti al recente lavoro di NASCOSI, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019.

Diversamente, in Francia, le *astreintes*, disciplinate negli artt. 131 ss. del *Code des procédures civiles d'exécution* sono considerate strumenti atti a "prevenire le difficoltà di esecuzione", giusta la rubrica del *Titre III* in cui sono racchiuse. E con tale espressione è facilmente rilevabile come in quell'ordinamento si ricorra all'esecuzione diretta solo come *extrema ratio*, o comunque non come strumento principale.

In questa cornice si collocano le riforme che hanno interessato il processo esecutivo nel 2015 per effetto della l. n. 132 del 06.08.2015 in cui è stato convertito il d.l. 27 giugno 2015 n. 83, nel 2016 per effetto della l. n. 59 del 3 maggio 2016, cui si è aggiunto il decreto legge n. 135 del 14 dicembre 2018, a sua volta convertito in legge 11 febbraio 2019, n. 12 recante modifiche ulteriori⁴.

Nell'ottica evolutiva sopradescritta, lungi dal volersi soffermare sugli aspetti specifici delle sopradette riforme, merita qui limitarsi ad un affresco che tenga conto della *ratio* e degli aspetti generali delle stesse, concentrandosi sugli istituti in questa ottica più significativi; senza tuttavia ignorarsi la rilevanza delle modifiche che hanno riguardato i termini (per il deposito della documentazione ipocatastale, della relazione di stima, per la fissazione dell'udienza di vendita e per la redazione del progetto di distribuzione) ed il ricorso alle nuove tecnologie quali il registro elettronico delle esecuzioni ed il portale delle vendite pubbliche che si sostituisce all'affissione dell'avviso di vendita presso il tribunale. Da ultimo, l'istituzione della vendita telematica, il tutto con l'obiettivo di rendere il processo esecutivo più celere e veloce.

2. – L'istituto della custodia dell'immobile espropriato è stato oggetto negli ultimi anni, di una profonda e continua rivisitazione tanto che se ne è parlato in termini di vera e propria metamorfosi⁵.

Val la pena ricordare che nel disegno originario del codice di procedura civile del 1942, la custodia in ambito espropriativo non era affidata ad un terzo imparziale, ma attribuita *ope legis* allo stesso debitore esecutato; pertanto, ad un soggetto poco o punto interessato alle sorti di un bene ormai destinato ad essere sottratto alla sua disponibilità.

Tale aspetto, che al più consentiva una cautela contro possibili

⁴ Quest'ultima riforma ha investito l'art. 495 c.p.c., relativamente alla conversione del pignoramento, l'articolo 560 sul modo della custodia (istituto, quello della custodia, che è uscito profondamente riformato, assumendo una nuova veste), nonché l'art. 569 con riferimento all'introduzione di un secondo periodo nel primo comma, circa il provvedimento di autorizzazione alla vendita. V. SPADA, *Nuove regole per il procedimento di liberazione dell'immobile pignorato*, in *Foro.it*, 2016, V, 384.

⁵ Così VANZ, *La metamorfosi della custodia: dalla funzione conservativa alla gestione attiva dell'immobile espropriato*, in SALETTI-VANZ-VINCRE, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Torino, 2016, 212 ss.

alterazioni o distruzioni fisiche del bene, poneva però in completa ombra l'aspetto amministrativo e gestionale, invece di assoluta rilevanza.

E l'inefficienza di quel sistema si palesava proprio in pendenza di quei rapporti che si prestano a valorizzare il profilo gestorio, come nel caso della locazione. Così come strutturata, la custodia non consentiva di compiere appieno tutte le attività per rendere concrete le potenzialità sottese a quei rapporti.

Del resto, nel disegno del codice di procedura civile, la disciplina della custodia era collocata nell'ambito dell'ambizioso progetto di un processo esecutivo destinato ad esaurirsi in tempi brevi e dunque poco sensibile a farsi carico di problematiche di ordine gestionale, le quali erano prese in considerazione in situazioni eccezionali in cui si era messo in conto che il procedimento potesse avere una lunga durata ed allora si procedeva ad amministrazione giudiziaria⁶.

Attraverso le riforme del 2005 ad opera della l. n. 80 del 14 maggio 2005 e del 2016 per effetto della l. n. 59 del 3 maggio 2016 il quadro muta in modo sostanziale: viene scardinata l'impostazione tradizionale e, sul presupposto che il debitore è il soggetto che offre minori garanzie circa la conservazione e la cura del bene oltre a non prestare attività collaborativa né alla visita dell'immobile né alla sua liberazione (che si riflettono sulla collocazione del bene sul mercato), la custodia viene, di regola e d'ufficio, affidata a soggetti diversi dal debitore (v. art. 559 c.p.c.), acquistando la funzione di accompagnare il bene nella sua collocazione sul mercato: il custode è infatti colui che costituisce il primo referente per gli interessati all'acquisto; si occupa di fornire informazioni; accompagna a visitare l'immobile; pone in essere le azioni necessarie a garantire all'aggiudicatario la effettiva disponibilità del bene e vigila sul bene stesso. Spiccate funzioni gestorie, pertanto, accanto a quelle di conservazione.

Circa la natura giuridica del custode, ai sensi degli artt. 65 (custode), art. 66 (sostituzione custode), e art. 67 c.p.c. responsabilità del custode, il custode medesimo è un vero e proprio ausiliario del giudice (anche se non presta giuramento e non può essere ricusato né può astenersi). Quale ausiliario, il custode è pertanto un pubblico ufficiale e, in quanto tale, esercita una pubblica funzione giudiziaria disciplinata da norme di diritto pubblico quali quelle processuali. Di conseguenza, il custode incorre nei reati propri dei pubblici ufficiali, vale a dire la malversazione e la sottrazione di cose sottoposte a sequestro penale o amministrativo. Non è poi esente da

⁶ Per i profili evolutivi dell'istituto della custodia v. ancora VANZ, *La metamorfosi della custodia*, cit., 212 ss; SALETTI, *La custodia dei beni pignorati nell'espropriazione immobiliare*, in *www.judicium.it* e GHEDINI-MAZZAGARDI, *Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare*, 3ª ed., ed., Padova, 2017, 139 ss.

responsabilità amministrativa *ex art. 67 c.p.c.*

Il custode inoltre, è passibile di responsabilità civile. La custodia è prevista infatti come obbligazione accessoria di altre obbligazioni oggetto principale del contratto quali la consegna di cui all'art. 1177 c.c.

Chiude il cerchio l'art. 1176 c.c. relativo alla diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento delle obbligazioni.

Considerata la sua responsabilità civile, penale e disciplinare, il tema centrale diviene pertanto quello della formazione professionale del custode, formazione raccomandata anche dal primo *forum mondiale* sull'esecuzione organizzato dal Consiglio di Europa nel 2014⁷ nonché la adeguata conoscenza del diritto rilevante ai fini delle azioni che il custode può porre in essere (sfratto per morosità, licenza o sfratto per finita locazione, azioni per accertare le inadempienze del conduttore).

Nel regime previgente, inoltre, il custode ha il compito di attuare l'ordine di liberazione emesso dal giudice senza l'osservanza delle formalità di cui agli artt. 605 c.p.c. ss. vale a dire con una esecuzione "breve" (v. comma 3 e 4) con tratti, pertanto, ben distinti rispetto a quelli connotanti il rilascio effettuato dall'ufficiale giudiziario.

La disposizione tende(va) a valorizzare la celerità del rilascio, anche con riferimento all'eventualità che nell'immobile si trovassero beni mobili che non dovevano essere consegnati ovvero documenti inerenti lo svolgimento di attività imprenditoriale o professionale. Tutto ciò al fine di rendere più appetibile l'immobile sul mercato.

Con la riforma del processo esecutivo intervenuta per effetto del d.l. 14 dicembre 2018 convertito in legge 11 febbraio 2019, n. 12, viene riscritto per intero l'art. 560 c.p.c. avente ad oggetto il "modo della custodia", mentre il precedente art. 559 c.p.c. rimane inalterato.

La riforma, con il preciso intento di salvaguardare l'abitazione dell'esecutato dalla liberazione "anticipata" individua un cd. doppio binario: uno per i cespiti destinati ad abitazione dell'esecutato e dei suoi familiari; l'altro per tutti gli immobili non abitati dal debitore e dal suo nucleo familiare. Per questi ultimi, il giudice ordina infatti la liberazione (anticipata) dell'immobile pignorato e il custode è persona diversa dall'esecutato.

Diversamente, per gli immobili abitati dal debitore e dai suoi familiari conviventi la liberazione é collegata all'emissione del decreto di trasferimento. Sono previste eccezioni solo in caso di condotte del debitore, quali l'ostacolare le visite dei potenziali acquirenti o se l'immobile non sia

⁷ In www.questionegiustizia.it.

tutelato adeguatamente o mantenuto in uno stato di buona manutenzione⁸.

Di conseguenza, la riforma disciplina positivamente la prosecuzione dell'occupazione del bene abitato dall'esecutato e, in un bilanciamento di interessi tra esecutato e aggiudicatario, favorisce quest'ultimo nonostante che l'emanazione dell'ordine di rilascio prima dell'aggiudicazione fosse considerata del tutto opportuna nonché costituiva prassi invalsa, essendo notorio che un bene occupato si vende a fatica.

La norma rinovellata comprime pertanto la discrezionalità del giudice dell'esecuzione sull'emissione dell'ordine di liberazione, collegando il provvedimento a circostanze o fasi processuali predeterminate *ex lege*.

Sotto il profilo del custode, invece, esso perde(rebbe) il compito di conservare gli immobili adibiti ad abitazione dell'esecutato, spettandogli piuttosto il dovere di vigilare sul debitore affinché lo stesso provveda alla manutenzione e all'integrità del bene. Apparentemente viene quindi meno il dovere di amministrare e conservare i beni ma, nel silenzio dell'art. 560 c.p.c., pare che questo derivi istituzionalmente dall'art. 65 c.p.c., vale a dire dalla natura giuridica del custode.

Ad ogni modo, non essendo stato modificato l'art. 559 c.p.c., l'affidamento della custodia ad un soggetto professionale diverso dal debitore rimane la regola da seguire e ciò in attuazione dei principi di effettività della tutela giurisdizionale esecutiva.

Il vero problema è che la norma non spiegava – nella formulazione introdotta nel 2019 – chi e come dovesse attuare l'ordine di liberazione una volta emesso dal giudice dell'esecuzione, ordine che prima della ultima riforma era attuato dal custode per espressa previsione dell'art. 560, comma 4, c.p.c. Si era dunque sostenuto in dottrina che il relativo provvedimento costituisse titolo esecutivo e fosse impugnabile attraverso l'opposizione agli atti esecutivi, anche dal terzo che fosse eventualmente titolare di un diritto di godimento del bene opponibile alla procedura (quale il conduttore dell'immobile in virtù di un contratto di locazione avente data certa anteriore al pignoramento)⁹.

La legge 28 febbraio 2020, n. 8 è intervenuta in proposito, disciplinando anche ulteriori aspetti non regolati dal novellato art. 560 c.p.c.¹⁰, aggiungendo al comma 6 dell'art. 560 c.p.c. i seguenti periodi: «A richiesta dell'aggiudicatario, l'ordine di liberazione può essere attuato dal custode senza l'osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 e

⁸ In arg. v. SPADA, *Nuove regole per il procedimento di liberazione dell'immobile pignorato*, cit., 384; ZINGALES, *Il nuovo modello procedimentale di liberazione dell'immobile pignorato*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 675.

⁹ Così BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Bari, 2019, 168. In

¹⁰ Si rinvia in argomento ai rilievi di ZULBERTI, *Le ultime novità in tema di liberazione dell'immobile pignorato*, in *Dir. affari*, 2019, 131.

seguenti; il giudice può autorizzarlo ad avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'articolo 68. Quando nell'immobile si trovano beni mobili che non debbono essere consegnati, il custode intima alla parte tenuta al rilascio di asportarli, assegnando ad essa un termine non inferiore a trenta giorni, salvi i casi di urgenza da provarsi con giustificati motivi. Quando vi sono beni mobili di provata o evidente titolarità di terzi, l'intimazione è rivolta anche a questi ultimi con le stesse modalità di cui al periodo precedente. Dell'intimazione è dato atto nel verbale. Se uno dei soggetti intimati non è presente, l'intimazione gli è notificata dal custode. Se l'asporto non è eseguito entro il termine assegnato, i beni mobili sono considerati abbandonati e il custode, salva diversa disposizione del giudice dell'esecuzione, ne dispone lo smaltimento o la distruzione. Dopo la notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento, il custode, su istanza dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, provvede all'attuazione del provvedimento di cui all'articolo 586, comma 2, decorsi sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla predetta istanza, con le modalità definite nei periodi dal secondo al settimo del presente comma».

La modifica normativa interviene, dunque, opportunamente, per colmare la macroscopica lacuna lasciata dal legislatore precedente in ordine alle modalità di concretizzazione del provvedimento di liberazione anche relativamente ai beni mobili relitti nell'immobile, con ciò colmando uno più accessi dibattiti in punto di riforma dell'art. 560 c.p.c.

3. – Le riforme in commento hanno operato anche sul versante del ruolo del giudice dell'esecuzione che ha la direzione dell'espropriazione, giusto il disposto dell'art. 484, comma 1, c.p.c., sul presupposto che il processo esecutivo ha certamente natura giurisdizionale.

Già la l. 3 agosto 1998, n. 302 aveva inserito per la prima volta, dopo la disciplina della vendita con incanto, il nuovo istituto della delega al notaio delle operazioni di vendita di beni immobili (o di beni mobili registrati), dedicando ad esso i nuovi artt. 591-*bis* e 591-*ter* c.p.c.¹¹

Il legislatore in tal modo ha codificato e regolamentato un sistema di partecipazione di professionisti al processo esecutivo, realizzando una parziale esternalizzazione delle attività dell'ufficio esecutivo¹².

La l. 14 maggio 2005, n. 80, ha, poi, previsto che le operazioni di vendita possano essere affidate anche ad altri professionisti: in particolare, nel quadro dell'immutata funzione prevista dall'art. 484, comma 1, c.p.c. del

¹¹ In tal senso v. MICCOLIS, *La delega ai notai nelle espropriazioni immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 325 ss.

¹² FANTICINI, *Arriva il "patentino" per i professionisti delegati?*, in *ilprocessocivile.it*, 11 luglio 2016, n. 3.

giudice dell'esecuzione di dirigere l'espropriazione, e nell'ambito della previsione di cui all'art. 68, comma 2, c.p.c., ha attribuito al giudice, nel momento in cui provvede sull'istanza di vendita di cui all'art. 569 c.p.c., e sentiti gli interessati, il potere di delegare ad un notaio avente preferibilmente sede nel circondario o a un avvocato ovvero a un commercialista iscritti nei relativi elenchi di cui all'art. 179-ter disp. att. c.p.c., il compimento delle operazioni di vendita secondo le modalità di cui al medesimo art. 569, comma 3, c.p.c., come previsto dall'art. 591-bis, comma 1, c.p.c.¹³.

Nel 2015, l'art. 591-bis c.p.c. è stato modificato dall'art. 13, comma 1, lett. c.), d.l. n. 83/2015, nel senso di rendere obbligatoria, entro certi limiti, la delega delle operazioni di vendita a notai, aventi sede nel circondario del tribunale, o ad avvocati e commercialisti – senza alcuna limitazione territoriale – iscritti negli elenchi di cui all'art. 179-ter disp. att. c.p.c.

Pertanto, la delega delle operazioni di vendita nell'espropriazione immobiliare è divenuta sostanzialmente obbligatoria, potendosi derogare a tale previsione solo qualora, sentiti gli interessati e sulla base del suo prudente apprezzamento, il giudice dell'esecuzione ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti, eventualmente tenendo anche conto di elementi quali il valore del bene per cui si procede, i fattori ambientali, i probabili costi¹⁴.

Il d.l. 3 maggio 2016, n. 59, infine, ha inciso profondamente sul sistema delle vendite delegate, riscrivendo completamente l'art. 179-ter disp. att. c.p.c. con riferimento ai criteri che governano la formazione e la tenuta dell'elenco dei professionisti che provvedono alle operazioni di vendita, nell'intento di creare una categoria realmente specializzata nel settore, con la previsione di specifici obblighi di formazione iniziale e permanente.

Circa l'individuazione della natura giuridica della delega al professionista, essa non assume importanza solo dal punto di vista teorico, ma ha importanti ricadute pratiche giacché il regime della responsabilità del professionista varia significativamente a seconda che si privilegi la tesi che lo annovera tra gli ausiliari del giudice, ovvero quella che lo definisce come un sostituto del giudice a tutti gli effetti.

Secondo un primo orientamento, che trova un addentellato normativo

¹³ CAMPESE, *L'espropriazione forzata immobiliare dopo la legge 14.05.2005, n. 80*, Milano, 2006.

¹⁴ A ben guardare, l'innovazione appare di portata limitata poiché nella maggior parte degli uffici giudiziari, in applicazione delle c.d. "prassi virtuose", si procedeva già di regola alla delega a notai del distretto ovvero ad avvocati e commercialisti delle operazioni di vendita, salvo che il giudice dell'esecuzione, anche sentite le parti all'udienza di autorizzazione alla vendita, decidesse di svolgerle direttamente dinanzi a sé (di solito per meglio vigilare su pericoli di "turbative" o per evitare eccessive spese per immobili di modesto valore economico).

nell'art. 68 c.p.c. (rubricato "*Altri ausiliari del giudice*"), il professionista delegato è un ausiliario del giudice; il termine ausiliario, nel codice di procedura civile, indica infatti la figura del soggetto diverso dal giudice (ma anche dal cancelliere e dall'ufficiale giudiziario), estraneo all'ordine giudiziario, che non partecipa dell'esercizio della funzione giudiziaria, ma che è investito dal giudice, attraverso un atto di nomina, dell'esercizio di attribuzioni individuate dalla legge come strumentali all'esercizio della giurisdizione (che il giudice non è in grado di compiere da solo) e per il cui svolgimento la legge si affida all'attività di privati, considerati professionalmente idonei a svolgerla.

Secondo una tesi intermedia, il professionista delegato è un ausiliario *sui generis*, in virtù delle peculiarità che caratterizzano la propria attività: tutti i compiti svolti dal delegato possono, infatti, essere svolti anche dal giudice, tanto che, in mancanza di delega, il secondo comma dell'art. 591-bis c.p.c. li affida allo stesso giudice dell'esecuzione.

La dottrina prevalente ritiene invece che il delegato assuma il ruolo di sostituto anziché di mero ausiliario del giudice, poiché la sua attività supera i compiti di assistenza o di collaborazione subordinata che caratterizza gli ausiliari, proprio come si verifica nello svolgimento delle operazioni divisionali delegategli dal giudice istruttore. In forza di tale rapporto di sostituzione, gli atti compiuti dal delegato (notaio e altro professionista) produrrebbero gli stessi effetti processuali che questi avrebbero laddove posti in essere dal giudice dell'esecuzione, restando le operazioni svolte dal delegato sempre ancorate nell'alveo del processo civile¹⁵. In sostanza, il professionista delegato svolgerebbe funzioni altrimenti non esercitabili dal giudice ed usufruisce di poteri che, in forza della delega, gli sono attribuiti direttamente dalla legge: allo stesso viene delegata una fetta di giurisdizione; al riguardo si è osservato che gli effetti degli atti compiuti dal professionista sono identici a quelli compiuti dal giudice nell'espropriazione non delegata¹⁶.

¹⁵ Così DI NANNI, *Espropriazione immobiliare: delega ai notai delle operazioni di vendita con incanto*, in *Corriere giur.*, 1998, 1378; FABIANI, *Funzione processuale del notaio ed espropriazione forzata*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 145; LUISO-MICCOLIS, *Espropriazione forzata immobiliare e delega al notaio*, in *Rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali*, 1999, 43; SENSALÉ, *L'espropriazione immobiliare e la delega ai notai degli incanti*, in *Riv. esec. forz.* 2003, 365.

¹⁶ Così VACCARELLA, *La vendita forzata immobiliare tra delega al notaio e prassi giudiziarie "virtuose"*, in *Riv. esec. forz.*, 2001, 289 ss. Da ultimo sembra aderire alla tesi del delegato come sostituto processuale del giudice dell'esecuzione LEUZZI, *Il controllo dell'attività del delegato e il nuovo meccanismo della reclamabilità "diffusa"*, in *executivis.it*, 28 aprile 2018, il quale – dopo aver premesso che "la delega in null'altro si compendia se non nella devoluzione delle operazioni di vendita ad un soggetto che, per quanto estraneo all'ordinamento giudiziario, dispone di prerogative singolari, tra le quali un potere di audizione, che esercita con modalità analoghe al giudice

Ad avviso di chi scrive, appare preferibile la tesi secondo cui il professionista delegato vada considerato, a tutti gli effetti, come un ausiliario del giudice, sia pure *sui generis*.

Invero, è stato correttamente osservato come il legislatore abbia normativamente escluso che la delega al professionista possa avere ad oggetto i principali provvedimenti che implicano esercizio della giurisdizione in senso stretto e che scandiscono le fasi necessarie della procedura esecutiva, come pure quelli che, più in generale, attribuiscono una rilevante discrezionalità al giudice dell'esecuzione (i provvedimenti esclusivi del giudice sono: l'ordinanza di autorizzazione alla vendita, la sostituzione del debitore nella custodia e l'ordine di liberazione dell'immobile *ex art. 560 c.p.c.*, la nomina dello stimatore, la determinazione delle forme di pubblicità, la condanna dell'aggiudicatario inadempiente, la sospensione ed eventuale revoca della vendita conclusa a prezzo ingiusto o, in alternativa, la pronuncia del decreto di trasferimento *ex art. 587 c.p.c.*, le decisioni in ordine all'amministrazione giudiziaria, nonché le altre determinazioni di cui all'*art. 591 c.p.c.*). Ancora, va considerato che anche le scelte sulle modalità di vendita, sulla suddivisione del bene pignorato in più lotti, o sulla rateizzazione sono attività precluse al professionista, in considerazione della rilevante discrezionalità e della ricaduta di tali determinazioni sull'efficienza dell'espropriazione forzata e sulla soddisfazione dei creditori.

Non può, tuttavia, essere trascurato che il carattere omnicomprendente delle potestà oggetto di delega riguarda certo attribuzioni meramente esecutive, come pure attività tipiche dell'ausiliario o del cancelliere, ma anche attività che possono essere definite come giurisdizionali in senso stretto (si pensi, ad esempio, all'aggiudicazione, in forza di quanto prevedono gli artt. 572 e 573 c.p.c.)¹⁷.

dell'esecuzione (per esempio per deliberare sulle offerte: *art. 572, comma 1, c.p.c.*); altri poteri inconfutabilmente decisorii declinati dall'*art. 572, comma 3, c.p.c.*; la facoltà di irrogare addirittura sanzioni (esemplificativamente spicca la perdita di cauzione, a norma dell'*art. 584 c.p.c.*)" – conclude nel senso che "Il professionista si atteggia, invero, a sostituto processuale, sicché dai suoi atti non possono che germinare i medesimi effetti processuali che scaturirebbero da una ipotetica, diretta emanazione ad opera del giudice che l'ha delegato. Pertanto, il sub-procedimento di vendita si sostanzia quale fase del processo esecutivo, comprensiva di un vero e proprio rapporto di sostituzione".

¹⁷ Nei confronti degli atti del delegato non è proponibile il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.*, che rimane esperibile solo avverso gli atti emessi dal giudice dell'esecuzione, il quale è l'unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo; gli atti del professionista delegato dal giudice sono sottoposti al controllo ai sensi dell'*art. 60 c.p.c.*, ovvero nelle forme desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato, ma non possono essere impugnati direttamente con l'opposizione agli atti esecutivi e solamente dopo che il giudice dell'esecuzione si sia pronunciato sull'istanza

L'ambito della delega abbraccia tutte le operazioni nelle quali si articola la procedura di vendita fino alla predisposizione del decreto di trasferimento: l'attività del delegato inizia con gli adempimenti preliminari alla vendita, prosegue con gli esperimenti di vendita e termina con la predisposizione del progetto di distribuzione e del decreto di trasferimento. Non si dimentichi, inoltre, che al professionista delegato può essere conferito cumulativamente anche l'incarico di custode¹⁸.

3.1 – Sul presupposto che il professionista delegato sia un ausiliario del giudice, sia pur *sui generis*, ne discende che a carico dello stesso sia configurabile una responsabilità civile di natura extracontrattuale, secondo il paradigma dell'art. 2043 c.c., nell'ipotesi in cui si sia verificato un danno ingiusto a carico di una delle parti del processo esecutivo o di terzi interessati (si pensi, ad es., all'aggiudicatario). Una ulteriore conseguenza della qualificazione come ausiliario del delegato alle vendite pare rappresentata, secondo alcuni, dall'applicazione del regime di responsabilità delineato dall'art. 64 c.p.c., con limitazione della stessa ai soli casi di colpa grave nell'esecuzione degli atti¹⁹.

dell'interessato diviene possibile impugnare il relativo provvedimento giudiziale con le modalità di cui all'art. 617 c.p.c.; in arg. v. SENSALÉ, *Le opposizioni agli atti dell'esecuzione immobiliare*, in *Riv. esec. forzata*, 2004, 28.

Ai sensi dell'art. 591-ter c.p.c., gli atti del professionista delegato possono essere impugnati solo con reclamo al giudice dell'esecuzione, proponibile fino a quando gli stessi non abbiano avuto esecuzione.

Per questo motivo si è affermato che è inammissibile l'opposizione agli atti esecutivi volta ad ottenere l'annullamento dell'avviso di vendita e degli atti successivi posti in essere dal professionista delegato, qualora fondata sul mancato assolvimento da parte di quest'ultimo delle formalità pubblicitarie previste dalla legge.

¹⁸ V. GHEDINI-MAZZAGARDI, *Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare*, Milano, 2017, 244 ss.

¹⁹ Di recente la Suprema Corte, pur partendo dal presupposto della astratta configurabilità di una responsabilità extracontrattuale a carico del notaio delegato per l'illegittimità degli atti della procedura dallo stesso posti in essere, ha statuito che "In tema di esecuzioni immobiliari, la differenza tra il prezzo di aggiudicazione a conclusione di un'asta, successivamente dichiarata nulla per essere stato fissato il prezzo base con provvedimento illegittimo, e quello corrisposto in misura maggiore, all'esito di nuova vendita disposta con prezzo base corretto, non integra un danno ingiusto risarcibile, neppure nei confronti del notaio delegato ex art. 591-bis c.p.c., perché l'illegittimità del primo di tali prezzi esclude l'ingiustizia del maggior esborso dovuto dall'aggiudicatario, che non ha diritto a fruire delle conseguenze, a sé favorevoli, di un illegittimo erroneo provvedimento di fissazione del prezzo": in applicazione di tale principio, è stata esclusa l'ingiustizia del danno lamentato da una parte che, dopo una prima aggiudicazione, il cui prezzo base era stato erroneamente ribassato sul presupposto di un precedente esperimento, in realtà mai espletato, era poi risultata nuovamente aggiudicataria, ma per un prezzo più elevato, all'esito della successiva asta, esperita dopo l'intervenuta declaratoria di nullità della prima vendita; in materia di responsabilità del delegato alla vendita V. per tutti TRISORIO LIUZZI, *La responsabilità del professionista delegato alla*

4. – Il cantiere esecuzioni é senz'altro ancora aperto. In una prospettiva evolutiva, l'articolo 10 del disegno di legge recante deleghe al Governo per l'efficienza del processo civile (più noto come "Progetto di riforma Bonafede") sembrerebbe voler codificare la pratica della cd. "pre-asta" su modello francese.

Il progetto di riforma contiene principi volti ad accelerare il corso della procedura esecutiva ed a contenerne i costi attraverso la collaborazione del debitore, il quale può avere interesse a farsi parte attiva nella ricerca di un acquirente, sia per velocizzare le operazioni di vendita e giungere più rapidamente alla definizione del procedimento, sia per evitare il deprezzamento del bene, quale si verifica, a volte, per effetto del meccanismo dei ribassi.

A questo fine, si prevede che il debitore possa essere autorizzato dal giudice dell'esecuzione a vendere direttamente il bene pignorato, con atto da celebrare dinanzi al notaio, ma con gli effetti purgativi propri della vendita coattiva.

Sono previsti alcuni limiti, diretti a garantire che tale facoltà non pregiudichi i creditori: l'istanza del debitore deve essere proposta a pena di inammissibilità prima dell'udienza per l'autorizzazione alla vendita, giacché la deroga alla regola generale della competitività delle vendite coattive si giustifica, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, solo se ciò vale ad accelerare la procedura ed a contenerne i costi (a); il prezzo della vendita deve riflettere l'effettivo valore di mercato del bene (b); i creditori devono essere messi in condizione di valutare la convenienza dell'offerta e la loro opposizione può essere superata solo nel caso in cui sia ragionevole ritenere che la vendita competitiva non consentirebbe di conseguire un risultato migliore (c ed f); la vendita deve perfezionarsi in un lasso di tempo contenuto (h), in quanto la possibilità offerta al debitore non può tradursi in un ostacolo al corso della procedura. Per la stessa ragione, l'istanza non può essere reiterata (i)".

Al di là della bontà o meno della proposta, il dato che si ricava è la tendenza di limitare al massimo il ruolo del giudice nel processo esecutivo, in linea con quanto accade in altri sistemi del panorama comparatistico. Nel primo *forum* mondiale sull'esecuzione del 2014, opinione condivisa é infatti che l'esecuzione possa essere condotta efficacemente da una schiera di agenti di esecuzione specializzati che, sebbene sotto il controllo del giudice, siano soggetti autonomi ed in contatto con il creditore.

Sotto un altro profilo che si concentra piuttosto sulle innumerevoli

vendita nell'espropriazione immobiliare, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, II, Napoli, 2010, 1481 ss.

problematiche che il processo esecutivo ha sempre sollevato e continua a sollevare nella prassi giudiziaria, e la necessità che la risoluzione delle stesse non incida negativamente sulla durata del medesimo, degno di nota è il cd. “Progetto esecuzioni” della III Sezione Civile della Corte di Cassazione presentato il 13 luglio 2018²⁰.

Si tratta di un progetto innovativo della Corte Suprema volto ad andare in “soccorso” dei giudici di merito riaffermando la funzione nomofilattica della Corte medesima ed incidendo sulle problematiche su cui quotidianamente si scontrano il giudice dell’esecuzione e delle opposizioni esecutive. Il tutto nella consapevolezza che un intervento del giudice di legittimità a distanza di numerosi anni porta limitati benefici. Secondo la III Sezione, l’espressione di un chiaro principio di diritto può orientare le future determinazioni dei giudici di merito e della stessa Corte e prevenire ulteriori contenziosi.

L’iniziativa è apparentemente atta a colmare, nel nostro sistema, la possibilità di adire preventivamente la Corte suprema con funzione nomofilattica (quali la *saisin pour avis* del sistema francese o il rinvio pregiudiziale alla corte di giustizia dell’unione europea).

Lo strumento è la fissazione di una pubblica udienza nella quale discutere e decidere alcune controversie sulle questioni più dibattute che vengono per così dire estratte dal mucchio per poi deciderle prima di altre.

Anche a livello giurisprudenziale, di conseguenza, è forte l’esigenza di trovare strumenti per rafforzare l’efficienza del processo esecutivo al fine di realizzare l’idea guida dell’effettività della tutela giudiziale alla luce dell’art. 6, par. 1, Cedu, come diritto ad una efficace tutela coattiva.

Abstract

RECENT REFORMS AND PERSPECTIVES OF ENFORCEMENT PROCEEDINGS

L’articolo si concentra sulle più recenti riforme del processo esecutivo al fine di delinearne l’attuale assetto, in un’ottica di efficienza quale garanzia dell’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti.

The article focuses on the most recent reforms of enforcement proceedings in order to stress its current structure and its aim to fulfill the effectiveness of the jurisdictional protection of rights.

²⁰ Su cui FANTICINI, Il “Progetto Esecuzioni” della III Sezione Civile della Corte di Cassazione, in *www.inexecutivis.it*.

L'USO DEGLI ALGORITMI NELLA ATTIVITA' AMMINISTRATIVA DISCREZIONALE

MARIANGELA FERRARI
*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

SOMMARIO: 1. Ammissibilità dell'utilizzo degli algoritmi nell'esercizio del potere amministrativo. – 2. La formazione della decisione amministrativa. – 3. Sulla piena conoscibilità a monte del modulo e dei criteri applicati. – 4. Tra esigenze contrastanti di trasparenza, riservatezza e segreto industriale o commerciale. – 5. Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità. – 6. Il principio di non esclusività della decisione algoritmica. – 7. Il principio di non discriminazione. – 8. Responsabilità da uso di algoritmi. – 9. Conclusioni.

1. – L'utilizzo degli algoritmi da parte della PA nelle procedure amministrative è un tema di estrema attualità, vista anche la tendenza europea, a guardare alla digitalizzazione di una buona parte dell'amministrazione e della Giustizia, come a un traguardo fondamentale.

Sino ad ora l'impiego di questi strumenti tecnologici complessi era stato riconosciuto in giurisprudenza¹ nell'ambito dei c.d. atti vincolati, per i quali “prevedere un ragionamento automatico, predefinito rispetto ad uno schema sistemico, può consentire un incremento di efficienza e rapidità nell'espletamento della procedura, contribuendo alla percezione di esse come valori decisamente apprezzati dall'utenza”², ma il tentativo di estendere il *modus operandi* all'attività amministrativa discrezionale era stato frenato e si era infranto di fronte all'unicità del giudizio umano nella valutazione del singolo fatto³.

Di recente il Consiglio di Stato⁴ ha imposto un'accelerazione, individuando condizioni che rendano possibile applicare gli algoritmi anche

¹ Il riferimento è alla pronuncia Cass., 8 aprile 2019, n. 2270, che per prima ha trattato il tema dell'ammissibilità degli algoritmi nelle procedure amministrative.

² Cfr. M. FERRARI, *La seducente perfezione di algoritmi e intelligenza artificiale nelle procedure amministrative alla luce dei modelli di responsabilità civile*, in *Diritto di internet*, 2020, 1, 179 ss.

³ L. BREGGIA, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 395 ss.

⁴ Il riferimento è alle tre sentenze gemelle del Cons. Stato, 13 dicembre 2019, nn. 8472 – 8473 – 8474.

nelle procedure discrezionali infrangendo rigidi confini in una tempestiva e meditata riflessione su una questione non più rinviabile, ma destando qualche perplessità nei risultati proposti.

Lo spunto per la riflessione si è manifestato nell'ambito di una vertenza relativa alla procedura nazionale di mobilità dei docenti della scuola, in relazione al piano straordinario di assunzioni previsto per legge (L. n. 107/2015), in cui alcuni di essi si erano visti assegnati in sedi territorialmente disagiate rispetto alle proprie richieste e alle priorità indicate, pur essendo disponibili posti più vicini, a causa del fatto che la procedura era stata demandata dal Ministero a un algoritmo affatto sconosciuto e malfunzionante.

Il tentativo di far chiarezza costringe l'interprete ad una riflessione su un tema di grande attualità destinato ad occupare sempre più spazio per la rapida diffusione con la quale esso si propaga, data la falsa e instabile convinzione che la tecnologia è certamente migliore dell'uomo, fallace per natura⁵.

Una prima condivisibile certezza è la manifesta necessità che "...anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale"; è auspicabile che i nuovi strumenti di tecnologia avanzata possano essere utilizzati nelle attività più variegiate realizzate quotidianamente dall'uomo, anche in quella amministrativa in senso ampio, poiché siamo convinti che il progresso debba essere al servizio dell'Uomo e non il contrario.

Ma, non ci si può nascondere che algoritmi, IA, tecnologia applicata appartengono allo studio delle c.d. scienze dure (*hard science* come la fisica e la chimica), che spiccano nella loro assoluta diversità da quelle di natura umanistica (*soft science*), quale è il diritto; esse sottostanno a regole matematiche o fisiche, di razionalità e logica che spesso si distinguono da quei criteri ermeneutici cui la legge è abituata, di approfondimento della volontà comune alle parti coinvolte, dello sforzo di apprendimento del significato delle diverse manifestazioni di volontà, di *favor* della parte più debole, di adeguamento dei disposti normativi ai costumi e alla mentalità della società che evolve nel tempo, così che i significati vengono modificati e adeguati al nuovo modo di vivere e di essere nella società. Alla rigidità della scienza dura, indifferente alle regole di etica e morale, e altresì legata a formule, teoremi e dimostrazioni inopinabili, si contrappongono la fluidità e mutevolezza tipiche delle scienze giuridiche, soggette a canoni interpretativi in costante evoluzione con i tempi.

⁵ Sulle questioni ivi trattate v. M. MANCARELLA, *Algoritmo e atto amministrativo informatico: le basi nel CAD*, in *Diritto di internet*, 2019, 469; S. CRISCI, *Evoluzione tecnologica e trasparenza nei provvedimenti "algoritmici"*, *ibidem*, 2019, 380.

È per questo che i due mondi necessitano di una mediazione per comprendersi, che non può che venire dall'uomo, dalla sua natura di soggetto che cerca, attraverso la conoscenza, di implementare procedure rapide, trasparenti, economiche, in attuazione del disposto costituzionale che impone il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), e, tentando di domare la rigidità della tecnica per applicarla alla flessibilità del diritto, intende raggiungere obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità nell'esercizio delle attività umane, fra cui anche quella amministrativa.

È in questo contesto che alla sicurezza con la quale accogliamo con favore la proposta di diffondere la "rivoluzione digitale" nella PA, si contrappone un'insicurezza, che impone cautela, sulle modalità con le quali introdurre e applicare i nuovi criteri, poiché soppiantare in toto l'uomo può rivelarsi un'ipotesi dannosa e fuorviante.

Nel nuovo approccio proposto dalla giurisprudenza recente, sebbene talune espressioni manifestino consapevolezza dell'attuale incertezza⁶, come il verbo utilizzato "promettere" che indica un futuro e potenziale divenire, ma non un presente, o il resoconto delle critiche, già emerse in dottrina, che mettono in evidenza l'illusoria neutralità dell'IA⁷, la conclusione a cui giunge è il riconoscimento delle condizioni alle quali applicare indistintamente, attività vincolata o discrezionale, gli algoritmi, per una diffusione e implementazione degli stessi.

In realtà, se è auspicabile che il progresso tecnologico porti novità e vantaggi in molti settori della vita quotidiana di ciascun soggetto e della convivenza civile e sociale, migliorando la qualità dei servizi resi ai cittadini/utenti, tale da incoraggiarne l'utilizzo e la diffusione, deve altresì

⁶ Lo stesso Consiglio di Stato si esprime infatti con meno certezze, allorché afferma che: "In molti campi gli algoritmi *promettono* (il corsivo è nostro) di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani (...). In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati".

⁷ Il passaggio è quello in cui si riportano in sintesi le critiche: "tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza". Ci permettiamo di rinviare in questo senso a M. FERRARI, *op. cit.*, 179 s.; C. TABARRINI, *Comprendere la "Big Mind": il GDPR sana il divario di intellegibilità uomo-macchina?*, in *Dir. inform. e inf.*, 2019, 555 s., in cui l'A., analizzando l'impatto dell'IA sulla concessione di credito nel sistema creditizio cinese, afferma: "...difficile escludere che il contestuale sviluppo di sempre più sofisticati sistemi di Intelligenza Artificiale possa finire col condurre ad un *sistema automatizzato di controllo sociale basato sui dati*, così inasprendo la già montante preoccupazione per l'arbitrarietà e l'intrusività ingiustificata di questi procedimenti di calcolo della *affidabilità* dei cittadini" e nota 14 per ulteriori riferimenti bibliografici.

emergere che i tempi non sono ancora pronti né maturi per accettare ciecamente l'operare di questi meccanismi matematici, soprattutto allorquando incidano su diritti soggettivi fondamentali; il Collegio si riferisce ad un futuro, forse anche prossimo, ma non attuale, che pertanto dovrebbe impedire ora di considerare l'esito dell'utilizzo degli algoritmi come un risultato netto, positivo e inconfutabile, liberatorio da preconcezioni o colpose derive umane.

2. – La c.d. “rivoluzione 4.0”, riferita alla PA, prevede che “il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un *software*, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale”.

Il riferimento all'attività umana riguarda l'immissione di dati che, successivamente verrebbero rielaborati dal *software* o dall'algoritmo in esso contenuto per giungere a soluzioni in tempi brevi.

L'elaborazione meccanica dei dati da parte di un *software* non consente di prescindere dalla relazione con l'operatore umano che, prima di inserire i dati, dovrebbe pensare e interagire con la macchina per inserire i dati ritenuti fondamentali per le decisioni da prendere; conoscere le modalità utilizzate per valutare i dati dal *software*, se vi fossero filtri o criteri che privilegiano taluni aspetti (ad es. l'ordine di immissione come priorità di incidenza), sapere e conoscere le modalità e le logiche con le quali l'algoritmo rielaborerà i dati, il tutto al fine di prevenire risultati iniqui.

Con questa premessa appare per lo meno rischioso dare per scontato che la procedura informatica e automatizzata serva a ridurre “la tempistica procedimentale”, poiché l'elaborazione dell'algoritmo che produca un risultato iniquo porterà all'impugnazione della decisione, con l'inizio di un procedimento giudiziario che sappiamo bene essere tutto tranne che breve nel nostro Paese.

L'assoluta novità relativa all'utilizzo degli algoritmi per attività regolate dalla discrezionalità amministrativa appare opinabile e discutibile.

Infatti se l'attività vincolata, collegata a criteri assoluti, può risultare alienante per un uomo e più idonea ad una macchina proprio perché legata a schemi rigidi ed espressa da comportamenti uguali e ripetitivi, non pare necessariamente conseguenziale affermare che non esistono “ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo (degli algoritmi) all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse”, nonostante la precisazione che “il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni

procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità della stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere"⁸.

Si tratterebbe in sostanza di non pensare in sede di procedura algoritmica all'abolizione della discrezionalità amministrativa, tipica espressione di azione e di pensiero dell'uomo, ma di vederla espressa in un momento diverso, anteriore all'impiego dell'algoritmo fatto dal *software*, cioè "al momento dell'elaborazione e della messa in esercizio dello strumento digitale"⁹.

Questa impostazione ignora un fatto notorio: i soggetti che approntano gli algoritmi non sono i titolari del potere amministrativo, bensì ingegneri informatici e data manager, che hanno le competenze per costruire gli algoritmi; questi ultimi, in talune circostanze, divengono addirittura autonomi rispetto ai loro programmatori imparando dalla propria esperienza (*machinery learning*). In altri termini la PA, con il proprio personale, potrebbe aspirare al massimo a individuare gli obiettivi da raggiungere con la procedura amministrativa, concedere l'utilizzo di alcuni dati in suo possesso, ma successivamente gli strumenti tecnici (gli algoritmi) resterebbero approntati da personale tecnico-informatico, da società, senza che vi possa essere un pieno e consapevole controllo, al contrario necessario, da parte di chi dovrebbe operare scelte e organizzazione. La PA, con questo approccio, perderebbe il controllo della procedura e quindi degli esiti.

Né le condizioni poste dalla giurisprudenza, quali "a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo"¹⁰, rappresentano un valido argine alla perdita di dominio e gestione della procedura.

3. – La conoscibilità dell'algoritmo e della sua logica operativa, indicate come una garanzia minima per ogni utilizzo, sono declinate con il semplice richiamo al principio di trasparenza "che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico" che mostra numerose criticità difficili allo stato da superare.

⁸ Del parere che già in Consiglio Stato, 8 aprile 2019, n. 2270, vi sia l'ammissione implicita che l'automazione dei procedimenti amministrativi oltre a essere particolarmente vantaggiosa con riguardo ad attività vincolate, possa essere utilizzata anche per attività discrezionali v. V. CANALINI, *L'algoritmo come atto amministrativo informatico e il sindacato del giudice*, in *Giornale dir. amm.*, 2019, 781 s.

⁹ R. FERRARA, *op. cit.*, 777.

¹⁰ Così testualmente Cons. Stato, 13 dicembre 2019, n. 8474.

In primis il riconoscimento giurisprudenziale dell'utilizzo di due linguaggi diversi viene sottovalutato nel suo impatto.

Normalmente l'uso di due idiomi diversi comporta la necessità di traduzioni per la reciproca comprensione e ogni traduzione comporta sempre un'attività interpretativa che spesso sfugge ad un controllo puntuale.

Sotto questo profilo i giuristi conoscono benissimo questo problema allorquando affrontano quotidianamente le difficoltà legate all'attribuzione di un unico e uniforme significato alle disposizioni di legge, pur con la facilitazione di un linguaggio comune.

In altri termini il contenzioso dottrinale e giurisprudenziale legato all'interpretazione delle norme/regole, pur in un contesto linguistico privo di difformità, dovrebbe insegnare quali possano essere le criticità possibili nel caso in cui le regole giuridiche debbano essere tradotte in altro linguaggio, quello informatico, caratterizzato da simboli, alfabeto e caratteri diversi per il quale non esiste evidentemente un vocabolario o un *vademecum*.

Inoltre non è secondario rilevare come spesso la logica degli algoritmi sia diversa dalla logica deterministica-matematica cui abitualmente ci si riferisce nelle nostre argomentazioni, cioè "vi sia una sequenza argomentativa ripercorribile e verificabile di induzioni e deduzioni, correttamente svolte tra premesse ed applicazioni e viceversa, normalmente legate dal principio di causalità"¹¹.

Al contrario, come autorevole dottrina ha sottolineato, negli ultimi anni la progressione della scienza informatica e della tecnologia ha determinato un "cambio di paradigma per cui gran parte degli algoritmi di nuova generazione non si limita a dedurre in maniera deterministica conseguenze da assiomi prefissati dal programmatore, ma in virtù di sistemi automatici di apprendimento (cd *machine learning*) essi stessi producono gli stessi criteri di inferenza. Criteri che in molti casi non sono comprensibili agli stessi programmatori"¹².

In sostanza è verosimile il dubbio insinuato che non esista in realtà una logica comprensibile negli algoritmi, poiché "Un algoritmo per essere

¹¹ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *Riv. Biodiritto*, 2019, 63 s., in particolare 78.

¹² Cfr. A. SIMONCINI, *op. cit.*, 78-79; TABARRINI, *op. cit.*, 558, in cui l'A. afferma che: "Sebbene come ribadito dal Parlamento Europeo, dovrebbe essere sempre possibile fornire la logica sottostante la decisione presa con l'aiuto di IA che può avere un impatto sostanziale sulla vita di una o più persone, [e] [...] che dovrebbe essere sempre possibile ridurre i calcoli del sistema di AI ad una forma comprensibile dagli umani, le decisioni automatizzate si qualificano come *super decisioni* in quanto seguono inevitabilmente un flusso cognitivo che è quasi impossibile da replicare per la mente umana. Ne consegue che una descrizione del funzionamento dell'algoritmo meramente trasparente potrebbe essere controproducente, relegando il diritto ad una spiegazione ad un mero adempimento formale", con ulteriori note di riferimenti bibliografici.

oggetto di un effettivo diritto alla conoscenza ed alla comprensibilità dovrebbe essere, non tanto *ragionevole* – perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo – quanto *razionabile* (dalla *rationabilitas* canonica) cioè intellegibile secondo criteri logico-razionali¹³ che risultano esclusi allorquando si possa fare riferimento alla IA *self-learning*.

A tali oscuri criteri bisognerebbe poi affidare la regolamentazione di diritti fondamentali dell'individuo. L'operazione sembra oltre che difficilissima altresì rischiosa.

In secondo luogo la giurisprudenza amministrativa pone l'accento sulla "conoscibilità" definita di frequente come la possibilità che un determinato elemento sia riconoscibile sulla base delle conoscenze scientifiche del momento¹⁴; essa, pertanto, è cosa ben diversa dalla "conoscenza effettiva" e dalla "comprensione" del linguaggio utilizzato per impostare gli algoritmi cui far governare l'attività amministrativa.

L'utilizzo del parametro della "conoscibilità" che, dopo la traduzione in regola giuridica divenga "leggibile e comprensibile" appare aleatorio, insufficiente, indeterminato e, per taluni versi addirittura indeterminabile, alla luce dei livelli di avanzamento nella elaborazione di concetti raggiunti dalla scienza ingegneristica e informatica.

Si può affermare che le conoscenze scientifiche del momento consentano di identificare astrattamente e teoricamente gli algoritmi e la loro applicazione in taluni settori, ma tale conoscenza non si riflette né nei soggetti operatori della PA, né tantomeno nei singoli utenti/cittadini; non negli operatori poiché le selezioni per l'accesso al mondo del pubblico impiego non richiedono particolari competenze tecniche, peraltro neppure facilmente né rapidamente raggiungibili, vista l'oggettiva difficoltà e specificità; non nei cittadini/utenti, che devono poter accedere in totale comprensione alle attività amministrative pubbliche che abbiano risvolti sulle loro vite.

In sostanza la rivoluzione digitale e informatica incorsa nell'ultimo quinquennio è stata di tale ampia e imprevedibile portata che la PA non ha potuto prevedere, nella fase di selezione e reclutamento del personale, la necessità di competenze specifiche al fine di conoscere la nuova scienza e le sue applicazioni pratiche; ancor meno tale necessità si evidenziava per la popolazione in generale.

¹³ Cfr. A. SIMONCINI, *op. loc. cit.*

¹⁴ Cass. 24 gennaio 2020, n. 1661.

Tale “conoscibilità” risulta di conseguenza essere frontiera irraggiungibile per la quasi totalità dei cittadini¹⁵ che, al contrario, dovrebbero avere il diritto/dovere sia di attivare certe legittime pretese sia di veder valutati fatti singoli rilevanti nelle procedure e/o nei bandi pubblici, con la conseguenziale necessità di conoscere i parametri di riferimento del giudizio applicati dalla PA.

Ricondurre la trasparenza nelle procedure amministrative alla semplice “conoscibilità” del modulo e dei criteri utilizzati dagli algoritmi, risulta una finta garanzia, che non può essere sufficiente soprattutto allorquando il tema trattato abbia conseguenze dirette su diritti fondamentali dell’individuo¹⁶, sfera di delicato e costituzionale approccio e tutela.

Tanto più che la differenza fra “conoscibilità” e “conoscenza” è da sempre considerata rilevante sia in diritto privato che in diritto amministrativo, e l’incostanza e l’eterogeneità con la quale la giurisprudenza tratta questo aspetto certo non aiutano l’interprete a far chiarezza.

Spesso in diritto fallimentare si è considerata necessaria, al fine di esperire vittoriosamente l’azione revocatoria, l’effettiva conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore soddisfatto¹⁷; in talune fattispecie di diritto privato l’alternanza di posizioni potrebbe far apparire la questione

¹⁵ Mette in luce i due diversi livelli di asimmetria informativa anche C. TABARRINI, *op. cit.*, 560: “da un lato i consumatori non hanno le competenze finanziarie necessarie per comprendere i criteri economici e regolamentari seguiti dalla banca per valutare la meritevolezza creditizia della clientela; dall’altro, nel caso di applicazioni Fintech di questo tipo i banchieri stessi non sono in grado di conoscere appieno le variabili acquisite dalla macchina (...) al fine di prendere la specifica decisione di finanziamento.

Di conseguenza, il già compromesso rimedio della trasparenza viene ad essere ulteriormente indebolito dalla necessità di tradurre processi decisionali altamente tecnici, nonché complessi dal punto di vista algoritmico, in termini comprensibili per soggetti interessati privi delle competenze tanto finanziarie quanto informatiche necessarie”.

¹⁶ Riteniamo infatti un’affermazione di scuola, lontana dalla realtà attuale anche per le modalità con le quali sino ad ora la PA ha reclutato il proprio personale preposto all’espletamento delle attività amministrative, l’affermazione del Consiglio di Stato: “ (...) va ribadito che, la *caratterizzazione multidisciplinare* dell’algoritmo (costruzione che certo non richiede solo competenze giuridiche, ma tecniche, informatiche, statistiche, amministrative) non esime dalla necessità che la *formula tecnica*, che di fatto rappresenta l’algoritmo, sia corredata da spiegazioni che la traducano nella *regola giuridica* ad essa sottesa e che la rendano leggibile e comprensibile. Con le già individuate conseguenze in termini di conoscenza e di sindacabilità”.

¹⁷ Vedi Trib. Nocera Inferiore, 19 novembre 2019, n. 1300, in cui la conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore soddisfatto, deve essere “effettiva e non meramente potenziale”, “La prova della conoscenza dello stato di decozione della società, dunque, deve essere fornita mediante presunzioni da cui inferire lo stato psicologico con cui ha operato l’*accipiens* del caso concreto, non essendo peraltro sufficiente una valutazione astratta di conoscibilità da parte dell’uomo medio”; Trib. Milano, 18 luglio 2019, n. 7276, tutte in *DeJure*.

affrontata con arbitrarietà giudiziaria: a ipotesi in cui “la conoscibilità deve essere valutata in concreto”¹⁸, si alternano casi in cui l’opponibilità ai terzi di diritti reali fa esplicito e esclusivo riferimento alla conoscibilità legale, desumibile dalla nota di trascrizione, insostituibile e non integrabile da “una conoscenza effettiva o soggettiva desumibile *aliunde*”¹⁹; ovvero casi in tema di contestazioni disciplinari da parte del datore di lavoro che “ai fini della legittimità del licenziamento intimato al lavoratore, per la valutazione della tempestività, assume rilevanza il lasso temporale decorrente dall’avvenuta conoscenza dei fatti da parte del datore di lavoro e non dall’astratta conoscibilità degli stessi”²⁰.

In sede amministrativa, di recente, il Consiglio di Stato²¹ ha convenuto che in tema di pubblicazione telematica degli atti, in cui la tecnologia viene utilizzata per fornire il servizio di pubblicità e di notifica, le norme di riferimento devono essere “applicate con particolare cautela e, quindi, sottostare ad un canone di interpretazione restrittiva, in particolare modo nel momento in cui si tratta di determinare (in via interpretativa) gli effetti di conoscenza legale associabili o meno a siffatta tipologia di esternazione comunicativa”. La cautela richiesta si giustifica fra le plurime considerazioni sia per “... una diversa propensione al mezzo telematico che si riscontra nei differenti ambiti del diritto pubblico, anche in ragione dell’eterogeneo grado di specializzazione professionale dei soggetti che vi operano e agiscono”, che per la “notevole rilevanza degli interessi implicati nella materia in esame” (l’incidenza della conoscenza legale dell’atto ai fini della decorrenza del termine d’impugnazione).

In sostanza è plausibile dedurre che la scarsa dimestichezza con il mezzo informatico da parte del personale pubblico impiegato e la rilevanza degli interessi collettivi coinvolti, impongano l’utilizzo della tecnologia e dell’informatica attraverso canoni e norme da interpretarsi in modo restrittivo e cauto al fine di non negare la tutela ai diritti fondamentali degli individui.

Da tale argomentazione ci è consentito desumere che la semplice “conoscibilità” di un atto che riguardi diritti fondamentali per l’individuo rappresenti una garanzia scarsa, inefficace e soprattutto insufficiente a raggiungere un livello accettabile di tutela reale²².

¹⁸ Cass., 26 giugno 2018, n. 16795, per il caso della conoscibilità di un vincolo urbanistico presente soltanto in una nota delle norme tecniche di attuazione del PRG.

¹⁹ Sulla conoscibilità legale v. Cass., 25 giugno 2019, n. 17026.

²⁰ Cfr. Cass., 26 marzo 2018, n. 7424.

²¹ Cfr. Cons. Stato, 7 gennaio 2020, n. 124. Sul tema A. G. OROFINO, *Sulla pubblicazione telematica dei provvedimenti di ammissione delle imprese concorrenti*, in *Diritto di internet*, 2019, 402.

²² Cfr. F. COSTANTINI, *Profilazione e “automated decision making” in ambito lavorativo nella giurisprudenza italiana*, in *Lav. giur.*, 2019, 984 s., in cui l’A. sottolinea

In conclusione la semplice “conoscibilità” dell’algoritmo non è sufficiente a garantire la trasparenza della procedura, come richiesta sia dalla Costituzione (art. 97) che dal Regolamento GDPR; anche volendo enfatizzare il passaggio argomentativo del pieno completamento della “conoscibilità” con la “comprensibilità”, identificabile in quella necessità di “ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata” di cui al GDPR²³, la stessa non è risolutiva per le reali ampie lacune cognitive della popolazione e per la oggettiva complessità del ragionamento algoritmico.

La criticità aumenta in considerazione della “bilateralità della conoscibilità”, un aspetto che appare cruciale; è determinante che ciascuno dei soggetti coinvolti, sia la PA che i singoli/privati coinvolti dalla procedura, siano in grado di conoscere il meccanismo di operatività dell’algoritmo, anche se per motivazioni diverse fra loro: per la PA è necessario comprendere se quell’algoritmo consenta di centrare, legittimamente con equità, gli obiettivi che ci si proponeva di raggiungere con la procedura amministrativa avviata; per il singolo cittadino è utile sapere come sia stata processata la scelta amministrativa, per poter escludere di essere stati vittime di ingiuste incongruenze con conseguenziali lesioni di diritti fondamentali.

4. – Senza tralasciare che esiste una normativa che tutela la riservatezza e il segreto industriale delle aziende produttrici di *software* applicativo, tale per cui obbligare a esplicitare in ogni aspetto il *know-how* della realizzazione degli algoritmi, potrebbe rappresentare un ulteriore ostacolo, e non solo per la rapidità ed economicità che si assumono essere movente primario della rivoluzione informatica della PA.

La ricerca di un punto di equilibrio fra le esigenze di riservatezza, legate al prodotto industriale e commerciale realizzato per far fronte alle necessità della PA (con le debite distinzioni fra la PA committente di un prodotto suo o utilizzatrice in licenza d’uso) per esperire una certa procedura amministrativa di selezione del personale o altro tipo di scelta, e la trasparenza necessaria sia alla conoscibilità/comprensibilità dei criteri di

che: “il principio di rilievo internazionale relativo alla conoscibilità della decisione amministrativa si compendia con quello della sua comprensibilità, che è ovvia nel caso in cui è un essere umano a decidere e il provvedimento è incorporato nel testo scritto in un linguaggio naturale, molto meno quando a produrlo è un agente artificiale ed esso consta nella traduzione del risultato di un algoritmo. Il fatto è che la necessaria conoscibilità del codice sorgente dell’algoritmo non riguarda solo il rispetto del principio di trasparenza nell’azione amministrativa, ma anche nel trattamento dei dati personali”.

²³ Anche su questo punto si veda l’interessante saggio di A. SIMONCINI, *op. cit.*, 78–79.

selezione che all'esercizio del diritto di difesa di ciascun soggetto, non è operazione facilmente liquidabile.

La recente normativa relativa al libero diritto di accesso ai documenti amministrativi (FOIA – *freedom of information act*), con le relative eccezioni assolute e relative²⁴, rivela la tendenza del legislatore a reputare “la conoscibilità diffusa dei dati e dei documenti amministrativi di pari dignità giuridica rispetto alla tutela degli interessi pubblici e privati qualificati. Tale caratteristica ha l'effetto di spostare in capo all'amministrazione la valutazione finale utilizzando la tecnica del bilanciamento”; un'operazione interpretativa, quella di bilanciamento, tutt'altro che semplice e rapida. Essa inizia con il “c.d. test del danno (*harm test*), ovvero accertare se la diffusione dei documenti oggetto dell'istanza possa arrecare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi protetti” da operarsi attraverso le Linee guida n. 1309/2016 elaborate da ANAC, che hanno suggerito alcuni criteri²⁵.

Senza una guida da parte degli operatori del diritto con un'interpretazione unanime e condivisa, anche in costanza del sistema FOIA, a cui il nostro ordinamento ha scelto di aderire con il riconoscimento del diritto di accesso generalizzato come una libertà fondamentale e non come un diritto strumentale alla tutela di qualche determinato interesse da indicare da parte del richiedente, è complesso contemperare la trasparenza degli atti con l'operatività dei limiti indicati dalla legge (art. 5-*bis*, comma 2, d. lgs. 97/2016)²⁶, fra i quali compaiono “gli interessi economici e

²⁴ La normativa di riferimento è il d.lgs. n.33/2013, e successive modifiche, negli artt. 5 e 5 *bis*.

²⁵ Cfr. M. FILICE, *I limiti all'accesso civico generalizzato: tecniche e problemi applicativi*, in *Diritto amm.*, 2019, 861, in cui si precisa che: “Anzitutto, l'amministrazione deve operare una identificazione del pregiudizio, ovvero individuare e qualificare il danno specifico che il rilascio causerebbe all'interesse protetto dall'eccezione. Tale verifica deve essere effettuata in relazione al momento e al contesto in cui l'informazione viene rilasciata, non in termini assoluti e atemporalmente. In secondo luogo, l'amministrazione deve valutare la probabilità che il danno si verifichi in base alle circostanze concrete e con modalità convincenti. In altri termini, per applicare un'eccezione relativa, il rischio di un detrimento deve essere più che una possibilità astratta, dovendo trattarsi di un pregiudizio prevedibile e non meramente ipotetico. L'amministrazione, infine, deve dimostrare che esiste una relazione causale diretta tra la divulgazione e il danno che deriverebbe per l'interesse protetto”; F. MANGANARO, *Evoluzione ed involuzione delle discipline normative sull'accesso a dati, informazioni ed atti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2019, 743.

²⁶ I limiti individuati dalla norma citata nel testo a tutela degli interessi privati sono i seguenti: “2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:

a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;

b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;

commerciali di una persona fisica o giuridica" (lett. c); tali evidentemente potrebbero facilmente essere considerati gli interessi delle società che elaborano gli algoritmi.

Il rapporto fra trasparenza e riservatezza resta ambiguo anche alla luce di talune decisioni in sede comunitaria²⁷ che, nell'ambito delle gare pubbliche, hanno fatto prevalere le esigenze di riservatezza dei partecipanti, con la previsione di un vero e proprio divieto di divulgazione di elementi che rappresentano segreti tecnici o commerciali e consentendo, al termine di gare basate sulla convenienza economica, l'inopponibilità della riservatezza per i soli dati economici che non siano inestricabilmente avvinti a quelli tecnici coperti dal segreto industriale²⁸.

In considerazione di questa impostazione permane il dilemma relativo alla prevalenza del diritto alla divulgazione o al segreto del codice sorgente e ogni elemento collegato alla realizzazione di un algoritmo, nell'ambito del contenuto tecnico scientifico che ne rappresenta il *know-how*.

5. – La seconda condizione giurisprudenziale imposta riguarda "l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo".

Ancora una volta ci si scontra sulla possibilità reale e concreta di verificare logicità e correttezza degli esiti da parte del titolare del potere autoritativo, quale soggetto individuato dalla legge.

Al fine di effettuare questa operazione di verifica, necessariamente bilaterale poiché riconoscibile anche al cittadino il cui destino appare segnato da quell'esito procedurale, è necessario poter conoscere la logica con la quale l'algoritmo ha operato, quindi il suo modo di rielaborazione dei dati inseriti.

Alle perplessità già descritte in precedenza sulla possibilità di realizzare una tale verifica e della reale possibilità di individuare una logica "umanamente comprensibile", si aggiungono quelle conseguenti alla

c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali".

²⁷ Il riferimento è nell'interessante articolo di E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir. inform.*, 2019, 979 s., in cui si precisa che: "nei casi di appalti i Trattati UE prevedono accanto al diritto alla trasparenza, norme a tutela di segreti tecnici e commerciali e, dunque, in nessun caso è previsto un diritto integrale di accesso all'offerta presentata dal concorrente, essendo il diritto alla trasparenza soddisfatto da una chiara informativa contenente caratteristiche e vantaggi dell'offerta dei concorrenti, senza così pregiudicarne i segreti commerciali" e in nota 11.

²⁸ Per un caso simile v. TAR Palermo, 10 settembre 2018, n. 1916, in *Foro amm.* 2018, 1553; TAR Milano, 20 aprile 2015, n. 963.

applicazione della normativa introdotta dal Regolamento europeo sul trattamento dei dati personali (2016/679) che “integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l’intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l’individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell’utilizzo degli algoritmi”²⁹.

In sostanza consapevoli che sia assolutamente inopportuno affidarsi ciecamente ad un algoritmo senza conoscerne tutti i meccanismi di operatività *ex ante* e *ex post*, che consentano una verifica dei risultati raggiunti, consideriamo tale verifica, allo stato, irrealizzabile.

Per quanto riguarda “la verifica a valle, in termini di logicità e correttezza degli esiti” il Regolamento GDPR prevede un’informativa preventiva (artt. 13–14)³⁰, un diritto di accesso (art. 15) e un diritto a non essere sottoposto a decisioni interamente automatizzate (art. 22)³¹.

Sotto questo profilo urge sottolineare innanzitutto che l’utilizzo di clausole generali come l’espressione “informazioni significative sulla logica utilizzata” non consente di raggiungere il livello di trasparenza necessario alla comprensione dello strumento tecnologico.

In realtà la verifica della legittimità della scelta passa dalla comprensione e intellegibilità della logica alla base dell’algoritmo; per alcuni si potrebbe raggiungere obbligando la PA ad adoperare soltanto strumenti *open source* in modo da garantire che, in caso di accesso agli atti per tutelare i diritti fondamentali dell’individuo, le informazioni possano essere adeguate³².

²⁹ Così testualmente Cons. Stato, 8474/19, *cit.*

³⁰ L’art. 13, comma 1, lett. f stabilisce che in caso di informazioni circa dati ottenuti dall’interessato il titolare del trattamento deve fornire all’interessato informazioni circa: “l’esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all’articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato”; stessa espressione viene utilizzata nell’art. 14 allorché i dati siano acquisiti non dall’interessato (lett. g) e nell’art. 15 (lett. h): “h) l’esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all’articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato” per il diritto di accesso.

³¹ Articolo 22 Processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche, compresa la profilazione (C71, C72)

1. L’interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona.

³² Sul punto concorda anche F. COSTANTINI, *op. cit.*, 989, in cui afferma: “si può sostenere che agli effetti del GDPR nel caso di semplice profilazione è sufficiente informare l’interessato sulla *logica complessiva* applicata (artt. 13, 14 e 15 GDPR), mentre nel caso di decisione unicamente automatizzata occorre che ci sia un livello maggiore di garanzia, ottenuta o con il ricorso all’intervento umano (nelle ipotesi di cui all’art. 22, lett. a e c, GDPR) o mediante l’autorizzazione normativa e la congiunta

Nonostante parte della dottrina³³ consideri l'espressione normativa delle "informazioni significative" come un requisito ulteriore e più pregnante rispetto alla mera trasparenza "introducendo uno standard di intellegibilità che implica non soltanto informazioni dettagliate ed esaustive (i.e. trasparenti), ma anche e soprattutto comprensibili e significative (*rectius* utili) per lo specifico soggetto interessato"³⁴, non sfugge che l'espressione "informazioni significative" è generica e fa pensare a quelle clausole "incentrate sulla indeterminatezza del testo della norma, non priva di significative conseguenze sul piano della interpretazione ed applicazione della stessa"³⁵, poiché demandano alla PA, o al giudice ed alla sua sensibilità in caso di contenzioso, la determinazione dei contenuti.

Si potrebbe immaginare che essa si riferisca a informazioni "comprensibili dal soggetto di media diligenza", intellegibili con nozioni tecniche diffuse nella popolazione che viene coinvolta da quelle procedure, che deve essere in grado di comprendere per poter esercitare il proprio diritto di autodeterminazione e difesa, possibile solo conoscendo quali possibili effetti potranno derivare nella propria sfera giuridica personale; ma l'interpretazione necessaria per attribuire significato alle previsioni mantiene margini di arbitrio troppo ampi.

previsione di *misure adeguate* (nel caso dell'art. 22, par. 2, lett. b, GDPR). In questo senso si potrebbe ritenere che l'effetto della *comprensibilità* della decisione amministrativa è ottenibile solo mettendo a disposizione del pubblico il *codice sorgente* dell'algoritmo. Ciò porta a concludere che l'implementazione di una decisione unicamente automatizzata sarebbe legittima ai sensi del GDPR qualora la norma che la autorizza preveda anche il rilascio in modalità open source del codice sorgente del sottostante algoritmo"; per la promozione dell'utilizzo di *software "open source"* in ambito istituzionale e un inquadramento cfr. di recente F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 146–162. *Contra* C. TABARRINI, *op. cit.*, 565–566, in cui si afferma: "A prescindere dall'ovvia violazione del diritto d'autore che tale soluzione imporrebbe è abbastanza evidente che avere accesso al codice sorgente utilizzato dal titolare del trattamento per arrivare alla specifica decisione difficilmente aiuta i soggetti interessati ad esercitare il proprio diritto di contestare la decisione".

³³ Vedi C. TABARRINI, *op. cit.*, 561, pur ritenendo felice l'introduzione del requisito della significatività delle informazioni offerte agli interessati quale traduzione in termini legislativi più espliciti del principio di trasparenza, successivamente conclude che persistano due principali ostacoli normativi che compromettono l'efficacia dei diritti di trasparenza: gli artt. 13–14–15 GDPR che non garantiscono una spiegazione individualizzata *ex ante*, e i metodi di spiegazione ad oggi disponibili e rispettosi del segreto industriale.

³⁴ G. MALGERI – G. COMANDÈ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 243–248.

³⁵ Cfr. E. FABIANI, voce *Clausola generale (Annali V)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2012, §4 e ampia bibliografia sul tema. In generale v. G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, 1191; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345.

Questa incertezza potrebbe altresì essere fonte di discriminazioni tanto più nel contesto rappresentato, in cui cioè si auspica e si consente l'utilizzo dell'algoritmo non solo nell'attività amministrativa vincolata, ma anche in quella discrezionale, per la quale evidentemente non si sarebbe neppure in grado di inserire dati e sviluppare logiche uniformi, eque e razionali, poiché gli *input* determinanti per gli *output* potrebbero cambiare da ufficio a ufficio, da ente a ente, da soggetto a soggetto con risultati devastanti rispetto alla credibilità del sistema e quindi all'accettabilità degli esiti.

Neppure il diritto all'accesso generalizzato potrebbe rappresentare l'ancora di salvezza al fine di ritrovare un livello minimo adeguato di trasparenza, conoscibilità e comprensibilità degli algoritmi, poiché esso vale soltanto per i documenti amministrativi ai sensi della legge n. 241 del 1990, ovvero per un atto amministrativo informatico (*ex art. 22, lett. d, l. 241/90*), e tale caratteristica non appare ancora, allo stato, un risultato consolidato per il codice sorgente, per il quale potrebbe talvolta valere anche la normativa a tutela delle opere dell'ingegno dal momento che non sempre gli algoritmi sono prodotti di proprietà della PA committente, che non ha risorse umane interne per sviluppare tali tecnologie e spesso utilizza lo strumento tecnico in licenza d'uso.

Inoltre se anche si dovesse giudicare in modo positivo sia l'avvento della nuova regolamentazione della *privacy* nell'era digitalizzata, che il riferimento alla logica utilizzata e alle conseguenze previste del trattamento, si tratta sempre di un controllo *ex ante*, parzialmente limitato nel tempo (*ex artt. 13-14*), cui non può essere richiesto di spiegare ogni effetto che dal processo automatizzato possa derivare in realtà; sarebbe come pensare che la previsione di una norma, che è sempre astratta e generale, possa dare spiegazioni dell'esito concreto che ha sortito nel caso specifico³⁶.

In altri termini prevedere un testo normativo che sia applicabile a situazioni ivi descritte e ne regoli il decorso, non significa regolare tutte le fattispecie che in concreto e nella realtà possono verificarsi e per le quali la valutazione singola prevede una riflessione di solito affidata all'operatore umano e preclusa all'attività automatizzata.

Si potrebbe allora pensare che a questi casi specifici si possa dare risposta con la garanzia di un *right to explanation ex post* che in tal senso

³⁶ C. TABARRINI, *op. cit.*, 563, in cui si sostiene, richiamando la dottrina maggioritaria, che: "...gli articoli 13 e 14 GDPR, prevedendo esclusivamente un dovere di notificazione *ex ante* in capo ai responsabili del trattamento, non potrebbero dettare che un mero diritto ad essere informati sul generale e astratto funzionamento del processo decisionale automatizzato. In virtù di questa interpretazione, quindi, i soggetti interessati non potrebbero vedersi riconosciuto un diritto ad una spiegazione individualizzata *ex ante* del significato e delle conseguenze previste per il trattamento".

potrebbe essere evocato al fine di spiegare ciò che la norma/algoritmo ha previsto in astratto e generale applicato al caso di specie, diritto però che, secondo la dottrina più condivisibile, ancora non è riconosciuto dalla attuale normativa³⁷.

6. – L'utilizzo degli strumenti informatici nelle decisioni aventi rilevanza giuridica fa riferimento a tre principi che emergono sia dalla recente giurisprudenza nazionale, che dal diritto sovranazionale: il principio di conoscibilità di cui abbiamo già trattato, il principio di non esclusività algoritmica e da ultimo il principio di non discriminazione algoritmica.

Per quanto riguarda il principio di non esclusività algoritmica, esso comporta che in una procedura totalmente automatizzata, che incida significativamente su diritti fondamentali di un individuo, questi abbia il diritto a pretendere che vi sia un intervento umano "capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica".

Oltre a quanto già analizzato in precedenza, sotto questo profilo a noi pare ovvio che un intervento umano nel senso sopra descritto, sia auspicabile, se non addirittura necessario, ma possa essere messo in campo da uno o più soggetti che conoscano profondamente e pienamente gli *input*, la logica applicata, gli obiettivi da raggiungere, ogni diritto fondamentale proprio di ogni individuo coinvolto nella procedura automatizzata e gli *output*³⁸.

In tal senso, dal momento che tali conoscenze, corredate da specifiche competenze, non risultano di semplice reperibilità si dovrebbe immaginare debba esistere, in ogni procedura automatizzata, l'indicazione di un soggetto già individuato a priori, prima dello svolgimento del procedimento, che abbia le caratteristiche, le competenze e il potere di verifica, validazione, controllo, modifica o integrazione e interazione con la macchina, di non facile reperimento.

Questo limite è stato ampiamente criticato sia per le numerose eccezioni che rendono difficile individuare i casi in cui applicare la normativa, sia per

³⁷ Cfr. A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. inform.*, 2018, 799 con ulteriori riferimenti bibliografici in nota 30; di contrario avviso C. TABARRINI, *op. cit.*, 559.

³⁸ Di questa opinione anche A. SIMONCINI, *op. cit.*, 83, in cui: "Nei casi in cui il soggetto sia costretto a subire una decisione algoritmica senza intervento umano, il titolare dei dati deve comunque attuare misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato (...).

È evidente che *misure appropriate per tutelare i diritti e le libertà* è espressione vaga, così come il diritto ad ottenere *un intervento umano* (...).

In realtà il diritto di esprimere la propria opinione ovvero di contestare la decisione presuppone quello di aver compreso la logica della decisione e, dunque, non posso che richiamare tutte le considerazioni che abbiamo svolto sul principio di conoscibilità – comprensibilità".

la scarsa efficacia dello stesso rispetto alla travolgente forza pratica dell'algoritmo, che potremmo quasi chiamare una seduzione, che si manifesta sotto due profili: da un lato quello dell'aiuto fornito al decisore non più gravato dall'onere dell'analisi e della motivazione, dall'altro quello della apparente veste "scientifica" che la decisione assume.

Pertanto l'attrazione fatale dell'algoritmo e della procedura automatizzata risulta evidente e tale da rendere la prova del danno subito da parte dell'interessato una sorta di *probatio diabolica*³⁹ svilendo, così, nella sua portata anche il secondo contenimento all'inarrestabile strapotere della tecnologia.

7. – Resta da analizzare il terzo e ultimo principio, quello della non discriminazione di un algoritmo che pur si presenti come conoscibile e comprensibile e non costituente l'unica motivazione della decisione.

Il solo richiamo nel "Considerando 71" della disciplina del GDPR, senza la ripetizione nel testo dell'articolo delle norme, crea il sospetto in parte della dottrina che si tratti di una lacuna⁴⁰.

In sostanza il titolare del trattamento deve poter mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate, al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori al fine di garantire la sicurezza dei dati personali e non si verifichino discriminazioni di sesso, di razza, di religioni o opinioni politiche che la nostra stessa Costituzione, all'art. 3, vieta e sanziona.

La criticità che si può manifestare riguarda la procedura di "rettifica" che da sempre, nel sistema giuridico, rappresenta un modo per correggere a posteriori un errore materiale, a condizione che si possa effettuare senza ricorrere ad elementi esterni ed estranei alla procedura, che altrimenti verrebbe alterata e sfalsata rispetto alla sua esecuzione, e con la possibilità di poter arrivare ad una ragionevole certezza di risultato⁴¹.

Resta poi il dubbio fondato che la procedura della rettifica non sia quella più idonea a ristabilire equilibrio ed equità di risultati; come già affermato in giurisprudenza "L'errore materiale nella redazione di un provvedimento amministrativo si ravvisa quando il pensiero del decisore sia stato tradito ed alterato al momento della sua traduzione in forma scritta, a causa di un fattore deviante che abbia operato esclusivamente nella fase della sua esternazione, sempreché tale divario emerga direttamente

³⁹ Le argute argomentazioni sono tratte da A. SIMONCINI, *op. cit.*, 81.

⁴⁰ Ancora A. SIMONCINI, *op. cit.*, 84-86.

⁴¹ Cfr. TAR Catanzaro, 1 ottobre 2019, n. 1636, in *Foro Amm.*, 2019, 1751.

dall'esame del contesto stesso in cui l'errore si trova"⁴². Ora nell'ambito della procedura algoritmica l'errore, che determini una lesione nei diritti dei soggetti coinvolti (si pensi ad esempio alla fattispecie più recente dei docenti collocati in sedi disagiate), non deriva da una erronea manifestazione della decisione amministrativa presa a mezzo algoritmi, bensì dalla mancata corrispondenza fra l'obiettivo della procedura ispirato ai principi legali e costituzionali che devono guidare le scelte amministrative e il risultato distorto raggiunto attraverso l'uso degli algoritmi.

Infine, se anche si ritenesse che il riferimento non dovesse essere ad una "rettifica" in senso tecnico bensì ad una revisione della decisione già assunta ed effettiva, allora se concessa, verrebbe meno il vantaggio della rapidità del procedimento e il sollevamento della PA dall'onere argomentativo e motivazionale che rappresentano i principali vantaggi di una procedura algoritmica; se al contrario la revisione avvenisse solo per il futuro, allora resterebbe un *vulnus* evidente rispetto a quanto deciso con la procedura algoritmica, nonché la lesione dei diritti dei soggetti interessati.

8. – Dal momento che l'inserimento dell'algoritmo nella sequenza della procedura amministrativa è considerato, da autorevole dottrina, rilevante in quanto all'interno di una "concatenazione di atti" e non come un semplice prodotto della macchina⁴³, questo atteggiamento produce riflessi anche in tema di responsabilità, poiché in tal senso si ritiene che la scelta di introdurre la procedura informatica, che determina l'atto informatico, ricade sul soggetto che ha esercitato il potere di autoorganizzazione spettante al proprio ruolo nella gerarchia amministrativa e come tale egli appare il responsabile dell'evento dannoso prodotto dall'algoritmo⁴⁴ secondo un'evidente finzione legale.

⁴² Cfr. TAR Bologna, 14 giugno 2017, n. 446, in *Foro amm.*, 2017, 1365, in cui "in proposito, l'errore materiale è emendabile attraverso un'integrazione della motivazione del verbale della commissione già espresso, in applicazione delle norme generali contenute negli artt. 287 c.p.c. e 86 c.p.a., secondo cui la correzione può riguardare omissioni, oltre che errori materiali o di calcolo; non si è, invece, in presenza di errore materiale quando la relativa correzione implica nuove operazioni che esulano dal campo della mera rettifica, come nel caso di modifica in senso peggiorativo della motivazione degli atti a suo tempo compilati, con l'intento di giustificare in via postuma l'operato".

⁴³ Si veda L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 2018, 1600 ss. con ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴⁴ Cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, 86 ss., in cui l'A. ritiene applicabile l'antico brocardo "causa causae est causa causati" e afferma che: "l'attribuzione di suità si fonda su un atto di volontà dell'autorità che ha programmato o fatto programmare il proprio computer in maniera tale da consentire la formazione di determinati atti e delle volontà in essa dichiarate".

In sostanza sarebbe sufficiente decidere di utilizzare un algoritmo per essere ritenuti responsabili di tutte le conseguenze dannose dallo stesso derivanti, indipendentemente dalla conoscenza e/o conoscibilità dello strumento propria di chi lo ha ideato o di chi ne abbia consentito l'uso predisponendo la macchina– hardware ad attivare l'algoritmo.

Tale prospettazione non pare risolutiva né del problema dell'imputazione⁴⁵, né di quello collegato della responsabilità del danno da algoritmo.

Il problema dell'imputazione si risolve attraverso i criteri che la legge indica come il dolo e la colpa, considerando che in linea generale ci si trova innanzi a fattispecie di responsabilità extracontrattuale; in tal senso essi rendono assai complicato il quadro di riferimento. I soggetti coinvolti nell'ambito di una procedura amministrativa informatica sono numerosi: dai tecnici–programmatori del *software*, ai titolari di banche dati che forniscono le informazioni necessarie, ai diversi funzionari che possono avere un ruolo nell'ambito della procedura, senza nascondersi le ipotesi di un possibile errore imputabile alla macchina⁴⁶.

A rendere più complesso il quadro vi è anche la considerazione che l'algoritmo, elemento della categoria più ampia dell'Intelligenza Artificiale, non è certo, almeno per il momento, in grado di diventare un centro decisionale "autonomo"⁴⁷, mentre il funzionario pubblico tende a rigettare qualsiasi responsabilità poiché non ha il pieno ed esclusivo controllo nella concatenazione di azioni che porta all'utilizzo dell'algoritmo stesso.

Alla questione dell'imputabilità di non semplice soluzione si deve aggiungere un ulteriore passaggio per risolvere il problema della responsabilità attraverso la valorizzazione dei modelli di responsabilità

⁴⁵ In questo senso L. VIOLA, *op. cit.*, 1604.

⁴⁶ Cfr. M. D'ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell'amministrazione "invisibile" nell'età della tecnificazione dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI – L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, IV, Firenze, 2016, 169 ss.

⁴⁷ Interessante E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1761 s., in particolare 1763, in cui l'A. ritiene che il sostantivo Intelligenza sia di difficile decifrazione e abbia conseguenze giuridiche importanti, poiché se da un lato il termine Intelligenza faccia riferimento ad un' "abilità logico–matematica", "Non vi è dubbio che attraverso lo sviluppo dei sensori tattili, il riconoscimento vocale, la visione artificiale ed altre applicazioni, sarà possibile ipotizzare un artefatto munito anche di altre forme di succedanei della intelligenza umana: ma tutto ciò oltre ad essere prematuro riveste almeno per il momento scarsa attenzione per il mondo giuridico che è abituato ad essere governato da leggi essenzialmente logiche". Di questa opinione anche M. COSTANZA, *L'intelligenza Artificiale e gli stilemi della responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2019, 1687, in cui se taluni percorsi cognitivi della intelligenza umana non sono ancora noti, risulta "inattuale una loro trasposizione nell'IA, la quale parrebbe poter sapere solo ciò che gli è permesso di sapere attraverso la traduzione di sistemi di elaborazione nati nel suo linguaggio recettivo".

civile esistenti, che pone l'alternativa se ritenere la macchina responsabile, dovendo in tal caso ritenere l'organo automatizzato avente lo status di "persona" ai fini della responsabilità civile, ovvero addossare al funzionario, dal quale dipende l'unità organizzativa, la responsabilità secondo lo schema della responsabilità oggettiva⁴⁸.

La prima opzione potrebbe comportare la suggestione di una "responsabilità diretta dell'automa" in forza del cd. rapporto di immedesimazione organica; alla complessità di dover considerare l'IA capace di compiere scelte a prescindere dal suo creatore perché allenata per la acquisizione di nuove esperienze⁴⁹, spingendo su un inesistente processo di antropomorfizzazione della macchina, si aggiungerebbe la questione, non secondaria, del patrimonio da aggredire ai fini del risarcimento del danno, che sarebbe quello della collettività alimentato dalla fiscalità generale, con il rischio di creare ulteriori disequilibri nel bilancio statale.

Pur non potendo ignorare le riflessioni di chi considera l'Intelligenza Artificiale cd. *self-learning*, cioè quell'algoritmo o formula logico-matematica, che consente alla macchina di evolversi rispetto alle situazioni cui viene posta di fronte⁵⁰, non si può neppure negare che l'algoritmo non è una persona, non è un centro d'imputazione d'interessi, non ha un proprio patrimonio separato; pertanto si pone un'alternativa: la responsabilità nei confronti dei terzi di un danno prodotto dall'algoritmo, va imputata o all'ideatore di quel "bene immateriale", che esiste in via autonoma rispetto al *software* che gli dà una "casa" dove stare, oppure bisognerà responsabilizzare l'utilizzatore finale dell'algoritmo, chi lo allena e impiega nel concreto.

La dottrina più attenta alla questione stabilisce un intreccio imprescindibile per la soluzione del citato dilemma con lo scioglimento e la presa di posizione circa la necessità di nuove norme o la possibilità dell'esistente corpo normativo, adeguatamente interpretato, di risolvere le questioni poste dall'algoritmo.

In altri termini per trovare il "responsabile" è necessario prima stabilire se per regolare il nuovo mondo tecnologicamente modificato sia necessario un nuovo slot di regole (una *lex robotica*), ovvero siano applicabili, con le

⁴⁸ Vedi E. PICOZZA, *op. cit.*, 1765 con ampia bibliografia nelle note 39 e 40.

⁴⁹ Riferisce M. COSTANZA, *op. cit.*, 1687, di tale bizzarra soluzione proposta da A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Milano, 2011, 248, che parla di "responsabilità per difetto di sorveglianza".

⁵⁰ Testualmente U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo*, in *Giur. it.*, 2019, 1692, in cui: "Sotto questo profilo l'algoritmo, nell'attribuire a tale prodotto la capacità di automodificarsi con l'esperienza, gli conferisce un soffio di vita pulsante, una sorta di *anima*, forgiandone o alterandone la *mentalité* ed il ruolo (con)causale nei suoi *atti* e comportamenti futuri".

dovute mediazioni e interpretazioni, le norme del sistema giuridico attualmente in vigore.

I sistemi codicistici di stampo romanistico hanno dimostrato di essere capaci di stare al passo con le rivoluzioni sociali, economiche e industriali che si sono succedute nei territori in cui erano in vigore, così che non pare necessaria una nuova *lex robotica*, ma un'adeguata attività di mediazione e interpretazione giuridica della disciplina esistente; una condivisibile proposta appare quella di ritenere applicabile cumulativamente la normativa della responsabilità da prodotto difettoso e quella delle regole di responsabilità aquiliana, dal modello più generale *ex art. 2043 c.c.* a quello da attività pericolosa *ex art. 2050 c.c.*⁵¹ e da cosa in custodia *ex art. 2051 c.c.*

Escludere la necessità di normare con regole speciali il nuovo mondo dell'IA ripiana una serie di potenziali criticità: innanzitutto la tempistica italiana nel legiferare si rivelerebbe così lunga da esporre il Paese al rischio di giungere ad un risultato concreto e definitivo in un ritardo tale da mostrare tutta la sua inefficienza e inefficacia in un settore in costante e rapidissima evoluzione; la rapidità di evoluzione di questo mondo tecnologico potrebbe poi rendere vano ogni sforzo del legislatore, poiché è chiaro a tutti come, ad oggi, non si è ancora arrivati al top dello sviluppo tecnologico possibile; da ultimo l'esperienza insegna che da sempre il mondo del diritto vive di interpretazioni, anche giurisprudenziali, che hanno come compito primario quello di omologare l'applicazione di norme astratte e plurali ai casi specifici che la realtà propone, in modo da garantire che situazioni analoghe siano disciplinate uniformemente e che la medesima logica indirizzatrice dei giudizi venga applicata e replicata al fine di non generare ingiustizie. Tanto più che la digitalizzazione non riflette nuovi valori, tali da imporre nuovi principi, ma fornisce soltanto nuovi strumenti per espletare semplici e routinarie attività, così che necessita che i principi di giustizia ed equità, ispiratori del nostro ordinamento, siano applicati alle nuove situazioni emergenti dall'utilizzo della tecnologia nella quotidianità.

Pertanto, la dottrina che ritiene opportuno che la responsabilità vada incardinata in uno o più modelli già presenti nel nostro ordinamento, ha immaginato collegamenti stretti con la responsabilità da prodotto difettoso, con l'art. 2050 c.c. sulla responsabilità da esercizio di attività pericolosa, con gli artt. 2051 – 2052 c.c. sulla responsabilità da cosa in custodia (inanimata) o da animale, con l'art. 2049 c.c. sulla responsabilità dell'imprenditore.

⁵¹ Interessante l'ampio ragionamento di U. RUFFOLO, *op. cit.*, 1694–1695, in cui l'A. afferma, con cognizione di causa, la cumulabilità delle discipline di cui al testo, che certo si fondano su elementi diversi, da un lato la difettosità del prodotto e dall'altro la pericolosità dello stesso, tale per cui l'una non esclude l'altra.

La soluzione maggiormente condivisibile pare a noi quella che esula dall'inquadramento in un singolo modello, ma incardina la responsabilità da algoritmo in una responsabilità da prodotto difettoso in combinato disposto con la responsabilità da attività pericolosa, in cui l'abbassamento dell'asticella giurisprudenziale della "pericolosità"⁵² e il contestuale superamento dell'esclusione del rischio da sviluppo (limite alla risarcibilità del danno da prodotto difettoso), e con la responsabilità da cosa in custodia (art. 2051 c.c.)⁵³ idonea a individuare il responsabile in chi "addestra" un'entità artificiale intelligente e la allena a rispondere alle diverse realtà ed esperienze che ne determinano il cambio di mentalità.

In un simile contesto l'ideatore dell'algoritmo che ha creato lo strumento – il produttore, il tecnico informatico che abbia predisposto la macchina a dare casa all'algoritmo – appronta strumenti potenzialmente pericolosi, e il funzionario che si avvantaggia dell'utilizzo dello strumento, lavorando meno e producendo di più – il custode e utilizzatore dello strumento potenzialmente pericoloso, potranno essere responsabili in solido del danno cagionato al terzo leso nell'esercizio del proprio diritto⁵⁴.

In questo senso all'alternativa fra responsabilità dell'ideatore/creatore dell'algoritmo o del suo utilizzatore, si risponde in modo salomonico, senza una netta scelta di campo, poiché, se da un lato la responsabilità dell'ideatore dell'algoritmo può ricalcare la falsariga della responsabilità ascrivibile al produttore che lo ha creato difettoso se lo stesso ha cagionato danni a terzi; dall'altro lato, i modelli di responsabilità per danno da cosa (inanimata) in custodia, (escluderei la responsabilità da cosa animata almeno per lo sviluppo attuale dell'IA), con la sola prova liberatoria del caso fortuito e da attività pericolosa, più vicina alla tecnologia e quindi con una prova

⁵² È sempre U. RUFFOLO, *op. cit.*, 1697. In dissenso anche su questo punto M. COSTANZA, *op. cit.*, 1688: "All'intelligenza artificiale come emblema della tecnica e perciò come ente ritenuto più affidabile dell'uomo non si addice allora l'attributo di pericolosa. (...). La intelligenza artificiale come mezzo correttivo o integrativo delle umane carenze non tollerebbe alcun attributo che la qualifichi come rischiosa; anzi, la intelligenza artificiale sarebbe un ente non pericoloso perché capace di evitare gli inconvenienti che senza il suo intervento possono generarsi con lo svolgimento di certe attività".

⁵³ *Contra* a questa potenziale applicazione dell'art. 2051 c.c. è M. COSTANZA, *op. cit.*, 1687, che ritiene la norma applicabile alle cose inanimate e quindi troppo semplice la logica codicistica sottostante rispetto all'IA.

⁵⁴ U. RUFFOLO, *op. cit.*, 1700, in cui traccia un *excursus* sulla codificazione francese e italiana constatando "...una assorbente attenzione alla responsabilità da intelligenze naturali; e dunque la strutturale non estraneità alla disciplina della responsabilità per danni cagionati da intelligenze non naturali. E, pertanto, la possibilità di rinvenire interpretativamente nel medesimo corpo normativo (quello codicistico, integrato dalle norme di *product liability*) la capacità di regolare le responsabilità da A.I. ricorrendo ai criteri di imputazione integrato dalle norme di *product liability*) la capacità di regolare le responsabilità da A.I. ricorrendo ai criteri di imputazione della responsabilità per danni già presenti nel sistema".

liberatoria più ampia e multiforme (l'aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno conosciute al momento del verificarsi dell'evento dannoso), riportano comunque ad un modello di responsabilità oggettiva, privo di colpa, in capo all'utilizzatore, chi cioè si avvale dell'utilizzo e del vantaggio apportato dall'applicazione dell'algoritmo.

Sicché nel sistema individuato, per l'accertamento della responsabilità della PA utilizzatrice dell'algoritmo per la decisione sulla mobilità degli insegnanti, si dovrebbe fare un bilanciamento di responsabilità in termini di concorso fra la PA, utilizzatrice dell'algoritmo, che ne trae i vantaggi di tempestività e riduzione dei costi di gestione della procedura, e la società ideatrice del *software* contenente l'algoritmo in questione, che ne ha ricavato il vantaggio economico svolgendo il lavoro richiesto della committenza.

Determinante nell'accertamento della responsabilità in concorso saranno certamente sia la precisione degli obiettivi forniti dalla PA, che la considerazione dell'approccio etico allo sviluppo dei sistemi di IA da parte dei programmatori.

Pertanto risulta apprezzabile la proposta "di fornire protocolli e linee guida circa la grandezza e la rappresentatività dei *database* utilizzati per *allenare* e *validare* la macchina o nell'educazione all'etica nell'utilizzo e nella progettazione degli algoritmi così da richiamare un'attenzione particolare da parte del ricercatore o dello sviluppatore nella selezione dei *dataset*"⁵⁵.

9. – In sintesi sebbene i tempi impongano un auspicabile cambio di mentalità per un migliore approccio con la tecnologia, al fine di riuscire ad utilizzare algoritmi, IA e Big Data per migliorare le *performances* della PA al servizio dei cittadini e delle relazioni fra privati, ad oggi manca l'ultimo miglio per poter rispettare i diritti e le libertà fondamentali degli individui e consentire ai diretti interessati di agire attraverso il legittimo esercizio del potere di autodeterminazione sapendo quali effetti aspettarsi dallo svolgimento automatizzato delle procedure amministrative regolanti diritti e doveri degli utenti.

Servono investimenti pesanti in strutture, in *software* per lavorare in *open source*, in corsi di formazione per il personale pubblico per consentire l'intellegibilità dell'informatica applicata, in risorse umane da assumere con competenze specifiche e sviluppo di tecnologie in grado di svelare il funzionamento interno del sistema di *machine learning*⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. S. SCALZINI, *Alcune questioni a proposito di algoritmi, dati, etica e ricerca*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2019, 171 ss.

⁵⁶ Si veda C. TABARRINI, *op. cit.*, 569–570, nella parte conclusiva del saggio i riferimenti ai programmi in essere come il DARPA, relativo ai progetti di ricerca avanzati sulla difesa che ha come obiettivo quello di "alimentare una *partnership* sempre più paritaria tra gli operatori umani e i *software* di *machine learning*".

Sino a quando non si sarà operato in tal modo risulta azzardato e rischioso il via libera agli algoritmi utilizzati *tout court* per l'attività vincolata e discrezionale della PA.

In conclusione alle affermazioni per lo più corrette secondo la giurisprudenza⁵⁷ corrispondono obiettivi auspicabili, ma senza accorgersi che, ad oggi, restano futuribili e irraggiungibili.

Pertanto serve cautela e imposizione di linee guida, binari chiari e fissi entro i quali applicare gli algoritmi.

La precedente restrizione alla sola attività amministrativa vincolata appare la più saggia e prudente; l'attività discrezionale è bene che continui a dipendere dall'impegno dell'uomo con la sua logica razionale e comprensibile a chiunque se ne debba sottoporre. Con tutti i risvolti positivi in termini di individuazione del responsabile per danni.

Abstract

THE USE OF THE ALGORITHMS IN THE DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACTIVITY

Di recente in giurisprudenza, auspicando un'ampia digitalizzazione dell'attività amministrativa, viene affrontata la questione dell'utilizzo degli algoritmi permesso a talune condizioni: 1) la conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati dall'algoritmo e 2) la possibilità di verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo, da parte dell'organo titolare del potere e con ciò responsabile.

L'A. evidenzia come tale approccio, teoricamente valido, appare in realtà poco garantista dei diritti fondamentali dell'individuo potenzialmente coinvolto, stante la difficoltà per la PA e per i cittadini di comprendere linguaggi, moduli e logiche algoritmiche applicate, oltre alla mancanza di linee guida adeguate, osservando come servono tempo e investimenti per raggiungere tali frontiere, auspicabili, ma al momento semplicemente futuribili.

Recently in jurisprudence, hoping for a wide digitization of the public administration, addresses the issue of using algorithms allowed under two conditions: 1) the early knowability of the form used and the criteria applied by the algorithm and 2) the possibility of verifying the logic and legitimacy of the choice and the results entrusted to the algorithm, by the administrator holding the power and thereby responsible.

The Author considers that this approach, theoretically valid, appears to assure little protection of the fundamental rights of the individual potentially involved, given to the difficulty for the public administration and for citizens to understand the languages, modules and algorithmic logics applied and incomplete guidelines, underling that it will take time and

⁵⁷ Il riferimento è alle tre sentenze gemelle del Consiglio di Stato di cui alla nota 4 del presente scritto.

investments in order to reach these targets, which are desirable, but for the moment only futuristic.

**RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI *HOSTING PROVIDER* E
INIBITORIA GIUDIZIALE DEI CONTENUTI DIGITALI ILLECITI
EQUIVALENTI TRA ASSENZA DELL'OBBLIGO DI SORVEGLIANZA
EX ANTE E AMMISSIBILITÀ *EX POST***

EMILIO TOSI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca (*)*

SOMMARIO: 1. La tutela dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica. – 2. Responsabilità civile dei prestatori di servizi della società dell'informazione e assenza dell'obbligo di sorveglianza *ex ante*: disciplina applicabile. – 3. L'elaborazione giurisprudenziale della figura soggettiva dell'*hosting provider* attivo alla luce di Corte di Cassazione n. 7708 del 19 marzo 2019. – 4. Ammissibilità dell'inibitoria giudiziale *de futuro* e dell'obbligo di sorveglianza *ex post* in capo all'*hosting provider* in relazione a contenuti digitali illeciti identici o equivalenti a quelli oggetto di inibitoria.

1. – La tutela dei *contenuti digitali* – *audiovisivi, opere musicali, programmi per elaboratore, app* e così via – *rectius* dei diritti di proprietà intellettuale e industriale associati a tali *beni immateriali*, nelle reti di comunicazioni elettroniche è messo a dura prova dal fenomeno illecito della *pirateria digitale* e costituisce tema di rilevante attualità giuridica¹.

Il contrasto a tale fenomeno è strettamente correlato non solo ai profili

(*) Abilitato a Professore di II fascia in Diritto privato; Direttore del Centro Studi Diritto Nuove Tecnologie – Studi Giuridici per l'Innovazione.

¹ Mi sia consentito rinviare sul punto a E. TOSI, *La tutela della proprietà intellettuale nelle comunicazioni elettroniche: pirateria digitale degli audiovisivi e responsabilità degli Internet Service Provider*, in E. TOSI – F. BASSAN (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi. Commento al nuovo Testo Unico dei Servizi di Media Audiovisivi e Radiofonici come modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44*, Milano, 2012, 69 ss; e da ultimo ID., *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2019, 226 ss. Sulle interferenze tra responsabilità degli *hosting provider* per pubblicazione di contenuti illeciti in violazione della proprietà intellettuale-industriale e responsabilità per trattamento illecito dei dati personali in violazione del GDPR si veda il recente studio monografico: E. TOSI, *Responsabilità civile per illecito trattamento dei dati personali e danno non patrimoniale. Oggettivazione del rischio e riemersione del danno morale con funzione deterrente-sanzionatoria alla luce dell'art. 82 GDPR*, Milano, 2019, 147 ss.; cui adde E. TOSI (a cura di), *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019.

sanzionatori ma anche al regime di responsabilità civile applicabile in relazione alle diverse figure soggettive operanti negli spazi virtuali delle reti di comunicazione elettronica.

Con il presente studio s'intende proprio approfondire il tema della responsabilità civile degli intermediari della società dell'informazione – c.d. *internet service provider*, di seguito, per brevità, ISP – differenziata *ratione subiecti* e precisamente:

- fornitori di accesso alle reti di comunicazioni elettroniche: *access provider o gatekeeper*;

- prestatori di servizi che si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti, ossia meri “intermediari” di servizi tecnici di *mere conduit*, *caching* e *hosting*: *ISP passivi*;

- prestatori di servizi che *non* si limitano a svolgere una funzione di diffusione passiva dei contenuti ma interferiscono attivamente nell'elaborazione e/o presentazione finale degli stessi: *ISP attivi*;

- motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti di terzi, la cui qualificazione astratta risulta di difficile formulazione, in assenza di referenti normativi inequivoci, oscillando tra le opposte figure soggettive, in termini di attribuzione della responsabilità civile, degli *ISP attivi* e degli *ISP passivi* in funzione dell'effettiva condotta svolta – in concreto – e al grado di interferenza nella pubblicazione dei contenuti digitali ravvisabile nell'elaborazione giurisprudenziale più recente – sebbene, corra l'obbligo di rilevare, non ancora consolidata – in fattori concorrenti quali: indicizzazione tematica, presentazione finale e promozione commerciale del contenuto digitale diffuso *online*;

- fornitori di contenuti digitali, in particolare musicali e audiovisivi: *content provider*.

Il tema in parola viene, in sintesi, correntemente declinato, da un lato, ritenendosi scontata la responsabilità dei fornitori di *contenuti digitali* e, dall'altro, escludendosi la responsabilità dei meri fornitori di accesso alle reti di comunicazione elettronica.

Tuttavia, con riferimento alla responsabilità di questi ultimi si è ravvisata la necessità – in considerazione dell'evoluzione dei servizi in concreto forniti dagli ISP e dell'affermazione economica delle figure dei motori di ricerca, *social network* e aggregatori di contenuti – di andare oltre la rigida tipizzazione normativa per approdare a una rilettura attenta ed evolutiva del fatto illecito dei prestatori di servizi della società dell'informazione – riclassificati dalla giurisprudenza e dottrina più attenta in ISP attivi e passivi² – con conseguenze diametralmente opposte in termini

² Sul tema della responsabilità civile degli ISP si vedano: E. TOSI, *Diritto privato dell'informatica e di internet, I beni – I contratti – Le responsabilità*, Milano, 2006, spec. 430 ss.; cui adde *ex multis*: R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commer-*

di responsabilità dei primi e irresponsabilità dei secondi.

Nella nuova società dell'informazione e dei contenuti digitali gli *intermediari di servizi elettronici* rivestono, corre l'obbligo di sottolineare nuovamente, un ruolo centrale: i mercati digitali esistono e si sviluppano incessantemente in quanto gli *intermediari* ne supportano le necessarie tecnologie informatiche–telematiche su cui si fondano e, occorrendo, coperano con il titolare dei diritti di proprietà intellettuale e industriale per assicurare piena protezione ai contenuti digitali nei limiti previsti dalla normativa comunitaria e interna.

Gli *intermediari* – definiti dalla normativa comunitaria *prestatori di servizi della società dell'informazione*, per usare la definizione utilizzata dalla direttiva CE 31/2000, mutuata dalla direttiva CE direttiva 98/34/CE come modificata direttiva 98/48/CE, e ripresa, in sede di recepimento interno, dal D.lgs. 70/2003 – svolgono, dal punto di vista tecnologico ed economico, una funzione centrale nello sviluppo dei mercati virtuali e del commercio elettronico.

Nella prospettiva della tutela dei nuovi beni immateriali veicolati tramite Internet, i contenuti digitali, i soggetti intermediari di servizi della società dell'informazione sono chiamati – secondo un'articolata normativa in materia di responsabilità degli *Internet Service Provider* (di seguito, per brevità, ISP) di cui si dirà *infra* – a svolgere un ruolo strategico.

Da una corretta qualificazione del servizio prestato discende, quindi, il corretto regime giuridico applicabile.

Inquadro correttamente il regime di responsabilità civile applicabile

cio elettronico, Napoli, 2003; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; A. MANTELERO, *La responsabilità online: il contratto nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. informazione e informatica*, 2010, 405 ss.; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; RICCIO, *Social Networks e responsabilità civile*, in *Dir. informazione e informatica*, 2010, 859 ss.; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003; S. SICA, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione*, Milano, 2003, 267 ss.; e last but not least V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009, 145 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2010, 347 ss. Sul tema della tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale in Internet si vedano: E. TOSI, *Nomi di dominio e tutela dei segni distintivi in Internet tra "domain grabbing", "linking", "framing" e "Meta-tag"*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, 162 ss.; E. TOSI, *"Domain grabbing", "linking", "framing" e utilizzo illecito di "meta-tag" nella giurisprudenza italiana: pratiche confusorie online "vecchie" e nuove tra contraffazione di marchio e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 3, 2002, 371 ss.; E. TOSI, *Contraffazione di marchio e concorrenza sleale in Internet: dal classico "domain grabbing" all'innovativo "key-word" marketing confusorio*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, 387 ss.; da ultimo, E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione dei Software di ricerca e "Yahoo Italia!" per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss.

alla figura soggettiva corrispondente in concreto, si tratterà, infine, di lumeggiare – a mente dell’assenza dell’obbligo di sorveglianza *ex ante* statuito dall’art. 15 della Direttiva CE 31/2000 e dall’art. 17 del D.lgs. 70/2003 – i limiti applicativi agli obblighi di monitoraggio *ex post* – in capo ai prestatori di servizi della società dell’informazione – dei contenuti digitali illeciti pubblicati online.

2. – Si ritiene opportuno preliminarmente inquadrare i termini della questione problematica nel contesto generale della disciplina della responsabilità dei *prestatori di servizi della società dell’informazione*, meglio noti come ISP, delineata dalla Direttiva CE 31/2000.

Occorre ricostruire, innanzitutto, il quadro regolatorio delineato dagli artt. 14, 15, 16 e 17 del D.lgs. 70/2003³.

La normativa in commento – oltre a statuire il fondamentale principio dell’assenza dell’obbligo generale di sorveglianza (art. 17) – disciplina la responsabilità del prestatore di servizi per:

- semplice trasporto di informazioni, c.d. “mere conduit” (art. 14);
- memorizzazione temporanea ed automatica di informazioni, c.d. “caching” (art. 15);
- memorizzazione di informazioni fornite dal destinatario del servizio, c.d. “hosting” (art. 16).

La scelta dell’esonero di responsabilità del prestatore di servizi, *mero intermediario*, della società dell’informazione deve considerarsi eccezionale rispetto al generale sistema di responsabilità “civile” d’impresa: conseguentemente i casi di esonero delineati dal d.lg. 70/2003 devono considerarsi tassativamente predeterminati dalla legge e soggetti ad interpretazione di stretto diritto.

Detti casi di esonero – a prescindere dalla diversa tipologia – convergono verso una sola condizione d’esonero: la totale estraneità del prestatore al *contenuto* della trasmissione o in altre parole la totale *passività* dell’operatore rispetto ai contenuti immessi da terzi in Internet.

Presupposto essenziale su cui si basa, come vedremo, la distinzione soggettiva giurisprudenziale tra:

- ISP passivi, beneficiari dell’esonero di responsabilità qui analizzato; e

³ Sul tema della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell’informazione si vedano: E. TOSI, *Diritto Privato dell’informatica. I beni – I contratti – Le responsabilità*, Milano, 2006, e sp. 430 ss.; R. BOCCHINI, *La responsabilità civile degli intermediari del commercio elettronico*, Napoli, 2003; F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003; G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli internet providers*, Torino, 2002; A.M. GAMBINO – A. STAZI, *Diritto dell’informatica e della comunicazione*, Torino, 2009; R. SICA, *Le responsabilità civili*, in E. TOSI (a cura di), *Commercio elettronico e servizi della società dell’informazione*, Milano, 2003, 267 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Sul controllo preventivo del contenuto dei video immessi in rete e i provider. A proposito del caso Google/Vividown*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 347 ss.

– ISP attivi esclusi, invece, da tale beneficio.

L'art. 14 della normativa in commento – rubricato *Semplice tra- sporto "mere conduit"* – con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione – stabilisce che il prestatore *non è responsabile* delle informazioni trasmesse a condizione che:

- a) non dia origine alla trasmissione
- b) non selezioni il destinatario della trasmissione
- c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.

Le predette attività di trasmissione e fornitura di accesso includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo (art. 14.2, d.lg. cit.).

La memorizzazione temporanea automatica dei dati – c.d. *"caching"*, disciplinata dall'art. 15, d.lg. 70/2003 – stabilisce, sempre con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, che il prestatore non è responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea, di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltro ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che il prestatore di servizi:

- a) non modifichi le informazioni;
- b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni;
- c) si conformi alle norme di aggiornamento delle informazioni indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore;
- d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni (c.d. *log di sistema*), e

e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato o per disabilitare l'accesso non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso.

Per quanto riguarda, infine, la responsabilità per memorizzazione di informazioni richieste dal destinatario del servizio, l'art. 16, d.lg. 70/2003 disciplina il c.d. *"hosting"*, ossia il contratto atipico in base al quale un soggetto – il prestatore di servizi – si obbliga nei confronti di un altro a locare uno spazio di memoria sul proprio server e a fornire servizi ad esso collegati di varia natura e durata (assistenza tecnica, sviluppo software, ecc.).

Precisamente stabilisce – sempre con riferimento alla prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio – che il prestatore di servizi non è responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta del destinatario del servizio, a condizione che il medesimo (ISP):

a) non sia *effettivamente a conoscenza* del fatto che l'attività o l'informazione è illecita (nel caso dell'illecito penale);

b) per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o circostanze che rendono *manifesta l'illegalità* dell'attività o dell'informazione (nel caso dell'illecito civile): la manifesta illegalità non richiede particolari conoscenze giuridiche;

c) non appena a conoscenza di tali fatti, su comunicazione delle Autorità competenti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.

L'esclusione della responsabilità del prestatore di servizi per *hosting* non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore (art. 16.2, d.lg. 70/2003 che evoca la responsabilità del datore di lavoro per i fatti del lavoratore dipendente).

La natura antielusiva della norma in commento è di tutta evidenza.

In buona sostanza, le cause di esclusione della responsabilità non possono essere pretestuosamente invocate da chi controlla – in via di fatto o di diritto – il destinatario del servizio, destinatario privo di autonomia che agisce *eseguendo* le indicazioni del prestatore del servizio.

Con riferimento alle ipotesi di responsabilità appena descritte:

– art. 14.3: semplice trasporto di informazioni (c.d. *mere conduit*)

– art. 15.2: memorizzazione temporanea ed automatica (c.d. *caching*),

– art. 16.3: memorizzazione a richiesta del destinatario del servizio (c.d. *hosting*), d.lg. cit.

L'autorità giudiziaria – o quella amministrativa avente funzioni di vigilanza – può esigere anche in via d'urgenza, che il mero intermediario, nell'esercizio delle attività di servizi della società dell'informazione, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

Il nuovo quadro normativo delineato in materia di responsabilità degli ISP non può dirsi completo senza richiamare il fondamentale art. 17 della normativa in commento che definisce i termini dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza ad opera dei prestatori di servizi della società dell'informazione.

Detta norma stabilisce, infatti, che nella prestazione di servizi di mero trasporto di informazioni (*mere conduit*, art. 14), memorizzazione temporanea automatica (*caching*, art. 15) e memorizzazione a richiesta del destinatario dei servizi (*hosting*, art. 16), il prestatore di servizi non è assoggettato ad un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che

trasmette o memorizza né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.

Il prestatore di servizi – fatti salvi gli articoli citati disciplinanti il semplice trasporto, la memorizzazione temporanea e la memorizzazione a richiesta del destinatario – è tenuto:

a) ad informare senza indugio l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza, di presunte attività o informazioni illecite – di cui sia a conoscenza – riguardanti un suo destinatario del servizio della società dell'informazione;

b) a comunicare senza indugio alle autorità competenti, a loro richiesta, al fine di individuare e prevenire attività illecite, informazioni che consentano l'identificazione del destinatario dei servizi con cui ha accordi di memorizzazione dei dati.

In merito alla responsabilità del *cacher* delineata dall'art. 15 del D. Lgs. 70/2003 – disciplina meno problematica e controversa rispetto a quella dell'*hosting provider* – corre l'obbligo di fare cenno alla nota recente sentenza della Cassazione 7709/2019⁴.

La predetta decisione rileva che il Tribunale di Milano con sentenza del 25 settembre 2014, n.11295 ha correttamente affermato che il *cacher* non risponde, perché il prestatore non ha varcato i limiti della sua responsabilità ed ha assolto all'obbligo *ex art. 17, comma 2, d.lgs. n. 70/ 2003* di trasmettere la diffida del titolare del diritto d'autore alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, competente per le ipotesi di reato connesse all'abusiva riproduzione e diffusione di materiali oggetto di diritto d'autore aggiungendo, *ad abundantiam*, che la notizia contenuta in tale diffida era generica, in quanto priva delle specifiche indicazioni dei singoli filmati contestati e del loro posizionamento tramite i rispettivi *uniform resource locator c.d. "url"*.

Alla stregua del sistema normativo come sopra ricostruito, al prestatore del servizio che fornisca una mera attività neutrale di *caching* la legge non richiede – a differenza del regime di responsabilità del soggetto *hosting provider* – che spontaneamente li rimuova solamente perché reso edotto di specifici contenuti illeciti con una diffida extragiudiziale o destinatario di una domanda giudiziale al riguardo.

Secondo Cassazione n. 7709/2019 il secondo comma dell'art. 15 attiene all'ordine dell'autorità, rivolto direttamente al prestatore, con il quale gli venga imposto di impedire o far cessare le violazioni commesse: *“L'autorità giudiziaria o quella amministrativa aventi funzioni di vigilanza può esigere anche*

⁴ Su cui si veda E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., 226 ss.

in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle attività di cui al comma 1, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse».

Al riguardo, giova ricordare il considerando 42 della Direttiva CE 31/2000, secondo cui le deroghe alla responsabilità stabilita dalla stessa riguardano proprio l'ipotesi in cui «l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso ad una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione. Siffatta attività è di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate».

Emerge, in buona sostanza, la netta distinzione tra i profili di responsabilità del soggetto *hosting provider*, più stringente, da un lato, e rispetto al soggetto prestatore di servizi di *caching*, dall'altro lato.

Il regime di favore, delineato all'art. 15 del d.lgs. 70/2003, conduce, quindi, correttamente, a una minore responsabilità della figura del *cacher* rispetto alla figura del prestatore di servizi di *hosting provider*.

3. – Il criterio distintivo tra *hosting provider*, più in generale ISP, passivi e attivi – di recente emersione giurisprudenziale⁵ confermato dalla recente

⁵ Sulla ricostruzione della figura soggettiva dell'ISP attivo si segnalano in giurisprudenza: Trib. Catania 29 giugno 2004, sent., in *Dir. inf.*, 2004, 466; Trib. Milano 2 marzo 2009, ord., caso RTI c. RCS, in *Dir. inf.*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 15 dicembre 2009, ord., caso RTI c. You Tube, in *Dir. inf.*, 2009, 521 ss.; Trib. Roma 11 febbraio 2010, ord., reclamo caso RTI c. You Tube, in *Dir. inf.*, 2010, 275 ss.; Trib. Milano 24 febbraio 2010, n. 1972, caso Vividown c. Google, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 328 ss.; Cass. 23 dicembre 2009, n. 49474, caso "Pirate Bay", in *Dir. inf.*, 2010, 437, con nota di Merla; Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 7 giugno 2011, n. 7680, caso RTI c. Italia Online (IOL), in *Dir. inf.*, 2011, 660 ss.; PFA Films c. YAHOO! (Trib. Roma, Sez. Spec. Prop. Ind. e Int., 20 marzo 2011, ord. *contra* reclamo Trib. Roma, Sez. Spec. Prop. Ind. e Int., 11 luglio 2011, ord. in *Riv. dir. ind.*, 2012, con nota di E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine dei recenti casi "Google Suggest" per errata programmazione del software di ricerca e "Yahoo! Italia" per "link" illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss.; RTI Mediaset c. IOL (Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 7 giugno 2011, in *Dir. inf.*, 2011, 660; RTI C. Yahoo! (Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 364 ss., con nota di Saraceno, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*; Trib. Roma 27 aprile 2016, sent., Pres. Rel. Marvasi, RTI c. Break Media; Trib. Roma 5 maggio 2016, sent., Pres. Marvasi, Est. Catallozzi, ined. caso RTI c. Digital France; da ultimo, vedile tutte in AIDA, 2018, App. Roma, Sez. specializzata in materia di imprese, 29 aprile 2017, Pres. Bochicchio, Est. Costa, TMFT Enterprise LLC, Break Media c. RTI – Reti Televisive Italiane S.p.a.; Trib. Firenze, Sez. Specializzata in materia di impresa, 26 febbraio 2018, Pres. Calvani, est. Scionti – Andrea Benelli c. iTunes s. a r.l., Horizon Software Information Technology s.a.s. di Salerno Pasquale e App. Roma 19 febbraio 2018, Pres. Zannella, Est. Fanti, Cesare Previti c. Wikimedia Foundation Inc. Si vedano in dottrina: SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in *Dir. inf.*, 2010, 643; A. ZINCONE, *Hosting*

fondamentale arresto della Corte di Cassazione 7708/2019 – è particolarmente utile per inquadrare il corretto regime di responsabilità civile applicabile alle nuove figure soggettive protagoniste di Internet tra diritto comune e normativa speciale: *motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*.

Ricostruzione ermeneutica, da effettuarsi con le dovute cautele e precisazioni, in attesa di una riforma complessiva della normativa comunitaria, ormai vetusta e inadeguata a disciplinare le nuove attività di servizi Internet, oltre i confini normativi dell'irresponsabilità prevista dalla Direttiva CE 31/2000 a tutela del mero ruolo intermediario tecnico dell'ISP passivo⁶.

Il dibattito è stato aperto nella giurisprudenza italiana dal noto caso RTI c. Yahoo deciso dal Tribunale di Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011, Pres. Tavassi – Est. Marangoni⁷, ad avviso dello scrivente correttamente per le ragioni che verranno illustrate nella presente nota, nel senso del riconoscimento dell'emersione della nuova figura soggettiva, il prestatore di servizi di *hosting attivo*, non tipizzato dalla normativa vigente: figura soggettiva nuova frutto dell'evoluzione tecnologica occorsa negli anni trascorsi, un'era geologica nel mondo ad obsolescenza accelerata delle nuove tecnologie digitali, dall'entrata in vigore dell'ormai risalente – e per certi aspetti obsoleta – Direttiva CE 31/2000,

“attivo” e violazione del copyright: cosa cambia nella responsabilità dell'Internet Service Provider, in DA, 2012, 149 ss.; A. RONTALDO–R. PELUSO, *La tutela del diritto d'autore nel settore audiovisivo e la responsabilità degli ISP*, in Dir. autore, 2015, 144 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione dei Software di ricerca e “Yahoo Italia!” per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, cit., 44 ss.; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, cit. 2017, 75 ss.; da ultimo Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, con nota di E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019*, cit., 226 ss. Contra, si segnala la posizione minoritaria di F. BRAVO, *La responsabilità civile degli Internet Service Providers*, cit., 745, che ritiene fuorviante ed erranea la qualificazione di ISP attivo in quanto non coerente con la ratio della Dir. CE 2000/31. In senso critico si veda anche il recente *decisum* di App. Milano, Sez. Spec. Impresa, 7 gennaio 2015, sent., case RTI vs. Yahoo!

⁶ Sulla centralità del ruolo delle piattaforme online e sulle prospettive di riforma del regime di responsabilità degli ISP si vedano da ultimo: Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C(2018) 1177 final; Proposta di Regolamento UE del 26 aprile 2018 COM(2018) 238 final *On promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*.

⁷ Pubblicata in Riv. Dir. Ind., 2012, 364 ss., RTI C. Yahoo! Trib. Milano, Sez. Spec. Prop. Ind. e Intellettuale, 9 settembre 2011, Pres. Tavassi – Est. Marangoni, con nota di SARACENO, *Note in tema di violazione del diritto d'autore tramite Internet: la responsabilità degli Internet Service Provider*.

Successivamente con la sentenza della Corte di Appello di Milano, Sez. Impresa, 7 gennaio 2015 – Pres. Patrone – Rel. Fieconi⁸, viene riformata la citata decisione del Tribunale di Milano con una pronuncia, non condivisibile, di segno contrario.

La sentenza ambrosiana di prime cure, vero e proprio *leading case* in materia, ha avuto il pregio di avviare il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul tema della peculiare responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione segnando l'emersione di una nuova figura soggettiva atipica: quella dell'ISP attivo⁹.

La decisione della Corte di Appello di Milano pare, invece, segnare una battuta di arresto di tale filone interpretativo – ma è solo suggestione di breve durata giusto *l'espace d'un matin*, in quanto tale orientamento è in via di consolidamento, presso altri Fori, come dimostra la conforme recente sentenza, che qui si pubblica, del Tribunale di Roma, 27 aprile 2016, Sez. Impresa, Pres. Est. Marvasi, caso RTI c. Break Media¹⁰.

Le ragioni a sostegno di tale opzione interpretativa favorevole all'emersione dottrinale e giurisprudenziale di tale nuova figura soggettiva sono quelle che avremo modo di illustrare *infra* nel corso della presente nota.

⁸ Pubblicata in *Riv. Dir. Ind.*, 2016, 166 ss., Yahoo! c. RTI Corte Appello Milano, Sez. Impresa, 7 gennaio 2015, Pres. Patrone – Rel. Est. Fieconi, con nota di A. IASELLI, *Caso Yahoo! Video: la Corte di Appello di Milano non vede responsabilità nell'operato dell'Internet Provider*. In senso conforme si cita il precedente del Tribunale di Torino, Sez. Spec. Impresa.

⁹ Sul punto si rinvia a: E. TOSI, *L'evoluzione della responsabilità civile dell'Internet Service Provider passivo e attivo*, in questa Rivista, 2019, ss.; E. TOSI, *La disciplina applicabile all'hosting provider per la pubblicazione di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore, tra speciale irresponsabilità dell'ISP passivo e comune responsabilità dell'ISP attivo*, alla luce di Cassazione 7708/2019 e 7709/2019, in *Riv. Dir. Ind.*, 2019, 226 ss.

¹⁰ Si veda sul punto E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*. (*Riv. dir. ind.* 2017, 75 ss.)

In senso conforme alla decisione romana pubblicata – oltre che in linea con la giurisprudenza comunitaria C. Giust. UE, 12 luglio 2011, sent. caso *L'Oreal c. eBay*; C. Giust. UE, 23 marzo 2010, sent. caso *Google c. Louis Vuitton*; e da ultimo C. Giust. UE, 11 settembre 2014, sent. *Papasavvas c. Fileleftheros* – anche la successiva sentenza Tribunale di Roma, 5 maggio 2016, Sez. Impresa, Pres. Est. Marvasi, caso RTI c. KIT DIGITAL FRANCE, ined. In particolare, in materia di responsabilità degli ISP stabilisce che: “La Corte di Giustizia ha precisato che, affinché il prestatore di un servizio su Internet possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 14 della Direttiva CE 2000/31 trasfuso nell'art. 16 del D.lgs. 70/2003 è necessario che egli sia un “prestatore intermediario” ossia un prestatore del servizio che si limiti ad una fornitura neutra di quest'ultimo, mediante un trattamento puramente tecnico, automatico e passivo dei dati forniti dai suoi clienti, senza svolgere un ruolo attivo atto a conferirgli una conoscenza o un controllo di tali dati”. Stabilisce, inoltre, che nel valutare l'obbligo di rimozione dei contenuti l'effettiva conoscenza richiesta dalla legge oltre che l'emersione di un ruolo attivo dell'ISP debba essere rinvenuto nella possibilità tecnica di procedere a verifica preventiva del materiale immesso quotidianamente dagli utenti.

La sentenza della Corte di Cassazione del 19 marzo 2019, n. 7708 – Pres. Est. Genovese – Est. Nazzicone – riforma, con una decisione apprezzabile, la sentenza della Corte di Appello di Milano del 7 gennaio 2015 confermando la bontà della lettura del giudice di prime cure Tribunale di Milano 9 settembre 2011 e statuendo il seguente principio di diritto:

“L’hosting provider attivo è il prestatore dei servizi della società dell’informazione il quale svolge un’attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell’illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui all’art. 16 d.lgs. n. 70 del 2003, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni”.

E ancora: “Nell’ambito dei servizi della società dell’informazione, la responsabilità dell’*hosting provider*, prevista dall’art. 16 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, sussiste in capo al prestatore dei servizi che non abbia provveduto all’immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché se abbia continuato a pubblicarli, pur quando ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni:

a) sia a conoscenza legale dell’illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*;

b) l’illiceità dell’altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico;

c) abbia la possibilità di attivarsi utilmente, in quanto reso edotto in modo sufficientemente specifico dei contenuti illecitamente immessi da rimuovere”.

Resta, infine, “affidato al giudice del merito l’accertamento in fatto se, sotto il profilo tecnico-informatico, l’identificazione di video, diffusi in violazione dell’altrui diritto, sia possibile mediante l’indicazione del solo nome o titolo della trasmissione da cui sono tratti, o, invece, sia indispensabile, a tal fine, la comunicazione dell’indirizzo “uri”, alla stregua delle condizioni esistenti all’epoca dei fatti”.

La recente decisione della Suprema Corte riconosce, dunque, l’emersione della figura atipica dell’ISP *sub specie* dell’*hosting provider attivo* già rilevata dalla giurisprudenza di merito più attenta.

Il Tribunale di Milano 9 settembre 2011 aveva individuato i seguenti indici di interferenza misconosciuti, invece, dalla Corte di Appello di Milano 7 gennaio 2015 che: (i) l’associazione di messaggi pubblicitari ai contenuti immessi in rete dagli utenti (i cui proventi concorrono a finanziare l’attività del prestatore di servizi); (ii) la regolamentazione contrattuale con cui il prestatore medesimo si riserva determinati diritti sui materiali caricati sulla propria piattaforma; (iii) il servizio di segnalazione dell’eventuale illiceità del contenuto immesso (visibile come link sotto ogni video pubblicato in

rete); (iv) la predisposizione di un servizio di visualizzazione (non ricercata dal visitatore, ma offerta in via automatica) di altri video correlati a quello specificamente prescelto dall'utente¹¹.

L'attenta sentenza della Corte di Cassazione tiene conto, correttamente, degli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia in sede comunitaria oltre che di un'aggiornata lettura del fenomeno socio-economico dimostrandosi incline a registrare, si ribadisce, senza pregiudizi concettuali, la mutagenesi ontologica degli ISP *attivi*, in particolare *sub specie hosting provider*.

Non pare, infatti, si possa fondatamente sostenere che il motore di ricerca, il social network e più in generale l'aggregatore di contenuti di terzi sia, sempre e comunque, ascrivibile alla categoria dell'ISP passivo beneficiario dello speciale regime di responsabilità: occorrerà, invero, accertare, caso per caso, in concreto – per le ragioni di cui si dirà *amplius infra* – se il motore di ricerca – e più in generale il social network o anche l'aggregatore di contenuti – svolga effettivamente un'attività meramente tecnica, automatica e passiva o piuttosto interferisca attivamente con la pubblicazione del contenuto in concorso con il soggetto responsabile del caricamento *online* del contenuto digitale illecito.

¹¹ Pubblicata in *Riv. dir. ind.*, 2012, 364 ss. *Contra* Trib. Torino – Sezione specializzata in materia di imprese – 24 gennaio 2018 – Pres. Vitro' – Est. Orlando – Dailymotio S.A. c. Delta TV Programs s.r.l. (in *AIDA*, 2018, 1865 ss.) secondo cui "Il giudice italiano è competente quando sul territorio nazionale si verifica l'evento dannoso costituito dalla messa a disposizione in rete di materiali protetti dal diritto d'autore, nei limiti del danno cagionato su questo territorio. La legge italiana è applicabile quando in Italia si verifica l'evento lesivo lamentato, costituito dalla visibilità di materiali caricati in lingua italiana su una piattaforma accessibile via internet sul territorio nazionale. Il titolare di una piattaforma telematica è responsabile dell'immissione in rete di contenuti in violazione del diritto d'autore quando sia informato (anche ab origine) dell'illiceità del contenuto dei video caricati e non abbia rimosso i *files* segnalati dal legittimo titolare del diritto d'autore violato; e perciò non adempia un obbligo specifico di vigilanza a posteriori, sorto a seguito di apposita segnalazione o diffida. Il titolare di una piattaforma telematica beneficia delle deroghe di responsabilità degli artt. 16 e 17 d.lgs 70/2003 quand'anche ponga in essere operazioni volte alla migliore fruibilità dei contenuti, ad esempio attraverso l'indicizzazione, suggerimenti di ricerca individualizzati, l'abbinamento di pubblicità affine ai contenuti, senza manipolare o trasformare i contenuti trasmessi. Il sorgere degli obblighi degli ISP di rimuovere a posteriori contenuti illeciti presuppone una diffida specifica contenente gli indirizzi compendati in singoli URL, che permettano di identificare in modo univoco un video presente sulla piattaforma; mentre una generica diffida, contenente i soli titoli commerciali dei prodotti audiovisivi, è inidonea a far venire meno la neutralità del gestore e quindi ad attivare la sua responsabilità. Il titolare della piattaforma ha l'obbligo di impedire nuovi caricamenti di video in violazione dei diritti d'autore già oggetto di segnalazione mediante URL e rimossi, utilizzando tutte le proprie conoscenze e utilità informatiche, nonché tutte le proprie risorse umane e materiali. Quando i nuovi caricamenti di video in violazione del diritto d'autore, già oggetto di segnalazione mediante URL e rimossi, avvengano da parte dello stesso titolare dei diritti, al fine di controllare il funzionamento e la reazione da parte del titolare della piattaforma telematica, il medesimo titolare non può sostenere l'illiceità né pretendere il pagamento delle relative penali".

La Corte di Cassazione – in linea con la giurisprudenza comunitaria che dimostra di ben conoscere – registra, come si è rilevato, l'emersione della figura *hosting provider* attivo, figura atipica, eccentrica rispetto alla normativa speciale vigente in materia di responsabilità degli ISP, e per tale ragione sottratta a tale regime speciale e riconducibile a quello ordinario¹².

Recentemente, la Corte di Giustizia UE (sent. 14 giugno 2017, C-610/15, *Stichting Brein*), ha statuito che la fornitura e la gestione di una piattaforma di condivisione *online*, come quella considerata dalla decisione della Cassazione che qui si pubblica e commenta, è atto di comunicazione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE.

Anche nella Comunicazione della Commissione europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, intitolata «*Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*», si dà atto dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui la deroga alla responsabilità di cui all'art. 14 della direttiva è disponibile solo per i prestatori di servizi di *hosting* «che non rivestono un ruolo attivo»¹³.

Detta nozione può ormai ritenersi, dunque, un approdo acquisito in ambito comunitario.

Tale evoluzione soggettiva emerge, pur senza che sia evocato espressamente *un ruolo attivo*, anche nei considerando 64 e 65 della Direttiva (UE) 2019/790 in materia di diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale¹⁴ che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

Così pure di tale orientamento risente anche l'art. 17 della Direttiva 790/2019 sul diritto d'autore e diritti connessi nel mercato unico digitale che statuisce, in relazione all'utilizzo di contenuti protetti da parte di prestatori di servizi di condivisione di contenuti online, quanto segue:

- “Gli Stati membri dispongono che il prestatore di servizi di

¹² Si vedano Corte di Giustizia UE 7 agosto 2018, *Cooperatieve Vereniging SNB-REACT U.A. c. Deepak Mehta*, C-521/17, punti 47 e 48, relativa alla responsabilità di un privato, prestatore di servizi di locazione e registrazione di indirizzi IP che consentivano di utilizzare anonimamente nomi di dominio e siti *internet*; Corte di Giustizia UE 11 settembre 2014, C-291/13, *Sotiris Papisavvas*, spec. 44; Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal c. eBay*, cit., punti 112, 113, 116, 123, con riguardo al gestore di un mercato *online*, il quale svolge un “ruolo attivo” allorché presta un'assistenza che consiste nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita o nel promuoverle; Corte di giustizia UE 23 marzo 2010, da C-236/08 a C-238/08, *Google c. Luis Vuitton*, punti 112, 113, 114 e 120.

¹³ Commissione europea COM (2017) 555 del 28 settembre 2017, intitolata «*Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online*», spec. 11.

¹⁴ Pubblicata in GUCE 17/5/2019 la Direttiva UE 790/2019 entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 7 giugno 2021.

condivisione di contenuti online effettua un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico ai fini della presente direttiva quando concede l'accesso al pubblico a opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti. Un prestatore di servizi di condivisione di contenuti online deve pertanto ottenere un'autorizzazione dai titolari dei diritti di cui all'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2001/29/CE, ad esempio mediante la conclusione di un accordo di licenza, al fine di comunicare al pubblico o rendere disponibili al pubblico opere o altri materiali" (comma 1);

- "Quando il prestatore di servizi di condivisione di contenuti online effettui un atto di comunicazione al pubblico o un atto di messa a disposizione del pubblico alle condizioni stabilite dalla presente direttiva, la limitazione di responsabilità di cui all'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE non si applica alle fattispecie contemplate dal presente articolo. Il primo comma del presente paragrafo non pregiudica la possibile applicazione dell'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2000/31/CE a tali prestatori di servizi per finalità che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva." (comma 3); e

- "Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione, i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di: a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso, c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b)" (comma 4)¹⁵.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 17 della Direttiva di riforma del *copyright digitale* in corso di pubblicazione in G.U.C.E. si precisa inoltre che "Per stabilire se il prestatore di servizi si è conformato agli obblighi di cui al paragrafo 4 e alla luce del principio di proporzionalità, sono presi in considerazione, tra gli altri, gli elementi seguenti: a) la tipologia, il pubblico e la dimensione del servizio e la tipologia di opere o altri materiali caricati dagli utenti del servizio; e b) la disponibilità di strumenti adeguati ed efficaci e il relativo costo per i prestatori di servizi" comma 5; e che "Gli Stati membri dispongono che, con riferimento ai nuovi prestatori di servizi di condivisione di contenuti online i cui servizi sono disponibili al pubblico nell'Unione da meno di tre anni e che hanno un fatturato annuo inferiore a 10 milioni di EUR calcolati in conformità della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, le condizioni in virtù del regime di responsabilità di cui al paragrafo 4 siano limitate

Gli elementi idonei – c.d. “indici di interferenza” secondo la citata sentenza della Cassazione – a delineare la figura *hosting provider* attivo, da accertarsi in concreto ad opera del giudice del merito, sono – a titolo esemplificativo, non necessariamente tutte compresenti, le attività di:

- filtro, selezione, indicizzazione;
- organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o
- promozione dei contenuti operate mediante una gestione imprenditoriale del servizio;
- valutazione comportamentale degli utenti per aumentarne la fidelizzazione.

Condotte che abbiano, in buona sostanza, l’effetto di completare ed arricchire, personalizzare, in modo non meramente automatico e passivo la fruizione dei contenuti da parte di utenti indeterminati.

Ove il giudice di merito – in concreto – ravvisi, quindi, uno o più elementi suindicati ritenuti necessari e sufficienti a deviare l’attività del prestatore di servizi dal modello astratto tipizzato dalla legge ben può conseguentemente riclassificare l’attività dell’ISP da automatica e *passiva* a personalizzata e *attiva* con conseguente perdita del beneficio dell’irresponsabilità nei termini delineati dal D.lgs. 70/2003 e applicazione delle regole ordinarie in materia di responsabilità civile.

4. – Il tema dei limiti agli obblighi di sorveglianza dei contenuti digitali illeciti pubblicati online e della responsabilità civile degli *Internet Service Provider* (ISP) – in relazione alla tutela della proprietà intellettuale e industriale – è particolarmente rilevante e controverso¹⁶.

alla conformità alla lettera a) del paragrafo 4 e alla circostanza di aver agito tempestivamente, in seguito alla ricezione di una segnalazione sufficientemente motivata, per disabilitare l’accesso alle opere o ad altri materiali notificati o rimuovere dai loro siti web tali opere o altri materiali. Se il numero medio di visitatori unici mensili di tali prestatori di servizi supera i 5 milioni, calcolati sulla base del precedente anno civile, essi devono dimostrare altresì di aver compiuto i massimi sforzi per impedire l’ulteriore caricamento di opere o di altri materiali oggetto della segnalazione per i quali i titolari dei diritti abbiano fornito informazioni pertinenti e necessarie” (comma 6).

¹⁶ Mi sia consentito di rinviare in tema di responsabilità civile degli ISP e obblighi di monitoraggio compatibili con la normativa comunitaria e interna vigente a: E. TOSI, *L’evoluzione della responsabilità civile dell’Internet Service Provider passivo e attivo*, *Il Diritto Industriale*, 2019, 590 ss.; E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2017, 75 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider, motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti di terzi*, *Digesto*, Sez. Civile, Torino, 2016, 688 ss.; E. TOSI, *High Tech Law: The Digital Legal Frame in Italy, An Overview of Contracts, Digital Content Protection and ISP Liabilities Emerging Issues*, Milano, 2015, *passim*; E. TOSI, *La tutela*

Il beneficio dell'assenza dell'obbligo generale di sorveglianza *ex ante* statuito dall'art. 15 della Direttiva CE 31/2000 e dall'art.17 del D.lgs. 70/2003, ossia prima della notifica di rimozione da parte dell'interessato titolare dei diritti è, ovviamente, riservato esclusivamente agli *ISP passivi*.

Si segnala in argomento la recente interessante decisione della Corte di Giustizia UE del 3 ottobre 2019, caso Glawischnig-Piesczek e la Facebook Ireland, che verte proprio sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della Direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

La Corte ritiene pacifico – correttamente – che il *social network* Facebook debba essere qualificato quale fornitore di servizi di hosting ai sensi dell'articolo 14 della direttiva 2000/31 e osserva che: *“Secondo la direttiva citata, un prestatore di servizi di hosting, quale Facebook, non è responsabile delle informazioni memorizzate qualora non sia a conoscenza della loro illiceità o qualora agisca immediatamente per rimuoverle o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena ne venga a conoscenza. Tale esonero da responsabilità non pregiudica tuttavia la possibilità di ingiungere al prestatore di servizi di hosting di porre fine ad una violazione o di impedire una violazione, in particolare cancellando le informazioni illecite o disabilitando l'accesso alle medesime. Per contro, la direttiva vieta di imporre a un prestatore di servizi di hosting di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzate o di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite”*.

Con sentenza in commento, la Corte di Giustizia UE risponde all'Oberster Gerichtshof austriaco che la direttiva sul commercio elettronico, la quale mira a stabilire un equilibrio tra i vari interessi in gioco, statuendo che nulla preclude a un giudice di uno Stato membro di ordinare a un prestatore di servizi di hosting la rimozione delle informazioni:

- da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione di siffatte informazioni;

- da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime, purché la sorveglianza e la ricerca delle informazioni oggetto di tale ingiunzione siano limitate a informazioni che veicolano un messaggio

degli audiovisivi e dei contenuti digitali nelle reti di comunicazione elettronica tra diritto d'autore online e responsabilità civile degli internet service provider, in *Diritto dell'informatica*, a cura di G. Finocchiaro – F. Delfini, Torino, 2014, 963 ss.; E. TOSI, *La responsabilità civile per fatto illecito degli Internet Service Provider e dei motori di ricerca a margine di recenti casi “Google Suggest” per errata programmazione dei Software di ricerca e “Yahoo Italia!” per link illecito in violazione dei diritti di proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 44 ss.

il cui contenuto rimane sostanzialmente invariato rispetto a quello che ha dato luogo alla dichiarazione d'illiceità e che contengono gli elementi specificati nell'ingiunzione e purché le differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto a quella che caratterizza l'informazione precedentemente dichiarata illecita non siano tali da costringere il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto;

– oggetto dell'ingiunzione o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, nell'ambito del diritto internazionale pertinente, di cui spetta agli Stati membri tener conto.

Tali considerazioni traggono spunto da un caso di diffamazione ma sono applicabili ben oltre tale ambito essendo valide anche per la tutela dei *contenuti digitali* nei casi di violazione della proprietà intellettuale e industriale online che richiedano monitoraggio *ex post* da parte degli ISP a seguito di un primo accertamento giudiziario dell'illiceità dei contenuti digitali.

Secondo la Corte di Giustizia da ultimo citata *“affinché un'ingiunzione volta a fare cessare un atto illecito e ad impedire il suo reiterarsi nonché ogni ulteriore danno agli interessi in causa possa effettivamente realizzare siffatti obiettivi, detta ingiunzione deve potersi estendere alle informazioni il cui contenuto, pur veicolando sostanzialmente lo stesso messaggio, sia formulato in modo leggermente diverso, a causa delle parole utilizzate o della loro combinazione, rispetto all'informazione il cui contenuto sia stato dichiarato illecito. Diversamente infatti, e come sottolineato dal giudice del rinvio, gli effetti inerenti a un'ingiunzione del genere potrebbero facilmente essere elusi tramite la memorizzazione di messaggi appena diversi da quelli dichiarati illeciti in precedenza, il che potrebbe condurre l'interessato a dover moltiplicare le procedure al fine di ottenere la cessazione dei comportamenti illeciti di cui è vittima.*

Tuttavia, in tale contesto va anche ricordato che, come discende dall'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 e come ricordato al punto 34 della presente sentenza, un giudice di uno Stato membro, da un lato, non può emettere un'ingiunzione nei confronti di un prestatore di servizi di hosting per ordinargli di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzate né, d'altro lato, costringerlo a ricercare attivamente fatti o circostanze sottese al contenuto illecito.

A tale riguardo, va segnatamente rilevato che, come si evince dal considerando 41 della direttiva 2000/31, il legislatore dell'Unione, adottando quest'ultima, ha inteso stabilire un equilibrio tra i vari interessi in gioco.

Pertanto, l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31 implica che l'obiettivo perseguito da un'ingiunzione, come quella menzionata all'articolo 18, paragrafo 1, della stessa direttiva, letto alla luce del suo considerando 41, consistente in particolare nel tutelare efficacemente la reputazione e l'onore di una persona, non

può essere perseguito mediante un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di hosting.

Tenuto conto di quanto precede, occorre che le informazioni equivalenti cui fa riferimento il punto 41 della presente sentenza contengano elementi specifici debitamente individuati dall'autore dell'ingiunzione, quali il nome della persona interessata dalla violazione precedentemente accertata, le circostanze in cui è stata accertata tale violazione nonché un contenuto equivalente a quello dichiarato illecito. Differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di hosting interessato ad effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto.

Ciò posto, un obbligo come quello descritto ai punti 41 e 45 della presente sentenza, da un lato, nella misura in cui si estende anche alle informazioni di contenuto equivalente, risulta sufficientemente efficace per garantire la tutela della persona oggetto di dichiarazioni diffamatorie. Dall'altro, tale tutela non viene garantita tramite un obbligo eccessivo imposto al prestatore di servizi di hosting, in quanto la sorveglianza e la ricerca che richiede sono limitate alle informazioni contenenti gli elementi specificati nell'ingiunzione e il loro contenuto diffamatorio di natura equivalente non obbliga il prestatore di servizi di hosting ad effettuare una valutazione autonoma, e quest'ultimo può quindi ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati.

Pertanto, una siffatta ingiunzione non è, in particolare, tale da imporre al prestatore di servizi di hosting un obbligo di sorvegliare, in via generale, le informazioni da esso memorizzato, né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2000/31"¹⁷.

Anche la Corte di Cassazione, con sentenza n. 7708/2019, ha ammesso l'inibitoria *pro futuro* relativamente a specifici programmi pubblicati in violazione del diritto d'autore accogliendo il motivo di impugnazione dell'erronea decisione Corte di Appello di Milano del 7 gennaio 2015 – che invece negava tale possibilità al titolare dei diritti di proprietà intellettuale e industriale – relativo alla violazione e falsa applicazione degli artt. 41 Cost., 78-ter, 79, 156 e 163 l. aut., 4 e 5 d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, considerando 40, 45 e 48 direttiva 2000/31/CE, art. 8 e considerando 9 direttiva 2000/29/CE, artt. 9 e 11 e considerando 9, 23, 24 e 32 45 e 48 direttiva 2004/48/CE, delle direttive 95/46/CE e 2002/58/CE, art. 1, par. 1 Cedu e artt. 11, 16, 17, par. 2 e 52, par. 1, Carta dei diritti UE.

E ancora la recente decisione della Corte di Giustizia pare ulteriormente consolidare l'orientamento già espresso in passato con riguardo alla protezione del diritto d'autore e ai limiti del monitoraggio dei contenuti

¹⁷ Così Corte di Giustizia UE 3 ottobre 2019 § 40–47.

digitali richiesto dal titolare dei diritti al prestatore di servizi della società dell'informazione.

Si veda, innanzitutto, Corte di Giustizia UE 12 luglio 2011 che in applicazione dell'art. 11 della Direttiva 2004/48/CE, ai sensi della quale gli Stati membri devono far sì «*che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale*» ha statuito che «*la competenza attribuita, conformemente all'art. 11, terza frase, della stessa direttiva, agli organi giurisdizionali nazionali deve consentire a questi ultimi di ingiungere al prestatore di un servizio online (...) di adottare provvedimenti che contribuiscano in modo effettivo, non solo a porre fine alle violazioni condotte attraverso tale mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni*»¹⁸.

Si segnala in senso favorevole all'obbligo di filtraggio *ex post* oltre al citato caso del Tribunale di Milano anche il provvedimento d'urgenza del Tribunale di Torino – Sezione Specializzata in materia di Impresa, 3 giugno 2015, ord. Est. Scotti, caso Delta Tv c. Dailymotion, che ha ammesso i seguenti ordini cautelari¹⁹:

- di inibitoria *de futuro* e di rimozione di contenuti digitali corrispondenti in tutto o in parte a quelli oggetto di diffida, ritenendo il giudicante che l'ordine, circostanziato, all'intermediario di inibire il caricamento di nuovi contenuti già rimossi non debba considerarsi assimilabile all'obbligo generale e preventivo escluso dal D.lgs. 70/2003, trattandosi pur sempre di esecuzione di ordine successivo e mirato;

- di comunicazione, ai sensi del comb. disp. artt. 156 e 156 *bis* LDA, dei dati in possesso dell'*hosting provider* Dailymotion utili per identificare gli utenti responsabili del caricamento del contenuto digitale in violazione della Legge sul Diritto d'Autore.

Ogni nuovo caricamento del contenuto digitale illecito su URL diverso, successivo alla diffida di rimozione o all'inibitoria giudiziale, non rappresenta, invero, un nuovo contenuto diverso da quello precedentemente rimosso perché l'URL costituisce semplicemente l'indirizzo telematico della risorsa digitale suscettibile di infinite variazioni per sottrarsi all'inibitoria, fermo restando l'identità del contenuto digitale tutelato²⁰.

¹⁸ Corte di giustizia UE 12 luglio 2011, c- 324/09, *L'Oréal*, cit., punti 127, 131.

¹⁹ Pubblicati in *Riv. dir. ind.*, 2017, 3 ss. con nota di E. TOSI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità civile degli hosting provider – passivi e attivi – tra tipizzazione normativa e interpretazione evolutiva applicata alle nuove figure soggettive dei motori di ricerca, social network e aggregatori di contenuti*, loc. cit., 75 ss.;

²⁰ Si veda sul punto anche Tribunale Milano – Sezione specializzata in materia di impresa – ordinanza 12 aprile 2018 – Giud. Giani – Arnoldo Mondadori Editore s.p.a. c. Fastweb s.p.a., Telecom Italia s.p.a., Tiscali Italia s.p.a., Vodafone Italia s.p.a., Wind Tre s.p.a. (in *AIDA*, 2018, 1874 ss.) secondo cui “La mancanza in giudizio degli autori degli illeciti (nella specie: i titolari dei siti web ospitanti i contenuti protetti dal diritto d'autore) non esclude l'ammissibilità della domanda cautelare nei confronti

Tale attività di rintraccio telematico del contenuto digitale tutelato può essere tecnicamente effettuata utilizzando specifici programmi software – nel caso di specie *Content ID* utilizzato da Yahoo! – che basati sull'utilizzo di "impronte digitali" (c.d. *fingerprint*) abbinate univocamente al contenuto digitale tutelato non richiedono irragionevole impiego di risorse preposte allo scopo.

In merito all'obbligo di filtraggio si esprime anche il *leading case* Corte di Giustizia UE 24 novembre 2011 – nel ben noto caso SCARLET c. SABAM – ritenendo inammissibile l'imposizione in capo all'ISP di sistemi di filtraggio generalizzati e preventivi dei contenuti digitali a tutela dei diritti di proprietà intellettuale non escludendo, invece, l'ammissibilità di obblighi di filtraggio specifici e successivi a partecipazione di conoscenza del contenuto digitale illecito mediante diffida²¹.

In senso favorevole all'obbligo di filtraggio circostanziato *ex post* – quindi successivo a diffida di rimozione relativa a contenuti digitali illeciti – pare esprimersi anche la sentenza della Corte di Giustizia UE 27 marzo 2014,

dei terzi intermediari, quali sono i fornitori di servizi di connessione ad internet, in quanto tra gli uni e gli altri non è ravvisabile un litisconsorzio necessario. Indipendentemente dalla loro responsabilità nelle violazioni l'autorità giudiziaria può disporre contro gli intermediari di servizi di connessione ad internet i provvedimenti cautelari idonei a vietare la prosecuzione degli illeciti e prevenirne la ripetizione.

È compatibile con il divieto di gravare gli ISP di oneri generali di sorveglianza irrogare ad un prestatore di servizi di connessione ad internet l'ordine di adottare le più opportune misure tecniche per disabilitare l'accesso ai medesimi contenuti già accertati come illeciti – a prescindere dal nome di dominio del sito web, in continua mutazione per deliberata e palese volontà dell'autore della violazione – subordinando l'efficacia del comando cautelare all'invio formale (per PEC o raccomandata con avviso di ricevimento) dal ricorrente al resistente di una specifica segnalazione delle nuove violazioni. Qualora il prestatore di servizi di connessione alla rete sia destinatario dell'ordine di disabilitare l'accesso degli utenti ai siti cd. "alias" (in quanto ospitanti i medesimi contenuti già qualificati come illeciti in via cautelare dall'autorità giudiziaria) che gli siano specificamente segnalati dal ricorrente dopo l'irrogazione del comando cautelare l'assenza di responsabilità dell'ISP nelle correlative violazioni dei diritti d'autore giustifica l'attribuzione a suo beneficio resistente del diritto di richiedere al predetto ricorrente il rimborso delle spese tecniche, strettamente necessarie ed inerenti, sopportate per ottemperare alla misura giudiziale.

Nel caso di irrogazione di penalità di mora a tutela dei diritti di proprietà intellettuale l'art. 614-bis c.p.c. affida alla responsabilità del creditore l'allegazione e la prova del concreto realizzarsi delle condotte inibite dall'ordinanza cautelare, per sua natura immediatamente esecutiva; mentre al debitore è assicurata la possibilità di contestare queste allegazioni circa l'intervenuta violazione dell'inibitoria in sede di incidente di esecuzione".

²¹ Tiene conto del principio dell'inammissibilità di obblighi di filtraggio in capo all'ISP anche la decisione Trib. Roma, 13 dicembre 2011 – *Sez. specializzata in proprietà industriale ed intellettuale*, ord., pubblicata pure in Appendice a F. BASSAN-E. TOSI (a cura di), *Diritto degli Audiovisivi*, cit. e *Dir. informaz. e informatica*, 2012, 462, con nota di F. MERLA, *Attività di "filtraggio" dei contenuti online, diritti di privacy e libertà di impresa*.

caso UPC c. Telekabel²².

La richiesta cautelare – ai sensi del comb. disp. di cui agli artt. 156 e 156 bis LDA – all'*hosting provider*, da parte del titolare dei diritti di proprietà intellettuale, di comunicazione – immediata e diretta – dei dati identificativi degli utenti a cui risulta ascrivibile il caricamento dei contenuti illeciti deve considerarsi inammissibile nei confronti dell'*hosting provider* in quanto lesivo del principio di proporzionalità tra tutela dei diritti di proprietà intellettuale e i contrapposti diritti alla riservatezza e alla libertà di espressione²³.

Secondo la recente sentenza della Cassazione n. 7708/2019 “la comunicazione al prestatore del servizio deve essere idonea a consentire al destinatario la comprensione e l’identificazione dei contenuti illeciti: a tal fine, deve allora aversi riguardo ai profili tecnico-informatici per valutare se, nell’ipotesi di trasmissione di prodotti video in violazione dell’altrui diritto di autore, questi siano identificabili mediante la mera indicazione del nome della trasmissione da cui sono tratti e simili elementi descrittivi, oppure occorra anche la precisa indicazione del cd. indirizzo “url” (*uniform resource locator*), quale sequenza di caratteri identificativa dell’indirizzo cercato; ciò,

²² Corte di Giustizia UE, 27 marzo 2014, caso UPC c. Telekabel, rileva che: “11. La Constantin Film e la Wega, due società di produzione cinematografica, avendo constatato che un sito Internet offriva senza il loro accordo la possibilità di scaricare o quella di guardare in « streaming » taluni film da esse prodotti, adivano il giudice del procedimento sommario al fine di ottenere, sulla base dell’articolo 81, paragrafo 1a, dell’UrhG, la pronuncia di un’ordinanza con cui si ingiungesse all’UPC Telekabel, un fornitore di accesso ad Internet, di bloccare l’accesso dei suoi abbonati al sito Internet in parola, dal momento che tale sito pone a disposizione del pubblico, senza il loro consenso, opere cinematografiche sulle quali esse dispongono di un diritto connesso al diritto d’autore. 12. Con ordinanza del 13 maggio 2011, lo *Handelsgericht Wien* (Austria) vietava all’UPC Telekabel di fornire ai suoi abbonati l’accesso al sito Internet contestato, indicando che tale divieto avrebbe dovuto essere attuato in particolare mediante il blocco del nome del dominio e dell’indirizzo IP (« Internet Protocol ») attuale nonché di ogni altro indirizzo futuro di cui tale società possa venire a conoscenza. (omissis) Infatti, la direttiva 2001/29 dispone che le misure che gli Stati membri sono tenuti ad adottare per conformarsi alla medesima abbiano l’obiettivo non solo di far cessare le violazioni inferte al diritto d’autore o ai diritti connessi, ma altresì di prevenirle (v., in tal senso, sentenze del 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10, Racc. pag. I-11959, punto 31, e del 16 febbraio 2012, *SABAM*, C-360/10, punto 29). (Omissis) 50. Orbene, un’ingiunzione, quale quella di cui al procedimento principale, fa pesare in capo al suo destinatario un obbligo che limita il libero utilizzo delle risorse a sua disposizione, in quanto lo obbliga ad adottare misure che possono rappresentare un costo notevole per lo stesso, avere un impatto considerabile sull’organizzazione delle sue attività o richiedere soluzioni tecniche difficili e complesse”.

²³ Così Tribunale di Torino, 19 ottobre 2015, ord. – Pres. Est. Contini, caso *Dailymotion c. Delta TV*, in ordine al rigetto in sede di reclamo di entrambi gli ordini cautelari disposti dal citato Tribunale di Torino del 3 giugno 2015: (i) l’inibitoria relativa a contenuti digitali illeciti già caricati prima della diffida ma ivi non richiamati; (ii) l’ordine di comunicazione dei dati degli utenti responsabili del caricamento del contenuto digitale illecito. Si veda E. MAGGIO, *Il diritto di impresa non può prevalere sulla privacy e sulla tutela dei diritti della persona*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 2, 75; D. MULA, *La responsabilità e gli obblighi degli Internet Provider per violazione del diritto d’autore*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, 3, 252.

trattandosi di responsabilità aquiliana sorta al momento della condotta omissiva, alla stregua dello sviluppo tecnologico dell'epoca dei fatti".

Al fine di poter ottenere dal prestatore di servizi di hosting la cessazione di qualsiasi ulteriore danno agli interessi in causa, è legittimo che il giudice competente possa esigere da tale prestatore di servizi di hosting di bloccare l'accesso alle informazioni memorizzate, il cui contenuto sia identico a quello precedentemente dichiarato illecito, o di rimuovere tali informazioni, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime.

Di tal guisa che il giudice competente potrà altresì ordinare – anche a *livello globale* nei limiti del diritto internazionale privato – a un *prestatore di servizi di hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia identico o equivalente a quello di un contenuto digitale precedentemente dichiarato illecito.

Per quanto riguarda il *principio di equivalenza delle informazioni illecite* la Corte di Giustizia UE chiarisce che "l'illiceità del contenuto di un'informazione non è di per sé il risultato dell'uso di alcuni termini, combinati in un certo modo, ma del fatto che il messaggio veicolato da tale contenuto è qualificato come illecito, trattandosi, come nel caso di specie, di dichiarazioni diffamatorie aventi ad oggetto una determinata persona".

Conseguentemente, i fornitori di servizi di *hosting* possono essere destinatari di ordini inibitori giudiziali che non siano limitati alla rimozione di una data informazione illecita ma che abbia l'effetto di obbligare l'operatore a ricercare e rimuovere non solo tutti i contenuti identici a quello qualificato illecito ma anche tutti i contenuti equivalenti, che riproducano nella sostanza il contenuto qualificato illecito, qualunque sia l'autore della richiesta di memorizzazione delle medesime.

Occorre quindi, si ribadisce, che lo statuito, condivisibile, *principio dell'ammissibilità del monitoraggio ex post del contenuto digitale equivalente a quello originariamente censurato in quanto illecito* – per usare le parole della sentenza della Corte di Giustizia in commento – per potersi considerare compatibile con il quadro normativo comunitario vigente soddisfi i seguenti requisiti essenziali:

- *specificità degli elementi illeciti* debitamente individuati nell'ingiunzione originaria;
- *contenuto identico o equivalente* a quello dichiarato illecito.

Intendendosi per equivalente il contenuto che presenti differenziazioni minime rispetto al contenuto dichiarato illecito che non richiedano autonoma valutazione da parte dell'hosting provider destinatario dell'obbligo di monitoraggio *ex post*: "differenze nella formulazione di tale contenuto equivalente rispetto al contenuto dichiarato illecito non devono, ad ogni modo, essere tali da costringere il prestatore di servizi di hosting interessato ad

effettuare una valutazione autonoma di tale contenuto”.

Di tal guisa che il prestatore di servizi di *hosting* possa, quindi, agevolmente ricorrere a tecniche e mezzi di ricerca automatizzati dei contenuti digitali illeciti identici o equivalenti nei termini illustrati.

Così pure statuisce l'art. 17, paragrafo 4, in particolare *sub* lettera c) della Direttiva UE 790/2019 che impone ai prestatori di servizi di condivisione di contenuti l'obbligo di dimostrare per beneficiare dell'esonero di responsabilità aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e *aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro*.

Qualora non sia concessa alcuna autorizzazione – così recita il citato art. 17.4 della Direttiva 790/2019 – i prestatori di servizi di condivisione di contenuti online sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione del pubblico, di opere e altri materiali protetti dal diritto d'autore, a meno che non dimostrino di:

- a) aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione, e
- b) aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti; e in ogni caso,
- c) aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro conformemente alla lettera b).

La decisione favorevole all'obbligo di filtraggio *ex post* della citata sentenza della Corte di Giustizia UE pare, dunque, corretta e in linea con l'ordinamento comunitario oltre che funzionale all'efficiente protezione dei legittimi diritti del titolare di diritti di proprietà intellettuale e industriale in relazione ai contenuti digitali pubblicati *online*.

Non si tratta, infatti, di imporre giudizialmente un obbligo generale *ex ante* – vietato, come si è rilevato *supra*, dall'art. 17 del D.lgs. 70/2003 – quanto, invece, di un obbligo particolare – circostanziato – di prevenzione o rimozione di nuove violazioni, ormai prevedibili, relativamente allo *stesso contenuto digitale illecito* già in precedenza comunicato formalmente all'ISP o a *contenuti digitali equivalenti* che presentino minime differenze rispetto al contenuto oggetto di inibitoria, tali da non richiedere autonoma valutazione da parte del prestatore di servizi della società dell'informazione.

Richiedere tale condotta attiva al prestatore di servizi successivamente all'individuazione di contenuti digitali illeciti da parte del titolare dei diritti

di proprietà intellettuale e industriale – *rectius ex post* – al fine di prevenire la reiterazione della condotta illecita in relazione allo *stesso contenuto digitale illecito* – o a *contenuti digitali equivalenti* – pare senza dubbio compatibile, anche a mente del generale principio di bilanciamento dei diritti contrapposti, con la tutela costituzionale della libertà di impresa e più in generale del diritto comunitario.

Abstract

**HOSTING PROVIDER CIVIL LIABILITY AND JUDICIAL REMOVAL OF
EQUIVALENT ILLICIT DIGITAL: EX ANTE MONITORING OBLIGATION
ABSENCE AND EX POST ADMISSIBILITY**

Lo studio approfondisce il problema della tutela dei contenuti digitali in relazione all'esenzione di responsabilità civile applicabile agli Internet Service Provider *passivi*. In particolare si dimostra l'inapplicabilità di tale esenzione alla responsabilità civile dei motori di ricerca, aggregatori di contenuti e social network – Internet Service Provider *attivi* – soggetti alla responsabilità civile comune. Si considera, infine, l'obbligo generale di sorveglianza applicabile agli *hosting provider*: escluso dalla legge *ex ante* (art. 15, Direttiva CE 31/2000 e art. 17, D.Lgs. 70/2003) ed ammesso invece *ex post* limitatamente ai contenuti digitali illeciti identici o equivalenti a quelli oggetto di inibitoria giudiziale.

The paper deals with the problem of digital content protection in connection with exemption of civil liability applicable to passive Internet Service Provider. In particular is analyzed exemption inapplicability to the civil liability of passive Internet Service Provider: that is the case of reaserch engines, contents aggregator and social networks which undergo common civil liability rule. Last but not least are highlighted issues relating with hosting provider monitoring general obligation of illicit digital contents: excluded by law ex ante (art. 15, EC Directive 31/2000 and art. 17, Legislative Decree 70/2003) and admitted indeed ex post only with reference to digital contents identical or equivalent to those object of judicial order.

LA RELAZIONE DELL'ESPERTO NELLE OPERAZIONI MERGER LEVERAGED BUY OUT (MLBO)

SANTE CASONATO
Dottore commercialista

SOMMARIO: 1. Presupposti, rischi e ragionevolezza nelle operazioni *mlbo*. – 2. L'attestazione dell'esperto: un adempimento complesso, tra prassi e modelli. – 3. L'approccio metodologico per il rilascio dell'attestazione. – 4. La sostenibilità finanziaria. – 5. L'attestazione nella particolare ipotesi di fusione inversa. – 6. La mancata attuazione del piano; sindacato del giudice sul "merito" e responsabilità.

1. – Si sente spesso parlare di *merger lbo*¹ come di un'operazione atta a creare valore mediante l'utilizzo di finanza straordinaria², traslando il costo

¹ F. BUTIGNON, Leveraged Buy-Out (LBO), in *Dizionario di Economia e Finanza, Treccani.it (L'Enciclopedia Italiana)*, www.treccani.it, 2012, definisce l'operazione *lbo* come la «tecnica di acquisto di una partecipazione (totalitaria o di controllo) di una società, di un'azienda, di un ramo d'azienda o di un gruppo di attività (*target*), che ha come caratteristica quella di ricorrere al debito per finanziare la maggior parte del valore di acquisto. Il rimborso del debito così contratto è collegato alla generazione di flussi di cassa e/o alla cessione di attività del *target*». – L'art. 2501-bis c.c. ha introdotto anche nel nostro ordinamento la disciplina del *lbo*, nello schema classico di acquisizione del controllo della società *target* da parte di altra società definita *raider*, spesso appositamente costituita (*leveraged cash out*). Tale operazione è anche definita *highly leveraged transaction* (HLT), o, ancora *"bootstrap transaction"*, la cui caratteristica fondamentale consiste nel fatto che tutta, o comunque la maggior parte di tale acquisizione, è finanziata "facendo leva" sull'indebitamento e permettendo alla società, attraverso un *borrower* (mutuatario), di realizzare operazioni altamente speculative che, conseguentemente, promettono tassi di rendimento molto più elevati.

² Per M. REBOA, *Le operazioni di leveraged buy out e l'art. 2501-bis*, in *Riv. dott. comm.*, 2003, 1216, un'operazione di *lbo* può essere la chiave di volta per ripensare in profondità un'impostazione strategica non più al passo con l'evoluzione dei tempi; essa, in altri termini, può rappresentare il momento di rottura con il passato e costituire l'occasione per insediare al vertice aziendale una leadership fortemente motivata e sistematicamente tesa a migliorare i risultati aziendali, sollecitata in ciò da un conto economico "irrigidito" dagli oneri derivanti dal finanziamento acceso per l'acquisizione. G. GIARETTA, *Il leveraged buy out: delitto perfetto o ingegneria finanziaria?*, in *Riv. di scienze della comunicazione*, 2/2012, 159, ricorda l'utilità che, secondo l'opinione prevalente, le operazioni *lbo* possono avere in termini di crescita economica e di sviluppo delle aziende e della società globalmente intesa. SCARLATA, *Tu non fallire mai: quando il codice civile incontra il codice penale... chi sopravvive?*, definisce il *lbo* "socialmente utile in quanto crea ricchezza, con impegno, grande professionalità e volontà di sviluppo, si crea valore e si evitano rischi di indebolimento competitivo, di appassimento imprenditoriale e di impoverimento delle nostre aziende".

dell'acquisizione sul patrimonio della società acquisita ³.

Da un diverso punto di vista, trattasi di un'anticipata restituzione di conferimenti e riserve a favore dei soci cedenti ⁴, finanziata con il ricorso ad un debito che verrà accollato alla società *target*, la quale dovrà ripianarlo con i rendimenti futuri, ponendo con ciò in contrasto gli interessi dei soci di maggioranza con quelli di minoranza, nonché con gli interessi dei creditori. ⁵

Acquistare le aziende *with their own cash flows*, al di là dall'essere propriamente conciliabile con una concezione etica degli affari ⁶, è tuttavia – a determinate condizioni – una pratica legittima ⁷, che può essere utile e intelligente ⁸, ma anche rischiosa e pericolosa ⁹, perché può distruggere valore; non a caso quindi le operazioni *mlbo* assumono anche la

³ MONTALENTI, *Il leveraged buyout*, Milano, 1991, 3.

⁴ G. STRAMPELLI, *Distribuzione ai soci e tutela dei creditori*, Torino, 2009, 21, nt. 75, fa notare che il termine "distribuzione" è inteso in senso ampio, come accade per lo più negli ordinamenti anglosassoni, ove con esso si fa riferimento non soltanto alla distribuzione di dividendi, ma anche alle restituzioni di aliquote patrimoniali ai soci mediante l'acquisto di azioni proprie o a seguito della riduzione reale del capitale sociale.

⁵ E. TARTAGLIA, *Leveraged buy out. Rischi ed opportunità*, Rimini, 2009, 114, sottolinea che il voto della *newco*, nell'assemblea della *target* che delibera in merito alla fusione, in linea teorica può soggiacere all'applicazione degli artt. 2373 e 2479-ter c.c. (conflitto di interesse); nella realtà, se l'operazione è conforme all'art. 2501-bis c.c., cioè se la stessa risulta garantire l'equilibrio economico e finanziario della *target*, anzi con una previsione di accrescimento di valore, l'ipotesi del danno a carico della società *target* viene a cadere e, quindi, il voto risulta non inquinato da conflitto di interesse.

⁶ Sul punto cfr. V. BUONOCORE, *Postfazione sull'etica degli affari e sull'impresa etica*, cit. in nota da C. CINCOTTI, *Merger leverage buy-out, sostenibilità dell'indebitamento e interessi tutelati dall'ordinamento*, in *Riv. soc.*, 2011, 639.

⁷ Sulla liceità della distribuzione di dividendi finanziata mediante l'attuazione di operazioni di *leveraged cash out* cfr. M.S. SPOLIDORO, *Legalismo e tutela dei diritti: leveraged buy out e leveraged cash out nel nuovo diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 2008, 1035 ss. Cass. pen., 18 maggio 2006, n. 23730 ha dichiarato che il *mlbo* non ha più possibilità di qualificarsi come di interesse penale. Potrebbe tuttavia configurare bancarotta societaria, ex art. 223, comma 2, n. 2, l. fall., qualora, al momento del suo avvio, non sia sorretto da un effettivo progetto industriale e risulti, pertanto, proiettato verso un'attività incapace di generare effettiva ed adeguata ricchezza, violando così la doverosa tutela del patrimonio societario posto a garanzia dei creditori.

⁸ S. CACCHI PESSANI, *La tutela dei creditori nelle operazioni di merger leveraged buy-out*, 2007, 9, fa notare che l'idea che trattisi di operazioni necessariamente "speculative" e "abusive" contrasta con la circostanza che né il promotore dell'operazione, né i suoi finanziatori, hanno motivo per pregiudicare gli interessi e le aspettative dei soci di minoranza e dei creditori della *target*.

⁹ F. SATTIN, *Quale futuro per il private equity?*, in *Riv. dott. comm.*, 2/2012, 374. MONTALENTI, *Il leverage buy out*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1999, la definisce "una tecnica predatoria dei patrimoni societari". Secondo F. BUTTIGNON, *op. cit.*, "per quanto la società *target* sia accuratamente selezionata e gli interventi sul *management* e sulla gestione siano attentamente governati, il livello di rischio di queste operazioni è elevato, dato l'ampio utilizzo del debito: per questo il rendimento atteso sull'*equity* è tendenzialmente alto e il rendimento realizzato (IRR, *Internal Rate of Return*) piuttosto volatile".

denominazione di “fusioni pericolose”¹⁰.

Nell'ordinamento italiano, la liceità delle operazioni di *mlbo* va letta in stretta relazione al divieto di assistenza finanziaria prevista dall'art. 2358 c.c., la cui problematica assume connotati nettamente diversi prima e dopo la riforma del diritto societario del 2003.

Prima dell'introduzione dell'art. 2501-*bis* c.c., il dibattito sulla liceità delle stesse era infatti particolarmente acceso, mentre all'esito della riforma, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono che le operazioni di *mlbo*, che rispettino il dettato dell'art. 2501-*bis* c.c., non possano più considerarsi in frode rispetto all'art. 2358 c.c.¹¹.

La liceità¹² e i vantaggi di tali operazioni, specificatamente nella loro variante di *family buy out* (*fbo*)¹³, necessitano, in ogni caso, di particolare attenzione sotto il profilo fiscale (in termini di abuso del diritto), poiché nel contesto italiano può capitare che la legittimità delle scelte imprenditoriali rimanga “finanziariamente condizionata”, cioè tutelata nel suo “nucleo essenziale”, ma condizionata da esigenze di equilibrio di bilancio e di

¹⁰ M.S. SPOLIDORO, *Fusioni pericolose* (merger leveraged buy out), in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2007, rileva come il *mlbo* fra società di cui una possieda l'intero capitale dell'altra di regola non è pericoloso per i soci o per il mercato azionario, mentre può nuocere gravemente ai creditori. D. GALLETTI, *Leveraged buy out ed interessi tutelati: appunti per la ricognizione della fattispecie*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 443. A. VICARI, *Commento all'art. 2501-*bis* c.c.*, in *Comm. Gabrielli*, vol. 3, 2015, 1494, fa notare che “a ritenere l'art. 2358 c.c. applicabile alla fusione preceduta dall'acquisizione mediante indebitamento, si dovrebbe anche, a rigore, estendere alla medesima tipologia di operazioni (per identità di ratio) l'art. 2474 c.c., con conseguente sostanziale irrealizzabilità di *merger lbo* su s.r.l.”.

¹¹ G. SALATINO, *Le operazioni di fusioni a seguito di acquisizione con indebitamento* (merger leveraged buy-out), in *Giur. comm.*, 2018, II, 374, il quale, in una interessante e critica trattazione sul meccanismo negoziale delle operazioni di *mlbo*, potenzialmente finalizzato ad aggirare il divieto di assistenza finanziaria *ex art.* 2358 c.c., sottolinea però che «tuttora, l'inserimento nel nostro codice civile dell'art. 2501-*bis* c.c., non ha fugato ogni dubbio. E i dubbi rimangono anche all'esito della riforma dell'art. 2358 c.c. da parte del d. lgs. 4 agosto 2008, n. 142».

¹² A. DI PASQUALE – M.A. DE LUCA, *La riforma dell'assistenza finanziaria ai sensi del D.lgs. n. 142/2008*, in *Diritto e Pratica delle Società*, 2009, 1, 65. La norma fa salva l'applicabilità dell'art. 2501-*bis* per cui l'operazione di *lbo* sarà disciplinata dall'art. 2501-*bis* c.c. e, per quanto concerne le specifiche garanzie rilasciate dalla società bersaglio per l'acquisto delle proprie azioni, dall'art. 2358 nella nuova formulazione.

¹³ Il *family buy out* (*fbo*) è una variante tipica del *mlbo*, che la prassi societaria ha da tempo elaborato e che si verifica nel caso in cui alcuni componenti di un nucleo familiare intendano avvicinarsi, con la volontà di mantenere la proprietà della società target nelle mani della stessa famiglia o di un ristretto numero di membri della stessa. M.C. LUPETTI, *Il finanziamento dell'operazione: family buy out*, in *I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2006, fa notare che fino ad oggi, da quanto risulta dalle cronache dei giornali, il *family buy out* è stato sovente utilizzato per risolvere dissidi insorti tra i membri della famiglia ricoprenti funzioni e responsabilità imprenditoriali oppure per consentire a un ramo familiare di prendere il controllo dell'azienda in situazioni di azionariato frastagliato. M. PANNELLI, *Cambio generazionale: i piani di risanamento*, in *PMI*, 2011, 39 ricorda che in Italia il fenomeno dell'impresa familiare si interseca con quello della piccola e media impresa.

sistema, che portano l'Amministrazione finanziaria a riconfigurare l'operazione ai fini di una maggiore tassazione, in un clima di oramai sistematica esigenza di cassa per evitare le gravose conseguenze sui disastri conti pubblici e sull'equilibrio sociale ¹⁴.

Il pericolo dell'operazione è collegato al fatto che, col crescere della leva finanziaria, aumenta non solo il rischio dell'investimento azionario, ma soprattutto il rischio che, oltre certi limiti, il debito non possa più essere ripagato, mettendo a repentaglio la sopravvivenza dell'azienda ed esponendo i terzi e il sistema alle conseguenze dell'insolvenza¹⁵; in tale situazione, il c.d. *downside risk* non graverebbe solo sui *residual claimants*, andando invece a detrimento anche delle posizioni dei creditori e dei terzi in genere.

La distruzione del valore per effetto della fusione¹⁶, soprattutto quando l'acquirente è una *shell company*, determina una lesione degli interessi dei soci di minoranza, ponendo così il problema della legittimità dell'operazione (che giustificherebbe l'opposizione ai sensi degli artt. 2503 e 2503-bis) in tutti quei casi in cui, al termine del piano, il valore della società *target* dovesse essere inferiore a quello posseduto prima della fusione.

L'operazione si presta anche a possibili collusioni fra amministratori e soci di maggioranza, questi ultimi interessati a disinvestire il loro capitale, ottenendone il rimborso anticipato ed eludendo il divieto di restituzione stabilito dalla legge e dallo statuto¹⁷. Sebbene l'attività d'impresa sia per definizione a "rischio" e prosperi grazie al debito e al differenziale fra il costo del capitale e il profitto atteso, l'eventuale insuccesso economico, anche

¹⁴ L'Agenzia delle Entrate ha recentemente emanato la criticata risposta a interpello n. 341 del 23 agosto 2019, prevedendo che un'operazione di riorganizzazione familiare mediante *fbo*, cioè attraverso la costituzione di una *newco* seguita dalla cessione alla stessa delle quote previamente rivalutate e dalla fusione inversa, possa costituire una fattispecie di abuso del diritto ai sensi dell'art. 10 bis della l. n. 212/2000, riconfigurando l'operazione come un recesso "atipico" e facendo rientrare i redditi nella categoria di redditi diversi di natura finanziaria.

¹⁵ E. TARTAGLIA, *op. cit.*, 2009, 84, fa notare che il rischio più alto sia quello di *default*, ossia la dichiarazione di insolvenza.

¹⁶ F. GHIBERTI, *Leveraged buy-out e bancarotta*, in *Businessjus*, 2009, 2, fa notare come "a ben guardare, i creditori di *target* (una volta divenuti creditori di *target* + *newco*), vedono eroso il patrimonio sul quale soddisfarsi da un debito contratto per acquistare azioni della stessa *target* e quindi, nella loro ottica, senza alcuna contropartita o interesse, anche perché *newco*, sotto il profilo patrimoniale e finanziario non porta nulla in dote".

¹⁷ V. SALAFIA, *Il nuovo art. 2358 c.c. e la relazione con l'art. 2501-bis c.c.*, in *Le Società*, 5/2009, 578, fa notare che «in definitiva, l'operazione risulterebbe compiuta esclusivamente per agevolare l'interesse al recesso dei soci di maggioranza della società finanziatrice, in violazione delle norme secondo le quali il recesso può essere esercitato solo nei casi in cui la legge o lo statuto lo ammettono. In ogni caso essa comporterebbe una diminuzione della garanzia patrimoniale dei creditori di entrambe le società coinvolte».

quando attribuibile a scelte gestionali, potrebbe non generare responsabilità in capo agli amministratori, essendovi una sorta d'immunità a loro favore derivante dal diritto all'errore¹⁸. La discrezionalità gestoria loro concessa e la limitazione del rischio, proprio delle società di capitali, possono quindi favorire atteggiamenti di *moral hazard*, incentivando condotte di gestione altamente rischiose¹⁹ e/o comportamenti opportunistici e, per effetto della separazione patrimoniale, le conseguenze negative ricadrebbero sul patrimonio sociale dell'ente, ma non su quello personale dei soci, che già sono stati liquidati.

Il pericolo che si operi una fusione con una società volutamente indebitata (*acquisition financing*), senza una valida ragione economica o industriale²⁰, diventa in tal modo un rischio riferibile all'intero sistema economico sociale, poiché l'interesse tutelato non è tanto (o non solo) il potenziale pregiudizio in capo ai soci di minoranza e ai creditori, quanto il fatto che l'indebitamento sia stato contratto al solo fine dell'acquisizione del controllo²¹, con pesanti effetti distorsivi sul mercato²².

Si prefigura così l'esigenza di una tutela, che non può essere di tipo meramente negoziale o contrattuale, bensì legale, con l'imposizione di specifici obblighi e conseguenti responsabilità in capo agli organi gestori e a quelli di controllo²³, che vengono gravati dal dovere di una specifica produzione documentale e da un procedimento attuativo puntualmente

¹⁸ F. BONELLI, *Responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 638 ss.

¹⁹ F. DENOZZA, *Logica dello scambio e "contrattualità": la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, 2015, I, 38 ss.

²⁰ L.G. PICONE, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Contr. impr.*, 2003, 1433, precisa ulteriormente che gli amministratori dovranno indicare gli obiettivi dell'intera operazione; tali non devono intendersi gli obiettivi propri dell'acquirente (cioè gli obiettivi che egli intende realizzare con l'acquisizione), bensì gli obiettivi di carattere imprenditoriale che, nonostante l'indebitamento derivante dalla fusione, la società potrà raggiungere.

²¹ Per V. SALAFIA, *Il nuovo art. 2358 c.c. e la relazione con l'art. 2501 bis c.c.*, in *Società*, 2009, 577, ciò che si intende impedire è che la complessa operazione venga usata come uno strumento per impadronirsi esclusivamente del patrimonio della controllata.

²² L'Orientamento L.B.2 del COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI precisa "che dette disposizioni sono volte essenzialmente ad evitare comportamenti distorsivi del mercato e dell'economia, posti in essere sfruttando la leva finanziaria attuata mediante l'acquisto del controllo di società con finanziamenti destinati ad essere garantiti o rimborsati con il patrimonio delle medesime società acquistate. In altre parole, è nella fisiologia del sistema che una società non possa acquistare il controllo di un'altra mediante indebitamento se non sia dotata di adeguate garanzie o risorse economiche, anche solo potenziali. Tale circostanza garantisce di per sé l'impossibilità del crearsi di concentrazioni imprenditoriali prive di un adeguato piano economico e finanziario che ne assicuri la sopravvivenza, ovvero il crearsi di concentrazioni giustificate esclusivamente da intenti speculativi di breve respiro".

²³ F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, 17.

“controllato” e “rafforzato”, rendendo consentita la fusione con indebitamento non in via generale, ma solo nei limiti di una “ragionevolezza”²⁴ che le risorse indicate siano nel futuro capaci di ripianare l’esposizione debitoria.

È pertanto richiesta una preliminare informazione aggiuntiva, da rendere sia nel progetto di fusione (risorse finanziarie per il soddisfacimento delle obbligazioni della società post-fusione) sia nella relazione degli amministratori (piano economico e finanziario, indicando le fonti e gli obiettivi da raggiungere), che deve essere attestata da un esperto nei termini *infra* descritti²⁵.

Ne consegue che la legittimazione delle operazioni *mlbo* deriva da una documentata e “ragionevole” sostenibilità dell’operazione²⁶, la quale non

²⁴ Sul concetto di ragionevolezza cfr. A. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato*, in *Contr. impr.*, 2005, 619 ss. Il principio di ragionevolezza, in relazione alla adeguatezza degli atti aventi valore di legge rispetto al fine perseguito dal legislatore, indica “non arbitrarietà delle scelte” e fondatezza su giuste ragioni, e trova applicazione (in base ai principi dell’economia aziendale) soprattutto quale parametro per la sindacabilità delle valutazioni dei redattori del bilancio. Nuovi ambiti di applicazione sono riscontrabili nell’ultimo comma dell’art. 2467 (e dall’art. 2497-*quinquies*). G. ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. Busnelli*, 2010, 460, evidenzia che “la ragionevolezza va intesa non tanto come razionalità, cioè come conformità ai dettami più o meno immutabili di una scienza, ma come conformità rispetto a prassi maturate fra gli operatori di questo o quel settore del mercato”. Sulla ragionevolezza *ex* art. 2501-*bis*, comma 4, c.c., cfr. C. CINCOTTI, *Merger leveraged buy-out, sostenibilità dell’indebitamento e interessi tutelati dall’ordinamento*, in *Riv. soc.*, 2011, 646 ss. Cass., 3 settembre 1996, n. 8048, in *Giur. comm.*, 1997, II, 628, (nt. Mucciarelli) ha sancito il principio secondo cui la violazione dei limiti di ragionevolezza, così come quella concernente l’insufficiente enunciazione dei criteri di valutazione, è rimessa al giudice di merito e, se adeguatamente motivata, non è censurabile in sede di legittimità. Per F. SUPERTI FURGA, *Il merger leveraged buy-out nella prospettiva di riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2005, 1025, “di fatto la ragionevolezza finisce per coincidere con l’opinione personale del giudice e non è in alcun modo riferibile a criteri fissi di qualche attendibilità”.

²⁵ D. GALLETTI, *op. cit.*, 433, sottolinea che l’*iter* pianificatorio imposto dall’art. 2501 *bis* c.c. trova la sua giustificazione proprio sul fatto che l’operazione, se non pianificata a priori in modo controllabile, può costituire un rischio significativo per interessi di natura generale, a causa dell’elevato numero di variabili e, quindi, degli scenari da considerare.

²⁶ L’eventuale violazione delle norme contenute nell’art. 2501-*bis* del c.c. comporterà la nullità della deliberazione di fusione; nel caso in cui l’atto di fusione venga stipulato e iscritto nel registro delle imprese, la nullità sarà sanata a norma dell’art. 2504. L.M. QUATTROCCHIO – G. SASSI, *La fusione tramite indebitamento e la relazione dell’esperto*, in *ildiritto degli affari.it*, Milano, 2015, 5, fanno notare che sul piano delle condizioni sostanziali si richiede che l’operazione avvenga a condizioni di mercato, che sia debitamente valutato il merito di credito della controparte e che la misura massima dell’impegno finanziario non ecceda i limiti (utili distribuibili e riserve disponibili) fissati per l’acquisto di azioni proprie, computando anche quelle già eventualmente possedute. In mancanza anche solo di una di queste condizioni, l’operazione costituisce violazione diretta dell’art. 2358 c.c. Per L. MULA, *I soci nelle operazioni straordinarie*, Milano, 2014, 51, se l’informativa fornita dal *management* non

può prescindere da un'attenta previsione dei risultati futuri, ottenibile solo con una corretta applicazione dei principi aziendalistici di adeguatezza e prudenzialità ²⁷.

Tale maggior tutela, che attribuisce una responsabilità diretta agli operatori (cfr. § 5), è tuttavia relegata alle sole ipotesi in cui vi sia un indebitamento di "scopo" ²⁸, finalizzato cioè all'acquisizione del "controllo", dovendosi ritenere elementi essenziali alla fattispecie delineata dall'art. 2501-bis: (a) che vi sia stato un acquisto del controllo; (b) che l'acquisto del controllo sia avvenuto utilizzando lo strumento del debito; (c) che venga effettuata la fusione tra la società acquirente e la società obiettivo; (d) che il patrimonio della società *target* venga utilizzato quale garanzia generica o fonte di rimborso di tale indebitamento ²⁹.

Vanno quindi distinte: (i) le fusioni che rientrano nella fattispecie in esame, nel qual caso il piano (dal contenuto sia finanziario che industriale)

contempla il rimborso integrale dell'indebitamento contratto per l'acquisizione, ovvero i dati previsionali si rivelano incongrui rispetto al rimborso dell'indebitamento, si verserà in un'ipotesi di illiceità dell'operazione, censurabile in prima battuta nel corso dell'assemblea di approvazione e successivamente in sede giurisdizionale.

²⁷ D. BALDUCCI, *Le valutazioni d'azienda nelle operazioni societarie e straordinarie*, Milano, 2019, 250, sottolinea come la relazione degli esperti è garante della ragionevolezza, esaminando, da posizioni esterne, i meccanismi finanziari che ne stanno alla base, in un'ottica di corrispondenza a principi di corretta gestione aziendale della tecnica di acquisizione societaria basata sull'indebitamento. La terzietà degli esperti ancora i controlli ad imparzialità di operato e di giudizio, critico o rafforzativo delle conclusioni esposte dall'organo amministrativo.

²⁸ Per M.S. SPOLIDORO, *Fusioni pericolose*, (merger leveraged buy out), in *Riv. soc.*, 2004, 233, i finanziamenti debbono sorgere e trovarsi in relazione di "mezzo a scopo" rispetto all'acquisizione del controllo. D. GALLETTI, *op. cit.*, 439, arriva così alla conclusione che se il finanziatore ha concesso il prestito avvalendosi delle normali tecniche di copertura e valutazione del rischio di credito, non confidando nei risultati prospettici di un'operazione di *lbo*, non è integrato il rischio tipico presupposto dalla norma. Tuttavia, nel caso ove l'acquisto del controllo sia finanziato dal *raider* interamente con mezzi propri, il finanziamento successivo dell'attività corrente (e successivo anche alla fusione) imporrà l'applicazione della norma ove esso sia pianificato sin dall'inizio come ricorso all'indebitamento necessario per completare l'operazione, anche se in ipotesi l'erogazione della somma sia prevista per un periodo di tempo successivo alla fusione; il prestito può dirsi contratto "per" l'acquisto del controllo, in un nesso funzionale, e non già meramente cronologico.

²⁹ L. ARDIZZONE, *Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento. Commento all'art. 2501 bis*, in *Comm. Marchetti*, 2006, 475 ss. Trib. Milano, 14 agosto 2015. in *De Jure*, ha chiarito come "detto articolo non abbia ad oggetto la disciplina di qualunque fattispecie di fusione con indebitamento, ma solo quelle mediante le quali un soggetto mira ad ottenere il controllo, non disponendone dunque in precedenza, di una società: in tale senso appare deporre il dato testuale del primo comma [...] entro un novero di fattispecie evidentemente più vasto e non illecito: e ciò al fine di imporre una disciplina più stringente, attesi i pregnanti obblighi informativi dettati dai commi successivi all'ipotesi in cui la fusione abbia quale finalità l'acquisizione del controllo, così configurandosi un intento di specifica tutela degli interessi degli azionisti di minoranza della società bersaglio".

sarà obbligatorio e dovrà essere oggetto di analisi da parte dell'esperto; (ii) le altre fusioni (i.e. se l'acquirente è in grado di sostenere e ripianare *stand alone* il debito acceso per l'acquisizione), nel qual caso il piano non sarà comunicato all'esterno, restando agli atti delle società interessate all'operazione e non rendendo necessario il giudizio dell'esperto.

Sono escluse dal perimetro dell'art. 2501 *bis* c.c. le fusioni in cui l'indebitamento sia solo generico, o quando non venga acquisito il controllo, bensì una quota di minoranza ³⁰, ovvero quando l'acquisto sia effettuato per incrementare una precedente partecipazione già di controllo ³¹.

È opinione consolidata che nella definizione di "indebitamento" siano ricompresi anche i prestiti obbligazionari a ciò destinati, i debiti derivanti dalla dilazione di pagamento eventualmente concessa dai cedenti, i finanziamenti effettuati dai soci ³² e quelli in precedenza ricevuti dalla controllata nei limiti del nuovo art. 2358 c.c., senza che rilevi, quindi, la tipologia del contratto ³³.

In una prospettiva sostanzialistica, è evidente che nei casi interessati da una ristretta base societaria delle società coinvolte la norma potrebbe prestarsi a forme elusive, per cui la nozione di controllo (che qui interessa) non deve necessariamente essere circoscritta alle sole fattispecie di controllo azionario contemplate dai nn. 1) e 2) dell'art. 2359 c.c., ma va interpretata tenendo conto degli interessi tutelati dalla disposizione ³⁴, con la conseguenza che deve intendersi rilevante qualsiasi forma di controllo che consenta ad un socio (che prima non aveva tale potere) di influire direttamente ed in maniera determinante sui procedimenti decisionali della società.

Non essendo possibile formulare né un giudizio *a priori*, né una catalogazione che distingua le operazioni tra lecite e illecite ³⁵, ogni *mlbo*

³⁰ L'Orientamento L.B.1 del COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI ritiene rilevante anche il finanziamento per l'acquisto della partecipazione che di per sé non garantisca il controllo, ma che se sommata con le eventuali altre partecipazioni detenute dalla incorporante (mediante acquisto senza indebitamento avvenuto prima o dopo quello con indebitamento), garantisca detto controllo.

³¹ Sul punto la posizione non è unanime. A. VICARI, *op. cit.*, 1494, fa notare come la norma sia applicabile anche se il controllo preesiste al finanziamento, ove questo sia finalizzato ad assicurare un controllo acquisito in precedenza mediante indebitamento e, secondo un'opinione tuttavia minoritaria, anche al caso di operazioni finanziate per il mero rafforzamento del controllo.

³² L.G. PICONE, Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario, in *Contr. impr.*, 2003, 140.

³³ G. SALATINO, *op. cit.*, 383, ritiene, in sintesi, che non vi siano vincoli rispetto alla "forma" dell'indebitamento.

³⁴ M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 232.

³⁵ Trib. Milano, 13 maggio 1999 (c.d. sentenza Trenno), ha introdotto il principio secondo cui la legittimità delle operazioni di *mlbo* non è giudicabile a priori, ma richiede una valutazione caso per caso volta ad accertare se l'operazione sia posta in

deve quindi essere esaminato con attenzione nella sua specificità, proprio al fine di renderlo legittima, colmando o riducendo l'asimmetria informativa tra vecchi e nuovi investitori nella società *target* ed imponendo una piena *disclosure* del piano economico e finanziario e dell'analisi di sostenibilità su cui si fonda l'operazione medesima.

Il giudizio sulla serietà dell'operazione e sulla "ragionevolezza" del processo valutativo compiuto dagli amministratori è affidato ad un *expertise* di congruità da parte di un soggetto qualificato e indipendente (come previsto dal comune disposto degli artt. 2501-*bis* e 2501-*sexies*, c.c.), prescelto all'interno di una specifica categoria di soggetti e designato dal tribunale solo qualora la società risultante dalla fusione sia una società per azioni (o in accomandita per azioni).

L'attività di quest'ultimo ha preliminarmente una funzione informativa, in quanto aiuta i destinatari (soci e creditori) ad analizzare e comprendere le indicazioni fornite dall'organo amministrativo, garantendo *ex ante* la qualità del progetto; allo stesso tempo, ha però anche la principale funzione di rinnovare il giudizio sulla sostenibilità dell'operazione, che i destinatari non hanno potuto condividere nell'ambito del processo ³⁶.

Trattasi quindi di un "parere qualificato" ³⁷ nell'ambito di una funzione di controllo esterna, che ha per oggetto, essenzialmente, il risultato di un autonomo e indipendente processo estimativo delle conclusioni dell'organo gestorio, costituendo un rimedio preventivo interno al processo di fusione; tale attività non si sovrappone a quella dell'organo amministrativo, né la duplica, così che quest'ultimo mantiene inalterata la piena responsabilità conseguente all'analisi sulla sostenibilità dell'operazione.

L'esperto non dovrà quindi "rifare" una stima, ma dovrà attestare la correttezza sostanziale del risultato delle valutazioni compiute dagli amministratori e la sua funzione ha quindi un "carattere pubblicistico", connesso al rispetto della realtà e alla consistenza del capitale sociale ³⁸;

essere con l'unico scopo di ottenere un effetto vietato per legge, oppure se sia espressione di reali esigenze imprenditoriali. Cass., 18 maggio 2006, n. 23730, *cit.*, Trib. Milano, 27 novembre 2008, n. 14099, ha ritenuto che solo attraverso lo strumento della pianificazione, soprattutto finanziaria, si può discernere il lecito dall'illecito: l'operazione è quindi legittima se il progetto di fusione o gli altri documenti informativi depositati a corredo del progetto di fusione contengono informazioni adeguate ed attendibili circa la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie a garantire la continuità dell'equilibrio finanziario della società *target*; se così non è, la fusione potrebbe rivelarsi fonte di danno.

³⁶ S. CACCHI PESSANI, *op. cit.*, 99.

³⁷ D. BALDUCCI, *op. cit.*, 253, ricorda che il giudizio reso dall'esperto è tecnicamente una "*fairness opinion*" e non una "valutazione", da ritenersi, quindi, non vincolante, mancando di efficacia cogente.

³⁸ A. NEGRI CLEMENTI – L. PLATTNER – A. DEL GUERRA, Gli esperti indipendenti nell'ambito delle società di capitali: ruolo, doveri e responsabilità, in *Valutazione delle aziende*, 10/2010, 57.

inoltre, il giudizio esterno si rende sempre obbligatorio, anche nelle ipotesi in cui dovesse mancare un rapporto di cambio, ovvero nei casi di fusioni “semplificate” ex artt. 2505 e 2505-bis c.c.³⁹.

L’attestazione “positiva” rappresenta quindi il requisito di validità della fusione, e i soci non possono disattivare lo strumento di tutela, neppure deliberando all’unanimità la fusione in presenza di un’attestazione “negativa”, perché la funzione dell’esperto non è rivolta solo a loro, ma anche (e soprattutto) ai creditori e al mercato ⁴⁰.

2. – Dovendo render chiaro se (e in che misura) il patrimonio sociale corra il rischio di un utilizzo a servizio dell’investimento dei soci, piuttosto che dei creditori⁴¹, si rende necessario capire quale sia il contenuto dei documenti richiesti dalla norma.

Sia la dottrina che la giurisprudenza, lungi dal chiarire il loro oggetto e la loro portata⁴², non danno indicazioni in termini di tecnicità, né agli amministratori (per la redazione del piano e della documentazione a

³⁹ L’art. 2501 bis u.c. dispone, infatti, che alla fusione a seguito di acquisizione con indebitamento non si applicano le disposizioni degli articoli 2505 e 2505 bis c.c., relativi alla c.d. fusione semplificata. Sull’obbligatorietà della relazione dell’esperto anche nell’ipotesi di fusione semplificata cfr. L.A. MISEROCCHI, *La fusione*, in AA.Vv., *Il nuovo ordinamento delle società*, in Consiglio Notarile di Milano (a cura di), *Lezioni sulla riforma e modelli statutari*, Milano, 2003, 382; N. ATLANTE, *La fusione*, in CNN, *Studi sulla riforma del diritto societario*, Milano, 2004, 522; G. SCOGNAMIGLIO, *Le fusioni e le scissioni “semplificate” nella riforma del diritto societario*, in *Riv. not.*, 2003, 903. Anche l’Orientamento L.B.4 del COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI prevede che “la relazione di cui all’art. 2501-sexies c.c., essendo irrilevante il rapporto di cambio in virtù dell’opzione di acquisto offerta agli altri soci, può attestare esclusivamente quanto richiesto dall’art. 2501-bis, c.c., quarto comma”. Nello stesso Massima n. 60 del Consiglio Notarile di Milano, secondo cui l’attestazione deve essere resa anche nell’ipotesi di fusione per incorporazione di società interamente posseduta o comunque in ogni altra ipotesi in cui non sia richiesto il parere di congruità sul rapporto di cambio. F. MAGLIULO, *La fusione post acquisizione con indebitamento nella disciplina del nuovo diritto societario*, in *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, Milano, 2006, ritiene che la relazione dell’esperto si rende comunque obbligatoria perché arricchisce l’informativa ai terzi con contenuti specifici.

⁴⁰ S. CACCHI PESSANI, *op. cit.*, 103. *Contra*, nel senso che la relazione negativa non preclude l’attuazione della fusione, cfr. L. ARDIZZONE, *Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento. Commento all’art. 2501 bis*, in *Comm. Marchetti*, Torino, 2006, 505, richiamato da A. MAFFEI ALBERTI, in *Comm. breve al diritto delle società*, Padova, 2017, 1718. Nello stesso anche D. BALDUCCI, *op. cit.*, 253, il quale fa tuttavia presente che anche se il giudizio dell’esperto non sia da ritenersi vincolante, sul piano strettamente pratico, un eventuale parere contrario costituirebbe, senza dubbio, una remora a porre in essere l’operazione, andando, il più delle volte, ad intaccare la fattibilità della fusione in trattazione, impedendone l’avveramento, ossia lasciandola incompleta.

⁴¹ Massima del Consiglio Notarile di Milano n. 60/2004.

⁴² C. CINCOTTI, *Leveraged buy out*, in AA.Vv., *Trasformazione, fusione, scissione*, Milano, 2014, 525.

supporto dell'operazione), né all'esperto per l'esame di "ragionevolezza"⁴³, così che le indicazioni devono essere desunte dalla prassi e dalla scienza aziendalistica⁴⁴.

Da una prima lettura, sembrerebbe che l'esperto debba limitarsi a prendere in considerazione soltanto il progetto di fusione e, in particolare, le risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società. Tuttavia, poiché sussiste un legame funzionale tra le "risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni" e l'individuazione della "fonte di tali risorse sulla base di un apposito piano industriale", il richiamo alla "ragionevolezza" disposto dall'art. 2501-bis, comma 4, impone un *iter* molto più complesso, di carattere intrinsecamente valutativo⁴⁵.

Nello specifico, deve necessariamente essere valutata la sostenibilità finanziaria del piano, ovvero la ragionevolezza e la congruità dei dati previsionali posti a fondamento dell'operazione, effettuando un sostanziale "processo revisionale dei dati prospettici", con un vaglio critico, rimanendo l'esperto responsabile delle proprie scelte.

Il piano elaborato dagli amministratori rappresenta il fulcro su cui poggia l'intera operazione di fusione, per cui, al fine di limitare i profili di soggettività, il giudizio su di esso non potrà che essere ancorato ai canoni di valutazione riconosciuti per prassi, cioè facendo ricorso ai principi emanati dalle associazioni di categoria e dagli organismi contabili nazionali ed internazionali in tema di pianificazione economico-finanziaria⁴⁶, adattati ai

⁴³ S. CHIARUTTINI, *Il contenuto dell'attestazione professionale*, in M. FABIANI – A. GUIOTTO (a cura di), *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, Torino, 2012, 67.

⁴⁴ L'esperienza insegna che gli imprenditori che intendono realizzare operazioni di questa natura debbono essere supportati da una squadra di professionisti multidisciplinari, con profonda conoscenza delle tecniche, al fine di avere un'assistenza variegata in grado di affrontare le diverse problematiche che possono emergere nel corso dell'esecuzione della transazione. Per un esauriente approfondimento sui metodi utilizzabili per la valutazione delle aziende cfr. GUATRI – BINI, *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Milano, 2005, e A. DAMODARAN, *Valutazione delle aziende*, Rimini, 2014. Per le dinamiche di formazione e criteri di stima nelle aziende di famiglia cfr. R. TISCINI, *Il valore economico delle aziende di famiglia*, Milano, 2001.

⁴⁵ L.M. QUATTROCCHIO – G. SASSI, *op. cit.*, 9.

⁴⁶ G. STRAMPELLI, *op. cit.*, 176, richiamando la contrapposizione tra *rules* e *standards*, osserva che mentre sono dettati criteri di legge per la redazione dei bilanci annuali, per contro difetta una disciplina legislativa dei criteri per la previsione del futuro andamento dei flussi di cassa e precise indicazioni non provengono neppure dalla prassi. Tra le *best practices* per la redazione dei piani industriali si segnala: BORSA ITALIANA, *Guida al piano industriale*, Milano, 2003, § 1.2, in www.borsaitaliana.it, ove si precisa che dal punto di vista terminologico, coerentemente con quanto specificato all'interno dei Regolamenti di Borsa Italiana, il termine *action plan* viene sostituito anche dal termine "*piano industriale*", piuttosto che "*business plan*"; quest'ultimo termine, sebbene a volte inteso come il documento redatto in occasione dell'avvio di una nuova iniziativa imprenditoriale (*start-up*), nella prassi è spesso

requisiti richiesti in tema di *mlbo*.

Il piano previsto dall'art. 2501-*bis* c.c. rappresenta, invero, una tipologia peculiare di documento programmatico, assimilabile ad un piano connesso ad una nuova iniziativa imprenditoriale, ma che trova al contempo anche una naturale correlazione con il piano industriale previsto dall'art. 2381 c.c.⁴⁷; ha quindi caratteristiche sia retrospettive che prospettiche⁴⁸.

La sua valutazione ad opera dell'esperto rappresenta un adempimento informativo non semplice, per molti versi controverso, perché postula, a monte, una valutazione della sostenibilità finanziaria e, ancor più a monte, un giudizio sulla ragionevolezza del documento previsionale redatto dagli amministratori, richiedendo quindi una buona padronanza delle tecniche impiegate dai modelli sistemici aziendali e una discreta capacità di giudizio sulle principali assunzioni, di impresa e di ambiente, poste a fondamento delle proiezioni economiche⁴⁹.

La difficoltà è quindi duplice: da un lato i dati previsionali non hanno

usato come sinonimo di piano industriale. La dottrina aziendalistica distingue tra "*business plan*" e "*piano industriale*" ex art. 2381. Più precisamente, secondo C. BARROW – BARROW – R. BROWN, *The business plan workbook*, 1998, il "*business plan*" è "il documento redatto in occasione dell'avvio di una nuova iniziativa imprenditoriale al fine di ricercare i finanziamenti necessari a sostenere lo start-up dell'impresa, [...] si sofferma principalmente sulle previsioni economico-finanziarie volte ad individuare il fatturato di pareggio e la stima del tempo necessario a raggiungerlo". Per L. BRUSA, *Attuare e controllare la strategia aziendale: mappa strategica e balanced scorecard*, Milano, 2007, il piano industriale di cui all'art. 2381 "si inserisce, invece, nel processo di pianificazione strategica, ovvero in quel processo sistematico e regolare, con scadenze e procedure determinate, che coinvolge l'alta direzione dell'impresa e si articola in un arco di tempo pluriennale nelle seguenti macro-fasi: (i) revisione dei programmi in corso; (ii) formulazione di nuovi programmi; (iii) simulazione delle conseguenze economico-finanziarie di tali programmi, attraverso la stesura di un piano in cui sono contenute le informazioni prodotte nelle fasi precedenti, esplicitate in termini quantitativi (piano economico, finanziario e patrimoniale) e qualitativi (obiettivi, strategie, iniziative strategiche, fattori critici di successo)". Altri spunti in FNC, *La predisposizione del piano industriale nell'ambito della crisi d'impresa: brevi note sui profili metodologici e sui prospetti informativi*, 2016; CNDCEC, *Linee guida alla redazione del business plan*, Roma, 2011; CNDCEC, *Principi per la redazione dei piani di risanamento*, Roma, 2017.

⁴⁷ Il piano ex art. 2501 *bis* è una previsione sull'andamento atteso formulata dall'organo amministrativo, che fa leva su una serie di elementi quantitativi e qualitativi dai quali l'esperto rimane estraneo, con particolare riferimento non solo alla strategia e alle azioni che la società intende promuovere nel periodo (non difforni da una normale attività), ma anche – e soprattutto – ai dati quantitativi relativi all'evoluzione del "mercato".

⁴⁸ L.M. QUATTROCCHIO – G. SASSI, *op. cit.*, 20. Retrospettive, in quanto deve tenere in considerazione il piano industriale (ex art. 2381 c.c.) delle società *ante* fusione, al fine di risalire alla fonte delle risorse finanziarie che hanno permesso l'acquisizione ed alla situazione economico-finanziaria alla data dell'operazione; prospettico, giacché deve confermare (al pari di un *business plan*) la ragionevolezza dell'operazione, esplicitando le previsioni economico-finanziarie che giustificano gli obiettivi che si intendono raggiungere dopo la fusione.

⁴⁹ M. REBOA, *op. cit.*, 1223.

ancora avuto alcuna certa manifestazione, essendo il frutto di proiezioni e di attese future dall'organo gestorio, dall'altro lato, i fattori sia endogeni che esogeni, su cui il piano è costruito, ne influenzano potenzialmente l'attendibilità, rendendo particolarmente delicato il problema della valutazione delle ipotesi che lo sottendono; è esperienza comune, infatti, che il fattore tempo incida sulle sue possibilità di successo.

Poiché i dati previsionali sono in genere la proiezione di quelli registrati nel passato, la "ragionevolezza" richiesta dovrà essere apprezzata anche alla luce delle regole dettate dai principi contabili e di revisione, nonché dalle prassi contabili riferibili al caso di specie.

Il piano deve essere giudicato idoneo nel momento in cui viene formato, in un'ottica di probabilità di riuscita; si tratta, pertanto, di una valutazione che può essere sconfessata dai fatti, ma che rileva sui criteri oggettivi di analisi adottati dal professionista, poiché l'analisi non potrà mai essere effettuata in modo arbitrario e non giustificato.

L'esperto deve inoltre esulare da qualsiasi ragionamento o considerazione in ordine alla convenienza della fusione e alle conseguenze della sua approvazione in capo ai soci⁵⁰, limitandosi a svolgere un ruolo meramente tecnico di verifica della ragionevolezza delle previsioni formulate dagli amministratori.

Argomentando *ex art.* 2503, comma 1, ultima parte, c.c. il problema sembrerebbe limitato nel valutare se i flussi di cassa prospettici evidenzino la sostenibilità del debito da parte della società risultante dalla fusione⁵¹; essendo proprio questo il compito, nelle mere ipotesi di cui all'art. 2501-bis l'eventuale perdita di valore della società non sembra rappresentare un elemento di cui debba farsi carico, perché l'eventuale minor valore inciderà in capo ai soci di minoranza, ma non in capo ai creditori.

L'esperto si limiterà perciò ad attestare solo la sostenibilità dell'operazione, con l'affiancamento di una coerente e ordinata enunciazione dei criteri ricognitivi, estimativi e prognostici seguiti, così da permettere un immediato apprezzamento dell'*iter* logico che sta alla base del suo giudizio, cioè: (i) sul corretto utilizzo delle metodologie di stima caratterizzanti il piano; (ii) sulla "ragionevolezza" dei flussi nel periodo; (iii) sulla tempistica del loro realizzo; (iv) sul rispetto delle garanzie implicite rappresentate dal

⁵⁰ C. CINCOTTI, *op. cit.*, 659. Il documento Aristeia n. 50, intitolato *La fusione a seguito di acquisizione con indebitamento* (merger leveraged buy out), emanato dell'IRDEC, Roma, 2005, 8, esclude che gli esperti siano chiamati a valutare nel merito l'operazione di *mlbo*. In altre parole, gli esperti devono valutare la sostenibilità finanziaria del *business plan* ovvero la ragionevolezza e la congruità dei dati previsionali posti a fondamento dell'operazione di *mlbo*, segnalando l'eventuale difformità tra quanto sostenuto dagli amministratori e le verifiche da loro compiute.

⁵¹ C. CINCOTTI, *op. cit.*, 671.

capitale sociale e dalle risorse finanziarie, tenendo conto dei vincoli imposti dai *covenants*.

L'esperto dovrà invece tener conto dello *shareholder value* solo nel caso in cui sia chiamato ad attestare anche la congruità del rapporto di cambio; in tal caso, il discorso si fa più complesso, poiché l'identificazione di tale rapporto non è sempre banale, basandosi su stime ante e post fusione delle società interessate, rendendolo responsabile (art. 2501-*sexies*, comma 6, c.c.), dei danni causati e misurabili nella differenza tra il concambio applicato e quello congruo; quest'ultimo è inteso come il rapporto che trasferisce l'eventuale minusvalore da fusione solo in capo alla società responsabile dell'impoverimento, consentendo ai soci di minoranza di non subire pregiudizio sul valore della partecipazione detenuta⁵².

Ciò spiega perché, nella prassi, le operazioni *mlbo* prevedano spesso il preliminare acquisto della totalità del capitale della società *target*, obbligando successivamente i soci che sono stati liquidati (o alcuni di essi) a reinvestire parte del corrispettivo ricevuto nella società *raider*; in tal modo, non si creano problemi di concambio, sterilizzando i rischi di impugnazione da parte della minoranza.

Può capitare che il giudizio dell'esperto possa essere negativamente condizionato dal grado di collaborazione degli amministratori (e delle società) ai quali è indirizzato, basandosi, per lo più, sull'elaborazione di dati e informazioni forniti dalla società, senza un autonomo obbligo di verifica e di *due diligence*⁵³, così da poter risultare anche gravemente inficiato ove fosse stato formulato sulla base di dati o informazioni incompleti, non attendibili o, peggio ancora, non veritieri.

A tal fine, l'esperto potrà fare leva sui poteri a lui concessi dall'art. 2501-*sexies*, comma 5⁵⁴, ottenendo dalle società partecipanti alla fusione tutte le

⁵² Trib. Milano 27 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, 2545.

⁵³ Il tenore letterale della norma si rifà a dati prospettici e non già ai dati storici, in relazione ai quali l'esperto non rende un giudizio di conformità al vero. Per L.G. PICONE, *Il leverage buy out nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, 1446, la nozione di attestazione è normalmente intesa come dichiarazione di scienza, che mal si concilia con l'attività richiesta all'esperto dalla norma in esame, per contro riconducibile ad un'attività valutativa: in tal senso l'attestazione non si può risolvere in una garanzia di veridicità dei risultati indicati dagli amministratori.

⁵⁴ S. CACCHI PESSANI, *Commento all'art. 2501-*sexies* c.c.*, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 610, nt. 42. IRDEC, Documento Aristeia n. 50, intitolato *La fusione a seguito di acquisizione con indebitamento (merger leveraged buy out)*, 2005, 8, ritiene che i medesimi poteri informativi e ispettivi siano riconosciuti agli esperti anche quando sono chiamati a redigere la relazione sulla ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di *mlbo*. Secondo lo stesso studio, ciò apre il delicato problema del conflitto del diritto-dovere dell'esperto di acquisire tutti i possibili elementi di giudizio e il diritto-dovere degli amministratori di conservare la segretezza necessaria sui segreti aziendali, concludendo per la prevalenza del primo sul secondo in forza del vincolo di segretezza, anche penalmente sanzionato, incombente

informazioni e i documenti utili per procedere ad ogni necessaria verifica. Nel caso in cui gli organi amministrativi non prestino la necessaria collaborazione o non forniscano all'esperto le informazioni e i documenti necessari, l'esperto dovrà dare conto di ciò nella propria relazione, formulando riserve sulle proprie conclusioni, senza tuttavia potersi rifiutare di redigerla.

3. – In un'ottica di economia ed efficienza, una volta nominato, l'esperto potrà legittimamente iniziare la propria attività anche prima che gli amministratori rilascino la versione definitiva del piano; ciò gli permetterà di acquisire le informazioni di base, necessarie per una ragionevole sicurezza sui dati di partenza e sulle assunzioni a fondamento del piano, non essendo ciò pregiudizievole né degli interessi tutelati dalla legge, né dell'obiettività e indipendenza del suo lavoro⁵⁵.

Il convincimento, ragionevole e non arbitrario, sulla "fattibilità" del programma ⁵⁶ potrà infatti essere verosimilmente raggiunto solo dopo un lungo e complesso *iter* valutativo sulla corretta applicazione dei metodi adottati, per cui è consigliabile assumere fin da subito tutta quella serie di informazioni necessarie a comprendere l'attività delle società interessate alla fusione e farsi un convincimento sul grado di capacità di programmazione da parte del *management*.

L'attività dovrà essere organizzata improntando l'analisi con riferimento al settore in cui opera la società risultante dalla fusione e pianificando il lavoro lungo le seguenti fasi:

– *comprensione dell'attività* svolta dalle società e delle modalità di fusione⁵⁷;

sull'esperto.

⁵⁵ S. CACCHI PESSANI, in *Comm. Marchetti*, Milano, 2006, 611.

⁵⁶ Per fattibilità s'intende un giudizio prognostico sul piano, inteso quale astratta potenzialità, alla data di redazione del documento, di raggiungere l'obiettivo indicato, da un punto di vista strettamente tecnico. Il piano deve essere giudicato idoneo nel momento in cui viene formato, in un'ottica di "verosimile fattibilità" e, dunque, in un'ottica di probabilità di riuscita. Si tratta, pertanto, di una valutazione che può essere sconsigliata dai fatti, ma che rileva in quanto condotta secondo criteri oggettivi di analisi da parte del professionista. Non va infatti dimenticato che trattasi pur sempre di un piano, la cui certezza non va data per scontata, sia per fattori endogeni, sia per fattori esogeni (mercato e macrocongiunture) all'azienda.

⁵⁷ Il documento n. 114 Assirevi, § IV-b), prevede la necessità di acquisire un'adeguata conoscenza dell'attività svolta dalla società al fine di valutare se tutte le ipotesi rilevanti per la preparazione dei dati previsionali siano state identificate, nonché con riferimento al processo di preparazione dei dati previsionali. Le procedure comprendono, tra l'altro, un'analisi dei principali indicatori aziendali quali la redditività storica e prospettica normalizzata, i dati storici e prospettici del capitale circolante, della posizione finanziaria netta e i flussi di cassa anch'essi normalizzati, individuando e analizzando gli aspetti di variabilità e vulnerabilità delle ipotesi sottostanti ai dati previsionali. L'analisi del piano così condotta deve

– *analisi del processo di budgeting* e della capacità del management di esprimere performance economiche e finanziarie di *budget* coerenti con quelli che sono i corrispondenti dati a consuntivo⁵⁸;

– *analisi del piano*, con particolare riferimento alla *coerenza dei risultati* conseguiti nel passato e alla ragionevolezza delle ipotesi di base (assunzioni)⁵⁹;

– *analisi della corretta e adeguata rappresentazione* del piano, attraverso il controllo sulla corretta applicazione delle ipotesi contenute nella quantificazione dei dati economici, patrimoniali e finanziari, nonché sull'accuratezza matematica dei prospetti presentati, poiché l'errore è probabile in ogni elaborato, soprattutto in quelli più complessi;

– *analisi di sensitività*⁶⁰, finalizzate a stimare l'impatto sulle capacità di rimborso del debito in presenza di potenziali variazioni negative dei principali *drivers* caratterizzanti la pianificazione.

Nell'ambito di tale programmazione, l'esperto dovrà prima di tutto accertarsi che l'art. 2501-bis c.c. non venga violato in ordine al mero profilo informativo del procedimento; deve cioè verificare che il piano e gli altri documenti informativi, depositati a corredo del progetto di fusione, siano sufficientemente esaustivi circa la disponibilità delle risorse finanziarie necessarie a garantire l'equilibrio finanziario della società *target*,

consentire di esprimersi sulla ragionevolezza delle ipotesi sottostanti il piano. Si dovrà inoltre tenere conto dei risultati emersi dalla revisione contabile e/o dalla revisione contabile limitata svolta sui bilanci consuntivi al fine di accertare se i dati previsionali sono stati redatti sulla base di principi contabili omogenei rispetto ai principi utilizzati per la preparazione dei bilanci storici.

⁵⁸ Trattasi della c.d. "coerenza interna". Per G. SAVIOLI, *L'attestazione del professionista nelle procedure di composizione negoziali delle crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 3/2010, 277, tale analisi è di fondamentale importanza, poiché esprime la capacità dei *managers* e degli amministratori dell'impresa di elaborare i piani; se ogni anno vi sono scostamenti rilevanti, significa che chi predispone i piani non è particolarmente abile o che alcune variabili chiave sono ad alto tasso di volatilità e, quindi, difficilmente prevedibili.

⁵⁹ Il giudizio sulla sostenibilità comporterà così, oltre ad un'accertata ragionevolezza delle ipotesi di base, anche l'analisi del piano in relazione agli andamenti attesi nel settore, verificando, se possibile, sia i dati storici che le previsioni anche con documentazione esterna all'azienda (analisi di mercato, tendenze del settore, *benchmark*, ecc.) in modo da supportare il convincimento dell'esperto.

⁶⁰ F. BUTTIGNON, *La valutazione d'azienda nelle operazioni di lbo*, in *La valutazione delle aziende*, n. 38, 2005, 23, fa notare che l'analisi di scenario è utile anche per trovare il "contesto operativo minimale che consente di soddisfare i contratti con i finanziatori e generare valore per gli azionisti". M. BANA, *Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie*, Torino, 2015, 770, conferma che "L'attestatore deve, poi, procedere con l'analisi di sensitività e gli *stress test* [...] al fine di comprendere se il piano conservi o meno la propria tenuta prospettica, sotto il profilo della sostenibilità economico-finanziaria. L'analisi assume particolare rilevanza anche con riguardo alla bancabilità, con peculiare riferimento al rispetto dei c.d. *covenants*". Sull'obbligo dei test di sensitività cfr. anche L. MULA, *op. cit.*, 52.

assicurandosi che le informazioni recepite siano idonee e inerenti a rappresentare la capacità finanziaria di rimborso del debito contratto, indicando i metodi seguiti e le difficoltà di valutazione incontrate.

Dovrà inoltre verificare che la relazione degli amministratori abbia puntualmente dato conto degli accordi intercorsi tra la società acquirente e i terzi finanziatori circa l'ammontare del debito contratto per l'acquisizione, le modalità e le tempistiche previste per la sua estinzione, nonché tutte le altre condizioni collegate, quali la capacità della società di rispettare gli eventuali *covenants*, essendo tali indici patrimoniali e reddituali verosimilmente imposti con l'operazione⁶¹.

Sotto questo profilo, particolare attenzione dovrà essere prestata anche sulla reperibilità del credito; più precisamente, andrà verificato che il ricorso al capitale di debito sia fattibile e comprovato da idonei documenti e/o da apposite dichiarazioni rilasciate dai soggetti finanziatori, analizzando criticamente la capacità di indebitamento e il potenziale profilo di rischio della società (*rating*).

In difetto, l'attestazione non potrà mai superare il vaglio di legalità imposto dall'art. 2501-bis c.c., perché, sul piano logico argomentativo, i principi di coerenza, di accuratezza e di completezza sarebbero necessariamente violati⁶².

Andrà anche verificato che l'arco temporale del piano prenda in considerazione il periodo necessario per il completamento dell'operazione, ossia l'estinzione del debito di scopo contratto per l'acquisto della società *target*⁶³. Se il rientro del debito dovesse estendersi oltre il periodo temporale interessato dal piano, l'attestazione sarà comunque possibile, ma a condizione che gli amministratori abbiano giustificato il raggiungimento

⁶¹ G. STRAMPELLI, *op. cit.*, 29, fa notare che le evidenze provenienti dalla prassi dimostrano come i creditori usualmente richiedano (nonostante la protezione loro assicurata in via legislativa) garanzie alla società o impongano ad essa specifiche condizioni mediante la sottoscrizione di *covenants*, così che parte della dottrina confida sul fatto che la libera contrattazione fra le parti possa condurre ad un'equa composizione dei contrapposti interessi dei soci e dei creditori e considera di conseguenza opportuno rimettere all'autonomia negoziale la tutela di questi ultimi.

⁶² Sul punto cfr. L.A. BIANCHI, *Appunti su sindacato giudiziario e valutazioni d'azienda*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 177 ss., il quale fa notare come "il sindacato da parte del giudice di qualsiasi operazione estimativa relativa a operazioni di finanza straordinaria "passa", in ragione della sostanziale unitarietà, anche giuridica, di siffatta categoria, dall'applicazione di un corpus comune di principi e regole che, in quanto di matrice giuridica, devono ritenersi di carattere generale e sovraordinato rispetto a quelli "tecnici". Principi e regole la cui "giuridicità" discende dalla constatazione che l'attività valutativa compete in via esclusiva agli amministratori, costituendo una tipica attività di natura gestoria [...] (che) soggiace dunque all'applicazione dell'obbligo di carattere generale che grava sugli amministratori di agire con diligenza qualificata (art. 2392, comma 1, c.c.)".

⁶³ Università degli studi di Firenze, Assonime e CNDCEC, *Linee guida per il finanziamento delle imprese in crisi*, 2015, § 4.3, 39.

delle condizioni di equilibrio alla fine del periodo interessato dal piano e che l'attestatore richieda, ottenga e valuti criticamente le motivazioni su tale scelta⁶⁴.

Un ulteriore giudizio preliminare riguarda la legittimità sulle fonti di rientro del debito, perché nella dinamica delle operazioni di *mlbo* capita spesso che la società *target* sia una *holding* operativa, cui fanno capo altre società controllate; in tali casi, i flussi di cassa attesi sono in realtà quelli generati dalle stesse controllate, per cui non è infrequente che la società *raider* prometta delle garanzie sui finanziamenti ottenuti per l'operazione, obbligando le società controllate a erogare una determinata assistenza finanziaria (alla *target*), una volta che questa si sia fusa.

Le società controllate potrebbero essere in tal modo danneggiate, dato che le stesse mettono i propri *assets* al servizio della società *raider* (e non già della società *target*); in queste ipotesi, l'esperto dovrà preliminarmente accertarsi di verificare, quale condizione di legittimità dell'operazione⁶⁵, che gli impegni assunti superino il vaglio imposto dall'art. 2497 c.c., verificando che siano stati pianificati (e quantificati) anche gli specifici vantaggi compensativi a favore delle controllate⁶⁶.

In caso di successiva insolvenza, l'operazione potrebbe infatti configurarsi come dolosa ai sensi dell'art. 223, comma 2, l. fall., ovvero come atto di infedeltà patrimoniale ai sensi dell'art. 2634 c.c.

Passato questo primo vaglio, l'esperto affronterà il giudizio di merito, teso a valutare la "razionalità" dell'operazione nel suo complesso⁶⁷, cioè che le previsioni siano supportate da considerazioni empiriche ragionevoli e attendibili, ricordando che il presupposto implicito è la razionalità e la sostenibilità del piano, non già la sua mera esistenza materiale, sicché nel

⁶⁴ S. CHIARUTTINI, *op. cit.*, 69, ritiene che il periodo giudicato sufficiente dalla prassi aziendale per mostrare gli effetti economici-finanziari di interventi strutturali è solitamente compreso tra i 3 e i 5 anni. Il raggiungimento di condizioni di equilibrio non implica necessariamente il rimborso di tutto il debito, che potrà essere consolidato ed estinto anche successivamente alla data di conclusione del piano.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. V, 12 maggio 2000, n. 5619, conferma l'orientamento giurisprudenziale consolidato, secondo il quale costituisce distrazione il fatto di prestare garanzie a favore di una società terza, senza alcun corrispettivo e senza alcuna ragione, perché ciò espone la società garante al rischio, in caso di inadempimento della società garantita, di essere escussa sui propri beni con conseguente diminuzione della garanzia patrimoniale dei creditori.

⁶⁶ D. GALLETI, *op. cit.*, 447.

⁶⁷ Contra A. SACCHI, *Fusione a seguito di acquisizione con indebitamento e attività del revisore*. Le relazioni ai sensi dell'art. 2501-bis, comma 4 e 5, c.c., in *Il controllo legale nelle società e negli enti*, Milano, 2006, 170, il quale ritiene che la valutazione della ragionevolezza del piano nel suo complesso forma oggetto della relazione della società di revisione prevista dall'art. 2501 bis, comma 5, c.c., ed è quindi richiesta solo nei casi in cui la revisione legale sia affidata per legge ad una società di revisione.

caso in cui il piano contenesse previsioni e scenari inattendibili, il procedimento di fusione dovrà ritenersi violato, venendo a mancare, sostanzialmente, uno degli allegati “tipici” richiesti.

Sulla base del principio ISA 200 § 11.a), l’esperto dovrà acquisire una “ragionevole sicurezza” sul fatto che, quantomeno, i bilanci precedenti e la situazione patrimoniale di partenza (sulla quale si sviluppano le proiezioni) non contengano, nel loro complesso, errori significativi, dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali, consentendogli di esprimere un giudizio sull’informazione finanziaria futura che sia coerente con le finalità sottese dalla norma; tale ragionevolezza deve essere elevata, ma non assoluta (ISA 200 § 13.m).

Dovrà poi essere verificato che gli amministratori abbiano redatto il piano in modo corretto, articolando il giudizio secondo uno schema per blocchi (*block analysis*), che consente di analizzare, in modo sequenziale e coerente, gli aspetti della gestione aziendale: (a) crescita economica del settore di riferimento (*forward looking*); (b) volatilità dei flussi economici e finanziari in termini di rischio; (c) struttura operativa ed efficienza generale, anche in termini di leva operativa e del margine di sicurezza (*break–event point analysis*); (d) coerenza del grado di autofinanziamento nel periodo interessato con la crescita economica e con il piano di investimenti; (e) sostenibilità finanziaria a servizio del debito⁶⁸; (f) struttura finanziaria, con adeguatezza del patrimonio netto rettificato rispetto al capitale investito; (g) equilibrio finanziario e liquidità, con attenzione alla dinamica del capitale circolante operativo nelle sue componenti cicliche⁶⁹.

Infine, prima del rilascio dell’attestazione l’esperto dovrà accertarsi che non siano sopraggiunti fatti tali da far ritenere che, alla data di redazione del documento, le ipotesi e gli elementi non forniscano più una base ragionevole per la predisposizione dei dati previsionali; a tal fine, dovrà rilasciare un’apposita dichiarazione, all’interno della propria relazione, che attesti quanto sopra.

4. – La sostenibilità finanziaria viene in genere individuata come l’assenza di gravi squilibri finanziari e va posta in relazione alla qualità e quantità delle fonti di finanziamento che il *management* intende utilizzare per

⁶⁸ Per una disamina analitica, sia su base storica che prospettica, cfr. ODCEC di Milano, Commissione Finanza e Controllo di Gestione, Rating Advisory. *Linee guida per il monitoraggio proattivo del merito creditizio e l’assegnazione del rating d’impresa*, 21 dicembre 2015, 97–98.

⁶⁹ ODCEC di Milano, Commissione di Controllo Societario, Sistemi di allerta interna, D. BERNARDI – M. TALONE (a cura di), *Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario*, in *Quaderno SAF*, n. 71, 2017, 79–81.

fronteggiare i fabbisogni correlati all'operazione; l'obiettivo finale è infatti quello di verificare che, nel loro complesso, le dinamiche finanziarie supportino il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano.

Al riguardo, pare appropriato l'utilizzo di metodi finanziari, che vedono i flussi di liquidità scontati ad un apposito tasso, in un *range* temporale opportunamente coincidente con il periodo di durata del prestito ottenuto per l'operazione di *leverage*, il quale, raramente, supera sette anni⁷⁰.

Il giudizio non potrà prescindere dall'analisi degli indici di apprezzamento comunemente usati dalle banche⁷¹, rappresentati, quantomeno, dagli indici DSCR⁷² e LLCR⁷³, nonché dei rapporti PFN/ebitda e PN/ebitda.

Anche per gli effetti dell'allerta bancaria di cui all'art. 14, comma 4, del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (CCI)⁷⁴, l'esperto dovrà raggiungere una ragionevole confidenza sul fatto che, in arco piano, non si verifichi un declassamento del *rating* aziendale che faccia scattare i *trigger* bancari⁷⁵ e, quindi, la regolare prosecuzione dei rapporti bancari in essere,

⁷⁰ D. BALDUCCI, *op. cit.*, 259.

⁷¹ Con l'entrata in vigore del principio contabile IFRS 9, gli intermediari finanziari sono passate da un modello *current incurred loss* ad un modello *expected loss*, secondo il quale la perdita non è più generata da un evento intervenuto (*incurred*) ma da un possibile evento futuro (*expected*), obbligandole ad attrezzarsi per valutare il futuro dei propri affidati in un'ottica previsionale (c.d. *forward looking*).

⁷² L'indice DSCR (*debt service coverage ratio*) che rappresenta il rapporto tra cash flow operativo (al netto delle imposte) e la somma della quota capitale dei debiti a medio lungo termine (con scadenza entro l'anno) e gli interessi passivi espressi nel conto economico.

⁷³ L'indice LLCR (*loan life coverage ratio*) tiene conto dell'andamento dei flussi di cassa operativi disponibili a servizio del debito, per tutta la durata residua del debito stesso. Il LLCR è calcolato mediante il rapporto tra la somma dei flussi di cassa (attualizzati al tasso capm) disponibili tra il momento in cui si effettua la valutazione e l'ultimo anno in cui è previsto il rimborso del debito e l'ammontare complessivo del debito residuo.

⁷⁴ Il CCI di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, entra in vigore a partire dal 15 agosto 2020; per le norme riguardanti le modifiche del codice civile, le disposizioni sulla competenza per le procedure di amministrazione straordinaria ed i gruppi di imprese di rilevanti dimensioni nonché per le disposizioni riguardanti le garanzie a favore degli acquirenti di immobili da costruire, è già entrato in vigore.

⁷⁵ L. DE ANGELIS, *Le regole contabili degli NPL*, in *Dir. banca mercato fin.*, 1/2019, II, 25, fa notare che il novellato IFRS 9 (già in vigore dal 2018) prevede che i crediti siano classificati in tre diversi stadi di rischio, caratterizzati da differenti gradi di rischiosità (c.d. *staging*): 1) lo "Stage 1", riguarda crediti sani (*performing*), in *bonis* fino a 30 gg. di scaduto, per i quali la perdita di valore va valutata su un orizzonte temporale di 12 mesi; 2) nello "Stage 2" sono in genere classificati i crediti non deteriorati per i quali si sia manifestato un significativo incremento del rischio di credito rispetto alla rilevazione iniziale, quali quelli con più di 30 gg. di scaduto o con uno scaduto *performing*, cioè scaduti da più di 90 gg. ma che non superano la soglia di materialità per essere classificati come *default*. Rientrano in tale categoria anche i crediti *forborne performing*; 3) lo "Stage 3" riguarda i crediti deteriorati (*impaired*), quali quelli scaduti *non performing*, le inadempienze probabili e i crediti in sofferenza, che rendono fondatamente incerta la loro piena esigibilità (in linea capitale e/o interessi).

confermando la necessità di un'attenta e preventiva analisi sui dati del piano industriale e sulle risorse finanziarie che sostengono l'operazione.

L'analisi dovrà essere coerente con le procedure previste dell'ISAE 3400⁷⁶, che è lo *standard* di riferimento per tale tipologia di incarichi professionali⁷⁷, richiamato anche dal Documento n. 114 dell'Assirevi⁷⁸ e conforme anche agli indirizzi della magistratura⁷⁹, con un'analisi sulla marginalità prospettata, cioè sull'incidenza media dei costi, nonché sui volumi di fatturato e sui tempi di pagamento dei fornitori, essendo questi i *drivers* in genere più importanti per la sostenibilità economica e finanziaria dell'impresa. A tal fine, i principi di *best practice*⁸⁰ prevedono che la formulazione delle previsioni economiche nelle aziende già esistenti comporti un collegamento con un'analisi storica del passato, in modo da consentire di ritenere, in modo ragionevole, che la dinamica pregressa di fondo possa essere mantenuta anche nel corso degli anni oggetto di previsione⁸¹.

Poiché le operazioni di *mlbo* sono assimilabili a delle distribuzioni/restituzioni e il maggior rischio dell'operazione è legato all'insolvenza futura, l'esperto dovrà anche procedere analizzando la capacità di rientro con le modalità richiamate dal *solvency test* previsto dalla

⁷⁶ Intitolato "*The Examination of Prospective Financial Information*".

⁷⁷ In riferimento alle indicazioni contenute nell'ISAE 3400, l'esperto perverrà ad un simile giudizio dopo aver espletato tutte le attività ritenute, dalla prassi, necessarie per la verifica dei dati consuntivi (alla data di riferimento del piano) e previsionali, applicando per quanto possibile il succitato *standard* professionale.

⁷⁸ Il documento n. 114 Assirevi intitolato "Richieste dello sponsor relative al paragrafo 2.d) dell'art. 2.3.4 del regolamento dei mercati organizzati e gestiti dalla borsa italiana s.p.a." prevede al § IV-a) che l'incarico di verifica sui dati previsionali deve essere condotto facendo riferimento all'ISAE 3400.

⁷⁹ Cfr. W. MAPPELLI, *Il Pubblico Ministero e la procedura fallimentare*, in *La riforma del diritto societario e fallimentare nella prospettiva interdisciplinare*, relazione all'incontro di studio del C.S.M., Roma, 14-16 luglio 2008. Il principio ISAE 3400 distingue tra: (a) informazioni prospettiche basate su *best estimate assumption*, ossia assunzioni normali relative a eventi futuri ragionevoli e desunti dall'analisi di elementi oggettivi, quali gli ordini in portafoglio, i contratti confermati o le proiezioni di dati consuntivi aziendali giudicati attendibili; (b) informazioni basate su *hypotetical assumption*, ossia assunzioni ipotetiche in genere connesse con l'avvio di nuove attività o nuovi prodotti/servizi solitamente non supportati da dati storici dell'azienda e "*which are not necessarily expected to take place*". Ne consegue che, quantomeno a livello teorico, l'informativa prospettica finanziaria può assumere la forma di una previsione (*forecast*) quando è preparata a partire da *best estimate assumption*, oppure la forma di una proiezione (*projection*) quando è basata su *hypotetical assumption*, oppure ancora una combinazione di entrambe.

⁸⁰ CNDCEC, Linee Guida alla redazione del Business Plan.

⁸¹ L'analisi critica delle assunzioni del piano comporta quindi l'utilizzo di fonti aziendali interne (conti economici e patrimoniali, statistiche, ecc.), quale apparato informativo atto a monitorare l'analisi dei presupposti fondamentali delle proiezioni e delle ipotesi ivi indicate.

section 6.40 (c) del *revised model business corporation act* (RMBCA)⁸², che permette di verificare che la fusione sia sostenibile nel lungo periodo, non essendo mai giustificabili operazioni di *mlbo* che, scientemente, conducano le società all'insolvenza⁸³.

Il *solvency test*, quale fattore di ragionevolezza sulla sostenibilità del piano, si articola in due distinte verifiche⁸⁴: (i) il *cash flow solvency test* (o *ability to pay test*), volto a verificare la ragionevole prospettiva che la società sia in grado di adempiere alle obbligazioni man mano che esse diventano esigibili⁸⁵; (ii) il *balance sheet test*, finalizzato a determinare, con attualizzazione al *fair value*, se il patrimonio sociale sia capiente rispetto alla situazione debitoria⁸⁶.

⁸² G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, Torino, 2004, 31 ss.

⁸³ R. SACCHI, *L'interesse sociale nelle operazioni straordinarie*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*. In ricordo di Pier Giusto Jaeger, Milano, 2010, 149; F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"*, ivi, 28 ss.

⁸⁴ Il § 6.40 *Model Business Corporation Act*, rev. 2007, che non a caso si intitola "distribuzione agli azionisti", condiziona l'operazione all'attuazione di due *test*, che prescindono del tutto dalla nozione di capitale sociale: l'uno (il c.d. *cash flow test*) è teso ad assicurare che la "distribuzione" non conduca all'insolvenza della società; l'altro (il c.d. *balance sheet test*) prevede che l'erogazione a favore dei soci non possa compromettere l'equilibrio patrimoniale. Più precisamente, la società potrà pagare un dividendo solo se, dopo tale pagamento, la società potrà anche pagare regolarmente i propri debiti e, inoltre, il valore dei beni della società superino la somma delle sue passività attualizzate. F.M. SBARBARO, *Il solvency test nell'ordinamento statunitense*, in www.comparazioneediritto civile.it, 4. Per un approfondimento cfr. J.J. HANKS, *Legal capital and the model business corporation act: an essay for bayless manning*, 2001, in www.lcp.law.duke.edu. J. ARMINGER, *Solvency tests – an alternative to the rules for capital maintenance within the balance*, in *Journal of Finance and Risk Perspectives*, 2013.

⁸⁵ Il *cash flow test* può apparire, nella teoria, di semplice applicazione, ma nella pratica risulta complesso e mantiene ampi margini di potenziale incertezza. Il problema è rappresentato dal fatto che né i flussi di cassa, né le obbligazioni possono essere considerati certi; l'esperto non potrà semplicemente affermare che la somma dei flussi di cassa previsti superino i debiti in un dato momento temporale, ben potendo una società aspettarsi di avere sufficienti flussi di cassa ma, allo stesso tempo, essere quasi certa di non potere far fronte ai propri debiti una volta che questi siano maturati. Un giudizio completo di sostenibilità comporta quindi un'analisi di copertura lungo tutto l'arco temporale, poiché gli sfasamenti temporali tra entrate e uscite, pur positivi in termini assoluti, potrebbero comunque compromettere la sopravvivenza dell'azienda qualora gli impegni di spesa anticipino le fonti necessarie a ripianarli.

⁸⁶ Il *balance sheet test* è invece volto a verificare se il *fair market value* del passivo sociale sia compatibile con l'attivo patrimoniale, comprensivo dei flussi di cassa attesi. A tal fine, la verifica comporterà un confronto tra l'entità del debito da ripianare e l'attualizzazione dei *cash flow*, al netto delle imposte potenziali alla data di riferimento dell'operazione; l'attualizzazione comporterà l'utilizzo del metodo DCF (*discounted cash flow*), applicato in un'ottica *assets side*, che ha il pregio di evidenziare i flussi monetari che residuano dopo aver effettuato gli investimenti in capitale circolante e in attività fisse, necessari per garantire il perdurare della medesima in condizioni di economicità.

Tale ultima verifica si basa sull'attualizzazione *unlevered*⁸⁷ dei flussi di cassa disponibili per tutti coloro che apportano risorse finanziarie in azienda⁸⁸, sia come capitale di rischio che come capitale di debito; i flussi di cassa disponibili saranno così calcolati al lordo degli interessi passivi e scontati al costo medio ponderato del capitale (*wacc*), tenendo conto delle imposte potenziali e di una ponderazione del rischio di fallimento⁸⁹.

Se i flussi di cassa, come sopra attualizzati, copriranno l'entità del debito alla data della fusione, la sostenibilità del debito supererà un primo vaglio in termini assoluti; ciò costituirà tuttavia una condizione necessaria, ma non sufficiente, perché, anche in questo caso, si ritiene necessario l'ulteriore requisito del *cash flow solvency test*, cioè della capacità dei flussi di cassa della società a far fronte "regolarmente" (in termini temporali) alle obbligazioni emergenti nel corso ordinario degli affari; i due test devono perciò essere effettuati congiuntamente.

La criticità collegata al *balance sheet test* è quella di ponderare il costo medio del debito (*wacc*) che, nel caso di specie, sarebbe funzione non di due, bensì di tre elementi: (i) il tasso privo di rischio (*risk-free rate*); (ii) il premio per il rischio di mercato (*market risk*); (iii) il premio per il rischio in ipotesi di fallimento (*default risk*).

La soggettività in ordine alla componente di *default risk* è all'evidenza elevata, anche se l'esperto potrà attenuarla, rendendola in qualche modo "oggettiva", facendo riferimento al *rating* assegnato alla società e al modello EDF (*expected default frequency*), i cui indici sono disponibili nelle banche dati delle principali società di rating e/o di società all'uopo specializzate⁹⁰; è

⁸⁷ M. ROMANO, *La relazione degli esperti nelle operazioni di merger leveraged buy-out. Natura del controllo e profili economico-aziendali*, in *Il controllo nella società e negli enti*, 8/2004, ha osservato che detta configurazione di flussi finanziari, consente di: (i) avvicinarsi il più possibile, a ipotesi di assenza di indebitamento; (ii) valutare, al meglio, gli effetti sulla dinamica finanziaria dell'attivazione dell'effetto leva, ai fini di un più efficiente e razionale impiego delle risorse disponibili; (iii) confrontare agevolmente il valore attuale delle risorse che si prevede di generare in futuro con lo stock di debito assunto per finanziare il lbo.

⁸⁸ Secondo BORSA ITALIANA, *Il metodo DCF – Discounted cash flow*, 2011, la differenza tra il metodo *unlevered* e il metodo *levered* consiste nel fatto che il primo consente di determinare direttamente il valore del capitale operativo; il valore del capitale netto dell'impresa viene poi ottenuto sottraendo da tale valore l'indebitamento finanziario e gli eventuali assets. Il metodo basato sul flusso netto spettante agli azionisti (*levered*) porta invece alla determinazione direttamente del valore del capitale netto. Ovviamente le due varianti di metodo portano al medesimo risultato se la dinamica del rapporto di indebitamento è correttamente riflessa nei tassi utilizzati per scontare i tassi.

⁸⁹ Sul punto cfr. S.A. DAVYDENKO – J.R. FRANKSR, *Do bankruptcy codes matter? A study of defaults in France, Germany, and the U.K.*, in *Journal of finance*, n. 2, 2008. C. MERTON, *On the pricing of corporate debt: the risk structure of interest rates*, in *Journal of finance*, n. 29, 1974.

⁹⁰ Sul punto C. EPIS, *Introduzione al modello di Merton/KMV per la stima delle probabilità di insolvenza di società quotate e Moody's-KMV, EDF™ 8.0 Model*

quindi opportuno che il processo di diagnosi sul rischio di insolvenza sia ancorato ad un approccio scientifico, basato su modelli all'uopo preposti.

Un ulteriore approccio utilizzato nella prassi è quello rappresentato dall'analisi discriminante del modello *Z score* di Altman ⁹¹, anche nelle sue varianti adattate al contesto italiano ⁹², applicato ai dati storici e a quelli previsionali; tale modello è in grado di esprimere un giudizio sul fatto che la struttura del capitale e la redditività futura (a servizio del debito) permettano la sopravvivenza dell'azienda per tutto il periodo previsto dal piano ⁹³.

enhancements, modeling methodology, 2007, in *www.moodyanalytics.com*. Il Modello EDF fa dipendere il rischio di insolvenza da alcune variabili, come la struttura del capitale, la volatilità degli assets, la distanza del rischio in termini di deviazioni standard. Tra l'expected default frequency (EDF) e le tradizionali classi di rating, esiste inoltre una certa corrispondenza, così che una società che ha un rating AA (S&P) o Aa2 (Moody's) potrebbe avere un EDF compreso tra 0,2% e 0,4%, mentre una società con rating B/B- (S&P) o B2 (Moody's) potrebbe avere un EDF compreso tra 2% e 3,5%. I dati sono aggiornati periodicamente.

⁹¹ Cfr. A. CZOMBERA, *Altman Z-score: credit ratings and equity investing in a high-quality environment*, in *www.academia.edu*, 2014. Il modello *Z-score* di Altman si inserisce nel filone delle analisi discriminanti che, a partire dagli anni '60, rappresenta la tecnica maggiormente utilizzata nella stima delle insolvenze. È il più significativo strumento elaborato con la metodica discriminante multidimensionale ed è finalizzato all'accertamento precoce dei sintomi di squilibrio aziendali sfruttando l'analisi di bilancio per indici. Tale modello presenta tuttavia dei limiti: a) presuppone la correttezza dei dati contabili di partenza, spesso alterati in situazioni di crisi e di declino, in quanto influenzati da politiche di bilancio volte ad occultare o attenuare i segni di deterioramento delle condizioni di salute; b) la funzione discriminante è stata originariamente sviluppata per aziende quotate, per cui va quindi tradotta e ridisegnata in ipotesi di società non quotate; c) il modello può essere applicato a società manifatturiere, poiché una variabile è esplicitativa della produttività aziendale, perdendo quindi di significato per le aziende commerciali e non manifatturiere ed anche all'interno di società manifatturiere va oggi tradotto con modelli produttivi decentrati; d) il modello è stato sviluppato nel particolare contesto geografico e storico per cui la sua validità nel tempo e nell'area di applicazione non può assurgere a certezza. Il modello italiano è stato elaborato da uno studio di BOTTANI – CIPRIANI – SERAO con esiti pubblicati nel 2004. Per un approfondimento sulle metodologie e i modelli finalizzati al monitoraggio e una prevenzione della crisi cfr. anche G. CESTARI, *La diagnosi precoce della crisi aziendale*, Milano, 2009 e F. PODDIGLIE – S. MADONNA, *I modelli di previsione delle crisi aziendali: possibilità e limiti*, Milano, 2006.

⁹² M. POZZOLI – F. PAOLONE, *Modelli di previsione della crisi aziendale: una rielaborazione*, in *Guida alla Contabilità & Bilancio*, 3/2018, sulla scorta di un campione di n. 10.085 società, hanno determinato la seguente funzione discriminante:

$$P = \frac{e^{-2,117 - 0,260 \frac{WC}{TA} - 10,428 \frac{OP}{TA} - 0,379 \frac{SALES}{TA}}}{1 + e^{-2,117 - 0,260 \frac{WC}{TA} - 10,428 \frac{OP}{TA} - 0,379 \frac{SALES}{TA}}}$$

dove: WC rappresenta il capitale circolante; TA rappresenta il totale attivo netto; OP rappresenta il reddito operativo e SALES rappresenta i ricavi di vendita.

⁹³ E.I. ALTMAN – A. DANOVÌ – A. FALINI, *La previsione dell'insolvenza: l'applicazione dello Z Score alle imprese in amministrazione straordinaria*, in

Altri modelli in grado di prevedere il livello di rischio e il possibile *default* dell'impresa, attraverso l'espressione di uno *score* sintetico, sono rappresentati dai modelli di Alberici, di Ohlson, di Zmijewski e dall'indice "M"⁹⁴.

Il limite di taluni di essi può essere rappresentato dal fatto che esprimono un giudizio di natura "qualitativa", identificando solo zone di possibile rischio d'insolvenza, per cui, al di là di situazioni in cui il rischio sia estremamente elevato (che porterebbe ad un giudizio negativo), ovvero in cui il rischio sia molto basso (nei quali casi sarebbe invece favorito un giudizio positivo), l'esperto potrebbe necessitare di dati più puntuali qualora i risultati ricadano su zone di rischio "grigie". I confini della "zona di insolvenza", delineati attraverso i *solvency tests*, risultano infatti "*imprecise and hard to define*"⁹⁵, per cui è sempre insita una certa soggettività.

Va infine fatto ricorso all'imprescindibile supporto di un'analisi di sensitività (*what-if*), non solo perché ciò è richiesto dalla miglior prassi, ma anche per una valida e razionale misura di conferma; la "ragionevolezza" di fattibilità del piano assume infatti significato solo qualora il piano resista ad

www.people.stern.nyu.edu, 2013, fanno notare come il tema della previsione dell'insolvenza ha continuato a essere oggetto del dibattito internazionale anche negli anni '90, quando ai lavori basati sull'analisi discriminante (prevalenti fino al decennio precedente) si sono affiancati quelli caratterizzati da probit analysis o dall'utilizzo di reti neurali o altre metodologie innovative. Anche negli ultimi anni, nell'ottica previsiva dei sistemi bancari e delle regole di rating introdotte dagli accordi di Basilea, prevalgono metodologie basate su modelli di regressione in uso nella prassi bancaria (ad esempio logistica), ancorché molti di questi presentino difficoltà applicative; tra questi il più noto è quello Z-score di Altman che dovrebbe essere in grado di prevedere l'insolvenza tre anni prima che questa si verifichi. Nel contributo citato viene dato atto che le elaborazioni dello Z-score per le imprese manifatturiere ammesse ad amministrazione straordinaria nel periodo 2000-2010 evidenziano come la maggioranza delle società venga classificata all'interno della zona di insolvenza. In particolare, all'approssimarsi della procedura la percentuale cresce notevolmente: se nel quintultimo bilancio d'esercizio il 68% delle imprese era classificato tra quelle "incerte", nell'ultimo bilancio disponibile la percentuale crolla al 13%. All'anno x-2 il 64% delle società veniva classificato tra quelle "insolventi", il 32% tra quelle "incerte" e solo il 4% tra quelle sane.

⁹⁴ Per un maggior approfondimento e per una loro applicazione pratica cfr. UGDCEC di Salerno, Commissione di studio "procedure concorsuali e giudiziarie", *Gli indicatori di allerta: osservazioni e criticità*, in www.knos.it, 2019, 44 ss.

⁹⁵ F.M. SBARBARO, *Il solvency test nell'ordinamento statunitense*, in www.comparazioneediritto civile.it, 14. E.I. ALTMAN E. - A. DANOVI - A. FALINI, *op. cit.*, sono giunti alla conclusione che l'applicazione dello Z' Score e dello Z" Score al contesto italiano può rivelarsi complicata non per la bontà del modello ma per le tipicità che caratterizzano il nostro Paese. In termini generali per le grandi imprese sarebbe opportuna una rielaborazione dei parametri che introduca anche almeno un indicatore in grado di evidenziare la sostenibilità del debito, quale ad esempio il *leverage*, il rapporto tra Ebitda e oneri finanziari e l'indicatore *debt service cover ratio*. Per le altre imprese, ovvero per il 90% dell'industria manifatturiera italiana, è auspicabile l'elaborazione di un modello *ad hoc* che preveda quindi il ricalcolo dei coefficienti di ponderazione della formula adottata per il calcolo dello Z Score.

adeguati *stress test*, che tengano conto anche di *drivers* legati ad eventuali sfasamenti temporali tra quanto programmato e quanto potrà realizzarsi.

Le *sensitivity analysis* andranno opportunamente sviluppate sulla base di possibili variazioni dei fattori in grado di influenzare sensibilmente i risultati attesi (fatturato, perdite su crediti, diversa marginalità, sfasamenti del circolante, ecc.); in tal senso, assume particolare significato il ruolo degli investimenti programmati, poiché i *cash flow* attesi dovranno coprire non solo gli assorbimenti di capitale circolante, ma anche gli investimenti netti di sostituzione/mantenimento, mentre il ricorso a ulteriore capitale di debito (rispetto a quello di scopo legato all'acquisizione) dovrebbe avvenire solo per fronteggiare temporaneamente e parzialmente il rientro dell'indebitamento a medio/lungo termine.

Anche in ipotesi di *stress test*, dovrà quindi essere dimostrata la capacità della società a fare ricorso ad adeguate linee di credito (di cassa o autoliquidanti), che possano ragionevolmente rimanere esistenti lungo l'intero arco temporale, proprio al fine di fronteggiare temporanee esigenze di cassa, emergenti da minori flussi della gestione caratteristica rispetto a quelli programmati.

I dati del piano dovranno pertanto essere disaggregati in ordine al rientro dei finanziamenti, distinguendo tra finanziamenti autoliquidanti (e/o generici) e quelli propri di scopo legati dell'operazione; in parallelo, andrà evidenziato l'eventuale ricorso a linee autoliquidanti o di cassa necessarie a compensare eventuali disallineamenti temporali con quanto programmato.

In sintesi, la sostenibilità finanziaria potrà essere desunta, pur in presenza di flussi negativi (ovvero di una previsione di uscite maggiori delle entrate), qualora sia dimostrata la capacità della società a far fronte comunque alle temporanee esigenze utilizzando gli affidamenti in essere in quel momento.

Un aspetto delicato dell'analisi è rappresentato dalla *visibilità* (c.d. *coerenza esterna*), ossia dalla percezione dell'esistenza di buone probabilità di realizzare i fondamenti economici del piano lungo tutto il periodo.

La visibilità dipende dalla possibilità di disporre di elementi (quote di mercato consolidate, ordini in portafoglio, qualità ed esperienza del *top management*, prodotti competitivamente superiori, ecc.) che sin da subito diano ragione dell'evoluzione prevista e ne comprovino la concreta realizzabilità.

In questo contesto, il giudizio di ragionevolezza scaturisce dall'osservazione congiunta di alcuni rilevanti profili, per cui dovrà essere svolta un'appropriata analisi sulla base dei dati aziendali interni, siano essi storici che proiezionali, in grado di confermare le assunzioni degli amministratori, in quanto l'abilità di quest'ultimi a formulare ipotesi

attendibili è inversamente proporzionale all'arco temporale considerato.

Quanto al rapporto tra le variabili ambientali e quelle aziendali, pare in genere opportuno prendere in considerazione il legame esistente tra le previsioni delle aree interessate dal *business* aziendale e la dinamica del fatturato sviluppata nei dati previsionali. Se le previsioni del piano sono molto "al di sopra" di quelle di settore, sarà infatti necessario indagare quali siano le motivazioni sottostanti; il confronto con i dati medi del settore di riferimento e dei principali concorrenti, ovvero, in assenza di dati specifici, con le previsioni macroeconomiche sugli andamenti futuri (domanda, consumi, PIL, ecc.), permette comunque di arricchire il giudizio con elementi oggettivi.

Quanto al legame tra le singole variabili aziendali, potrà essere valorizzata la correlazione sussistente tra l'ipotesi di continuità aziendale e l'ipotesi di andamento dei costi diretti e indiretti, di realistici andamenti nella produttività aziendale, di conseguenti conferme sulla marginalità e di ogni altro elemento utile in tal senso.

È infine opportuno precisare che lungo tutto il processo valutativo l'esperto potrà rinvenire degli errori; ai fini del rilascio di un'attestazione positiva, assumeranno tuttavia rilievo solo gli errori rilevanti e significativi nell'economia dell'operazione di fusione (c.d. *material*). Al contrario, configurerebbe una previsione gravemente "viziata" quella basata sull'applicazione parziale o errata di un determinato metodo.

5. – Possono presentarsi casi in cui, per varie ragioni, l'operazione di *mlbo* si realizzi attraverso una fusione inversa ⁹⁶, per motivi riconducibili al fatto che: (i) la società controllata detiene licenze, autorizzazioni o beni la cui trasferibilità alla controllante risulta onerosa, difficoltosa o impossibile; (ii) la società controllata gode di un particolare "status" o la gestione operativa è accentrata sulla società controllata medesima; (iii) nei casi di fusione realizzata con una *shell company*, si ottengono benefici in termini di adempimenti contabili e amministrativi, quali, ad esempio, le comunicazioni a clienti e fornitori, le volture di autorizzazioni e licenze, il subentro nei rapporti contrattuali e le trascrizioni ipotecarie e catastali ⁹⁷.

Nei casi di fusione inversa, l'attestazione dell'esperto deve essere più

⁹⁶ La fusione inversa (*reverse merger*) è una forma particolare di fusione per incorporazione, nella quale la società controllata incorpora la società controllante; i soci della controllante, che prima erano i titolari in senso economico del patrimonio della controllata, in via mediata e indiretta attraverso la partecipazione totalitaria posseduta dalla controllante, per effetto della fusione, diventano direttamente soci attraverso la titolarità, ad essi attribuita, della partecipazione detenuta dalla società *raider*.

⁹⁷ F. DEZZANI, *La fusione inversa*, in *Riv. rag. econ. az.*, 2010, 2.

attenta, poiché tale operazione potrebbe rappresentare uno dei casi in cui gli aspetti patologici del *mlbo* si manifestano più chiaramente di altri, e il divieto di *financial assistance* troverebbe una violazione che si manifesta in modo particolarmente nitido, dato che la società *target* non si estingue ed assume direttamente il debito contratto per l'acquisto delle proprie azioni.

L'attenzione va quindi concentrata esclusivamente su quelle situazioni in cui il contrasto con l'art. 2358 c.c. diventi diretto e palese, cioè qualora la società *target* (incorporante) si trovi a concedere garanzie specifiche per il finanziamento ⁹⁸.

Se la fusione è inversa, non si tiene conto dell'art. 2504-*ter* c.c.⁹⁹, per cui, se le due società sono società per azioni, la società *target* si ritrova detentrica di azioni proprie, di cui una parte, ricorrendone i presupposti, potrebbe essere lasciata in portafoglio per future acquisizioni "carta contro carta"¹⁰⁰; in questi casi l'esperto dovrà accertarsi della regolarità normativa dell'iscrizione in portafoglio delle azioni proprie ai sensi dell'art. 2357-*ter* c.c. valutando se, in forza dell'attuale obbligo di contabilizzazione, permanga la sussistenza del capitale sociale lungo tutto il periodo interessato dal piano, poiché "l'acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo" ¹⁰¹.

L'esperto dovrà anche accertarsi e verificare che il piano recepisca quanto previsto nel documento contabile OIC 4, § 4.6.2, cioè che "qualunque

⁹⁸ CASTELLANO, *Fusione inversa: questioni dottrinali e giurisprudenziali*, in www.notaio Ricciardi.it, richiama il caso in cui, successivamente all'acquisto della partecipazione nella società bersaglio, le azioni vengano date in pegno ai finanziatori: procedendo ad una fusione inversa, tali azioni, qualora non fossero interamente assegnate ai nuovi soci per soddisfare il concambio oppure non venissero annullate (con contestuale aumento di capitale ed eventuale individuazione di altre forme di garanzia) confluirebbero nel patrimonio della società come azioni proprie. In tal modo il patrimonio della società incorporante non costituirebbe, come richiede l'art. 2501 *bis* c.c., una mera "garanzia generica o fonte di rimborso", ma conterrebbe valori vincolati a garanzia specifica del debito. Ugual risultato si avrebbe qualora, successivamente all'acquisto e prima della fusione, venissero costituite garanzie reali su alcuni cespiti del *target*.

⁹⁹ L. ARDIZZONE, *Fusione a seguito di acquisizione*, cit., 943.

¹⁰⁰ E. TARTAGLIA, *op. cit.*, 123.

¹⁰¹ L'art. 6 del d.lgs. n. 139/2015, modificando l'art. 2357 *ter* e l'art. 2424 c.c., ha ridisegnato integralmente lo schema di contabilizzazione delle azioni proprie detenute in portafoglio. In particolare, l'attuale art. 2357 *ter*, comma 3, c.c. prevede che "l'acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo, tramite l'iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, con segno negativo". L'art. 2424, comma 1, c.c. prevede ora che nella specifica sezione dell'attivo, anziché la dizione precedente "azioni proprie", venga inserita la nuova dizione di "strumenti finanziari derivati attivi" e, nella sezione passivo, non più la voce "Riserva per azioni proprie in portafoglio", bensì quella di "Altre riserve distintamente indicate", aggiungendo un rigo, prima inesistente, con la dizione "Riserva negativa per azioni proprie in portafoglio". Nel nuovo sistema di contabilizzazione, quindi, le azioni proprie non vanno più appostate all'attivo del bilancio.

siano le modalità di attuazione della fusione (diretta o inversa), per i soci della controllante incorporata i beni della controllata incorporante hanno sempre lo stesso costo e l'attribuzione del plusvalore agli elementi dell'attivo della controllata-incorporante e l'iscrizione dell'avviamento rispondono sempre al principio posto dall'art. 2504-bis, comma 4, con il trasferimento del costo della partecipazione sui beni della controllata"; il disavanzo/avanzo di fusione derivante dalla fusione inversa deve infatti corrispondere al disavanzo/avanzo derivante dalla fusione diretta.

6. – In sede giudiziaria, possono porsi questioni delicate nell'eventuale sindacato di merito a seguito dell'esperimento dell'azione per il risarcimento del danno in ordine alle valutazioni operate dal *management* e dall'esperto, posto che il riesame del giudice deve conciliarsi sia con l'ampia discrezionalità tecnica della quale usufruiscono gli amministratori (*business judgment rule*), che con il limite alla responsabilità dell'esperto in funzione del grado di diligenza professionale adottato (*ragionevolezza*).

Dovendo includere le condizioni di solvibilità nel medio lungo termine, il piano si configura, in ogni caso, come il documento decisivo al fine di evidenziare le specifiche responsabilità¹⁰², per cui solo il suo insuccesso è condizione per aprire il fronte di un'azione di risarcimento, con la non remota possibilità che le azioni gestorie, avvenute *post* fusione, possano essersi discostate, per scelta o per oggettive necessità operative, da quanto programmato in origine.

Approvata ed effettuata la fusione, gli amministratori possono trovarsi nella situazione di doversi discostare dal piano; un disallineamento può infatti dipendere, oltre che dalla condotta dell'imprenditore, anche dall'evolversi della situazione di mercato in senso non conforme a quello previsto (con la conseguente necessità di modificarne gli assunti), ovvero per la necessità riprogrammare gli investimenti.

Qualunque sia la sua forza, il piano non potrà che confrontarsi con le perturbazioni, più o meno fisiologiche, che caratterizzano l'ambiente¹⁰³, essendo remota l'ipotesi in cui le azioni inizialmente disegnate restino ferme

¹⁰² C. SANTAGATA, *Le Fusioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, 7*1/2004, 277; F. Ghiberti, *op. cit.*, 3, fa notare come, "alla luce di tale impostazione, l'unico punto su cui concentrare l'attenzione per giudicare la liceità dell'operazione sia il piano industriale, la cui inadeguatezza attribuisce rilevanza penal-fallimentare al lbo. E ciò pare condivisibile poiché la solidità economico-finanziarie di *target* è essenziale ai fini della buona riuscita del *leveraged buy-out* ed il fatto che il fallimento della società risultante dalla fusione sia da addebitare all'insolvenza di *target* costituisce, semmai, un segnalatore di frodolenzia".

¹⁰³ A. Rossi, *L'esecuzione del concordato di risanamento, tra governance e conflitti*, in *Fall.*, 2017, 1009.

senza necessità di modifiche per tutto l'orizzonte temporale¹⁰⁴; ogni evento futuro è infatti soggetto all'incertezza propria dell'andamento dell'economia, così che il concretizzarsi degli accadimenti futuri potrebbe variare sia in termini di entità, sia in termini di tempistica¹⁰⁵.

Nell'ambito di un processo di *mlbo*, l'aspetto valutativo sulle eventuali responsabilità va quindi scisso a seconda che ci si riferisca alle responsabilità dell'organo amministrativo, ovvero a quelle dell'esperto.

In tale contesto, va anche distinto se l'azione sia stata promossa dalla società, dai soci o dai creditori, con la precisazione che se all'insuccesso della fusione dovesse seguire il fallimento, la legittimazione ad agire spetterà al curatore¹⁰⁶.

La complessità del giudizio in capo all'esperto imporrà, in ogni caso, che il giudice potrà (e dovrà) esercitare uno specifico scrutinio, positivamente svolto sulla scorta degli elementi di prova che l'attore ha l'onere di fornire¹⁰⁷, con il supporto inevitabile di una consulenza tecnica d'ufficio anche sul contenuto delle scelte valutative iniziali. Tale scrutinio investirà, in via preliminare e preordinata, la c.d. "architettura del processo" di fusione e, solo in seguito, la scelta e l'applicazione dei singoli criteri di valutazione.

Qualora l'insuccesso sia sopravvenuto senza che gli amministratori

¹⁰⁴ R. RANALLI, *Monitoraggio del piano e ruolo del commissario nel concordato preventivo con continuità*, in www.osservatorio-oci.org, 3.

¹⁰⁵ Non si può negare, infatti, che il piano è una previsione di sviluppo di una determinata situazione economica e finanziaria, e la sua attestazione, per quanto supportata da controlli sul passato, su un'analisi del presente e sull'esperienza comune dei fatti economici, resta pur sempre una congettura, soprattutto qualora sia vincolata a comportamenti o a situazioni di terzi, ovvero alla particolare situazione del mercato.

¹⁰⁶ Cass., 26 agosto 2016, n. 17359, ha sancito che, in tema di responsabilità degli amministratori di s.r.l., la riforma societaria, che pur non prevede più il richiamo, negli artt. 2476 e 2487 c.c., agli artt. 2392, 2393 e 2394 c.c., e cioè alle norme in materia di società per azioni, non spiega alcuna rilevanza abrogativa sulla legittimazione del curatore della società a responsabilità limitata che sia fallita, all'esercizio della predetta azione ai sensi dell'art. 146 l. fall., in quanto per tale disposizione, riformulata dal d.lgs. n. 5/2006, art. 130, tale organo è abilitato all'esercizio di qualsiasi azione di responsabilità contro amministratori, organi di controllo, direttori generali e liquidatori di società, così confermandosi l'interpretazione per cui, anche nel testo originario, si riconosceva la legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni comunque esercitabili dai soci o dai creditori nei confronti degli amministratori, indipendentemente dallo specifico riferimento agli artt. 2393 e 2394 c.c. Sicché, anche se si ritenesse che i creditori di società a responsabilità limitata non abbiano più l'azione ex art. 2393 c.c., nei confronti degli amministratori, rimarrebbe comunque esercitabile dal curatore fallimentare l'azione di responsabilità ex art. 2043 c.c.

¹⁰⁷ Cass., 1 dicembre 2009 n. 25271, in *Guida dir.*, 2010, 5, 71, la quale ha anche precisato che "la responsabilità del prestatore d'opera intellettuale nei confronti del proprio cliente per negligente svolgimento dell'attività professionale presuppone, quindi, la prova del danno e del nesso causale tra la condotta del professionista e il danno del quale è chiesto il risarcimento".

abbiano attuato scostamenti gestionali rispetto al piano, il giudizio si apre sia in capo agli amministratori che in capo all'esperto, con un nesso di causalità, proprio di ogni azione di responsabilità, che non potrà che essere collegato ad una verifica *ex post* (ma con criteri *ex ante*)¹⁰⁸, sul fatto che le previsioni fossero attendibili proprio in termini di "ragionevolezza" sulla capacità di rientro del debito contratto per l'operazione¹⁰⁹.

Se, invece, l'insuccesso fosse derivato in un ambiente caratterizzato da sostanziali scostamenti gestionali rispetto ai programmi, gli amministratori potrebbero essere esposti a responsabilità promosse nei loro confronti: *ex art.* 2394 c.c., qualora lo scostamento abbia pregiudicato anche l'interesse della società alla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio sociale, ovvero *ex artt.* 2395 e 2476, comma 6, c.c. qualora l'interesse dei creditori e quello della società divergano, con i primi che soccombono alle esigenze della seconda¹¹⁰.

In questo secondo caso l'esperto non dovrebbe essere coinvolto, salvo che non venga provato che il piano originario era comunque inadatto a sostenere l'operazione di fusione, per cui la società ha mutato i propri programmi proprio per cercare di raddrizzare ciò che, fin dall'inizio, era razionalmente e prevedibilmente insostenibile.

Ma anche in questa ipotesi, la responsabilità sorgerà in capo all'esperto solo se la sua attestazione dovesse essere qualificata come apoditticamente viziata nei suoi fondamentali, cioè priva di completezza, coerenza e adeguatezza tecnica delle motivazioni ivi contenute e, quindi, con un evidente scostamento dai metodi e dai canoni richiesti dalla *best practice*¹¹¹.

¹⁰⁸ Cass. pen., Sez. V, 18 maggio 2006, n. 23730, ha sancito il principio che il discrimine va effettuato sulla ragionevolezza del progetto industriale, senza tuttavia distinguere i casi in cui la società sia fallita per ragioni esclusivamente legate all'operatività, da quelle in cui il *lbo* sia l'unica causa del fallimento, sull'assunto che l'operazione non è penalmente censurabile solo qualora si dimostri la ragionevolezza e la sostenibilità, necessariamente *ex ante*, del progetto industriale. Tale giudizio non può che posizionarsi *ex ante*, perché è evidente che se le "debolezze" emergono già in fase di pianificazione, si rendono difficilmente comprensibili le ragioni economiche dell'operazione, gettando una luce di ambiguità sulle finalità degli operatori o, quantomeno, sulla loro prudenza.

¹⁰⁹ M.S. SPOLIDORO, *op. cit.*, 234, segnala come, anche in questo caso, come per i sindaci e gli amministratori, sembra doveroso segnalare il rischio che la violazione delle rispettive obbligazioni sia desunta, alquanto meccanicamente, dall'esito infausto del *leveraged buy out*, quando all'operazione faccia seguito il fallimento dell'impresa; si tratterebbe peraltro di uno sviluppo assai poco augurabile, sia per l'evidente iniquità che in tal modo verrebbero a soffrire i singoli (che verrebbero condannati in base ad un ragionamento *ex post*) sia per gli effetti perversi che si determinerebbero in pratica a livello di sistema giuridico in generale.

¹¹⁰ A. ROSSI, *op. cit.*, 1011.

¹¹¹ Va da sé che il riesame risulterà maggiormente approfondito con riferimento a una stima priva di precedenti significativi rispetto ad una che abbia carattere "standard"; andrà altresì accertata la coerenza delle singole scelte valutative rispetto al contesto generale di riferimento della stima oggetto di riesame. Sotto questo

La mancata attuazione del piano determina, pertanto, l'insorgere di responsabilità in capo all'esperto solo a condizione che le ipotesi formulate dagli amministratori apparissero, fin dall'inizio, scientificamente "irragionevoli", nel senso in precedenza chiarito ¹¹².

In altre parole, l'esperto andrà esente da responsabilità solo se proverà che la discrezionalità inevitabile dell'attestazione si è mantenuta nei limiti consentiti dalla tecnica per prassi riconosciuta, con la precisazione che la stessa è da ritenersi valida solo in relazione ai dati ottenuti e/o messi a sua disposizione ed utilizzati per lo scopo come sopra stabilito, non potendo essere attestato quanto a lui ignoto.

Il contenuto dell'attestazione dovrà quindi essere affidabile e concreto, con un esplicitato processo logico previsionale, tale da rendere comprensibile la prognosi e credibile il suo risultato, analizzando la completezza, esaustività e attendibilità dei documenti, dei dati e delle informazioni su cui si è determinata la stima, tenendo conto delle peculiarità di ciascuna operazione estimativa.

L'espresso richiamo contenuto nell'art. 2501-*sexies*, comma 6, c.c. regola la responsabilità non solo verso la società (dalla quale, o su istanza della quale, è stato nominato), ma anche verso i soci e i terzi. L'esperto è quindi tenuto a risarcire il danno ogni qualvolta le erronee indicazioni o le false attestazioni contenute nella sua relazione abbiano cagionato un pregiudizio a seguito di un suo comportamento doloso o colposo ¹¹³; tenuto conto dell'oggetto dell'indagine, in buona parte costituito da prognosi di avveramento di eventi futuri, ciò sarebbe coerente con il disposto dell'art. 2226 c.c., che sancisce la limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave allorquando la prestazione implica la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà ¹¹⁴, fattispecie che si concretizza, soprattutto, quando il piano prevede un orizzonte temporale non breve e/o nell'ambito di situazioni complesse.

Oltre allo *standard* di diligenza previsto dalle norme comuni per i professionisti, previsto dall'art. 1176, comma 2, c.c.¹¹⁵, è tuttavia dubbio se il

profilo, va ricordato che il termine "attestare" non significa "garantire" la veridicità dei risultati futuri indicati dagli amministratori, in quanto le proiezioni possono risultare più o meno corrette a seconda del verificarsi di eventi estranei (o imprevedibili) all'attività sociale, con la conseguenza che non potranno essere imputate all'esperto responsabilità nel caso in cui subentrino elementi nuovi non conosciuti o non rappresentati dagli amministratori durante i lavori di attestazione.

¹¹² A. MAFFEI ALBERTI, *Comm. breve al diritto delle società*, 4ª ed., Padova, 2017, 1718.

¹¹³ Documento Aristeia, n. 50, cit., 11. L.M. QUATTROCCHIO – G. SASSI, *op. cit.*, 11.

¹¹⁴ S. FORTUNATO, *La responsabilità civile del professionista nei piani di sistemazione delle crisi di impresa*, in *Fall.*, 2009, 893.

¹¹⁵ Cass. 18 aprile 2011 n. 8863, ha ribadito il principio che l'obbligazione del professionista viene comunemente qualificata come obbligazione di mezzi e non di

rinvio all'art. 64 c.p.c. operato dall'art. 2501-*sexies* c.c. qualifichi una responsabilità extracontrattuale, risultando invero preferibile abbracciare la tesi di una responsabilità contrattuale, quantomeno nei confronti della società che ha conferito l'incarico¹¹⁶.

Si ritiene inoltre applicabile il disposto dell'art. 1227 c.c., sul concorso del fatto colposo del creditore¹¹⁷, stante l'inevitabile grado di dipendenza del lavoro dell'esperto all'apparato documentale e informativo fornito inizialmente dalle società coinvolte.

Si apre così il problema della quantificazione del danno, che sembrerebbe approdare verso il riconoscimento dell'applicazione del criterio dell'integrale risarcimento¹¹⁸, cioè il danno da affidamento, che comprende, nel caso di specie, le perdite verificatesi a causa dell'operazione che impattano sul valore delle partecipazioni (per i soci), sul minor valore dell'attivo (per la società insolvente) e sul minor rimborso del credito (per i creditori), tutti danneggiati da un inappropriato ricorso all'operazione di *leverage buy out*.

La valutazione del danno dovrebbe in tal caso essere riferita alle migliori condizioni che i danneggiati avrebbero ottenuto qualora non si fosse effettuata l'operazione, con valorizzazione anche degli ulteriori danni che risultassero collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto¹¹⁹.

Abstract

EXPERT REPORT IN MERGER LEVERAGED BUY OUT OPERATIONS

risultato, per cui rileva non già il conseguimento del risultato utile per il cliente, ma il modo in cui è stata svolta l'attività, avuto riguardo, da un lato, al dovere primario del professionista di tutelare le ragioni del cliente e, dall'altro, al parametro della diligenza fissata dall'art. 1176, comma 2, c.c., che è quello della diligenza del professionista di media attenzione e preparazione.

¹¹⁶ A. MAFFEI ALBERTI, *Comm. breve al diritto delle società*, cit., 1730.

¹¹⁷ S. FORTUNATO, *op. cit.*, 893.

¹¹⁸ G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *Cont. impr.*, 2007, 1370, secondo il quale, su tali aspetti la Cassazione si è orientata, nelle più recenti sentenze, verso l'abbandono della tesi tradizionale, che partendo dalla formula descrittiva del danno "*da occasioni perdute*" commisurava l'interesse negativo in relazione al positivo, per approdare alla più corretta applicazione del criterio dell'integrale risarcimento del danno.

¹¹⁹ Cass., Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, nella quale si fa riferimento esplicito a Cass. n. 5610/1980; Cass. n. 8318/1990; Cass. 9523/1999 e che precisa che "il contraente in mala fede è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito ed i danni vanno commisurati al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che ne sia dimostrata l'esistenza di ulteriori, i quali risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto".

L'Autore, dopo una breve introduzione generale sulle operazioni di *merger leveraged buy out*, concentra l'indagine sulla relazione dell'esperto, di cui all'art. 2501-sexies c.c.

The Author, after an overview on the MLBO operations, focuses the attention on the expert report provided by article 2501-sexies c.c.

INDICI DI ALLERTA DELLA CRISI E SISTEMA FINANZIARIO

VINCENZO DE SENSI
Professore a c.
nell'Università LUISS "Guido Carli"

La grande novità del codice della crisi è il sistema di allerta. La sua funzione è agevolare l'emersione e la gestione tempestive della crisi. Due pilastri ne dovrebbero assicurare l'efficacia. Il primo è quello degli adeguati assetti organizzativi. Si richiede che l'imprenditore adotti assetti organizzativi, amministrativi e contabili anche per la tempestiva rilevazione della crisi e per approntare senza indugio i relativi rimedi per farvi fronte. Pur non essendo una novità nel nostro sistema societario, gli adeguati assetti assumono una crescente importanza determinata dall'idea che vanno preservate le condizioni per la continuità aziendale. Senza imbrigliare eccessivamente la propensione al rischio degli amministratori, nondimeno l'organizzazione va assumendo in modo trasversale la funzione di indispensabile presidio per monitorare e gestire i rischi insiti nell'attività. La ragione di questo pilastro risiede dunque nelle buone prassi gestionali che vanno tradotte sul piano organizzativo per cogliere in tempo utile quegli indicatori che danno evidenza di un processo di deterioramento dell'attività che potrebbe condurre sino all'insolvenza. In relazione a questo profilo funzionale si coglie il secondo pilastro dell'allerta che è quello degli indici economici, patrimoniali e finanziari che possono far ragionevolmente ritenere sussistente uno stato di crisi. Come noto il Codice della crisi demanda al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti il compito di elaborare gli indici che possono rilevare uno stato di crisi.

Il lavoro svolto dal Consiglio si è tradotto in un importante documento – inviato al Mise per l'approvazione – che, seguendo le indicazioni del Codice della crisi, ha elaborato un sistema gerarchico di indici la cui integrazione può segnalare una crisi in atto. Questo sistema gerarchico prevede in primo luogo due criteri fondamentali: quello del patrimonio netto e quello definito con l'acronimo *DSCR* – *Debt Service Coverage Ratio*. Il sistema gerarchico prevede dunque che laddove vi sia il superamento del primo valore soglia sia ipotizzabile uno stato di crisi; mentre quando il relativo valore soglia non sia superato si può passare alla valutazione del secondo indice il quale segnala i flussi di cassa liberi che possono essere utilizzati per il rimborso dei debiti nei sei mesi successivi.

Quindi in sostanza, in base a questi due indici, è possibile dare rilievo a situazioni critiche già tradotte o in una significativa perdita patrimoniale o in una tensione finanziaria. Soltanto laddove il criterio finanziario dei flussi di copertura della debitoria non sia fondato su dati attendibili è possibile procedere ad utilizzare altri cinque indici la cui rilevanza è integrata solo laddove siano congiuntamente superati e che rispondono alla medesima logica della evidenza delle consistenze patrimoniali, della continuità aziendale e del livello di indebitamento dell'impresa.

Il pregevole lavoro di elaborazione degli indici solleva però la questione del raccordo dell'allerta con il delicato sistema di classificazione bancaria dei crediti deteriorati. L'efficacia dell'allerta dipende infatti in gran parte dalla reattività delle banche al fenomeno della crisi: reattività che oggi deve tenere conto degli orientamenti dell'EBA per classificare un credito come deteriorato. Il punto delicato è dato dalla circostanza che, secondo tali orientamenti, un credito può essere qualificato come deteriorato a prescindere dalla sussistenza di uno scaduto, laddove la banca reputi che il debitore probabilmente non pagherà (c.d. inadempienze probabili – *UTP unlikely to pay*). Sarà quindi sempre più frequente nella pratica che la banca ceda le relative posizioni per ricavarne liquidità o per migliorare i suoi requisiti patrimoniali. Con l'evidente conseguenza che, da un lato, la reattività delle banche alle situazioni di crisi sarà molto più anticipata rispetto all'allerta e, dall'altro, che laddove la gestione della crisi arrivi innanzi all'Organismo di composizione assistita (c.d. OCRI) non vi sia più quale interlocutore la banca ma i fondi o società di gestione che investono in posizioni deteriorate con logiche operative alle volte non prossime alla ripresa della continuità aziendale. A livello operativo si dovrà dunque tenere conto delle delicate implicazioni che questo determina sul rapporto con l'imprenditore in crisi e sui doveri di buona fede e correttezza nella gestione dell'allerta.

Abstract

WARNING INDICATORS AND FINANCIAL SYSTEM

L'Autore svolge alcune considerazioni sul sistema delle misure di allerta previste dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, con particolare riferimento agli indici della crisi.

Author makes some considerations on the warning system provided by the new Insolvency code, with particular attention of the indicators of the crisis.

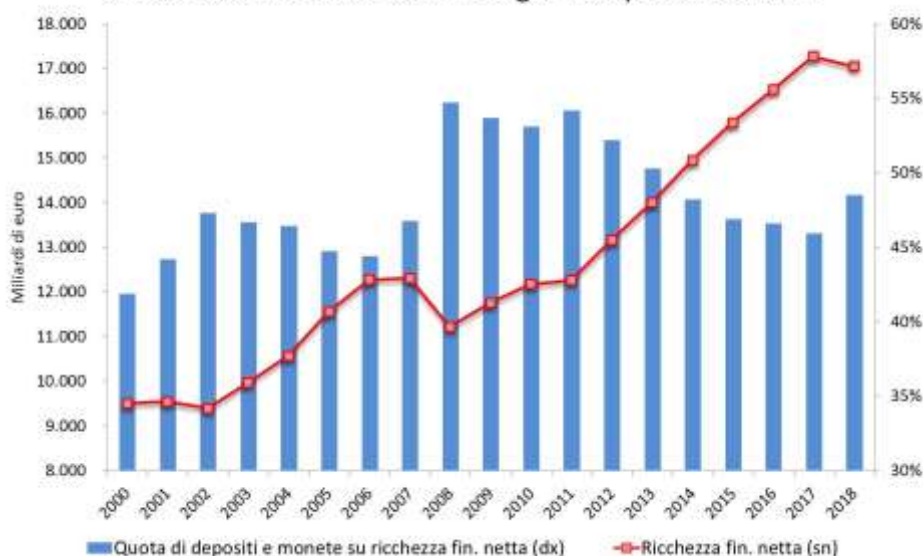
TITOLI DI STATO PER I PICCOLI RISPARMIATORI: ALLE GIUSTE CONDIZIONI SI PUÒ FARE

MARCELLO MINENNA

Economista

Il risparmio finanziario privato rappresenta un punto di forza dell'Eurozona. A parte una temporanea flessione tra il 2007 e il 2008, negli ultimi vent'anni la ricchezza finanziaria netta delle famiglie europee è quasi raddoppiata.

La ricchezza finanziaria delle famiglie europee: 2000-2018



Rispetto ai primi anni di vita della moneta unica si è modificato il contributo relativo dei singoli Stati: fino al 2008 l'Italia era in testa e sopravanzava di diverse centinaia di miliardi persino la Francia e la Germania, mentre negli anni successivi questo orientamento è cambiato. Oggi gli italiani sono terzi, preceduti dai francesi (secondi) e, soprattutto, dai tedeschi posizionati sul gradino più alto del podio. Un primato che rispecchia la tesaurizzazione dei massicci afflussi di capitale verso la Germania in contropartita dell'enorme surplus commerciale tedesco reso possibile anche da una valuta debole rispetto ai suoi fondamentali macroeconomici e dalle disfunzioni architetturelle dell'unione monetaria.



Includendo gli altri paesi dell'area euro, la ricchezza finanziaria netta delle famiglie ammonta a € 17.000 miliardi, di cui circa € 8.300 sotto forma di disponibilità liquide (contante e depositi). Se ogni governo riuscisse a raccogliere il 10%–15% del rispettivo aggregato nazionale tramite emissioni speciali di titoli riservate agli investitori al dettaglio (*retail*) residenti nei propri confini, si potrebbe recuperare una larga parte dei 1.000–1.500 miliardi di euro necessari a sostenere l'economia europea pesantemente colpita dalle infauste conseguenze del Coronavirus.

Un contributo-chiave al successo di questo progetto di mobilitazione del risparmio privato dei cittadini europei potrebbe venire dal coinvolgimento della BCE e, più in generale, dell'Eurosistema per un'efficiente gestione del rischio di liquidità. Gli orizzonti temporali delle persone fisiche sono tipicamente più brevi e meno flessibili rispetto a quelli delle istituzioni monetarie e finanziarie; specialmente se si tratta di individui in età avanzata che spesso sono quelli con maggiori risparmi. Ciò si ripercuote sulla tollerabilità di prestiti a lunga scadenza: poco adatti a un pensionato di 70–80 anni, ma potenzialmente compatibili con l'orizzonte temporale delle autorità monetarie e con la loro capacità di trasformazione delle scadenze.

Su queste basi si può ipotizzare uno schema a tre attori: risparmiatori, Stati ed Eurosistema. Gli Stati si finanziano fuori mercato con obbligazioni *retail* a breve-medio termine (da 6 mesi a 3 anni) e inalienabili, ma che incorporano un'opzione di rimborso anticipato a condizioni certe in modo

da minimizzare il grado di illiquidità sopportato dai cittadini-investitori. In parallelo, ciascuna Banca Centrale Nazionale (BCN) – finanziata dalla BCE secondo lo stesso meccanismo dei programmi di acquisto titoli – potrebbe rilevare dal proprio governo la quota di prestiti *retail* che viene rimborsata anticipatamente previo allungamento delle scadenze. Una sorta di *swap* di *maturities* con l'obiettivo di internalizzare nell'ambito dei partecipanti all'Eurosistema la maggior parte del rischio di liquidità degli Stati.

Il principale vantaggio di questo schema risiede nella capacità di attingere senza eccessive penalizzazioni alla ricchezza finanziaria privata delle famiglie, limitando al contempo l'impegno richiesto alla BCE e all'intero Eurosistema rispetto a soluzioni *standard* di monetizzazione del *deficit* precluse dai Trattati.

Il coinvolgimento della BCE rappresenta la soluzione più semplice ed immediata per operare in affiancamento agli Stati e ai cittadini nella progettualità sopra descritta, in ragione della rapidità d'intervento, della sovranità monetaria esclusiva e, non ultimo, del comprovato protagonismo nelle iniziative che hanno saputo preservare nel tempo la resilienza dell'Eurozona.

In alternativa, si potrebbe comunque ipotizzare un ruolo attivo di altre istituzioni europee, a partire dal Meccanismo Europeo di Stabilità (MES), per il quale già in passato ho proposto, con alcuni economisti, la graduale trasformazione in un garante sovranazionale dei debiti pubblici degli Stati membri all'interno di una cornice legale idonea a minimizzare il rischio di comportamenti opportunistici (*moral hazard*).

I benefici di un'azione congiunta e coordinata a livello europeo per la sollecitazione delle disponibilità liquide dei privati sarebbero molteplici in termini di dimensioni e costi della raccolta, necessariamente influenzati dallo *standing* del debitore/garante di ultima istanza. L'accesso a un nuovo canale di finanziamento potrebbe altresì contribuire ad allentare la pressione sui governi nazionali in maggiore difficoltà, con un effetto di retroazione positiva sui rendimenti di mercato. Inoltre, nell'ipotesi di coinvolgimento dell'Eurosistema, la soluzione prospettata replicherebbe la prassi di assunzione dei rischi (*risk taking*) collaudata in anni di *Quantitative Easing* (QE) dove le BCN utilizzano i fondi presi a prestito dalla BCE per comprare titoli emessi dai rispettivi governi e assumono nel proprio bilancio il relativo rischio di perdita senza dividerlo col resto dell'Eurosistema. L'aderenza a questa consolidata operatività renderebbe poco fondate eventuali obiezioni di non conformità ai trattati sollevate dai paesi *core*, offrendo peraltro anche a questi ultimi un canale accessorio di finanziamento pubblico e la connessa possibilità di un più efficiente impiego della liquidità spesso inutilmente ferma nei conti correnti.

Qualora, nonostante l'architettura ipotizzata in termini di assunzione e ripartizione dei rischi, in sede europea non si riuscisse a convergere sull'adozione della proposta di obbligazioni sovrane destinate al *retail* (di seguito anche *Retail-Targeted-Sovereign-Bonds* o RTSB), sarebbe comunque opportuno valutarne la fattibilità a livello nazionale.

A differenza delle realtà anglo-sassoni, nei paesi dell'Europa continentale famiglie e individui hanno conservato nel tempo una propensione al risparmio relativamente elevata; persino la crisi finanziaria globale non ha scalfito lo zoccolo duro del risparmio privato europeo in quanto alla riduzione del reddito disponibile si è accompagnato un aumento generalizzato dell'avversione al rischio che ha preservato la predilezione per il risparmio "precauzionale" rispetto ai consumi.

Questo fenomeno riguarda anche i paesi c.d. periferici, come l'Italia e la Spagna, e rende oggi ragionevolmente percorribile la strada dei RTSB per reperire almeno parte dello straordinario fabbisogno di liquidità che serve per affrontare l'emergenza economica epocale causata dall'epidemia.

Nel caso dell'Italia, stime autorevoli prevedono per il 2020 un calo del PIL tra il 9,1% e l'11,6%; il debito pubblico potrebbe superare il 150% del PIL e il tasso di disoccupazione la soglia 20%, mentre la perdita di gettito per l'erario ammonta già a € 26 miliardi. Numeri drammatici che rinfocolano le preoccupazioni per la sostenibilità del debito e fanno nuovamente dell'Italia un osservato speciale dei mercati con la continua minaccia di attacchi speculativi.

Dall'esterno sinora è stata ancora una volta la BCE a darci un aiuto concreto nell'ambito dei suoi programmi di acquisto titoli. Si può stimare che entro fine anno il supporto della BCE per il nostro paese sarà tra i 170 e i 250 miliardi di euro. Tuttavia, si tratta di un importo capace di coprire a stento il rifinanziamento del debito in scadenza (circa € 240 miliardi da qui a dicembre), mentre ne servono più o meno altrettanti per scongiurare il tracollo della nostra economia.

In questo difficile contesto la proposta dei RTSB offre una soluzione per valorizzare con prudenza e intelligenza la preziosa risorsa rappresentata dal risparmio privato degli italiani. Il governo potrebbe lanciare offerte pubbliche di vendita di obbligazioni a breve-medio termine riservate al *retail* in modo da risultare attrattive per i tanti cittadini che sinora hanno privilegiato forme di risparmio molto liquide e che sarebbero magari disposti a rinunciare per un periodo relativamente limitato a tale liquidità in cambio di una congrua remunerazione.

Diversamente dai comuni titoli governativi, queste obbligazioni non potrebbero essere vendute a terzi prima della scadenza, ma – in assenza di un impegno della BCE o del MES – sarebbe lo Stato ad offrire ai sottoscrittori

la possibilità di ottenere il rimborso anticipato durante finestre temporali chiuse e con regole di *pricing* deterministiche o, in alternativa, su base continuativa ma con incentivi, anche di tipo fiscale, legati alla conservazione dell'investimento in analogia a quanto previsto per i Buoni Fruttiferi Postali.

L'adesione all'offerta da parte di una vasta platea di risparmiatori potrebbe essere stimolata incorporando nei rendimenti corrisposti ai sottoscrittori un premio di liquidità rispetto alle corrispondenti scadenze osservate, alla data di emissione, sulla curva *sovereign* di mercato dell'Italia. A titolo puramente esemplificativo, si potrebbe prevedere una maggiorazione di 20 punti base per i titoli a 6 mesi, 40 punti base per quelli a 1 anno, e così via. Considerato anche che spesso le emissioni da parte di soggetti *corporate* a parità di durata sono più rischiose e comunque scarsamente liquide, poche decine di punti base potrebbero essere sufficienti. Si verrebbe così a creare una nuova struttura a termine '*retail*' dei rendimenti governativi, segmentata rispetto a quella di mercato e senza possibilità di arbitraggio tenuto conto del vincolo di inalienabilità.

Per evitare pericolosi spiazzamenti su altri *assets* finanziari domestici (azioni, fondi ma anche obbligazioni compresi i titoli di Stato standard), si potrebbe stabilire che l'investimento in RTSB possa essere finanziato solo attingendo alle disponibilità liquide dei singoli individui e, possibilmente, prevedendo anche alcuni limiti a tutela dei risparmiatori. Ad esempio in termini di lotto minimo di sottoscrizione sufficientemente basso (e.g. 1.000 euro a persona e relativi multipli) unitamente a un limite in termini di percentuale massima investibile in RTSB rispetto al patrimonio finanziario complessivo di ciascun individuo.

Secondo i dati Eurostat, a fine 2018 la ricchezza finanziaria netta degli italiani era di circa € 3.300 miliardi, di cui il 42% (pari a € 1.390 miliardi) rappresentato da disponibilità liquide.



Immaginando di rastrellarne il 10% tramite RTSB potremmo coprire tra il 50% e il 75% del fabbisogno straordinario di risorse causato dal Covid-19.

A questo si aggiungerebbe il potente segnale positivo per i mercati e per i partner europei sulla resilienza dell'Italia favorendo l'afflusso di capitali verso il nostro paese, il ridimensionamento del premio al rischio sovrano e la posizione negoziale del nostro governo nelle trattative con Bruxelles.

In un momento in cui l'unico lato positivo dell'emergenza sanitaria sembra essere un rinnovato senso di responsabilità e di coesione, l'Italia e gli italiani hanno il dovere e l'opportunità di fare squadra e di essere un esempio virtuoso per gli altri paesi.

Il risparmio delle famiglie – bene costituzionalmente tutelato – può aiutarci a fare la differenza attraverso soluzioni capaci di coniugare al meglio le esigenze dei singoli e le necessità dello Stato. Vale dunque la pena di esplorare la strada di obbligazioni *retail* con un profilo di rischio-rendimento-liquidità sufficientemente equo, sicuramente preferibili ad alternative più penalizzanti (come prestiti irredimibili a tassi molto bassi se non nulli), o addirittura traumatiche ed invasive, come la patrimoniale.

Abstract

GOVERNMENT BONDS FOR RETAIL INVESTORS

L'Autore si interroga sulla praticabilità di emissioni speciali di titoli riservate agli investitori al dettaglio, con l'obiettivo di sostenere l'economia europea colpita dalle conseguenze dell'emergenza sanitaria dovuta al Coronavirus.

The Author evaluates the feasibility of the emission of bonds for retail investors, with the aim to sustain the European economy affected by the health emergency connected with Covid-19.

Corte di cassazione, 19 aprile 2018, n. 9624

Pres. Di Amato – Est. Frasca

In tema di espropriazione forzata di crediti presso terzi, tanto prima che successivamente alla riforma del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo dalla l. n. 228 del 2012, si deve escludere che, qualora sopraggiunga nel corso del suo svolgimento ed in una situazione nella quale il processo esecutivo sia pendente sebbene sospeso in ragione del sopravvenuto fallimento del debitore esecutato, l'art. 51 l. fall. possa giustificare la sua improcedibilità. Deve, altresì, escludersi che l'improcedibilità del processo esecutivo ai sensi dell'art. 51 l. fall. costituisca situazione di sopravvenuta carenza del requisito dell'interesse ad agire rispetto allo svolgimento del giudizio. (massima non ufficiale)

(Omissis). FATTO E DIRITTO

1. La Ergo Previdenza s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione contro la Top Service s.r.l. in liquidazione e nei confronti del Fallimento (Omissis) s.a.s. avverso la sentenza del 4 settembre/maggio 2014, con la quale la Corte d'Appello di Venezia ha rigettato il suo appello avverso la sentenza del giugno 2012, con cui il Tribunale di Verona aveva provveduto sul giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, introdotto nel 2010 dalla s.r.l. Top Service, a seguito di dichiarazione negativa resa dalla qui ricorrente quale terza pignorata nella procedura esecutiva introdotta nel 2009 dalla stessa Top Service, quale creditrice della (Omissis) s.a.s., in forza di titolo esecutivo rappresentato da un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo.

2. Il Tribunale accertava l'esistenza di un credito di Euro 587.385,34 della debitrice esecutata nei confronti della terza pignorata qui ricorrente. Nel corso del giudizio di appello sopravveniva il fallimento della s.a.s. (Omissis), rimasta contumace, e, quindi, all'esito della prosecuzione del giudizio nei confronti della curatela fallimentare, che non si costituiva, la corte territoriale ha confermato la decisione del primo giudice.

3. La vicenda iniziava con un pignoramento eseguito nel 2009 dalla Top Service s.r.l., sulla base di titolo esecutivo rappresentato da un decreto ingiuntivo. Il pignoramento veniva eseguito nei confronti della Ergo Previdenza s.p.a. riguardo alle somme dovute a qualsiasi titolo alla (Omissis) per asseriti crediti provvigionali relativi ad intercorso rapporto di agenzia e sino a concorrenza dell'importo di Euro 164.849,22. Nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, instaurato a norma dell'art. 548 c.p.c., dalla creditrice procedente dopo una comunicazione tramite raccomandata della qui ricorrente nella quale si sosteneva l'esistenza di una posizione creditoria della terza pignorata verso la debitrice esecutata ed il successivo esito negativo dell'udienza di comparizione ex art. 543 c.p.c., comma 4, la Top Service introduceva il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, nel quale, per quanto

ancora interessa, sosteneva che, in dipendenza dello svolgimento del rapporto di agenzia non era debitrice nei confronti della esecutata, ma creditrice.

Con sentenza del 7 giugno 2012 il Tribunale di Verona accertava l'esistenza di un credito della (*Omissis*) verso la ricorrente pari ad Euro 587.385,34 ed assegnava un termine di sessanta giorni per la prosecuzione del processo esecutivo.

3. La sentenza veniva appellata dalla Ergo Previdenza con atto spedito per la notificazione il 28 giugno 2012 e nella costituzione della Top Service – la quale assumeva nella sua comparsa di risposta di avere riassunto il processo esecutivo con ricorso del 26 luglio 2012 (si veda il controricorso a pagina 9) e che all'esito era seguita l'assegnazione della somma pignorata in suo favore con conseguente chiusura del detto processo in data 9 ottobre 2012 (si veda il controricorso a pagina 11) – la causa veniva rimessa per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 25 marzo 2014.

4. Nelle more interveniva il fallimento della (*Omissis*) in forza di sentenza del Tribunale di Verona del 10 aprile 2013 (e non com'è scritto nell'esposizione del fatto del ricorso, con manifesto errore, il 7 giugno 2012: la data esatta indicata nel 10 aprile 2013 dalla resistente trova riscontro nell'atto di riassunzione del giudizi di appello ad iniziativa della qui ricorrente) e la Ergo Previdenza depositava ricorso ex artt. 302 e 305 c.p.c., per la prosecuzione del giudizio al dichiarato fine di non fare estinguere il processo. La corte territoriale, reputando interrotto il processo, fissava per la prosecuzione l'udienza del 25 marzo 2014, disponendo la notifica dell'atto riassuntivo, cui la Ergo Previdenza provvedeva. A seguito della riassunzione si costituiva soltanto la Top service, mentre rimaneva contumace la Curatela Fallimentare della (*Omissis*).

5. Al ricorso per cassazione, che propone quattro motivi, ha resistito con controricorso la s.r.l. Top Service, mentre la Curatela Fallimentare della (*Omissis*) non ha svolto attività difensiva.

4. La trattazione del ricorso è stata fissata in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380 *bis* c.p.c., comma 1, e non sono state depositate conclusioni scritte dal Pubblico Ministero, mentre la ricorrente ha depositato memoria.

Considerato che:

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce “violazione ed errata applicazione della L. Fall., artt. 51 e 107, e art. 549 c.p.c. (vecchia e nuova formulazione) in relazione a disposto dell'art. 360 c.p.c., n. 3”.

L'illustrazione del motivo inizia con la riproduzione della parte di motivazione della sentenza impugnata che, ancorché non lo si dichiara, il motivo intenderebbe censurare.

Essa è del seguente tenore: “In sede di scritture finali la società appellante deduce improcedibilità del presente procedimento, in quanto ancillare a procedura esecutiva individuale, per l'intervenuto fallimento del soggetto debitore, la sas

(*Omissis*). L'opinione avanzata dalla spa Ergo Previdenza si fonda su datato insegnamento di legittimità ed ovviamente non tiene conto, invece, dell'insegnamento recente del Supremo Collegio – Cass. 28/09 –, che riserva esclusivamente alla procedura fallimentare tale tipo di eccezione. Nella specie non solo la procedura fallimentare, benché regolarmente citata, non ha inteso costituirsi e così sollevare reazione di improcedibilità, ma un tanto ha pure un preciso significato pratico. Difatti la procedura esecutiva mediante pignoramento presso terzi, cui accede anche la presente causa, risulta già definita con l'assegnazione delle somme al creditore pignorante, la srl Top Service, ben prima della declaratoria di fallimento. Dunque, risultando soddisfatto il credito della società fallita mediante assegnazione a suo debitore, alcun interesse poteva avere al presente giudizio la procedura fallimentare”.

1.1. Dopo la riproduzione della motivazione, la ricorrente svolge in primo luogo argomentazioni con cui sostiene:

a) che l'affermazione della sentenza impugnata che la procedura esecutiva sarebbe stata definita con l'assegnazione sarebbe priva di fondamento, perché “non si vede come possa essere avvenuta una assegnazione, giuridicamente valida visto che ad Ergo Previdenza S.p.A. non è stata notificato, mai, né il ricorso per riassunzione del procedimento esecutivo, né una comunicazione di Cancelleria relativa alla fissazione dell'udienza per la riassunzione del procedimento esecutivo”;

b) che errata, pertanto, sarebbe l'assunto della corte di merito che, essendo stata assegnata la somma alla Top Service prima della declaratoria del fallimento, la curatela fallimentare non avrebbe avuto possibilità di intervenire;

c) che, se pure l'assegnazione vi fosse stata, la ricorrente avrebbe potuto eccepirne la nullità, non essendone stata resa edotta;

d) che infondata sarebbe stata la statuizione con cui è stata rigettata la sua eccezione di improcedibilità ai sensi dell'art. 51 c.p.c., perché si sarebbe posta in violazione della L. Fall., art. 51, e art. 107.

Di seguito a tali affermazioni, si evoca Cass. n. 25963 del 2009, per desumere dalla sua esegesi della L. Fall., art. 107, (il testo riguardo al quale si argomenta nemmeno viene individuato, nonostante le sostituzioni e modifiche che ha subito dalla riforma del 2005 in poi), che detta norma sancirebbe una sostituzione ope iuris del curatore al creditore individuale nella possibilità di dare impulso al processo esecutivo. Tanto si prospetta per sostenere – se ben si comprende le poco chiare argomentazioni – che spetta esclusivamente all'iniziativa del curatore fallimentare dare impulso alla procedura esecutiva, atteso che il potere del creditore procedente verrebbe automaticamente meno ai sensi della L. Fall., art. 51.

1.2. Dopo tali deduzioni, dalle quali non è dato comprendere come e perché la sentenza impugnata avrebbe violato l'art. 107 (che dovrebbe venire in gioco nel testo di cui al comma 6, rimasto immutato dopo la sostituzione della norma, disposta dal

D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 98), si passa ad argomentare la violazione dell'art. 51 di quella legge, evocando il contrasto, esistente sulla sua applicabilità al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo in seno alla giurisprudenza di questa Corte fra la soluzione positiva di cui alla remota Cass. n. 789 del 1962 e la soluzione negativa accolta dalla più recente Cass. n. 28 del 2009. Quindi, si sostiene che la tesi preferibile sarebbe quella di cui alla sentenza meno recente, adducendo – peraltro in modo nient'affatto esplicito, ma con enunciazioni che tuttavia fanno comprendere a questa Corte l'asserto – che la rimodulazione operata dalla L. n. 228 del 2012, quanto alle modalità di svolgimento del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo dovrebbe indurre a preferire la soluzione positiva, come sarebbe stato sostenuto dalla dottrina.

1.3. Il Collegio osserva innanzitutto che nell'illustrazione del motivo non è dato cogliere, o almeno non è dato coglierli in modo chiaro, i termini dell'enunciazione di una censura di violazione della L. Fall., art. 107: ciò, sia per la mancata individuazione del come e del perché la sentenza impugnata avrebbe violato la norma, sia delle ragioni per cui sarebbe potuta venire in rilievo o direttamente o indirettamente. Sotto questo secondo profilo non è dato comprendere e comunque non è espresso in modo chiaro in che modo l'esegesi dell'art. 107 di cui si ragiona, invocando il precedente di questa Corte, dovrebbe interferire con quella che poi si prospetta in riferimento all'art. 51.

1.3. Riguardo alla censura di violazione della L. Fall., art. 51, si deve rilevare che nella stessa esposizione del motivo si allude ad una circostanza che – indipendentemente dalla scelta della soluzione esegetica valida sulla sua incidenza o meno sul giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo – assumerebbe valore dirimente per rendere superflua la risoluzione del relativo problema esegetico e, quindi, del contrasto fra la vecchia e la nuova decisione di questa Corte.

Infatti, la ricorrente, con riguardo all'affermazione della sentenza impugnata che nel processo esecutivo vi era stata, a seguito di riassunzione, l'assegnazione della somma alla creditrice pignorante anteriormente alla declaratoria del fallimento della debitrice pignorata, assume che tale assegnazione sarebbe giuridicamente invalida, ma, in tal modo non pone in discussione che essa si fosse verificata.

Non pone, cioè in discussione che il processo esecutivo si fosse concluso prima della declaratoria del fallimento.

Ebbene, poichè nel processo esecutivo per espropriazione di crediti presso terzi l'ordinanza di assegnazione chiude pacificamente il processo esecutivo (*ex multis*: Cass. n. 4505 del 2011 e n. 17524 del 2011), risulta palese che, in ragione di tale chiusura, la sopravvenienza del fallimento, quand'anche si ravvisasse applicabile l'art. 51, al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo (sebbene secondo la disciplina che regolava quello oggetto del presente giudizio), escluderebbe tale applicabilità in concreto.

Queste le ragioni.

1.3.1. La tesi propensa ad affermare che quel giudizio sarebbe ricaduto da sempre ed ora ricadrebbe nel divieto di cui all'art. 51, in ragione della sua strumentalità a determinare la possibilità della prosecuzione del processo esecutivo, se anche si condividesse, risulterebbe infatti applicabile, proprio per la ragione con cui viene giustificata, solo fino a quando quella strumentalità sia configurabile. Se il processo esecutivo, in pendenza del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo sia proseguito, come accaduto – per quello che deduce la resistente – a seguito di riassunzione nel termine disposto dalla sentenza di primo grado del Tribunale di Verona (che, nel regime anteriore alla riforma di cui alla L. n. 228 del 2012, venne pronunciata stante la regolamentazione di quel giudizio da esso disposto secondo l'ordinaria disciplina dei gradi di giudizio), la sua successiva conclusione con l'ordinanza di assegnazione prima della dichiarazione di fallimento della debitrice esecutata comportava il venir meno della strumentalità del giudizio stesso, sebbene ancora pendente, come nella specie, in appello a seguito di impugnazione di quella sentenza. In pratica, allo stesso modo di come il fallimento non può determinare l'effetto dell'improseguibilità del processo esecutivo già chiuso all'atto del suo intervento, analoga soluzione meriterebbe la questione della improseguibilità del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo strumentale al processo esecutivo.

Dunque, pur quando, nella specie nel regime anteriore alla riforma di cui alla L. n. 228 del 2012, si fosse voluto sostenere che la L. Fall., art. 51, era idoneo a giustificare l'improcedibilità del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, la verifica della cessazione del processo esecutivo durante la pendenza di quel giudizio e prima della sopravvenienza del fallimento del debitore, escludeva necessariamente la possibilità di giustificarla per l'assorbente ragione che, venuto meno l'oggetto riguardo al quale la sopravvenienza del fallimento impediva la continuazione della tutela giurisdizionale, cioè il processo esecutivo, il venir meno della strumentalità rispetto ad esso del detto giudizio faceva cadere il presupposto per l'estensione ad esso dell'art. 51.

1.3.2. D'altro canto, la prosecuzione in tale caso del giudizio accertativo, naturalmente previa riassunzione – come avvenuto nella specie – nei riguardi del fallimento, non poteva apparire contraria alla logica di svolgimento della tutela concorsuale, giacché lo scopo del giudizio, cioè quello di accertare nel contraddittorio del creditore procedente se esistesse all'atto del pignoramento il credito del debitore esecutato fallito nei confronti del terzo *debitor debitoris* bene poteva continuare ad essere perseguito, perché tale accertamento avrebbe potuto in ipotesi essere utilizzabile sia nell'interesse del creditore procedente sia della massa, rispettivamente: a) per giustificare l'esito soddisfacente del processo esecutivo (qualora il credito fosse stato esistente al momento del pignoramento), b) o per rimetterlo in

discussione (qualora fosse risultato che il credito assegnato al creditore procedente non esisteva o esisteva solo in parte).

Vi è da dire anzi che quanto appena osservato resta valido in ogni caso anche a proposito del nuovo regime introdotto dalla L. n. 228 del 2012, in cui le questioni insorte sulla dichiarazione del debitor debitoris sono decise in prima battuta in via sommaria dal giudice dell'esecuzione con un'ordinanza risolutiva che è poi impugnabile con l'opposizione agli atti esecutivi: dunque, se, a seguito dell'esito del giudizio di opposizione agli atti il processo esecutivo sia riassunto in pendenza dell'eventuale impugnazione in Cassazione ed il fallimento del debitore esecutato sopraggiunga pendente detto giudizio ma dopo la chiusura del processo esecutivo con l'assegnazione, parimenti non è sostenibile che la Corte di Cassazione al momento della decisione, pur se si ipotizzi l'astratta applicabilità dell'art. 51, debba farne applicazione. E ciò sempre per il venir meno della pretesa ragione giustificativa dell'applicazione.

1.3.3. Nè, ritornando alla vicenda oggetto di processo e come sostiene parte ricorrente, può avere rilievo la circostanza che il processo esecutivo sarebbe stato riassunto senza che il ricorso in riassunzione fosse stato ad essa notificato ed alla debitrice esecutata e senza che fosse stata comunicata l'udienza fissata per dar corso alla riassunzione.

Invero, si deve certamente rilevare che – nonostante il silenzio della legge riguardo alla fattispecie riassuntiva conseguente ad esito positivo del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo nella norma che regola espressamente la riassunzione del processo esecutivo, cioè l'art. 627 c.p.c. – si doveva e si deve ritenere che detta fattispecie tanto nel regime ante L. n. 228 del 2012, quanto in quello attuale fosse e sia regolata dallo stesso art. 627 (e ciò pur nella contemplazione dei dicta che ai diversi effetti della riassunzione dopo giudizio distributivo ex art. 512 c.p.c., ha ritenuto di fare Cass. n. 26889 del 2014 nella situazione anteriore alla riforma di cui al D.L. n. 35 del 2005, convertito, con modificazioni, nella L. n. 80 del 2005, ipotizzando l'applicabilità in detta ipotesi dell'art. 297 c.p.c., i quali – ammesso che siano condivisibili – non potevano e non possono valere con riferimento alla specie di riassunzione in esame, atteso che la riassunzione per l'esito del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo può avvenire solo in caso di esito positivo dell'accertamento e non indifferentemente anche per il caso di esito negativo, cosa che ha indotto detta decisione ad escludere l'applicazione dell'art. 627).

E si deve, altresì, considerare che il ricorso in riassunzione esigesse come esige tuttora che, a seguito del ricorso in riassunzione depositato dal creditore procedente, il Giudice dell'Esecuzione dovesse, come debba, fissare un'udienza ai sensi dell'art. 487 c.p.c., per provvedere sul corso dell'esecuzione con la conseguenza che, dunque, della riassunzione e dell'udienza il detto Giudice debba disporre darsi

comunicazione agli altri soggetti coinvolti, cioè il debitore esecutato ed il debitor debitoris (terzo pignorato).

La ragione è ovvia: la ripresa del processo esecutivo deve avvenire dal momento in cui la causa di sospensione (*ex lege*) si era verificata e, dunque, nel relativo contesto procedimentale.

E tale momento nella disciplina ante 2012, ma anche in quella successiva, era ed è l'udienza di comparizione del terzo, posto che, tanto nel vecchio regime l'automatico provvedimento di blocco del processo esecutivo conseguente ad una dichiarazione negativa o alla mancanza della dichiarazione, quanto nel nuovo il provvedere del giudice che esprime l'ordinanza risolutiva delle contestazioni poi opposta *ex art. 617 c.p.c.*, erano e sono adottabili in udienza o a seguito di riserva (*art. 186 c.p.c.*), che sempre un'appendice dell'udienza rappresenta; necessariamente si deve fissare un'udienza ai sensi dell'*art. 485 c.p.c.*

Dunque della riassunzione doveva darsi notizia certamente alla ricorrente, perchè su di essa si sarebbe dovuto provvedere in udienza della quale essa avrebbe dovuto avere comunicazione, mentre essa sostiene di non averla avuta.

1.3.4. Tanto premesso, si deve, tuttavia, rilevare che del tutto erroneamente la ricorrente sostiene, però, che l'ipotetica mancata comunicazione avrebbe dovuto considerarsi dalla corte territoriale come ragione che, determinando l'invalidità del provvedimento di assegnazione (per difetto di contraddittorio), rendeva, parrebbe di capire, irrilevante l'ordinanza di assegnazione e, dunque, la chiusura del processo esecutivo.

Tale assunto è privo di pregio.

Una volta avuta notizia della pronuncia dell'ordinanza di assegnazione, la ricorrente avrebbe dovuto provvedere ad impugnarla tempestivamente con il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi per far valere la nullità derivante dalla mancata notificazione dell'udienza fissata a seguito della riassunzione. A detta opposizione si doveva ritenere legittimata in quanto sussisteva il suo interesse e considerato che il terzo pignorato si deve ritenere legittimato a proporre opposizione agli atti esecutivi quando l'atto dell'esecuzione lede la sua posizione (in termini Cass. n. 3888 del 2015).

In mancanza di esperimento di tale rimedio la ricorrente non poteva invece ritenersi ammessa a dedurre nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo la lesione della sua posizione, pretendendo che l'ordinanza di assegnazione di chiusura del processo esecutivo fosse considerata invalida incidenter tantum: è sufficiente osservare che lo esclude la natura necessariamente impugnatoria dell'opposizione ai sensi dell'*art. 617 c.p.c.*

Mette conto, poi, di ricordare, ove fosse necessario giustificare l'assegnazione del termine per la riassunzione da parte della sentenza di primo grado, che è stato affermato che: "La sentenza di primo grado che definendo il giudizio di

accertamento dell'obbligo del terzo e di cui all'art. 548 c.p.c., nell'alveo di una procedura esecutiva presso terzi – accerti l'esistenza del diritto del debitore esecutato nei confronti del terzo deve contenere la fissazione del termine perentorio per la prosecuzione del giudizio esecutivo sospeso, il quale, a seguito della riassunzione tempestiva, prosegue, a prescindere dal passaggio in giudicato della detta sentenza, riferendosi l'art. 549 c.p.c., alla "sentenza che definisce il giudizio" ed essendo tale il provvedimento di merito che decide su tutte le domande proposte e le relative eccezioni anche se non passata in giudicato, restando rilevante tale profilo solo ove la sentenza non abbia fissato il termine per la riassunzione". (Cass. n. 23325 del 2010).

Tale assunto è ora confermato dalle ragioni esposte da Cass. n. 24447 del 2011 a proposito dell'esegesi dell'art. 627 c.p.c., a giustificazione del principio di diritto secondo cui: "A seguito dell'introduzione, per effetto della novellazione dell'art. 282 c.p.c., da parte della L. 26 novembre 1990, n. 353, art. 33, del principio di immediata efficacia della sentenza di primo grado, l'art. 627 c.p.c., nella parte in cui allude alla riassunzione del processo esecutivo nel termine di sei mesi dal passaggio in cosa giudicata della sentenza di primo grado che rigetta l'opposizione all'esecuzione, deve essere inteso nel senso che tale momento segna soltanto il "dies a quo" del termine per la riassunzione (che, se la sentenza viene impugnata, non decorre, venendo sostituito dal momento della comunicazione della sentenza di appello che rigetti l'opposizione) e non il momento di insorgenza del potere di riassumere, il quale, in conseguenza dell'immediata efficacia della sentenza di primo grado di rigetto dell'opposizione ai sensi dell'art. 282 c.p.c., nasce con la sua stessa pubblicazione". (Cass. 24477/2011).

Dunque, la riassunzione bene poté avvenire, come ha dedotto la resistente a seguito della fissazione del relativo termine da parte della sentenza di primo grado del Tribunale di Verona.

1.4. Le considerazioni svolte renderebbero a questo punto superfluo esaminare la questione del se il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo diventi improseguibile a seguito della sopravvenienza del fallimento, con la conseguenza della inammissibilità del motivo in parte qua.

Senonché, l'esistenza del contrasto fra la vecchia decisione del 1962 e quella del 2009, congiunte al fatto che nella dimensione del nuovo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo la dottrina è incline a vedere una ancora maggiore giustificazione della soluzione adottata dalla prima, inducono ad esaminare la questione ai sensi dell'art. 363 c.p.c., comma 3.

1.4.1. Il Collegio ritiene che si debba dare continuità all'orientamento più recente, sul quale ha fatto leva la sentenza impugnata, cioè quello di cui a Cass. n. 28 del 2009.

Tale decisione ebbe a motivare in questi termini: "Ma a prescindere da tutto ciò, è agevole rilevare sul piano generale che, una volta che il giudizio di accertamento

dell'obbligo del terzo sia stato promosso, esso può proseguire anche se il processo esecutivo si debba arrestare, perchè permane l'interesse delle parti (anche dello stesso debitore che ottiene l'accertamento del proprio credito nei confronti del terzo) all'accertamento del credito. Nel caso concreto non sussistono dubbi in ordine all'interesse del curatore a tale accertamento. Di tale affermazione si ha conferma avendo riguardo al sistema normativo cui si riferisce. Così, ad esempio, l'art. 678 c.p.c., in tema di esecuzione del sequestro conservativo sui mobili e sui crediti, affida al terzo la scelta di chiedere l'immediato accertamento dei propri obblighi piuttosto che accettare la sospensione del giudizio sulle controversie relative a tale accertamento fino all'esito del giudizio sul merito tra creditore e debitore. Questa norma dimostra l'autonomia dei due giudizi".

L'argomento desunto dall'art. 678 c.p.c., per la verità appare debole in relazione alla specialità della norma dell'art. 51 della L.F., che sancisce non una sospensione, ma l'improseguibilità, dovendo l'attività esecutiva procedere nella sede concorsuale.

L'altra argomentazione è condivisibile ed a suo favore militano le seguenti ulteriori considerazioni.

1.4.2. Preliminarmente si deve rilevare che la vicenda di cui è processo pertiene ad un giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo regolato secondo lo schema anteriore alle modificazioni introdotte n. dell'art. 548 c.p.c., dalla L. n. 228 del 2012, nel quale, come del resto nell'assetto originario del codice di rito, quel giudizio si ricollegava automaticamente sia alla mancata comparizione del terzo a rendere la dichiarazione, sia al rifiuto di renderla, sia all'esistenza di contestazioni.

Con riferimento a quell'assetto normativo la remota Cass. n. 789 del 1962, che esprime l'altro termine del contrasto, aveva statuito che: "Nel procedimento di espropriazione presso terzi, il giudizio che il creditore pignorante, qualora manchi la dichiarazione del terzo o sorgano contestazioni intorno ad essa, promuove allo scopo di fare affermare l'esistenza del credito o del bene nel patrimonio del debitore ai fini dell'esecuzione (art. 548 c.p.c.), è un giudizio di cognizione che incide indissolubilmente nell'esecuzione e, pertanto, qualora sopraggiunga il fallimento del debitore, rientra nella previsione di cui alla L. Fall., art. 51, il quale stabilisce che, salva diversa disposizione di legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento, nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o seguita e, cioè, che tutti gli atti di esecuzione forzata, e le questioni che sorgono intorno ad essi, sono attratti nel procedimento unitario fallimentare sotto la direzione di un unico ufficio esecutivo".

Quell'affermazione risultava ispirata dall'idea, puramente descrittiva, che il giudizio in questione fosse funzionale all'esecuzione.

Ma, in realtà, tale funzionalizzazione non poteva certo spiegare l'allargamento ad un giudizio di cognizione della norma sulla improcedibilità sancita con riguardo al processo esecutivo.

Quella norma aveva come ha certamente natura eccezionale quale norma per così dire di “blocco” di una forma di tutela giurisdizionale quale quella esecutiva.

La norma avrebbe potuto al più giustificare, una volta tenuti in conto i principi che presiedono all’esercizio dell’azione, una chiusura del processo di accertamento dell’obbligo del terzo per sopravvenuta carenza della condizione dell’interesse ad agire, sul riflesso che, non essendo proseguibile il processo esecutivo ed essendo l’accertamento dell’obbligo del terzo soltanto servente rispetto ad esso, cioè diretto ad accertare se il credito esisteva ai fini dell’assoggettamento all’esecuzione, detto interesse si sarebbe dovuto dire venuto meno.

La tesi sostenibile sarebbe stata, dunque, non quella della diretta applicabilità dell’art. 51, bensì quella di una normale applicazione della regola dell’interesse ad agire.

1.4.3. Senonché, una simile tesi non si può reputare convincente.

Si deve considerare che, pur determinatasi l’improcedibilità del processo esecutivo, risulta ingiustificato sostenere che l’impossibilità di utilizzare l’accertamento del credito del debitore esecutato verso il terzo pignorato a favore del creditore procedente nel processo esecutivo divenuto appunto improseguibile determini una carenza di interesse ad agire.

Intanto nel rapporto fra debitore esecutato fallito e terzo pignorato suo debitore la prosecuzione del giudizio con il coinvolgimento del curatore fallimentare, previa riassunzione nei suoi confronti, si presenta utile, in quanto il suo esito positivo si risolve nell’acquisizione alla massa fallimentare dell’accertamento del credito, giacché nel giudizio di accertamento dell’obbligo del terzo il relativo accertamento dell’esistenza del credito certamente dà luogo a cosa giudicata fra *debitor debitoris* e debitore esecutato. Sarebbe paradossale escludere che un processo di cognizione si svolga, sebbene su richiesta di un terzo estraneo al rapporto di credito–debito, il creditore procedente, senza por capo a detto accertamento anche fra le parti del detto rapporto. E ciò risulta non meno vero se pure si consideri che l’accertamento avviene eventualmente nei limiti dell’importo del credito per cui l’esecuzione era stata introdotta: è sufficiente osservare, in disparte gli atteggiamenti delle parti del rapporto di credito–debito, che comunque anche in tale caso il rapporto fondamentale, la fattispecie costitutiva del credito pignorato risulta necessariamente accertata, in ossequio all’oggetto del giudicato.

In secondo luogo, ponendosi dal punto di vista del creditore procedente contro il fallito ed in vista di una richiesta di ammissione al passivo proprio del credito azionato con il processo esecutivo, detto accertamento dell’esistenza a favore del fallito e, dunque, della curatela, del credito, proprio perché determinante un effetto favorevole alla massa fallimentare, si presentava come si presenta altrettanto utile per la prospettiva del creditore procedente di trovare soddisfazione in sede fallimentare al proprio credito.

Inoltre ed in ogni caso, la prosecuzione del giudizio presentava un sicuro interesse sempre per il creditore procedente in vista di un'eventuale cessazione o revoca del fallimento e, dunque, del ritorno *in bonis* del debitore già esecutato e della sua successiva sottoposizione ad una nuova esecuzione. È palese che, in sede di nuova esecuzione, il terzo debitore del già fallito esecutato avrebbe potuto e potrebbe contestare nuovamente la sua posizione debitoria, provocando la necessità di un nuovo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, ma con l'effetto dissuasivo che in tale giudizio avrebbe certo operato il vincolo del precedente giudicato, con la conseguenziale facilità e rapidità di svolgimento del giudizio stesso.

1.4.4. Ne segue allora che la tesi della vecchia sentenza del 1962 non era affatto convincente, come del resto il correlato orientamento dottrinale cui essa si richiamava.

Le notazioni, svolte, inoltre, ancorché la dottrina abbia sostenuto che, a seguito del sopraggiungere della riforma della L. n. 228 del 2012, i dubbi sull'applicabilità dell'art. 51 sarebbero definitivamente superabili, dando rilievo alla circostanza che il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo è costruito come giudizio endoesecutivo, sembrano anche più che sufficienti invece a mantenere la soluzione negativa, atteso che l'assoggettamento alla forma dell'art. 617 c.p.c., del relativo giudizio non toglie che tale giudizio sia un giudizio di cognizione la cui utilità si configura esistente nei termini su indicati.

Si deve, poi, aggiungere, per una volta valorizzando il principio esegetico dell'intenzione del legislatore, che la L. n. 5 del 2006, con il suo art. 48, ebbe a sostituire il testo dell'art. 51, estendendo espressamente alle azioni cautelari la improcedibilità (conforme a quanto riteneva da tempo la giurisprudenza di questa Corte), oltre che l'impossibilità di inizio di azioni nuove: ebbene il silenzio serbato sul giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo appare significativo e, i rafforza la ricostruzione qui sostenuta.

1.5. Deve, dunque, a norma dell'art. 363 c.p.c., comma 3, enunciarsi il seguente principio di diritto: "In tema di espropriazione forzata di crediti presso terzi, tanto prima che successivamente alla riforma del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo dalla L. n. 228 del 2012, si deve escludere che, qualora sopraggiunga nel corso del suo svolgimento ed in una situazione nella quale il processo esecutivo sia pendente sebbene sospeso in ragione della sua pendenza, l'art. 51 della legge fallimentare possa giustificare la sua improcedibilità. Deve, altresì, escludersi che l'improcedibilità del processo esecutivo ai sensi dell'art. 51 costituisca situazione di sopravvenuta carenza del requisito dell'interesse ad agire rispetto allo svolgimento del giudizio".

Il primo motivo è, dunque, rigettato (*Omissis*).

GIUDIZIO DI ACCERTAMENTO DELL'OBBLIGO DEL TERZO E FALLIMENTO DEL DEBITORE ESECUTATO

MARTINO ZULBERTI

Ricercatore

nell'Università di Milano ()*

1. – Con l'ordinanza n. 9624 del 2018 la Cassazione prende posizione sulle sorti del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo – nella disciplina precedente alle modifiche introdotte agli artt. 548 e 549 c.p.c. dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228 – in caso di dichiarazione di fallimento del debitore esecutato. Posto che, a mente dell'art. 51 l. fall., le esecuzioni individuali, anche quando il pignoramento sia eseguito presso terzi, non possono essere proseguite in caso di fallimento del debitore esecutato, si pone il problema di stabilire quali siano le sorti del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pendente al momento della dichiarazione di fallimento.

Secondo un primo indirizzo, l'improcedibilità che colpisce, ai sensi dell'art. 51 l. fall., l'esecuzione individuale per sopraggiunto fallimento del debitore esecutato si estenderebbe anche al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, vuoi sull'assunto per il quale questo giudizio, ancorché di cognizione, «incide indissolubilmente nell'esecuzione, perché tende, a norma dell'art. 549 c.p.c., ad una pronuncia giurisdizionale di accertamento circa la sussistenza del debito pignorato o la detenzione delle cose pignorante, che deve sostituire l'omessa o contestata dichiarazione»¹, vuoi perché, comunque, l'art. 51 l. fall. sarebbe applicabile anche al di fuori dell'espropriazione forzata, coinvolgendo tutte le azioni “indirettamente esecutive”, fra le quali anche il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo di cui al previgente art. 548 c.p.c.².

Per contro, secondo un diverso ordine di idee, il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo di cui al previgente art. 548 c.p.c. subirebbe

(*) Email: martino.zulberti@unimi.it.

¹ Cfr. Cass. 20 aprile 1962, n. 789, in *Foro it.*, 1962, I, 1728 ed in *Dir. fall.*, 1962, II, 276. Conf. Trib. S. Maria Capua Vetere 1 febbraio 1992, in *Dir. fall.*, 1992, II, 1192; Trib. Roma, 14 gennaio 1960, in *Temi rom.*, 1960, II, 451; Pret. Roma, 26 aprile 1965, n. 121, in *Temi rom.*, 1965, 548. In dottrina, cfr. V. DE MARTINO, *Nuovo commentario teorico-pratico alla legge fallimentare*, III, Novara, 1980, 1632; A. CARON, F. MACARIO, *Effetti del fallimento per i creditori*, in U. APICE (a cura di), *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, I, Torino, 2010, 460.

² A. SCALA, *sub art. 51*, in F. SANTANGELI (a cura di), *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 247.

un'interruzione in ragione del fallimento del debitore con possibilità di essere riassunto nel contraddittorio del curatore fallimentare: il divieto di azioni esecutive sancito dall'art. 51 l. fall. riguarderebbe solo le procedure esecutive e non anche i giudizi di cognizione ordinaria, qual è quello di accertamento dell'obbligo del terzo³. A questa impostazione ha aderito anche una parte della giurisprudenza di legittimità che – ponendosi così in contrasto con quanto sostenuto in precedenza⁴ – ha ritenuto che l'improcedibilità del processo esecutivo in caso di sopraggiunto fallimento del debitore esecutato, non si estenda al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo il quale, se già instaurato, potrebbe proseguire⁵.

Questo orientamento muoveva dall'idea che il giudizio d'accertamento dell'obbligo del terzo non sarebbe volto solo ad individuare l'oggetto del pignoramento, ma sarebbe stato altresì idoneo a portare ad una decisione sul rapporto fra debitore esecutato e terzo pignorato (secondo la tesi c.d. del "doppio oggetto" sostenuta da Cass. 13 ottobre 2008, n. 25037⁶): secondo questa ricostruzione, procedimento di esecuzione e giudizio *ex art. 548 c.p.c.* sarebbero fra loro autonomi, in ragione dell'idoneità del secondo a condurre ad un accertamento sul diritto del debitore. Lo prova il fatto che, muovendo da siffatta premessa, si affermava che il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo avrebbe potuto proseguire anche in quei casi, diversi dalla improcedibilità, in cui comunque il processo esecutivo non fosse stato portato a termine, come nell'ipotesi di una sua estinzione⁷ o di dichiarazione

³ App. Roma 24 febbraio 1960, n. 368, in *Dir. fall.*, 1960, 501 ss., con nota di S. PELLITTI, *Un singolare caso di illusione ottica processuale*.

⁴ Cass. 20 aprile 1962, n. 789, cit.

⁵ Cass. 7 gennaio 2009, n. 28. Conf., in dottrina, S. DI AMATO, *Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori*, in L. PANZANI (diretto da), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2ª ed., Torino, 2012, 292

⁶ Sul punto, per approfondimenti, cfr. R. ROSSI, *Sul giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Annechino*, Napoli, 2005, 591 ss.; L. PELLE, *Sull'oggetto del giudizio di accertamento del diritto pignorato nell'espropriazione presso terzi*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 611 ss.

⁷ Così Cass. 13 aprile 1979, n. 2194, in *Giur. it.*, 1980, I, 1742, con nota di F. BUCOLO. In senso contrario, R. VACCARELLA, voce *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1992, 118; FRISINA, *Espropriazione forzata di crediti di lavoro e regime della competenza nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo ex art. 549 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 457; A. SALETTI, *Il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1014; nonché A. TRAVI, voce *Espropriazione presso terzi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1964, IV, 964, ancorché, forse non del tutto coerentemente, con la premessa, accolta dall'A., per la quale il giudicato del giudizio di accertamento non atterrebbe al rapporto sostanziale fra debitore e terzo pignorato e, comunque, fatta salva l'ipotesi in cui l'oggetto del giudizio non fosse stato esteso anche ad esso su istanza di parte.

di nullità del pignoramento in accoglimento di un'opposizione agli atti esecutivi⁸.

2. – In questo quadro interpretativo, si colloca l'ordinanza segnalata, che dà continuità alla più recente soluzione ed afferma che il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo avrebbe perciò potuto proseguire anche a seguito della sopravvenuta improcedibilità dell'esecuzione per fallimento del debitore esecutato. La Corte osserva in primo luogo che l'idea per la quale il giudizio di accertamento, *ex art. 548 c.p.c.* previgente, possa essere dichiarato improcedibile *ex art. 51 l. fall.* non considera l'eccezionalità di quest'ultima previsione, non estensibile ad un giudizio di cognizione ordinaria quale era quello di accertamento dell'obbligo del terzo. In secondo luogo, la l. n. 5/06 ha ampliato la portata del divieto di cui all'art. 51 l. fall. alle azioni cautelari, ma nulla ha stabilito per il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, sicché tale silenzio suffragherebbe la lettura restrittiva della disposizione. In terzo luogo, l'oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, una volta esteso al rapporto sostanziale fra debitore e terzo pignorato, porta ad "autonomizzarlo" dalla procedura esecutiva.

È decisivo infatti, secondo la Corte, il fatto che la sentenza resa a valle di un giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo trascende la procedura esecutiva, perché mira a decidere del rapporto fra debitore e terzo pignorato. A seguito del fallimento del debitore, pertanto, il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo si interromperebbe *ex art. 43 l. fall.*, ma andrebbe al contempo riconosciuto l'interesse all'accertamento della sussistenza del credito tanto da parte del curatore fallimentare, il quale potrebbe riassumere il giudizio in luogo del debitore, quanto da parte del creditore procedente, in quanto la decisione favorevole, per un verso, permetterebbe di acquisire alla massa il credito e, per altro verso, gioverebbe anche al creditore procedente in vista di una sua insinuazione al passivo, nell'ottica così di trovare soddisfacimento del proprio credito in sede fallimentare.

In chiusura, la Corte afferma che le considerazioni svolte in relazione al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo non perderebbero validità successivamente alle modifiche operate al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo di cui alla l. 24 dicembre 2012, n. 228. La riformata disciplina dell'accertamento dell'obbligo del terzo stabilisce che, se sulla dichiarazione del terzo sorgono contestazioni o se a seguito della mancata

⁸ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, 3^a ed., Napoli, 1957, 206. *Contra*, Trib. Genova 7 maggio 1947, in *Giur. it.*, 1948, I, 2, 114, con nota critica di E. ALLORIO, *Legame tra esecuzione e accertamento nell'esecuzione forzata presso terzi* e, in dottrina, R. VACCARELLA, *loc. ult. cit.*

dichiarazione non è possibile l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo, spetta al giudice dell'esecuzione risolvere tali contestazioni, su istanza di parte e nel contraddittorio tra le parti ed il terzo, con ordinanza impugnabile con le forme di cui all'art. 617 c.p.c.: il giudizio, dunque, si snoda in due fasi, la prima, necessaria, in sede esecutiva e definita dallo stesso giudice dell'esecuzione, la seconda, eventuale, in sede di cognizione ordinaria, che si apre in caso di impugnazione dell'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione.

3. – L'ordinanza in rassegna, peraltro, là dove estende il principio di diritto al nuovo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, sembra riferirsi alla sola fase che si svolge in sede di cognizione, vale a dire quella che si apre a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione. Difatti, davanti al giudice dell'esecuzione mi pare difficile ipotizzare l'applicazione dell'art. 43, comma 3, l. fall.⁹. Del resto, l'art. 107, comma 6, l. fall. stabilisce – con una soluzione ripresa per la liquidazione giudiziale dall'art. 216, comma 10, CCII – che il curatore, in alternativa a chiedere la pronuncia di improcedibilità, può subentrare sostituendosi al creditore – e non al debitore – nelle procedure esecutive, anche presso terzi¹⁰, che proseguono come forma di liquidazione concorsuale svolta in sede esecutiva.

Inoltre, l'opinione prevalente esclude che in sede esecutiva il giudice renda un accertamento sul rapporto sostanziale, dal momento che, per alcuni, l'ordinanza risolutiva delle contestazioni costituirebbe un semplice atto esecutivo, di per sé inidoneo al giudicato, e, per altri, avrebbe natura decisoria, ma il rapporto sostanziale rimarrebbe al di fuori del *decisum*¹¹.

⁹ Ma per un'apertura in tal senso, cfr. C. DI CORRADO, *sub* art. 51, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 353; BOSTICCI, *sub* art. 51, in LO CASCIO (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, 4ª ed., cit., 600.

¹⁰ G.M. NONNO, *sub* art. 107, in M. FERRO (a cura di), *La legge fallimentare*, 3ª ed., cit., 1482; M. MORAMARCO, *sub* art. 107, in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, Torino, 2006, 1506; M. MONTANARO, *Il sistema riformato*, cit., 152; FARINA, *L'aggiudicazione nel sistema delle vendite forzate*, cit., 461; M. CIRULLI, *Espropriazione singolare e fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2016, 1489, per il quale il curatore potrebbe financo chiedere l'assegnazione del credito pignorato.

¹¹ Cass. 24 settembre 2019, n. 23644. In dottrina, cfr. G. BONGIORNO, *Le novità in materia di espropriazione presso terzi*, in C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010–2013*, coordinato da G. Ruffini, Torino, 2013, 353; M. BOVE, *La nuova disciplina in materia di espropriazione del credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 17; B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 4ª ed., Torino, 2016, 222; V. COLESANTI, *Novità (non liete) per il terzo debitore (cinquant'anni dopo!)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2013, 1259 ss.; A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, 24; G. TOTA, *Individuazione e accertamento del credito*

Sennonché, anche in sede di impugnazione contro l'ordinanza del giudice dell'esecuzione, proponibile nei termini e le forme di cui all'art. 617 c.p.c., secondo quanto dispone l'art. 549 c.p.c., il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo non conduce, secondo i più, ad una decisione idonea al giudicato sul rapporto sostanziale fra debitore e terzo¹². Per tale ragione l'estensione del principio predicato dalla Corte con riferimento al sistema antecedente alle modifiche del 2012 – per il quale il curatore potrebbe riassumere il giudizio di accertamento per ottenere una decisione sul credito del debitore verso il terzo – non sembra condivisibile, poggiando su una concezione dell'oggetto del giudizio *ex art. 549 c.p.c.* che non merita adesione.

Con ciò, peraltro, non intendo negare che il curatore possa avere interesse ad una decisione sulla domanda di accertamento dell'obbligo del terzo, ancorché opti per l'improcedibilità della esecuzione. Con riferimento alla liquidazione giudiziale – che con l'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sostituirà il fallimento – l'art. 216, comma 10, CCII stabilisce che, qualora il curatore non subentra nella procedura esecutiva pendente, il giudice dell'esecuzione, su sua istanza, ne dichiara l'improcedibilità e restano fermi, in tal caso, gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento in favore dei creditori. Per quanto attiene al

nell'espropriazione forzata presso terzi, Napoli, 2014, 280; A. TEDOLDI, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in *Corriere giur.*, 2015, 395; FARINA, *L'espropriazione presso terzi dopo la legge n. 228 del 24 dicembre 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 248 s.; R. GIORDANO, *Considerazioni sul procedimento di accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 647; A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 6ª ed., Milano, 2017, 1197; A. CRIVELLI, *L'accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 203; G. STASIO, *La costituzionalità del nuovo "accertamento" dell'obbligo del terzo, ovvero: come ho imparato a non preoccuparmi e ad amare la ragionevole durata del processo*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 875; E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 2017, 314; G. FELLONI (–M.C. VANZ), *Il pignoramento presso terzi*, in L. DITTRICH (a cura di), *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2019, 3835. In senso contrario, F. RUSSO, *La tutela del terzo nell'espropriazione di crediti*, in *Giusto proc. civile*, 2013, 872 s., nonché, se ben intendo, A.L. BONAFINE, *L'ordinanza di assegnazione di crediti ex art. 553 c.p.c.: natura e possibili rimedi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, 393 e A. MERONE, *Opposizioni del terzo pignorato avverso l'ordinanza di assegnazione del credito ex art. 553 c.p.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2017, 216

¹² M. BOVE, *La nuova disciplina in tema di espropriazione del credito*, cit., 17; A. SALETTI, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, cit., 14; S. VINCRE, *Brevi osservazioni sulle novità introdotte dalla l. 228/2012 nell'espropriazione presso terzi: la mancata dichiarazione del terzo (art. 548 c.p.c.) e la contestazione della dichiarazione (art. 549 c.p.c.)*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, 70; FARINA, *L'espropriazione presso terzi*, cit., 248 s.; L. DURELLO, *Contributo allo studio della tutela del terzo nel processo esecutivo*, Napoli, 2016, 230 ss.; A. CRIVELLI, *L'accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 203. Contra A. CARRATTA, *Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Giur. it.*, 2014, 1034; F. RUSSO, *La tutela del terzo nell'espropriazione*, cit., 874 ss.; R. GIORDANO, *L'espropriazione presso terzi*, in C. DELLE DONNE (a cura di), *La nuova espropriazione forzata*, Bologna, 2017, 523.

procedimento di espropriazione presso terzi, tali effetti, pur collegati alla notifica dell'atto di pignoramento, mi pare siano da ritenersi subordinati al perfezionamento dello stesso, che si realizza nel momento in cui si individua il suo oggetto. Per questa ragione, ogniqualvolta la dichiarazione manchi o il meccanismo della contestazione non possa operare, riterrei che il curatore, che voglia avvantaggiarsi degli effetti in parola, potrà avere interesse, ad una decisione sulla domanda di accertamento dell'obbligo del terzo¹³ o a proporla egli stesso: si tratterà però di capire come il curatore, che opti per l'improcedibilità dell'esecuzione, possa prendere parte, in sede esecutiva, al subprocedimento di accertamento dell'obbligo del terzo.

Abstract

**ATTACHMENT TO THIRD PARTIES
AND BANKRUPTCY OF THE DEBTOR**

La nota si sofferma sulle conseguenze del fallimento del debitore esecutato sul giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo previsto dal previgente art. 548 c.p.c., con l'obiettivo di interrogarsi se la medesima disciplina valga a seguito della riforma di tale giudizio di cui alla l. n. 228/2012.

The comment focuses on the effects of the bankruptcy of the debtor on the proceedings to ascertain the debt of the third in the attachment to third parties proceedings, with the aim to face the question whether the same discipline applies after the reform provided by Law no. 212/12.

¹³ In senso differente, A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1206, per la quale a seguito dell'improcedibilità dell'esecuzione individuale il giudizio di accertamento entrerebbe in uno stato di quiescenza

Corte d'Appello di Genova, ordinanza 8 giugno 2019
Pres. Rel. Bonavia

Il consigliere estensore della sentenza d'appello, impugnata con ricorso per cassazione, può essere membro del collegio designato per decidere sull'istanza di sospensione ex art. 373 c.p.c., dal momento che tale ipotesi non rientra nella fattispecie di astensione obbligatoria ex art. 51, n. 4, c.p.c.

(*Omissis*). – Vista l'istanza di astensione/ricusazione ex art. 51 comma 4 c.p.c.", proposta dalle litisconsorti richiedenti in relazione al procedimento ai sensi dell'art. 373 c.p.c., sopra indicato, nei confronti del Consigliere dott. (*Omissis*), estensore della sentenza impugnata per Cassazione,

Rammentato che, come noto, la peculiarità connotativa della disposizione processuale in argomento consiste nel fatto che la potestà cautelare in tema di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata per Cassazione è di competenza dello stesso Giudice di merito che l'ha pronunciata, di guisa che nella specie difetta radicalmente all'evidenza il presupposto della fattispecie di astensione obbligatoria ex art. 51, n. 4, c.p.c., invocata dalle attuali instanti, consistente, invece, nell'opposto caso – causa di nullità della sentenza – in cui il medesimo Giudice, che abbia partecipato alla decisione del merito della controversia in un precedente grado di giudizio, sia chiamato a conoscere della stessa causa in altro grado di giudizio;

Rilevato, infatti che, come parimenti noto, i casi di astensione obbligatoria del giudice stabiliti dall'art. 51 c.p.c., ai quali corrisponde il diritto di ricusazione delle parti, in quanto incidono sulla capacità del giudice, determinando una deroga al principio del giudice naturale precostituito per legge, sono di stretta interpretazione e non sono, pertanto, suscettibili di applicazione per via di interpretazione analogica (tra le più recenti enunciazioni del costante principio, v. Cass. n. 22930 del 2017, principio già affermato da tempo, cfr. Cass. Sez. Un. n. 12345 del 2001);

Osservato, d'altronde, che è consolidata la giurisprudenza di legittimità, intesa ad affermare che l'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 373 c.p.c., la quale disponga la sospensione cautelare dell'esecuzione della sentenza di appello impugnata per cassazione, non è ricorribile ex art. 111, comma 7, Cost., atteso che non è definitiva, né decisoria, ma ha carattere strumentale ed interinale, perché destinata ad operare fino alla definizione del già instaurato giudizio di legittimità, ed è inidonea ad assumere efficacia di giudicato, sia dal punto di vista formale che sostanziale (*ex plurimis* v. Cass. n. 15004 del 2017; Cass. n. 17647 del 2009), essendo parimenti noto che: "È inammissibile il ricorso per regolamento di competenza avverso un provvedimento emesso su istanza di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata per cassazione ex art. 373 c.p.c., trattandosi di atto di natura ordinatoria, privo di definitività e decisorietà, e costituendo la pronuncia ivi contenuta un'affermazione o negazione di competenza preliminare e strumentale alla decisione di merito." (così

Cass. n. 10540 del 2018);

Ravvisato, alla stregua delle suesposte considerazioni, l'assoluto difetto delle condizioni di ammissibilità della proposta istanza di astensione/ricusazione,

Dichiara inammissibile l'istanza di ricusazione.

**INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE ESTENSORE DELLA SENTENZA
IMPUGNATA IN CASSAZIONE
A PRONUNCIARE L'INIBITORIA EX ART. 373 C.P.C.**

GIACOMO FELLONI

Dottore di ricerca ()*

1. – Avverso una sentenza di appello viene proposto ricorso per cassazione. Tuttavia, per la decisione dell'istanza di inibitoria *ex art. 373 c.p.c.*, formulata alla Corte d'appello, viene designato, quale componente del collegio, proprio il consigliere estensore della decisione impugnata. L'istante, pertanto, propone istanza di astensione/ricusazione, lamentando l'incompatibilità del consigliere estensore a far parte del collegio chiamato a pronunciarsi sull'inibitoria avverso la propria sentenza. Ciò sul presupposto che, ai sensi dell'art. 51, n. 4, *c.p.c.*, tale giudice avrebbe già "conosciuto come magistrato in altro grado del processo".

Il Collegio designato a giudicare dell'istanza di ricusazione ne dichiara l'inammissibilità, dal momento che la norma *ex art. 51, n. 4, c.p.c.*, di stretta interpretazione, si riferirebbe esclusivamente all'ipotesi in cui il giudice abbia conosciuto in altro grado di giudizio; circostanza che, invece, secondo la decisione in commento, non ricorrere nel caso di specie. A sostegno di tale *decisum*, la Corte osserva che l'ordinanza *ex art. 373 c.p.c.*, da un lato, avrebbe natura meramente strumentale ed interinale e, dall'altro lato, sarebbe priva di definitività e decisorietà. Di conseguenza – sembra implicitamente suggerire la Corte – l'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* non solo non rappresenta un diverso grado di giudizio, ma costituisce financo un autonomo procedimento, seppur strumentale al primo, sicché, in adesione ai principi che regolano i rapporti tra tutela cautelare e processo di merito, non vi sarebbe alcuna incompatibilità.

Tale pronuncia offre l'occasione di esaminare i profili, pressoché inediti¹, di incompatibilità tra l'estensore di una decisione ed il giudice, chiamato a decidere sull'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* avverso la stessa, che,

(*) Email: giacomo.felloni@studiosaletti.it.

¹ È, infatti, raro imbattersi in pronunce in termini pubblicate. Conf. alla decisione annotata v., però, Trib. Roma, 18 novembre 2005, in *Dir. fall.*, 2007, II, 314, con nota critica di RAVIDA, *Le incompatibilità endoprocedurali nel fallimento: nuove garanzie e vecchi assetti*.

secondo tale norma, sarebbe proprio colui “che ha pronunciato la sentenza impugnata”.

2. – L’esame della questione non può che muovere dallo studio della c.d. incompatibilità da “precognizione”² ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.

Tale ipotesi, come ogni altro caso di astensione previsto dall’art. 51, comma 1, c.p.c., è stata a lungo oggetto di un’interpretazione restrittiva, sul presupposto della tassatività di ogni deroga al principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge³. Coerentemente, secondo la dottrina tradizionale, la nozione di “altro grado”, contenuta al n. 4 della disposizione, quale presupposto per l’incompatibilità da precognizione, dovrebbe essere interpretata in modo particolarmente rigoroso. Secondo tale opinione, in particolare, «si ha mutamento di ‘grado’ solo tra l’ufficio giudiziario competente in prima istanza e il giudice d’appello o tra questo e il giudice di cassazione», con la conseguenza che la causa di incompatibilità in esame «non riguarda il giudice che abbia emesso un’ordinanza e debba partecipare alla decisione del collegio sul reclamo contro la stessa ordinanza»⁴. In altri termini, ogni riesame nel merito da parte del giudice, precedentemente alla pronuncia della sentenza, sarebbe fisiologico, sicché nessuna incompatibilità vi potrebbe mai essere⁵. A favore di tale conclusione si è espressa in più occasioni anche la Corte Costituzionale, la quale ha sempre sostenuto la

² Per l’utilizzo di questa espressione, v., ad es., CAVALLONE, *Un “frivolo amor proprio”. Precognizione e imparzialità del giudice civile*, in *Aa.Vv., Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, I, Milano, 2005, 19; DITTRICH, *La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1145; TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Chiarloni, Torino, 2015, 133.

³ Cass., 29 settembre 2017, n. 22930, in *De Jure*; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2001, n. 12345, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1840; Cons. Stat., Sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Foro amm.*, 2014, 2229; Cons. Stat., Sez. IV, 25 ottobre 2006, n. 6370, in *Foro amm. – Cons. Stato*, 2006, 2789; Trib. Bologna, 27 novembre 2012, in *Giur. merito*, 2013, 572. Nel medesimo senso, in dottrina, v. ROMBOLI, voce *Astensione e ricusazione I) Astensione e ricusazione del giudice – dir. proc. civ.*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988, 1. Conf. VANZ, *Una lonza ... che di pel maculato era coverta: osservazioni sul “rito Fornero” e sull’imparzialità del giudice*, in *ADL Arg. dir. lav.*, 2014, 519 ss., la quale ritiene che un’interpretazione eccessivamente ampia della norma rappresenterebbe una lesione al principio del buon andamento dell’amministrazione giudiziaria.

⁴ SEGRÉ, sub art. 51, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 1, Torino, 1973, 636. Conf., ROMBOLI, voce *Astensione*, cit., 3. Sulla nozione di “altro grado” v., altresì, TARZIA, *Determinazione del grado del processo e impugnabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 508 s., il quale ritiene che in tanto si possa parlare di “altro grado” in quanto vi sia una precedente decisione la quale abbia i requisiti formali di una sentenza ex art. 132 c.p.c.

⁵ Non sarebbero, insomma, applicabili all’art. 51 c.p.c. gli (innumerevoli) interventi che la Corte Costituzionale ha operato all’art. 34 c.p.p., al fine di preservare nel più alto grado possibile l’imparzialità del giudice. Si tratta, peraltro, di soluzione non condivisa da tutta la dottrina processualciviltistica: v., per la ricostruzione del dibattito, TEDOLDI, *Astensione*, cit., 137 ss.

soluzione più restrittiva⁶, così confermando l'interpretazione di "altro grado" sostenuta dall'opinione tradizionale.

Tale orientamento, maggioritario in giurisprudenza, è stato criticato da parte della dottrina, la quale ha offerto un'interpretazione funzionale della nozione di "altro grado". Infatti, secondo tale tesi, poiché la *ratio* dell'incompatibilità da precognizione risiederebbe nell'esigenza di evitare al giudice l'"imbarazzo" di contraddire una propria precedente decisione, al fine, dunque, di garantire un effettivo riesame del provvedimento⁷, un'interpretazione eccessivamente restrittiva priverebbe le parti di tutela. Di conseguenza, mentre singole fasi del medesimo percorso decisorio non determinerebbero alcuna incompatibilità (il riferimento è evidentemente, *in primis*, alle deliberazioni del giudice istruttore circa la fondatezza delle difese dalle parti ai fini dell'ammissione dei mezzi di prova richiesti), invece, decisioni tra loro connesse, ma distinte, rientrerebbero nella nozione di "altro grado" ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.⁸; ciò anche qualora non si tratti di impugnazione in senso stretto.

A favore di quest'ultima soluzione si è, peraltro, espressa in un'occasione anche la stessa Corte Costituzionale. Infatti, con un parziale

⁶ Pertanto, esemplificativamente, la Corte Costituzionale ha escluso ogni incompatibilità, ex art. 51, n. 4, c.p.c., del giudice che ha concesso un provvedimento d'urgenza *ante causam* a decidere il merito della causa (Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326, in *Giur. it.*, 1998, 410, con nota di CONSOLO, *Il giudice civile cautelare non diviene in via generale incompatibile a statuire sul merito secondo la Consulta*; orientamento ribadito anche con Corte cost., 26 maggio 1998, n. 193, in *Giur. cost.*, 1998, 1556), del giudice delegato ad essere designato membro del collegio del reclamo ex art. 26 l. fall. avverso i suoi provvedimenti (Corte cost., 6 novembre 1998, n. 363, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2997, con nota di TISCINI, *Brevi note sulla legittimità costituzionale della partecipazione del giudice delegato al collegio che decide sul reclamo ex art. 26 l. fall.*, e 1999, I, 3221, con nota di GIORGETTI, *L'alterità tra giudice delegato e giudice del reclamo*; in *Fall.* 1999, 145, con nota di LO CASCIO, *Il procedimento di reclamo endofallimentare ancora all'esame della consulta*; in *Dir. fall.*, 1999, II, 5, con nota di SCALERA, *Il diavolo e l'acqua santa... riconciliati e messi insieme dalla Consulta: un giudice delegato sempre più proteiforme ed una Costituzione (resa) sempre più condiscendente*), del giudice dell'esecuzione a decidere dell'opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c. (Corte cost., 28 novembre 2002, n. 497, in *Giur. cost.*, 2002, 4096) ed, infine, del giudice che abbia pronunciato un'ordinanza anticipatoria ex art. 186-quater c.p.c. a pronunciare la sentenza di merito (Corte cost., 31 maggio 2000, n. 168, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1915, con nota di TISCINI, *Pronuncia dell'ordinanza ex art. 186-quater c.p.c. e della sentenza da parte dello stesso giudice: inesistenza dell'obbligo di astensione*; in *Corriere giur.*, 2000, 1467, con nota di ONNIBONI, *L'ordinanza n. 168/2000 della Corte costituzionale e la compatibilità del giudice istruttore a pronunciare la sentenza*).

⁷ CONSOLO, *Ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 179 ss., spec. 193 ss.; DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Padova, 1991, 145 s. Nel medesimo senso v. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, 5^a ed., Torino, 1902, 950 e 952 s., il quale discorre di "amor proprio" del giudice quale causa di ricusazione. Conf. SEGRE, sub art. 51, cit., 632 s., e, più di recente, PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, Napoli, 2017, 426; TEDOLDI, *Astensione*, cit., 135.

⁸ CONSOLO, *Ricuzione*, cit., 198 s.

revirement rispetto agli orientamenti sostenuti in altre occasioni, il Giudice delle leggi, in motivazione, ha osservato che «la espressione ‘altro grado’ non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l’ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall’ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere – con una interpretazione conforme a Costituzione – anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell’azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario»⁹. In altri termini, secondo tale pronuncia, ciò che rileva ai fini della incompatibilità da precognizione non sarebbe la diversità tra uffici giudiziari, quanto, invece, più correttamente, l’identità di oggetto della cognizione del magistrato. Pertanto, qualora il giudice, che abbia già deciso la controversia, sia chiamato ad effettuare una valutazione sulla base di presupposti diversi da quelli già esaminati, non vi sarebbe, secondo la Corte, incompatibilità. Inoltre, nessuna incompatibilità vi sarebbe neppure qualora la decisione rappresenti solamente una tappa di un *iter* unitario teso alla decisione finale¹⁰.

In questa prospettiva potrebbe, così, trovare giustificazione la tesi, sostenuta anche in precedenza dalla Corte, che esclude ogni incompatibilità a decidere con cognizione piena per il giudice che abbia già pronunciato una misura provvisoria, a seguito di una cognizione solamente sommaria, sulla medesima controversia: in tali casi, infatti, l’oggetto della cognizione del giudice non coincide con quello di una decisione di merito, sia per la sua sommarietà, sia per la sua parzialità¹¹.

⁹ Il riferimento è, in particolare, come meglio si vedrà nel prosieguo della trattazione, a Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 387, in *Foro it.*, 1999, I, 3441, con nota di SCARSELLI, *La consulta detta le nuove regole sull’incompatibilità del giudice nel processo civile*; in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1188, con nota di GIORGETTI, *L’incompatibilità del giudice civile da precedente provvedimento decisorio*; in *Corriere giur.*, 2000, con osservazioni di TISCINI e con nota di CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 51, n. 4 (in relazione all’art. 28 st.lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri*.

¹⁰ Come hanno osservato già i primi commentatori di tale decisione: CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione*, cit., 59. Si spiega, così, perché, ad es., sia pacifico che nessuna incompatibilità vi può essere per il giudice istruttore chiamato a far parte del collegio (ipotesi, anzi, del tutto fisiologica): CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione*, cit., 59; ID., *Ricusaione del giudice*, cit., 199; DITTRICH, *Incompatibilità*, cit., 150.

¹¹ È questo, ad es., il caso del giudice cautelare o del giudice della fase monitoria, chiamato poi a pronunciarsi sull’opposizione avverso il decreto ingiuntivo da sé pronunciato: CONSOLO, *Una benvenuta interpretazione*, cit., 59; TEDOLDI, *Astensione*, cit., 200 ss.; GIORGETTI, *L’incompatibilità*, cit., 1211 s. Non sono, peraltro, mancate critiche a tale orientamento, ritenuto, non senza serie ragioni, eccessivamente incerto, ben potendo una cognizione sommaria avvicinarsi ad una cognizione piena: DITTRICH, *La precognizione*, cit., 2002, 1165 s.; MORETTI, *L’imparzialità del giudice tra la cautela e il merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 1105 ss.

In favore dell'interpretazione maggiormente estensiva, sostenuta dalla Corte nella decisione da ultimo richiamata, sembra, infine, essersi espresso anche il legislatore, che ha progressivamente ampliato le ipotesi di incompatibilità proprio in alcuni casi in cui la Corte Costituzionale, aderendo all'orientamento tradizionale, aveva, invece, escluso ogni contrasto con la Costituzione¹².

3. – Così sinteticamente tratteggiati i termini del dibattito formatosi sull'art. 51, n. 4, c.p.c., occorre valutare, passando al punto centrale della presente trattazione, se vi possa essere incompatibilità tra estensore della sentenza e giudice chiamato a decidere sull'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.*

Al fine di trovare una soluzione a tale questione è opportuno muoversi lungo due direttrici diverse: da un lato, esaminare se il giudizio di inibitoria rappresenti un "altro grado" di giudizio secondo la concezione tradizionale e, dall'altro lato, indagare quale sia l'oggetto di tale procedimento e, in particolare, se esso coincida – in tutto o in parte – con quello del giudizio di merito. Solo all'esito di una tale indagine sarà, infatti, possibile esaminare la presenza di un'effettiva incompatibilità ai sensi dell'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.

Prima di procedere, è opportuno previamente ricostruire l'evoluzione, invero assai travagliata, dell'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.*

Nella formulazione originaria di tale norma, la competenza a decidere dell'inibitoria della decisione impugnata era attribuita alla stessa Corte di cassazione: in un tale contesto normativo, a parere di chi scrive, il giudizio di inibitoria non poteva che appartenere ad un grado successivo rispetto a quello in cui era stata pronunciata la sentenza impugnata. Sennonché, come puntualmente rilevato sin dai primi commentatori, la Suprema Corte si era opposta strenuamente all'esercizio di un simile potere, estraneo alle sue tradizionali funzioni, determinandone, *de facto*, l'abrogazione¹³. Per tale ragione, a meno di un decennio dalla introduzione di tale disciplina, il d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483, ha attribuito la competenza non più alla Corte di

¹² Si pensi, ad es., al novellato art. 25, comma 2, l. fall., come modificato dal d.lgs. n. 5/2006, che vieta al giudice delegato di far parte del collegio chiamato a pronunciarsi nel reclamo avverso i suoi provvedimenti o all'art. 186-bis disp. att. c.p.c., il quale esclude che il giudice dell'esecuzione possa decidere l'opposizione agli atti esecutivi. Per l'esame di ulteriori interventi legislativi in tal senso v. TEDOLDI, *Astensione*, cit., 169 ss. Per l'esame delle pronunce della Corte Costituzionale, in contrapposizione alle quali si sembra essersi espresso il legislatore, v. nota 6.

¹³ Così osservava già la *Relazione del Ministro Guardasigilli* al d.lgs. n. 483/1948, pf. 11 (consultabile in *Gazz. uff.* 20 maggio 1948, n. 116, suppl. ord., pt. I, 2 ss., spec. 9 s.). In questo senso v. anche PROVINCIALI, *Sul termine per la domanda di sospensione ex articolo 373, comma 3°, cod. proc. civ.*, in *Foro it.*, 1950, I, 1003. In arg., v. altresì ANDRIOLI, *Le riforme del codice di procedura civile*, Napoli, 1951, 125; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, 5ª ed., Roma, 1956, 190; VECCHIONE, *Riflessioni sull'articolo 373 codice di procedura civile*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 555.

cassazione, ma al giudice *a quo* e, precisamente, al “giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata”. Si tratta, allora, di chiarire se tale espressione debba riferirsi al giudice estensore della decisione o, invece, genericamente, all’ufficio cui egli appartiene.

Diverse ragioni militano in favore di tale ultima soluzione. Infatti, da un lato, l’estensore, come anche i membri del collegio, potrebbero non essere più assegnati presso l’ufficio che ha pronunciato la sentenza¹⁴, dall’altro lato, soprattutto, non vi è alcuna particolare esigenza di opportunità che imponga una trattazione dell’inibitoria da parte della stessa persona fisica che ha pronunciato la sentenza impugnata¹⁵. A conferma di quanto precede, basti osservare come l’art. 373, comma 2, c.p.c. preveda che l’istanza di inibitoria debba essere proposta “al tribunale in composizione monocratica o al presidente del collegio” e non, dunque, al giudice unico che ha pronunciato la sentenza né al collegio né al giudice di pace. Pertanto, ai fini della nostra indagine, il riferimento al “giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata” non pare decisivo.

Così chiarita l’evoluzione dell’istituto e la portata letterale della norma, possiamo procedere con l’esame della prima questione posta in apertura del paragrafo, cioè se l’inibitoria appartenga ad un “altro grado” rispetto a quello in cui è stata pronunciata la sentenza impugnata.

La risposta al quesito non può che essere positiva¹⁶.

Ciò si impone, anzitutto, alla luce della già esaminata evoluzione storica dell’istituto: se la competenza è stata attribuita al giudice *a quo* anziché alla Corte di cassazione, ciò non è dipeso da ragioni strutturali, ma di mera opportunità. Infatti, ove si muova dalla premessa che il giudizio di inibitoria abbia finalità cautelari¹⁷, seppur latamente intese, tale procedimento pare

¹⁴ Il ricorso per cassazione può essere notificato, nel termine lungo, entro sei mesi dal deposito della sentenza (termine che, prima della riforma operata dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, era di ben un anno).

¹⁵ La *Relazione del Ministro Guardasigilli* al d.lgs. n. 483/1948, pf. 11, osservava l’opportunità di attribuire la competenza al giudice *a quo* ritenendo che egli, «avendo pronunciato la sentenza conosce bene i fatti, le persone e lo stato delle cose, [può] provvedere con sicurezza e senza alcun pregiudizio». Tale affermazione, se poteva forse apparire corretta in un’epoca in cui il carico di lavoro degli uffici giudiziari era limitato, non è più certamente attuale, dovendo i giudici decidere una tale quantità di procedimenti che ben raramente potranno tenere memoria, a distanza di mesi dalla pronuncia della sentenza, di tali elementi; conclusione che sembra imporsi *a fortiori* nei casi in cui si tratti di membri del collegio diversi dal consigliere estensore.

¹⁶ FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 114, afferma che «l’incidente innanzi al giudice che ha emesso la sentenza non fa certo parte del processo di cassazione». Si tratta, però, di osservazione riferita alla struttura del giudizio (che, indubbiamente, non si svolge davanti alla Suprema Corte) e non alla sua funzione strumentale.

¹⁷ Si tratta di premessa condivisa in dottrina: TISCINI, sub art. 373, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, III, Milanofiori Assago, 2013, 917; VECCHIONE, *Riflessioni sull’articolo 373*,

strumentale proprio al ricorso per cassazione¹⁸ e non certo ad un giudizio di merito oramai concluso. Tale vincolo tra inibitoria e giudizio di cassazione è, del resto, confermato anche dall'art. 131-*bis* disp. att. c.p.c., secondo cui "il giudice non può decidere se la parte istante non ha dimostrato di avere depositato il ricorso per cassazione contro la sentenza medesima"; norma che, in difetto di un vincolo di strumentalità tra i due giudizi, sarebbe di difficile giustificazione. Infine, a riprova di quanto precede, secondo la stessa Suprema Corte, la liquidazione delle spese del giudizio di inibitoria spettano proprio alla Suprema Corte e non già al giudice di merito¹⁹.

Il giudizio *ex art. 373 c.p.c.* è, dunque, strumentale al ricorso per cassazione, pur svolgendosi davanti al giudice *a quo*.

Pertanto, mentre è discusso, come osservato, se nella nozione di "altro grado" debbano essere ricomprese fasi tra loro autonome²⁰, è indubbio che tale espressione ricomprende quantomeno le fasi del giudizio successive alla pronuncia della sentenza²¹. Ebbene, nel caso di specie, il giudizio *ex art. 373 c.p.c.* è stato preceduto da una sentenza: proprio la sentenza impugnata. In adesione alla tesi tradizionale, dunque, non vi sarebbero ragioni per escludere l'astensione/ricusazione *ex art. 51, n. 4, c.p.c.* qualora l'estensore della sentenza impugnata sia chiamato a pronunciarsi sull'inibitoria avente ad oggetto proprio il suo provvedimento²².

La questione può, però, complicarsi qualora si aderisca alla tesi, sostenuta dalla Corte Costituzionale nella citata pronuncia 15 ottobre 1999, n. 387²³, la quale valorizza, ai fini dell'incompatibilità, l'identità di oggetto della decisione del giudice. Per i sostenitori di tale interpretazione, infatti, diventa essenziale stabilire se l'oggetto della cognizione del giudice in sede di inibitoria coincida con quello del giudizio di merito.

Ad una lettura superficiale della norma, la risposta non potrebbe che essere negativa, atteso che il giudice *ex art. 373 c.p.c.* è chiamato a valutare esclusivamente se dall'esecuzione della sentenza impugnata possa derivare un "grave e irreparabile danno" (profilo certamente escluso dalla cognizione del giudice del grado precedente), senza che, sul piano letterale, sia richiesto alcun accertamento né del *fumus boni iuris* né, tantomeno, della fondatezza del ricorso. In effetti, l'opinione tradizionale – tuttora dominante in

cit., 558. Nel medesimo senso v. GARBAGNATI, *In tema di imposizione di una cauzione ex art. 373 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 298.

¹⁸ GARBAGNATI, *In tema di imposizione di una cauzione*, cit., 299; CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 293. Conf., anche RAVIDÀ, *Le incompatibilità endoprocessuali*, cit., 349.

¹⁹ Cass., 11 febbraio 2009, n. 3341, in *Giur. it.*, 2009, I, 1717.

²⁰ Sul punto si rinvia al paragrafo 2.

²¹ V. *supra* nota 4.

²² Aderisce a questa conclusione anche RAVIDÀ, *Le incompatibilità endoprocessuali*, cit., 350.

²³ V. nota 9 e il corrispondente contenuto nel testo.

giurisprudenza – esclude, in capo al giudice dell’inibitoria, ogni sindacato sulla fondatezza del ricorso per cassazione²⁴. Qualora si condivida una tale ricostruzione, nessuna duplicazione di oggetto vi sarebbe tra il giudice dell’inibitoria ed il giudice di merito, con la conseguenza che sarebbe difficile dissentire dalle conclusioni cui perviene il provvedimento in commento.

L’opinione appena riportata non è, però, pacifica, atteso che, secondo altra parte della dottrina, l’accertamento, quantomeno a livello di *fumus boni iuris*, della fondatezza del ricorso per cassazione sarebbe pregiudiziale all’accertamento del grave ed irreparabile danno²⁵. Ne consegue che, secondo tale impostazione, l’accertamento, seppur sommario, della fondatezza del ricorso sarebbe oggetto anche del giudizio *ex art. 373 c.p.c.*

In effetti, ad un più profondo esame dell’oggetto del giudizio di inibitoria, è difficile dissentire da tale ultima tesi e ritenere del tutto irrilevante ogni verifica sulla fondatezza dell’impugnazione.

Se, infatti, l’esecuzione fondata su una sentenza impugnata è di per sé legittima²⁶, non è dato comprendere in cosa dovrebbe consistere un danno grave e irreparabile: il danno lecito è, di regola, insuscettibile di tutela. Ne consegue che all’interprete si pongono solo due alternative: ammettere che il *fumus* circa la fondatezza del ricorso per cassazione è del tutto irrilevante – sicché il danno sarebbe *in re ipsa*, in manifesto contrasto però con la *ratio* dell’istituto e con l’eccezionalità del rimedio *ex art. 373 c.p.c.* – oppure riconoscere che, solo una volta accertata la non manifesta inammissibilità/improcedibilità/infondatezza del ricorso per cassazione, il giudice di merito possa procedere a valutare il *periculum in mora*

²⁴ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2, Milano, 1966, 257. Conf. GARBAGNATI, *Sulla sospensione dell’esecuzione della sentenza d’appello impugnata*, in *Foro pad.*, 1952, I, 1375 s., il quale sembra escludere ogni sindacato sulla procedibilità del ricorso. In giurisprudenza v. App. Roma, 30 maggio 2018, in *Redazione Giuffrè*, 2018; App. Milano, 5 aprile 2017, in *Soc.*, 2018, 339, con nota di SCOGNAMIGLIO, *La sospensione dell’efficacia esecutiva e dell’esecuzione delle sentenze di primo e di secondo grado impugnate in appello ed in cassazione*; App. Salerno, 21 luglio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 310, con osservazioni di NEGRINI; App. Roma, 14 agosto 2000, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 155, con nota di GIACOBBE, *Alcune considerazioni in tema di sospensione dell’esecutività del lodo arbitrale*.

²⁵ CONSOLO, *È davvero sempre grave ed irreparabile – ex art. 373 c. c. – il danno conseguente al rilascio forzato di un immobile (o di un fondo) adito ad attività di impresa?*, in *Giur. it.*, 1986, I, 2, 182 s.; IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l’inibitoria nel processo civile*, I, Milano, 2010, 515 ss.; TISCINI, *Sub art. 373, cit.*, 918 s.; VACCARELLA, *L’esecutività della sentenza di primo grado nel processo del lavoro ed il giudizio d’appello*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, 210; VECCHIONE, *Riflessioni sull’articolo 373, cit.*, 563 s. Nel medesimo senso sembra, del resto, esprimersi la stessa citata *Relazione del Ministro Guardasigilli*, la quale osserva che la sospensione si risolve «in una specie di delibazione della fondatezza del ricorso» (pf. 11).

²⁶ FAZZALARI, *Il giudizio civile*, cit., 115; CARPI, *La provvisoria esecutorietà*, cit., 290; VACCARELLA, *L’esecutività della sentenza*, cit., 210.

conseguente all'esecuzione della sentenza impugnata. Del resto, anche nella disciplina dei provvedimenti cautelari, in relazione ai quali è indubbia la compresenza di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, non sempre il legislatore indica, tra i presupposti, il primo, limitandosi a descrivere solo il secondo²⁷. Sicché non può attribuirsi rilevanza decisiva alla mancata descrizione, nell'art. 373 c.p.c., di tale presupposto.

Si potrebbe replicare che, comunque, l'oggetto dell'inibitoria e del giudizio di merito non sia il medesimo, atteso che solo in quest'ultimo caso il giudice conosce il merito della controversia, limitandosi in sede di inibitoria a conoscere del *fumus* dell'esito del ricorso per cassazione.

Si tratta, però, a parere di chi scrive, di tesi che pecca di formalismo. Certamente l'oggetto dei giudizi non è identico dal punto di vista formale: dal momento che il ricorso per cassazione è un giudizio di legittimità, è sulla non manifesta infondatezza dei motivi di ricorso per cassazione (e non sul merito della controversia) che il giudice dell'inibitoria sarà chiamato a pronunciarsi, seppur in punto di *fumus*. Tuttavia, il ricorso per cassazione è il mezzo di impugnazione con cui il ricorrente lamenta un *errore* – poco importa se *in procedendo* o *in iudicando* – compiuto proprio da quello stesso giudice cui, nel giudizio di inibitoria, si vuol far delibare circa il probabile esito del giudizio di cassazione. A ciò si aggiunga che il giudizio di cassazione non è certo un *novum iudicium*, ma un mezzo di impugnazione in senso stretto che si fonda su una circostanziata critica al provvedimento impugnato, pronunciato proprio dal giudice *a quo*. Quest'ultimo, al quale, come visto, è precluso svolgere *ex novo* un giudizio di merito sarà, dunque, chiamato a giudicare della correttezza del suo provvedimento, seppur limitatamente ai profili di censura oggetto di ricorso per cassazione.

Peraltro, nemmeno la natura *lato sensu* cautelare del procedimento di inibitoria deve trarre in inganno. Infatti, mentre in sede di merito il giudice ha svolto un esame a cognizione piena, in sede di inibitoria egli dovrà limitarsi ad un accertamento sommario, con l'ulteriore corollario che, con ancor meno probabilità, egli avrà anche solo l'occasione per svolgere un ulteriore approfondimento tale da permettere una diversa decisione. Non ci sembra, cioè, che si possa invocare la consolidata opinione che, in tema di rapporto tra il giudice cautelare ed il giudice di merito, esclude

²⁷ Si pensi, ad es., al sequestro conservativo, per la cui concessione l'art. 671 c.p.c. prevede solamente il "fondato timore [del creditore, n.d.r.] di perdere la garanzia del proprio credito". Non si dubita, però, giustamente che il ricorrente debba fornire anche la prova del *fumus* di tale credito: *ex multis* v. Trib. Roma, 10 agosto 2017, in *Redazione Giuffrè*, 2017; Trib. Perugia, 1° agosto 2016, *ivi*, 2016; Trib. Milano, 11 aprile 2014, *ivi*, 2014; Trib. Monza, 31 gennaio 2013, *ivi*, 2013; Trib. Bari, 6 settembre 2012, *ivi*, 2012; Trib. Nola, 28 giugno 2011, in *Giur. merito*, 2011, 2429. Sul punto, *incidenter*, v. anche Cass., 18 novembre 2011, n. 24309, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 1638.

l'incompatibilità tra le due funzioni, dal momento che diverso è il tipo di cognizione²⁸: nel caso di specie vi è, invece, *prima* un accertamento pieno e solo *poi* uno sommario.

In conclusione, non ci sembra che, nel caso di specie, si possa ravvisare quell'“amor proprio” del giudice, ritenuto da autorevole dottrina irrilevante *ex art.* 51, comma 1, n. 4, c.p.c.²⁹. La soluzione che esclude ogni incompatibilità tra giudice di merito e giudice *ex art.* 373 c.p.c. priva di ogni effettività l'inibitoria e, in ultima analisi, rappresenta un insanabile *vulnus* allo stesso ricorso per cassazione³⁰.

4. – La breve ricostruzione che precede permette, a nostro parere, di concludere che tra il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata con ricorso per cassazione ed il giudice chiamato a pronunciarsi sull'inibitoria *ex art.* 373 c.p.c. avverso la stessa decisione vi sia incompatibilità ai sensi dell'art. 51, n. 4, c.p.c. Conseguenza di tale ricostruzione è, dunque, la possibilità per le parti di formulare istanza di ricusazione nei confronti del giudice che non si sia astenuto.

Peraltro, anche qualora non si condividesse la prospettazione da noi accolta, è difficilmente negabile che, in favore dell'astensione da parte del giudice, militerebbero quantomeno ragioni di opportunità³¹.

Ebbene, nel caso in cui il giudice sia chiamato a valutare – con cognizione sommaria – la non manifesta infondatezza di un ricorso per cassazione proposto avverso il proprio provvedimento, sembra che tali

²⁸ Per questa tesi v., oltre alla già citata Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326, Cass., 31 ottobre 2018, n. 27924, in *Leggi d'Italia*; Cass., 12 gennaio 2006, n. 422, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 69. In dottrina v. CAVALLONE, *Ancora sulla «precognizione» del giudice civile come preteso motivo di astensione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1003 s.; ROMBOLI, voce *Astensione*, cit., 3; MARUFFI, *L'art. 111 Cost. e l'incompatibilità del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 1187 s. Conf., seppur con maggiore cautela, anche TEDOLDI, *Astensione*, cit., 142 ss. e 201 ss. Critici, rispetto a tale soluzione sono, invece, GIORGETTI, *L'incompatibilità*, cit., 1217; CONSOLO, *Il giudice civile*, cit., 411 s., il quale ritiene, peraltro, che tale fattispecie configurerebbe un'ipotesi di astensione *ex art.* 51, comma 2, c.p.c.

²⁹ CAVALLONE, *Un “frivolo amor proprio”*, cit., 22 s.; MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, 4^a ed., Milano, 1923, 487 nota 1.

³⁰ Le conclusioni che precedono meritano conferma anche con riferimento ai componenti del collegio diversi dal giudice estensore. Da un lato, infatti, il collegio è un organo unitario, sicché non se ne potrebbero scindere i componenti, ai fini dell'incompatibilità (il voto espresso da ciascun magistrato in sede di deliberazione rileva, infatti, ai soli fini dell'art. 16 l. 13 aprile 1988, n. 117). Dall'altro lato, comunque, il giudice estensore della sentenza potrebbe aver votato, in sede di deliberazione, anche diversamente dalla maggioranza.

³¹ CONSOLO, *È davvero sempre grave e irreparabile*, cit., 183; VECCHIONE, *Riflessioni sull'articolo 373*, cit., 564. Del resto, anche CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., II, 190, osserva che il giudice *a quo* è il meno idoneo a valutare le probabilità di cassazione del suo provvedimento. Nel medesimo senso, v. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione*, cit., 517 nota 1233, il quale auspica che «la cognizione dell'istanza di inibitoria venga assegnata a un giudice o a un collegio diverso».

ragioni di opportunità ben possano qualificarsi come “gravi ragioni di convenienza” ex art. 51, comma 2, c.p.c.

Come, infatti, osserva da decenni la dottrina, «poiché la previsione è in funzione della imparzialità del giudice, tutte le situazioni – *gravi*, notisi bene – in cui il giudice potrebbe temere di essere lui stesso, o di essere creduto dalle parti, meno libero e indifferente nel suo provvedere possono rientrare nell’ambito di applicazione d’essa»³². Nel caso di specie, potrebbe ritenersi che non vi sia il rischio di parzialità del giudice³³, ma la circostanza che egli già si sia pronunciato, seppur ad altro titolo, su quella stessa controversia impone particolari cautele al fine apparire alle parti libere da preconcetti³⁴.

Ne consegue che solo nei (rari) casi in cui oggetto del ricorso per cassazione sia un profilo non esaminato dal giudice di merito, questi potrebbe non astenersi ai sensi dell’art. 51, comma 2, c.p.c. Nelle altre ipotesi (e, segnatamente, in quella in esame), egli invece avrà un vero e proprio dovere di astensione³⁵.

5. – Il provvedimento annotato non pare, insomma, condivisibile per una pluralità di ragioni.

Il procedimento ex art. 373 c.p.c. appartiene infatti ad un grado diverso rispetto al giudizio di appello (o di unico grado), benché venga svolto davanti al medesimo organo giudicante. A ciò si aggiunga, comunque, come il giudice dell’inibitoria debba valutare, seppur sommariamente, la fondatezza – in quanto presupposto coesenziale al pregiudizio –

³² LA CHINA, voce *Giudice (astensione e ricusazione)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., IX*, Torino, 1993, 30.

³³ Secondo CAVALLONE, *Un “frivolo amor proprio”, cit., 22 s.*, la *ratio* dell’incompatibilità da precognizione risiederebbe non tanto in esigenze di imparzialità (come il giudice è stato imparziale una prima volta, è ragionevole ritenere che sarà imparziale anche una seconda volta, a nulla rilevando che per un “frivolo amor proprio” sia portato a conformarsi alla prima decisione), quanto, invece, nella struttura stessa dell’impugnazione che in tanto ha un senso in quanto la cognizione sia affidata ad un soggetto diverso rispetto a colui che ha redatto il provvedimento impugnato. Nel medesimo senso, v. MORTARA, *Commentario*, cit., II, 487 nota 1; VANZ, *Una lonza*, cit., 520.

³⁴ In questo senso sembrano esprimersi ALLORIO, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in *Giur. it.*, 1950, I, 2, 518; DITTRICH, *Incompatibilità*, cit., 205; SEGRÉ, sub art. 51, cit., 638.

³⁵ Si tratta, però, di obbligo probabilmente privo di sanzioni, atteso che, anche secondo Cass., Sez. Un., 13 novembre 2012, n. 19704, in *Corriere giur.*, 2013, 1597, con nota di GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell’imparzialità del giudice anche nel processo civile*, il giudice avrebbe non già la facoltà, ma il dovere disciplinare di astenersi anche in presenza di gravi ragioni di convenienza solamente qualora vi sia un interesse proprio o di un prossimo congiunto nella causa; ipotesi che, però, non ricorre nel caso in commento. Invece, LA CHINA, voce *Giudice*, cit., 30 s., ritiene che il giudice, anche nei casi previsti dall’art. 51, comma 2, c.p.c., abbia il dovere di astenersi, ma non indica le conseguenze di un’eventuale violazione del divieto. Favorevole all’applicazione di sanzioni quantomeno disciplinari è CONSOLO, *Il giudice civile*, cit., 412.

dell'impugnazione proposta avverso il proprio provvedimento. Pertanto, non ci sarebbero ragioni per cui l'istanza di ricusazione debba essere rigettata.

In conclusione, astraendo dal caso di specie, se può condividersi la tesi favorevole ad un'interpretazione tassativa delle ipotesi previste all'art. 51, comma 1, c.p.c., in quanto deroga al principio del giudice naturale precostituito per legge, sembra che, però, almeno il tenore letterale delle norme meriti un'interpretazione secondo Costituzione.

Ancor più rilevante è, poi, la necessità per i giudici di astenersi nei casi in cui la serenità di giudizio possa apparire, per qualsiasi ragione, limitata.

Se, infatti, il giudice non può limitarsi ad essere, nella sua intima coscienza, imparziale, ma deve anche apparire come tale, ogniquale volta vi siano serie ragioni di opportunità – ed, *in primis*, proprio nei casi in cui è chiamato a sindacare non già un qualsiasi suo provvedimento ordinatorio, ma una sentenza – sarebbe auspicabile una maggiore sensibilità a tali temi, a pena di segregare, ancora una volta, l'istituto dell'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* nelle biblioteche.

Abstract

**INCOMPATIBILITY OF THE JUDGE WHO ISSUED THE JUDGMENT TO
ORDER THE STAY OF THE EXECUTION OF THE JUDGEMENT
CHALLENGED BEFORE THE SUPREME COURT, IN ACCORDANCE WITH
ARTICLE 373 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE**

Il presente contributo analizza i limiti entro cui trova applicazione l'incompatibilità del giudice *ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c.*, con riferimento al caso in cui il giudice estensore della sentenza impugnata con ricorso per cassazione sia successivamente designato quale giudice dell'inibitoria *ex art. 373 c.p.c.* avverso quel medesimo provvedimento.

The paper analyzes whether and to what extent the judge who wrote the judgment is incompatible pursuant to article 51, paragraph 1, no. 4, of the code of civil procedure, specifically referring to the case in which this judge is required to pronounce an order of stay of the execution against his own judgment, in accordance with article 373 of the code of civile procedure.

Cassazione civile, Sezioni Unite, 24 dicembre 2019, n. 34447

Pres. Curzio – Rel. Lamorgese

L'eccezione di prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, sollevata dal curatore in sede di ammissione al passivo fallimentare, è devoluta alla cognizione del giudice delegato (in sede di verifica dei crediti) e del tribunale (in sede di opposizione allo stato passivo e di insinuazione tardiva), e non già del giudice tributario, segnando la notifica della cartella il consolidamento della pretesa fiscale e l'esaurimento del potere impositivo (Massima ufficiale).

(Omissis) Motivi della decisione

1.– La Riscossione Sicilia denuncia con il primo motivo di ricorso violazione e falsa applicazione del D.L.vo n. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2, in relazione all'art. 360 comma 1, n. 3, c.p.c., per avere il tribunale dichiarato la parziale estinzione dei crediti erariali fatti valere dal concessionario per l'avvenuto decorso del termine prescrizionale, pur essendo privo di giurisdizione in materia.

La ricorrente deduce in tal modo una questione attinente alla giurisdizione, potenzialmente assorbente rispetto all'esame del secondo motivo: il giudice delegato e successivamente il tribunale, investito dell'opposizione L. Fall., ex art. 98, conoscendo dell'eccezione di prescrizione sollevata dalla curatela fallimentare, avrebbero debordato dai limiti della giurisdizione propria, discostandosi dal principio secondo cui spetta al giudice tributario, che è fornito di giurisdizione sull'obbligazione tributaria, conoscere dell'eccezione di prescrizione, anche se maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, quale fatto estintivo dell'obbligazione stessa, ipotesi non riconducibile all'esenzione prevista dal D.L.vo n. 546 del 1992, art. 2, (che riserva alla giurisdizione del giudice ordinario, e quindi fallimentare, le "controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento"), atteso che la cartella o il sollecito di pagamento non possono essere qualificati come atti dell'esecuzione forzata. Il motivo pone dunque la questione se siano riservate alla giurisdizione tributaria le controversie riguardanti, tra i fatti estintivi dell'obbligazione tributaria, la prescrizione maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento.

2.– La Prima Sezione con la richiamata ordinanza interlocutoria dubita della persistente validità dell'orientamento, espresso anche dalle Sezioni Unite (n. 14648 del 2017, Sez. L. n. 15717 del 2019, Sez. VI-1 n. 21483 del 2015), secondo cui qualora, in sede di ammissione al passivo fallimentare, il curatore eccepisca la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella, viene in considerazione un fatto estintivo dell'obbligazione che involge l'an ed il quantum del tributo, sicché la giurisdizione sulla relativa controversia spetta al giudice tributario,

con la conseguenza che il giudice delegato deve ammettere il credito in oggetto con riserva, anche in assenza di una richiesta di parte in tal senso.

La Sezione osserva, in sintesi, che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 57, comma 1, lett. a), D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'art. 16, D.L.vo 26 febbraio 1999, n. 46, – nella parte in cui prevede che, nelle controversie riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui al D.P.R. n. 602 del 1973, art. 50, non sono ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 c.p.c., non vi sarebbe più quel vuoto di tutela che aveva indotto la giurisprudenza ad indirizzare verso la giurisdizione tributaria le controversie aventi ad oggetto questioni e fatti successivi alla notifica della cartella (come la prescrizione), quindi a valle della notifica della cartella, che segna il limite della giurisdizione del giudice tributario, a norma del D.L.vo n. 546 del 1992, art. 2.

Il quesito posto dall'ordinanza di rimessione è, quindi, se rientri nella giurisdizione del giudice delegato in sede di verifica dei crediti e del tribunale in sede di opposizione allo stato passivo, ovvero del giudice tributario (nel qual caso il credito dovrebbe essere ammesso al passivo del fallimento con riserva), giudicare sulla fondatezza dell'eccezione di prescrizione dei crediti tributari sollevata dal curatore, verificatasi successivamente alla notifica della cartella di pagamento.

3.– Il Collegio ritiene di non poter dare continuità all'orientamento sopra menzionato per le seguenti considerazioni.

3.1.– La tesi cui si ispira detto orientamento è che il giudice tributario, la cui giurisdizione si estende a “tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere o specie” (D.L.vo n. 546 del 1992, art. 2), sia l'unico giudice competente a decidere ogni controversia relativa all'*an* e al *quantum* del tributo dovuto, ivi compresa la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla formazione del titolo esecutivo racchiuso nella cartella esattoriale (Cass. SU n. 23832 del 2007, richiamata da SU n. 14648 del 2017 e n. 8770 del 2016).

Al suddetto giudice si assume riservata, quale giudice esclusivo del rapporto tributario, ogni controversia sulla interpretazione e applicazione delle leggi tributarie, tra le quali implicitamente dovrebbero rientrare quelle concernenti la ricognizione dei termini legali di prescrizione dei diversi tributi e la verifica in concreto del loro decorso ai fini dell'estinzione di ogni pretesa fiscale, così come in via consequenziale la verifica della eventuale e successiva soddisfazione del credito tributario (Cass. n. 10668 del 2019), sul presupposto che ad essere in discussione sia, in definitiva, pur sempre la debenza del tributo. In logica coerenza con questa impostazione è il principio secondo cui la giurisdizione del giudice tributario include anche la controversia relativa all'opposizione all'esecuzione attuata con il pignoramento presso terzi, quando oggetto del giudizio sia la perdurante fondatezza

del titolo esecutivo, non rilevando la formale qualificazione del pignoramento come atto dell'esecuzione (Cass. SU n. 14667 del 2011, in tema di tasse automobilistiche).

4. – Questa tesi potrebbe condividersi se il D.L.vo n. 546 del 1992, art. 2, come sostituito dalla L. 28 dicembre 2001, n. 448, art. 12, comma 2, non prevedesse che “Restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'art. 50, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, (...)”, in disparte la questione della vigenza dell'art. 9 c.p.c.

La notifica della cartella di pagamento non impugnata (o vanamente impugnata) dal contribuente nel giudizio tributario determina il consolidamento della pretesa fiscale e l'apertura di una fase che, per chiara disposizione normativa, sfugge alla giurisdizione del giudice tributario, non essendo più in discussione l'esistenza dell'obbligazione tributaria né il potere impositivo sussumibile nello schema potestà-soggezione che è proprio del rapporto tributario (non tutte le controversie nelle quali abbia incidenza una norma fiscale si trasformano in controversie tributarie di competenza delle relative commissioni, come rilevato da Cass. SU n. 7526 del 2013).

Il processo tributario è annoverabile tra i processi di “impugnazione–merito”, in quanto, pur essendo diretto alla pronuncia di una decisione sul merito della pretesa tributaria, postula pur sempre l'esistenza di un atto da impugnare in un termine perentorio e da eliminare dal mondo giuridico (D.L.vo n. 546 del 1992, art. 19), che sarebbe arduo ricercare quando il debitore intenda far valere fatti estintivi della pretesa erariale maturati successivamente alla notifica della cartella di pagamento, come la prescrizione, al solo fine di paralizzare la pretesa esecutiva dell'ente creditore.

Neppure si potrebbe individuare l'atto da impugnare, come sostenuto dalla ricorrente, nell'estratto di ruolo rilasciato dal concessionario della riscossione su richiesta del contribuente, la cui impugnazione è stata ammessa per consentire a quest'ultimo di impugnare la cartella di pagamento di cui non abbia avuto conoscenza a causa della invalidità o mancanza della relativa notifica (Cass. SU n. 19704 del 2015, Sez. V n. 22507 del 2019). Quando, invece, la cartella sia stata notificata e la relativa pretesa tributaria sia divenuta definitiva, dei successivi fatti estintivi della pretesa tributaria competente a giudicare è il giudice ordinario, quale giudice dell'esecuzione, cui spetta l'ordinaria verifica dell'attualità del diritto dell'ente creditore di procedere all'esecuzione forzata.

4.1.– Argomenti a conferma dell'impostazione cui si aderisce provengono dalla sentenza della Corte costituzionale n. 114 del 2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 57, comma 1, lett. a), come sostituito dal D.L.vo n. 46 del 1999, art. 16, nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della

cartella di pagamento o all'avviso di cui al D.P.R. n. 602 del 1973, art. 50, siano ammesse le opposizioni regolate dall'art. 615 c.p.c.

La Corte premette che “la linea di demarcazione della giurisdizione (è) posta dalla cartella di pagamento e dall'eventuale successivo avviso recante l'intimazione ad adempiere: fino a questo limite la cognizione degli atti dell'amministrazione, espressione del potere di imposizione fiscale, è devoluta alla giurisdizione del giudice tributario; a valle, la giurisdizione spetta al giudice ordinario e segnatamente al giudice dell'esecuzione”; quindi osserva che “È questo un criterio di riparto della giurisdizione; ma la sommatoria della tutela innanzi al giudice tributario e di quella innanzi al giudice (ordinario) dell'esecuzione deve realizzare per il contribuente una garanzia giurisdizionale a tutto tondo: in ogni caso deve esserci una risposta di giustizia perché siano rispettati gli artt. 24 e 113 Cost.”.

La Corte, quindi, si interroga se il divieto del rimedio di cui all'art. 615 c.p.c. (ferma l'ammissibilità dell'opposizione riguardante la pignorabilità dei beni) sia compatibile con la Costituzione ed offre al quesito una duplice risposta, una in termini affermativi, un'altra in termini negativi:

la prima si giustifica quando “la prevista inammissibilità dell'opposizione all'esecuzione, (riguardando) atti che radicano la giurisdizione del giudice tributario, non segna una carenza di tutela del contribuente assoggettato a riscossione esattoriale, perché questa c'è comunque innanzi ad un giudice, quello tributario”, assicurandosi in tal modo “la continuità della tutela giurisdizionale”; ed infatti “In questa parte l'art. 57 va raccordato con il D.L.vo n. 546 del 1992, art. 2, che demanda alla giurisdizione del giudice tributario le contestazioni del titolo (normalmente, la cartella di pagamento) su cui si fonda la riscossione esattoriale. Se il contribuente contesta il titolo della riscossione coattiva, la controversia così introdotta appartiene alla giurisdizione del giudice tributario e l'atto processuale di impulso è il ricorso il D.L.vo n. 546 del 1992, ex art. 19, proponibile avverso “il ruolo e la cartella di pagamento, e non già l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. (...)”; “Altrimenti detto, l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., – che non è soggetta a termine di decadenza – in tanto non è ammissibile, come prescrive l'art. 57 citato, in quanto non ha, e non può avere, una funzione recuperatoria di un ricorso del D.L.vo n. 546 del 1992, ex art. 19, non proposto affatto o non proposto nel prescritto termine di decadenza (di sessanta giorni)”;

la seconda risposta, in termini negativi, si spiega in ragione del fatto che “l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. è inammissibile non solo nell'ipotesi in cui la tutela invocata dal contribuente, che contesti il diritto di procedere a riscossione esattoriale, ricada nella giurisdizione del giudice tributario e la tutela stessa sia attivabile con il ricorso il D.L.vo n. 546 del 1992, ex art. 19, ma anche allorché la giurisdizione del giudice tributario non sia invece affatto configurabile e non venga in rilievo perché si è a valle dell'area di quest'ultima (...)”: in tal caso “c'è una carenza di tutela giurisdizionale” giudicata costituzionalmente non tollerabile

“perché il censurato art. 57 non ammette siffatta opposizione innanzi al giudice dell’esecuzione e non sarebbe possibile il ricorso al giudice tributario perché, in tesi, carente di giurisdizione”.

4.2.– Per quanto interessa in questa sede, la giurisdizione del giudice ordinario sussiste dunque in tutte le controversie che si collocano “a valle della notifica della cartella di pagamento”, dove non v’è spazio per la giurisdizione del giudice tributario il D.L.vo n. 546 del 1992, ex art. 2 e l’azione esercitata dal contribuente assoggettato alla riscossione, che non riguardi la mera regolarità formale del titolo esecutivo o di atti della procedura, “deve qualificarsi come opposizione all’esecuzione ex art. 615 c.p.c., essendo contestato il diritto di procedere a riscossione coattiva” (sentenza n. 114 del 2018). È questo il modo per colmare la carenza di tutela giurisdizionale che è all’origine della incostituzionalità del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 57, che si spiega in ragione del fatto che non “era” ammessa siffatta opposizione innanzi al giudice dell’esecuzione, pur non essendo ammissibile il ricorso al giudice tributario, in quanto privo di giurisdizione.

4.3.– Tra le “altre evenienze che si collocano a valle della notifica della cartella di pagamento, in cui la doglianza del contribuente sia diretta a contestare il diritto di procedere a riscossione coattiva” mediante l’opposizione ex art. 615 c.p.c., la Corte costituzionale menziona le “ipotesi dell’intervenuto adempimento del debito tributario o di una sopravvenuta causa di estinzione dello stesso per essersi il contribuente avvalso di misure di favore per l’eliminazione del contenzioso tributario, quale, ad esempio, la cosiddetta “rottamazione” (...)” e non v’è ragione di non ricomprendervi l’estinzione del credito tributario per intervenuta prescrizione maturata successivamente alla notifica della cartella.

4.4.– L’ammissibilità delle opposizioni regolate dall’art. 615 c.p.c. (tra le quali è compresa anche l’opposizione a precetto) dinanzi al giudice dell’esecuzione per contestare il diritto di procedere alla riscossione coattiva, sulla base di fatti estintivi sopravvenuti alla formazione del titolo e, quindi, a valle della notifica della cartella di pagamento, è coerente con la natura di quest’ultima che, a norma del D.P.R. n. 602 del 1973, art. 25, assolve in un solo atto le funzioni svolte dalla notificazione del titolo esecutivo e del precetto nella espropriazione forzata codicistica (tra le tante, Cass., Sez. III, n. 3021 del 2018).

Se è vero che la cartella è configurabile come atto di riscossione e non di esecuzione forzata (Cass. SU n. 5994 del 2012) e che la giurisdizione tributaria si arresta solo di fronte agli atti di esecuzione forzata tra i quali non rientrano né le cartelle esattoriali né gli avvisi di mora (Cass. SU n. 17943 del 2009), è anche vero che per espressa disposizione normativa (D.L.vo n. 546 del 1992, art. 2) la notifica della cartella è un dato rilevante ai fini della giurisdizione, determinando il sorgere della giurisdizione del giudice ordinario, l’unico competente a giudicare dei fatti, successivamente intervenuti, estintivi e modificativi del credito tributario cristallizzato nella cartella.

4.5.– Pertanto, accogliendo l'eccezione di prescrizione del credito azionato da Riscossione Sicilia, il giudice delegato in sede di verifica dei crediti e il tribunale in sede di opposizione allo stato passivo e di insinuazione tardiva, non hanno debordato dalla giurisdizione propria, non dubitandosi della natura di procedura esecutiva di carattere universale della procedura concorsuale. Come rilevato nell'ordinanza di rimessione, "È dunque in sede fallimentare, nel procedimento di verifica del passivo, che vengono definite le questioni inerenti i fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo (nel caso di specie cartella esattoriale) posto a fondamento del credito insinuato, le quali nell'esecuzione individuale vengono fatte valere con lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c.".

4.6.– Il primo motivo di ricorso è dunque rigettato, alla luce del seguente principio: ove, in sede di ammissione al passivo fallimentare, sia eccepita dal curatore la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento, che segna il consolidamento della pretesa fiscale e l'esaurimento del potere impositivo, viene in considerazione un fatto estintivo dell'obbligazione tributaria di cui deve conoscere il giudice delegato in sede di verifica dei crediti e il tribunale in sede di opposizione allo stato passivo e di insinuazione tardiva, e non il giudice tributario.

5.– Il secondo motivo di ricorso denuncia violazione e falsa applicazione del D.P.R. il 26 aprile 1986, n. 131, art. 78 e art. 2946 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, per avere il tribunale ommesso di considerare che il termine prescrizionale applicabile alla fattispecie de quo non era quello quinquennale, bensì quello decennale, essendo le cartelle state regolarmente notificate e non opposte e, quindi, essendo la pretesa tributaria divenuta definitiva.

5.1. – Il motivo è infondato. Esso ripropone una tesi difforme dall'orientamento seguito nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui la scadenza del termine perentorio sancito per opporsi o impugnare un atto di riscossione mediante ruolo, o comunque di riscossione coattiva, produce l'effetto sostanziale della irretrattabilità del credito ma, ove per i relativi crediti sia prevista una prescrizione (sostanziale) più breve di quella ordinaria, la sola scadenza del suddetto termine non consente di ritenere applicabile il termine prescrizionale decennale di cui all'art. 2953 c.c., tranne che in presenza di un accertamento divenuto definitivo per il passaggio in giudicato della sentenza (Cass. SU n. 23397 del 2016, Sez. V n. 8105 del 2019).

6.– In conclusione, il ricorso è rigettato. (*Omissis*).

I CONFINI FRA LA COGNIZIONE DEL GIUDICE DELEGATO E DEL GIUDICE TRIBUTARIO SULL'OBBLIGAZIONE D'IMPOSTA: LE SEZIONI UNITE FANNO CHIAREZZA

KEVIN SILVESTRI

*Dottorando di ricerca
nell'Università di Trento (*)*

1. – Con la pronuncia in epigrafe,¹ le Sezioni Unite tornano sul tema dei limiti che il principio di esclusività del rito di accertamento dello stato passivo incontra in forza dell'esistenza, a fianco di quella ordinaria, di giurisdizioni speciali. Com'è noto, in linea generale si riconosce che l'art. 52, comma 2, l.f., norma che sancisce il principio del cd. concorso formale, non intacchi la riserva di giurisdizione posta dalla legge a favore dei giudici speciali (amministrativo, tributario, contabile) in relazione a taluni diritti di credito; tale norma si limiterebbe ad onerare i titolari di detti crediti, se divenuti tali prima della dichiarazione di fallimento del loro debitore, a presentare domanda d'insinuazione al passivo onde veder soddisfatte le proprie pretese in pendenza della procedura fallimentare². Quanto, in particolare, ai crediti per tasse ed imposte, tale principio si trova declinato nel disposto dell'art. 88 d.P.R. 602/1973, il quale statuisce che, nell'ipotesi di insinuazione al passivo di un credito tributario, "se sulle somme iscritte a ruolo sorgono contestazioni, il credito è ammesso al passivo con riserva, anche nel caso in cui la domanda di ammissione sia presentata in via tardiva (...)"³.

(*) Email: kevin.silvestri@unitn.it.

¹ Sulla quale, v. anche i commenti adesivi di G. GLENDI, *Eccezione di prescrizione in sede fallimentare fra giurisdizione tributaria e ordinaria*, in *Corriere trib.*, 2020, pp. 275 ss.; nonché di M. L. GUARNIERI, *La competenza del giudice fallimentare a conoscere la prescrizione dei crediti tributari*, in *www.aulacivile.it*, 2020.

² M. FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 385, che qualifica la devoluzione della cognizione sul credito ad una giurisdizione speciale come un'eccezione soltanto apparente al principio di esclusività del rito di accertamento del passivo; V. ZANICHELLI, *Gli effetti del fallimento per il fallito e i creditori*, in A. JORIO e B. SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, II, Milano, 2014, pp. 69-70.

³ Per un'esauriente panoramica degli argomenti inerenti al trattamento dei crediti tributari nel fallimento, v. B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Crediti tributari e previdenziali*, Milano, 2016, specialmente pp. 42 ss.; L. DEL FEDERICO, *I crediti tributari nella fase di accertamento del passivo*, in G. VILLANACCI (a cura di), *I crediti nel fallimento*, Padova, 2015, pp. 635 ss.; ID., *Profili di specialità ed evoluzione giurisprudenziale nella verifica fallimentare dei crediti tributari*, in *Fall.*, 2009, pp. 1369 ss.; M. MONTANARI, *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, in *Fall.*, 2007, pp. 129 ss.; A. CARINCI, *L'ammissione al passivo dei crediti tributari*, in F. PAPARELLA (a cura di), *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle*

Com'è stato messo in luce in dottrina, la norma in esame riaffermerebbe proprio l'intangibilità della giurisdizione speciale del giudice tributario, prospettando la soluzione dell'ammissione con riserva ogni volta in cui quest'ultimo sia competente a decidere delle contestazioni mosse dal curatore⁴. Nell'applicazione di tale norma, lo sforzo maggiore dell'interprete consisterebbe dunque nell'individuazione degli esatti confini fra la cognizione del giudice delegato e delle Commissioni tributarie in ordine alla

imprese in crisi, Milano, 2013, pp. 547 ss.; F. MICCIO, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, relazione del convegno del C.S.M. "L'accertamento del passivo concorsuale", Roma, 15-17 maggio 2006, pp. 1 ss.; A. GUIOTTO, *L'insinuazione al passivo dei crediti tributari*, in *Fall.*, 2011, pp. 1416 ss.; S.F. MARZO, *Il ruolo e la cartella di pagamento nelle procedure concorsuali: l'accesso alla giustizia tributaria*, in *Dir. fall.*, 2015, pp. 316 ss.; G. D'ANGELO, *L'insinuazione al passivo fallimentare del credito tributario*, in M. BASILAVECCHIA, S. CANNIZZARO e A. CARINCI (a cura di), *La riscossione dei tributi*, Milano, 2011, pp. 296 ss. Per una copiosa rassegna giurisprudenziale in materia, v. G. ROCCO, *Il debito fiscale nelle procedure concorsuali. Parte prima: i debiti sorti prima della procedura* (2006 – 2015), in *Dir. e prat. trib.*, 2015, pp. 1144 ss. (I), *ivi*, 2016, pp. 349 ss. (II).

Precursore dell'art. 87 d.P.R. 602/1973, introdotto con l'ampia riforma della riscossione del 1999, era l'art. 45 dello stesso decreto, che recitava: "Il ruolo, in caso di eventuali contestazioni inerenti ai tributi iscritti, costituisce titolo per l'ammissione dei tributi stessi con riserva al passivo delle procedure di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267". I commentatori che scrissero di tale disposizione si preoccuparono soprattutto di inquadrare l'ipotesi di ammissione con riserva ivi prevista entro il sistema delle riserve "tipiche" designato dall'art. 95 l.f. ante 2006. Emersero tre posizioni sul tema: secondo l'orientamento maggioritario (formatosi già prima dell'entrata in vigore del d.P.R. 602/1973), il credito tributario contestato poteva assimilarsi al credito sottoposto a condizione, sulla scorta dell'ampia lettura della nozione di credito condizionale esposta, in particolare, da Cass. 19 giugno 1974, n. 1806 (v., in particolare, F. DEL VECCHIO, *I crediti condizionali nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1983, I, pp. 353 ss., specialmente 355 ss.); minoritaria la seconda tesi, per cui il credito tributario contestato poteva farsi rientrare nella fattispecie di cui all'art. 95, comma 3, l.f. (ed assimilarsi quindi credito portato da sentenza di primo grado non passata in giudicato) ed ammettersi in via provvisoria applicando per analogia l'art. 99, comma 3, l.f. (A. ROSSI, *L'ammissione nel passivo fallimentare dei crediti per imposte e sanzioni pecuniarie dopo la riforma tributaria*, in *Giur. comm.*, 1984, I, pp. 314 ss.); isolata, infine, la tesi (G. LO CASCIO, *Imposte dirette e indirette: procedure concorsuali e contenzioso tributario*, in *Giur. comm.*, 1982, I, pp. 663 ss.) che negava in radice la possibilità di ricondurre la riserva di cui all'art. 45 ad alcuna delle ipotesi di riserva prevista dall'art. 95, comma 2, l.f., con la conseguenza che l'ammissione condizionata del credito tributario contestato andasse in realtà riguardata quale ammissione pura e semplice, stante l'atipicità della riserva apposta. Per una sintesi retrospettiva di tale stagione dottrinale, v. F. ABATE, *L'accertamento dei crediti d'imposta*, in *Fall.*, 1997, pp. 445 ss., nonché, da ultimo, L. DEL FEDERICO, *I crediti tributari nella fase di accertamento del passivo*, cit., pp. 669 ss.

⁴ Evidenzia M. MONTANARI, *op. cit.*, 1129, che l'essere la riserva in questione espressione dell'intangibilità della giurisdizione tributaria risulta dalla lettera stessa dell'art. 88, in particolare dalle condizioni richieste dal suo comma 2 per lo scioglimento della stessa ("Nel fallimento, la riserva è sciolta dal giudice delegato con decreto, su istanza del curatore o del concessionario, quando è inutilmente decorso il termine prescritto per la proposizione della controversia davanti al giudice competente, ovvero quando il giudizio è stato definito con decisione irrevocabile o risulta altrimenti estinto").

situazione giuridica controversa. Vi è unanimità di vedute sul fatto che competa al giudice delegato pronunciarsi (senza ricorrere all'ammissione riservata) quando il curatore eccepisca che il credito non è concorsuale⁵, che il titolo portato dall'Agente della riscossione (o dall'Amministrazione finanziaria che agisca *in nomine proprio*)⁶ non è idoneo a legittimare la

⁵ Secondo l'opinione largamente maggioritaria, il credito tributario è concorsuale quando il presupposto d'imposta si sia interamente verificato prima dell'apertura del fallimento: così B. INZITARI, *Effetti del fallimento per i creditori*, in F. BRICOLA, F. GALGANO, G. SANTINI (a cura di), *Commentario Scialoja Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1988, 59, per il quale la valutazione della concorsualità del credito tributario dev'essere compiuta dal giudice delegato applicando il criterio civilistico "generale e sovraordinato" dettato dall'art. 1173 c.c., disposizione che guarda all'elemento genetico sostanziale, ossia il presupposto d'imposta; v. anche G. D'ANGELO, *op. cit.*, 301; L. DEL FEDERICO, *op. ult. cit.*, 1370, con dettagliati riferimenti giurisprudenziali; G. ROCCO, *op. ult. cit.*, § 3.1. Tale tesi, come può agevolmente notarsi, si rifà alle teorie che attribuiscono agli atti dell'Amministrazione finanziaria un valore puramente ricognitivo della pretesa fiscale (la quale sorgerebbe, appunto, al completarsi della fattispecie impositiva, indipendentemente, dunque, da qualsiasi atto d'accertamento): cfr. G. D'ANGELO, *op. cit.*, 302, per cui "L'orientamento appare perciò essere complessivamente di stampo dichiarativista, in quanto ciò che rileva è la collocazione temporale del presupposto di imposta prima dell'apertura della procedura". Alle contrapposte teorie cd. costitutive guarderebbe invece, secondo certa dottrina, l'art. 87 citato, che esige, ai fini della presentazione della domanda di ammissione al passivo, la produzione da parte del creditore pubblico, dell'estratto di ruolo; la *ratio* di tale norma si ritiene riposi sull'opportunità che alle pretese del fisco sia data soddisfazione solo quando queste abbiano raggiunto un sufficiente grado di stabilità (così L. DEL FEDERICO, *op. ult. cit.*, pp. 650-651); di talché un debito d'imposta, benché sorto in epoca anteriore alla dichiarazione di fallimento, non potrebbe essere ammesso al passivo prima che siano adottati gli atti fondamentali della fase di riscossione (sarebbe questa la soluzione applicativa obbligata, appunto, se si seguissero le cennate teorie costitutive): cfr. A. CARINCI, *op. cit.*, 549: "Prevale insomma una concezione di tipo dichiarativistico, temperata dalla prescrizione, quale condizione per l'insinuazione, della notifica di un atto". Riconosce in fondo un convinto assertore delle tesi dichiarativiste (L. DEL FEDERICO, *I crediti tributari nella fase di accertamento del passivo*, cit., 637) "D'altro canto nel diritto tributario lo scontro fra dichiarativisti e costitutivisti si [sia] ormai attenuato, in favore di soluzioni estremamente pragmatiche, e spesso palesemente sincretistiche, che tendono ad aggirare le più radicali e tradizionali ricostruzioni dogmatiche"; si pone al di sopra della diatriba fra dichiarativisti e costitutivisti la posizione citata di B. INZITARI, *loc. ult. cit.*, per il quale l'atto di accertamento, quale che sia il valore costitutivo o ricognitivo che gli si voglia riconoscere, nella prospettiva del giudice delegato si pone unicamente come momento di completamento della fattispecie da cui scaturisce l'esigibilità del credito.

⁶ A dispetto della lettera dell'art. 87 d.P.R. 602/1973, che esige, per l'insinuazione al passivo di crediti erariali, la produzione dell'estratto di ruolo da parte dell'Agente della riscossione, la giurisprudenza consolidata ammette che la domanda ex art. 93 l.f. possa essere proposta anche dall'Agenzia delle entrate allegando titoli diversi della pretesa impositiva (provvedimenti di accertamento e liquidazione del tributo, e finanche la stessa dichiarazione del contribuente): Cass. Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4126, in *Fall.*, 2012, pp. 45 ss., con nota di L. DEL FEDERICO, *Le innovazioni delle Sezioni Unite in tema di ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari*; l'opinione in questione trae fondamento dalla considerazione che la legittimazione attribuita dall'art. 87 d.P.R. 602/1973 all'Agente della riscossione abbia carattere meramente processuale (si direbbe, dunque, un caso di legittimazione

proposizione della domanda d'insinuazione (ai sensi dell'art. 87 d.P.R. 602/1973)⁷ o a comprovare l'esistenza del credito, oppure, infine, che non spettano (del tutto o nella misura pretesa) i privilegi in favore del Fisco previsti dal codice civile⁸.

Più discussa è invece l'estensione della cognizione del giudice delegato sull'esistenza del credito vantato dal fisco. Rientra in tale problema la questione affrontata dalla sentenza in commento, che può riassumersi in questi termini: spetta al giudice delegato o a quello tributario conoscere della prescrizione del credito tributario eccepita dal curatore, quando questa sia maturata in un momento successivo all'emissione della cartella di pagamento? Accade spesso, infatti, che fra la notificazione, ad opera dell'Agente della riscossione, delle cartelle di pagamento e l'inizio dell'espropriazione forzata esattoriale ovvero, come nei casi che ci riguardano, la proposizione della domanda di ammissione al passivo, decorra per intero il termine di prescrizione previsto dalla legge per il tributo iscritto a ruolo⁹.

straordinaria di quelli cui rinvia l'art. 81 c.p.c.), e concorra pertanto con la legittimazione (ordinaria) dell'Amministrazione finanziaria; un argomento a favore di tale lettura, secondo la Suprema Corte, si troverebbe proprio nella lettera dell'art. 87, comma 2, per cui l'Agente della riscossione "chiede, sulla base del ruolo, *per conto dell'Agenzia delle entrate* [corsivo aggiunto], l'ammissione al passivo della procedura".

La dottrina è divisa in merito a siffatta posizione: critico L. DEL FEDERICO, *op. ult. cit., passim*, per cui in tal modo la giurisprudenza verrebbe illegittimamente a ridisegnare le attribuzioni dei poteri (di natura amministrativa) dei soggetti protagonisti del procedimento impositivo, determinando per giunta una sovrapposizione di attribuzioni inconciliabile con il principio di buon andamento della p.a. Condividono invece l'orientamento del giudice di legittimità A. CARINCI, *L'ammissione al passivo dei crediti tributari*, cit., 554; G. D'ANGELO, *L'insinuazione al passivo fallimentare*, cit., 303.

È inoltre diffusa in giurisprudenza l'idea che l'Agente della riscossione, quando la cartella di pagamento non sia stata già notificata al contribuente ancora *in bonis*, possa insinuarsi al passivo senza procedere alla stessa notificazione nei confronti del curatore. Se si ammette, come pure fa la giurisprudenza, che il curatore possa, ciononostante, ricorrere immediatamente contro il ruolo (per mezzo di una "impugnazioni facoltativa" ex art. 100 c.p.c., figura di conio pretorile vivacemente contestata in dottrina: v. G. GLENDI, *Note critiche intorno alla teorica giurisprudenziale degli atti facoltativamente impugnabili nel processo tributario*, in *Dir. e prat. trib.*, 2018, pp. 2528 ss.), si pone il problema di vedere quale sia il destino dell'ammissione riservata volta che sia inutilmente decorso, per l'Agente della riscossione, il termine di decadenza previsto dell'art. 25 d.P.R. 602/1973 per la notifica della cartella di pagamento: propone che il curatore debba chiedere lo scioglimento della riserva e l'esclusione *tout court* del credito fiscale (senza dover contestare la decadenza dal potere esattivo davanti al giudice tributario) G. ROCCO, *La prescrizione dei crediti tributari nell'ambito del fallimento: ancora incerta la giurisdizione*, in *Dir. e prat. trib.*, cit., 856; su questi temi v. G. GLENDI, *Eccezione di prescrizione*, cit., pp. 281 e 282.

⁷ Sul quale, v. la nota precedente.

⁸ Per un'ampia trattazione della materia, v. B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *op. cit.*, pp. 142 ss.

⁹ Nel caso deciso dalla pronuncia in esame, era stato insinuato al passivo un credito per imposta di registro, il cui regime di decadenza e prescrizione è stabilito

In alcune recenti pronunce (di cui una, del 2017, resa a Sezioni Unite)¹⁰, disattese dall'arresto in commento, la Corte di Cassazione si è mostrata oltremodo deferente nei confronti del giudice speciale, stabilendo che il giudice delegato, a fronte dell'eccezione di prescrizione del credito tributario sollevata dal curatore, non possa in nessun caso accoglierla o rigettarla, dovendo invece sempre ammettere con riserva il credito fiscale, secondo quanto disposto dall'art. 88 menzionato.

Le pronunce in parola prendono spunto da un paio di precedenti (non riguardanti la materia fallimentare) nei quali, muovendo dalla generica osservazione per cui soltanto il giudice tributario è competente a decidere intorno all'*an* e al *quantum* dell'obbligazione del contribuente, si è stabilito che anche la prescrizione, in quanto fatto estintivo dell'obbligazione stessa, esula dalla sfera di cognizione del giudice ordinario¹¹.

Se si scende un poco a più a fondo nell'analisi di questi due precedenti, tuttavia, ci si accorge presto di come la riferita affermazione non riflettesse appieno la *ratio decidendi* invocata per la risoluzione del caso di specie¹². In entrambe le controversie, il contribuente aveva "impugnato", davanti al giudice ordinario, alcuni atti, variamente denominati, adottati dall'Agente della riscossione (dei "solleciti di pagamento" relativi al cd. bollo auto e, nel

dagli artt. 76 ss. d.P.R. 131/1986 (sui quali v. A. MAGLIARO, sub artt. 76–78, in G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU e F. MOSCHETTI, *Commentario breve alle leggi tributarie*, IV, Padova, 2011, pp. 992 ss.). In particolare, l'art. 76 fissa i termini di decadenza (variabili da due a cinque anni) per l'emanazione dei vari atti di prelievo del tributo; l'art. 78 stabilisce un termine di prescrizione decennale "per l'imposta definitivamente accertata". Il *decisum* delle Sezioni Unite, nella parte in cui si pronuncia sul secondo motivo di ricorso, qualifica il termine quinquennale di cui all'art. 76 citato come generale termine di prescrizione, riconducendo quello decennale di cui al successivo art. 78 al cd. effetto di *actio iudicati*, conseguente al passaggio in giudicato della sentenza della Commissione tributaria.

Sulla prescrizione nel diritto tributario, e in particolare sui termini relativi a singoli tributi e sui non sempre facilmente individuabili confini, in *subiecta materia*, con il contiguo istituto della decadenza, v. VITUCCI, F. ROSELLI, *La prescrizione*, I, in *Commentario Busnelli*, Milano, 2012, pp. 198 ss.; più ampiamente, CAPELLO, *La prescrizione civile, penale e tributaria*, Milano, 2007, pp. 945 ss.; G. FALCONE, voce *Prescrizione*: III) *Dir. trib.*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Roma, 2002; C. GLENDI, *Prescrizione e decadenza* (*Dir. trib.*), in *Noviss. dig.*, app. V., 1984, Torino, pp. 1160 ss.; G. LANDI, *Prescrizione* (*dir. trib.*), in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, pp. 77 ss.

¹⁰ Cass. Sez. Un., 13 giugno 2017, n. 14648, in *Dir. e prat. trib.*, 2019, pp. 847 ss., con nota di G. ROCCO, *op. ult. cit.*; Cass. civ. 11 giugno 2019, n. 15717; Cass. civ. 21 ottobre 2015, n. 21483; Cass. civ. 2 ottobre 2019, n. 24588. Divisa, invece, la giurisprudenza di merito: v. B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *op. cit.*, pp. 55 e 56, note 35 (orientamento conforme) e 37 (orientamento difforme), cui *adde* G. ROCCO, *Il debito fiscale nelle procedure concorsuali*, cit., § 3.2.2.

¹¹ Cass. Sez. Un., 19 novembre 2007, n. 23832; Cass. 3 maggio 2016, n. 8770.

¹² Come già evidenziato da G. ROCCO, *La prescrizione dei crediti tributari nell'ambito del fallimento*, cit., 851 ss.; sull'uso promiscuo, nella prassi, del termine "prescrizione" per riferirsi indistintamente alla decadenza e alla prescrizione vera e propria, v. i concisi ed efficaci rilievi di F. MICCIO, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, cit., pp. 11–12.

caso più recente, delle cartelle di pagamento per contributi consortili). Nell'una e nell'altra ipotesi, a fondamento della propria domanda, l'attore aveva rilevato come tali atti gli fossero stati notificati oltre il termine ultimo all'uopo previsto dalla legge, termine equivocamente qualificato (tanto dal ricorrente quanto dal decisore) come prescrizione. In tali pronunce, a ben vedere, non era tuttavia in questione il profilo dell'estinzione, per sopravvenuta prescrizione, di un'obbligazione tributaria definitivamente accertata e consacrata in un titolo esecutivo (ossia il ruolo) divenuto inoppugnabile; era in gioco, al contrario, l'esaurimento della potestà esattiva dell'Agente della riscossione per decorso dei termini di decadenza previsti dalla legge per l'emanazione dei provvedimenti di sua spettanza; decadenza, appunto, che comporta l'invalidità di tali provvedimenti, da denunciare ricorrendo al giudice tributario. Come riconosciuto in tali decisioni, nell'una e nell'altra ipotesi, dunque, erano state portate dinanzi al giudice ordinario controversie chiaramente spettanti alla giurisdizione tributaria, i cui confini sono tracciati, com'è noto, dal combinato disposto degli artt. 2, comma 1, e 19 del d.lgs. 546/1992, a mente dei quali, per quanto qui interessa, le commissioni tributarie conoscono di tutte le controversie inerenti a tributi di ogni genere e specie introdotte per mezzo dell'impugnazione degli atti tassativamente elencati dal citato art. 19; fra detti atti dovevano farsi rientrare tanto, ovviamente, la cartella di pagamento, quanto il "sollecito di pagamento", senza remore parificato dalla Suprema Corte al cd. avviso di mora *ex* art. 50, comma 2, d.P.R. 602/1973.

Ben diversa era la situazione nelle verificazioni del passivo giunte all'attenzione della Suprema Corte: in nessun caso il curatore aveva contestato all'esattore la tardività della notifica delle cartelle; era stata proprio la domanda di ammissione al passivo (la quale non può ovviamente qualificarsi come provvedimento impositivo od esattivo) ad essere intervenuta successivamente all'estinzione, per prescrizione, dell'obbligazione tributaria. Ciò aveva in ciascun caso spinto il giudice delegato a rigettare la domanda d'ammissione e il tribunale a confermare la statuizione del giudice delegato, sul corretto rilievo per cui, nel caso di specie, non fosse in questione l'invalido esercizio del potere impositivo od esattivo.

Nondimeno, come anticipato, la Corte di Cassazione ha ripetutamente accolto i ricorsi *ex* art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c. presentati dagli Agenti della riscossione contro l'esclusione dallo stato passivo, richiamando superficialmente i due precedenti sopra esposti, e rinviando ai tribunali

fallimentari affinché ammettessero al passivo con riserva i crediti del fisco, benché prescritti¹³.

L'errore contenuto in queste ultime decisioni è dunque evidente: non vi era alcuna via di accesso al giudice tributario, non essendovi un atto dell'Amministrazione finanziaria o dell'Agente della riscossione che il curatore potesse impugnare.

Muovendo da tali osservazioni, la Cassazione, con la pronuncia in commento, ha dunque smentito detti precedenti, sollecitata da un'ordinanza di rimessione della Sezione I che, come tosto si vedrà, nell'indicare la soluzione poi fatta propria dalle Sezioni Unite, ha seguito un percorso argomentativo un poco diverso da quello sviluppato da queste ultime¹⁴.

2. – È opportuno ripercorrere brevemente gli snodi motivazionali dell'ordinanza di rimessione, che, si annuncia fin da subito, in più di un punto danno adito a qualche perplessità.

Ricostruito succintamente il prevalente orientamento di legittimità sul tema (del quale si è detto nel precedente paragrafo), l'ordinanza interlocutoria, per giustificare la necessità di interpellare nuovamente le Sezioni Unite (nonostante queste si fossero già espresse sul punto poco più di due anni addietro), richiama a più riprese la sentenza della Corte Costituzionale del 31 maggio 2018, n. 114¹⁵, che, come noto, ha giudicato l'art. 57 d.P.R. 602/1973 contrario agli artt. 24 e 113 Cost. nella parte in cui

¹³ Lo svolgimento del caso deciso da Sez. Un. 14648/2017 è in realtà poco chiaro: nelle motivazioni del citato arresto si fa riferimento alla circostanza che il giudice di prime cure avesse ritenuto "non provata" la notificazione della cartella di pagamento; se ne potrebbe evincere che il curatore avesse inteso mettere in dubbio il perfezionamento di detta notificazione. Se così fosse, la decisione delle Sezioni Unite potrebbe ritenersi sostanzialmente corretta, dovendosi interpretare quella del curatore come un'eccezione di decadenza; senonché il principio di diritto in essa formulato, riferendosi equivocamente alla prescrizione anziché alla decadenza, risulterebbe in ogni caso erroneo, oltre che non pertinente.

¹⁴ Cass. 24 luglio 2019, n. 20050.

¹⁵ In *Corriere giur.*, 2018, pp. 1418 ss., con nota di C. GLENDI, *La Consulta schiude le porte alle opposizioni nell'esecuzione forzata tributaria*; in *Corriere trib.*, 2018, pp. 2429 ss., con nota di N. RAGGI, *La Consulta 'rottama' i limiti alle opposizioni contro l'Esattore*; in *Dir. prat. trib.*, 2018, II, pp. 2675 ss., con nota di S. DALLA BONTÀ, *La Corte costituzionale rivede i limiti all'opposizione all'esecuzione nella riscossione tributaria. La felice risposta ad un lungo 'assedio'*. In argomento, v. anche A. BONAFINE, *Il riparto di giurisdizione nel sistema delle opposizioni all'esecuzione tributaria ai sensi dell'art. 57, d.p.r. n. 602 del 1973*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, pp. 97 ss.; F. RANDAZZO, *Con l'opposizione all'esecuzione il giudice ordinario potrà arrestare l'espropriazione esattoriale priva di titolo*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2018, pp. 658 ss.; A. CARINCI, *La Consulta rimuove il divieto all'opposizione all'esecuzione: cade una (altra) specialità dell'esecuzione esattoriale*, in *il fisco*, 2018, pp. 2642 ss.; G. MELIS e F. RASI, *Giurisdizione e processo esecutivo in materia tributaria: finalmente tutto risolto?*, in *Esec. forzata*, 2018, pp. 679 ss.; A. GUIDARA, *Il discutibile ampliamento dell'opposizione all'esecuzione in materia tributaria conseguente all'intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 2661 ss.

preclude al contribuente la possibilità di esperire le opposizioni all'esecuzione esattoriale (diverse da quella per impignorabilità dei beni e da quelle contro gli atti esecutivi) “nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento o all'avviso di cui all'art. 50 del d.P.R. 602/1973”.

A parere della sezione rimettente, tale pronuncia di incostituzionalità avrebbe innovato il quadro normativo applicabile al caso di specie, eliminando quello che, nella motivazione, prende il nome di “effetto preclusivo” dell'art. 57 citato, in virtù del quale “la tutela delle posizioni del soggetto passivo [...] che nell'ampia previsione dell'art. 615 c.p.c., attengono al ‘diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata’ *doveva ritenersi attribuita alla cognizione delle commissioni tributarie, pur se, in base al generale criterio di riparto cui all'art. 2 d.lgs. 546/1992, rientranti nell'ambito di giurisdizione del giudice ordinario*” (corsivi aggiunti). Detto altrimenti, stando all'opinione del giudice rimettente, l'art. 57, vietando al contribuente esecutato di reagire all'esecuzione esattoriale promuovendo l'opposizione ex art. 615 c.p.c., avrebbe sottratto al giudice ordinario la cognizione del diritto dell'esattore di procedere ad esecuzione forzata (che di quell'opposizione costituisce l'oggetto), per devolverla al giudice tributario.

Un simile ragionamento era proprio di quell'indirizzo giurisprudenziale – condiviso da una parte della dottrina – che, propugnando la necessità di un'interpretazione conforme alla Costituzione dell'art. 57 menzionato, ammetteva l'esperimento di una sorta di opposizione all'esecuzione (o, se del caso, agli atti esecutivi) davanti alle Commissioni tributarie, da introdursi per mezzo dell'impugnazione dell'atto di pignoramento (in particolare, tutte le volte in cui questo non fosse stato preceduto dalla notifica della cartella di pagamento)¹⁶, benché testualmente

¹⁶ A favore dell'impugnabilità davanti alle Commissioni tributarie dell'atto del cd. pignoramento a sorpresa, v. da ultimo, Cass., Sez. Un., 5 giugno 2017, n. 13913, su cui, in termini assai polemici, C. GLENDI, *Le Sezioni Unite della Cassazione “stravolgono” i confini della giurisdizione tributaria e la giurisdizione ordinaria sul versante dell'esecuzione forzata*, in *GT– Riv. giur. trib.*, 2017, pp. 762. In termini critici, anche E. CARNIMEO, *È devoluta al giudice tributario la cognizione dell'opposizione avverso un atto di pignoramento non preceduto dalla notifica della presupposta cartella di pagamento*, in *Boll. trib.*, 2017, pp. 1443 ss.; F. RUSSO, *Atto di pignoramento e giurisdizione tributaria*, in *Dir. e prat. trib.*, 2018, II, pp. 368 ss.; D. CANÈ, *Pignoramento “a sorpresa” e giurisdizione tributaria*, in *Giur. it.*, 2018, pp. 1112 ss. Condividono, pur con diversità di accenti, la soluzione: M. BASILAVECCHIA, *Anche il pignoramento può essere impugnabile*, in *Corriere trib.*, 2017, pp. 2388 ss.; G. TABET, *In tema di pignoramento “a sorpresa”*, in *Rass. trib.*, 2017, pp. 1120 ss.; E. BELLÌ CONTARINI, *Opposizione all'esecuzione esattoriale illegittima per eventi sopravvenuti*, in *Corriere trib.*, 2015, pp. 454 ss. Nello stesso senso, in giurisprudenza, v. Cass. 2 agosto 2013, n. 18505; Cass. 17 aprile 2012, n. 5994; Cass. 4 ottobre 2011, n. 20294; Cass. 5 luglio 2011, n. 14667. In argomento, v. *funditus*, D. LONGO, *sub art. 57 d.P.R. 602/1973*, in C. CONSOLO e C. GLENDI (diretto da), *Commentario breve delle leggi del processo tributario*, Padova, 2017, § IV.

non figurante nell'elenco degli atti impugnabili di cui all'art. 19 d.lgs. 546/1992¹⁷.

A mente della sezione rimettente, in linea con tale orientamento si sarebbero potute collocare anche le decisioni, che si sono sopra riferite, concernenti la prescrizione eccepita dal curatore fallimentare; è quanto si ricava dal passaggio della motivazione in cui si fa discendere dall'art. 57 e dalla cennata sua interpretazione costituzionalmente orientata “la conseguenza, implicitamente posta a fondamento della citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 14648/2017 che anche in caso di prescrizione maturata successivamente alla notifica della cartella di pagamento *sussistesse la giurisdizione delle commissioni tributarie* e dunque il giudice delegato fosse tenuto ad ammettere il credito in oggetto con riserva (anche in assenza di una richiesta di parte in tal senso)” (corsivo aggiunto).

In questo modo, l'ordinanza di rimessione parrebbe addirittura giustificare la soluzione raggiunta in tali pronunce (domandandone, d'altra parte, il superamento), rinvenendo sullo sfondo delle rispettive motivazioni non tanto una certa confusione (di cui si è detto in precedenza) fra decadenza e prescrizione (indotta dall'uso promiscuo che del termine “prescrizione” la prassi spesso fa per indicare l'uno e l'altro istituto), bensì un'idea ben chiara e precisa circa i confini fra la giurisdizione tributaria e quella ordinaria.

L'ordinanza di rimessione parrebbe ricostruire in questi termini l'argomentazione sviluppata da detti precedenti: in forza della preclusione contenuta nell'art. 57 citato, il giudice delegato non potrebbe conoscere di profili che, fuori dal fallimento, ricadrebbero normalmente nella cognizione del giudice investito dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* (oggetto, appunto, di un divieto, laddove l'attività esecutiva concerna un credito dell'Eraio); da ciò discenderebbe che, onde impedire che si crei un “inammissibile vuoto di tutela” per il contribuente, di detti profili debba necessariamente occuparsi il giudice tributario¹⁸.

¹⁷ Sull'erosione del principio di tipicità degli atti impugnabili, v. da ultimo C. GLENDI, *sub art. 19*, in C. CONSOLO e C. GLENDI, *op. cit.*, § XVI, causticamente imputata ad una “ingravescente deriva giurisprudenziale verso il libero accesso alla giurisdizione tributaria”.

¹⁸ Quanto ai *themata* di indagine propri dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, il passaggio delle motivazioni immediatamente precedente a quello sopra riportato indicazioni non poco equivoche: “Da ciò [dalla preclusione contenuta nell'art. 57, *n.d.r.*] la conseguenza che le controversie che nell'ordinaria applicazione dell'art. 615 c.p.c., sono normalmente riferite ai *vizi propri del titolo esecutivo*, in materia tributaria potessero ritenersi attribuite alla cognizione del giudice tributario, *nonostante si riferissero a fatti sopravvenuti e successivi alla notifica della cartella di pagamento*, determinandosi in caso contrario un inammissibile vuoto di tutela”. Occorre distinguere: una cosa sono i “vizi propri del titolo esecutivo”, che ovviamente competono alla giurisdizione tributaria, dal momento che il titolo esecutivo è qui

Stando al ragionamento della sezione rimettente (se bene inteso), la pronuncia della Consulta avrebbe pertanto modificato i confini fra le giurisdizioni con riguardo all'attività esecutiva intrapresa dall'esattore: venuto meno il limite contenuto nell'art. 57, si sarebbe potuta finalmente riaffermare la giurisdizione del giudice ordinario (e così, *in parte qua*, quella del giudice delegato).

Certamente, come è stato messo in luce in sede di commento¹⁹, la sentenza n. 114/2018 ha permesso di fare a meno – onde garantire piena tutela per il contribuente – di quella lettura adeguatrice dell'art. 57 d.P.R. 602/1973 di cui si è detto.

Se sotto tale ultimo profilo la pronuncia della Consulta è stata senza dubbio innovativa, non pare, tuttavia, che, avendo travolto l'art. 57, essa abbia restituito alla cognizione del giudice ordinario ciò che la norma stessa sembrava invece attribuire a quella del giudice tributario. È opportuno osservare come quell'interpretazione costituzionalmente orientata, facendo sostanzialmente dell'art. 57 un criterio attributivo della giurisdizione tributaria in aggiunta all'art. 2 d.lgs. 546/1992, desse vita ad un'insanabile antinomia fra le due disposizioni; il menzionato art. 2, in chiusura del suo comma 1, prevede infatti che “restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'articolo 50 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602”²⁰. Tale norma, insomma, non consentiva di

rappresentato dal ruolo (fungendo la cartella di pagamento, a sua volta, da precetto); altra cosa sono i “fatti sopravvenuti”, che incidono non già sul titolo, bensì sull'obbligazione tributaria (irrimediabilmente sorta e consolidatasi stante l'inoppugnabilità degli atti impositivi ed esattivi), estinguendola.

¹⁹ S. DALLA BONTÀ, *La Corte Costituzionale*, cit., pp. 2713 e 2714

²⁰ Erano ritenute più in linea con il tenore di quest'ultima norma, piuttosto, quelle proposte esegetiche che, seppur a costo di forzare la lettera dell'art. 57, consentivano al contribuente di spiegare l'opposizione ex art. 615 c.p.c. dinanzi al giudice ordinario. Tali interpretazioni si fondavano sul rilievo per cui, laddove si contesti il titolo per procedere all'esecuzione esattoriale non con riguardo alla sua esistenza originaria, bensì alla sua persistenza, ci si trovi al di fuori di una controversia tributaria strettamente intesa, non essendo infatti in alcun modo in questione il potere esattivo dell'Agente della riscossione; versandosi, pertanto, in una situazione esorbitante rispetto all'ambito tracciato dall'art. 2 d.lgs. 546/1992, si concludeva che il divieto di cui all'art. 57 non potesse trovare applicazione, avendo tale norma unicamente la finalità di precludere il ricorso alle opposizioni esecutive al fine di aggirare i termini di decadenza previsti dall'art. 21 d.lgs. 546/1992 per l'impugnazione degli atti di prelievo dell'imposta. In altri termini, secondo questa interpretazione l'art. 57 avrebbe vietato di portare davanti al giudice ordinario soltanto quelle controversie dagli artt. 2 e 19 d.lgs. 564/1992 già attribuite in via esclusiva alla giurisdizione speciale, come sarebbe dato evincere, in particolare, dal fatto che il divieto di opposizione agli atti esecutivi fosse confinato ai soli casi di contestazione della regolarità formale e della notificazione del titolo esecutivo (le quali necessitano di essere convogliate nel ricorso ex art. 19, lett. d), d.lgs. 546/1992).

seguire l'orientamento di cui si è detto e ravvisare, nei casi che ci occupano, la giurisdizione del giudice speciale. Come si ripeterà più approfonditamente, proprio da tale constatazione hanno mosso, da un lato, la Corte Costituzionale per dichiarare l'illegittimità dell'art. 57, dall'altro lato, le Sezioni Unite per invertire il proprio orientamento circa la cognizione sulla prescrizione del credito erariale insinuato al passivo.

3. – Occorre tuttavia spezzare una lancia a favore dell'ordinanza remittente: insistere sul carattere innovativo della pronuncia della Consulta potrebbe aver rappresentato uno stratagemma argomentativo per convincere le Sezioni Unite a rovesciare completamente un chiaro, ed oltretutto recente, precedente, la cui massima ufficiale, è appena il caso di osservare, è pressoché la formulazione al negativo del principio di diritto contenuto nella pronuncia odierna.

Si legge infatti che “ove in sede di ammissione al passivo sia eccepita dal curatore la prescrizione dei crediti tributari successivamente alla notifica della cartella di pagamento, la giurisdizione sulla controversia spetta al giudice tributario, da ciò conseguendo in sede fallimentare l'ammissione con riserva del credito in oggetto”²¹.

Ad ogni modo, l'invito rivolto alle Sezioni Unite non è caduto nel vuoto. In questo *revirement*, se non ci s'inganna, non pare tuttavia aver giocato alcun ruolo decisivo la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 57, benché anche nel testo della sentenza in esame non manchino citazioni della pronuncia della Consulta. Non sono state tanto le conclusioni raggiunte da quest'ultima ad aver guidato la decisione in commento (a differenza, come s'è visto, dell'ordinanza di rimessione).

Al contrario, sono parse decisive le premesse accolte dalla Corte Costituzionale circa il riparto fra la giurisdizione ordinaria e quella tributaria. Il seguente passo della decisione della Consulta, in particolare, sembra aver occupato una posizione significativa nelle motivazioni delle Sezioni Unite: “la linea di demarcazione della giurisdizione (è) posta dalla cartella di pagamento e dall'eventuale successivo avviso recante l'intimazione ad adempiere: fino a questo limite la cognizione degli atti dell'amministrazione, espressione del potere di imposizione fiscale, è

Cfr., D. LONGO, *sub* art. 57 d.P.R. 602/1973, cit., 1166; in tal senso opinava già RUSSO, *Il nuovo processo tributario. Parte generale*, Milano, 1974, 338, per il quale le controversie in questione non potevano farsi rientrare fra le liti tributarie, in quanto “non toccano l'esistenza, l'ammontare o il diritto di realizzazione dell'obbligazione confluyente nel rapporto d'imposta, quale si rinviene affermata e consacrata nel ruolo posto in essere dall'Amministrazione finanziaria e costituente il titolo di legittimazione all'esperimento dell'esecuzione forzata esattoriale”.

²¹ Cass. Sez. Un., 13 giugno 2017, n. 14648, citata *supra*, nt. 10.

devoluta alla giurisdizione del giudice tributario; a valle, la giurisdizione spetta al giudice ordinario e segnatamente al giudice dell'esecuzione".

Lungi dal fare propria l'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 57, propugnata da larga parte della giurisprudenza, tesa ad aggirare il limite ivi contenuto aprendo sì alle contestazioni del contribuente contro l'esecuzione esattoriale, ma davanti al giudice tributario²², la Consulta, con una pronuncia di accoglimento (e non, si badi, con un'interpretativa di rigetto) ha direttamente inciso sull'art. 57, denunciandone l'insanabile contrasto con la Costituzione nella parte in cui vieta proprio al giudice ordinario di conoscere delle doglianze del contribuente. Una pronuncia interpretativa di rigetto, in effetti, si sarebbe ben prestata a ridimensionare, salvandolo, il divieto imposto al giudice ordinario riconoscendo, al contempo, la giurisdizione delle commissioni tributarie, sulla scorta di una lettura espansiva dei criteri dettati dagli artt. 2 e 19 del d.lgs. 546/1992.

Non è stata questa, tuttavia, la strada prescelta dalla Consulta che, nel dichiarare apertamente l'illegittimità di tale divieto, ha implicitamente smentito quel tentativo di dilatare il campo della giustizia tributaria. Detto altrimenti, la Corte Costituzionale, rimuovendo il limite di cui all'art. 57, non ha in alcun modo spostato i confini fra giurisdizione ordinaria e speciale, riportando in tale maniera il diritto dell'esattore di procedere ad esecuzione forzata sotto lo scrutinio del giudice civile, come invece sembrerebbe dare ad intendere l'ordinanza di remissione. Anzi: è proprio dalla carenza, per il contribuente, di qualsiasi via di ricorso davanti al giudice speciale che discenderebbe l'incostituzionalità dell'art. 57.

In assonanza con la pronuncia della Corte Costituzionale, il provvedimento che si annota, dal canto suo, è centrato sulla seguente affermazione: "la notifica della cartella di pagamento non impugnata (o vanamente impugnata) dal contribuente nel giudizio tributario determina il consolidamento della pretesa fiscale²³ e l'apertura di una fase che, per chiara disposizione normativa, sfugge alla giurisdizione del giudice tributario, non

²² V. le pronunce e i commenti citati alla nota 16.

²³ Il che, a rigore, non è del tutto esatto: l'iscrizione a ruolo (che della notifica della cartella è atto presupposto) può infatti avvenire anche quando la pretesa impositiva non sia divenuta incontrovertibile, come nelle ipotesi di iscrizione a ruolo a titolo provvisorio del tributo risultante da un avviso di accertamento non ancora definitivo. Ai nostri fini, tuttavia, le conclusioni fatte proprie dalle Sezioni Unite non mutano segno: essendo infatti ancora aperta la via del ricorso dinanzi al giudice tributario (ovvero già pendente il relativo giudizio), il giudice delegato dovrà accogliere la domanda del fisco con apposizione della riserva. Quando poi sia già intervenuta una decisione di merito della Commissione tributaria provinciale, sarebbe discussione sterile domandarsi se la riserva sia quella prevista dall'art. 88 d.P.R. 602/1973, ovvero quella di cui all'art. 96, comma 2, n. 3, l.f.: gli effetti dell'ammissione con riserva sono infatti i medesimi nell'una e nell'altra ipotesi (diritto agli accantonamenti; voto nel concordato fallimentare).

essendo più in discussione l'esistenza dell'obbligazione tributaria né il potere impositivo sussumibile nello schema potestà-soggezione che è proprio del rapporto tributario".

Il riferimento all'indiscutibilità dell'esistenza dell'obbligazione tributaria potrebbe trarre in inganno: è proprio intorno a tale profilo che il creditore e il curatore si trovano infatti a contendere e il giudice delegato a decidere; ciò che non spetterà a quest'ultimo, semmai, sarà di indagare se l'obbligazione tributaria sia mai sorta, essendo a tal fine necessaria l'impugnazione degli atti impositivi ad opera del curatore (non più possibile nel caso che ci occupa) e, conseguentemente, l'ammissione con riserva. Proseguendo nella lettura delle motivazioni in esame, si trova poi la tralatizia affermazione per cui "Il processo tributario è annoverabile tra i processi di 'impugnazione-merito', in quanto, pur essendo diretto alla pronuncia di una decisione sul merito della pretesa tributaria, postula pur sempre l'esistenza di un atto da impugnare in un termine perentorio e da eliminare dal mondo giuridico", atto che, nel caso di specie, non potrebbe ravvisarsi, secondo le Sezioni Unite, nemmeno nell'estratto di ruolo richiesto dall'art. 87 d.P.R. 602/1973 per domandare l'ammissione al passivo, la cui impugnazione, ricorda la Suprema Corte, è stata sì ammessa dalla giurisprudenza di legittimità, ma soltanto per l'eccezionale ipotesi in cui il contribuente non abbia avuto conoscenza della cartella di pagamento a cagione dell'invalidità o dell'inesistenza della notificazione di essa.²⁴

Dalle notazioni precedenti, risulta dunque chiaro che sullo sfondo di questo recente *revirement* si staglia la riaffermazione di concezioni della giurisdizione tributaria più in linea rispetto alle prevalenti costruzioni dogmatiche nel tempo fornite dalla dottrina sul processo tributario. Se questo è infatti un processo strutturalmente impugnatorio, incentrato sul sindacato dell'atto con cui l'Erario esterna la propria potestà impositiva, a fronte del quale il contribuente può unicamente vantare una posizione di interesse legittimo, è giocoforza concludere che la specialità della giurisdizione tributaria non si giustifichi più laddove l'esercizio del potere impositivo od esattivo non venga più in questione, e sia piuttosto in gioco una posizione di diritto soggettivo del contribuente; il che accade, normalmente, proprio a valle della notifica della cartella di pagamento²⁵.

²⁴ Secondo quanto stabilito da Cass. Sez. Un., 2 ottobre 2015, n. 19704, in *Corriere trib.*, 2015, pp. 4383 ss., con nota di M. BRUZZONE, *Le SSUU ammettono l'impugnazione di cartella e/o ruolo sulla base dell' "estratto di ruolo"*; più recentemente, Cass. 9 settembre 2019, n. 22507.

²⁵ C. GLENDI, voce *Processo: XII) Processo tributario*, in *Enc. giur.*, vol. XXV, Roma, 2004, spec. §2.2. e §3.1; Id., *Le Sezioni Unite "stravolgono" i confini della giurisdizione tributaria*, 766, nonché nota 7. V. peraltro la precisazione alla precedente nota 23.

4. – In conclusione, con la sentenza in commento, le Sezioni Unite hanno condivisibilmente smentito quella generica affermazione (contenuta in più di un precedente) per cui dell'*an* e del *quantum* dell'obbligazione tributaria conosce esclusivamente il giudice speciale. Infatti, finché sull'esistenza e il modo d'essere del credito il Fisco possa ancora incidere tramite l'esercizio dei suoi poteri, ogni contestazione sul credito non potrà che risolversi in una richiesta di sindacato su tale esercizio, il che compete unicamente al giudice tributario. A valle dell'esaurimento del potere impositivo ed esattivo, invece, la situazione giuridica patrimoniale spettante al Fisco attraverserà vicende del tutto indipendenti dalla potestà impositiva; di tali vicende potrà allora conoscere il giudice delegato²⁶, assieme agli altri profili che si sono richiamati in apertura del commento (concorsualità del credito, idoneità del titolo per l'insinuazione al passivo, spettanza ed estensione di privilegi)²⁷.

Di queste vicende estintive, il principio di diritto formulato nella sentenza in commento, tagliato com'è sul caso di specie, menziona solo la

²⁶ Occorre precisare che, se si accetta la tesi, oggi maggioritaria, per cui il cd. diritto al concorso costituisce l'oggetto delle pronunce del giudice delegato (si tratta, com'è noto, della teoria elaborata da E. F. RICCI, *Formazione del passivo e decisione sul credito*, Milano, 1979, *passim*), costui, sulle menzionate vicende estintive del credito (situazione giuridica pregiudiziale rispetto al diritto al concorso) non svolgerà che una mera *cognitio* incidentale; con la conseguenza che un'ipotetica iniziativa del Fisco volta a riscuotere il tributo dal contribuente tornato *in bonis* non potrà in linea di massima essere utilmente ostacolata da quest'ultimo per mezzo di un'opposizione all'esecuzione per motivi di merito nella quale sia invocata la statuizione di rigetto del giudice delegato, la quale, come precisa l'art. 96, ult. co., l.f. non produce effetti al di fuori della procedura fallimentare in cui è resa (analogamente, dispone oggi l'art. 204, co. 5, c.c.i.i.: "Il 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"). In argomento, v. B. QUATRARO, F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Profili procedurali*, Milano, 2014, pp. 18 ss., con ampi riferimenti dottrinali. La tesi in parola, nondimeno, non è unanimemente condivisa dagli studiosi: per C. CAVALLINI, *Formazione ed impugnazione dello stato passivo: poteri processuali del creditore*, in *Fall.*, 2009, pp. 693 ss., oggetto del procedimento di verifica del passivo sarebbe il diritto di credito *tout court*; sposa invece una tesi intermedia M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., pp. 391 ss., per il quale l'accertamento del passivo non avrebbe come oggetto né solo il diritto di credito, né il diritto al concorso, bensì il diritto di credito in una dimensione più ampia, ossia il "diritto di credito assistito dal requisito della concorsualità".

²⁷ Con riguardo, nello specifico, alla cognizione della prescrizione del credito tributario, la dottrina è sempre stata compatta nel ritenere che spetti al giudice delegato: G. ROCCO, *La prescrizione dei crediti tributari nell'ambito del fallimento*, cit., pp. 850 ss.; ID., *Il debito fiscale nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 850 ss.; L. DEL FEDERICO, *I crediti tributari*, cit., 645; B. QUATRARO-F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali*, cit., pp. 55-57; A. GUIOTTO, *L'insinuazione al passivo*, cit., alla nota 8; F. MICCIO, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, cit., pp. 11-12; G. D'ANGELO, *L'insinuazione al passivo fallimentare del credito tributario*, cit., 300.

prescrizione. Ve ne sono delle altre, delle quali si fa parola nelle motivazioni, citandosi nuovamente il *dictum* della Corte Costituzionale: si tratta “dell’intervenuto adempimento del debito tributario”, nonché “di una sopravvenuta causa di estinzione dello stesso per essersi il contribuente avvalso di misure di favore per l’eliminazione del contenzioso tributario, quale, ad esempio, la cosiddetta ‘rottamazione’”²⁸.

Normalmente, come affermano le Sezioni Unite, tali evenienze si collocano a valle della cartella di pagamento. L’inoppugnabilità di tale atto, nondimeno, non sempre segna il confine ultimo della giurisdizione speciale. A parte la considerazione per cui l’iscrizione a ruolo può avvenire anche a titolo provvisorio²⁹, cioè in pendenza del termine per impugnare il provvedimento di accertamento, è noto infatti come nella disciplina delle imposte dirette, dell’IVA e dell’IRAP, l’avviso di accertamento, che il legislatore ha trasformato in atto tendenzialmente già esecutivo, potrà in molti casi essere l’unico atto tramite il quale l’Amministrazione esterne autoritativamente la sua pretesa³⁰. È ben ovvio – ma altrettanto opportuno esplicitarlo – come in tali ipotesi il giudice delegato, *mutatis mutandis*, potrà conoscere della prescrizione e degli altri fatti estintivi venuti in essere in seguito alla notifica non della cartella di pagamento (che mancherà), bensì dell’avviso d’accertamento esecutivo.

Abstract

THE COMBINED DIVISIONS OF THE COURT OF CASSATION SHED LIGHT ON THE BOUNDARIES BETWEEN TAX AND BANKRUPTCY COURTS’ JURISDICTION OVER TAX CLAIMS

L’Autore commenta adesivamente la sentenza delle Sezioni Unite n. 34447 del 24 dicembre 2019 e la relativa ordinanza di rimessione, con le quali la Corte di Cassazione, in linea con la posizione adottata dalla Corte Costituzionale sul riparto

²⁸ A quella dell’estinzione del credito tributario potrebbe poi aggiungersi l’ipotesi limite –specie in ambito concorsuale– dell’omonimia fra debitore cui si riferisce il ruolo e debitore fallito. In tal senso, già G. TARZIA, *I rimedi contro l’esecuzione esattoriale e la Costituzione*, cit., 618.

²⁹ V. *supra* nota 29. Non di rado, proprio quando il contribuente venga dichiarato fallito, la somma accertata viene iscritta provvisoriamente nel ruolo straordinario (ossia, per l’intero, anziché soltanto per un terzo), costituendo la dichiarazione di fallimento, secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente, un’ipotesi di “fondato pericolo per la riscossione” ai sensi dell’art. 15 d.P.R. 602/1973: v., in termini scettici sul punto, L. DEL FEDERICO, *I crediti tributari nell’accertamento del passivo fallimentare*, cit., 653.

³⁰ Sui riflessi in materia concorsuale dell’innovazione indotta dall’art. 29 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122, v. in part. F. PAPARELLA, *Gli effetti della soppressione del ruolo e del nuovo accertamento esecutivo ai fini dell’ammissione al passivo fallimentare dei crediti fiscali*, in L. GHIA, C. PICCININNI e F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. VI, Torino, 2012, pp. 643 ss.

fra giurisdizione tributaria e ordinaria, rivede il proprio orientamento in tema di cognizione del giudice delegato sulla prescrizione dei crediti tributari insinuati nel fallimento.

The Author examines the latest judgment of the Combined Divisions of the Supreme Court (along with the interlocutory ordinance which prompted its issuance) on the jurisdiction of bankruptcy courts over tax claims filed within the insolvency proceedings when time limits for their collection have expired. Given the present stance of the Constitutional Court on the allocation of jurisdiction over tax claims between tax courts and ordinary courts, the author concludes that the examined judgment, which overrules previous decisions on the same matter, should be approved.

Corte d'appello di Brescia, Sez. I, decreto 3 febbraio 2020, n. 334
Pres. Pianta – Rel. Magnoli

In tema di concordato fallimentare, l'art. 124, comma 4, l. fall. sancisce che è data all'assuntore la possibilità di limitare l'impegno assunto con la proposta di concordato alla soddisfazione dei creditori che in quel momento risultino essere già stati ammessi al passivo ovvero ne abbiano fatto richiesta ancorché tardiva o, infine, abbiano proposto opposizione avverso il decreto di esecutività del passivo fallimentare.

(Omissis) “Il merito.

Con la legge di delega il legislatore ha delegato al governo, per ciò che qui rileva, quanto segue:

«12) modificare la disciplina del concordato fallimentare, accelerando i tempi della procedura e prevedendo l'eventuale suddivisione dei creditori in classi che tengano conto della posizione giuridica e degli interessi omogenei delle varie categorie di creditori, nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse; disciplinare le modalità di voto per classi, prevedendo che non abbiano diritto di voto i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca, a meno che dichiarino di rinunciare al privilegio; disciplinare le modalità di approvazione del concordato, modificando altresì la disciplina delle impugnazioni al fine di garantire una maggiore celerità dei relativi procedimenti».

Per quel che qui rileva la delega ha pertanto un contenuto meramente processuale, ed è rivolta alla regolamentazione dello svolgimento della procedura in discorso.

L'art. 124 LF attua la delega disciplinando il contenuto della proposta di concordato. Essa ne individua al secondo comma ed alla prima parte del quarto il possibile contenuto, nel mentre, sul piano sostanziale, al quarto comma conferma il principio di priorità di soddisfazione per i creditori privilegiati (con possibilità di parziale insoddisfazione soltanto in ragione dell'incapienza dei beni interessati al privilegio stesso o alla garanzia reale). Nella seconda parte del quarto comma precisa che è data al proponente, o assuntore, la possibilità di limitare l'impegno assunto, a fronte dell'acquisizione in contropartita dell'attivo fallimentare, alla soddisfazione dei creditori che in quel momento risultino essere già stati ammessi al passivo ovvero ne abbiano fatto richiesta ancorché tardiva o infine abbiano proposto opposizione avverso il decreto di esecutività del passivo fallimentare. Trattasi con ogni evidenza di norma a carattere processuale, che in nessun modo viene ad incidere, modificandola, sulla disciplina sostanziale in tema di privilegi e/o di diritti reali di garanzia. Essa muove dall'ovvio presupposto che l'assuntore, nel momento in cui formula la sua proposta di concordato, non può prendere in considerazione altre situazioni che non siano quelle già in quel tempo manifestate. E ciò per la semplice

considerazione che, essendo terzo rispetto all'impresa fallita, non può presumersi a conoscenza di ulteriori posizioni creditorie verso di essa non precedentemente rese note. La proposta di assunzione, del resto, assumerebbe, in caso contrario, un connotato di manifesta aleatorietà, perché condurrebbe l'offerente a doversi far carico anche di posizioni debitorie non conosciute né conoscibili.

L'interpretazione della norma fatta dal Tribunale, in senso letterale, appare dunque senz'altro razionale, e non si pone in contrasto né con le restanti parti dell'articolo 124 – posto che essa regola il solo dato procedimentale, mentre quella di cui al comma terzo detta una disciplina di natura anche sostanziale sulla operatività, nello sviluppo del concordato, delle cause di prelazione – né con la restante disciplina in tema di fallimento o di procedura esecutiva, appunto perché non altera in alcun modo il regime dei privilegi, delle garanzie reali e comunque delle cause di prelazione, limitandosi a riconoscere all'assuntore l'ovvia facoltà di circoscrivere l'impegno assunto alle posizioni conosciute, escludendone quelle ignote che eventualmente sopraggiungano nel prosieguo della procedura.

Per le medesime considerazioni va escluso che l'accoglimento della interpretazione in senso letterale della disposizione in esame conduca a negativi riflessi sul piano dell'effettività della riscossione dei tributi e quindi del rispetto della disciplina eurounitaria e di quella costituzionale che ne ha contemplato la recezione: non si prevede qui alcuna menomazione delle posizioni giuridiche attive dell'amministrazione finanziaria, la quale, al pari di tutti gli altri creditori, è abilitata a far valere le proprie pretese in sede concorsuale, ivi rivendicando i diritti conseguenti alla natura privilegiata del credito.

Ma se l'amministrazione non si attiva per tempo, non può in suo favore concepirsi un trattamento processuale differenziato, diverso rispetto a quello riservato a tutti gli altri creditori. Altrimenti pervenendosi alla negazione del principio di parità delle armi, di cui all'art. 111, secondo comma, Cost.

Il credito ultratardivo fatto valere in sede concorsuale in data successiva rispetto a quella di presentazione della domanda di concordato fallimentare non può condizionare il proponente, per le considerazioni sopra esposte; esso, tuttavia, se ammesso al passivo, permane nei confronti della società fallita, e non si estingue in conseguenza della chiusura del fallimento (art. 124, quarto comma, seconda parte, LF). L'eventuale impossibilità di ottenere una proficua soddisfazione di esso costituisce, con ogni evidenza, pregiudizio di mero fatto, di cui il creditore ultratardivo non può dolersi, ciò risultando conseguenza, sul piano strettamente processuale, del ritardo stesso nell'insinuazione al passivo.

Né risulta ipotizzabile alcun conflitto di interessi, con riguardo alla votazione sulla proposta di concordato, per il pregiudizio che i creditori chirografari verrebbero a subire dall'eventuale partecipazione al riparto dell'ingente credito privilegiato fatto valere dall'Agenzia delle Entrate in data successiva rispetto a quella di presentazione del concordato. Il giudizio, da parte dei creditori ammessi al voto, viene infatti

espresso sulla proposta di concordato così come in concreto formulata, con il contenuto e le connotazioni sue proprie, nella quale si compendia, come elemento costitutivo e determinante, anche la limitazione dell'impegno dell'assuntore nei confronti di quei soli creditori che alla data di deposito della domanda risultino essere stati ammessi al passivo fallimentare e di quelli che a tale data risultino aver fatto richiesta di ammissione tardiva o aver proposto opposizione al decreto di esecutività del passivo (art. 124 legge fall., quarto comma). Il che riconduce la questione al tema – già più sopra affrontato – dell'interpretazione della norma: infatti, se si aderisce alla tesi dell'Agenzia delle Entrate, che la vuole riferibile ai soli crediti chirografari, il problema del conflitto di interessi non si pone neppure, conseguendone l'inefficacia della limitazione in discorso ove riferita anche ai crediti privilegiati; se, al contrario, si accoglie l'interpretazione letterale della disposizione, intesa quale norma processuale, con conseguente efficacia generale della limitazione, ne risulta la piena validità di quest'ultima, con la conseguenza che dall'insinuazione del creditore privilegiato successiva rispetto alla domanda di concordato non può derivare alcun pregiudizio ai creditori votanti.

Per tutte le considerazioni che precedono, la valutazione del Tribunale di Brescia viene qui integralmente confermata.

L'interpretazione qui accolta è peraltro in linea con quanto di recente affermato dalla S.C. di Cassazione, 1° sezione civile, la quale, con sentenza n. 16804/2019, così si è espressa:

«Né, d'altra parte, è in alcun modo accoglibile l'interpretazione dell'art. 124, comma 4°, legge fall. prospettata dalla banca, secondo cui la proposta di concordato fallimentare dovrebbe prevedere la soddisfazione non solo dei creditori tardivi esclusi dallo stato passivo che hanno presentato opposizione prima del deposito della domanda concordataria, ma anche di quelli che alla data di formulazione della proposta non avevano ancora proposto opposizione purché fosse ancora pendente il termine di cui all'art. 99 legge fall. per proporre impugnazione, poi effettivamente presentata. Una tale interpretazione, oltre a porsi in palese contrasto con il tenore letterale dell'art. 124 legge fall., si pone, altresì, in conflitto con lo spirito della legge fallimentare di non apprestare particolari tutele ai creditori tardivi, i quali non hanno diritto di partecipare alle ripartizioni dell'attivo precedenti (art. 112 legge fall.), salvo che siano assistiti da cause di prelazione o dimostrino che il ritardo non è ad essi imputabile, con divieto di ripetizione di quanto già ripartito (art. 114 legge fall.). Nel concordato fallimentare è ulteriormente accentuata tale tendenza, essendo esclusi dal concorso non solo i creditori chirografari, ma anche quelli privilegiati che non abbiano presentato domanda di ammissione allo stato passivo al momento del deposito della proposta di concordato fallimentare». (*Omissis*).

**PROPOSTA DI CONCORDATO FALLIMENTARE EX ART. 124,
COMMA 4, L. FALL.: LEGITTIMITÀ DELLE CLAUSOLE LIMITATIVE
DELLA RESPONSABILITÀ DELL'ASSUNTORE**

MARTA MONZANI

Avvocato

1. – Con il decreto qui richiamato la Corte d'Appello di Brescia si è pronunciata sul tema della legittimità delle clausole limitative della responsabilità dell'assuntore del concordato fallimentare ai sensi dell'art. 124, comma 4, l. fall. La decisione in commento offre, in sostanza, una piena conferma della facoltà dell'assuntore di limitare la proposta di concordato al soddisfacimento dei soli crediti ammessi al passivo, anche provvisoriamente, e a quelli che abbiano proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva prima della presentazione della proposta.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte le reclamanti impugnavano il decreto di omologa del concordato fallimentare emesso dal Tribunale di Brescia *ex art. 129 l. fall.* e riproponevano in sede di gravame le tesi già fatte valere in prime cure sostenendo, a tal proposito, che la limitazione di cui al comma 4 dell'art. 124 l. fall. opererebbe in riferimento ai soli crediti chirografari: secondo le reclamanti, infatti, anche nel concordato fallimentare dovrebbero trovare applicazione i principi contenuti nell'art. 112 l. fall. cosicché l'intervento tardivo garantirebbe comunque un regime di favore per i creditori privilegiati, in analogia con quanto disposto dall'art. 566 c.p.c. in materia di esecuzione forzata. A sostegno dell'impugnazione, le reclamanti invocavano inoltre il principio di effettività della riscossione IVA – costituente gran parte del credito fatto valere con insinuazione ultratardiva – espresso nella sentenza della CGUE del 7 aprile 2016 (causa C-546/2014) e la necessità di operare un'interpretazione dell'art. 124, comma 4, l. fall. in adeguamento ai principi della Costituzione, al rispetto degli impegni eurounitari e alle direttive della legge delega n. 80/2005.

Dal canto suo, parte resistente eccepiva l'infondatezza nel merito del reclamo, deducendo che l'interpretazione "*restrittiva*" dell'art. 124, comma 4, l. fall. proposta dalle reclamanti sarebbe in aperto contrasto con il tenore letterale della norma e che, al contrario di quanto asserito nel reclamo, l'esame in concreto dei principi generali e costituzionali *ex adverso* richiamati dimostrerebbe, piuttosto, l'assoluta correttezza del provvedimento impugnato, il quale ultimo si è limitato ad applicare la norma nel suo contenuto letterale, come confermato nella sua legittimità sia dalla Relazione Illustrativa alla riforma sia dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

2. – Con il decreto qui annotato, la Corte d'Appello di Brescia ha ritenuto di non poter condividere la proposta interpretativa avanzata dalle reclamanti a sostegno dell'impugnazione promossa con il reclamo *ex art. 131 l. fall.* Secondo la Corte, infatti, il disposto di cui all'art. 124, comma 4, l. fall. ha espressamente stabilito che è data al proponente la possibilità di limitare l'impegno assunto con il concordato alla soddisfazione dei soli creditori che, al tempo della presentazione della proposta, risultino già ammessi allo stato passivo ovvero abbiano avanzato domanda di ammissione, ancorché tardiva, o infine abbiano proposto opposizione allo stato passivo (art. 124, comma 4, seconda parte, l. fall.).

Al riguardo, i Giudici del Collegio hanno innanzitutto richiamato la l. 14 maggio 2005, n. 80 – con cui il legislatore ha delegato al governo, per quanto qui d'interesse, *“la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali”* – e, in particolare, l'art. 1, comma 6, n. 12), sottolineando la natura meramente processuale del contenuto della delega, essendo quest'ultima sostanzialmente rivolta all'introduzione di una nuova e più celere regolamentazione della crisi d'impresa.

In tali termini, la Corte ha mostrato di aderire all'indirizzo giurisprudenziale già formatosi sul tema, che ha ormai da tempo escluso qualsivoglia contrasto tra i principi e criteri direttivi fissati dalla legge di delega n. 80/2005, art. 1, comma 6, n. 12), e la disciplina di cui all'art. 124, comma 4, l. fall., attestando che il disposto di tale norma risulta espressione proprio di quell'intento del legislatore di pervenire ad una riduzione dei tempi della procedura di concordato fallimentare¹.

Invero, nella decisione in commento, si è precisato che il carattere processuale del novellato art. 124, comma 4, l. fall. – nella formulazione introdotta proprio in attuazione della legge n. 80/2005 – non ha in alcun modo comportato una modifica alla disciplina sostanziale dettata in tema di prelazioni: esso si limita essenzialmente a circoscrivere dal punto di vista temporale l'ambito di responsabilità dell'assuntore del concordato, lasciando inalterato il regime dei privilegi, delle garanzie reali o, comunque, delle cause di prelazione.

¹ Cfr. Cass. 29 luglio 2011, n. 16738: *“I dubbi di legittimità costituzionale in tal modo prospettati appaiono peraltro il frutto di una rappresentazione soltanto parziale della complessa disciplina risultante dalla riforma, i cui molteplici aspetti devono essere adeguatamente tenuti in conto ai fini di una corretta valutazione. [...] La disciplina che ne risulta tende indubbiamente ad accentuare gli aspetti negoziali del concordato, conferendo all'istituto (come rileva la stessa Relazione Illustrativa al decreto legislativo) «una forte caratterizzazione privatistica», ulteriormente evidenziata dal riconoscimento in favore del terzo della possibilità di limitare i propri impegni ai soli crediti ammessi al passivo ed a quelli in contestazione, nonché dalla ridefinizione dei poteri spettanti al tribunale in sede di omologazione”*.

A ben vedere, la tesi delle reclamanti secondo cui dovrebbero applicarsi anche nel concordato i principi contenuti nell'art. 112 l. fall., in forza dei quali l'intervento tardivo garantirebbe comunque un regime di favore per i creditori privilegiati, era già stata respinta in prime cure in quanto tale lettura non tiene conto che l'art. 112 l. fall. è norma propria del fallimento, alla quale la disciplina del concordato fallimentare ha inteso derogare attraverso l'espressa disposizione di cui all'art. 124, comma 4, l. fall.

Inoltre, la stessa normativa invocata dalle reclamanti in materia di privilegi nelle procedure esecutive individuali vale ulteriormente a confermare la decisione assunta dai Giudici di Brescia, giacché anch'essa pone un termine oltre il quale anche il creditore privilegiato può restare insoddisfatto: invero, nell'esecuzione individuale, l'omesso intervento, ovvero l'intervento tardivo del creditore privilegiato, avvenuto oltre il momento processuale stabilito dall'art. 566 c.p.c. nell'udienza di discussione del progetto di ripartizione, andrà a determinare l'esclusione del creditore da tale riparto.

L'impostazione così adottata dalla Corte d'appello di Brescia nella decisione qui annotata ha quindi posto in chiara evidenza le finalità sottese all'intervento riformativo di cui al D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, poi ribadite nella stessa Relazione Illustrativa²: in tale prospettiva, il diritto alla limitazione di responsabilità contemplato dall'art. 124, comma 4, l. fall. risulta espressione dell'intento del legislatore della novella che, nel favorire la gestione e rapida composizione della crisi d'impresa³, ha prediletto strumenti in grado di valorizzare il ruolo dell'autonomia privata negoziale, incentivando a tal fine la forma del concordato con assunzione.

A fronte di ciò, il legislatore ha voluto consentire al proponente, attraverso la possibilità di formulare una proposta con limitazione di assunzione dei debiti, di definire il perimetro della propria responsabilità, cristallizzando lo stato passivo in un importo quantitativamente determinato e, del pari, di non preoccuparsi della sorte di quei creditori che non abbiano

² Si v. in merito: *"Infine, allo scopo di limitare l'impegno assunto dal terzo con il concordato è espressamente previsto che il medesimo può essere limitato al soddisfacimento dei soli crediti ammessi al passivo, anche provvisoriamente e di quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva prima della presentazione della proposta. In questo caso, tuttavia, il fallito continua a rispondere verso tutti gli altri creditori, fatto salvo però quanto disposto dalla disciplina della esdebitazione prevista dagli articoli 142 e seguenti"*.

³ L. STANGHELLINI, *Art. 124, Proposta di concordato in Il nuovo diritto fallimentare – Commentario sistematico*, diretto da Jorio A. e Fabiani M., Bologna, 2007, p. 1984.

tempestivamente e diligentemente fatto valere il proprio credito nel rispetto dei termini della procedura⁴.

Del resto, il concordato fallimentare rappresenta semplicemente una liquidazione alternativa all'eventuale riparto operato dal curatore fallimentare⁵ e tale liquidazione ben può essere limitata sia sotto il profilo dell'attivo, lasciando nel patrimonio del debitore fallito *asset* già acquisiti all'attivo fallimentare, sia sotto il profilo del passivo interessato dalla proposta, sulla base della previsione contenuta nell'art. 124, comma 4, l. fall.

Pertanto, dal punto di vista dei creditori tardivi, il pregiudizio che essi potrebbero lamentare di subire è, ad ogni buon conto, un pregiudizio di mero fatto⁶ e, più di tutto, un pregiudizio esclusivamente conseguente, sul piano processuale, al proprio ritardo nella proposizione della domanda d'insinuazione al passivo, il quale non si differenzia, d'altro canto, da quello che costoro sarebbero ad ogni modo soggetti a tollerare in caso di celere liquidazione dell'attivo con chiusura del fallimento⁷.

In sostanza, l'art. 124, comma 4, l. fall., lungi dal comportare la denunciata lesione o ablazione del diritto dei creditori non soddisfatti con il concordato, semmai distingue tra creditori tempestivi e creditori ultratardivi, i quali ultimi, per il ritardo con cui hanno fatto valere la propria pretesa alla partecipazione al concorso fallimentare, subiscono il rischio che il loro intervento avvenga quando la liquidazione è già avvenuta, ovvero quando è stata presentata una proposta di concordata limitata ai soli crediti già ammessi allo stato passivo o in contestazione.

3. – Per le medesime considerazioni, la Corte ha inoltre ritenuto di poter escludere *tout court* che l'applicazione letterale dell'art. 124, comma 4, l. fall. possa in qualche modo comportare riflessi negativi sul principio di effettività della riscossione dei tributi nel caso in cui il credito ultratardivo escluso dalla proposta sia di natura erariale.

Sotto tale profilo, i Giudici bresciani sembrano aver dato seguito all'indirizzo giurisprudenziale formatosi sulla scia della nota sentenza della

⁴ A. PEZZANO, A. CRIVELLI, *Abuso e non abuso nel concordato fallimentare*, in www.osservatorio-oci.org, 15.

⁵ L. STANGHELLI, *op. cit.*, 1982. Nello stesso senso si v. inoltre M. MONTANARI, *Clausole limitative della responsabilità dell'assuntore del concordato e giudicato di omologazione in Fall.*, 2005, 543.

⁶ M. MONTANARI, *Clausole limitative della responsabilità*, cit., 543.

⁷ Sul punto cfr. Cass. 29 luglio 2011, n. 16738: "Il pregiudizio cui restano esposti i creditori non insinuati per effetto della limitazione della responsabilità del terzo non si differenzia d'altronde, nella sostanza, da quello che essi sono destinati a subire nell'ipotesi in cui si pervenga celermente alla liquidazione dell'attivo ed alla chiusura del fallimento, e, nell'ipotesi in cui il fallito continui a rispondere dei propri debiti, si configura come un pregiudizio di mero fatto, potendo essi fare pur sempre affidamento sulla capacità del debitore di ricostruire in futuro un patrimonio aggredibile".

CGUE del 7 aprile 2016 (causa C-546/2014) citata dalle reclamanti a sostegno della necessità di veder garantita una riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione. In tale pronuncia, tuttavia, la Corte di Giustizia ha integralmente confermato la compatibilità della disciplina nazionale della crisi d'impresa con il diritto comunitario: in particolare, i Giudici della CGUE hanno dichiarato eurounitariamente compatibile la falcidiabilità del credito IVA nell'ambito della procedura di concordato preventivo in ragione della serietà del procedimento destinato a verificare l'impossibilità di una migliore soddisfazione della pretesa tributaria in caso di fallimento⁸ e hanno inoltre precisato che la previsione nella proposta di concordato del pagamento parziale di tale credito non si pone in contrasto con il principio dell'effettività della riscossione dei tributi⁹.

Così statuendo, i Giudici della CGUE hanno confermato la legittimità della falcidia dell'IVA in una procedura, quale quella del concordato preventivo, che – come noto – ha efficacia esdebitatoria, il che *a fortiori* vale a confermare la piena legittimità dell'operare, anche in riferimento al credito di natura erariale, della limitazione prevista dell'art. 124, comma 4, l. fall. nell'ambito del concordato fallimentare, stante la natura non esdebitatoria di tale ultima procedura.

Siffatti principi affermati a livello comunitario sono poi stati avvalorati in ambito nazionale dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza del 27 dicembre 2016, n. 26988, in cui i giudici di legittimità, nel recepire quanto statuito dalla CGUE, hanno precisato che l'infalcidiabilità del credito IVA è da circoscrivere alle sole ipotesi di concordato con transazione fiscale, pena il riconoscimento di *“una sorta di super privilegio”* al credito tributario¹⁰.

È quindi evidente che la *ratio* dell'art. 124, comma 4, l. fall. risiede nella scelta della modalità di liquidazione dei beni attraverso l'intervento di un terzo che garantisce ai creditori un determinato risultato: la convenienza della proposta concordataria tiene infatti necessariamente conto dell'alternativa rappresentata dalla liquidazione nell'ambito del fallimento, di talché non vi è alcuna violazione del principio di effettività della

⁸ Con la necessaria attestazione, sulla base dell'accertamento compiuto da un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore in caso di fallimento.

⁹ CGUE 7 aprile 2016 (causa C-546/2014): *“L'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA, da parte di un imprenditore in stato di insolvenza, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo [...] non costituisce una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'IVA, non è contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio, nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione Europea”*.

¹⁰ Cass. S.U. del 27 dicembre 2016, n. 26988: *“Ove non si intendesse vanificare il riconoscimento della falcidiabilità anche dei crediti privilegiati, introdotta dalla riforma della legge fallimentare, si finirebbe infatti per attribuire al credito IVA una sorta di super privilegio”*.

riscossione, dovendo, ad ogni modo, dare conto della capienza o meno del privilegio tributario nella prospettiva del fallimento ovvero della liquidazione concordataria.

Proprio in tal senso, la Corte d'Appello di Brescia ha stabilito che la norma in esame non comporta alcuna lesione delle posizioni giuridiche attive dell'amministrazione finanziaria, ma si limita semplicemente a segnare un limite temporale al di là del quale le domande di ammissione al passivo non saranno ricomprese nella proposta concordataria. Per contro, infatti, il voler sopperire al ritardo con cui amministrazione finanziaria ha presentato domanda di insinuazione al passivo porterebbe alla violazione della *par condicio creditorum* e alla negazione del principio di parità delle armi sancito dall'art. 111, comma 2, della Costituzione.

Anche sotto tale ultimo profilo, emerge l'adesione dei Giudici di Brescia a quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità che richiede all'ente impositore, al pari di tutti altri creditori, di far valere le proprie pretese in sede concorsuale nel rispetto dei termini e delle modalità previste dalla disciplina propria della crisi d'impresa, senza che possa giustificarsi in suo favore l'adozione di un trattamento processuale differenziato¹¹.

4. – Sempre nella decisione qui annotata, la Corte ha inoltre escluso in definitiva che l'interpretazione letterale dell'art. 124, comma 4, l. fall. possa comportare quel conflitto di interessi – lamentato dalle reclamanti – tra i votanti sulla proposta di concordato, determinato dal pregiudizio che i creditori chirografari verrebbero a subire per l'eventuale partecipazione al riparto del credito privilegiato fatto valere dall'amministrazione finanziaria in data successiva alla presentazione della proposta di concordato.

In merito, il Collegio ha infatti precisato che dall'interpretazione letterale dell'art. 124, comma 4, l. fall. – inteso quale limitazione generale dei crediti insinuati in epoca successiva alla presentazione della proposta di concordato – non può derivare alcun pregiudizio in capo ai creditori votanti, in quanto il creditore privilegiato ultratardivo sarebbe legittimamente escluso dalla proposta e, del pari, dal voto.

A ciò si aggiunga che, come affermato da autorevole dottrina, nell'ambito concordatario non è ipotizzabile rinvenire in capo ai creditori

¹¹ Cfr. Cass. 11 ottobre 2018, n. 20601: “Tutti gli enti impositori, così come gli altri creditori, devono, in linea di principio, rispettare il termine annuale ex art. 101 l. fall., per la presentazione delle istanze tardive di insinuazione senza che i diversi e più lunghi termini previsti per la formazione dei ruoli e la emissione delle cartelle possano costituire una esimente di carattere generale dal rispetto del predetto termine di cui all'art. 101 l. fall. In altre parole, una volta che l'ente impositore abbia avuto conoscenza della dichiarazione di fallimento, lo stesso deve immediatamente attivarsi per predisporre i titoli per la tempestiva insinuazione dei propri crediti al passivo in termini inferiori a quelli massimi attribuiti dalla legge per l'espletamento di tali incombenze”.

concorrenti un interesse comune alla *“migliore regolazione della crisi”* o al *“miglior soddisfacimento possibile di tutti i crediti pregiudicati dalla crisi”*¹², dal momento che ciascun creditore sarà legittimamente quell'*homo homini lupus* interessato alla miglior tutela del proprio credito, a discapito dell'interesse degli altri creditori concorrenti¹³: in tal senso, il voto rappresenta l'espressione di quell'intento egoistico proprio di ciascun creditore e della costante contrapposizione tra l'interesse del singolo e l'interesse della massa dei creditori concorrenti, frutto della tendenziale insufficienza dell'attivo fallimentare al completo soddisfacimento delle ragioni creditorie.

Tale naturale immanenza di un conflitto nel sistema concorsuale è confermata dalla stessa disciplina dettata dall'art. 127 l. fall. in tema di voto nel concordato: il legislatore, infatti, non ha emanato una norma generale volta a neutralizzarlo, ma ne ha, in via di eccezione, disciplinato soltanto alcune specifiche ipotesi di rilevanza¹⁴.

A fonte di ciò, la Corte d'appello di Brescia ha stabilito che il voto da parte dei creditori è la manifestazione di quella valutazione di convenienza per il proprio esclusivo interesse che ciascun votante è chiamato a esprimere sulla proposta concordataria così come in concreto formulata, in cui è inevitabilmente compreso anche l'elemento della limitazione dell'impegno dell'assuntore.

Il proponente del concordato non si inserisce dunque in alcun conflitto tra privilegiati e chirografari, ma assume unicamente la funzione di soggetto che agevola la liquidazione concorsuale, assumendo l'onere di procedere alla liquidazione dell'attivo fallimentare al posto di quella che sarebbe effettuata dal curatore, secondo il piano in concreto formulato nella proposta e votato dagli stessi creditori.

5. – Infine, a conferma dell'interpretazione accolta, la decisione in commento ha testualmente citato la sentenza della Corte di cassazione del 21 giugno 2019, n. 16804.

Nella motivazione di tale pronuncia, infatti, i Giudici di legittimità hanno posto l'accento proprio sullo spirito sotteso alla disciplina fallimentare e, in particolare, sulla richiamata tendenza del legislatore volta

¹² S. MARZO, *Il conflitto di interessi del creditore nel concordato fallimentare*, in *Il fallimentarista*, 12 febbraio 2018.

¹³ Cfr. Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274.

¹⁴ Cfr. Cass. S.U., 28 giugno 2018, n. 17186: *“Caratteristica dei rapporti tra i creditori concorrenti non è la condivisione, bensì il contrasto, e del resto il legislatore, «ben conscio della realtà, non ha inserito una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni ma ne ha, al contrario, implicitamente escluso la sussistenza disciplinando specificatamente i casi di rilevanza del conflitto (art. 37 bis, comma 2; art. 40 comma 4; art. 127, commi 5 e 6; art. 177, u.c.)», così che la partecipazione al voto è la norma mentre l'esclusione è l'eccezione e deve essere espressamente prevista»*“.

a favorire la rapida chiusura della crisi d'impresa, senza apprestare particolari tutele ai creditori tardivi¹⁵, tendenza che è ulteriormente accentuata nel concordato fallimentare in cui, proprio ai sensi del disposto dell'art. 124, comma 4, l. fall., risultano *“esclusi dal concorso non solo i creditori chirografari, ma anche quelli privilegiati che non abbiano presentato domanda di ammissione allo stato passivo al momento del deposito della proposta di concordato fallimentare”*.

6. – In definitiva, alla luce delle considerazioni esposte, la Corte d'Appello di Brescia ha statuito che il credito ultratardivo fatto valere in sede concorsuale in epoca successiva rispetto al tempo dell'avvenuta presentazione della domanda di concordato fallimentare non possa in alcun modo condizionare il proponente, o assuntore, che abbia legittimamente inserito nella proposta una clausola limitativa del proprio impegno ai sensi dell'art. 124, comma 4, l. fall.

Del resto, la proposta di concordato fallimentare con limitazione di assunzione è semplicemente volta a realizzare la liquidazione del patrimonio nel concorso dei creditori riconosciuti e ammessi a quella data, secondo le modalità, alternative alla liquidazione del fallimento, offerte dall'assuntore e approvate dagli Organi della procedura e dai creditori concorrenti.

In tali termini, l'applicazione letterale del disposto di cui all'art. 124, comma 4, l. fall. è da ritenersi perfettamente coerente con le finalità sottese all'intento riformativo del legislatore nella legge di delega e con la restante disciplina in materia di fallimento o di procedure esecutive.

Abstract

IN-BANKRUPTCY COMPOSITION PROPOSAL UNDER ARTICLE 124, PARAGRAPH 4, OF THE ITALIAN BANKRUPTCY LAW: LEGITIMACY OF PROPONENT'S LIMITATION OF LIABILITY CLAUSES

Il presente scritto ripercorre i passaggi motivazionali della decisione della Corte d'Appello di Brescia, decreto n. 334/2020, che ha riconosciuto la legittimità della proposta di concordato fallimentare ai sensi dell'art. 124, comma 4, l. fall. nel caso in cui l'assuntore abbia limitato la propria responsabilità alla soddisfazione dei soli creditori che risultino al momento del deposito della proposta. L'impostazione adottata dalla Corte evidenzia le finalità sottese alla novellata disciplina del

¹⁵ Cass. 21 giugno 2019, n. 16804: *“è pienamente rispondente all'intento del legislatore di favorire in ogni modo la soluzione concordataria, e di facilitare la chiusura della procedura fallimentare”*.

concordato fallimentare, che mira a favorire la gestione e rapida composizione della crisi d'impresa.

This paper analyses the grounds of the Italian Court of Appeal of Brescia decision, decree no. 334/2020, that confirms the legitimacy under Article 124, paragraph 4, of the Italian Bankruptcy Law of an in-bankruptcy composition in which the assumption of commitments is limited to the liabilities resulting from creditors disclosed at the time when the proposal is filed with the Bankruptcy Court. The Court highlights the purpose of the reformed in-bankruptcy composition, which aims to speed up bankruptcy proceedings.

**RECLAMO AVVERSO I PROVVEDIMENTI PROVVISORI E URGENTI
NELL'INTERESSE DEI CONIUGI E DELLA PROLE EX ART. 708 C.P.C. E
LIQUIDAZIONE DELLE SPESE DI LITE**

Corte di cassazione, Sez. I, 30 aprile 2020, n. 8432
(Pres. Giancola – Est. Mercolino)

Con la sentenza segnalata la Corte di cassazione si pronuncia, per la prima volta, in tema di liquidazione delle spese in riferimento al decreto della Corte d'appello reso all'esito di giudizio di reclamo avverso l'ordinanza presidenziale emanata ai sensi dell'art. 708, comma 3, c.p.c.

La controversia traeva origine da un giudizio di separazione promosso innanzi al Tribunale di Bergamo in cui il Presidente aveva adottato "i provvedimenti provvisori ed urgenti" nell'interesse dei coniugi e della prole. L'ordinanza era stata reclamata davanti la Corte d'appello di Brescia che, nel rigettare il ricorso, aveva condannato la parte istante al pagamento delle spese processuali relative a tale segmento processuale invece di rinviarne la regolamentazione all'"esito del giudizio".

Avverso il decreto della Corte d'appello, solo relativamente al capo relativo alla regolamentazione delle spese processuali, veniva proposto ricorso per cassazione.

Il Supremo Collegio accoglie il ricorso effettuando una "scissione" tra la parte di decreto riguardante i provvedimenti temporanei ed urgenti per la prole ed i coniugi e quella recante il regolamento delle spese processuali: mentre la prima non è di per sé ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. dal momento che i c.d. provvedimenti provvisori hanno, appunto, carattere meramente interinale e strumentale al giudizio di merito (da ultimo v. Cass., Sez. VI, 15 maggio 2018, n. 11788 secondo cui nel giudizio di scioglimento e cessazione degli effetti civili del matrimonio, l'ordinanza della corte di appello, pronunciata su reclamo avverso il provvedimento di diniego di misure provvisorie ed urgenti emesso dal presidente del tribunale, non è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., difettando il requisito della definitività in senso sostanziale e dell'idoneità al giudicato, dal momento che tale ordinanza, pur incidendo su posizioni di diritto soggettivo, non è idonea a statuire su di esse in modo definitivo, ma assume la stessa natura di provvedimento interinale, provvisorio e strumentale al giudizio di merito che caratterizza l'ordinanza presidenziale, sempre revocabile e modificabile dal giudice istruttore, ai sensi dell'art. 4, comma 8, l. n. 898 del 1970) quella concernente le spese si configura, invece, quale statuizione "riguardante posizioni giuridiche soggettive di debito e di

credito che discendono da un rapporto obbligatorio autonomo” e, in quanto tale, idonea ad acquistare autorità di giudicato secondo giurisprudenza consolidata.

Al di là della sicura rilevanza pratica della decisione, il dato di rilievo è offerto dal ragionamento con cui la Corte vi addivene in quanto riapre, per prima cosa, il dibattito sulla *vexata quaestio* della natura dei provvedimenti di cui all’art. 708, comma 3, c.p.c. e del reclamo di cui all’ultimo comma della medesima disposizione.

È ben noto infatti che riguardo alla fase presidenziale dei giudizi di separazione e di divorzio si sono registrati diversi orientamenti atti ad incidere inevitabilmente sulla natura dei provvedimenti emessi all’esito di essa.

Secondo un primo orientamento, l’attuale struttura “semplificata” del ricorso introduttivo dei processi speciali di separazione e divorzio per effetto della riforma operata dalla l. n. 80/2005 rispecchia la volontà del legislatore di deformalizzare la fase introduttiva degli stessi allo scopo di favorire la riconciliazione tra i coniugi.

In questa ottica, il ricorso ha lo scopo di consentire lo svolgimento dell’udienza presidenziale e dei due fondamentali adempimenti propri di quella sede: il tentativo di conciliazione e l’adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti.

Ne consegue che la fase presidenziale non avrebbe natura contenziosa, ma nella stessa sarebbero ravvisabili aspetti propri della volontaria giurisdizione (sul dibattito in generale v. ampiamente GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 115 ss. ID., voce *Divorzio (disciplina processuale)*, in *Enc. giur.*, XI (XIII), Roma, 2007, 6 ss.; alla giurisdizione volontaria fa specifico riferimento LUPOLI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 961).

Per un diverso orientamento, la fase presidenziale, meramente strumentale all’attuazione del diritto potestativo alla modificazione dello status coniugale, altro non sarebbe se non un segmento di un unico procedimento integralmente contenzioso (cfr. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio: la l.14-5-2005, n.80, e successive modificazioni*, in *Aa.Vv.*, *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino, 2007, 132 e TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, 316).

Il terzo indirizzo considera infine la fase presidenziale come avente natura sommaria cautelare in senso tecnico giacché i provvedimenti presidenziali conservano la loro efficacia in caso di estinzione del processo

di separazione così come previsto per i provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio dall'art. 669–*octies*, ult. comma, c.p.c.

A conferma di tale tesi sarebbe la previsione dell'istituto del reclamo e l'applicazione dell'art. 669–*sexies*, comma 1, c.p.c. quanto al procedimento e ruolo del giudice (PROTO PISANI, *Note sui processi di separazione giudiziale*, in *Foro it.*, 2013, V, 95 s.).

Pare così di potersi affermare che la fase presidenziale abbia quantomeno natura *mista*, in parte volontaria giurisdizione e in parte cautelare.

Si tratta, peraltro, di una ricostruzione coerente con la piena natura cautelare che deve riconoscersi ai provvedimenti presidenziali (così CARNEVALE, *La separazione giudiziale, il divorzio contenzioso e lo scioglimento delle unioni civili*, in GRAZIOSI (a cura di), *Diritto processuale di famiglia*, Torino, 2016, 4 ss.).

Riguardo al reclamo di cui all'art. 708, ult. comma, c.p.c., parimenti, e conseguentemente, se ne è ora evidenziata la natura *incidentale* ed *endoprocedimentale* (in quanto mera fase del procedimento di separazione e che si conclude con un provvedimento destinato a restare assorbito nella sentenza pronunciata all'esito del giudizio), ora quella *impugnatoria* che si svolge innanzi ad un giudice superiore e che conduce ad un provvedimento atto a definire il relativo procedimento.

La giurisprudenza maggioritaria, in particolare, lo configura quale strumento con il quale si possono far valere esclusivamente profili di erroneità dell'ordinanza presidenziale immediatamente rilevabili, senza alcuna possibile apertura a nuovi elementi di fatto o di diritto (cfr. App. Bologna, decr. 8 maggio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 617, con nota di TOMMASEO, *Provvedimenti presidenziali e motivi di reclamo alla Corte d'appello*; in dottrina, v. DANOVI, *Legittimazione e contraddittorio nei procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 451, per il quale il giudice del reclamo potrebbe procedere ad un riesame integrale di quanto statuito dal presidente nella propria ordinanza senza alcun limite di allegazione di nuove circostanze e nuove prove).

Nella sentenza in commento la Corte di legittimità, ben consapevole dei vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali summenzionati nonché delle profonde differenze riscontrabili tra il reclamo di cui all'art. 669–*terdecies* c.p.c. e quello di cui all'art. 708, ult. comma, c.p.c., ribadisce anzitutto la tesi, ormai prevalente anche nella propria giurisprudenza, secondo cui i provvedimenti presidenziali hanno natura *cautelare* in quanto volti a regolare, per il tempo necessario allo svolgimento del giudizio di merito, aspetti della vita della prole e dei coniugi che troveranno un assetto definitivo nella sentenza emessa a conclusione del giudizio e volti a evitare

che la durata del processo possa pregiudicare i diritti dei componenti il nucleo familiare (v., per tutte, Cass. 1 agosto 2000, n. 10025).

Si tratta, nello specifico, di provvedimenti cautelari emessi in corso di causa che ben si differenziano, quanto alla disciplina sulle spese giudiziali, da quelli resi *ante causam*.

Questi ultimi, seguendo le linee del ragionamento della Corte, da una parte (al pari degli altri) non perdono efficacia in caso di estinzione del giudizio a cognizione piena innanzi al giudice istruttore, essendo quindi ultrattivi (art. 669–*octies*, comma 8, c.p.c.); dall'altra, quanto alla regolamentazione delle spese, sono assoggettabili alla disciplina generale di cui all'art. 669–*septies*, comma 2, c.p.c. e 669–*octies*, comma 7, c.p.c. secondo cui se l'ordinanza (di accoglimento o rigetto o di dichiarazione di incompetenza) è pronunciata prima della causa di merito, con essa il giudice provvede sulle spese del procedimento cautelare, con condanna immediatamente esecutiva.

Ebbene, riguardo all'*iter* di riforma in tema di spese dei provvedimenti cautelari *ante causam* sia in caso di accoglimento che di rigetto legato all'introduzione del sistema della strumentalità debole o attenuata culminato nell'introduzione dell'art. 669–*octies*, comma 7, c.p.c. e nella modifica dell'art. 669–*septies*, comma 2, c.p.c. ad opera della l. 18 giugno 2009, n. 69, essa, come noto, ha eliminato la possibilità di proporre opposizione nelle forme di cui all'art. 645 c.p.c. avverso la condanna alle spese, come stabilito dal previgente art. 669–*septies*, comma 3 c.p.c. In tal caso, la parte che riteneva di dover censurare sotto qualche profilo il capo relativo alle spese, nei venti giorni dalla pronuncia dell'ordinanza poteva fare opposizione con la tecnica dell'opposizione a decreto ingiuntivo, cioè aprendo un processo di cognizione ordinaria. Ed essendovi uno strumento di controllo, non era possibile il ricorso per cassazione.

Dal momento che la riforma del 2009 ha eliminato la possibilità di proporre opposizione avverso la condanna alle spese, la pronuncia sulle stesse contenuta nel provvedimento emesso in sede di reclamo, che per sua natura, incide senz'altro su diritti soggettivi, diviene ricorribile per cassazione *ex art.* 111 Cost. (v., tuttavia, Cass. 1 marzo 2019, n. 6180).

Ciò è confermato dalla giurisprudenza di legittimità successiva all'introduzione del procedimento cautelare uniforme la quale ha costantemente negato il ricorso straordinario avverso la pronuncia sulle spese, proprio argomentando dall'esistenza del rimedio, poi abrogato, dell'opposizione (sulla questione v. chiaramente LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 9ª ed., Milano, 2017, 220 ss., il quale, nel sottolineare come la scelta del legislatore di assoggettare al regime della strumentalità debole i provvedimenti anticipatori e di riservare la c.d. strumentalità forte ai

provvedimenti conservativi ha una precisa *ratio* politica-economica, ricorda che in tema di spese si applica il principio della globalità, in virtù del quale l'attribuzione delle stesse deve avvenire con riferimento all'intero processo ed all'esito finale della controversia, indipendentemente dalla sorte dei vari gradi di giudizio e delle fasi incidentali eventualmente apertesi nel suo corso. Tale principio deve applicarsi anche alle spese liquidate per la fase cautelare. Se dunque alla fase cautelare non segue il processo di merito, la statuizione sulle spese rimane ferma. Ma se alla fase cautelare segue comunque la fase di merito, all'esito di questa le spese del cautelare saranno poste a carico dalla parte che nel merito sarà rimasta soccombente).

È così che la Corte di cassazione, nel provvedimento in esame, richiama la *ratio* della scelta del legislatore che, dopo aver optato per il regime della c.d. "strumentalità debole o attenuata" ai sensi dell'art. 669-*octies* c.p.c. per i provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio, consente di evitare il giudizio di merito al solo fine di ottenere la liquidazione delle spese processuali, ove le parti siano disposte ad "accontentarsi" della decisione ottenuta *ante causam*.

Il caso dei provvedimenti di cui all'art. 708 c.p.c. deve tuttavia, secondo la Corte, considerarsi ben diverso e differente dev'essere, di conseguenza, la disciplina relativa alle spese processuali, la cui regolamentazione non può che trovare spazio esclusivamente nella sentenza resa a conclusione del giudizio, la quale dovrà tenere conto, a tal fine, dell'esito complessivo della lite e delle modalità di svolgimento delle singole fasi in cui il processo si è articolato.

Nel silenzio del legislatore per i provvedimenti in corso di causa, è questa l'unica soluzione e conclusione ritenuta possibile.

Orbene, sul presupposto che l'estinzione del giudizio di merito non determina mai l'inefficacia dei provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio anche quando la domanda sia stata proposta in corso di causa – come accade appunto nel caso dell'art. 708 c.p.c. – la decisione della Corte anche data la novità della questione trattata è meritevole della dovuta considerazione, segnalandosi per coerenza argomentativa e dimostrando sensibilità nei confronti del promovimento di tutti i *rimedi* che la complessità dei procedimenti giudiziali della famiglia comporta senza arrestarsi innanzi allo spettro delle spese giudiziali relative alle separate fasi o segmenti in cui si snoda il processo.

Del resto, una volta acclarata la natura provvisoria dei provvedimenti in questione, destinati a rimanere assorbiti dalla decisione di merito, ed il carattere necessariamente incidentale del procedimento preordinato alla loro adozione, non consentita *ante causam*, ciò consente di estendere agli stessi le medesime considerazioni valevoli per i procedimenti cautelari emessi in

corso di causa, e a escludere quindi la necessità di una distinta pronuncia sulle spese, anche in sede di reclamo, dovendo la regolamentazione delle stesse trovare spazio nella sentenza emessa a conclusione del giudizio la quale, a tal fine, dovrà tenere conto dell'esito complessivo della lite e delle modalità di svolgimento delle singole fasi in cui il processo è articolato.

BEATRICE FICCARELLI

**CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE E RIPARTIZIONE
DELLE SPESE DI GIUDIZIO IN SEDE DI OPPOSIZIONE
ALL'ESECUZIONE**

Corte di cassazione, 17 gennaio 2020, n. 1005
(Pres. Frasca – Est. Tatangelo)

Con l'ordinanza in epigrafe la Corte di cassazione, in riferimento ad un procedimento di opposizione all'esecuzione, torna a pronunciarsi sul problema della liquidazione delle spese di giudizio in caso di cessazione della materia del contendere.

Nel giudizio di primo grado veniva proposta opposizione, ai sensi dell'art. 615 c.p.c., avverso un atto di precetto avente ad oggetto il pagamento di una somma di denaro. L'opposizione veniva rigettata dal Tribunale di Pescara, con condanna dell'opponente alla refusione integrale delle spese.

La Corte d'appello di L'Aquila, essendo venuto meno, nelle more, il titolo esecutivo posto alla base del precetto opposto, dichiarava cessata la materia del contendere e condannava l'appellante al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio. La sentenza della Corte d'appello veniva cassata con rinvio alla Corte di legittimità.

All'esito di tale giudizio, la Corte di appello confermava la dichiarazione di cessazione della materia del contendere, condannando nuovamente l'appellante al pagamento delle spese in favore dell'appellato.

Il soccombente proponeva così ricorso per cassazione.

La Corte di legittimità, nella sentenza in rassegna, ribadisce l'orientamento da tempo consolidato, in virtù del quale, in sede di opposizione all'esecuzione, la sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo, in conformità del generale principio della domanda, non determina *ex se* la fondatezza dell'opposizione e il suo accoglimento, bensì la cessazione della materia del contendere per difetto di interesse. Pertanto, nel regolare le spese dell'intero giudizio, adotta il criterio della c.d. soccombenza virtuale, secondo il principio della causalità, e considerando, a tal fine,

l'intera vicenda processuale (v. tra le altre Cass. 29 novembre 2018, n. 3057; Cass. 11 dicembre 2018, n. 31955).

Negli stessi termini si è espressa anche la dottrina, la quale, in linea con il summenzionato orientamento giurisprudenziale afferma che, in caso di cessazione della materia del contendere del giudizio di opposizione all'esecuzione, per effetto della rilevata caducazione del titolo esecutivo nelle more del giudizio medesimo, le spese debbano essere liquidate in base al criterio della soccombenza virtuale (NICOLELLA, *Gli effetti della sopravvenuta carenza del titolo esecutivo nel giudizio di opposizione all'esecuzione*, nota a Cass. 11 dicembre 2018, n. 31955, in *Foro it.*, 2019, I, 3728).

La Corte afferma, tra l'altro, come il ricorso non contenga argomentazioni tali da indurre a rivedere tale indirizzo, al quale, ribadisce, *"va senz'altro data piena continuità"*, senza che in alcun modo possa assumere rilievo, in senso contrario, una isolata recente decisione della stessa Corte di cassazione che accoglie il contrario orientamento (Cass. 9 agosto 2019, n. 21240; in dottrina, sui contraddittori orientamenti della giurisprudenza v. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2011, 241–247).

Nel caso di specie, dunque, la Corte di cassazione, a distanza di poco tempo dalla summenzionata decisione di altra sezione, torna ad abbracciare l'orientamento da tempo dominante in materia che vede nel principio della soccombenza virtuale il criterio che atto a governare la liquidazione delle spese processuali in caso di cessazione della materia del contendere nell'ambito dei procedimenti *ex art. 615 c.p.c.*

BEATRICE FICCARELLI

**LA GIURISPRUDENZA DI MERITO VA DI CONTRARIO AVVISO
ALL'ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE IN PUNTO DI
RECLAMABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI DINIEGO DELLA
CONSULENZA TECNICA PREVENTIVA EX ART. 696-BIS C.P.C.**

Trib. Reggio Emilia, ord. 20 febbraio 2020
(Pres. Parisoli – Est. Morlini)

Con il provvedimento in esame, a margine di una controversia condominiale in cui veniva proposto ricorso per accertamento tecnico preventivo ai fini della composizione della lite *ex art. 696-bis c.p.c.*, giusta l'intestazione dell'atto introduttivo del giudizio e non già un ricorso per ATP *ex art. 696 c.p.c.*, il Tribunale di Reggio Emilia, in composizione collegiale, dichiarava inammissibile il reclamo proposto avverso il provvedimento di

rigetto del ricorso, riportandosi alla “pacifica giurisprudenza dell’Ufficio” (v. Trib. Reggio Emilia ord. 19 gennaio 2012 e 28 febbraio 2019), rilevando la tassatività dei mezzi di impugnazione previsti dall’ordinamento “che non consentirebbero alle parti l’utilizzo in via analogica di strumenti impugnatori diversi da quelli espressamente previsti”.

Considerato che l’ammissibilità del reclamo avverso il diniego di consulenza tecnica *ex art. 696 c.p.c.* è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 144/2008, all’esito di una motivazione interamente fondata sull’esigenza, determinata dall’urgenza, di assumere il mezzo istruttorio *ante causam* e sul rischio che un erroneo diniego avrebbe potuto procurare alla parte istante, ledendo il suo diritto ad una effettiva tutela giudiziaria tramite la dispersione della prova, il Tribunale ribadisce che, solo per tali ragioni, era stata riconosciuta, con la declaratoria di legittimità costituzionale, la reclamabilità del provvedimento di rigetto della consulenza tecnica preventiva.

Essendo evidente che la consulenza tecnica preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.* non è caratterizzata da alcuna urgenza e non essendovi pertanto pericolo di dispersione della prova, il Collegio afferma che deve escludersi che l’estensione del reclamo all’istituto di cui all’art. 696-*bis c.p.c.* possa fondarsi su quei principi che avevano sorretto la menzionata decisione del Giudice delle leggi.

La decisione si caratterizza per andare di contrario avviso rispetto alla recente pronuncia di legittimità (Cass. 26 settembre 2019, n. 23976, in questa *Rivista*, 2019, 570, con mio commento, *Sulla reclamabilità del provvedimento di diniego di consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*) che ha sancito la compatibilità del rimedio del reclamo anche con il rito previsto per i provvedimenti non cautelari. Basti pensare alla previsione di cui all’art. 739 c.p.c., che, in tema di procedimenti in camera di consiglio, milita nel senso di ritenere l’ammissibilità del reclamo. Ciò in base anche alla ulteriore riflessione per cui l’art. 696-*bis*, comma 1, secondo periodo, c.p.c. prevede che il giudice, a norma dell’art. 696, comma 3, c.p.c. provvede nelle forme stabilite negli artt. 694 e 695 codice di rito.

Poiché l’art. 695 c.p.c. e l’art. 669-*quaterdecies c.p.c.* sono stati dichiarati incostituzionali nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell’istanza per l’assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 c.p.c., la Cassazione aveva affermato l’irragionevolezza dell’esclusione della reclamabilità del provvedimento di mancato accoglimento dell’istanza *ex art. 696-bis c.p.c.*, attesi i riferimenti di questa norma all’art. 695 c.p.c.

Il Tribunale di Reggio Emilia riconferma invece la propria precedente giurisprudenza fondata sulla diversa natura degli artt. 696 e 696-*bis c.p.c.* e,

facendo leva su di essa, fonda il relativo sistema delle impugnazioni, anche in contrasto con le indicazioni della Suprema Corte.

BEATRICE FICCARELLI

DONAZIONE DI QUOTE DI S.R.L. E ESPROPRIAZIONE DI BENI OGGETTO DI ATTI A TITOLO GRATUITO

Tribunale di Milano 22 gennaio 2020
(Pres. Galioto – Est. Angelini)

Con l'ordinanza segnalata, il Tribunale di Milano contribuisce a tracciare il perimetro applicativo dell'art. 2929-bis c.c., il quale dispone, per quanto qui rileva, che «Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, a esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza dichiarativa di inefficacia, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto».

Nel caso deciso dal Tribunale di Milano venivano pignorate quote di una s.r.l. nonostante le stesse fossero state previamente donate dal debitore esecutato ad altro soggetto. L'esecuzione era intrapresa entro l'anno dalla cessione a titolo gratuito, ma avverso la stessa era proposta opposizione ex art. 615 c.p.c., con la quale gli opposenti sostenevano che la disciplina di cui all'art. 2929-bis c.c. non avrebbe potuto applicarsi agli atti a titolo gratuito aventi ad oggetto quote di una s.r.l., in quanto gli atti inopponibili al creditore sarebbero solo quelli soggetti a trascrizione nei pubblici registri e, fra essi, non potrebbero essere annoverati gli atti di cessione di quote sociali di s.r.l., come tali soggetti ad *iscrizione* nel registro delle imprese. A fronte della sospensione dell'esecuzione disposta dal G.E., il quale condivideva gli assunti degli opposenti, il creditore proponeva reclamo al collegio ai sensi dell'art. 624 c.p.c.

Si tratta di una questione che ha ricevuto divergenti soluzioni.

Secondo un primo orientamento il quesito dovrebbe avere risposta negativa, vuoi perché si tratterebbe di applicare analogicamente la norma, ma ciò sarebbe precluso dall'art. 14 disp. prel. c.c. in ragione della ritenuta natura eccezionale della stessa (PROTO PISANI, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 137), vuoi in quanto si imporrebbe una interpretazione restrittiva, in considerazione del *vulnus* che una diversa

interpretazione determinerebbe alla sicurezza del traffico giuridico (PAGLIANTINI, *A proposito dell'art. 2929-bis c.c.: la tutela del credito tra esecuzione forzata speciale e deterrenza*, in *Europa e Diritto Privato*, 2017, 167 ss.; MURITANO, *Il nuovo art. 2929-bis c.c.: quale futuro per la protezione del patrimonio familiare?*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 4-5 e nota 11),

Una diversa ricostruzione predica per contro una interpretazione estensiva, tale da includere nel campo d'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. anche gli atti soggetti ad iscrizione nei pubblici registri (BOVE, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2016, 160 in nota 13; CARENA, *L'art. 2929-bis c.c. dalla prospettiva degli interessi dei creditori e del debitore*, in *Dir. ed econ. delle imprese*, 2016, 278 ss.; CIRULLI, *La riforma del processo esecutivo*, in *www.judicium.it*, 2015, § 3; FINOCCHIARO, *Creditore legittimato a pignorare il bene del suo debitore*, in *Guida al dir.*, 2015, 65; OBERTO, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito: dalla pauliana alla «renziana»*, Torino, 2015, 12 ss.).

È a questo secondo orientamento che aderisce l'ordinanza in commento, sulla scorta di varie ragioni.

In primo luogo, la norma non sarebbe da considerare eccezionale, né si imporrebbe una lettura restrittiva, sì da poter essere riferita «a tutti i beni mobili risultanti da pubblici registri» ancorché il relativo trasferimento (o costituzione di vincolo) sia avvenuto con un atto soggetto ad *iscrizione* nel pubblico registro, anziché a trascrizione, della quale per contro l'art. 2929-bis c.c. esclusivamente discorre. Sicché, proprio per evitare le paventate incertezze nella circolazione dei beni e di depotenziare l'istituto, secondo l'ordinanza in commento, *tutti* i beni per i quali è previsto un sistema pubblicitario di natura legale – anche quelli soggetti a *iscrizione*, come le quote di s.r.l. – devono reputarsi aggredibili mediante lo strumento di cui all'art. 2929-bis c.c., imponendosi a tal fine di interpretare il sostantivo «trascrizione» (impiegato dalla disposizione) come inclusivo della «iscrizione» nel registro delle imprese.

Inoltre, si rileva che se il legislatore avesse inteso limitare il riferimento ai beni mobili elencati nell'art. 2683 c.c. (navi, aeromobili e autoveicoli), i cui trasferimenti sono soggetti a trascrizione, lo avrebbe indicato espressamente.

Discende da ciò, secondo l'ordinanza del Tribunale di Milano, che devono ritenersi soggetti alla disciplina di cui all'art. 2929-bis c.c. anche gli atti di trasferimento a titolo gratuito di quote di s.r.l., che a mente dell'art. 2470 c.c. vanno *iscritti* al registro delle imprese, del quale è, peraltro, indubbia la natura di pubblico registro come sancito dall'art. 2188 c.c.

DAVIDE BERETTA

**DIREZIONE FORMALE DEL PROCESSO
E SINTETICITA' DEGLI ATTI GIUDIZIARI**

Tribunale di Firenze, Sez. I, ord. 16 gennaio 2020
(Giudice delegato dal Presidente, Schiaretti)

Nell'ambito di un procedimento per separazione giudiziale caratterizzato da alta conflittualità ed in cui le parti avevano provveduto, per il tramite dei loro atti introduttivi, ad allegazioni fattuali estremamente ampie ed analitiche, il giudice concedeva con ordinanza ai sensi dell'art. 708 c.p.c. i provvedimenti temporanei ed urgenti reputati opportuni nell'interesse della prole e dei coniugi e nominava sé medesimo giudice istruttore fissando udienza di comparizione e trattazione.

Con il medesimo provvedimento, il giudice, dopo aver assegnato al ricorrente il termine di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento per il deposito in cancelleria di memoria integrativa e al convenuto termine per la costituzione in giudizio, nonché per la proposizione delle eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, visti gli artt. 175 c.p.c. e 111 Cost. invitava le parti a rispettare il principio di sobrietà e sinteticità degli atti affermando che, se la particolare ampiezza degli atti giudiziari certamente non pone un problema formale di violazione di prescrizioni, essa, tuttavia, non giova alla chiarezza degli atti stessi e concorre ad allontanare l'obiettivo di un processo celere "che esige da parte di tutti atti sintetici, redatti con stile asciutto e sobrio", come già evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito (Cass. 4 luglio 2012, n. 11199; nonché Trib. Milano, Sez. IX, 2 ottobre 2013, in *www.ilcaso.it*).

Il Tribunale di Firenze si è pertanto confrontato con il problema di ricomprendere il suesposto "invito" del giudice, circa il rispetto dei principi di sobrietà e sinteticità degli atti, in quei poteri di direzione formale del processo di cui al combinato disposto degli artt. 175 c.p.c. e 111 Cost., intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento stesso. Si tratta, come noto, di poteri caratterizzati dalla quasi assoluta discrezionalità, non essendo sindacabili dal collegio e ancor meno dal giudice di legittimità (sulla discrezionalità dei poteri direttivi del giudice e la loro ritenuta "incensurabilità" o "insindacabilità" nei giudizi di gravame v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 337 ss.).

In forza di questi poteri il giudice che dirige l'udienza può fare o prescrivere, anche oralmente, e senza l'osservanza di particolari formalità, quanto occorra per una trattazione ordinata e proficua della causa, regolando la discussione, determinando i punti e le questioni su cui essa

deve svolgersi e dichiarandola chiusa quando la ritenga sufficiente (art. 127 comma 2, c.p.c.).

Il Tribunale di Firenze dimostra così di accogliere le istanze secondo cui l'art. 175 c.p.c. estende il proprio ambito di applicazione anche al controllo delle tecniche utilizzate nel processo, conferendo al giudice il compito di monitorare costantemente i comportamenti delle parti e dei difensori attraverso gli atti giudiziari anche in vista del rispetto dei valori di lealtà e trasparenza consacrati nell'art. 88 c.p.c.; valori tutti che possono manifestarsi attraverso l'adozione di un linguaggio contenuto, rispettoso del carattere personale della controversia e del coinvolgimento della sfera più intima della persona (v. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche della difesa*, in *Fam. dir.*, 2019, 950).

BEATRICE FICCARELLI

I TERMINI PROCESSUALI CIVILI AI TEMPI DEL COVID-19

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

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'ambito applicativo dell'art. 83, comma 2, d.l. n. 18/2020 – 3. La sospensione dei termini *ex* art. 83, comma 2, d.l. n. 18/2020 – 4. Nota conclusiva.

1. – Il decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»¹, ha previsto, all'art. 83, una serie di «nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare»².

Oggetto delle notazioni che seguono è il comma 2 dell'art. 83, il quale – limitatamente a quanto può rilevare in relazione al processo civile – così prevede: «Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili [...]. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti [...] per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto»³.

(*) Email: alberto.villa1@unimib.it.

¹ Convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27.

² Questa la rubrica dell'articolo.

³ Occorre inoltre dar conto che, ai sensi del comma 20 dell'articolo in esame, «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 sono altresì sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, nei procedimenti di negoziazione assistita ai sensi del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando i predetti procedimenti siano stati introdotti o risultino già pendenti a far data dal 9 marzo fino al 15 aprile 2020. Sono conseguentemente sospesi i termini di durata massima dei medesimi procedimenti».

Saranno qui considerati l'*ambito applicativo* di tali disposizioni e, inoltre, il problema del *computo* del termine per effetto della sospensione.

Mette conto da ultimo precisare che, al d.l. n. 18/2020, è seguito il d.l. 8 aprile 2020, n. 23⁴, il cui art. 36 ha prorogato il termine finale del periodo di sospensione, fissato come si è visto dal d.l. n. 18/2020 al 15 aprile 2020, «all'11 maggio 2020». Le riflessioni che seguono, laddove riferite al 15 aprile, varranno ovviamente fino all'11 maggio 2020.

2. – Per quanto concerne la prima delle divise aree di indagine, merita evidenziare che quella in questione è una previsione di portata *generale*.

E invero, il precedente decreto legge 8 marzo 2020, n. 11⁵, prevedendo che «a decorrere dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto», e quindi dal 9 marzo 2020, «e sino al 22 marzo 2020, sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1», poneva un non trascurabile dubbio interpretativo rispetto alla sua latitudine di applicazione, riferendosi ai soli procedimenti «indicati al comma 1», che a sua volta erano soltanto quelli rispetto ai quali era stata fissata udienza tra il 9 e il 22 marzo⁶.

Il nuovo decreto ha superato tale questione esegetica, non contenendo nessuna limitazione e prevedendo anzi espressamente che è sospeso il decorso dei termini per il compimento «di qualsiasi atto dei procedimenti civili». Inequivocabile, in tal senso, la Relazione illustrativa del d.l. n. 18/2020, che sottolinea l'intento di «chiarire ed estendere la previsione originaria» e «l'amplessima portata che la sospensione ivi prevista deve

⁴ «Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali».

⁵ «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria».

⁶ Cfr. riguardo G. SCARSELLI, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in *Judicium*: «La disposizione pone un importante quesito preliminare: essa infatti non sospende tutti i termini processuali civili compresi dal 9 al 22 marzo, bensì li sospende in quella misura solo se il procedimento rientra tra quelli indicati al 1° comma, ovvero solo se il procedimento ha udienza fissata tra il 9 e il 22 marzo. Dunque, per esemplificare, se io devo scrivere una memoria con scadenza 10 marzo e ho udienza al 21 marzo, il termine per scrivere la memoria è sospeso; ma se io ho da scrivere la memoria al 10 marzo con udienza fissata al 23 marzo il termine non è sospeso. [...] L'intenzione del Governo sembrava quella di sospendere tutti i termini processuali nel periodo considerato, ma il tenore letterale dell'art. 1, 2° comma non è in questo senso».

avere (da riferirsi a tutti i procedimenti [...]) e non certo ai soli procedimenti in cui sia stato disposto un rinvio di udienza)»⁷.

Ancora, la norma specifica che si intendono sospesi i termini «per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali». Anche l'atto iniziale del processo, ovvero l'atto di impugnazione, godono dunque della provvidenza della sospensione. Anche in questo caso appaiono superati, con una disposizione di portata generale, i dubbi interpretativi collegati al decreto n. 11⁸.

Sono riproposte⁹ una serie di limitazioni, individuate, per quanto concerne la materia civile, dal comma 3, lett. a), dell'articolo in commento, che esclude dalla sospensione le «cause di competenza del tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati e ai minori allontanati dalla famiglia quando dal ritardo può derivare un grave pregiudizio e, in genere, procedimenti in cui è urgente e indifferibile la tutela di diritti fondamentali della persona», le «cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, nei soli casi in cui vi sia pregiudizio per la tutela di bisogni essenziali», i «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona», i «procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione»¹⁰, i «procedimenti di cui

⁷ «Si è dovuto constatare, infatti, in relazione alla previsione originaria di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11, il fiorire di dubbi interpretativi e prassi applicative sostanzialmente elusive del contenuto della previsione o comunque non adeguatamente sensibili rispetto all'evidente dato teleologico della norma, costituito dalla duplice esigenza di sospendere tutte le attività processuali allo scopo di ridurre al minimo quelle forme di contatto personale che favoriscono il propagarsi dell'epidemia, da un lato, e di neutralizzare ogni effetto negativo che il massivo differimento delle attività processuali disposto al comma 1 avrebbe potuto dispiagare sulla tutela dei diritti per effetto del potenziale decorso dei termini processuali, dall'altro»: così ancora la Relazione illustrativa.

⁸ Cfr. ancora G. SCARSELLI, *op. cit.*: «Il procedimento civile [...] potrebbe non esistere, essendo da iniziare, infatti, a pena di decadenza, proprio nel periodo compreso tra il 9 e il 22 marzo. Ad esempio: una impugnativa di delibera condominiale o societaria va promossa, a pena di decadenza, entro il 21 marzo, o entro quella data va fatta una opposizione a decreto ingiuntivo, oppure un appello o un ricorso per cassazione. *Quid iuris* in questi casi? Il termine è sospeso? La risposta in questo caso è no: stante il tenore letterale dell'art. 1, 2° comma, questo procedimento non ha udienza compresa tra il 9 e il 22 marzo, e quindi il termine non è sospeso. Né altre disposizioni possono venirci in aiuto per risolvere un caso di questo genere».

⁹ In quanto previste anche nel precedente decreto.

¹⁰ Peraltro «nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori e

all'articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833»¹¹, i «procedimenti di cui all'articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194»¹², i «procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari», i «procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di paesi terzi e dell'Unione europea», i «procedimenti di cui agli articoli 283, 351, e 373 del codice di procedura civile», nonché, «in genere», in «tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti»¹³.

3. – Circa il computo dei termini, occorre anzitutto considerare la previsione secondo la quale «il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili» è sospeso per il periodo compreso «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020».

Il legislatore ha quindi adottato l'istituto della *sospensione dei termini*, similmente a quanto accade rispetto ad altri istituti del processo civile¹⁴, tra i quali il più noto (e praticato) è senz'altro quello della sospensione nel periodo feriale¹⁵. La disposizione in commento ricalca invero quella dell'art. 1 della legge sulla sospensione feriale, ai sensi del quale «il decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative è sospeso di diritto dal 1° al 31 agosto di ciascun anno, e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione».

La norma è applicabile sia allorché il termine originario venga a scadere *all'interno* del periodo di sospensione, sia allorché lo stesso scada *dopo* la prevista sospensione. In concreto, quindi, il computo del «nuovo» termine potrà avvenire calcolando i giorni trascorsi prima del periodo di sospensione e, in seguito, facendo decorrere i giorni residui dalla fine del periodo di sospensione; ovvero aggiungendo 38 giorni – tale è il lasso temporale che decorre dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 – al termine originariamente fissato. Non sono inutili esempi pratici. Supponiamo che l'udienza di precisazione delle conclusioni sia stata regolarmente celebrata il 5 marzo

sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute».

¹¹ E quindi i procedimenti relativi agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera per malattia mentale.

¹² In materia di assenso all'interruzione della gravidanza.

¹³ Precisando la norma che, «in quest'ultimo caso, la dichiarazione di urgenza è fatta dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso, con decreto non impugnabile e, per le cause già iniziate, con provvedimento del giudice istruttore o del presidente del collegio, egualmente non impugnabile».

¹⁴ Si vedano per esempio gli artt. 43, 481, 628 c.p.c. Su tali fattispecie cfr. S. BOCCAGNA – F. DE SANTIS DI NICOLA, sub art. 153, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, Milano, 2018, 1752.

¹⁵ Disciplinata, come noto, dalla l. 7 ottobre 1969, n. 742.

2020, con assegnazione alle parti del termine di 20 giorni per il deposito delle comparse conclusionali. Il termine come originariamente fissato dal giudice scadrebbe il 25 marzo 2020; per effetto del decreto n. 18/2020, il termine scadrà il 2 maggio 2020. Si perviene a tale esito considerando che, al 9 marzo (data di inizio della sospensione) erano trascorsi 3 giorni (dal 6 all'8 marzo compreso), ai quali vanno aggiunti i restanti 17 giorni a partire dal giorno 16 aprile (compreso), quando cessa il periodo di sospensione¹⁶. Supponiamo che il termine per il compimento dell'atto rilevante scada il 17 aprile 2020; per effetto del decreto legge n. 18/2020, il termine scadrà il 25 maggio 2020, data individuata calcolando 38 giorni a partire dal 17 aprile.

Nel caso in cui invece il decorso del termine *inizi* nel periodo di sospensione, la norma in commento prevede che «l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo». Anche in questo caso la disposizione riproduce quanto previsto dall'art. 1 della legge sulla sospensione feriale. La norma è chiara: se il termine inizia a decorrere tra il 9 marzo e il 15 aprile 2020, il termine iniziale è differito al 16 aprile.

Quanto, infine, ai termini a ritroso, si prevede che, «quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto». Anche i termini a ritroso, non menzionati nel decreto legge n. 11¹⁷, dovrebbero dunque giovare dell'intervento del legislatore, attraverso il differimento dell'«udienza» o dell'«attività» dalla quale decorra il termine. A titolo esemplificativo, la prima udienza del 28 aprile 2020 – non compresa nel rinvio generalizzato di cui al comma 1 dell'art. 83, ai sensi del quale sono «rinviati d'ufficio a data successiva al 15 aprile» le udienze dei procedimenti civili previste «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020»¹⁸ – dovrebbe

¹⁶ L'esito è il medesimo calcolando 38 giorni a partire dal 25 marzo, data nella quale spirava originariamente il termine in questione.

¹⁷ Cfr. ancora G. SCARSELLI, *op. cit.*: «Che dire, poi, dei termini c.d. a ritroso che, come è noto, anche per come interpretati dalla cassazione (v. ad esempio, Cass. 14 settembre 2017 n. 21335), necessitano di una disciplina differente rispetto a quella dei termini c.d. finali? Ad esempio: se io ho una causa fissata in prima udienza in Tribunale per il giorno 10 aprile e mi devo costituire venti giorni prima dell'udienza ai sensi dell'art. 166 c.p.c. e quindi mi devo costituire il 21 marzo, *quid iuris*? Anche in questi casi il procedimento non ha una udienza fissata tra il 9 e il 22 marzo, e quindi il procedimento, formalmente, non rientra tra quelli di cui all'art. 1, 1 comma. Dal che, si deve ancora concludere che la sospensione dei termini non vale in questi casi».

¹⁸ Ancorché debba aggiungersi che, ai sensi del comma 6 della norma in esame, «per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 30 giugno 2020 i capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute, anche d'intesa con le

subire un differimento in quanto il termine per il deposito della relativa comparsa di risposta ricade (in parte) nel periodo di sospensione, che assurge in tal modo a «periodo di salvaguardia» nel quale la parte non può essere tenuta a compiere nessun atto, e nemmeno un atto il cui termine è a ritroso¹⁹. Il nuovo termine dovrebbe decorrere (ovviamente anch'esso a ritroso) dall'udienza differita, con la conseguenza che, di fatto, siamo in presenza non già di una sospensione del termine pregresso, bensì di un termine fissato *ex novo*²⁰. Qualora non intervenga il differimento, la parte

Regioni, dal Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della giustizia e delle prescrizioni adottate in materia con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, al fine di evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone. Per gli uffici diversi dalla Corte suprema di cassazione e dalla Procura generale presso la Corte di cassazione, le misure sono adottate d'intesa con il Presidente della Corte d'appello e con il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello dei rispettivi distretti; e, ai sensi del comma 7 della norma in esame, «per assicurare le finalità di cui al comma 6, i capi degli uffici giudiziari possono adottare» una serie di «misure», tra le quali anche «la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020».

¹⁹ Cfr. ancora G. SCARSELLI, *op. cit.*, a commento della sospensione di cui al decreto n. 11/2020: «V'è da ritenere che la sospensione dei termini processuali di cui all'art. 1, 2° comma, per esegesi costituzionalmente orientata, debba o non darsi mai, oppure darsi per i termini processuali di tutti i procedimenti, e debba valere anche per i termini a ritroso, con indicazione al giudice di rinviare i procedimenti che abbiano udienze tali da far cadere termini a ritroso nel periodo di salvaguardia fissato dal decreto legge tra il 9 e il 22 marzo, e parimenti indicazione al giudice di non fissare udienze o disporre rinvii in date che danno termini a ritroso ricadenti nel periodo compreso tra il 9 e il 22 marzo 2020».

²⁰ Cfr. infatti la Relazione illustrativa del decreto: «Nell'evidente improponibilità di una soluzione che faccia comunque decorrere il termine a ritroso anche durante il periodo di sospensione, ledendo in tal modo i diritti della parte nei [cui] confronti decorre, si è quindi optato per un meccanismo di differimento dell'udienza o della diversa attività cui sia collegato il termine, in modo da far decorrere il suddetto *ex novo* ed integralmente al di fuori del periodo di sospensione». Cfr. anche G. CIVICO, G. VITARELLI, *Termini processuali e udienze nei processi civili e amministrativi dopo il d.l. cura Italia n. 18/2020*, in *Diritto24*: «Per i termini a ritroso si è previsto [...] che se cadono nel periodo di sospensione la relativa udienza è spostata se non è possibile garantire la giusta "distanza" dall'udienza (es: udienza il 20 aprile con termine a ritroso, per deposito memoria o documenti, dieci giorni prima, ossia il 10 aprile; l'udienza verrà spostata e con essa il termine, che verrà dunque a scadere più tardi; es: nuova udienza 20 maggio, nuovo termine a ritroso, 10 maggio)». Resta il fatto che la norma in commento, disponendo come si è visto che, «quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione», il differimento dev'essere previsto «in modo da consentirne il rispetto», potrebbe anche prestarsi a letture difformi (come quella basata sul computo dei giorni di sospensione «non goduti»). La soluzione più semplice, e soprattutto quella che sembra più in linea con la *ratio* normativa, è però quella di far decorrere il nuovo termine, in ogni caso, dall'udienza (o dall'attività) differita, con la fissazione quindi di un termine a tutti gli effetti «nuovo» (il problema interpretativo nasce a fronte di una disposizione senz'altro peculiare, il cui scopo è quello di applicare la sospensione anche ai termini a ritroso, ma attraverso un *differimento*

interessata potrebbe senz'altro formulare istanza per l'applicazione della norma in esame. Qualora, approssimandosi la scadenza, non intervenga un provvedimento giudiziale di differimento – ed è agevole rendersi conto che, dal punto di vista operativo, è questa l'ipotesi più delicata –, pare prospettabile, laddove la parte non sposi la via cautelativa di rispettare l'originario termine a ritroso, la rimessione in termini della parte stessa. Non può invero escludersi che la previsione sia oggetto di letture diverse (legando la provvidenza della sospensione all'avvenuto differimento dell'udienza o dell'attività rilevante), ma si tratterebbe, a mio avviso, di letture non rispettose di quella che appare la *ratio* normativa. Va aggiunto che la *necessità* del differimento in caso di termine a ritroso – e, quindi, di converso, dell'irragionevolezza di un'interpretazione che consideri decaduta la parte che di esso non abbia potuto giovare – sembra confermata dalla Relazione dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte del 1° aprile 2020 sugli «effetti, limitatamente al processo civile in Cassazione, derivanti dalla “alluvionale” legislazione urgente degli ultimi due mesi [...] dettata dall'emergenza epidemiologica da COVID-19»; la Relazione, circa i termini a ritroso come disciplinati dal d.l. n. 18/2020, premesso che «la scelta del legislatore si mostra parzialmente diversa rispetto all'opzione ermeneutica fatta propria in passato dalla S.C., che, appunto in tema di sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale, aveva affermato che siffatta sospensione comporta semplicemente la sottrazione del medesimo periodo dal relativo computo», rileva che, «con la norma in commento, invece, se ad esempio il termine a ritroso (di cinque o dieci giorni) prima dell'udienza pubblica o dell'adunanza camerale, fissato per il deposito delle memorie *ex artt.* 378 o 380-bis.1 c.p.c., ricade nel periodo di sospensione, dovrà *necessariamente* disporsi il differimento delle dette udienze o adunanze camerali»²¹.

Ciò osservato rispetto ai termini a ritroso, la proposizione di un'istanza di differimento potrebbe, in via interpretativa, essere prospettata anche in caso di termine *finale* (e non già a ritroso) che, per effetto dell'applicazione della sospensione, dia luogo appunto alla necessità di un rinvio. Si pensi, esemplificando, al «trittico» di memorie di cui al comma 6 dell'art. 183 c.p.c.: qualora i relativi termini siano differiti per effetto delle previsioni in commento, si dovrebbe chiedere al giudice (ove questi non provveda d'ufficio) un idoneo rinvio anche della successiva udienza in ipotesi già

dell'udienza o dell'attività rilevante; e invero, la sospensione del decorso di un termine a ritroso comporterebbe di regola, *ad instar* di quanto accade per la sospensione feriale, una *riduzione* del lasso temporale a disposizione della parte, e non già un incremento dello stesso, il che è invece, all'evidenza, l'intento del legislatore dell'emergenza).

²¹ Mio il corsivo.

fissata, ma in data divenuta incompatibile con lo «scivolamento» dei termini per il deposito delle memorie di cui trattasi²².

Occorre infine dar conto che la previsione, riferendosi ai termini a ritroso che ricadono «in tutto o in parte nel periodo di sospensione», e quindi nel periodo che il decreto individua «dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020», potrebbe in effetti essere invocata anche dalla parte che, al 17 marzo 2020, data di entrata in vigore del decreto, non abbia rispettato il termine originariamente previsto; per esempio, dalla parte che, a fronte di una prima udienza fissata per il 23 marzo 2020, non abbia depositato la propria memoria difensiva per la scadenza del 13 marzo (confidando in una lettura «estensiva» del decreto n. 11/2020, che, da un lato, non disciplinava i termini a ritroso, ma, dall'altro lato, disponeva la sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto processuale dal 9 al 22 marzo).

4. – L'emergenza – non diversamente, invero, dall'ordinario, ma la prima con maggiore forza sociale e mediatica – postula soluzioni il più possibile chiare e in grado di rendere lo scenario processuale maggiormente vivibile (guai, ovviamente, se l'effetto fosse addirittura opposto, vieppiù in questi giorni silenti e convulsi insieme).

L'«evoluzione» dal d.l. n. 11/2020 al d.l. n. 18/2020 sembra, sul fronte dei termini del processo civile, compiere alcuni significativi passi nella direzione auspicata.

Abstract

PROCEDURAL TIME LIMITS AT THE TIME OF COVID-19

Lo scritto ha a oggetto l'esame delle misure straordinarie previste nel campo della giustizia civile in relazione all'emergenza epidemiologica da Covid-19. In particolare, sono analizzati i problemi relativi alla sospensione dei termini processuali previsti nel sistema.

²² Cfr. G. CIVICO, G. VITARELLI, *op. cit.*: «Potrebbe proporsi un dubbio, qualora ci sia un caso particolare, come nell'esempio sotto descritto [...]: prima udienza tenutasi il 1 marzo, termini 30+30+20 per depositare le memorie *ex art.* 183 c.p.c. e udienza di trattazione fissata il 1 giugno. Ovviamente se slittano (in forza della sospensione) questi termini si supera teoricamente l'udienza di arrivo (in questo esempio, paradossalmente, la memoria n. 3 scadrebbe dopo l'udienza), quindi questa dovrebbe essere spostata d'ufficio dal Giudice. Ma in mancanza di indicazioni in tal senso – ad esempio la cancelleria comunica lo spostamento d'udienza – risulta prudentiale rispettare i termini depositando le memorie come se non ci fosse la sospensione, dato che – leggendo alla lettera il comma 2 – la previsione del differimento dell'udienza è contemplata solo per i termini a ritroso».

The paper deals with the extraordinary measures concerning civil justice adopted in connection with the emergency caused by Coronavirus. In particular, the study analyzes the problems related with the suspension period settled by the legislator in respect to all deadlines provided by law.

Per accedere al documento cliccare sul provvedimento.

LEGISLAZIONE

Legge 24 aprile 2020, n. 27 “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto–legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID–19. Proroga dei termini per l’adozione di decreti legislativi”

D.L. 8 aprile 2020, n. 23 “Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali”

GIURISPRUDENZA

Cassazione civile, Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8241 (Pres. Travaglino, Est. Rubino)

Controversie tra gli organismi di telecomunicazione e gli utenti – tentativo di conciliazione – mancanza – improponibilità della domanda – esclusione – improcedibilità – sussistenza

Articoli di riferimenti: art. 1, l. 31 luglio 1997, n. 249; art. 1, Delibera AGCOM 19 giugno 2002, n. 182/02/CONS

In tema di controversi tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti il mancato previo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dall’art. 1 della l. n. 249 del 1997 per poter introdurre una controversia in materia di telecomunicazioni, dà luogo alla improcedibilità e non alla improponibilità della domanda.

Cassazione civile, Sez. Un., 28 aprile 2020, n. 8240 (Pres. Travaglino, Est. Rubino)

Controversie tra gli organismi di telecomunicazioni e gli utenti – Regime introdotto dall’art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997 – Tentativo di conciliazione – Ricorso per decreto ingiuntivo – Necessità dell’esperimento – Esclusione

Articoli di riferimento: art. 1, l. 31 luglio 1997, n. 249; art. 1, Delibera AGCOM 19 giugno 2002, n. 182/02/CONS; Delibera AGCOM 19 aprile 2007, n. 173/07/CONS; art. 5, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28

In tema di controversie tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti, non è soggetto all'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione, previsto dall'art. 1, comma 11, della l. n. 249 del 1997, chi intenda richiedere un provvedimento monitorio, essendo il preventivo tentativo di conciliazione strutturalmente incompatibile con i procedimenti privi di contraddittorio o a contraddittorio differito.

Cassazione penale, Sez. II, 10 aprile 2020, n. 11959 (Pres. Cammino, Est. Di Paola)

Reati contro il patrimonio – appropriazione indebita – oggetto – dati informatici sottratti da un computer aziendale poi “formattato” – sussistenza

Articoli di riferimento: artt. 624, 646 c.p.

I dati informatici, contenenti files, sono qualificabili “cose mobili” ai sensi della legge penale e, pertanto, costituisce condotta di appropriazione indebita la sottrazione da un personal computer aziendale, affidato per motivi di lavoro, dei dati informatici ivi collocati, provvedendo successivamente alla cancellazione dei medesimi dati e alla restituzione del computer “formattato”.

Cassazione civile, Sez. Un., 2 marzo 2020, n. 5685 (Pres. Mammone, Est. Lamorghese)

Fallimento dell'appaltatore di opera pubblica – art. 118, comma 3, d.lgs. n. 163/06 – applicabilità – condizioni – conseguenze – credito del subappaltatore – prededuzione – esclusione

Articoli di riferimento: art. 118, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; artt. 111, 111-bis l. fall.

In caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 – che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti di quest'ultimo al subappaltatore – deve ritenersi riferito

all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa "in bonis" e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che al curatore è dovuto, dalla stazione appaltante, il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della "par condicio creditorum" e dell'ordine delle cause di prelazione.

Tribunale di Milano, ord. 20 febbraio 2020 (G.E Fiengo)

Esecuzione forzata su beni indivisi – giudizio di divisione endoesecutivo – mancata integrazione del contraddittorio nel termine assegnato dal giudice – conseguenze sul procedimento esecutivo – estinzione

Articoli di riferimento: artt. 599 ss. c.p.c.

Nell'ambito dell'espropriazione forzata per beni indivisi quando è disposta la divisione, il mancato rispetto del termine assegnato dal giudice dell'esecuzione per l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli interessati comporta l'estinzione della procedura esecutiva.

Tribunale di Roma, decreto 9 dicembre 2019, n. 1290 (Pres. Monastero)

Articoli di riferimento: artt. 2393, 2394 c.c.; art. 146 l. fall.; art. 810 c.p.c.

Va respinta la richiesta di nomina giudiziale ex art. 810 c.p.c. di un collegio arbitrale in forza di clausola arbitrale statutaria in relazione ad una controversia avente ad oggetto l'azione di responsabilità ex art. 146 l. fall. qualora il curatore postuli indistintamente la responsabilità degli amministratori, senza specificare se intende azionare in sede arbitrale la sola azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. o anche far valere le azioni che spettano ai singoli creditori ex art. 2394 c.c., non essendo queste ultime devolute in arbitrato, ma risultando inscindibilmente legate all'azione sociale di responsabilità.

Hanno contribuito al fascicolo:

Beretta, Davide – Dottore di ricerca; Culture della materia
nell'Università di Milano

Casonato, Sante – Dottore commercialista

De Sensi, Vincenzo – Professore a contratto nell'Università LUISS
"Guido Carli"

Felloni, Giacomo – Dottore di ricerca

Ferrari, Mariangela – Ricercatore nell'Università di Milano-Bicocca

Ficcarelli, Beatrice – Professore associato nell'Università di Siena

Kevin Silvestri – Dottorando di ricerca nell'Università di Trento

Minenna, Marcello – Direttore generale dell'Agenzia delle Dogane e dei
Monopoli

Monzani, Marta – Avvocato

Rovelli, Luigi – Già Presidente aggiunto presso la Corte di cassazione

Tosi, Emilio – Ricercatore nell'Università di Milano-Bicocca

Villa, Alberto – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca

Zulberti, Martino – Ricercatore nell'Università di Milano