

Anno IX (2020)
Settembre – Dicembre
Fascicolo 3

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. 3 – Settembre – Dicembre

ARTICOLI

LUIGI ROVELLI, <i>Variazioni sul tema dell'abuso del diritto e del principio di correttezza nel diritto societario</i>	511
MARIANGELA FERRARI, <i>Sperimentazione clinica vaccinale e responsabilità civile in tempo di COVID-19</i>	577
BARBARA GRAZZINI, <i>Fake news, lesione della reputazione e tutela delle relazioni familiari</i>	592
ÈRICO ANDRADE, LEONARDO NETTO PARENTONI, <i>Il superamento della personalità giuridica nel diritto brasiliano. Aspetti sostanziali e processuali</i>	629
ALBERTO VILLA, CHIARA IMBROSCIANO, <i>Udienze online e processo civile telematico: lo stato dell'arte e alcune proposte de iure condendo</i>	651
MARCO CONFORTO, <i>Gli strumenti di "consolidamento" per la soluzione della crisi del gruppo di imprese: un'indagine alla luce della disciplina contenuta nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza</i>	674
FRANCESCO CARELLI, <i>Il piano attestato di risanamento nel nuovo CCII: da esenzione della revocatoria fallimentare a soluzione stragiudiziale della crisi</i>	696

DIBATTITI

LAURA SALVANESCHI, <i>Giudizio arbitrale e decisione sulla competenza allo stato degli atti</i>	715
MAURO VANTAGGIO, <i>Conservazione dei documenti di acquisto dei cespiti aziendali e Cassazione tributaria</i>	722

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

RITA MARUFFI, <i>Una condivisibile presa di posizione delle Sezioni Unite sull'onere di attivare la mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo</i>	733
LUCA MONOSI, <i>L'ultrattività della sospensione della delibera di esclusione del socio di società di persone</i>	746

Sez. II – Osservatorio

<i>Arbitrabilità della controversia disciplinata da norme inderogabili e necessaria censurabilità del lodo per violazione delle stesse: Corte di cassazione, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 20462</i>	765
<i>Decorrenza del termine lungo per l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale: Corte di cassazione, Sez. I, 24 settembre 2020, n. 20104</i>	768
<i>I criteri di qualificazione di una sentenza parziale come definitiva o non definitiva: verso una nuova rimessione alle Sezioni Unite: Corte di cassazione, Sez. II, 9 marzo 2020, n. 6624</i>	770

MATERIALI

Sez. I – Legislazione

Decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137. <i>“Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19”</i>	774
---	-----

Sez. II – Giurisprudenza

Concordato preventivo – inammissibilità per abuso del processo – dichiarazione di fallimento conseguente – riforma in sede di reclamo – esame dell'ammissibilità della domanda di concordato – rimessione al tribunale: Corte d'appello di Milano, 22 ottobre 2020.....	774
---	-----

Concordato preventivo omologato – fase esecutiva – decorso del
termine *ex art.* 186 l. fall. – dichiarazione di fallimento –
ammissibilità: Corte d'appello di Torino, 19 novembre 2020774

VARIAZIONI SUL TEMA DELL'ABUSO DEL DIRITTO E DEL PRINCIPIO DI CORRETTEZZA NEL DIRITTO SOCIETARIO

LUIGI ROVELLI

*Già Presidente aggiunto
presso la Corte di Cassazione*

SOMMARIO: 1. Comportamenti scorretti dei soci nelle società di capitali: problemi di inquadramento sistematico. – 2. Sintesi degli indirizzi giurisprudenziali nell'esperienza italiana. – 3. Gli interessi legittimi. – 4. La problematica dell'abuso del diritto e le sue criticità. Correlazione tra potere e soggezione. – 5. Relazione fra l'atto di autonomia privata ed il suo contenuto; giudizio di buona fede e sua possibile incidenza sulla validità dell'atto alla stregua delle ordinanze della Corte costituzionale sulla caparra confirmatoria; giudizio di compatibilità fra la norma privata e l'ordinamento generale. – 6. Convivenza di contrattualismo e di istituzionalismo nel "nuovo" diritto societario; convivenza di norme di relazione e di norme di azione. – 7. Verso possibili osmosi tra "categorie" del diritto pubblico e del diritto privato. – 8. La clausola di buona fede oggettiva e il possibile valore aggiunto della teoria dell'abuso del diritto in presenza di esercizio di poteri privati. Limiti all'esercizio del diritto di voto assembleare tra clausola di buona fede e abuso del diritto. – 9. Il perdurante rilievo della nozione di "causa"; ricerca della causa tipica del voto assembleare; la ratio del principio maggioritario; il fine del voto e la libertà dei mezzi. – 10. Incongruenza teleologica tra causa tipica e causa concreta del voto in assemblea. Atipicità dell'atto unilaterale; giudizio di meritevolezza e ruolo della clausola di buona fede. – 11. Il controllo giudiziario.

1. – Talora accade che anche un tema a lungo dibattuto, che è andato via via trovando molteplici e divergenti proposte di soluzione sul terreno dottrinale, e che ha visto emergere nel tempo una sorta di "diritto vivente", variamente motivato, su quello giurisprudenziale, meriti di essere ripreso per una riflessione teorica più aggiornata. È quanto ci è parso possa avvenire in ordine al problema della sindacabilità dell'esercizio del diritto di voto – nella società per azioni – in danno della posizione di un socio o dei soci di minoranza, ma senza alcuna relazione né favorevole, né dannosa per l'interesse sociale, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza (che sembra aver identificato il vizio che affetta di nullità il voto e – se determinante – della delibera approvata dall'assemblea, attraverso l'applicazione della

clausola di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del contratto *ex art.* 1375 del c.c.). Da un lato, sono cresciuti gli approfondimenti sulla possibilità (e sui limiti di estensione di tale possibilità) dell'inserzione della clausola generale di correttezza e buona fede (che si avvia a diventare "principio" in forza della derivazione dall'art. 2 della Costituzione più volte affermata dalla Corte Costituzionale); dall'altro si avverte la incontestabilmente avvenuta introduzione non soltanto nel "diritto vivente", ma almeno in tipizzate fattispecie di legge, di diritto vigente, del divieto del cosiddetto "abuso del diritto"; introduzione che tuttavia non esclude ma presuppone che l'eccedenza nell'esercizio del diritto che ne configura l'abuso, sia, in qualche modo, desumibile dall'analisi dei caratteri particolari della disciplina giuridica dell'istituto dal quale discende il "diritto" del cui esercizio "abusivo" si discute.

Nello stesso tempo, entro la dottrina civilistica, si è formata ed è generalmente condivisa la consapevolezza dell'esistenza e della rilevanza, anche nell'ordinamento di diritto privato, della figura dell'interesse legittimo quando, in presenza di "*organization recht*", le figure soggettive a confronto sono quelle che si ritrovano nella coppia potere-soggezione. In tal modo sembra profilarsi anche nel diritto privato la figura, sorta è costruita entro il diritto amministrativo, dell'eccesso di potere, con il corollario della sua identificabilità attraverso il ricorso ad elementi sintomatici (soprattutto ancora, in tal caso, attraverso l'identificazione di comportamenti contrari alla regola di correttezza e buona fede nei rapporti obbligatori, ma non necessariamente e non soltanto attraverso questo elemento sintomatico).

In materia resta ancora fondamentale per la ricostruzione storico-sistemica e per la coerenza dell'impianto teorico – pur non condiviso in questo contributo – anche con riferimento alla figura dell'eccesso di potere (con il corollario della configurabilità di situazioni di interesse legittimo) il volume, risalente al 1965 di Agostino Gambino.

Alla base di quel contributo comunque sta l'esigenza di ricercare su fondamenti diversi da quelli postulati dalla tradizione, la tutela degli abusi realizzabili nel procedimento di formazione delle deliberazioni assembleari, affidando tuttavia al rispetto delle regole procedurali il criterio distintivo tra l'uso e l'abuso. Punto di partenza è stato per Gambino quello – che forse tradisce una pur negata sostanziale adesione alle "radici" istituzionalistiche – che vede, peraltro correttamente, la configurazione di tutte le posizioni giuridiche degli azionisti, salvo quelle ad essi individualmente attribuite in virtù di particolari clausole contrattuali, come posizioni "riflesse" dell'ordinamento sociale e quindi da questo modificabili fino al limite dei caratteri essenziali del rapporto societario. Da ciò deriva l'insufficienza di soluzioni fondate su basi esclusivamente contrattualistiche. Veniva così affermato – quasi anticipando la critica a quello che sarebbe in futuro

diventato l'orientamento della giurisprudenza – come nell'ordinamento delle società capitalistiche, a differenza che nelle società di persone, in cui vige il principio – salvo deroga pattizia – dell'immutabilità del contratto sociale senza il consenso di tutti i soci, le vicende dell'ordinamento pattizio non possono essere giustificate con il ricorso a principi che reggono l'attività esecutiva del contratto – tra i quali l'art. 1375 c.c. – non rappresentando il contratto sociale una definitiva composizione di conflitti intersoggettivi di interessi. A questo riguardo va tuttavia sottolineato che il richiamo alla regola derivabile dalla clausola generale di buona fede entro i soggetti di un rapporto obbligatorio, anche se fosse preclusa l'applicazione diretta dell'art. 1375 c.c., trova fondamento normativo nell'art. 1175 del c.c.

Già da questo emerge tuttavia la reale difficoltà di risolvere la problematica in questione valorizzando la componente "contrattualistica" ed esclusivamente quest'ultima della società. Mutuando concetti e terminologia sorti sul terreno del diritto amministrativo, si è portati ad identificare la tipologia della situazione soggettiva del socio che chiede tutela di fronte a comportamenti ed atti dell'organo assembleare ritenuti "abusivi", come non inquadrabile in una norma che enuncia la fattispecie e vi collega la disciplina specifica; e a definirla così come non di diritto soggettivo ma di "interesse legittimo". Tale la posizione di quei soggetti i cui interessi, nella concreta vicenda, non ricevono una tutela diretta, in quanto non corrispondono a doveri specifici imposti ad altri soggetti e posti in immediata correlazione con essi. Tali interessi appaiono piuttosto porsi in posizione di "soggezione" rispetto all'esercizio del potere che un "ordinamento sociale" attribuisce ad altri soggetti; ma proprio da tali norme, che si classificano come "norme di azione" (avendo di mira l'esercizio di un potere, di un diritto potestativo o anche di semplici facoltà) essi vengono a ricevere la tutela "riflessa" per quanto l'esercizio del potere abbia ecceduto dai limiti che l'ordinamento positivo, complessivamente interpretato, pone all'area collettiva e alla estrinsecazione della volontà che essa esprime.

La non condivisione di tale impostazione concettuale appare espressa chiaramente nelle parole che Agostino Gambino pone nel capitolo introduttivo del volume. Ivi si osserva che "se si volesse qualificare come interesse legittimo la posizione giuridica riconosciuta ai soci nell'ordinamento sociale, l'espressione verrebbe comunque usata con un significato nettamente distinto da quello che assume in diritto pubblico: dove il prevalente rilievo, nella tutela giuridica, dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato si riflette e trova conferma nella prescrizione di una giurisdizione speciale cui la stessa nozione di interesse legittimo si collega".

Questo in effetti appariva conforme alla considerazione della giurisdizione amministrativa ancora presente negli anni '60 come

“giurisdizione di diritto oggettivo”; considerazione fondata sulla definizione dell’interesse legittimo come interesse occasionalmente protetto; definizione corrispondente alla funzione che esso ha storicamente adempiuto come mero requisito di legittimazione all’esercizio dell’azione di annullamento da parte del privato. Vero è che, come emergerà dal sintetico *excursus* storico sull’interesse legittimo (che segue) l’invenzione prima e l’utilizzazione poi, da parte del Consiglio di Stato, della figura concettuale dell’interesse legittimo è stata storicamente funzionale ad un percorso – condiviso dalla cultura giuridica nazionale – che, nella piena vigenza della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, era diretto a dare tutela (e addirittura maggior tutela attraverso l’annullamento dell’atto) a posizioni soggettive che non trovavano protezione davanti al solo organo giurisdizionale allora esistente. E ciò è potuto avvenire nello spazio, aperto dall’art. 3 della legge del 1865, riassunto nella formula “spaventiana” di “giustizia nell’amministrazione”. Oggi la Costituzione ha attribuito al giudice amministrativo la piena posizione di “terzietà” fra pubblica amministrazione e altri soggetti interessati o controinteressati dall’atto di esercizio di un pubblico potere. La funzione del giudice amministrativo è quella di rendere giustizia non più “nell’amministrazione” ma nei confronti della pubblica amministrazione e questo fa venir meno la funzione storica di una giustizia di tipo oggettivo. Tale cambiamento è reso ancor più palese con la (forse abnorme) dilatazione degli spazi di “giurisdizione esclusiva”, che rendono sempre più evidente come sia sufficiente “l’esistenza del potere” che si assume che l’amministrazione abbia (argomenta anche da Corte Costituzionale, sentenza n. 204 del 2004) per poter determinare la giurisdizione del giudice amministrativo.

A questo punto, e considerato che nel diritto privato e in particolare in quello delle obbligazioni, la figura che meglio ricalca anche le vicende che hanno visto emergere nel diritto pubblico la nozione di interesse legittimo è quella che va sotto il nome di abuso del diritto, appaiono necessarie alcune preliminari più approfondite considerazioni generali su tale tipo di figura; precedute peraltro da una sintesi degli indirizzi giurisprudenziali in materia di limiti al diritto di voto nell’assemblea delle società di capitali entro l’esperienza italiana.

2. – La fattispecie generale su cui si è sviluppata la casistica giurisprudenziale ed un amplissimo dibattito dottrinale è quella del cosiddetto “abuso” della maggioranza assembleare a danno dei soci di minoranza. Si tratta di deliberazioni assembleari prese nel rispetto formale della legge ed il cui oggetto non concretizza la lesione di diritti soggettivi degli azionisti (cosiddetti diritti individuali dei soci).

L'identificazione della fattispecie astratta richiede un previo quadro classificatorio di massima. Occorre tenere distinte queste tre ipotesi:

a) quello del conflitto di interessi del socio (o dei soci) di maggioranza, costituito da una situazione oggettiva e preesistente, con l'interesse sociale;

b) quello di conflitto di interessi, soggettivo ed attuale, a danno della società;

c) abuso di potere della maggioranza in danno dei soci azionisti di minoranza, ma nella postulata "neutralità" dell'interesse sociale. Le prime due ipotesi confluiscono nella disciplina legale del conflitto di interessi e dunque nell'esegesi dell'art. 2373 c.c. e non involgono la problematica di carattere generale che si manifesta nell'ipotesi sub c).

Il principale gruppo di situazioni che hanno formato oggetto di controversie giudiziali riguardanti ipotesi di "abusi di maggioranza" concerne delibere, di vario oggetto, prospettate come lesive dell'interesse del socio a mantenere inalterata la propria quota di partecipazione, in assenza di un interesse sociale che ne giustifichi la limitazione.

Il *leading case* (Cass. 12 maggio 1951, n. 1177), costituito da delibera di aumento senza incidere sul diritto di opzione, formalmente salvaguardato, è costituito da una fattispecie in cui il risultato pratico dell'esclusione dell'azionista "scomodo" è stato ottenuto mediante la riduzione a zero del capitale, in realtà non interamente perduto, con contestuale reintegrazione e ulteriore aumento in misura ben superiore alle concrete possibilità finanziarie dell'azionista stesso.

In quel caso, la decisione della Suprema Corte si è fondata principalmente sulla base dell'alterazione dei dati di bilancio, con conseguente falsificazione delle comunicazioni sociali, per inferire che l'aumento di capitale costituisce elemento di un vero e proprio piano delittuoso, e quindi, che la delibera ha oggetto illecito, con conseguente violazione dell'art. 2379 c.c. Su un piano analogo si pone una sentenza (Cass. 6 maggio 1963, n. 511), con riferimento ad una delibera di aumento di capitale ritenuta "esorbitante", attuata, sulla base di dati di bilancio dolosamente alterati, in un momento di difficoltà finanziaria dell'azionista di minoranza: la Suprema Corte, pur ravvisando in motivazione la lesione di un interesse del socio "direttamente pregiudicato", fonda la propria decisione, di nullità della deliberazione, sulla violazione di "evidenti norme di ordine pubblico", (...) volte a impedire (...) qualsiasi deviazione dello scopo economico-pratico del contratto di società (così anche Cass., 15 dicembre 1980, n. 6491).

Successivamente la giurisprudenza ha decisamente ammesso la rilevanza, invalidante la decisione, della lesione dell'interesse del socio a non vedere modificata la "propria posizione rispetto alla società, così come contrattualmente configurata all'origine", introducendo quello che sarà il

leitmotiv della successiva giurisprudenza: quello dell'unica finalità fraudolenta come elemento sintomatico di "eccesso di potere" della delibera approvata a maggioranza. Si specifica (Cass.7 febbraio 1979 n. 818) che "il vizio di eccesso di potere nelle deliberazioni sociali regolarmente adottate (...) non s'identifica in un vizio di merito circa l'opportunità della decisione", e che il sindacato giudiziario non comporta controllo giudiziario sulle libere determinazioni dell'autonomia privata, ma il controllo di legittimità della delibera in relazione alla presenza o meno di "un'unica finalità fraudolenta". Il carattere "fraudolento" dell'unica finalità perseguita attraverso la delibera assembleare sembra ricomprendere, nell'ampio filone giurisprudenziale che afferma la sindacabilità dell'atto, sub specie di eccesso di potere, tanto l'illiceità (*id est* contrarietà alla legge) dello scopo perseguito e desiderato, quanto l'intenzionalità del vantaggio particolare (e del danno arrecato): occorre così la dimostrazione della lesione di un interesse giuridicamente protetto degli altri azionisti, la non giustificabilità della lesione alla luce dell'interesse sociale.

Con riferimento alla lesione dell'interesse del socio a mantenere inalterata la propria partecipazione sociale, lesione perseguita con delibere di aumento del capitale recanti esclusione o limitazione dell'opzione, richiamato quanto sopra espresso (e chiarito così che la diretta violazione del diritto di opzione rende di per sé invalida la delibera, senza doversi ricorrere alla figura dell'"abuso" o eccesso di potere; che, nella situazione di cui all'art. 2441, comma 5, c.c., la posizione soggettiva del socio è quella di "affievolimento" del diritto e che quindi, l'accertamento giudiziale della pretestuosità dell'interesse sociale che esige l'ablazione o limitazione del diritto di opzione, produce la piena espansione del diritto individuale del socio), resta da considerare che, nell'ipotesi di decisione di aumento di capitale mediante conferimento di beni in natura, la degradazione del diritto soggettivo è per così dire, *in re ipsa*, alla luce del V comma dell'art. 2441.

In una nota controversia riguardante l'aumento di capitale della società Pirelli, deliberato come da attuarsi in natura, mediante conferimento di partecipazione da parte della SIP, la deliberazione è stata impugnata da soci di minoranza per i quali il conferimento in natura sarebbe stato deliberato unicamente al fine di accrescere la posizione di controllo della famiglia Pirelli. Il giudice (Trib. Milano 14 giugno 1971) ammise la sindacabilità della "sostanza della deliberazione" per eccesso di potere, ma in concreto escluse l'unicità del fine fraudolento, ravvisando un ragionevole interesse sociale a giustificazione dell'operazione di conferimento.

A questa stregua si può però convenire con l'autorevole osservazione di Oppo il quale, partendo dal disposto dell'art. 42, II direttiva UE (per cui le legislazioni degli Stati membri salvaguardano la parità di trattamento degli azionisti che si trovano in condizioni identiche), ritiene che, in caso di

aumento di capitale in natura, mediante conferimento di un bene nella titolarità di uno dei soci, la deliberazione sarebbe difficilmente giustificabile come assunta nell'interesse della società, tenendo conto che il bene può essere parimenti acquistato con disponibilità in denaro creato da un ordinario aumento di capitale, e aggiunge che "se il socio che deve alienare non accetta questa via, ciò basta a condannare il suo intento e chi lo favorisce".

Come è noto, la legge italiana di attuazione della seconda direttiva (dpr 10 febbraio 1986 n. 30) esplicitando nella Relazione il criterio di "non modificare il diritto interno se non nella misura strettamente indispensabile per osservare le prescrizioni della direttiva stessa", ha ritenuto di non dover apportare alcuna modifica normativa per dare fondamento nel nostro ordinamento al principio di "pari trattamento" di tutti gli azionisti nella società azionaria. E dalle parole di Carlo Angelici (nella Rivista di diritto civile del 1986) emerge come l'opinione condivisa dalla maggioranza in seno alla commissione incaricata di predisporre il decreto legislativo attuativo della direttiva fosse quella secondo cui a sanzionare la disparità di trattamento tra gli azionisti sarebbe stato sufficiente proprio il disposto degli artt. 1175 e 1375 del c.c., evidentemente ritenuti direttamente applicabili alla materia.

Un'altra situazione dibattuta come possibile lesione, da parte della maggioranza, di un interesse protetto degli altri soci è quella che fa capo all'interesse del socio alla ripartizione dell'utile. La disciplina positiva delle società di capitali (artt. 2328, 2350, 2433 del c.c.) porta ad escludere la configurabilità di un diritto soggettivo in capo al socio fino a quando l'assemblea non abbia deliberato la distribuzione degli utili realizzati, in alternativa all'accantonamento a riserva facoltativa. Ma ciò non ha escluso (v. la monografia di G. Rossi del 1957) la sindacabilità per eccesso di potere quando, ad esempio, l'unica finalità della decisione di accantonare gli utili sia quella di spingere il socio, che non ha altro reddito significativo che quello che deriva dalla propria partecipazione, ad alienarla in tutto o in parte.

La giurisprudenza (Trib. Milano 13 gennaio 1983) appare prudente, in questi casi, nel ravvisare il presupposto dell'unica finalità fraudolenta fino a respingere l'impugnativa per "abuso di potere" della deliberazione di accantonamento degli utili a riserva, seppure valutata "già sufficientemente cospicua", per avere la società adottato da diversi esercizi la politica di non distribuzione dei dividendi, in ossequio al principio di prudente gestione, pur spinto fino "al limite estremo"; mostrando così di dar rilievo, ai fini della rilevazione di elementi sintomatici dell'eccesso di potere, alle prassi applicative, secondo un criterio significativamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa.

L'interesse del socio alla conservazione della propria quota di partecipazione può venire pregiudicato anche da una delibera della maggioranza assembleare – prevalente rispetto al diverso interesse dei singoli alla conservazione – di decidere il disinvestimento di capitale e di cessare l'attività di impresa.

La giurisprudenza (Cass.19 agosto 1983 n. 5410) ha ravvisato l'abuso di potere viziante nella delibera presa a maggioranza di avviare la società in liquidazione quando il fine effettivo sia quello di farne cessare un'attività concorrenziale con quella già svolta dai soci di maggioranza; ancorché non sia tutelato direttamente dall'ordinamento l'autonomo interesse della società, pur prospera, alla prosecuzione dell'impresa sociale. In un'ipotesi siffatta – come in quella in cui la deliberazione di scioglimento sia adottata in virtù della successiva ricostituzione della società con esclusione dei soci di minoranza – la delibera, benché presa in danno della minoranza, non può essere considerata “neutrale” rispetto all'interesse sociale, e la soluzione potrebbe così essere ricavata, anche in termini di conflitto di interessi, all'interno della disciplina dell'art. 2373.

Richiama proprio la clausola generale di “parità di trattamento” (Trib. Milano 14 giugno 1971) l'ipotesi di delibere che possono essere lette come appropriazione, da parte della maggioranza, di risorse economiche che avrebbero dovuto essere ripartite fra tutti i soci.

Il caso giurisprudenziale più conosciuto ha riguardato le vicende che hanno consentito a suo tempo il risanamento finanziario della società Dalmine attuato dal socio di maggioranza Finsider: L'antefatto era costituito, in presenza di perdite gravissime, da una delibera di aumento di capitale sottoscritto dalla sola Finsider, con impegno di quest'ultima a mantenere in “gestione speciale” le corrispondenti azioni emesse da Dalmine fino al completamento del programma di risanamento; al termine del quale, gli azionisti di minoranza avrebbero potuto esercitarne il riscatto. Il socio di maggioranza, attuato con successo il programma di risanamento, faceva deliberare dall'assemblea l'accantonamento a riserva dell'utile conseguito nel periodo e, in sede straordinaria, il passaggio da riserva a capitale con aumento gratuito mediante maggiorazione di valore – del 250% – di tutte le azioni. L'esercizio del diritto di riscatto delle azioni in “gestione speciale” riconosciuto ai soci di minoranza risultava così assai oneroso e tale in misura ben superiore a quello che sarebbe derivato se l'assemblea avesse approvato la proposta presentata dalla minoranza, previa delibera di distribuzione dell'utile a tutti gli azionisti e, in sede straordinaria, l'aumento di capitale a pagamento per lo stesso ammontare corrispondente ai “mezzi propri” di cui la società aveva bisogno. L'effetto prodotto da tale alternativa sarebbe solo quello di ripartire fra tutti gli azionisti il risultato utile della gestione speciale, attuata a proprio rischio e con anticipo dei mezzi economici dal

solo socio di maggioranza. Gli azionisti di minoranza impugnano le delibere assunte dall'assemblea lamentandone il vizio di eccesso di potere, considerando l'unicità del fine a carattere fraudolento perseguito dal socio di maggioranza, ravvisato in quello di scoraggiare il riscatto delle azioni e mantenere così saldamente in proprio mani il capitale di comando della ormai mono-azionista Dalmine. Tribunale e Corte d'Appello di Milano considerarono non provata l'unicità del fine fraudolento perché la lesione dell'interesse invocata dai soci di minoranza sarebbe stata giustificata tanto nel superiore interesse della società-istituzione (oggi si potrebbe dire dell'interesse comune dei soci) quanto in una legittima prerogativa dei soci di maggioranza al "mantenimento della posizione di supremazia conseguita" ed acquisita in ragione della giustificabilità dell'aumento di capitale nella misura e secondo le modalità di attuazione previste nella prima non contestata delibera.

La soluzione giurisprudenziale del caso potrebbe apparire in contrasto con il principio della "proporzionale distribuzione" tra i costi e i benefici derivanti da una delibera il cui contenuto sia necessitato o comunque adeguato per la realizzazione dell'interesse sociale. Questa ipotesi si verifica quando sia praticabile una scelta fra soluzioni egualmente giustificabili in base all'interesse sociale, ma differenziate sotto il profilo della ripartizione di costi e benefici fra maggioranza e minoranza, nel senso che, soltanto una delle alternative postulate come neutre rispetto all'interesse sociale fa risentire vantaggi o svantaggi in modo comparativamente differenziato fra maggioranza e minoranza. In una visione "contrattualistica" del fenomeno societario l'attuazione del rapporto sociale non si esaurisce nei rapporti interorganici e nell'imputazione dell'attività degli organi alla società-persona (cosiddette regole di azione) relegando a relazioni di mero fatto i rapporti dei soci fra loro; al contrario, le relazioni intersoggettive fra gli azionisti non si collocano in un'area di sostanziale anomia, ma danno vita a rapporti giuridici retti da norme di relazione o quantomeno dalla clausola generale di buona fede.

Nell'esperienza nordamericana è ormai risalente l'affermazione dell'esistenza di una "obbligazione fiduciaria" degli azionisti di maggioranza nei confronti della minoranza ad esercitare "*fairly*" i propri poteri di comando; e in base ad essa la Corte competente condannò La Southern Pacific (e per essa gli azionisti di maggioranza) a ripartire proporzionalmente e ad uguali condizioni per la minoranza le nuove azioni attribuite nell'ambito di una procedura di "*reorganization*". Nella dottrina italiana, Oppo afferma che "il socio ha, per contratto, il diritto, quale che sia il sacrificio richiesto nell'interesse comune, di concorrervi solo nella proporzione stabilita dal contratto e ha diritto a che gli altri soci vi concorrano nella proporzione stabilita". Peraltro proprio il richiamo che ivi

si fa alla dottrina sulle “basi essenziali” del contratto, ci riporta alla considerazione delle “sopravvenienze” e, fra queste, a quella circostanza sopravvenuta nelle vicende contrattuali che è costituita dalla crisi dell’impresa sociale. In questa situazione, specie quando, per effetto della crisi, “il valore della partecipazione è ridotto allo zero matematico o a insignificante frazione dell’unità”, le scelte di fronte agli azionisti sono molto drastiche: o la liquidazione, con la prospettiva di apertura di una procedura concorsuale, o la ricapitalizzazione tra chi si assume l’onere economico ed il rischio di continuare l’esercizio dell’impresa tentando il risanamento. Nell’ottica contrattualistica, le “sopravvenute circostanze” determinano una situazione per la quale la prassi contrattuale internazionale ricorre alle *Hardship clauses*, con le quali le parti restano vincolate, in ragione del verificarsi di circostanze incompatibili con l’originario equilibrio economico, a perseguire l’*adjustement* del contratto attraverso una “*re-negotiation*” da condurre secondo i criteri conformi alla regola di correttezza e buona fede.

Anche la giurisprudenza tedesca riconosce che il gruppo di maggioranza nelle scelte economiche ad esso affidate può anche compiere valutazioni errate perché troppo rischiose e dunque risultate produttive di danno. Il limite all’azione di maggioranza opera solo nel caso che il danno sia la conseguenza del perseguimento di vantaggi particolari di uno o di alcuni soltanto fra i soci e, il danno in tal caso non è “mero accidente” dovuto a errata valutazione dell’interesse sociale; è invece il rapporto da causa ad effetto della deliberazione presa di cui è l’effetto voluto – ancor che non vi sia l’*animus nocendi*, disgiunto dal perseguimento del proprio interesse personale, del proprio vantaggio particolare – effetto voluto e prodotto dal voto maggioritario.

La tradizionale giurisprudenza francese utilizza proprio il generale principio di “abuso del diritto” costruito a partire dalla fondamentale elaborazione di Josserand, al fine di dichiarare l’invalidità di deliberazioni assembleari prese ad esclusivo profitto del gruppo maggioritario ed a danno dei soci di minoranza.

Nel pur estremamente variegato sistema di *common law* è operante il limite della “*fraud of minority*” come vincolo rigoroso al comportamento abusivo dei soci: tale anche senza la presenza di condotte ingannevoli; limite coincidente nella sostanza con l’*abuse of power*. Resta però essenziale, per riconoscere validità a deliberazioni che hanno per effetto l’estromissione o la riduzione delle partecipazioni sociali delle minoranze, che non ricorra un positivo interesse sociale o comune dei soci (inteso come ricerca della massimizzazione della profittabilità del capitale investito dai soci stessi) che ne dia la giustificazione.

Se la casistica sopra riportata ci mostra un orientamento giurisprudenziale piuttosto univoco nell’individuare fattispecie in cui

sanzionare con l'invalidità atti imputabili alla maggioranza assembleare, atti formalmente legittimi, ma caratterizzati dall'intento di arrecare ai soci di minoranza danni non giustificati da un prevalente interesse sociale o di distribuire vantaggi o svantaggi in modo differenziato per ceti sociali, e che ha ritrovato, un po' empiricamente – ma a ben vedere sulla falsariga dell'interpretazione corrente dell'art. 1344 c.c. – nell'unica "finalità fraudolenta" in danno di un legittimo interesse del socio, l'elemento da verificare come preminente (e utilizzato talvolta come sintomo di eccesso di potere, talora come abuso del diritto, talora ricondotto alla fattispecie tipica del conflitto di interessi), assai dibattuta in dottrina è stata la praticabilità stessa della repressione dell'abuso con la sanzione di invalidità; e comunque la ricerca e l'individuazione del referente normativo e concettuale che giustificasse le soluzioni adottate.

La ricordata prima decisione della Suprema Corte (sentenza n. 1177 del 1951) esibisce un fondamento concettuale piuttosto "povero" a giustificazione della qualificazione come nulla per illiceità, della deliberazione di aumento del capitale che sia diretta al fine fraudolento di eliminare "soci molesti" individuandolo in una apodittica enunciazione di contrarietà all'ordine pubblico. Ma gli autorevolissimi commenti (Mossa, Scialoja, Ascarelli, De Gregorio, Ferri) che ne sono scaturiti hanno ricercato una più solida base di diritto positivo per la "nuova regola" ritrovandola, soprattutto da parte di Ascarelli e De Gregorio, in un principio generale tratto per "*analogia iuris*" dall'art. 2373 del c. c.

Da tale norma sarebbe deducibile il principio generale per cui il voto è attribuito per il perseguimento dell'interesse sociale, o quantomeno, detto fine è a fondamento e a giustificazione dell'attribuzione del diritto di voto; diritto che non può dunque essere diretto in danno di altri soci se ciò non è giustificato dall'interesse sociale. Nella *ratio legis* dell'art. 2373 è certamente compreso l'intento di non far venir meno a priori il fondamento organizzativo del principio maggioritario che si collega alla massima di esperienza per cui a maggior investimento corrisponde maggiore probabilità di miglior decisione e cioè di quella più rispondente all'interesse comune dei soci. È peraltro condivisibile l'opinione di Gambino secondo cui a tale norma non può applicarsi lo strumento analogico neppure *sub specie* di *analogia iuris* perché la norma dell'art. 2373 c.c. si pone come norma "eccezionale" (eccezionalità che non potrebbe certo essere negata in base alla corrispondente norma posta dall'art. 2391 c.c. per gli amministratori, perché questi ultimi soltanto gestiscono un patrimonio che loro non appartiene e dunque non possono perseguire alcun tipo di interesse personale che diverga da quello sociale). In verità è apparsa dubbia anche la ricorrenza della *eadem ratio* sotto due aspetti. Da un lato l'art. 2373 c.c. dà rilievo a situazioni "obiettive e preesistenti" alla delibera: tale relazione tra il socio in

conflitto e un determinato bene della vita non sarebbe ravvisabile nel caso di voto esercitato per ottenere un vantaggio personale in danno ad altri soci. Ma neppure l'altro termine del rapporto (il danno per il socio di minoranza) vede una situazione corrispondente nelle due ipotesi. Il pregiudizio del socio di minoranza, nella fattispecie di cui all'art. 2373 c.c. è irrilevante e può mancare del tutto. Emblematico è l'esempio prospettato da Jaeger di deliberazione di acquisto, a prezzo esorbitante, di un immobile di cui siano comproprietari, in parte uguale, tutti i soci aventi anche pari partecipazione nella società. Il socio che, anche solo per scrupolo morale, fosse dissenziente, sarebbe stato legittimato all'azione di annullamento ex art. 2373 pur se dall'operazione non ha subito alcun danno patrimoniale, perché il conflitto esiste ed il danno è del "gruppo" o meglio della società come persona giuridica. L'assenza del danno del gruppo è invece "postulata" nella situazione che stiamo esaminando, perché, quando si dimostra che il danno per i soci di minoranza passa anche per la lesione dell'interesse comune, il conflitto di interesse dei soci di maggioranza con la società ci riporta all'esegesi dell'art. 2373.

La variante giurisprudenziale – che abbiamo visto, in passato, molto diffusa – è quella che si fonda sul vizio di eccesso di potere da intendersi come evasione dell'esercizio del potere deliberativo dell'assemblea dalla causa tipica del contratto. A questa stregua, si vuole circoscrivere la permanenza del potere assembleare fondato sul principio maggioritario fino a che le finalità concretamente perseguite – la "causa concreta" dell'atto – siano compatibili con gli interessi di rilevanza causale; oltre tale limite l'assemblea agirebbe "fuori dal contratto", che costituisce la fonte di legittimazione del suo potere. Si avrebbe una divergenza tra intento empirico dei soci di maggioranza e causa tipica del contratto di società, quando i poteri che da questa situazione scaturiscono vengono adoperati per il perseguimento di interessi non necessariamente "antitetici" – come nella fattispecie tipizzata dall'art. 2373 c.c. –, ma anche soltanto estranei al contratto di società. Questa impostazione ha il vantaggio di poter prescindere dal dover dimostrare il carattere illecito dell'interesse concretamente perseguito. L'ascendente nobile di tale costruzione – come meglio vedremo in prosieguo – risale a Carnelutti che nel 1926 introduceva l'utilizzo della nozione di sviamento del potere, come vizio della causa, al di fuori del procedimento amministrativo in cui essa si era sviluppata, anche entro la sfera privatistica applicandola a situazioni in cui il "potere sia dato per la tutela di un interesse altrui".

È stata da Gambino radicalmente contestata l'assimilazione della delibera assembleare all'atto amministrativo per quanto attiene alla sindacabilità dei fini. La definizione di cui all'art. 2247 c.c. si limita ad individuare nella comune finalità lucrativa la causa del contratto di società.

L'articolo 2373 c.c. costituirebbe il solo strumento normativo di portata generale per poter sindacare la riconducibilità della deliberazione formalmente valida alla "causa" societaria. Secondo tale orientamento la validità formale, a patto che non vi sia impedimento di legge o di statuto, è assicurata non dal suo contenuto ma dal rispetto delle norme procedurali – legali e statutarie – di formazione della volontà degli organi sociali. L'individuazione di limiti causali alla valida autodeterminazione dell'interesse sociale non può che fondarsi sulla norma di chiusura dell'art. 2373 c.c. L'art. 2352 c.c., per il quale è concesso il voto al creditore pignoratizio e all'usufruttuario, sancisce il diritto del terzo sulla partecipazione sociale di perseguire sino al limite della lesione dell'interesse sociale il proprio personale tornaconto. In realtà la giurisprudenza di merito (Trib. Gorizia 30 ottobre 2001, ordinanza) ha mostrato di desumere dal combinato disposto degli articoli 2786, cpv. e 2790 c.c. che il voto espresso in assemblea dal creditore pignoratizio di titoli azionari non è svincolato da ogni limite ma "deve ispirarsi al principio di buona amministrazione e di conservazione del valore delle azioni e non recare pregiudizio al debitore". Peraltro, l'apparentemente attenuata rilevanza della causa tipica del voto, che qui opera solo come limite, sembra trovare sufficiente spiegazione nella peculiare posizione del creditore pignoratizio del socio, come titolare di un interesse rafforzato alla conservazione del valore dell'oggetto della garanzia. In un certo senso nella *ratio legis* è prevalente la percezione dell'immanente conflitto di interesse del socio-debitore pignoratizio.

Sì è anche pensato di poter sperimentare l'estensione della tematica dei cosiddetti diritti individuali del socio, con specifico riferimento a quelle posizioni, individualmente protette che possono risultare ingiustificatamente comprese da delibere assembleari. Situazioni che abbiamo visto ricorrere con particolare riferimento a figure soggettive, come il diritto di opzione o il diritto alla percezione degli utili, il cui esercizio o la cui titolarità sono rimessi a spazi di valutazione discrezionale dell'assemblea. Occorre però tenere ben distinto il problema dell'esercizio abusivo del potere – del potere discrezionale dell'assemblea da cui deriva l'affievolimento del diritto individuale del socio – dal tema dei diritti individuali del socio. Questi ultimi, quando sono sussistenti, costituiscono un limite all'efficacia stessa della volontà sociale in quanto tale, non un limite di imputabilità alla volontà sociale della decisione di maggioranza. A questo proposito è bene riportare come sia opinione corrente che nel diritto societario statunitense, a temperare la flessibilità del diritto di fonte legislativa, la giurisprudenza (in specie quella, apprezzatissima, dello stato del Delaware) è assai severa nell'applicazione della clausola generale – di *Common law* – per cui gli amministratori, ma anche gli azionisti di maggioranza hanno il dovere fiduciario di agire secondo correttezza e buona fede nei confronti della

società e dei soci in quanto tali. Come viene ricordato da Enriquez, l'espressione in uso per indicare come le Corti esercitano questo controllo sulla correttezza di un atto, di una operazione o di un comportamento, è estremamente efficace nella sua apparente rozzezza: si dice che, se un'operazione è "*stinks badly enough*" letteralmente è "sufficientemente puzzolente", le Corti troveranno il modo di dichiararla illegittima e di sanzionarla con l'invalidità o con rimedi risarcitori.

Il contributo decisivo sul piano della esperienza giurisprudenziale, anche per la configurazione concettuale del vizio individuato in deliberazioni assembleari affette da "abuso" in danno della minoranza è stato fornito dalla sentenza 26 ottobre 1995 n. 11151 della Corte di Cassazione. Con tale decisione, la Suprema Corte è pervenuta, con motivazione che si è fatta carico della confutazione delle argomentazioni contrarie, a individuare nel principio di correttezza e buona fede, sancito dagli artt. 1175 e 1375 del c.c. il fondamento dell'illegittimità e conseguente invalidità di una delibera assembleare che, pur nella "neutralità" dell'interesse sociale, sia stata adottata con l'unico fine di danneggiare i soci di minoranza. In sintesi, la Suprema Corte, dopo aver rilevato che, a seguito dell'esplicito riconoscimento legislativo della figura del contratto plurilaterale in cui le prestazioni di ciascuna parte sono dirette al conseguimento di uno scopo comune – art. 1420 –, non è più revocabile in dubbio l'appartenenza all'area contrattuale dell'atto costitutivo delle società, quando sia stipulato da più soggetti, ha affrontato il problema se l'avvenuta creazione di una organizzazione sociale dotata di personalità giuridica costituisca ostacolo alla persistenza di un vincolo di natura contrattuale dopo l'avvenuta costituzione della società. Ed ha fornito risposta negativa rilevando che "la soggettività dei gruppi organizzati non può essere messa sullo stesso piano di quella degli individui persone fisiche posto che mentre in quest'ultimo caso l'imputazione delle situazioni giuridiche è fine a sé stessa, nell'altro, essa è destinata a tradursi in situazioni giuridiche individuali facenti capo a singoli membri".

La "*quaestio*", in verità assai controversa, tra "teorie riduzionistiche" e l'affermazione di "realità" del soggetto persona giuridica in quanto tale, non viene ovviamente affrontata nei suoi termini concettuali; ma, entro una visione che vuol essere pragmatica e realistica, si vede l'ente personificato come un centro di imputazione meramente transitorio e strumentale. Talché la personalità giuridica non va riguardata come lo statuto di un'entità reale ("l'omone" di ascendenza ascarelliana), ma come l'effetto di una particolare normativa "avente pur sempre ad oggetto relazioni fra gli uomini". Il passaggio successivo mira a confutare l'obiezione per cui, essendo il contratto costitutivo della società diretto allo svolgimento, in futuro, di un'attività economica, esso dà vita a situazioni che, per poter essere

affrontate, richiedono ulteriori determinazioni volitive per tutta la durata del rapporto; e queste successive manifestazioni di volontà non possono che essere ricondotte nell'ambito di quella attività esecutiva che è disciplinata, nel fenomeno contrattuale, dall'art. 1375 c.c. Si obietta che non sempre e non necessariamente il contratto deve contenere il regolamento compiuto di un determinato assetto di interessi, in presenza del quale alle parti non resterebbe "altra possibilità che quella di specificare, con maggiori dettagli, una disciplina che è già stata dettata in modo definitivo". Questa costruzione si adatterebbe ai contratti di scambio, ma non vale a rappresentare la complessa realtà dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, i quali presentano, *naturaliter*, la caratteristica di esigere, per la loro attuazione, una serie indefinita di nuovi atti giuridici. Per questo essi non possono regolare, ab *initio*, gli interessi dei soci in modo conclusivo, ma danno vita ad una organizzazione che ha il compito di regolare lo svolgimento dell'attività programmata e che, nelle società di capitali, "è caratterizzata dall'attribuzione alla maggioranza dei soci di un potere dispositivo, il quale si estende fino alla modifica dello stesso contratto originario". Di qui l'assimilazione delle determinazioni dei soci "*durante societate*" ad atti di esecuzione preordinati alla miglior attuazione del contratto sociale, con l'ulteriore conseguenza dell'applicazione dell'art. 1375 c.c., per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede e dunque secondo un impegno di cooperazione che impone comportamenti rispettosi dei legittimi interessi delle controparti.

Anche se il nuovo orientamento della Suprema Corte appare basato su fondazioni più solide di quelle precedenti, tuttavia il referente testuale per l'applicazione delle regole di correttezza e buona fede nei rapporti fra i soci, nelle società di capitali, con gli effetti che vi connette la giurisprudenza stessa, non può dirsi certo e indiscutibile. Non solo per la non necessaria origine contrattuale, o negoziale delle società di capitali, ma anche per due altre ragioni che sono state prospettate. Anche chi ammette che il contratto di società – come ogni altro – è soggetto nella fase di esecuzione alla regola di buona fede, è portato a rilevare che questa regola, nel campo contrattuale, è criterio di determinazione del modo della prestazione, che presuppone già dimostrato l'obbligo di prestazione derivato dal contratto. Ed anche per l'art. 1175 c.c., riferito ad ogni rapporto obbligatorio, e che comprende il creditore stesso fra i soggetti tenuti all'obbligo di buona fede, la buona fede è ritenuta regola di specificazione di un rapporto già per sé esistente, non fonte autonoma di diritti ed obblighi. Da altri si sottolinea inoltre la difficoltà di ordine dogmatico a collegare una sanzione di invalidità dell'atto – sia esso identificato nella singola manifestazione di voto, ovvero nella delibera dell'organo collegiale – alla violazione della regola di buona fede e

correttezza che, in base all'art. 1375 c.c. costituirebbe solo fonte di responsabilità per l'inadempimento agli obblighi da essa derivanti.

Pur trattandosi di opinioni autorevoli e ampiamente recepite dalla dottrina prevalente, l'una e l'altra di esse non sembrano obiezioni del tutto insuperabili. Ci si limita a ricordare, sotto il primo profilo che talvolta la regola di correttezza costituisce la fonte esclusiva di un'obbligazione di comportamento senza accedere ad un obbligo di prestazione originato da diversa fonte, come accade, in tema di responsabilità precontrattuale, laddove ad esempio la libertà di ciascuna delle parti di recedere dalle trattative prima della conclusione dell'accordo trova il limite nella inosservanza di un'obbligazione specifica che la legge – fonte essa stessa dell'obbligazione *ex art* 1173 del c.c. – pone a carico delle parti nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.). Così come, sotto altro profilo, non si dubita, all'interno di un rapporto obbligatorio comunque costituito, che il principio di correttezza, alla stregua della norma generale di cui all'art. 1175, si diriga non solo verso il debitore, ma anche verso il creditore, determinando a suo carico un "obbligo di cooperazione"; obbligo che si innesta in un sistema di doveri gravanti sul soggetto attivo del rapporto, in quanto delimitatori della prestazione. Considerazione quest'ultima, che vale anche a confutare un'obiezione formulata da Gambino, dal momento che anche l'iscrizione del voto ad esercizio di una situazione soggettiva attiva del socio non varrebbe a sottrarre quel momento alla sottoposizione alla regola di cui agli artt. 1175 e 1375 del c.c.

Sotto il secondo profilo – l'essere cioè l'obbligo di correttezza regola di comportamento, e dunque cagione di eventuale responsabilità risarcitoria, e non regola di validità – va rilevato che la premessa, per cui la violazione di doveri anche precontrattuali di comportamento non può incidere sulla validità dell'atto che da tale comportamento risulta viziato, non può essere accolta nella sua absolutezza. Il tema verrà affrontato successivamente. Ma basti pensare che nel sistema delineato dagli artt. 1338-1428-1431 del c.c. la violazione, ad opera del destinatario di una dichiarazione negoziale viziata da errore riconoscibile, dell'obbligo di rilevare l'errore – esercitando la normale diligenza – e di darne comunicazione all'altra parte, è sanzionata con un effetto che opera sul piano della validità, producendo l'annullabilità del contratto.

Proprio il "nuovo" orientamento della Suprema Corte espresso con la sentenza 11151 del 1995 in una fattispecie in cui il sanzionato vizio concerneva una delibera di scioglimento della società assunta dalla maggioranza al ritenuto fine esclusivo di conseguire un proprio vantaggio ai danni della minoranza, apriva lo spazio a riflessioni tanto sul rapporto contratto-società-impresa, de iure condito, quanto sull'opportunità, de iure condendo, di dare una non equivoca base positiva a quello che è stato il

punto di arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale. Opportunità lasciata cadere dal legislatore della riforma.

Certamente è vero che l'applicazione della clausola generale è stata legittimata sulla base di una applicabilità della disciplina del contratto e poggia su queste sole basi. Sotto questo profilo la sentenza è stata salutata favorevolmente da quegli autori che vi hanno visto l'esplicito e definitivo abbandono, da parte della nostra giurisprudenza, dell'opzione istituzionalistica e la sua piena conversione alla più dinamica delle concezioni contrattualistiche. Anche se, come ha notato argutamente Carlo Angelici, in relazione alla fattispecie decisa (avente ad oggetto una deliberazione assembleare di messa in liquidazione della società espressa dalla maggioranza per poter realizzare l'interesse extrasociale del socio di maggioranza a proseguire la medesima fruttuosa attività di impresa autonomamente e senza la sgradita presenza del socio di minoranza) posto che è nella libertà di ciascun socio contribuire a decidere, col voto, la permanenza del proprio investimento, in base ad una valutazione del proprio personale interesse destinato a prevalere, se maggioritario, su quello alla prosecuzione dell'impresa sociale, paradossalmente, da un'impostazione che nasce all'insegna del contrattualismo, finisce per essere premiata una ragione di tipo istituzionalistico. Con la precisazione, da parte di Francesco Galgano, che l'idea di contratto, basata come è sul consenso e non sulla autorità, entro la parità delle parti, è in grado di valorizzare i singoli dentro le collettività organizzate e di offrire strumenti idonei alla loro difesa contro il potere dei ceti dominanti.

Ma tale soluzione, *de iure condito*, è apparsa di difficile compatibilità con la previsione dell'art. 2373 che, secondo Gambino, "in presenza di quel vincolo generale non avrebbe possibilità di autonoma applicazione".

De iure condendo, secondo la proposta della commissione Rovelli (tradotta in disegno di legge governativo presentato alla Camera il 14 febbraio 2001 e contenente la revisione delle disposizioni generali sulle società e la riforma delle società di persone) il nodo era reciso con l'introduzione all'art. 2249 della norma per cui "nei rapporti relativi alla società devono essere osservate le regole di correttezza". Accanto alle voci di consenso si sono levate anche molte critiche alla proposta, che riecheggia ampliandola quella formulata un decennio prima dalla commissione Di Sabato. Una parte di tali critiche ravvisa l'inutilità della proposta, intesa come rivolta a superare le remore culturali dell'interprete, fino ad apparire, con significativo rovesciamento dei ruoli, come una "supplenza legislativa rispetto alle carenze della giurisprudenza" (così Carlo Angelici). L'apparente paradosso probabilmente si spiega con il timore che un troppo facile utilizzo della clausola generale, portata entro un contesto che contiene una così rilevante e complessa costellazione di interessi, possa essere fruito, specie in

caso di controversie giudiziali, da “addetti ai lavori” non sempre dotati di esperienza e di cultura sufficiente a fare un uso ben sorvegliato e prudente della clausola generale.

L'indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 11151 del 1995 è stato sostanzialmente seguito nella successiva giurisprudenza della Suprema Corte, tra cui rileva peraltro Cassazione 17 luglio 2007 n. 15942, ove si esprime la massima secondo cui la delibera è abusiva, oltre che nel caso in cui “sia il risultato di un intenzionale attività fraudolenta dei medesimi soci diretta a provocare la lesione dei diritti spettanti ai soci di minoranza” nella diversa e più generale ipotesi in cui “essa non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei soci di maggioranza di un personale interesse antitetico a quello sociale”. In tal modo, permangono ambiguità non del tutto risolte sulla sovrapposizione non svolta della regola “privatistica” estratta dalla disciplina del contratto e quella, in qualche modo di derivazione amministrativistica, basata sull'oggettivizzazione dell'abuso del diritto. Recentemente la Suprema Corte (Cassazione S.U. n. 17186 del 2018) modificando un precedente orientamento e risolvendo un problema sorto in presenza di conflitto, in sé del tutto fisiologico, fra creditori nei concordati di massa, ha enunciato il principio di diritto secondo cui “riconosciuto come principio cardine del diritto privato quello dell'autonomia negoziale, la valenza del principio maggioritario non può attuarsi in violazione della intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui”, affermando altresì che “l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti”.

In ogni caso e conclusivamente, se può apparire “defettivo” il richiamo alla clausola di buona fede, (così come ricavata dalla disciplina del contratto) per dare risposta a problemi relativi ad un atto, come la delibera assembleare, che è tipico strumento dell'azione sociale del gruppo, della società come “organizzazione”, allora anche tale profilo va coinvolto nell'indagine per evitare appunto l'impressione che uno strumento – quale quello della buona fede oggettiva entro una fattispecie negoziale – considerato applicabile all'area soltanto individuale, vada ad essere impropriamente utilizzato come valevole a disciplinare anche “l'area collettiva”. Sotto tale profilo e sotto questo soltanto riprende l'interesse per il vizio di eccesso di potere e dunque, per suo tramite, anche della categoria dell'abuso del diritto inteso come riproposizione nel campo del diritto privato dello strumento tipico, di derivazione amministrativistica, di verifica della corrispondenza dell'esercizio di un potere alla funzione tipica per il cui

perseguimento esso viene accordato e delle conseguenze che ne possono derivare nell'ambito di cui all'art. 1322 del c.c.

Si può così ribadire che, se la proposta di affidare all'istituto dell'eccesso di potere – non ancora impostato è interpretato in chiave civilistica – significativi spazi di tutela delle minoranze assembleari è stata in origine costruita sul presupposto della concezione istituzionale della società, la sua riproposizione nei termini qui proposti, di contaminazione fra diritto pubblico e diritto privato, non è affatto legata alla concezione istituzionale; ma lo stesso richiamo all'esigenza di protezione delle minoranze deve tenere conto della società come organizzazione e della votazione assembleare come strumento di azione del gruppo.

Sembra dunque opportuno riservare una considerazione specifica alla figura "antica", ma che prende sempre nuovi contorni, che va sotto la denominazione di abuso del diritto; e, preliminarmente, procedere ad un'analisi del contesto storico in cui è emersa la figura dell'interesse legittimo per verificare la sua esportabilità, sul solo piano concettuale, entro l'ordinamento di diritto privato.

3. – Veniamo così a svolgere una riflessione sugli "interessi legittimi" per proporre una lettura destinata a saggiarne la capacità di fondare, sul piano concettuale, una fruttuosa contaminazione fra diritto pubblico e diritto privato.

Le situazioni giuridiche non hanno, o non hanno necessariamente, un fondamento ontologico; ma o derivano dal diritto positivo, da cui vengono estratte o, quando hanno origine da una creazione intellettuale del ceto dei giuristi, assolvono ad una funzione determinata e restano ad essa legate. Ma, anche esaurita la loro funzione storica può restare l'utilità del "concetto" in quanto tale.

L'individuazione della figura dell'interesse legittimo ha risposto all'esigenza – storicamente progressiva – di accordare, una volta venuti meno gli organi del contenzioso amministrativo, tutela a posizioni soggettive che, in quanto non rientranti o non fatti rientrare fra i "diritti civili e politici" (di cui all'art. 2 della legge n. 2248 allegato E del 1865) non potevano ricevere protezione dal giudice ordinario divenuto, in quel contesto, giudice unico.

L'esperienza concreta dell'unità della giurisdizione presso il giudice ordinario dopo il 1865 aveva finito per dare, verso gli atti della pubblica amministrazione, una tutela ancor meno efficace di quella offerta dalla previgente giurisdizione "domestica". La cultura giuridica "liberale", ancora di tradizione giacobino-bonapartista, riconosceva al potere esecutivo uno spazio di "amministrazione pura" sottratta ad ogni controllo del potere giudiziario, all'insegna del brocardo per cui "giudicare l'amministrazione è

pur sempre amministrare". La stessa cultura civilistica dell'epoca, di stampo pandettistico e legata ad un sistema di diritti cosiddetti "titolati" e costruiti secondo gli archetipi del diritto di proprietà e del diritto di credito, non offriva affidabili strumenti per il controllo giurisdizionale dell'esercizio del potere discrezionale della P.A.

E non si registrò alcun reale contrasto fra giudice civile e Consiglio di Stato – che ancora inquadrato quale organo di alta amministrazione esprimeva le decisioni del Sovrano allorché si profilava "difetto di giurisdizione" del giudice ordinario a causa dei "poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione", come si esprime ancora oggi l'art. 41 Il comma del codice di rito civile – anche dopo che nel 1877 quel compito passò alla Cassazione di Roma.

Con l'istituzione nel 1889 – vera data di nascita del moderno diritto amministrativo – della quarta sezione del Consiglio di Stato, formalmente ancora all'interno della P.A. iniziò l'opera "creativa" di quest'organo. E ciò poté avvenire proprio attraverso l'invenzione, *ex novo*, della situazione soggettiva che veniva protetta in quanto dava legittimazione all'esercizio dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo ritenuto di essa situazione lesivo. Inoltre, l'elaborazione – per l'epoca arditissima, oggi legittimata dall'art. 97 della Costituzione – di "potere funzionale" apre la via al sindacato per eccesso di potere ed alla elaborazione delle varie figure sintomatiche dello sviamento dell'atto dalla sua causa tipica. L'iniziale collateralità dell'organo rispetto alla P.A. è stata storicamente strumentale per superare la diffidenza dell'amministrazione verso la funzione stessa del "Giudice" in quanto tale. È del 1931 un saggio di Vittorio Scialoja – "Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale" – in cui, pur dandosi atto che il riconoscimento legislativo si ebbe solo nel 1907, si sottolinea come l'approdo giurisdizionale avvenne "per forza propria dell'organo", per la sua capacità di forgiare concetti destinati poi a diventare "categorie" paradigmatiche.

Va riconosciuto che l'interesse legittimo non può oggi essere identificato in un diritto soggettivo "depotenziato"; né essere riconosciuto soltanto quale interesse occasionalmente protetto; o come esistente, *in rerum natura*, in uno spazio intermedio fra il diritto soggettivo (quale interesse dotato dall'ordinamento giuridico della propria armatura di protezione) e l'interesse semplice (il gheriglio privo di guscio secondo la metafora di Thon). Certo una risalente ed autorevole corrente dottrinale sia di processualisti, da Chiovenda al primo Allorio, sia di amministrativisti, da Guicciardi a Massimo Severo Giannini, lo riconosce solo come "mero fatto di legittimazione al processo" (Giannini); ovvero come puro potere di azione (Chiovenda). E, come ha rilevato Scoca, la teoria processualistica equivale a negazione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva.

Neppure forse è del tutto esatto affermare che la civilistica, all'epoca, fosse totalmente priva delle risorse scientifiche idonee a inquadrare siffatta figura. La nozione di interesse legittimo è per sua natura nozione di carattere generale; esso non può essere concepito se non di fronte ad un "potere" – sia esso pubblico o privato – e ad un atto di suo esercizio. Al diritto civile era ben conosciuta l'esistenza accanto alla coppia diritto-obbligo della coppia potere-soggezione. Ebbene, in via di prima approssimazione e con particolare riferimento agli interessi legittimi che oggi chiamiamo di tipo oppositivo, può dirsi che la genialità dei padri fondatori delle categorie del diritto amministrativo è stata quella di cogliere una situazione che la volgata civilistica definiva come situazione soggettiva "passiva" – immagine speculare del potere amministrativo – per individuarne caratteri in cui essa si pone come situazione "attiva" per il soggetto interessato al corretto esercizio di quel potere. Nella giurisdizione amministrativa l'intervento del giudice presuppone la previa mediazione dell'atto amministrativo, in cui è presente una valutazione dell'interesse generale. Ma ciò non vale a dare fondamento all'osservazione (Cannada-Bartoli) per cui non si "riesce a spiegare la giuridicità della lesione di un interesse che viene tutelato solo dopo il suo sacrificio". Vale l'obiezione di Scoca per cui, se l'atto sfavorevole e illegittimo lede l'interesse legittimo, questa è una situazione soggettiva che è violata dal provvedimento e non nasce da esso.

Con molto ritardo, la "civilistica" (è del 1967 il volume di Lina Bigliazzi-Geri dedicato alla figura dell'interesse legittimo nel diritto privato) ha recepito tale figura. Ci si può interrogare se sono state reperite altrettanto efficaci forme di controllo sugli atti di esercizio del "potere privato". Una più radicale visione contrastava in linea di principio la sindacabilità stessa ad opera del giudice dei poteri privati. si può oggi convenire che si tratta di una linea di pensiero "regressiva" anche alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale e dei limiti che l'art. 41 pone alla libertà di iniziativa economica. Certo, un ampio orientamento anche legislativo che trova espressione pure nel riformato diritto societario esprime la direttiva volta a convertire la cosiddetta tutela reale – e cioè di annullamento dell'atto di autonomia privata illegittimo e produttivo di danni – in azione risarcitoria, che lascia però intatta la "norma privata" illegittima e dannosa e si limita al ristoro del danno risentito da chi ha esercitato l'azione risarcitoria. La via della "contaminazione" del concetto trasportato nel diritto privato passa proprio attraverso la problematica cosiddetta dell'abuso del diritto come limite alla portata del brocardo per cui: *"qui suo iure utitur neminem laedit"*; abuso la cui rilevanza non è quindi limitata all'ipotesi descritta del divieto di atti emulativi; il cui fondamento è per lo più ravvisato con qualche incertezza ma in via alternativa o mediante la riconduzione dell'abuso allo schema del vizio causale, per la discrepanza tra la causa tipica ed intento

empirico; ovvero nella violazione del canone di buona fede che permea l'intero arco del rapporto obbligatorio. Incertezza che permane anche sugli effetti, talora ritenuti limitati, in quanto violazione di obblighi di comportamento, all'insorgenza dell'obbligazione risarcitoria; talora invece avvertiti come capaci di operare sul piano della validità dell'atto (come è avvenuto in due recenti ordinanze della Corte Costituzionale in tema di caparra confirmatoria di cui si tratterà in seguito).

Nell'ambito amministrativo invece il rimedio di elezione nei confronti dell'eccesso di potere è storicamente stato proprio quello della "tutela reale" cioè della invalidità con conseguente annullamento dell'atto viziato. Questo è ciò a cui è concretamente servito il "grande geniale inganno", secondo l'espressione di Berti, che pure è stato ravvisato nella tormentata e misteriosa figura: servire come situazione soggettiva che conferisce legittimazione processuale all'esercizio dell'azione di annullamento.

L'uso della "categoria" da parte del Costituente non "entifica" la figura, né la confina necessariamente entro l'area del diritto pubblico. Esso è valso a semplificare il messaggio normativo scontando quello che si presentava come l'espressione di un vocabolario condiviso ed utilizzato ad un fine specifico, storicamente realizzato, e da quel momento garantito costituzionalmente: la certezza della sua tutela giurisdizionale. Ma ciò non esclude che l'analisi teorica porti – come ha ben spiegato Lipari con riferimento a consolidate categorie civilistiche – ad una messa a punto delle categorie alle quali quel lessico si è riferito. Come è stato detto – da Andrea Federico – la dicotomia "lungi dal fondarsi su una ontologica distinzione fra situazioni soggettive" ha costituito lo strumento argomentativo per giustificare la sottrazione al giudice ordinario della valutazione sull'esercizio del potere dell'amministrazione. Da un lato la nostra Costituzione, agli artt. 24-103-1013 assicura la tutela giurisdizionale all'interesse legittimo come al diritto soggettivo; ma l'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo garantisce il diritto di accesso alla giurisdizione, fuori dalla materia penale, soltanto "nelle controversie relative a diritti e ad obbligazioni di carattere civile"; e in questa formulazione diritti e interessi legittimi, pur distinti sul piano concettuale, sono fra loro equiparati. Sembra potersi concludere, condividendo il dubbio sulla perdurante utilità della distinzione ai fini del riparto fra giurisdizioni, espressa da Giovanni Verde: "l'evoluzione successiva all'entrata in vigore della Costituzione e la necessità di rendere il nostro ordinamento omogeneo a quello degli Stati dell'Unione Europea, che non hanno contezza di tale figura, hanno lentamente condotto all'esaurimento della funzione storica assunta dall'interesse legittimo che era legata alla possibilità di provocare l'annullamento dell'atto illegittimo; e non ad altro". Resta soltanto il concetto giuridico di interesse legittimo, il "*nudum nomen*" nella sua essenza logica; ma generalizzabile quando ne ricorra

l'utilità anche fuori dal diritto pubblico in cui è sorto ed in cui pare avere assolto definitivamente la propria funzione.

4. – La problematica generale sull'abuso del diritto è stata oggetto anche in Italia di amplissima trattazione che ha portato ad alcuni punti fermi. L'istituto ha trovato certamente la sua cittadinanza nel diritto vigente laddove la legge stessa, con formulazione volta a volta relativa ad una specifica disciplina di settore (come in relazione all'esercizio della patria potestà, o all'ingiusto sfruttamento del predominio nel mercato, o all'approfittamento della debolezza dell'impresa minore, o per l'ipotesi della "minaccia" di far valere un diritto) ha dato anche fondamento a molteplici applicazioni nella giurisprudenza, alcune delle quali soltanto-come l'esercizio frazionato del credito, o il recesso strumentale della banca dal finanziamento, o la stessa proposta di concordato preventivo per un fine soltanto dilatorio sembrano appartenere ormai al "diritto vivente". Certamente manca, nell'ordinamento nazionale, una espressa previsione positiva; ancorché la formulazione del divieto di abuso sia stata in un primo tempo compresa fra quelle disposizioni preliminari al codice civile che dovevano esprimere anche i principi generali del diritto; ma successivamente la proposta fu ritirata. Recentemente è stato il legislatore tributario (art. 1 del decreto legislativo 5 agosto 2015 n. 128) a dare ingresso formale all'espressione nella materia fiscale, aprendo la discussa problematica della cosiddetta elusione fiscale, che tuttavia, per il suo "*particularisme*" esulerà dalle riflessioni che seguono.

Taluni ordinamenti a noi vicini dal punto di vista culturale, come l'ordinamento tedesco e quello svizzero, hanno introdotto espressamente nel diritto positivo il divieto di abuso. Ma – come ha rilevato Pietro Rescigno – è ben significativo che la norma sull'esecuzione del rapporto obbligatorio secondo buona fede (par. 242 del B.G.B.) ha conosciuto, nell'esperienza giurisprudenziale, "un impiego quasi smisurato", mentre del par. 226 del B.G.B. che contiene il divieto di abuso non si riscontra testuale applicazione. Inoltre, come è noto, l'art. 54 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000 (poi recepita nel Trattato di Lisbona del 1/12/2009), sotto la rubrica "divieto dell'abuso del diritto" così si esprime: "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta". Si può rilevare che tale "divieto" non è riferito alla totalità delle situazioni giuridiche soggettive, ma vale soltanto a tutela di "alcuni diritti", quelli cioè riconosciuti dalla stessa Carta. Ma è vero anche che i "diritti e le libertà" protette dalla Carta non sono solo i diritti e le libertà tradizionalmente

catalogati come “diritti fondamentali”; ma comprendono anche il diritto di proprietà art. 17, la libertà di impresa art. 16, la libertà professionale e il diritto di lavorare art. 15, ossia “diritti” *lato sensu* intesi, che vengono in considerazione anche in funzione della disciplina dell’impresa collettivamente gestita. La stessa autoreferenzialità della disposizione è ben compatibile con l’espressione di un principio più generale, presupposto come tale e non soggetto a deroga, neppure se deducibile dalla lettera della Carta dei Diritti Europea.

I riconoscimenti giurisprudenziali – anche al di fuori del terreno scivoloso del diritto societario – sono numerosi e spesso danno la sensazione ai non addetti ai lavori che i giudici abbiano saputo trovare la via per dare prevalenza alla sostanza sulla forma anche con sacrificio di quest’ultima.

La vicenda, che ha dato l’avvio ad un vivacissimo dibattito in dottrina con prevalenza di voci critiche, talora anche duramente critiche – perché in tal modo, per dirla con l’espressione lapidaria ed efficace di Comanducci, “il giudice toglie ciò che la legge dà” al titolare di una situazione soggettiva che lo abilita all’esercizio di un potere (nella fattispecie quello di recesso *ad nutum* da un contratto) corrispondente alla tipologia del potere concretamente esercitato – è costituita dal noto caso Renault Italia su cui è intervenuta la decisione della Cassazione del 18 settembre 2009 n. 20106. In quel caso al concessionario della nota casa automobilistica era stata comunicata una dichiarazione di recesso dal rapporto concessorio nel pieno rispetto dei termini contrattuali. La tesi del concessionario attore era quella che il reale intento della Renault non era quello dichiarato di dovere in tal modo ristrutturare la rete di vendita (che, come tale, rientrava nella causa del contratto di concessione), bensì quello di attuare una riduzione del proprio personale direttivo tramutando il rapporto di lavoro in concessione di vendita, ottenendo così il risultato (estraneo quest’ultimo alla causa del rapporto concessorio) della riduzione del proprio personale dipendente senza il costo del trattamento di fine rapporto, lasciando numericamente invariata la rete di vendita; con danno per i concessionari che si vedono frustrati gli investimenti che erano stati indotti ad effettuare nella consapevolezza che non esisteva un interesse aziendale alla ristrutturazione della rete. La Corte di merito non aveva ammesso le prove dedotte per dare dimostrazione di detta tesi, ritenendo comunque esclusa l’ammissibilità di un controllo causale sul recesso *ad nutum*, mentre la Corte di legittimità ha ritenuto sindacabile anche l’esercizio di un diritto (*rectius*, potere) quando, in violazione del canone di buona fede e correttezza, esso esercizio risulta preordinato ad uno scopo diverso da quello dichiarato e nella specie estraneo alla causa tipica del contratto di concessione. Ciò ha inteso significare “salvezza”, da un punto di vista generale, dell’esistenza effettiva di un diritto potestativo di recesso da un contratto a tempo indeterminato;

ma nello stesso tempo la sindacabilità del concreto esercizio di quel diritto potestativo, vuoi circa le modalità del suo esercizio stesso, vuoi circa la corrispondenza o non estraneità tra il concreto obiettivo per realizzare il quale il potere è esercitato e quello “tipico” per il cui conseguimento quel potere è riconosciuto.

Questo è il senso di ciò che autorevole dottrina (Di Majo, Rodotà) fin dagli anni Ottanta ha definito appropriatamente come forma di “governo giudiziario della discrezionalità contrattuale”. Fin da ciò emerge il parallelo con il governo della discrezionalità della pubblica amministrazione – in presenza di atti non viziati né da incompetenza, né da violazione di legge – attuato dalla giurisprudenza amministrativa per il tramite della clausola generale dell’eccesso o dello sviamento di potere.

Anche presso la giurisprudenza ordinaria, con maggiore difficoltà, il controllo sulla discrezionalità negoziale ha trovato spazio in clausole generali, principalmente quella di correttezza e buona fede, sia nella formazione (art. 1337) sia nella interpretazione (art. 1366) sia nell’esecuzione (art. 1375) del contratto e, in generale (art. 1175) di ogni rapporto obbligatorio. Ma talora concorrono altre clausole generali, volte soprattutto a valutare la congruità causale del contratto, come quella aperta dall’art. 1322 II comma sulla “meritevolezza” di tutela dell’interesse perseguito, valutato anche in relazione a singole clausole; o come *extrema ratio*, con riferimento all’equità del contratto, sia pur valutata *ex art. 1374* per la sua rispondenza a valutazioni di mercato.

Dunque, come osservato da Aurelio Gentili, “piaccia o no il divieto è entrato nel sistema”.

C’è in esso una “zona oscura” che investe proprio il problema centrale: che cosa è e come si identifica ciò che distingue un comportamento che si manifesta come “uso” (di una situazione soggettiva attiva classificabile come diritto, diritto potestativo, potere, facoltà) da un “abuso”? La risposta non è semplice ma in primo luogo “è d’uopo che ben si distingua”.

Vi sono ipotesi legalmente individuabili in cui la legge attribuisce il potere, non ne determina i limiti con norme dotate di fattispecie, ma che si caratterizzano per essere norme che, pur di diritto privato, enunciano o legittimano l’esercizio di poteri “funzionali”. L’esempio più evidente ed ovvio è dato dalla attribuzione della potestà dei genitori nei confronti dei figli: si tratta di una fascia ampia di poteri che devono avere, come stella polare, unicamente la ricerca dell’interesse del minore; e che per tal guisa diventano “abusivamente” esercitati quando perseguono interessi diversi, divergenti da quello per il quale la potestà è attribuita. Ma, su un piano ben più articolato e complesso, poteri come quelli dell’autonomia dell’impresa nel mercato, o il libero esercizio del credito, trovano nell’ordinamento limiti. Ma la regola antielusiva che se ne ricava non si esprime in forma di

fattispecie (di qui, ad esempio, proprio la problematica sul recesso cosiddetto abusivo dalle trattative precontrattuali, su cui torneremo); o la fattispecie pur enunciata non basta a collocare automaticamente il comportamento del titolare di un potere o di una situazione di potere “riconosciuta” dall’ordinamento, fra quelli da considerare leciti e quelli da considerare “abusivi”. La stessa legge sulla subfornitura ci dice che “il rifiuto di vendere o comprare” dall’impresa soggetta a “dipendenza economica” rispetto ad un’altra impresa maggiore “può” costituire abuso; ma non necessariamente lo è, ed è solo il magistero interpretativo a dover identificare gli elementi che completano la fattispecie in un senso o nell’altro come lecita o come abusiva.

Quando non solo l’abuso non è previsto, né tantomeno descritto come tale, dalla legge che attribuisce o che riconosce il potere, ma il potere stesso non si pone come potere funzionale (riconosciuto per la tutela di un interesse distinto da quello del suo titolare) e tuttavia non può essere “illimitato” a prescindere dalla “meritevolezza” dell’interesse concretamente perseguito o dalla forma del suo esercizio, allora occorre andare alla ricerca di un criterio, di una regola giuridicamente rilevante da cui ricavare fino a che punto l’esercizio di quel potere è da definire “corretto”, e quando oltrepassa il limite del suo corretto esercizio. Anche così impostata, la problematica mostra l’evidente assonanza con la fondamentale distinzione che ha caratterizzato l’esercizio del controllo giurisdizionale sull’atto amministrativo, ed ha finito per costituire il fondamento dell’attribuzione della giurisdizione all’uno o all’altro dei due plessi giurisdizionali – della giurisdizione ordinaria o della giurisdizione amministrativa –: quella fra esistenza del potere o cattivo esercizio del potere stesso.

A questo punto però, non si può prescindere dalle critiche, dense di preoccupazioni provenienti dalla dottrina.

Quelle che Pietro Rescigno ha chiamato le “angosce dottrinali”, oltre che sull’assenza nel nostro ordinamento di una norma esplicita che preveda la figura dell’abuso, delineandone i contorni e prevedendo la “sanzione”, sul piano degli effetti giuridici, paiono fondarsi principalmente su due elementi: il primo è quello per cui l’abuso di una situazione sostanziale che l’ordinamento positivo eleva a diritto, non può vedere il suo “uso” delegittimato in “abuso” attraverso la sola “argomentazione” senza che così si aprano le porte al libertinismo argomentativo. Il secondo, che in qualche misura rivela la debolezza del primo, è quello che ritiene la superfluità di tale elaborazione concettuale, a fronte di principi, clausole generali (prima di tutto quella di correttezza e buona fede) pur affermati con fatica ma ben presenti in norme di diritto positivo, sia ordinarie che costituzionali.

In sostanza ciò che si paventa è quanto espresso – con la sua consueta chiarezza – da Natalino Irti: che cioè, se si abbandona, sia pure per casi

particolari il criterio della fattispecie, i risultati ermeneutici non siano più controllabili alla stregua di canoni metodici predefiniti, mentre “il diritto nasce proprio dalla necessità astrattiva, che riduce il caos della vita a casi applicativi di norme” (quelle appunto descrittive della fattispecie astratta cui poter “sussumere” il fatto della vita che ne presenta i caratteri).

Nello sgretolamento di monistiche strutture pur collaudate nel tempo (quell'apparato di concetti giuridici che Benedetto Croce con poco rispetto verso i maestri del diritto classifica va come “pseudo concetti” o concetti spuri) il dilemma di fondo che esprime la crisi epocale che sta attraversando oggi ogni riflessione sull'esperienza giuridica non sembra intercorrere nella riproposizione della ormai estenuante disputa fra “ermeneutici” e “analitici”.

Esso si coglie, nella sua specificità storica, nell'espansione sia a livello nazionale che sovranazionale e internazionale dei precedenti giudiziari, derivati a loro volta da una pluralità di fonti delle quali essi costituiscono, quando assumono carattere di stabilità, fattore di “positivizzazione”. Tali fonti sono i “principi” tratti dai testi costituzionali e dai Trattati, dalla legislazione ordinaria, dalle convenzioni internazionali, dalle prassi applicative e in larga e forse prevalente misura dai contributi dottrinali. Ciò ha significato in vario modo il delinearsi del diritto dentro un vasto ed eterogeneo complesso di fonti in termini di *iuris dictio*.

La “crisi del positivismo” o meglio della concezione di esso come metodo capace di individuare la “*regula iuris*” applicabile ad ogni caso concreto dal solo testo di legge, secondo un giudizio “analitico” in cui il predicato è contenuto nel soggetto (appunto il testo normativo, i *verba legis*), non significa affatto crisi della “positività” perché punto di partenza di ogni riflessione è costituito e continua ad essere costituito dal dato normativo. Ma la vera questione, irrisolta se affrontata nei suoi termini astratti, ma avviata al ragionevole temperamento fra i diversi punti di vista, è proprio quella, fondamentale che riguarda la stessa identificazione del diritto, del diritto nella sua effettività. Se cioè esso è identificato nella “fonte”, nello *ius positum* e in esso soltanto con il corollario dell'indifferenza contenutistica (*auctoritas, non veritas facit legem*) o se la *lex* non può assurgere “*ad ius*” (per usare la terminologia riportata alla luce da Gustavo Zagrebelsky) prescindendo dal suo contenuto secondo la formula denominata “positivismo inclusivo”. Esso non può però risolvere l'antinomia senza contraddizioni se non convergendo nel “costituzionalismo”, quale sede di positivizzazione dei principi: un “forziere di valori”, (secondo l'efficace espressione di Paolo Grossi), che fornisce i criteri di riconoscimento del “diritto valido”. Il rilievo fondamentale dei contributi dottrinali valorizza il necessario apporto teorico-concettuale, ma la subordinazione a principi valoriali che non devono essere sacrificati nella

soluzione degli specifici conflitti, evita al giurista pratico il rischio di rimanere coinvolto, disarmato, nelle "crepe" del concettualismo, nella camicia di Nesso di una dommatica definita "*a priori*", e indifferente alla stessa ragionevolezza pratica degli esiti a cui conduce.

Lo stesso "pontefice massimo" del normativismo, il Kelsen della "*reinerechtslehre*" riconosce che "la norma che deve essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro cui si trovano molteplici possibilità di esecuzione"; e aggiunge che "chiedersi quale tra le possibilità date nello schema sia la giusta non è un problema teoretico del diritto, ma un problema politico-giuridico". Kelsen si ferma a quel punto perché consapevole di essere giunto al limite invalicabile per una "scienza": per una dottrina "pura" e vuole significare proprio che, a quel punto, si ferma la "ragion pura" e inizia la "ragion pratica"; che quest'ultima non è la messa in pratica della "ragion pura", è altra cosa, che si radica anch'essa tuttavia nella "ragione". La sostituzione o forse soltanto l'integrazione che possa esservi dell'argomentazione alla dommatica può essere anche valutata come "pensiero debole"; ma resta il metodo più adeguato a conformare la "volontà" dell'ordinamento – e non certo quella del decidente – alla specificità di ciascuno degli infiniti casi della vita che la realtà quotidiana produce. La bimillenaria sapienza di Aristotele ci avvertiva che non si può chiedere al matematico un discorso "persuasivo", così come non si può chiedere a un retore o a un giureconsulto un discorso dimostrativo (e non – aggiungiamo noi – semplicemente "argomentativo"). A fronte di verità controverse ma che non trovano soluzione né sul piano della sperimentazione naturalistica, né su quello della meccanica estrazione da un sistema coerente di assiomi.

5. – Il tema del cosiddetto abuso del diritto nel diritto privato è apparso (a Lipari) come il tipico "paradigma del processo di giurisdizionalizzazione del diritto" con tutti i legittimi interrogativi che ne derivano, ma anche come stimolo alla riflessione dottrinale, nel passaggio da un diritto individuabile "*a priori*", entro un sistema di enunciati "posti", ad un diritto valutabile, nella sua estensione, all'esito della sua applicazione ad una vicenda effettivamente vissuta. Si precisa così che la tecnica dell'abuso del diritto, se correttamente intesa, non comporta affermazione di un diritto e sua contestuale negazione nel concreto esercizio, né incorre nella contraddizione di convertire la regola che permette in regola che vieta, ma si rivela come "lo strumento definitorio della cornice formale attributiva di un diritto". L'abuso di un diritto presuppone l'esistenza di quel diritto, o meglio l'esistenza del potere che a quel diritto è connesso, ma non l'illimitatezza di esso. Un esempio ormai consegnato a ricordo storiografico è quello relativo alla questione del cosiddetto abuso della direzione unitaria nei gruppi di società.

Come è noto l'evoluzione del difficile equilibrio fra unità e autonomia ha segnato la storia dottrinale e legislativa del fenomeno dei gruppi, fino all'odierno approdo comunque raggiunto con la riforma societaria. Si deve convenire con Tombari che la "*grundnorm*" dettata dal legislatore societario, l'attuale art. 2497, sembra esaurirsi solo nello *Schutz recht*, ma la disciplina relativa alla responsabilità – che pure costituisce un puzzle difficile da comporre – sottende un quadro sistematico ben decifrabile in cui si riconoscono le linee dell'*organization recht* da cui dedurre le regole inderogabili nell'osservanza delle quali può oggi realizzarsi una forma di gestione unitaria dell'attività economica di soggetti giuridici fra loro diversi.

Fino a che il principio prevalente continuava ad essere quello dell'autonomia fra distinti soggetti giuridici fra i quali si fraziona l'unità molecolare dell'impresa di gruppo, i problemi di disciplina giuridica vengono impostati attorno al regime del conflitto di interessi, riconosciuto però "disfunzionale fino alla paralisi" rispetto alla possibilità stessa che sia esercitata una direzione unitaria. Fondamentale importanza ebbe l'emanazione della prima legge sull'amministrazione straordinaria (l. n. 26 del 1979) il cui art. 3 prevedeva che in ipotesi di società collegate "ove si verifichi l'ipotesi di una direzione unitaria, gli amministratori della società che hanno esercitato tale direzione rispondono in solido con gli amministratori della società in amministrazione straordinaria dei danni da questi cagionati alla società stessa". La "*querelle*" dottrinale che ne derivò costituì una sorta di cartina al tornasole circa il modo con cui si intendeva comporre – alla luce del dato normativo allora esistente – la dialettica fra unità e autonomia. Il prevalere delle ragioni dell'autonomia portava una parte della dottrina a qualificare quella responsabilità come extracontrattuale, effetto di illecita ingerenza diretta ad indurre all'inadempimento gli amministratori della società controllata. Il prevalere invece delle ragioni dell'unità conduceva a ritenere almeno implicitamente compreso nella configurazione tipica dei poteri della capogruppo l'esercizio della direzione unitaria; attribuiva così alla capogruppo una posizione soggettiva attiva – in realtà più vicina all'*officium* o al *munus* che al diritto potestativo – una volta che il titolare della posizione di controllo abbia iniziato ad esercitare le facoltà inerenti a tale posizione. Ciò determina l'insorgere di una relazione giuridica con le società del gruppo e in caso di esercizio dei poteri inerenti a tale relazione difforme dalle regole che la governano, l'insorgere di una responsabilità che non è certamente *ex contractu*, ma deriva da violazione di obbligazioni specifiche che nel sistema delineato dall'art. 1218 è da qualificare come "contrattuale".

Taluni indici normativi succedutisi nel tempo hanno via via avallato quest'opinione dandole più solido fondamento normativo. Il passo più eloquente, sul piano testuale verso le ragioni dell'Unità è dato dalla

previsione all'art. 90 dell'attuale legge sull'amministrazione straordinaria che "nei casi di direzione unitaria delle imprese del gruppo, gli amministratori della società dichiarata insolvente che hanno abusato della direzione, rispondono dei danni dalla stessa cagionati in conseguenza del delle direttive impartite". Si parla dunque proprio di "abuso" della direzione unitaria; e si può abusare solo di una situazione soggettiva attiva – quella che legittima l'esercizio della direzione unitaria – di cui si può fare legittimamente "uso": ossia di una situazione di cui si è titolari – per effetto del controllo, nelle sue varie accezioni – e che si estrinseca appunto in poteri o facoltà. Se non c'è questa situazione soggettiva non c'è abuso; c'è illecita ingerenza, ossia un comportamento illecito. C'è inesistenza, non cattivo esercizio del potere.

È vero dunque (come osservava Cattaneo nel 1971) che l'esercizio abusivo di un diritto, di un potere, di una facoltà è tale in quanto si colloca al di fuori della "sfera che delimita quel diritto"; ma certo è anche che solo chi è titolare di una situazione soggettiva attiva può abusarne. La tecnica cosiddetta dell'abuso del diritto va così a modificare la tradizionale impostazione sul rapporto fra la configurazione astratta di un diritto (ad esempio la libertà contrattuale, ed è questo il caso più critico) ed il suo concreto esercizio: il passaggio stretto è come possa esservi un diritto derivante da un testo normativo o se vogliamo dalla sua interpretazione più plausibile all'interno del sistema in cui esso è posto, e che tuttavia il suo esercizio nel caso concreto vada a contrastare un'altra regola o un principio ricavato dalla Costituzione.

È nel costituzionalismo l'idea che vi possa essere un diritto di fonte legislativa "illegittimo"; o comunque suscettibile di un uso illegittimo; e questo comporta che se il significato che va a definire la cornice di quel diritto in modo conforme al dettato costituzionale è fra quelli raggiungibili per via interpretativa del testo, la "regola" potrà essere intesa in modo da renderla compatibile con il "principio" posto dal testo normativo collocato al livello superiore.

La casistica giurisprudenziale ha visto utilizzare proprio la clausola generale di buona fede integrata con il principio costituzionale di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione; e questo ha portato in note vicende che hanno visto come protagonista la stessa Corte costituzionale, farsi strada l'idea che al contratto appartenga il rispetto di un "equilibrio" fra le prestazioni anche a scapito dell'inderogabilità della regola per cui *pacta sunt servanda*.

Ci si riferisce, naturalmente alle discusse ordinanze numero 77-78 del 2014 del Giudice delle leggi. Com'è il noto il codice civile, all'art. 1384 attribuisce al giudice il potere di ridurre l'importo della clausola penale quando essa è manifestamente eccessiva; ma non gli attribuisce il medesimo

potere nell'ipotesi che manifestamente eccessiva sia la caparra confirmatoria (art. 1385) dando così alla parte non inadempiente il diritto a trattenere la caparra (o a pretenderne il doppio) verso la parte inadempiente anche quando il suo importo sia del tutto sproporzionato rispetto al valore dell'inadempimento. La Corte costituzionale, se avesse ritenuto fondata la questione, avrebbe ben potuto accoglierla ritenendo ingiustificata la disparità di trattamento rispetto alla disciplina della clausola penale; o, al più, emettere una sentenza interpretativa di rigetto, ipotizzando l'applicazione analogica dell'art. 1384 alla fattispecie descritta dall'art. 1385, dicendo così esteso alla caparra confirmatoria il potere del giudice di ridurre l'ammontare manifestamente eccessivo di essa. La Corte, invece, ha pronunciato ordinanza con cui ha dichiarato "inammissibile" la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2 sollevata, perché il giudice remittente – al quale la causa è così stata restituita – non ha fatto il debito uso dei poteri di intervento a lui riconosciuti in ordine al rilievo del vizio che affetta una clausola contrattuale che regola i contrapposti interessi in modo così gravemente sbilanciato a danno di una delle parti. Egli, come ha ribadito lo stesso Presidente della Corte in un successivo contributo dottrinale, avrebbe dovuto rilevare d'ufficio la nullità della clausola *ex art. 1418, I comma* "per contrasto con il precetto dell'art. 2 della Costituzione (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa".

L'autorevolezza, anche di carattere scientifico, dell'Istituzione che ha emesso tale pronunzia, ha visto accanto a commenti anche duramente critici, altri volti a darne una più approfondita giustificazione. Tra questi merita una specifica menzione in questa sede – anche per cercare di comprendere la relazione che va a porsi fra abuso del diritto e la clausola generale di correttezza e buona fede – il contributo di Enrico Scoditti. Con l'avvertenza che, nell'economia del presente studio, si tratterà di una riflessione necessariamente concisa e in qualche misura, semplificatoria rispetto allo spessore dei temi che ne vengono implicati.

In verità le ragioni del dissenso dottrinale all'ordinanza della Corte si sono espresse su vari piani. Il primo riguarda l'attribuzione al giudice a quo (che dovrebbe limitarsi a rilevare la questione e a valutarla come non manifestamente infondata per rimetterne la decisione alla Corte costituzionale) del compito di accertare direttamente l'illegittimità di una norma di legge (quella che non prevede correttivi *ope iudicis* alla manifesta eccessività della caparra confirmatoria); ed è questo tema che esula dalla presente trattazione. Più pertinente è l'argomento di critica all'uso, ritenuto troppo frequente e generalizzato fino a diventare esso sì quasi "abusivo", del principio di solidarietà, ben più indefinito di quello estraibile dalla clausola

generale di correttezza e buona fede che permea per intero. Il rapporto obbligatorio, specie se applicato direttamente a rapporti fra soggetti, il creditore e il debitore, portatori di interessi fra loro confliggenti.

Ma la critica più puntuale con riferimento alla problematica oggetto del presente contributo è quella che rammenta come la clausola di buona fede pone ai soggetti che partecipano ad un rapporto obbligatorio un "obbligo di comportamento" alla cui violazione conseguirà la sanzione del risarcimento del danno causato. L'osservanza della buona fede in altre parole non è concepita, come tale quale "regola di validità" degli atti; regola che soggiace non a clausole generali ma all'inquadramento entro norme dotate di fattispecie.

Nella situazione processuale che ha fornito materia alla pronuncia della Corte costituzionale, non risulta sia stato neanche oggetto di valutazione da parte del giudice di merito il "comportamento" concretamente attuato dalla parte alla quale tuttavia andrebbe attribuita la violazione della "regola di comportamento". L'esame cade unicamente sul "contenuto" negoziale (nella specie di una sua specifica clausola) e sul suo oggettivo effetto squilibrante all'interno del rapporto obbligatorio. Si può certamente supporre che quel contenuto sia stato – e non possa che essere stato – la conseguenza oggettivata di un comportamento negoziale non improntato a buona fede ad opera della parte che di quel contenuto si avvantaggia. Ma solo il contenuto rileva. E la formula che fa perno sulla "contrarietà a buona fede" è espressione riassuntiva che assume la causa per l'effetto e si sostanzia in una figura retorica forse assimilabile alla sineddoche. Ma *"tanta est vis"* della clausola generale di correttezza e buona fede.

Diverso, ma davvero decisivo, è però il ruolo della buona fede nella formazione del contratto come delineato agli artt. 1337-1338 del codice civile, dai quali si rileva che la violazione dell'osservanza della regola di buona fede nella fase precontrattuale può davvero incidere sul regime testuale di validità del contratto: ma ciò avviene entro un tessuto normativo fondato sulla tecnica della fattispecie. Il destinatario di una dichiarazione negoziale affetta da un vizio della volontà (supponiamo un errore, essenziale secondo i criteri fissati dall'art. 1429 e "riconoscibile" ai sensi degli artt. 1428 e 1431) in forza della regola di buona fede oggettiva e del dovere anche di diligenza che la sua osservanza comporta ha l'obbligo di rilevare l'errore (più propriamente ne avrebbe l'onere, trattandosi di una situazione soggettiva passiva volta a realizzare un interesse, prima di tutto proprio, quale quello di non dar vita ad un contratto annullabile, ma in cui il potere di provocarne l'annullamento si concentra nella controparte). Il requisito della riconoscibilità dell'errore è stato previsto come temperamento del principio dell'affidamento, introdotto dal vigente codice civile in sostituzione di quello cosiddetto della "volontà" previsto nella vigenza del precedente codice. A

sua volta, a temperamento dell'assolutezza di quest'ultimo, la dottrina, a partire da Coviello (Senior) seguita dalla giurisprudenza aveva introdotto il criterio della "scusabilità" per evitare il "corto circuito" di un contratto annullato su istanza dell'errante, chiamato poi a risarcire il danno conseguente all'inescusabilità del proprio errore. Per quanto qui interessa, dunque, la violazione della buona fede oggettiva insita nel non aver rilevato l'errore riconoscibile (o, peggio, di non averlo comunicato all'altra parte, ove rilevato) comporta il venire in essere di un contratto invalido o, come si suol dire "claudicante", trattandosi di vizio che può essere fatto valere solo dalla controparte, la quale, se il vizio non è imputabile anche a sua colpa (ed è dunque "scusabile" l'errore) potrà essere risarcita del cosiddetto danno negativo.

La violazione della regola di comportamento in tali casi si innesta così in fattispecie più complessa, testualmente disciplinata, e che opera sul piano della "validità" dell'atto di autonomia.

Ben diverso è il caso sopra descritto e tutti quelli – compreso quello che nella casistica giurisprudenziale ha comportato la dichiarazione di nullità della delibera di società per azioni per le quali è stato ritenuto ricorrere la figura dell'abuso di maggioranza – in cui la violazione della buona fede entro un rapporto obbligatorio è stata dedotta non da un "comportamento" disdicevole (non può essere il "voto" come tale a possedere tale carattere) ma dal contenuto di un atto, atto che però partecipa in modo decisivo alla creazione di una "norma privata".

E qui sovengono le riflessioni di Scoditti a chiarimento o alla ricerca di giustificazioni delle discusse ordinanze dalle quali si sono prese le mosse.

L'ambivalenza del "negozio giuridico", rileva Scoditti partendo dal noto studio di De Giovanni ("Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico", oggetto di recente ristampa), sta nell'essere ad un tempo fatto e norma. L'effetto negoziale sta nella sua vincolatività, come descritta nell'enfatica formula dell'art. 1372; e, nei sistemi di *Civil Law*, la vincolatività è effetto collegato al fatto storico descritto all'art. 1321; fatto storico che è il solo sottoposto al vaglio di validità. Le concrete statuizioni però l'auto regolamento contenuto nel negozio resterebbero a tale stregua estranei alla fattispecie; esse appartengono al "rapporto", rapporto che si emancipa dalla fattispecie. La recente normativa di derivazione euro unitaria (in materia di clausole abusive, sub-fornitura, abuso di dipendenza economica e altre in specifici settori) ha proprio l'effetto di creare un collegamento tra "comportamento pre-contrattuale" e contenuto iniquo. In tal modo, con il regime di "nullità speciali" quel rapporto che si era emancipato dalla fattispecie da cui trae origine ritorna entro la fattispecie; e per questo, in specifiche ipotesi la regola di comportamento si eleva a regola di validità. Ma nell'ordine codicistico, ad avviso di Scoditti, la "regola negoziale", la

“norma privata” di autoregolazione di interessi eccede lo schema della fattispecie, il solo sottoposto al vaglio di legalità. Tuttavia, superato questo vaglio – la griglia della fattispecie legale – il negozio è norma, sia pure “norma privata”. Lo stesso Kelsen qualifica il negozio come fonte di norma giuridica; norma posta al gradino più basso della struttura gerarchica delle fonti. In effetti, l'autonomia privata è fonte del regolamento negoziale, riconosciuta come tale dall'ordinamento (“fonte sociale”, secondo Emilio Betti).

L'inserimento della norma privata nell'ordinamento sconta lo scotto dell'integrazione con l'ordinamento stesso in cui si va ad inserire e esige compatibilità con esso; e dunque con i principi anche valoriali che lo connotano. A questo punto si situa la spiegazione della nullità della clausola perché l'aggancio costituzionale della clausola di buona fede eleva la stessa a “principio”, a precetto contenutistico: e ciò segnerebbe il passaggio di una regola di comportamento a regola di validità. Per questo l'apparente conformità del contenuto negoziale alla fattispecie legale viene superata dall'interpretazione cosiddetta “conforme” o costituzionalmente orientata. Ma, in verità, secondo Scoditti, restando ferma la separazione fra fattispecie negoziale (assoggettata al vaglio di legittimità) e “rapporto” (retto dalla “norma privata” che dà vita all'autoregolamento negoziale) il problema della coerenza della “norma privata” con l'ordinamento vigente è problema che va risolto diversamente: non in termini di validità, ma di disapplicazione, come avviene nel rapporto tra norme nazionali e norme euro unitarie entro il sistema che regola i rapporti fra le stesse alla luce della primazia delle seconde.

La costruzione dottrinale così succintamente riportata contiene indicazioni importanti e utili; in primo luogo quella che individua il rapporto tra l'autoregolamentazione dei privati interessi contenuta nell'atto di autonomia e l'ordinamento generale, in una relazione fra ordinamenti: quello “particolare” costituito dalla “norma privata” e quello generale, il solo avente carattere “paradigmatico” (nel significato chiarito da Massimo Severo Giannini); e che, per conseguenza, postula la necessaria coerenza fra l'ordinamento particolare e quello generale e paradigmatico.

Se questa coerenza venisse a mancare – anche per contrasto con i principi espressi dalla Costituzione – perché mai l'incoerenza non dovrebbe entrare nella “griglia” della fattispecie se è la fattispecie stessa, quella descritta all'art. 1321, ad aver creato la “regola” che di quella coerenza difetta? Ed è questo vaglio un vaglio di “validità”. Fallace si rileva non tanto il richiamo al criterio di raffronto tra norma nazionale e ordinamento eurounitario (dotato necessariamente di *primauté* – salvo il ricorso a eventuali controlimiti –) ancorché difficilmente ascrivibile a “ordinamento generale” rispetto a quello degli Stati nazionali quanto laddove intende la

“disapplicazione” come meccanismo pratico che non mette in discussione la “validità” della norma da disapplicare solo per la sua incoerenza con l’ordinamento preminente: quello eurounitario. Se così fosse emergerebbe un trattamento differenziato fra norma interna in violazione di precetti derivanti dall’ordinamento comunitario e norma interna che viola precetti della Carta Europea dei diritti dell’Uomo, destinata quest’ultima ad essere espunta dall’ordinamento per incostituzionalità *ex art.* 117 della Costituzione. In realtà, se la norma privata posta in essere dalla fattispecie contrattuale esprime un precetto incompatibile con l’ordinamento vigente nel territorio entro il quale essa dovrebbe trovare esecuzione, essa è affetta da invalidità secondo le regole di quello ordinamento. La tecnica della disapplicazione opera invece per consentire ad una “giurisdizione” o ad un plesso giurisdizionale cui è negata la potestà di dichiarare l’invalidità ed annullare un atto normativo o amministrativo, di poter accertarne l’invalidità *incidenter tantum* disapplicando l’atto ma con effetto limitato al caso particolare. Dunque non è vero che la disapplicazione, nelle forme in cui un’autorità dotata di giurisdizione ne può fare uso, presupponga la validità dell’atto che va a disapplicare; al contrario. Tale tecnica presuppone soltanto che il soggetto abilitato a disapplicare un atto normativo o amministrativo ne ritenga l’invalidità, ma non abbia il potere di dichiararla con efficacia *erga omnes* né di annullare l’atto: potere che non ha il giudice comune nel caso di contrasto della norma interna con il diritto comunitario; non ha il giudice ordinario, fuori dalle ipotesi in cui la legge ordinaria ha fatto applicazione del III comma dell’art. 113 della Costituzione, nei confronti dell’atto amministrativo o regolamentare che valuta illegittimo; che infine non ha l’arbitro privato rispetto alla decisione di questioni pregiudiziali non arbitrabili *ex art.* 819 del codice di rito.

Quindi, nella vicenda da cui siamo partiti, la Corte Costituzionale ha operato un confronto tra la “funzione economico-sociale” della caparra confirmatoria – la sua causa tipica – e il suo utilizzo nell’atto di autonomia negoziale; ha ritenuto quest’ultimo del tutto sproporzionato rispetto alla funzione tipica ed eccedente la ragione pratica insita nella previsione normativa, con grave pregiudizio per gli interessi di una delle parti. In tal modo, la violazione della buona fede emerge soltanto dal contenuto dell’atto e rileva semmai come elemento sintomatico dell’eccesso di potere o se vogliamo di “abuso del diritto”. Il contenuto dell’atto e la sua eccedenza rispetto alla funzione con pregiudizio per una delle parti potrebbero integrare di per sé l’abuso del diritto; ovvero invece essa eccedenza sotto il profilo causale vale a rendere come atipico – *in parte qua* – l’atto negoziale e dunque lo assoggetta al controllo di meritevolezza previsto dall’art. 1322 del codice civile.

6. – La rivalutazione – che qui si propone – dell'eccesso di potere (figura presa a prestito dal diritto amministrativo) non vuole certo riproporre un antistorico ritorno alle origini segnate da un autorevole indirizzo dottrinale (variamente accolto dalla giurisprudenza d'*antan*, che resta indissolubilmente legato alla concezione istituzionale della società di capitali) ma per correggere o diversamente motivare l'opinione secondo cui il richiamo alla regola di buona fede oggettiva legata alla "dimensione individuale" del rapporto contrattuale retto unicamente dalle norme di relazione, non è automaticamente trasferibile a rapporti che sono invece inseriti in una dimensione più complessa retta anche da regole di azione.

Ed effettivamente la teorica dell'eccesso di potere (non identificabile e non solo sul piano terminologico del tutto con quella dell'abuso del diritto quale si è sopra delineata) ha trovato iniziale formulazione entro la materia societaria all'interno della prospettiva istituzionalista. Fu Francesco Carnelutti nel 1926, parzialmente seguito dallo stesso Ascarelli e da Ferri – pur riconoscendo che il potere della maggioranza è attribuito nell'interesse comune dei soci – a valutare che i soci, nella società anonima, operano "*uti universi*", manifestando ciascuno il suo voto come "organo" della società ed agendo in tal modo anche nell'interesse altrui. In verità può essere indifferente che l'interesse della società sia concepito come interesse "superiore" a quello dei soci, ovvero si risolva nell'interesse comune, magari individuato, come ritiene la prevalente dottrina italiana, nell'interesse oggettivo dell'impresa collettivamente gestita. La caratterizzazione in senso istituzionalistico della formulazione delle origini della teorica dell'eccesso di potere applicata alla società di capitali stava proprio nel ritenere che il "potere" dell'assemblea, e così del socio in quanto ne fa parte, deve essere esercitato "per la tutela che l'ordine giuridico deve proteggere": e da qui il pieno parallelismo con il diritto pubblico.

Ma già a fronte della citata sentenza n. 11151 del 1995 della Cassazione e alla diretta applicazione – che ne ha fatto – di regole dettate nel terreno della disciplina generale del contratto, si era sottolineato (da Corsi) la difficoltà di tracciare una linea di demarcazione tra ciò che attiene al rapporto tra i soci ed è quindi riconducibile al consenso iniziale (almeno in caso di genesi contrattuale della società) e ciò che attiene al "governo dell'impresa" per la cui dinamica è stato dettato il principio maggioritario. Si aggiunge, correttamente, che "contratto e persona" segnano il crocevia della costellazione di interessi attorno alla quale ruotano i "valori" che hanno segnato la storia del nostro sistema capitalistico. Il primo, destinato a segnare il luogo di composizione degli interessi "interni"; la seconda è invece il raccordo con gli interessi esterni. Si aggiunge, con riferimento alla fattispecie di "abuso", che bisogna chiedersi se è giusto imporre a terzi ipoteticamente interessati al mantenimento della delibera, il sacrificio

derivante dal suo annullamento pur in assenza di pregiudizio della società-persona in nome di un interesse che attiene soltanto al ripristino dell'equilibrio interno dei soci. A sua volta, Fois (nel testo pubblicato nella giurisprudenza commerciale del 2001) esprimeva l'opinione – sostanzialmente conforme a quella di Natalino Irti – che “le clausole generali sono la spia della carenza del sistema normativo e degli astratti strumenti concettuali di comprensione della sua costruzione. Ivi si rilevava che la deliberazione assembleare, strumento di azione del gruppo, si pone, ad un tempo, come interprete del piano individuale e di quello collettivo del quale è espressione l'interesse sociale”. Si aggiunge che “il richiamo alla disciplina negoziale per dare risposta a problemi interni segnerebbe la contraddizione insita nel far convivere l'area collettiva interpretata da uno strumento individuale e nell'attribuire alla prima I predicati che sono del secondo”.

In effetti, sui limiti di un'impostazione esclusivamente fondata sulla disciplina civilistica del contratto, possono valere anche considerazioni più specifiche sottese alla riforma del 2003.

Con l'avvertenza comunque che non verrebbe a tenere fuori dalle regole che disciplinano le vicende societarie la clausola di correttezza e buona fede, le pur corrette affermazioni di Gambino (già sopra riferite) laddove si sottolinea che nell'ordinamento delle società capitalistiche, a differenza che nelle società di persone in cui salvo deroga pattizia vige il principio dell'immutabilità del contratto senza il consenso di tutti i soci, le vicende dell'ordinamento sociale non possono essere giustificate con il ricorso a principi che reggono l'attività esecutiva del contratto di durata e in particolare dell'art. 1375 non rappresentando il contratto una definitiva composizione dei conflitti intersoggettivi di interesse. Sono ancora attuali in proposito le parole di Alberto Asquini (nella Rivista delle società del 1959) secondo cui l'art.1175 è posto “al centro del sistema del diritto obbligatorio, ma logicamente il principio si estende anche ai rapporti di partecipazione tra socio e società, dove il metro non può essere che l'equo temperamento tra l'interesse del socio e quello della società”. L'integrazione del rapporto obbligatorio con le regole alle quali l'art. 1175 assoggetta tanto la parte titolare di una situazione “attiva” quanto quella soggetta ad una situazione “passiva” entro il rapporto obbligatorio, trova applicazione al di là di una disciplina originata da un vincolo negoziale, per estendersi anche a quei doveri che discendono dal venire in essere, fra soggetti determinati, di una “relazione specifica” (ad esempio le trattative precontrattuali nella descrizione di cui all'art. 1337) riconosciuta dalla legge come “fatto” idoneo a produrre obbligazioni (le “*variae causarum figurae*” di cui alle *Institutiones* di Gaio nella seconda edizione). Si assiste in tal modo non già ad una specificazione del generale dovere del *neminem laedere* ma ad una posizione

di doveri "relativi" con conseguente riconduzione della loro violazione entro i paradigmi della responsabilità contrattuale.

In verità, le prime, inevitabilmente generalizzanti, valutazioni sulla riforma attuata con il decreto legislativo n. 6 del 2003 hanno trovato il compendio più eloquente nell'icastica osservazione di Floriano D'Alessandro secondo cui il "nuovo" diritto societario "marcia e vuol marciare sotto la bandiera dell'autonomia privata". In effetti, importanti novità normative si iscrivono proprio nel quadro di una maggiore flessibilità dei "tipi" societari e di ampliamento dell'autonomia statutaria e dunque di tendenziale apertura all'applicazione di criteri che trovano il terreno più fertile nella disciplina del contratto, fra cui, naturalmente la clausola di correttezza e buona fede. L'estensione dell'autonomia, che è amplissima nella configurazione della nuova società a responsabilità limitata (quasi una società di persone che si giova della limitazione di responsabilità) trova spazio anche nella disciplina della stessa società per azioni per quello che è il modello configurato per la società "chiusa" che vede cioè congiunte proprietà e gestione delle imprese. Il "legame" – pur nella specificità di regole e i principi suoi propri – del diritto societario con l'ambiente del contratto non è venuto meno neanche se la società (in origine la sola società a responsabilità limitata) può essere costituita anche con atto unilaterale, avendo ciò comportato peraltro la modifica della rubrica dell'art. 2247 da "nozione" di società a "contratto" di società. È vero tuttavia anche che alcune novità di disciplina, riferibili soprattutto, ma non esclusivamente, al "tipo" società per azioni, per la loro coloritura pubblicistica sembrano denotare non solo il perdurare ma l'accentuarsi di propensioni di tipo istituzionalistico. Si pensi alla forte compressione dei diritti delle minoranze a far valere l'invalidità per vizi, anche gravissimi (con la sola eccezione dell'illiceità o impossibilità dell'oggetto sociale) sul piano della legittimazione, dei termini e della preferenza accordata alla tutela obbligatoria su quella "reale". È stata l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti, sia interni che verso i terzi, a far premio sulla tutela dei diritti connessi alla situazione soggettiva del socio in quanto parte di un negozio e comunque di un rapporto associativo. Nello stesso senso gioca la consolidazione e l'accentuazione del principio di conservazione dei patrimoni separati. La nuova disciplina della trasformazione consente la "trasformazione eterogenea": quella cioè che comporta non solo il cambiamento del modello organizzativo originariamente prescelto ma anche quello della *causa negotii*, come quando una società di capitali – dunque a finalità lucrativa – si trasformi in altro ente (e non solo associativo) privo di fine di lucro (e viceversa). Il superamento della "barriera causale" (*ex art. 2500-septies III comma e 2500-octies II comma*) può avvenire con delibera a maggioranza e dunque senza una rinnovata manifestazione di autonomia

negoziale. Se si assume (con Angelici e Libonati) che la ratio di tale innovativa disciplina va individuata nella volontà di perseguire massimamente la “continuità dell’impresa” – anche per raggiungere obiettivi diversi da quelli originari – pur senza evocare suggestioni istituzionalistiche totalizzanti, si evidenzia la prioritaria considerazione che “battelli” sui fiumi, sui mari, nei nostri specchi d’acqua continuino a navigare! Tanto che lo stesso D’Alessandro (in un seminario tenuto all’inizio del 2003 alla facoltà di giurisprudenza di Roma Tre) ha potuto notare che dopo la riforma il “contratto di società” si palesa di difficile riconduzione alla definizione fornita dall’art. 2247 del codice civile. La verità è che il legislatore della riforma, come d’altronde deve fare ogni buon legislatore, non è stato assillato dalla preoccupazione di assicurare la coerenza sistematica di ciascun aspetto della disciplina con l’una o con l’altra delle impostazioni teoriche (quella contrattualista o quella istituzionalistica o, con terminologia che riflette, in ambiente anglosassone, analoga contrapposizione, quella dei *contractarians* o quella dei *comunitarians*) che storicamente hanno diviso prima la scienza economica che quella giuridica. Ma suo esclusivo intento doveva essere, ed è stato quello di fornire, sul piano normativo, la disciplina ritenuta come la più confacente alla migliore composizione degli interessi in gioco e, in questo quadro la più consona all’obiettivo della maggiore competitività degli operatori economici nazionali nel mercato globale.

È chiaro allora che, accanto al normale sostrato negoziale o contrattuale, nella società assumono egualmente rilievo altri aspetti: soprattutto quello della “organizzazione” attuata attraverso un complesso di norme nella correlazione tra regole dettate direttamente dalla legge e norme convenzionali di origine statutaria che, nel loro insieme connotano un “ordinamento”: ovviamente un “ordinamento particolare” le cui regole riguardano principalmente ma non esclusivamente i soci o coloro che ad altro titolo vi partecipano. Questo dà qualche fondamento all’opinione di chi ravvisa l’improprietà insita nel mescolare norme di azione e norme di relazione dando esclusivo rilievo solo alle seconde; come potrebbe avvenire se si assume come *regula iuris* quella della buona fede, ancorandone peraltro il fondamento esclusivamente all’origine contrattuale o quantomeno negoziale del vincolo. Ma ciò non significa che vicende relative allo svolgimento del rapporto societario non possano trovare il criterio di regolazione quantomeno nei principi che reggono il contratto.

7. – Un recente volume di un valente studioso del diritto amministrativo (Paolo Cirillo) intitolato significativamente “Sistema istituzionale di diritto comune” è inteso ad analizzare un fenomeno sempre più evidente. Quello che Guido Alpa ha scelto di descrivere “in termini

tellurici" come "uno smottamento dell'area del diritto privato sul diritto pubblico, che provoca un arretramento del diritto pubblico rispetto al diritto privato"; e al tempo stesso una controreazione del diritto pubblico che con diverse forme invade e si appropria di alcune delle aree tradizionalmente assegnate al diritto privato; fenomeno che Cirillo individua come "il nuovo diritto comune". Esso non è il solo diritto civile "ma è il diritto dei rapporti complessi" ossia, nell'area di riferimento, il diritto amministrativo così come è stato riscritto dall'ordinamento laddove impone l'uso dei *principie* degli istituti del diritto civile. Nell'area del diritto privato, il diritto commerciale (che Asquini individuava come "l'ala marciante del diritto privato") nella materia del diritto societario vede e ha visto accentuarsi con la riforma la convivenza del momento corporativo e organizzativo nell'atto del perseguimento dell'interesse sociale con il momento aperto agli spazi di autonomia negoziale destinato alla dinamica dei rapporti fra i soci e più in generale tra coloro che a vario titolo, nell'impresa, hanno operato investimenti nel mutevole equilibrio dei loro reciproci interessi. Persino le relazioni fra privato e Pubblica Amministrazione hanno visto il nascere di quel "nuovo diritto comune" che alcune innovazioni normative hanno introdotto nel diritto amministrativo tradizionale aprendolo espressamente all'utilizzazione di "principi e istituti" del diritto civile e, in particolare del diritto dei contratti; diritto civile in qualche modo così confermato come "il diritto generale". Il riferimento più ovvio è alla legge n. 241 del 1990 e successive modifiche: il "piccolo codice" del procedimento amministrativo. In particolare, dai primi 11 articoli della legge si ricava l'apertura all'autonomia negoziale di vasti spazi di esercizio dello stesso "potere autoritativo" della Pubblica Amministrazione fino a rendere "l'accordo" strumento sostitutivo dell'esercizio della potestà pubblica e fino a recepire per la loro regolazione proprio i principi del diritto dei contratti.

Altre volte accade però che siano risorse culturali nate e cresciute sul terreno del diritto amministrativo a trovare spazio per esportarsi sul terreno del diritto privato; e che sia in qualche modo la scuola civilistica a doversi *mettre à l'école* di quella amministrativistica. La tecnica del cosiddetto abuso del diritto involge la valutazione della congruenza tra i poteri che l'ordinamento privato conferisce ad un soggetto e la funzione economico sociale di tale conferimento.

Certamente la centralità della figura dell'eccesso di potere e la percezione di questo per il tramite di figure sintomatiche via via scaturite sul terreno dell'esperienza giurisprudenziale è il primo termine di confronto che la civilistica può trarre dalla ormai più che secolare storia dell'istituto entro il diritto amministrativo. Nel 1938 scriveva un oscuro autore che porta il mio cognome (Francesco Rovelli "Lo sviamento di potere" in Studi in onore di Bacchelli) che lo sviamento di potere è la figura sintomatica che più si

confonde con la stessa violazione di legge; ma che essa in realtà riassume a livello di più alta evidenza la stessa patologia espressa dalle altre figure sintomatiche; che la sanzione di invalidità dell'atto di invalidità si identifica con la ragione della garanzia del *civis* soggetto all'esercizio della potestà amministrativa rispetto alla condotta della pubblica amministrazione che sia "solo formalmente conforme alla legge", ma in realtà eccedente i limiti funzionali per i quali il potere è conferito. E aggiunge che si tratta di un "modello di legittimità" che rifiuta la mera equivalenza con la legge scritta, con i *verba legis*, ma che va calibrata caso per caso sull'esigenza di reprimere situazioni di abuso. E in effetti fin dal 1889 l'esercizio del controllo di "legittimità" sugli atti della pubblica amministrazione fu configurato come rimedio non solo alla illegalità definita secondo la regola della fattispecie, ma con l'individuazione, quale vizio di legittimità, dell'eccesso di potere. Può, come ho ricordato all'inizio, riconoscersi che la genialità dei padri fondatori delle categorie dogmatiche del diritto amministrativo fu quella di elevare a situazione soggettiva attiva – quella dell'interesse legittimo definito da Berti "il grande geniale inganno" – quella stessa situazione che è pur presente in diritto privato e che la volgata civilistica usa però qualificare come situazione soggettiva passiva: quella di colui che si trova in una posizione di soggezione a fronte dell'esercizio di un potere privato, situazione del tutto distinta da quella dell'obbligato entro la coppia diritto-obbligo.

Ora in estrema sintesi si può forse azzardare la seguente proporzione: l'abuso del diritto in diritto privato sta all'eccesso di potere in diritto pubblico come una situazione di soggezione di fronte all'esercizio di un potere privato sta all'interesse legittimo in diritto pubblico. Se non c'è il potere non ci sarà abuso del diritto, ma pura e semplice violazione del diritto. È vero che nel diritto pubblico ogni potere è per sua natura potere funzionale, mentre non è così o non è sempre così nel diritto privato, ma anche i poteri non funzionali hanno dei limiti. È compito dell'interprete individuare e utilizzare criteri di composizione sensibili alla forza assiologica degli interessi contrapposti. Occorre forse individuare-come la scienza amministrativistica ha saputo fare individuando le figure sintomatiche dell'eccesso di potere-criteri dotati di positività epistemica attraverso elementi che, tratti dall'ordinamento giuridico positivo, esprimono contrarietà a valori positivizzati (in primis la buona fede anche attraverso il suo collegamento con l'articolo 2 della Costituzione) o corrispondono a disvalori ad esempio realizzando effetti dannosi disfunzionali rispetto alla causa attributiva del potere.

Esemplificativamente, e con riguardo ad una questione lungamente controversa, quella se un recesso dalle trattative precontrattuali possa in certe situazioni configurarsi come causa di responsabilità risarcitoria verso la

controparte, Lina Bigliazzi Geri dando risposta positiva alla domanda, enuncia il principio per cui, “accanto al diritto di ciascuna parte di recedere dalla trattativa sta l’interesse legittimo dell’altra parte a che quel potere di recesso sia esercitato secondo buona fede”: e cioè – come scriveva un giovane Mario Bessone in un ampio scritto apparso sugli *Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova* del 1971 – con modalità corrispondenti all’uso che nella formazione del contratto ne fa “il normale operatore”. Anche così la valutazione sull’esistenza dell’abuso, benché non operi in modo meccanicamente sussuntivo, resta di tipo fondamentalmente cognitivo perché analizza la correlazione fra la funzione tipica del potere attribuito e la divaricazione da essa dell’intento empirico, ovvero il difetto di proporzionalità fra detta funzione e il concreto atto di esercizio.

Questo esempio può servire anche a comprendere la rilevanza pratica e soprattutto sistematica dell’introduzione della clausola di buona fede in sede di formazione del contratto. Un gran numero di situazioni assai diversificate fra loro che la realtà delle negoziazioni continuamente esibisce, mostra come spesso al recesso di una parte consegua un pregiudizio anche grave per l’altra che non è facile giustificare in ogni caso. Ma nello stesso tempo non riesce affatto scontato che il danno causato dal recesso rientri nell’area di quelli che devono essere “redistribuiti” e non lasciati a carico di chi li ha subiti. Il potere di recedere dalle trattative precontrattuali costituisce un corollario importante del principio di libertà di iniziativa economica e si configura come diritto potestativo il cui libero esercizio non necessita di essere sorretto dalla dimostrazione della sua causa giustificativa. È certo che non si tratta di potere “funzionale” ma di potere attribuito dall’ordinamento nell’esclusivo interesse del suo titolare. La stessa vincolatività del contratto concluso trova la sua giustificazione sociale nella libertà di recesso nel periodo antecedente l’incontro dei consensi. Eppure l’esigenza di un controllo sulle modalità del recesso per verificare se si erano create situazioni di fatto produttive di affidamento meritevole di protezione è sempre stata oggetto di riflessione fra i giuristi volta a verificare un momento in cui il recesso ingiustificato può comportare responsabilità risarcitoria.

In Italia l’autore che ha più approfondito il tema a cavallo tra l’800 e il ‘900 (Faggella) aveva tracciato una progressione degli stadi evolutivi in cui si scandisce la fase formativa del contratto fino ad individuare uno stadio nel quale, per la progressione stessa della trattativa questa assume un carattere più impegnativo, individuato nella cosiddetta “autorizzazione anche tacita a trattare”; in cui i reciproci affidamenti lasciano quasi presumere accordo a che si completi il progetto fino alla conclusione dell’affare o alla verifica che questa non è possibile. L’indicazione era accolta oltralpe da Saleilles, il quale precisa come a tale stadio solo l’emergere della “divergenza economica”

giustifica la rottura. Il fondamento normativo di ciascuna delle due dottrine era fragile: per l'uno (Faggella) la *fictio* di un "accordo tacito autorizzativo a trattare"; per l'altro (Saleilles) la prefigurazione di una ipotesi di responsabilità oggettiva non prevista dalla legge. La dottrina del tempo quasi unanime rilevava che le parti, in tali fasi della formazione del contratto, hanno come limite al loro operare soltanto il dettato della responsabilità extracontrattuale (art. 1151 c.c. 1865). Carnelutti, nel 1912 (così come farà Orlandi quasi un secolo dopo) irrideva al tentativo di riportare alla responsabilità aquiliana la fonte della responsabilità per l'esercizio di un potere quale quello di recedere dalle trattative nella fase di formazione del contratto. E sottolineava l'evanescenza del dovere generico del *neminem laedere* paragonato a "una fata Morgana che ha per molto tempo illuso e continua ad illudere i giuristi"; come è dimostrato da ciò che "*l'aliquem laedere* è paralizzato dal suo *iure uti* nella formula per cui *qui suo iure utitur neminem laedit*".

L'articolo 1337, introducendo quale obbligo fra le parti nella fase precontrattuale l'osservanza del canone della buona fede, eleva il rapporto precontrattuale da mero "contatto sociale" ad un "contatto governato da un progetto" e dunque ad un rapporto obbligatorio il cui contenuto si specifica a stregua di buona fede. L'affidamento tutelato non è, né può essere, quello alla positiva conclusione delle trattative; ma è un affidamento che nasce dalla interazione di comportamenti precontrattuali reciprocamente dovuti. Su queste basi fondatamente la Bigliazzi-Geri poté rilevare che tramite la sottoposizione reciproca all'obbligo di buona fede oggettiva, al diritto di recedere fa riscontro un interesse legittimo altrui. Interesse legittimo a che quel potere di recesso sia esercitato in conformità alla sua funzione che è appunto quella corrispondente all'uso che, nella formazione del contratto, ne fa il "normale operatore". E ancora su queste basi Francesco Galgano in uno dei suoi ultimi scritti, cogliendo il collegamento tra abuso del diritto e clausola di buona fede, replicò ad Orlandi domandandosi: "*qui suo iure abutitur laedit?*".

8. – Si può dire che i casi di abuso del diritto emersi dalla pratica si raggruppano attorno a situazioni che vedono contrapposti il titolare di un interesse, che lo fa valere rifacendosi ad uno schema formale e la posizione di soggetti passivi sicuramente "incisi" da quell'atto di "esercizio di un diritto" e da esso danneggiati.

L'inquadramento che qui si vuole esplorare dell'abuso del diritto come tecnica equivalente a quella che ha condotto, in un lungo percorso storico, a costruire l'interesse legittimo come figura utile per far riconoscere spazi di tutela a chi è soggetto ad atti di esercizio del potere pubblico connotati da discrezionalità amministrativa, non significa resa alla tentazione di

inquadrare ciò che emerge come “nuovo” in categorie concettuali prefigurate, ma certo all’esigenza di saggiarne la attitudine a rientrare entro più collaudati paradigmi, se ciò può valere ad individuare criteri dotati di positività epistemica, piuttosto che a meno obiettivi criteri di giustizia (sia pure entro un quadro di valori condivisi).

Rileva Renato Rordorf (in uno scritto in ricordo di Giovanni Lo Cascio destinato ad apparire nella rivista da lui fondata intitolato “Il diritto esorbitante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato”) che, definito il diritto soggettivo come “posizione giuridica di vantaggio riconosciuta ad un soggetto e diretta a tutela di un suo interesse”, ogni posizione di vantaggio, ogni posizione di potere cui corrisponde un’altrui soggezione, nasconde sempre in sé il rischio dell’abuso e perciò presuppone la necessaria individuazione di precisi limiti. E aggiunge – evocando l’oraziano “*est modus in rebus*” – che, se si esorbita da tali limiti “verrebbe meno la ragione stessa della speciale tutela attribuita al titolare del diritto dall’ordinamento”. Rammenta il consolidarsi dell’orientamento giurisprudenziale avviato con la sentenza n. 11151 del 1995 – più volte sopra ricordata – che ha configurato l’invalidità di delibere societarie pur formalmente adottate nel rispetto delle regole procedurali corrispondenti al formale paradigma legale che regola l’azione degli organi societari, quando il voto di un socio risultato determinante ai fini dell’esito della delibera, sia in concreto pre-ordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente il socio che così ha votato, in danno di soci di minoranza, per la violazione del canone generale di buona fede nell’esecuzione del contratto che ha dato vita alla società. Mostra qualche perplessità sulla sovrapposizione del cosiddetto divieto di abuso del diritto e dell’applicazione della clausola di buona fede che regola, in tutte le sue fasi il rapporto obbligatorio. Rileva così che andrebbe precisato che la violazione dei doveri di correttezza e buona fede entra in gioco quando si tratta di sanzionare il “modo scorretto” con il quale la parte persegue una finalità che legalmente le sarebbe consentita. L’abuso del diritto invece “sembra piuttosto attagliarsi all’ipotesi dell’utilizzazione dello strumento negoziale per una finalità diversa da quella per cui esso è stato concepito: non sono tanto le modalità dell’agire a venire in causa, quanto lo scopo che l’agente persegue, disallineato alla *ratio legis* che fonda l’attribuzione del diritto”.

Questa riflessione, specificamente calata sul tema del cosiddetto abuso di maggioranza assembleare, ci riporta a quella più generale introdotta in analoghi termini particolarmente da Giovanni D’Amico. Effettivamente le numerose applicazioni giurisprudenziali, anche fuori dei casi riconducibili alla materia – strettamente contrattuale ed allargata alla totalità delle relazioni obbligatorie, e persino ai diritti reali, come nella nota sentenza 15 novembre 1960 n. 3040 della Corte di cassazione sull’abuso del diritto di

proprietà, pongono il canone della buona fede oggettiva – o, riecheggiando un’antica contrapposizione, in senso “etico” – a fondamento della repressione dell’abuso del diritto. Questo ha spinto uno studioso – Andrea D’Angelo – che ha dedicato decisivi contributi all’approfondimento dei significati da attribuire alla “clausola generale” nell’ambito dei rapporti obbligatori, ad affermare che, anche alla luce della stessa clausola generale, “il riconoscimento o disconoscimento di diritti (...) e di doveri (...) non si riferiscono a precostituiti e astratti modelli di situazioni giuridiche soggettive, ma al contenuto di concrete e singolari posizioni giuridiche riferite al rapporto, al caso, alle sue circostanze”; così da dare fondamento alla configurabilità di un “diritto soggettivo concreto”, perché definibile, di volta in volta, rispetto alle circostanze del caso. Benché sia compito insostituibile della “dottrina”, attraverso la ricerca delle coerenze sistematiche espresse dall’apparato normativo complessivamente considerato e alla luce dei principi costituzionali, anche tramite l’analisi e la critica ragionata dei precedenti giurisprudenziali, tentare di enucleare regole di condotta dotate di positività epistemica, non può nascondersi che il ricorso che il legislatore fa alle clausole generali evidenzia il limite che il legislatore stesso riconosce alla propria capacità di ricomprendere atti, comportamenti, situazioni che si possono verificare entro fenomeni sociali naturalisticamente aperti a dinamiche sempre nuove, entro una tecnica normativa come quella detta della “fattispecie”.

Si può comunque in primo luogo esprimere il dissenso verso l’orientamento dottrinale (espresso con felice sinteticità da Orlandi) secondo cui “l’abuso del diritto” finisce per dissolversi nello “spazio dell’illecito, che tutto attiva nella propria sconfinata atipicità”. Pur nell’accresciuto spazio che il principio del *neminem laedere* ha assunto una volta passato da “norma secondaria”, mero strumento di tutela di situazioni soggettive riconosciute come tali dall’ordinamento, a clausola generale, lo spazio della buona fede oggettiva opera entro rapporti obbligatori e ha inizio là dove finisce lo spazio di protezione definito dalla tutela aquiliana; e questo non è destinato ad esaurirsi necessariamente nella tutela risarcitoria, ma può condurre a privare di effetti l’atto “abusivamente” posto in essere.

Sostiene Andrea D’Angelo che, messi da parte i complessi problemi di teoria generale, e nella prospettiva di soluzione dei concreti problemi che pongono le situazioni controvertibili nell’ambito di rapporti obbligatori, anche di fonte non contrattuale, l’abuso del diritto altro non è che una formula descrittiva dell’esito del giudizio di buona fede, e dunque niente aggiunge “alla regola che governa i rapporti obbligatori, e che consiste appunto nella clausola di buona fede e correttezza, munita di solido fondamento normativo”. E, in effetti, si tratta di clausola che, nel nostro ordinamento positivo, permea ogni momento del percorso dei rapporti

obbligatoria, che è diffusa nei principali ordinamenti stranieri, che si radica nella tradizione romanistica tanto che, come testimonia Talamanca, dal punto di vista della *bona fides* “si può scrivere la storia dell’intera esperienza giuridica romana o tentare di farlo” per il ruolo che essa ha avuto, di giustificazione della componente costituita dalla cosiddetta creazione pretoria del diritto.

Sembra dunque prevalere, in dottrina, l’opinione – specialmente tratta dal più agevole ritrovamento delle fondazioni nel diritto positivo della clausola di correttezza e buona fede – della sovrapposibilità della figura dell’abuso al generale dovere di correttezza. Resta la specificazione che la figura dell’abuso del diritto costituisce una tecnica di selezione e di sindacato degli interessi perseguiti nell’esercizio di diritti potestativi riconosciuti come tali dall’ordinamento, consentendo di reprimere forme di “uso” delle facoltà concesse dal diritto oggettivo che non appaiono però “meritevoli di tutela” da parte dell’ordinamento considerato in ogni sua parte (quasi a recepire l’antico insegnamento che esortava i giuristi a operare “*ut non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat*”). E allora ci si indirizza verso l’impostazione, suggerita da Francesco Galgano e talora recepita dalla giurisprudenza di legittimità (v. oltre alla citatissima Cass.20106 del 2009, Cass.18 ottobre 2003 n.15482 per cui “specifica ipotesi di violazione dell’obbligo di correttezza e buona fede...viene considerata proprio l’abuso del diritto individuato nel comportamento del contraente che esercita verso l’altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati”) secondo cui la relazione che si instaura fra le due clausole generali è relazione da *genus a species*; per cui la clausola del divieto di abuso è compresa in quella di correttezza, in quanto essa è uno fra i criteri di comportamento in cui si estrinseca il generale dovere di buona fede oggettiva. Certo, la indiscutibile “positività epistemica” della clausola generale non esclude che la stessa appartenga al *genus* dei concetti giuridici indeterminati o elastici.

Dobbiamo dunque dare per acquisito che il canone della buona fede oggettiva è costantemente posto dalla giurisprudenza, nelle applicazioni concrete, a fondamento della repressione di atti o di comportamenti ascritti a fattispecie di abuso del diritto, sia riferite a modalità scorrette, arbitrarie di esercizio del diritto, sia in ipotesi di divergenza dell’esercizio di un diritto dalla funzione per la quale quel diritto o quella facoltà sono riconosciuti dall’ordinamento. Nell’esperienza giurisprudenziale, che ha dato vita ad un diritto vivente secondo paradigmi concettuali analoghi a quelli che hanno sorretto gli orientamenti giurisprudenziali formati, in Germania, sotto l’egida del par. 242 del B.G.B., la clausola generale ha spettro sufficiente per coprire entrambe le “*species*” comprese entro lo stesso *genus*: quella di esercizio arbitrario e quella di esercizio difforme dallo scopo, dalla funzione

tipica, per cui il diritto, il “potere” – non necessariamente di origine negoziale – viene attribuito.

Ma è proprio nelle ipotesi in cui, anche nel diritto privato, in presenza di *organization recht*, si profila l'esigenza di individuare lo strumento di tutela capace di interpretare il piano individuale, ma anche quello collettivo (coesistenti entrambi nella delibera assembleare) che la formula dell'abuso del diritto porta un “valore aggiunto” nella individuazione, per ciascun caso concreto, del giudizio, pur formulato alla stregua della clausola di buona fede, direttamente riferito al “contenuto” dell'atto negoziale. In un certo senso è vero (come osservò Di Maio) che la buona fede, specie in relazione ai rapporti obbligatori “di durata” come sono i rapporti fra soci e società, è regola di “governo della discrezionalità”: lo è in relazione a situazioni che attribuiscono alle parti del rapporto obbligatorio un ambito di esercizio discrezionale, come avviene in presenza di clausole che attribuiscono diritti di recesso, lo *ius variandi*, ma anche il diritto di voto nelle assemblee di società commerciali. Lo stesso legislatore della riforma societaria utilizza una tecnica che impone all'operatore privato un obbligo di motivazione delle proprie scelte che cadono in contesti di grande delicatezza e in relazione ai quali il “governo della discrezionalità” vuol essere tenuto strettissimo controllo. Così all'art. 2391, comma 2, c.c. si prevede che, se uno degli amministratori componenti il Consiglio abbia un qualsiasi “interesse” in una determinata operazione della società, sorge in primo luogo un suo obbligo di “disclosure” verso gli altri consiglieri; e il Consiglio a sua volta, comunque decida “deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione”. E soprattutto, in base all'art. 2497-ter “le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e di coordinamento, quando da queste influenzate, debbono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. Ciò sta a significare che in questi casi l'esercizio di poteri non solo gestionali ma anche organizzativi, pur non inibito in linea di principio viene preso in particolare considerazione per dare assicurazione che il potere attribuito agli organi societari sia correttamente esercitato, in relazione alla causa del contratto di società e che non vi sia “eccedenza del mezzo”. E così la previsione dell'obbligo di motivazione corrisponde a due finalità. La prima è quella di costituire stimolo per chi è chiamato ad esercitare quel potere (ed in presenza della situazione di “sospetto” in cui si trova) a precisare a sé stesso e a dimostrare agli altri la precisa natura del fine e la congruità del mezzo. L'efficacia “preventiva” di questa prescrizione non pare negabile con il rilievo che *decision making* e motivazione non si identificano e che vi è netta distinzione fra contesto di decisione e contesto di giustificazione. Come rileva Taruffo, se chi agisce sa che deve giustificare le scelte formulando argomentazioni verificabili come razionali, “potrà essere

indotto a ragionare *ex ante* secondo criteri razionali” e scartare alternative non parimenti giustificabili. La seconda finalità è quella di consentire, *ex post* il controllo – anche quello giudiziale – sull’atto comportante l’esercizio di poteri discrezionali, pur facilmente confinabili col merito imprenditoriale; controllo reso più estrinseco e “quasi di legittimità”, se oggetto primo del controllo può essere non direttamente l’atto quanto la sua motivazione. Ma quale controllo? Ogni motivazione di decisioni, anche di quelle gestionali e organizzative di un’impresa è un’operazione retorica che va a riscontrare la conformità di quella decisione ad una regola che sta fuori di essa. Con particolare riferimento all’art. 2497-ter che riferito alla “società” comprende nel suo ambito operativo anche l’attività dell’assemblea e le sue scelte di carattere organizzativo la regola da osservare non è normativamente enunciata. Vi si ammette che alla decisione “influenzata” dalla capogruppo possono concorrere ragioni e interessi diversi fra loro e quindi non necessariamente coincidenti con l’interesse sociale della controllata, strettamente inteso. Ma ugualmente le decisioni della controllata pur influenzate dall’appartenenza al gruppo ed alla sua logica imprenditoriale unitaria, incontrano ugualmente il limite di legittimità consistente nel non contrasto con le “basi essenziali” del contratto di società e dunque nella sua causa lucrativa specifica entro una gestione comunque conforme al principio di correttezza. Così, certamente, la delibera – presa con il voto determinante del socio che ne ha il controllo ex art. 2359 I comma – di scioglimento e messa in liquidazione della società non può giustificarsi in motivazione se l’operazione è fatta esclusivamente in funzione dell’esclusione dei soci “esterni”, magari resa *ex post* evidente se segue ricostituzione della stessa tra i soli soci di maggioranza

È certo comunque che l’obbligo di motivazione non richiede un’esercitazione retorica fine a sé stessa e che – ricordando la distinzione di Perelman – la norma fa chiaro riferimento non alla retorica come persuasione (fenomeno di mero fatto verificabile anche con premesse fallaci), ma alla retorica come uso di argomenti ragionevoli ancorché di per sé non dimostrativi ben identificabili e suscettibili di controllo di legittimità.

La “falsificazione”, cosciente o meno dei presupposti di fatto costituirà un decisivo elemento sintomatico, in sede di giudizio, per inferire la deviazione dell’atto dalle ragioni enunciate e quindi dalla sua causa tipica, e per valutare la violazione di quella “norma senza fattispecie” riassunta in clausole generali.

Anche a tal fine va sottolineato che, per la prima volta (salvo gli obblighi procedurali a carico di amministratori di società posti dall’art. 2441 per il caso di aumento di capitale con esclusione del diritto di opzione) vediamo utilizzata dal legislatore l’imposizione all’operatore privato di un obbligo di motivazione delle proprie scelte tra quelle comprese nello spazio

di autonomia negoziale. Se l'obbligo posto a carico degli amministratori dal II comma dell'art. 2391 concerne un'ipotesi di "etero gestione", la fattispecie descritta all'art. 2497 può estendersi anche ad atti assembleari e riguarda così una tipologia di atti che la legge rimette pienamente all'autonomia negoziale; ma evidenzia l'esistenza di limiti alla discrezionalità e quindi della necessità di una correlazione tra "potere" conferito e la funzione tipica per la quale il potere viene attribuito.

9. – Questo *excursus* mostra da un lato, come nei rapporti di diritto privato venga in considerazione l'elemento della "causa" *negotii*, dall'altro come, in presenza di spazi di discrezionalità nell'esercizio di facoltà, di poteri esercitabili nell'attuazione di rapporti obbligatori di diritto privato, emerga come, in quell'ambito di *indefinizione* o indeterminatezza circa lo spazio in cui la facoltà attribuita è legittimamente esercitabile, l'esistenza del potere non possa escludere affatto spazi di "cattivo esercizio" del potere stesso. Di qui il parallelismo, da esplorare, con la figura dell'eccesso di potere come governo della discrezionalità amministrativa; ma anche il rilievo che effettivamente riveste l'abuso del diritto come principale elemento sintomatico della violazione della buona fede oggettiva. Per ciò stesso questa relazione evita il disancoramento – paventato da And. D'Angelo – nell'applicazione concreta della clausola generale, da quella trama di norme (alcune delle quali a fattispecie analitica) che, entro i rapporti obbligatori di diritto privato costituiscono specifiche applicazioni della clausola generale.

Dunque si danno casi in cui l'abuso da sanzionare è ravvisabile nel "modo scorretto" con il quale la parte persegue un fine che, *ex iure*, rientra nelle sue facoltà perseguire; casi nei quali la violazione del dovere di correttezza e buona fede, come regola di comportamento, copre interamente la fattispecie perché colpisce proprio e direttamente un comportamento – la modalità scorretta – che produce danno alla parte che è soggetta all'esercizio di quel potere. In effetti, resta distinto nella sua ontologia, il caso dell'utilizzazione di un potere, diritto potestativo, facoltà per una finalità (*id est* per la realizzazione di un interesse) diversa da quella per la quale quella potestà è prevista dall'ordinamento. La scorrettezza esiste; ma scolora il momento del "comportamento" che sta a monte dell'atto negoziale e si oggettiva interamente nel "contenuto" dell'atto stesso: comportamento, come tale, come antecedente, si è oggettivato nel contenuto dell'atto. Anche quando il potere non può dirsi "funzionale" nel significato che, nel diritto amministrativo, viene attribuito a ciascuno dei poteri esercitabili dalla pubblica amministrazione, esso non è mai "illimitato" (come dimostra l'esempio appena fatto del potere di recesso dalle trattative precontrattuali, che pure raggiunge il grado massimo che l'ordinamento giuridico intende

conferire alla libera valutazione di una parte nel processo di formazione del contratto); e quando il potere è destinato ad essere esercitato in qualsiasi momento di attuazione del rapporto obbligatorio, esso ha origine da una fonte, negoziale o meno, che contiene una propria ragione, una "funzione economico-sociale" che non si identificherà mai nella facoltà di realizzare mediante il suo esercizio, qualsiasi interesse di chi ne è titolare, ancorché disallineato con la "ragione sociale" che fonda l'attribuzione del potere.

A questo punto, non si può fare a meno di considerare che, se la clausola generale di buona fede e correttezza vuole essere resa operativa anche per attribuire alla sua inosservanza effetto invalidante l'atto negoziale (come ritenuto nelle due ordinanze della Corte costituzionale sopra esaminate) posto in essere in violazione di essa clausola generale, allora l'attenzione ed il controllo non possono che ricadere sul contenuto dell'atto negoziale. Occorrerà verificare se il "precetto" scaturito dall'esercizio dell'autonomia – la "norma privata" così posta in essere – si pone entro la causa tipica dell'atto che l'ha prodotta; e, altrimenti, se essa è "meritevole" (ex art. 1322) di ottenere lo stigma e la protezione dell'ordinamento giuridico generale. Ciò comporta che l'attenzione vada spostata su un piano (che Renato Rordorf dice "diverso benché certamente collegato" all'ambito di operatività della clausola generale): quella dello scarto fra la causa tipica di qualsiasi fattispecie negoziale e quella cosiddetta "concreta" o soggettiva, intesa come la funzione sociale ed il concreto interesse che il singolo atto negoziale persegue, anche fuori ed oltre la sua corrispondenza al modello legale.

La formula che sembra meglio riassumere l'ordine di idee che sono maturate nella letteratura giuridica italiana sulla nozione di causa è ancora quella riassunta nelle parole di Emilio Betti e tratte da: "Il negozio giuridico" del 1955.

Afferma Betti: "nell'indagine sulla giustificazione oggettiva dell'autonomia privata occorre portare... un grado di sensibilità sociale del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore. Solo così, esaminata la struttura, forma e contenuto (il come e il che cosa del negozio), può riuscire fruttuoso indagarne la funzione (il perché). Tale funzione... con termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina la 'causa' ossia la ragione del negozio. Come i diritti soggettivi, anche i poteri di autonomia, infatti, non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati: lo strumento dell'autonomia privata, posto nelle mani dei singoli, non deve essere sviato dalla sua destinazione".

La formula che riassume un tale ordine di idee è notissima e, nella letteratura giuridica italiana risale, con altre motivazioni, a tempi più remoti: la causa è la "funzione economico sociale".

In questo modo la “causa” viene a costituire il “medio” tra volontà e norma, tra autonomia e ordinamento. Certamente le recenti tendenze, manifestatesi nell’elaborazione di testi di diritto privato europeo (ma anche in alcune modifiche apportate in Francia, al *code civil*) sembrano orientate a ridimensionare il ruolo della *causa negotii*: da momento centrale di qualunque discorso sull’autonomia privata a possibile intralcio nella costruzione di un diritto privato europeo. Anche da ciò deriva la svalutazione della sua definizione, quella di astratta “funzione economico-sociale” di ciascun “tipo” negoziale, come tecnica di formalistico controllo sulla riconducibilità degli atti di autonomia ai fini generali dell’ordinamento: quasi costringendo l’autonomia negoziale, in quanto tale, al perseguimento della funzione di interesse sociale, secondo una linea “funzionalistica” che è presente tanto in relazione al diritto di proprietà (*ex art. 42*, secondo comma, della Costituzione) quanto all’impresa (argomenta *ex art. 41*, terzo comma). Forse questo ha portato nella più moderna dottrina privatistica al declino della nozione e alla sua ricostruzione in chiave di funzione economica “individuale”, quale concreta regolamentazione di interessi, “causa concreta”, la ragione giustificativa di ciascun specifico accordo, di ciascun patto, di ciascuna dichiarazione di volontà.

La “riduzione ad essenza” della figura del contratto nel Progetto europeo, ha portato alla rimozione della “causa” (così come della “*consideration*”) dagli elementi essenziali del contratto, sembrando questo postulare un almeno apparente antistorico distacco della manifestazione di volontà delle parti da un sistema di regole esterne. Ma, in realtà, c’è una “invisibile” presenza della “causa” nei *Principles*; presenza che si manifesta ad esempio nel rilievo attribuito all’eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti, anche dipendenti da differenziata abilità nel condurre le trattative o per situazioni di dipendenza e altre rilevanti secondo “la natura e l’oggetto del contratto”. Il significativo incontro tra giuristi continentali ed anglosassoni è avvenuto bensì abbandonando la centralità della nozione di causa o di *consideration* – come limiti esterni alla concreta pattuizione –; ma anche spostando il controllo dell’ordinamento sul “contenuto”. Così, al limite esterno si sostituisce il limite interno alla concreta fattispecie negoziale, limite costituito dalla clausola generale di buona fede; e in tal modo si esplicita il passaggio, come è stato precisamente proclamato, dalla “*freedom of contract*” alla “*freedom of correct contract*”.

Nel sistema ancora vigente in Italia, se appare enfatico assumere la “causa” come lo strumento generale di controllo sulla “socialità” del contratto, resta immutata la sua rilevanza sia nella indicazione degli *essentialia negotii* (art. 1325 n. 2) sia nella concreta disciplina (art. 1343 e art. 1322 secondo comma); resta aperto lo spazio di un controllo, specie attraverso il raffronto tra la “causa tipica” di un atto negoziale (nella sua

oggettiva e impersonale funzione) e la causa concreta, individuata nella funzione che il singolo atto realizza, per un controllo sulla sua razionalità complessiva, tratta dalla congruenza fra funzione tipica dell'atto, attraverso l'identificazione degli interessi perseguiti nel modello astratto e la regolamentazione di interessi presente nello specifico atto di autonomia. La nozione di "causa in concreto" non è (stata) soltanto uno "slogan di successo" (talvolta "abusato" dai causi dici), ma strumento – come lo è stata la figura dell'eccesso di potere nel diritto amministrativo – per identificare l'area entro cui si può esplicitare il giudizio di "meritevolezza" della regolamentazione degli interessi delle parti come configurata dall'atto di autonomia. In un certo senso, può dirsi che, per questo mezzo, sia ravvisabile un eventuale abuso del diritto, inteso (v. Cass. n. 1184 del 2020) come "sviamento del diritto rispetto alla sua funzione tipica; la facoltà e i poteri inerenti ad un diritto soggettivo venendo utilizzati dal titolare per perseguire un interesse diverso da quello per il quale gli sono stati attribuiti".

Solo che, non valendo in diritto privato il vincolo di necessaria funzionalizzazione dei "poteri inerenti a un diritto soggettivo" alla funzione tipica propria dell'atto negoziale adottato, il controllo si sposta sul contenuto e la regola di governo (anche per superare il vaglio di meritevolezza cui soggiace l'atipico) non potrà che farsi con il ricorso a quella regola di governo di ogni rapporto obbligatorio sancito dall'art. 1175 del codice civile, riassunta nella clausola generale di buona fede oggettiva. La regola di governo è destinata a valere anche al di là degli effetti di un negozio validamente concluso (*in executivis*) ma estesa fino a ricomprendere tutti quegli obblighi integrativi anche di carattere autonomo, che si fondano sul venire in essere, fra soggetti determinati, di una relazione specifica riconosciuta dalla legge – *ex* art. 1173 sopraricordato – come fatto idoneo a produrre obbligazioni. Non si assiste, in tal caso, ad una specificazione del dovere del *neminem laedere* con il rischio di aprire davvero uno spazio "che tutto attira nella propria sconfinata atipicità" secondo la colorita espressione di Orlandi, ma ad una posizione di doveri correnti fra persone determinate: le parti del rapporto obbligatorio. Né il carattere "obbligatorio" della relazione può essere messo in dubbio per il fatto di esprimersi in una mera "regola di condotta"; regola che appare invece, secondo la felice espressione di Mario Bessone (nella Trimestrale del 1972) "così più significativa proprio perché il suo assunto è tanto indeterminato". La stessa regola destinata a governare la fase precontrattuale *ex* art. 1337 si specifica poi in fattispecie particolari (vedi artt. 1718, 1812, 1821) alcune delle quali (quella, già ricordata dell'art. 1338, l'art. 1398, gli artt. 1892 e 1893 ed altre legalmente descritte) incidono sulla validità o sull'efficacia di atti di autoregolamentazione di privati interessi. Così da far dire a Cuffaro (nella

voce dell'Enciclopedia del diritto dedicata alla responsabilità precontrattuale) che la regola di comportamento esprime una potenzialità precettiva, che "non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio".

10. – Passando, dopo l'ampia esposizione dei temi di teoria generale che presiedono all'impostazione del problema, alle conclusioni sul tema specifico dell'abuso di maggioranza nella società di capitali, si sintetizzano i passaggi fondamentali che conducono alla proposta di soluzione.

La specificità del problema e la sua stessa problematicità derivano proprio dal fatto che, nell'attività dei gruppi, e particolarmente di un gruppo – di cui il socio fa parte – che esercita un'attività lucrativa, sul piano fenomenologico, può esservi un intreccio tra interesse personale dell'associato e interesse "comune" riassunto nella ricerca della massima valorizzazione del capitale investito. Il voto di ciascun socio esprime la libera valutazione dell'interesse sociale che è l'oggettivo interesse comune dei soci. La libertà di voto è certo espressione dell'orientamento liberale, che ha trovato conferma nel primo comma dell'art.41 della Costituzione, alla stregua del quale principio può ritenersi che lo strumento più idoneo per il conseguimento del bene comune sia la libera espressione di ciascuno dei partecipanti al gruppo. È proprio tale orientamento – che valorizza la funzione fondamentale di libertà di voto – che si coniuga all'adozione del principio maggioritario come mezzo più attendibile per il perseguimento dell'interesse comune. Questo è il "fine". Entro questo fine, la valutazione che ciascun socio fa dei propri interessi particolari – non in conflitto con il fine – potrà differenziare le scelte quanto ai mezzi per perseguire il fine comune; ma non per assumere, in luogo dell'interesse sociale, un'altra finalità. Libertà di voto e vigenza del principio maggioritario come strumento più idoneo per perseguire l'interesse comune è la "cornice" entro cui si colloca il diritto di voto: non tanto il "limite", ma la direzione positiva verso cui va indirizzato l'esercizio del potere. L'architettura della disciplina positiva delle società di capitali vede fondarsi entro la medesima *ratio legis* sia il riconoscimento del potere della maggioranza, sia, nell'ambito della tutela assicurata alla minoranza, la diversa distribuzione dei poteri assegnati alla stessa, attuata variandone l'intensità in ragione delle percentuali di partecipazione raggiunta. Il potere della maggioranza riposa, nelle società lucrative, non tanto sul principio per così dire "democratico" in quanto tale, quanto sul principio organizzativo che lega potere a rischio, sull'ovvio presupposto che la miglior scelta decisionale si presume collegarsi alla volontà di chi riceve i maggiori benefici se la decisione è buona – ossia la più idonea a realizzare l'interesse sociale – e i maggiori danni da quella "cattiva". Affinché il principio non perda il suo fondamento di carattere organizzativo, occorre però che non sia lesa, in linea di principio, la parità di

trattamento: occorre cioè che la decisione non sia destinata a produrre effetti favorevoli per i soci di maggioranza che non vadano a ripartirsi, nella stessa proporzione, fra tutti i membri della compagine sociale; ed è ratio confermata, come tale, dalla stessa disciplina del conflitto di interessi. *Ratio* che, pur non escludendo che il singolo socio, nell'esprimere con il voto in assemblea la propria volontà sulle determinazioni da prendere, terrà conto del proprio individuale interesse, dovrà indirizzarlo a prendere una decisione che, nella varietà dei mezzi a disposizione, abbia come fine il perseguimento dell'interesse sociale. La libertà nella scelta dei mezzi non potrà disgiungere la scelta del mezzo dal perseguimento del fine che è quello pre-costituito dall'ordinamento. Con l'ulteriore precisazione che, come emerge dalla disciplina positiva, il rischio varia (e con il rischio l'attribuzione di poteri) con il variare della misura delle partecipazioni sociali; e, allo stesso modo la correlazione fra l'attribuzione ai soci di minoranza di poteri di "autotutela" non prescinde affatto dalla misura del possesso di percentuali volta a volta determinate, di capitale di rischio.

La legge ricollega taluni poteri attribuiti alla "minoranza" a certe percentuali di capitale; poteri che possono variare o escludersi del tutto in ragione della misura di tale possesso. In entrambi i casi, in base alla ratio delle disposizioni normative che, anche in relazione ai diversi tipi societari, determinano i quorum costitutivi e deliberativi, in ragione del cui raggiungimento attribuire effetti valevoli per il "gruppo", di decisioni prese con il voto, può dirsi che il potere attribuito con il voto – pur nella libera valutazione dei mezzi per raggiungere il fine – non può essere scollegato da quel fine l'interesse sociale e dunque non è scollegato dalla funzione tipica per la quale il potere è conferito.

Ora, come ha rilevato Pietro Rescigno fin dal 1963, l'indirizzo interpretativo riassunto nella formula di "abuso del diritto" affonda le sue radici nel diritto positivo; e, sulla base di esso, porta alla luce – al di là dei requisiti formali – "la ragione sostanziale" per cui un potere viene concretamente esercitato, per porla a confronto con la ragione giustificativa delle previsioni normative intese ad attribuire ad un soggetto privato prerogative, poteri, facoltà che incidono nella sfera di altri soggetti. Con l'invito a chi, studioso o pratico del diritto, fa opera di interpretazione, di portare alla luce per ogni "istituto giuridico" la "ragione politica", la funzione economico-sociale, in una parola la "causa", che è quella che ne ha determinato la fondazione e che ne determina l'accettazione da parte della collettività. Su queste basi, con diverse parole, ma con uguale fondamento nel sistema normativo complessivamente considerato, si indica, da parte di Lipari, l'utilità di tale tecnica, non certo per negare spazio all'esercizio di un diritto normativamente riconosciuto, ma per poter definire la stessa "cornice formale attributiva del diritto"; e da altri (Sacco) si esprime apprezzamento

per il corretto utilizzo di “parametri di comparazione sensibili alla forza assiologica degli interessi” attraverso la necessaria valutazione della “correlazione fra poteri conferiti e lo scopo per il quale essi sono conferiti”. Il rilievo dell’esorbitanza dell’intento empirico dalla causa tipica, tuttavia, non basta di per sé a sanzionare l’atto con l’invalidità o con l’inefficacia; ma potrà assumere giuridico rilievo alla stregua delle osservazioni che seguono.

Possiamo prendere le mosse dal caso risultato paradigmatico anche nell’esperienza giurisprudenziale. È, in estrema semplificazione il caso del socio di maggioranza che vota un aumento di capitale, in assenza delle condizioni che rendono utile per la società l’ulteriore conferimento di capitale proprio, con l’unica finalità di ridurre la partecipazione dell’altro socio che egli sa non trovarsi nella situazione finanziaria che gli consenta di sottoscrivere le azioni o le quote di nuova emissione.

In questo caso, è certo lo scarto tra la causa tipica della fattispecie – voto assembleare – finalizzato all’individuazione della scelta più rispondente all’interesse sociale anche attraverso la libera valutazione dei mezzi per raggiungerlo e la funzione economica pratica (se vogliamo la “causa concreta”) che prescinde dalla ricerca conseguimento dell’interesse sociale, e mira ad un vantaggio individuale da raggiungere in danno di altri soci di cui viene ridotta la misura della partecipazione sociale (cosiddetta finalità depredatoria). La incongruenza teleologica dell’atto concreto rispetto al fine (la migliore realizzazione dello scopo comune del gruppo) che in una prospettiva “istituzionalistica” (costruita attraverso la figura dell’eccesso di potere come valevole per gli organi della pubblica amministrazione) inficia di per sé la validità dell’atto per la necessaria tipicità che associa l’atto di autonomia negoziale all’atto amministrativo; nella prospettiva “privatistica” e contrattualistica quanto meno del “rapporto” societario, non vale di per sé sola, a comportare invalidità del voto – e della delibera assunta in conseguenza del voto – per illiceità della causa o dei motivi. Vale soltanto a comportare l’accertamento del distacco della funzione economico-pratica che quel singolo atto (il voto decisivo in assemblea) tende a realizzare dal modello tipico che finalizza il voto al perseguimento dello scopo comune. Quell’incongruenza dell’atto concreto rispetto alla finalità della causa tipica, distacca quell’atto dal “negozio nominato” costituito dalla delibera assembleare e lo colloca fra le fattispecie negoziali atipiche, inserendolo così nell’area in cui si esplica il giudizio di meritevolezza.

La rilevanza della “causa in concreto” di atti generalmente considerati come attuativi del contratto sociale nella materia societaria è dimostrata anche dalla eccezionale previsione dell’obbligo di motivazione di un atto di autonomia, che (come nell’esempio in precedenza formulato) può estendersi ad ogni organo sociale, obbligo posto dall’art. 2497-ter, per cui ogni decisione “delle società” soggette a direzione unitaria, deve essere analiticamente

motivata e “recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione”. In questo caso, l’atto di autonomia deve enunciare e spiegare la “ragione giustificativa”, la causa concreta della decisione presa. L’eccezionalità della previsione normativa sta nell’aver posto a carico degli organi sociali uno specifico obbligo di motivazione; e si spiega la scelta di un regime più specifico e più stringente rispetto a quello risultante, per i soci e per gli amministratori, rispettivamente agli artt.2373 e 2391, per il fatto che, nel caso dei “gruppi” l’interesse “altrui” rispetto a quello sociale non è un interesse occasionale del socio o dell’amministratore; ma è l’interesse che costituisce la ragione determinante dell’assunzione del controllo, che è l’interesse alla gestione dell’impresa facente capo alla società controllata sulla base di un collegamento ex art.2359 che rende, a priori, improbabile l’esclusiva considerazione dell’interesse della società controllata quale regola assoluta di gestione. Ma l’apparente amputazione del regime generale del conflitto di interessi non si traduce affatto in manipolazione della “causa” stessa del contratto di società (o di altro atto o negozio che ne abbia determinato l’origine) che risiede, in ogni sua manifestazione, nel perseguimento della finalità lucrativa comune a tutti i soci: gestori, finanziatori o “esterni” che essi siano.

Sotto altro profilo, va ribadito che la ragione giustificativa dell’atto unilaterale avente contenuto patrimoniale (art. 1324) in che consiste la manifestazione del voto è causalmente funzionale all’interesse della società; e lo è segnatamente l’atto che sorregge la delibera di aumento del capitale. *L’expressio causae* – rinforzata dalla previsione che ricorra una specifica “esigenza” facente capo all’interesse della società – che deve essere illustrata dagli amministratori con apposita relazione, valutata dal collegio sindacale e infine approvata dall’assemblea – si giustifica quando il diritto di opzione viene escluso o limitato. In tal caso, l’impossibilità per i soci di mantenere la propria percentuale di capitale non è “di mero fatto” e questo spiega e giustifica la specifica e rigorosa disciplina. Ma la norma vuole assicurarsi che l’operazione non sia esclusivamente destinata a creare alterazione nella misura rispettiva delle partecipazioni dei soci che prendono parte alla deliberazione. Se si conviene che la deliberazione di aumento di capitale di società per azioni e i voti che la sorreggono sono atti negoziali non qualificabili come “negozio a causa variabile” (come gli SWAP nella fattispecie decisa da Cassazione sezioni unite 12 maggio 2020, n. 8770) con la conseguenza che, in tale ultimo caso, in mancanza di individuabilità della causa concreta “l’affare sarà connotato da una irrisolutezza di fondo che renderà nullo il relativo contratto perché non caratterizzato da un profilo causale chiaro e definito”) ma è atto caratterizzato da causa tipica, che si riassume nel fine di perseguire l’interesse comune dei soci con piena libertà nella scelta dei mezzi, occorre riconoscere che la divergenza della funzione

economica dell'atto dalla ragione assunta a base della previsione normativa non scolara nei motivi, ma assume una colorazione causale. I motivi restano esterni alla struttura negoziale, coesistono con tutti gli altri elementi essenziali e non assumono rilevanza causale; restano fuori dal negozio esaurendosi nella rappresentazione soggettiva di utilità ulteriori che il soggetto pensa di poter trarre dalla fruizione degli effetti negoziali. Inoltre, come sopra sottolineato, la proporzionalità tra misura della partecipazione sociale e rischio e correlativa attribuzione di potere, che è alla base del *link* fra maggioranza e potere di governo, opera anche correlando l'attribuzione di poteri – che si possono definire di autotutela – alla minoranza, legandola a determinate soglie di accesso variamente distribuite in relazione per quanto concerne le società per azioni i sottotipi (società quotate, società aperte, società chiuse) e alle previsioni dell'atto costitutivo. Con riferimento alle società quotate, nella disciplina del testo unico sulla finanza, è dato riconoscere, pur nell'indeterminatezza concettuale che questo genere di classificazione presenta, l'utilità di tipologie sociologiche, quali: l'azionista "risparmiatore" o mero investitore disinteressato alla vita della società (l'intruso di ascarelliana memoria), l'azionista imprenditore, detentore di un pacchetto di minoranza qualificata che, pur da una posizione di minoranza, partecipa alla vita della società, e infine l'investitore "istituzionale". Queste due ultime categorie ricevono, nella disciplina normativa delle quotate, strumenti di tutela per le minoranze che sono precluse al "socio risparmiatore". Ci si riferisce, senza dover ricordare le specifiche discipline, all'istituto cosiddetto della minoranza di blocco (attuato prevedendo per l'assemblea straordinaria di terza convocazione, accanto ad un quorum costitutivo stabilito in una percentuale del capitale sottoscritto, un quorum deliberativo calcolato sulla base non del nominale, ma del capitale rappresentato in assemblea. In questo caso è premiata – nel senso che la sua presenza determina un considerevole aumento percentuale del quorum deliberativo – la minoranza "attiva", come quella costituita da investitori istituzionali, ad esempio i fondi pensione. In altra fattispecie, di rilevantissima importanza, il quorum deliberativo si misura su una frazione del totale del capitale sottoscritto; ciò avviene (oltre che per l'approvazione di aumenti di capitale con esclusione del diritto di opzione in base alla norma codicistica di cui all'art. 2441) sulla base dell'art. 104 del testo unico della finanza che consente deroga, in caso di OPA, alla *passivity rule*, solo se le operazioni di contrasto siano state autorizzate dall'assemblea con il voto favorevole di almeno il 30% del capitale sottoscritto. E, in generale, vari poteri riconosciuti alla minoranza non sono esercitabili se non è superata una certa soglia di partecipazione sociale. La stessa possibilità di impugnare delibere assembleari illegittime al fine di ottenerne l'annullamento può essere proposta solo dai titolari di azioni aventi diritto di voto che

possiedono una quota di partecipazione che varia secondo che si tratti di società aperte o di società chiuse. E ugualmente avviene per la legittimazione a proporre denuncia al tribunale *ex art.* 2409; e la stessa denuncia al collegio sindacale, pur consentita a “ogni socio”, è destinata ad avere necessariamente un seguito solo se proveniente da tanti soci che rappresentino una determinata quota di capitale sociale.

Particolarmente delicata è la situazione che, con il variare delle partecipazioni, si verifica a proposito di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza. La legittimazione a proporre tale azione – che costituisce forse il simbolo più significativo di tutela delle minoranze attuata attraverso l’attribuzione di “poteri” da esercitare entro l’ordinamento societario – non è attribuita ai singoli soci in quanto tali (come nella *derivative action*) ma ai soci titolari da almeno sei mesi di una predeterminata quota di capitale sociale (un quinto del capitale o la diversa misura prevista nello statuto, purché non superiore a un terzo; un quarantesimo del capitale nominale nelle società cosiddette aperte). Il problema nasce dal fatto che, per il mutare della quota di partecipazione attribuibile a ciascun socio, nel corso del processo, i soggetti che hanno esercitato l’azione possono venirsi a trovare titolari di una quota di capitale inferiore alla soglia minima prevista dalla legge o dallo statuto. Se, come si ritiene, il possesso della titolarità della quota di capitale necessaria per l’esercizio dell’azione non è mero presupposto processuale, ma “condizione dell’azione”, esso deve permanere e sussistere fino al momento della decisione, pena l’inammissibilità sopravvenuta della domanda stessa, secondo una soluzione più radicale. Tuttavia è vero che il processo, una volta nato regolarmente, se la minoranza attrice superava all’atto della sua introduzione la soglia partecipativa minima, è destinato a proseguire fino alla decisione, una volta che si sia perfezionato il contraddittorio con la società. Sicché, attivato il veicolo processuale, il processo ha nella società costituita un soggetto legittimato a radicarne la prosecuzione fino alla decisione. Ma, se la minoranza scende sotto la soglia minima essa perde il potere processuale di provocare la pronuncia sulla propria domanda; le “conclusioni” della società, espresse in conformità alle istruzioni fornite dalla maggioranza, saranno presumibilmente divergenti, dissociate da quelle del soggetto che ha iniziato la causa ma ha poi perduto la legittimazione processuale. Inoltre la conservazione delle soglie di partecipazione è la condizione non solo per la partecipazione della minoranza al processo, ma anche per l’applicazione della cosiddetta soglia di blocco – identica a quella che determina la legittimazione della minoranza a proporre l’azione, *ex artt.* 2393, ultimo comma e 2393-*bis* ultimo comma – alle delibere di rinuncia o di transazione da parte della società.

La rilevanza che l'ordinamento riconosce al possesso di percentuali determinate di partecipazione sociale per attribuire al socio di minoranza l'intera gamma di poteri che esso dà alla minoranza stessa per rafforzarne la tutela e così anche meglio garantire la legittimità sostanziale dell'operato degli organi di governo delle società, mette in rilievo come una varia tipologia di operazioni societarie – *in primis* l'aumento di capitale sociale non richiesto al fine di realizzare l'interesse sociale, così come l'ingiustificato diniego di distribuzione di utili – si prestino, in relazione alle concrete circostanze (principalmente quella che vede taluno dei soci e in particolare il socio che crea disturbi o è ostile in condizioni economiche tali che non lo vedono in grado di esercitare il diritto di opzione o, nell'altra ipotesi addirittura costretto a “fare cassa” vendendo una parte del capitale investito) non solo a danneggiare alcuni soci a vantaggio di altri, ma a sovvertire a tale punto le stesse regole di funzionamento dell'organismo societario da porsi, in casi estremi, quasi in conflitto con l'ordine pubblico, con le conseguenze descritte all'art. 1345 del codice civile. Sembra corretto in tali casi, distinguere la “causa concreta” difforme dalla causa tipica di un atto negoziale “nominato”, come è il voto del socio in assemblea, sol per divergere dalla funzione economico sociale di perseguire il miglior interesse comune dei soci da ciò che costituisce, in altri casi, il “motivo” e cioè la rappresentazione soggettiva di un vantaggio particolare che in quel modo potrebbe conseguire dagli effetti dell'atto e che potrebbe non solo evadere dalla causa tipica e ricadere nell'atipico, ma essere colorato di vera e propria illiceità art. 1345.

Quale che sia il “motivo” soggettivo posto alla base dell'esercizio del diritto di voto espresso in modo non coerente con la causa tipica e riconosciuto che le norme sopra ricordate sono dirette a garantire, nell'ambito di ciascuna categoria, eguali diritti partecipativi – patrimoniali e amministrativi – in ragione della proporzione della propria partecipazione al capitale nominale, secondo quanto previsto dalla legge e dallo statuto, esse non garantiscono certo la immutabilità delle quote di partecipazione di ciascun membro del gruppo. Ma le modifiche delle quote partecipative devono poter avvenire o nei modi e nei casi previsti dalla legge (compreso il caso di aumento di capitale deliberato in funzione dell'interesse della società) o attraverso i meccanismi di mercato. Il socio di maggioranza può liberarsi della presenza fastidiosa del socio o dei soci di disposti ad avvalersi dei “contropoteri” partecipativi che la quota di capitale di partecipazione raggiunta gli consente di esercitare. Per questo egli dovrà negoziare un prezzo di cessione che inevitabilmente terrà conto del “potere negoziale” verso la maggioranza di controllo esercitabile da chi, con la cessione, andrà a perdere quei poteri di condizionamento e di controllo che spettano soltanto alla minoranza “qualificata”. Al vantaggio, per il socio di comando, del venir

meno dei vincoli e dei penetranti poteri di controllo spettanti alla minoranza qualificata, corrisponde la perdita per il socio o i soci di minoranza di quei poteri che a favore della minoranza stessa l'ordinamento gli ha attribuito e del valore patrimoniale che a quei poteri è connesso. In un caso, come quello sopra descritto, in cui in pendenza di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza, il venir meno della legittimazione legata al superamento della soglia, prima della precisazione delle conclusioni, incide sul processo, sconvolgendone lo svolgimento fino a far perdere alla minoranza attrice il diritto alla decisione sulla propria domanda, o a rendere possibili per la società gestita dalla maggioranza la rinuncia all'azione. L'art. 35 del B.G.B., con riferimento a tutte le persone giuridiche a carattere associativo, stabilisce che tutti i "diritti particolari" di ciascun associato non possono essere pregiudicati senza il suo consenso da una delibera assembleare. Ma anche in difetto di specifiche normative di settore, l'operatività della clausola generale di buona fede offre rimedio all'esigenza che i rapporti interni fra gli associati si realizzino attraverso atti o comportamenti improntati a lealtà reciproca ed evita così di far assumere al gruppo provvedimenti che si concretano in vantaggi particolari per alcuni cui corrisponde il depauperamento di altri associati, senza che ciò trovi giustificazione nel superiore interesse comune. L'abuso del diritto, come proiezione oggettivata del dovere di correttezza e buona fede oggettiva (nozione che, richiamando Bessone, è tanto più opportuna quanto più è indeterminata) non può non coprire operazioni societarie attuate attraverso deliberazioni dirette a realizzare, nel risultato economico finale, un vantaggio del socio o del gruppo di maggioranza cui corrisponde un danno per la minoranza.

Conclusivamente può permettersi un'osservazione a latere. Sembrano fondate le obiezioni già scrutinate all'inizio circa l'applicabilità in via analogica (anche nella forma – fondata sul ricorso ai principi generali del diritto quale mezzo di auto integrazione dell'ordinamento – cosiddetta dell'analogia *iuris*) dell'art. 2373 sul conflitto di interessi. Qualche spazio potrebbe però aprirsi per un'applicazione diretta della norma che pone un limite all'esercizio del voto per il caso in cui agiscano nel votante specifici interessi extra sociali. La conseguenza non sarà l'invalidità *tout court* del voto determinante espresso dal socio in conflitto di interessi, ma l'attribuzione al giudice del potere di annullare voto e delibera previo esercizio di un "eccezionale controllo di merito" (così, Mengoni) consistente nella "prognosi postuma" della possibilità che la delibera sia dannosa per l'interesse sociale. L'ostacolo all'applicazione diretta dell'art. 2373 è sembrata risiedere nel fatto che, per l'operatività di tale disposizione, deve ricorrere il presupposto che, in capo al votante, siano presenti situazioni di conflitto obiettive e preesistenti alla deliberazione stessa; non rilevando a tal fine i

motivi che hanno ispirato il voto. Se non si vuol tradire il senso della norma non vedo come si possa escludere "l'interesse in conflitto" nella situazione del socio di maggioranza che, nell'esercizio del diritto di voto, assume come proprio "interesse" quello di ridurre la quota di partecipazione del socio di minoranza invisio. Certo non è questa la situazione tipica in cui si va a sostanziare la relazione tra un soggetto ed un interesse preesistente alla votazione. Ma il voto che si va ad esprimere per ottenere un proprio particolare vantaggio in danno di altro socio, si fonda sulla relazione tra esercizio del voto e vantaggio particolare del socio che è anteriore alla delibera. Non sembra potersi ridurre tale "relazione" – ai fini della ricorrenza della fattispecie descritta dall'art. 2373 – al solo elemento del "motivo". Il motivo soggettivo, in questo caso, altro non è che la proiezione psicologica del dato obiettivo che ne sta alla base: l'interesse. Quell'interesse particolare del socio che, se confliggente con quello della società, realizza il presupposto per l'applicazione dell'art. 2373. Dovendosi considerare altresì che un aumento di capitale che non abbia alcuna giustificazione non è "neutro", ma è confliggente con l'interesse della società inteso come interesse comune dei soci per la massima valorizzazione del capitale proprio investito. In estrema semplificazione si può ipotizzare che i mezzi finanziari per gestire utilmente un'impresa siano pari a 100, che l'utile annuale, al lordo delle imposte sia 20, che il capitale necessario sia al 50% capitale proprio e per il restante 50% preso a prestito con un costo del 10%. In tal caso il rendimento dell'operazione economica sarà il 20% sulla parte di capitale proprio e del 10% su quella parte che si avvale di credito bancario per un totale del 30% riferito al capitale proprio investito nell'impresa. Se in ipotesi – nella medesima situazione – si decide un aumento di capitale che faccia a meno del capitale di credito l'investimento di capitale proprio sarà 100 e il rendimento del 20% anziché del 30% sia pure sul minor capitale investito. Naturalmente si tratta di un calcolo del tutto astratto, ma che assume l'ipotesi data, che cioè sia deliberato un aumento di capitale che va a impegnare i mezzi propri dei soci in luogo del capitale di credito, senza che tale operazione trovi alcuna giustificazione nella gestione dell'impresa. Il conflitto con l'interesse sociale sussiste anche in questa ipotesi in quanto il danno per la minoranza – il socio o i soci di minoranza – passa anche attraverso la lesione di quello che è l'interesse comune dei soci.

Ciò che è centrale, sulla base delle riflessioni fin qui svolte è, in primo luogo, la mancanza di congruenza teleologica dell'atto, della sua "causa concreta" rispetto all'interesse comune, alla "causa tipica". Ciò non si traduce, di per sé in ragione di invalidità dell'atto; ma determina il rifluire del voto e della deliberazione assunta con il suo determinante apporto, nell'area della "atipicità", nell'area soggetta al giudizio di meritevolezza, giudizio da svolgersi alla luce della regola di correttezza e buona fede.

E così, anche all'interno di un'impostazione pancontrattualistica (ove si ammette la possibilità che le parti di una negoziazione possano, entro i limiti imposti dalla legge, anche evadere dallo schema tipico dell'atto) il "contratto di società", ma anche il rapporto che origina dalla costituzione di una società con atto unilaterale o *ex lege*, si articola per svolgersi – per ripetere la formula dell'art. 1420 – all'insegna del "conseguimento di uno scopo comune". E peraltro, il ruolo della clausola generale è centrale punto di riferimento sia come strumento di controllo dell'adeguatezza dell'atto di autonomia all'interno del rapporto associativo e degli equilibri che vi sono connessi, sia sotto il profilo più strettamente organizzativo come essenziale parametro per la valutazione dell'esercizio di poteri discrezionali (anche con riferimento a quanto sopra argomentato sulla relazione fra esercizio di poteri discrezionali, abuso del diritto e buona fede oggettiva).

Il voto e la delibera che consegue dalla votazione sono espressione di autonomia privata, sono atti negoziali. Ma essi, all'interno dell'ordinamento in cui operano, sono anche provvedimenti: "norme private". Secondo l'insegnamento che è dato trarre dalle due ordinanze della Corte costituzionale sopra esaminate (laddove considerano affetta da nullità virtuale la pattuizione che si pone in contrasto con la regola di correttezza e buona fede – considerata come norma imperativa per la sua elevazione a "principio" in forza della derivazione dall'art. 2 della carta costituzionale) la conseguenza dovrebbe essere quella radicale della nullità della delibera. L'ordinamento generale, che pone al vertice i principi costituzionali, non potrebbe dare riconoscimento e assicurare tutela ad una norma posta all'interno di un ordinamento particolare che contraddice una regola elevata a principio dall'ordinamento generale.

Entro un'ipotesi ermeneutica che vuole essere più vicina alla impostazione civilistica consegnataci dalla tradizione si è qui proposta una lettura che individua la "causa concreta" del voto assembleare come difforme e incongrua rispetto alla causa tipica di quell'atto; e, nell'ambito della valutazione che l'art. 1322 c.c. lascia aperta in ordine alla "meritevolezza" degli interessi che il negozio atipico mira a realizzare, non dubita che essa venga a mancare alla stregua della regola espressa dalla clausola di correttezza e buona fede, quando la finalità "depredatoria" nei confronti di altro associato è la sola che sorregge il voto e la delibera. Si ammette la piena libertà di espressione del voto del socio in assemblea, come libera valutazione sulla rispondenza del contenuto della delibera posta in votazione all'interesse sociale, inteso come interesse comune dei soci.

In sintesi, esistono univoci indici normativi che danno la giustificazione sia del principio di maggioranza sia del l'attribuzione di poteri di autotutela incidenti sulla disciplina societaria riservati soltanto a minoranze "qualificate", da cui si deduce il collegamento fra esercizio del voto e

perseguimento dell'interesse del gruppo sociale. Nello stesso tempo, la libertà di espressione del voto comporta che la valutazione dell'interesse comune possa esercitarsi dall'angolo visuale dell'interesse del votante; e che vi è comunque nella vita associativa una gamma di interessi individuali compatibili con l'interesse comune che possono essere lecitamente realizzati insieme ad esso.

Anche il perseguimento attraverso il voto da parte del socio di un interesse personale e non indirizzato a realizzare l'interesse sociale, pur esorbitando dalla funzione tipica del voto, non è, di per sé, illegittimo; ma per la sua "atipicità" è atto soggetto al controllo di meritevolezza e se, dal suo contenuto, risulta in contrasto col canone di buona fede, costituisce abuso del diritto di voto, incorre in nullità e, se determinante, induce nullità della delibera.

Parafrasando ora l'espressione della Bigliazzi-Geri (a proposito della libertà di recesso dalle trattative precontrattuali di ciascuna parte ma della responsabilità in cui il recedente può incorrere) può affermarsi che, accanto alla libertà di ciascun socio di valutare attraverso il voto l'interesse comune da perseguire e il modo migliore per realizzarlo, sta l'interesse legittimo degli altri soci a che quella libertà, quel potere discrezionale sia, in primo luogo, esercitato in conformità alla funzione economico-sociale (la causa tipica) per la quale quella libertà, quel potere sono riconosciuti e conferiti dall'ordinamento. Se tale correlazione viene a mancare (come quando il socio persegue soltanto il proprio interesse particolare) allora la "norma privata" introdotta attraverso l'atto negoziale unilaterale è sottoposta al vaglio di meritevolezza degli interessi che essa va a realizzare. Difficile dubitare della non conformità a buona fede di un regolamento di interessi che, nel suo contenuto, è volto unicamente ad ottenere un vantaggio particolare per il socio di maggioranza con correlativo depauperamento di quello o di quelli di minoranza.

La "non meritevolezza" del contenuto di una deliberazione incongruente con la causa tipica dell'atto equivale ad illiceità dell'oggetto della delibera che ancora oggi determina la nullità della deliberazione ai sensi dell'art.2479.

Riesce in un certo senso confermata la tesi (presente fin dai risalenti indirizzi giurisprudenziali) sintetizzata nella formula secondo cui resta sanzionata la delibera caratterizzata dall'unica "finalità fraudolenta". Anche se si tratta di formulazione semplificata e semplificante che si presta a indurre in fraintendimento laddove utilizza la medesima espressione adoperata comunemente per identificare il cosiddetto negozio in frode alla legge (art. 1344). In quel caso la terminologia è correttamente adoperata perché è diretta a descrivere proprio il carattere individuativo della fattispecie di "elusione" di "norme imperative", ma non estendibile all'abuso

di maggioranza, salvo accettare la assai controversa ascrizione della “regola del caso” traibile dalla clausola generale di buona fede a norma imperativa *ex art. 1418* primo comma, come è dato argomentare dalle ricordate pronunce della Corte costituzionale. Il richiamo all’art. 1344 presenta però l’occasione per sottolineare prima di tutto la conferma testuale della rilevanza ermeneutica della giustapposizione e confronto tra causa tipica e “causa concreta”. L’art. 1344, a ben vedere, non descrive un istituto ma enuncia, a sua volta, una clausola generale di “chiusura” del sistema. Il richiamo espresso alla rilevanza causale del cosiddetto atto – mezzo (o più spesso di contratti collegati) che produce il risultato vietato mostra come sia il legislatore stesso a far uso della concezione della causa come “causa concreta” dato che l’atto – mezzo (come riconosce lo stesso Roppo) è normalmente costituito da “contratti tipici”.

11. – Infine è dovuto un chiarimento circa l’enunciazione del caso “paradigmatico” sul quale ci siamo intrattenuti in questo paragrafo. Ivi abbiamo premesso che “è certo” lo scarto tra la causa tipica del voto assembleare, finalizzato alla ricerca dell’interesse sociale e la causa concreta di un voto che prescinde dall’interesse comune dei soci e porta all’approvazione di un aumento del capitale del tutto “inutile” e che è diretto soltanto a far ottenere al socio di maggioranza un proprio individuale vantaggio raggiunto in danno di altro socio.

È chiaro che la “certezza” che così stanno le cose e, in particolare, che l’aumento di capitale non abbia alcuna giustificazione riferibile all’interesse sociale, deriva da una sola cosa: che quel dato – come avviene nei teoremi di geometria – è quello assunto come “ipotesi” su cui condurre il ragionamento; e non ha alcun legame con situazioni concrete (è vero, ma è vero solo “per ipotesi”). Nella realtà almeno una delle premesse – e cioè quella che la delibera di aumento di capitale non trovi giustificazione nel perseguimento dell’interesse sociale pure inteso come interesse comune dei soci – non sarà incontrovertibile. Il suo accertamento, nel caso concreto, appare necessario per rispondere al criterio che si debba fondare sulla obiettiva rilevanza dell’abuso. Il problema dunque si sposta sulla valutazione relativa all’esistenza di situazioni economiche o finanziarie o di tipo aziendale che giustificano un conferimento dei soci. Non ci si nasconde che dietro questo genere di valutazione si possa prospettare il pericolo dell’arbitrio giudiziale; o addirittura della attribuzione all’interprete della valutazione e individuazione dell’interesse sociale in luogo o in correzione di quelle espresse con l’atto di autonomia. Si tratta però di una tipologia di valutazione che il legislatore stesso non ha esitato ad attribuire al giudice terzo sulla base di un’altra clausola generale: quella di ragionevolezza.

Ci si riferisce all'art. 2467 c.c. in cui, dovendosi distinguere il regime del finanziamento dei soci alla società (cosiddetti finanziamenti in conto capitale) da quello che consegue ad un ordinario rapporto di mutuo sancendosi nel primo caso la regola della postergazione e dell'obbligo di restituzione del rimborso avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento si fa ricorso alla clausola di ragionevolezza. Si prevede così che sono da intendersi come finanziamenti dei soci in conto capitale quelli, "in qualsiasi forma effettuati", avvenuti "in una situazione finanziaria della società, nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento". La stessa regola è estesa (*ex art. 2497-quinquies*) ai finanziamenti effettuati dalla società madre nel quadro dell'attività di direzione e coordinamento verso altre società del gruppo. Si tratta certamente di un accertamento delicatissimo e dai rilevanti effetti pratici in quanto il giudizio sulla ragionevolezza dell'aumento di capitale nella concreta situazione rende il credito per la restituzione del finanziamento accordato alla società come credito subordinato e per questo in molti casi inesigibile. La delicatezza e la stessa difficoltà per il soggetto-terzo di formulare il giudizio non sta a significare che il giudizio in questi casi confini con l'arbitrio. Il giudizio però, per essere attendibile, richiede che il giudicante – giudice statale o arbitro nella giustizia privata – possieda una professionalità specifica, una preparazione adeguata. Di qui, con riferimento al giudice dello Stato, l'esigenza di specializzazione. Di una professionalità che non può essere indistintamente riferita alla totalità dell'umana esperienza ma quantomeno ad aree ben circoscritte di essa.

Il giudice, ma più in generale l'interprete, in tali casi non è neanche per finzione il passivo ripetitore di una volontà che si vuole o si vuol far credere compiutamente espressa dal legislatore. L'interprete partecipa alla determinazione del concetto e così alla definizione della regola. Si può dire che è l'ordinamento a fare una delega all'interprete; ma una delega siffatta non è una delega di potere; è una delega tecnica o meglio una attribuzione di potere a "legittimazione tecnica". Questa è l'espressione adoperata da Fabio Merusi, "*si parva licet componere magnis*", per dare una giustificazione al pur amplissimo spazio di potere anche politico e di politica economica che l'ordinamento attribuisce ad un singolo soggetto privo di investitura popolare: il governatore della Banca centrale. Una siffatta legittimazione non si alimenta della sola indipendenza del giudice e della sua capacità di raccordatore di norme, di derivare cioè dalla norma generale ed astratta (singolarmente individuata o derivata dal "sistema") la *lex particularis* che vale come *regula iuris* che definisce il caso concreto.

Come è stato rilevato da Renato Rordorf, in via di esemplificazione, "non è possibile stabilire se è stato o meno rispettato il principio di chiarezza nella redazione di un bilancio di società per azioni, oppure se vi sia stata o

meno violazione dell'obbligo di correttezza da parte di un intermediario operante in derivati finanziari, se non si abbia conoscenza delle tecniche espositive proprie dei bilanci di imprese o delle modalità di finanziamento del mercato dei derivati". La delega che è contenuta nella normazione per clausole generali non va né enfatizzata, quasi fosse delega politica, né repressa, quasi che possa prescindere dalla sperimentata conoscenza della realtà su cui la regola va specificata o va concretizzata. Anche in un regime di ragionevole attuazione della specializzazione del giudice (come è stato realizzato con la costituzione del Tribunale dell'Impresa) non potrà prescindersi, in problematiche come quelle aperte dall'art. 2467 dal ricorso alla consulenza tecnica. In ogni caso sembra raccomandabile che nelle controversie tecnicamente complesse e che comportano la concretizzazione di clausole generali per il tramite di valutazione e accertamenti tecnici che vanno ben oltre la professionalità esigibile dall'uomo di legge in quanto tale, si faccia larga applicazione della norma contenuta all'art. 197 del codice di rito che consente dopo l'esperimento della consulenza tecnica anche l'audizione del consulente in camera di consiglio alla presenza delle parti e in contraddittorio con i difensori delle stesse

Abstract

ON ABUSE OF LAW AND ON THE PRINCIPLE OF CORRECTNESS IN COMPANY LAW

L'Autore, dopo l'esposizione della controversa problematica relativa alla sindacabilità del voto espresso nell'assemblea di società di capitali, ricerca la costruzione, in base a indici tratti dalla disciplina normativa, dell'individuazione di una "regola di governo" dotata di positività epistemica, destinata a valere anche per l'esercizio di poteri privati e, in particolare, del potere della maggioranza assembleare di assumere decisioni a sé favorevoli e dannose per i soci di minoranza.

After exposing the controversial issue relating to the reviewability of the vote expressed in the shareholders' meeting of joint stock companies, the author seeks the construction, on the basis of indices taken from the regulatory framework, to identify a "governance rule" epistemic positivity, destined to also apply to the exercise of private powers and, in particular, the power of the shareholders' majority to take decisions that are favorable to and harmful to minority shareholders.

SPERIMENTAZIONE CLINICA VACCINALE E RESPONSABILITÀ CIVILE IN TEMPO DI COVID-19

MARIANGELA FERRARI

Professore associato

nell'Università di Milano Bicocca

SOMMARIO: 1. Cenni sulla normativa in materia di sperimentazione clinica farmaco-vaccinale. – 2. Il diritto all'indennizzo *ex* L. 210/92 e la Corte Costituzionale. – 3. L'equiparazione fra vaccini obbligatori e raccomandati. – 4. Riflessioni conclusive.

1. – Nell'ormai lontano 2014, l'UE, per rendere più competitiva l'Europa in ricerca e in sperimentazione, dopo un periodo di flessione dovuto anche ad una normativa sulla materia troppo complessa, aveva approvato il Regolamento UE n. 536/2014¹ sulla sperimentazione clinica di medicinali per uso umano del 16 aprile 2014, in vigore dal 28 maggio 2016, ma che purtroppo ad oggi, ancora attende di essere applicabile in tutta la sua potenzialità innovativa, legata alla trasparenza e alla semplificazione introdotte attraverso un'informatizzazione spinta del sistema.

Lo strumento del Regolamento, pur essendo un atto legislativo vincolante che non richiede un decreto di recepimento da parte di ciascuno Stato membro per l'applicazione dei contenuti, risulta subordinato all'attivazione di un unico portale UE con l'obiettivo di snellire talune procedure, oggi reiterate in ogni Stato, e diffondere risultati, criticità e dati delle sperimentazioni, la cui condivisione in tempi estremamente rapidi risulti utile a tutti i partecipanti; restano legate alla legislazione dei singoli Stati la sola regolamentazione del risarcimento del danno, del consenso informato e dell'operatività dei Comitati etici.

Nel nostro Paese, per stabilire i principi e i criteri direttivi per l'adeguamento normativo imposto in previsione della futura applicazione del Regolamento (UE) 536/2014, è stata emanata la Legge n. 3/2018 che ha conferito delega al Governo ad adottare uno o più decreti per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di sperimentazione clinica dei medicinali per uso umano, con anche l'obiettivo importante di

¹ Per un commento del Regolamento v. M. FERRARI, *La nuova normativa per un approccio armonizzato alla regolamentazione delle sperimentazioni cliniche nei Paesi dell'Ue*, in *Resp. civ. prev.* 2016, 2, 702 – 722.

menzionare specificamente il riferimento alla medicina di genere e all'età pediatrica.

Il primo passo si è compiuto con l'istituzione del Centro di Coordinamento nazionale dei Comitati etici territoriali in ottemperanza all'art. 2 L. 3/18 (con provvedimento in data 19 aprile 2018), ma purtroppo molti altri passaggi mancano all'appello per raggiungere quegli obiettivi, che, oggi in tempo di pandemia, risultano ancora più urgenti e necessari di prima.

Nonostante il contesto normativo solo parzialmente definito, vista la mancata partenza della piattaforma unica UE, in Italia dal 2018 opera l'ONSC (Osservatorio Nazionale Sperimentazione Clinica) che rappresenta lo strumento operativo per la gestione dell'iter autorizzativo delle sperimentazioni cliniche (fase I-IV) che si svolgono in Italia e permette di fotografare in tempo reale l'andamento della ricerca clinica nel nostro Paese, oltre a fungere da interfaccia per l'invio delle informazioni al data base europeo.

In periodo pandemico, nella voluminosa (forse bulimica) produzione normativa dovuta alla situazione emergenziale, il Governo italiano ha decretato dapprima l'art. 17 del decreto 18/2020, superato dall'art. 40 del decreto 23/2020, con il quale ha dettato disposizioni urgenti in materia di sperimentazione dei medicinali per l'emergenza epidemiologica da COVID, attribuendo ad AIFA il potere di "accedere a tutti i dati degli studi clinici sperimentali, osservazionali e dei programmi di uso terapeutico compassionevole, per pazienti con COVID-19" (comma 1), e disponendo che, limitatamente al periodo dello stato di emergenza, sia richiesto e risolutivo il solo parere etico disposto dal "Comitato etico dell'Istituto Nazionale per le Malattie infettive Lazzaro Spallanzani di Roma, quale comitato etico unico nazionale per la valutazione delle sperimentazioni cliniche dei medicinali per uso umano, degli studi osservazionali sui farmaci, dei programmi di uso terapeutico compassionevole per pazienti con COVID-19" (comma3).

La *ratio* di tale predisposizione normativa è la semplificazione, cui consegue rapidità impressa alle pratiche burocratiche e amministrative, ai controlli e alle validazioni, come richiesto dall'eccezionalità della pandemia in corso.

È opportuno rammentare lo sviluppo delle quattro fasi della sperimentazione clinica per medicinali o vaccini: dopo la fase di sperimentazione pre-clinica, si parte con la sperimentazione del principio attivo sull'uomo con lo scopo di valutarne sicurezza e tollerabilità (fase 1); segue l'indagine sull'attività terapeutica del medicinale/vaccino, cioè la capacità di produrre gli effetti curativi e positivi attesi, condotta di norma su pazienti volontari con patologia (fase 2); si giunge allo studio sull'efficacia

del farmaco e il rapporto fra rischi e benefici con migliaia di pazienti arruolati (fase 3); mentre la fase 4 corrisponde al monitoraggio successivo alla messa sul mercato del nuovo farmaco/vaccino.

Alla luce di quanto sopra, pare opportuno tentare di affrontare un problema emerso in modo dirompente e clamoroso di recente² nella letteratura cd. grigia, per cui i tempi, oggettivamente ridotti rispetto alla durata media delle sperimentazioni cliniche sino ad ora operate, inducano la popolazione al convincimento che si sia rinunciato ad avere margini di sicurezza idonei all'uso umano o che permangano troppe incognite per sottoporsi al nuovo vaccino.

Sotto questo profilo è indubitabile che l'accettazione da parte dei cittadini passi da una "informazione e comunicazione trasparente, chiara, comprensibile, consistente e coerente, basata su dati scientifici sempre aggiornati"³.

Inoltre il serio e approfondito controllo delle Autorità deputate alla verifica della regolarità delle fasi di sperimentazione clinica (EMA e AIFA) deve essere fonte di rassicurazione per tutta la collettività, tenendo in considerazione l'inderogabilità, nonostante la pandemia in corso, dei principi e valori circa la sicurezza, l'efficacia e la qualità delle sperimentazioni cliniche in essere, rammentando altresì che gli unici elementi che sono in grado di accelerare una sperimentazione sono rappresentati dalla riduzione dei tempi dedicati alle procedure burocratiche e dal miglioramento, il cui margine è ampio, del rapporto fra ricerca e pratica clinica⁴.

A tale necessario e fondamentale passaggio potrebbe aggiungersi un ulteriore elemento di rassicurazione del cittadino derivante dalla possibile certezza di avere il sostegno da parte dello Stato con il riconoscimento di un diritto all'indennizzo, oltre all'eventuale risarcimento del danno, per eventi dannosi dovuti all'uso del vaccino, previsione che dovrebbe altresì accentuare la cautela dello Stato a lanciare la campagna vaccinale.

² Le dichiarazioni alla stampa del medico virologo dott. Crisanti circa la possibile insicurezza dei vaccini anti Covid 19 per il tempo ridotto con il quale sono stati sviluppati e la risposta del dott. Magrini, direttore AIFA.

³ Cfr. Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica, I vaccini Covid-19: aspetti etici per la ricerca, il costo e la distribuzione, del 27 novembre 2020.

⁴ Si vedano in tal senso il parere del Comitato Nazionale di Bioetica sopra citato: "Eventualmente la possibilità di ridurre i tempi della sperimentazione va attuata consentendo che il vaccino viaggi su una corsia preferenziale, semplificando le procedure amministrative per la revisione delle ricerche, eliminando le inefficienze amministrative e burocratiche".

Non è da confondere, come più volte ribadito dalla Corte Costituzionale⁵, la previsione del diritto all'indennizzo con una "valutazione negativa sul grado di affidabilità medico-scientifica della somministrazione dei vaccini. Al contrario, la previsione dell'indennizzo completa il patto di solidarietà tra individuo e collettività in tema di tutela della salute e rende più serio e affidabile ogni programma sanitario volto alla diffusione dei trattamenti vaccinali, al fine della più ampia copertura della popolazione".

2. – La giurisprudenza italiana si è nel tempo ampiamente evoluta nell'interpretazione delle norme in vigore in tema di indennizzo per danni da vaccinazioni.

Nel 1992 il legislatore ha introdotto nell'ordinamento, in via generale, il diritto ad un indennizzo per chiunque avesse riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie, per legge o per ordinanza di un'Autorità sanitaria italiana, lesioni o infermità dalle quali fosse derivata una menomazione permanente all'integrità psicofisica (L. 210 art. 1, comma 1).

La *ratio* della norma è stata evidenziata dalla Corte Costituzionale⁶ che ha affermato che: "se il diritto costituzionale della salute come interesse della collettività (art. 32) giustifica l'imposizione per legge di trattamenti sanitari obbligatori, esso non postula il sacrificio della salute individuale a quella collettiva. Cosicché, ove tali trattamenti obbligatori comportino il rischio di conseguenze negative sulla salute di chi a essi è stato sottoposto, il dovere di solidarietà, previsto dall'art. 2 Cost., impone alla collettività, e per essa allo Stato, di predisporre in suo favore i mezzi di una protezione specifica consistente in un'equa indennità, fermo restando, ove se ne realizzino i presupposti, il diritto al risarcimento del danno".

La tutela indennitaria, inizialmente prevista solo nell'ambito delle vaccinazioni obbligatorie, è stata ampliata, ricomprendendovi taluni specifici casi di vaccinazioni soltanto sollecitate (non imposte) da interventi finalizzati alla protezione della salute pubblica; è stato infatti ritenuto irragionevole fare una differenziazione fra un trattamento sanitario imposto per legge e un trattamento promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società, ovvero tra il caso in cui la libera determinazione individuale risulti annullata dalla irrogazione di una sanzione e quello in cui sia fatto appello alla collaborazione dei singoli per un programma di politica sanitaria, trattandosi in ogni caso di trattamenti finalizzati alla tutela della salute collettiva.

⁵ Corte Costituzionale, 26 maggio – 23 giugno 2020, n. 118, in www.cortecostituzionale.it

⁶ Corte Costituzionale, 26 febbraio 1998, n. 27, in www.cortecostituzionale.it

Successivamente il legislatore è intervenuto una prima volta (L. 362/1999 – disposizioni urgenti in materia sanitaria) per estendere l'indennizzo di cui alla L.210/92 anche ai soggetti sottoposti a vaccinazione (antipoliomelitica) non obbligatoria, individuando un ulteriore circoscritto ambito soggettivo e per un periodo temporale ristretto.

Nel 2000 la Corte Costituzionale⁷ ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale della mancata previsione di un indennizzo a favore di quanti avessero riportato danni irreversibili alla salute a seguito di “vaccinazione antiepatite B” non obbligatoria, appartenendo ad una categoria di persone a rischio e perciò incentivate a sottoporsi a vaccinazione nell'ambito di una campagna legalmente promossa dall'autorità sanitaria.

La Corte Costituzionale⁸ è intervenuta nuovamente nello stesso senso per la “vaccinazione contro morbillo, parotite e rosolia” (cd. trivalente).

E ancora il giudice delle leggi⁹ è intervenuto per concedere l'indennizzo a seguito di “vaccinazione antinfluenzale”; in questa sede viene ribadito che “non vi è differenza qualitativa fra obbligo e raccomandazione per essere l'obbligatorietà del trattamento vaccinale semplicemente uno degli strumenti, a disposizione delle autorità sanitarie pubbliche, per il perseguimento della tutela della salute collettiva, al pari della raccomandazione sicché i diversi attori (autorità pubbliche e individui) finiscono per realizzare l'obiettivo della più ampia immunizzazione dal rischio di contrarre la malattia, indipendentemente dall'esistenza di una loro specifica volontà di collaborare”.

In presenza di reiterate e diffuse campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali pur solo raccomandati, si rende evidente il naturale diffondersi di un “affidamento del cittadino nei confronti di quanto consigliato dalle autorità sanitarie”, che rende la scelta individuale (di aderire alla raccomandazione) votata sia al proprio interesse egoistico, sia alla salvaguardia dell'interesse collettivo, giustificando così lo spostamento in capo alla collettività della responsabilità per gli effetti dannosi che possano colpire il singolo.

Il più recente intervento della Corte Costituzionale¹⁰ è relativo alla dichiarata incostituzionalità dell'art. 1, comma 1, della L. 210/92 in relazione alla mancata previsione del diritto all'indennizzo, alle condizioni e nei modi ivi stabiliti, a favore di chiunque abbia riportato lesioni o infermità da cui sia

⁷ Corte Costituzionale, 16 ottobre 2000, n. 423, *ibidem*

⁸ Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107, *ibidem*

⁹ Corte Costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 268, *ibidem*; annotata da A. CAPPELLO, *La somministrazione pregiudizievole del vaccino antinfluenzale raccomandato*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 7-8, 1029 ss.

¹⁰ Corte Cost., 26 maggio- 23 giugno 2020, n. 118, *ibidem*.

derivata una menomazione psicofisica permanente e irreversibile a causa della vaccinazione contro il contagio dal virus dell'epatite A.

3. – L'intervento del legislatore con il d.l. 7 giugno 2017 n. 73 (convertito in L. 119/2017) recante "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, di malattie infettive e di controversie relative alla somministrazione di farmaci" al fine di assicurare la tutela della salute pubblica e il mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale, per i minori (0-16 anni) e tutti i minorenni stranieri non accompagnati, segna una prima fondamentale presa d'atto della indifferenza qualitativa fra obbligo e raccomandazione. Con questa normativa viene infatti introdotta l'obbligatorietà vaccinale per dieci diverse patologie e l'offerta gratuita da parte di Regioni e Province autonome per altre quattro diverse patologie per coorti di nascita, oltre, per quanto qui rileva, alla previsione del riconoscimento del diritto all'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze irreversibili da tutte le vaccinazioni previste nell'art. 1 (ex art. 5-*quater*)¹¹, senza quindi fare alcuna differenza fra soggetti colpiti irreversibilmente da lesioni da vaccino obbligatorio o raccomandato.

Pare così condivisa la ragione vera, ultima e di fondo, dichiarata dal giudice delle leggi, del riconoscimento di un indennizzo al singolo che sacrifica il proprio interesse individuale per la salute collettiva.

Il legislatore, con questo intervento, realizza per la prima volta il riconoscimento dell'indennizzo non solo in caso di vaccinazioni obbligatorie, ma anche facoltative, certamente anche alla luce dei numerosi interventi della Corte Costituzionale, così da indurre la Cassazione¹² a compiere l'ulteriore doveroso passo per la conferma del superamento della distinzione fra vaccino obbligatorio e raccomandato al fine di essere titolari del diritto all'indennizzo.

¹¹ Per un commento critico alla legge v. M. MONTANARI – L. VENTALORO, *La nuova legge sui vaccini tra prevenzione, obblighi e criticità*, in *Fam. e Dir.*, 2018, 177.

¹² In Cass., 25 ottobre 2018, n. 27101, in www.iusexplorer.it, si legge: "L'esplicito richiamo del legislatore del 2017 all'ambito applicativo dell'asse portante della tutela indennitaria per i danni derivanti all'integrità psicofisica dalla somministrazione di vaccinazione valorizza tutte quelle esigenze di solidarietà sociale sin qui evidenziate che si impongono alla collettività laddove il singolo subisca conseguenze negative per la propria integrità psico-fisica derivanti da un trattamento sanitario, anche solo raccomandato, e che richiedono che sia la collettività ad accollarsi l'onere del pregiudizio individuale, mentre sarebbe ingiusto consentire che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio anche collettivo".

Argomentando dalla lettura costituzionalmente orientata delle norme in vigore, la Cassazione¹³ ha affermato che “la ragione determinante del diritto all’indennizzo non deriva dall’essersi sottoposti ad un trattamento obbligatorio in quanto tale, ma risiede nelle esigenze di solidarietà sociale che si impongono alla collettività, laddove il singolo subisca conseguenze negative per la propria integrità psicofisica derivanti da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato) effettuato anche nell’interesse della collettività e, per questo, la mancata previsione del diritto all’indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolverebbe in una lesione degli artt. 2,3,32 Cost. perché le esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo richiedono che sia la collettività ad accollarsi l’onere del pregiudizio individuale, mentre sarebbe ingiusto consentire che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo”.

Si giunge così ad un primo punto fermo: il legislatore (2017), la Corte Costituzionale e la Cassazione riconoscono l’assoluta irrilevanza dell’obbligatorietà o raccomandazione del vaccino al fine di garantire il diritto del singolo ad un indennizzo per lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente dell’integrità psico-fisica a carico dello Stato.

Si manifesta a questo punto una evidente contraddizione: tutte le Autorità, a diverso titolo coinvolte, pur condividendo il necessario rispetto delle esigenze di solidarietà sociale e di tutela della salute del singolo – valori costituzionalmente riconosciuti (artt. 2-3-32) – dovuto indipendentemente dalla obbligatorietà o raccomandazione del vaccino, negano la possibilità di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 1 L. 210/92, così da richiedere un’esplicita e manifesta previsione normativa del diritto all’indennizzo, realizzabile o attraverso il rinvio alla L. 210/92 anche per il vaccino considerato, ovvero, in alternativa, ad una pronuncia della Corte Costituzionale circa l’illegittima esclusione del nuovo vaccino fra quelli generativi di indennizzo.

In altri termini, equiparati vaccini obbligatori e raccomandati, il Ministero della Salute, e sulla stessa lunghezza d’onda la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, insistono nel ritenere necessari o una manifesta previsione normativa di estensione al vaccino raccomandato della normativa ex art. 1 L. 210/92, o un intervento della Corte Costituzionale, escludendone la automatica finalizzazione alla tutela della salute pubblica.

La ragione di tale presa di posizione è principalmente “il tenore testuale della disposizione”, accompagnata (nel caso del vaccino per epatite A)

¹³ V. Cass., 25 ottobre 2018, n. 27101, in *Dir. & Giust.* 2018, 26 ottobre con nota di CORRADO, *Vaccino antipolio: 3 anni per chiedere i danni*.

“dalla impossibilità di ravvisare, nelle raccomandazioni regionali a favore della vaccinazione antiepatite A, atti amministrativi di sostanziale imposizione d’un obbligo”¹⁴.

Non solo. La Cassazione (nel ruolo di giudice rimettente nella questione trattata nella pronuncia della Corte Costituzionale 118/2020) afferma che: “l’estensione al caso di specie dei principi già enucleati dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento ad altre fattispecie vaccinali si risolverebbe, ad avviso del rimettente, in una sostanziale disapplicazione *ope iudicis* della disposizione censurata”.

La Corte Costituzionale avvalga tale impostazione sulla scorta di più ragioni: 1) “l’univoco tenore letterale della disposizione segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione conforme deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”; 2) il diritto all’indennizzo è riconoscibile soltanto se l’indicazione della profilassi sia obbligatoria o derivi “da specifiche campagne informative svolte da autorità sanitarie e mirate alla tutela della salute, non solo individuale, ma anche collettiva”, la cui esistenza è accertamento di fatto del giudice di merito, ma al quale “deve necessariamente seguire – nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale – la verifica da parte di questa Corte, circa la corrispondenza di tali raccomandazioni ai peculiari caratteri che, (...), finalizzano il trattamento sanitario raccomandato al singolo alla più ampia tutela della salute come interesse della collettività, ed impongono, dunque, una estensione della portata normativa della norma censurata (sentenza n. 268 del 2017)”.

Inoltre in talune occasioni il Ministero, nelle fasi difensive dei procedimenti, ha ritenuto che, per far insorgere il diritto all’indennizzo, non sia sufficiente il mero nesso di causalità fra vaccinazione e menomazione psicofisica, occorrendo anche un “sacrificio del singolo preordinato al benessere della comunità o salute collettiva”; si potrebbe da ciò inferire che il legislatore, per raggiungere quella finalità (di salute pubblica), imponga l’obbligatorietà del vaccino, lasciando invece alla semplice raccomandazione, più blanda, la possibilità, e non la certezza, che quel vaccino sia utile anche alla salute pubblica.

In altri termini si potrebbe pensare che solo l’obbligatorietà sia inderogabilmente funzionale alla tutela dell’interesse pubblico, senza necessità di ulteriori prove; al contrario la non obbligatorietà mostrerebbe un distacco da tale finalità, superabile con una previsione ad hoc del legislatore (come appare nel comma 4 art. 1 L. 210/92 che prevede casi specifici in cui riconosce, anche per vaccini non obbligatori, l’indennizzo per danni

¹⁴ Così Corte Cost., 26 maggio – 23 giugno 2020, n. 118, cit.

irreversibili ma solo per specifiche categorie di persone con motivi di lavoro o operatori sanitari).

Pertanto in caso di vaccino solo raccomandato sarebbe l'analisi caso per caso a ricondurre un trattamento vaccinale alla funzione di tutela collettiva, tale da consentire il riconoscimento del diritto all'indennizzo, senza a questo punto alcuna certezza per i nuovi casi, come quello del vaccino anti Covid.

4. – Tale impostazione ci consente di proporre alcune riflessioni.

A) L'interpretazione adeguatrice del giudice comune

Per quanto riguarda il limite individuato nel "tenore testuale" della norma (art.1, comma 1, L.210/92) pare facilmente superabile.

È opportuno sottolineare che non è raro, né anomalo, negli ultimi tempi, riconoscere al giudice comune un compito di controllo di costituzionalità diffuso, che tende a prevalere sul controllo accentrato della Corte Costituzionale, alla quale vengono attribuiti compiti ulteriori di attuazione del progetto costituzionale.

In altri termini "Al giudice comune spetta non solo l'applicazione diretta delle disposizioni della Carta, (...), ma anche quella nomofilachia costituzionale che si realizza attraverso l'interpretazione adeguatrice, diffusa negli ultimi tempi grazie alla progressiva assimilazione dei valori di base così da parte della giurisdizione come da parte della società, nei rapporti pubblici e privati"¹⁵.

Si riconoscerebbe così il giusto valore del principio di economia dell'attività processuale¹⁶ che, quale principio generale, potrebbe giustificare l'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa attributiva del diritto all'indennizzo, senza timore di alterare il principio di certezza del diritto, visto l'orientamento consolidato della Corte Costituzionale nell'interpretazione estensiva della norma ai vaccini raccomandati

¹⁵ F. ROSELLI, *La dottrina del secondo dopoguerra sull'interpretazione giudiziale. Il contributo della giurisprudenza in materia di rapporto di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2018, 483 ss.; interessante sul tema anche G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. Civ.*, 2018, 147 ss.; *contra* C. PISANI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *Riv. Dir. It. Lavoro*, 2019, 353 ss., in cui l'A. critica l'interpretazione costituzionalmente orientata produttiva di "un alto grado di instabilità nell'organizzazione giuridica", oltre alla condivisione della "preoccupazione che alcuni eccessi nell'uso dell'interpretazione conforme a costituzione siano dovuti (o possono condurre) a un soggettivismo giudiziario avulso dalla mediazione praticata dal legislatore, magari servente al mero contrasto con un dettato normativo sgradito ma del tutto inequivoco".

¹⁶ È principio riconosciuto in ampi settori del diritto, fra tante v. Cons. Stato, 14 settembre 2018, n. 5385, in *Guida dir.* 2018, 42, 34; Cass., 18 agosto 2017, n. 20145 in *Arch. circolaz.* 2018, 141.

succedutasi negli ultimi vent'anni (in considerazione di tutte le pronunce ricordate nel secondo paragrafo di questo scritto)¹⁷.

In altri termini il giudice comune, alla luce di un consolidato orientamento della Corte Costituzionale circa la possibile interpretazione estensiva/analogica di una certa norma (art. 1, comma 1, L. 210/92), preso atto dell'indifferenza decretata da parte del legislatore e della giurisprudenza di legittimità fra obbligatorietà e raccomandazione del vaccino ai fini del riconoscimento di un diritto all'indennizzo, accertata l'esistenza di una raccomandazione da parte di una pubblica amministrazione sanitaria nell'ottica di una profilassi a tutela della salute collettiva, oltre che individuale, dovrebbe procedere ad una lettura costituzionalmente orientata, riconoscendo direttamente l'indennizzo. Così operando si potrebbe stringere e rafforzare quel necessario rapporto di fiducia fra Stato e cittadino per affidarsi convintamente con rinnovato senso civico e di responsabilità al nuovo, innovativo e per certi versi rivoluzionario (in tecniche scientifiche e in tempistica) vaccino anti Covid-19, raggiungendo probabilmente in tempi rapidi l'obiettivo comune, cioè l'immunità di gregge, necessaria a far ritornare il Paese, e il mondo, al suo ritmo naturale, pre-pandemico.

B) La presunta necessità dell'intervento della Corte Costituzionale per determinare la finalità del trattamento

Se la semplice raccomandazione del vaccino non esclude a priori il diritto all'indennizzo per il cittadino in caso di lesioni o menomazioni determinanti malattie irreversibili del soggetto, essa inciderebbe sulla *certezza* del riconoscimento in capo al singolo, stante la necessaria e imprevedibile mediazione di un esame del caso concreto.

Una criticità emerge proprio qui: il richiesto esame costituzionale per ogni nuovo vaccino determinerebbe incertezza sul riconoscimento del diritto all'indennizzo per vaccino anti Covid se, come si presume accadrà, quest'ultimo sarà soltanto raccomandato dal Ministero competente¹⁸, oltre a

¹⁷ In diverse fattispecie la giurisprudenza ha riconosciuto come talune espressioni normative debbano essere intese, in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata, indagando anche la reale intenzione del legislatore non risultando sufficiente la sola interpretazione letterale v. Cass., 11 febbraio 2014, n. 3036; T.A.R., 17 ottobre 2017, n. 1627 sull'applicazione della legge ai sensi dell'art. 12 preleggi, entrambe su www.iusexplorer.it.

¹⁸ Cfr. parere del CNB, I vaccini e Covid-19, cit., 13, in cui si legge: "In via generale per il Comitato è sempre auspicabile il rispetto del principio che nessuno subisca un trattamento sanitario contro la sua volontà e, quindi, tendenzialmente la preferenza dell'adesione spontanea rispetto ad un'imposizione autoritativa, ove il diffondersi di un senso di responsabilità individuale e le condizioni complessive della diffusione della pandemia lo consentano. Tuttavia il Comitato è altresì consapevole che sono riconosciute per legge nel nostro ordinamento ed eticamente

un eventuale imponderabile allungamento dei tempi per la sua liquidazione con il risultato di fare da deterrente alla capillare e necessaria copertura vaccinale collettiva e una ricaduta negativa sul “patto di solidarietà tra individuo e collettività in tema di tutela della salute”¹⁹.

Riteniamo eccessivo e fuorviante un ripetuto esame sulla legittimità costituzionale circa la finalità perseguita con un vaccino da parte dell’Autorità sanitaria pubblica; la vaccinazione, obbligatoria o raccomandata, è indubitabilmente una profilassi delle malattie infettive, strumento sicuro e scientificamente provato per l’arresto della circolazione del virus e il raggiungimento della più ampia immunità di gregge a vantaggio dell’intera collettività²⁰.

Si legge a questo proposito sul sito dell’Istituto Superiore di Sanità che, oltre a garantire il singolo nella minor esposizione a malattie potenzialmente gravi, “per le malattie che si trasmettono da persona a persona, le vaccinazioni non solo proteggono noi stessi, ma anche le persone che non possono essere vaccinate (perché non ancora in età raccomandata, perché non rispondono alla vaccinazione o perché presentano controindicazioni). Questo avviene grazie all’immunità di gregge per cui, se la percentuale di individui vaccinati all’interno di una popolazione è elevata si riduce la possibilità che le persone non vaccinate (o su cui la vaccinazione non è efficace) entrino in contatto con il virus e, di conseguenza, si riduce la

legittime forme di obbligatorietà dei trattamenti sanitari, quali appunto il vaccino, in caso di necessità e di pericolo per la salute individuale e collettiva.

Pertanto nel caso di questa pandemia, che mette a rischio la vita e la salute individuale e pubblica, tanto più qualora non si disponga di nessuna cura, il Comitato ritiene eticamente doveroso che vengano fatti tutti gli sforzi per raggiungere e mantenere una copertura vaccinale ottimale attraverso l’adesione consapevole. Nell’eventualità che perduri la gravità della situazione sanitaria e l’insostenibilità a lungo termine delle limitazioni alle attività sociali ed economiche, il Comitato ritiene inoltre che – a fronte di un vaccino validato e approvato dalle autorità competenti – non vada esclusa l’obbligatorietà, soprattutto per gruppi professionali che sono a rischio di infezione e trasmissione di virus”.

¹⁹ Così testualmente Corte Cost. 118/2020, *cit.*

²⁰ *Contra* M. MONTANARI – L. VENTALORO, *op. cit.*, 199, in cui affermano che se è “il perseguimento della c.d. *immunità di gregge* (per proteggere, cioè, indirettamente anche coloro che, per motivi di salute, non possono vaccinarsi) la *ratio* dell’imposizione del trattamento” e, essendo il mezzo più sicuro per immunizzarsi dalla malattia, la propria scelta garantirà sé stesso e renderà del tutto indifferente la scelta contraria di altri soggetti; “Da quanto sopra si deduce che l’immunità di gregge, il cui raggiungimento è l’unico fondamento del trattamento sanitario obbligatorio in esame, non mira alla tutela dell’intera collettività di cui all’art. 32 Cost., ma ambisce a fornire salvaguardia a quella ristrettissima collettività di soggetti, come gli immunodepressi, che a causa di pregresse patologie non possono vaccinarsi”.

trasmissione dell'agente infettivo. Questo significa che se vengono mantenute coperture sufficientemente alte si impedisce al virus di circolare fino alla sua scomparsa permanente"²¹.

Date queste premesse l'esame e/o l'accertamento della Corte Costituzionale appare superfluo stante l'indubbia finalità pubblicistica delle vaccinazioni che, sola, può giustificare lo spostamento della responsabilità e del carico oneroso per le conseguenze negative e irreparabili per la salute del singolo, in capo alla collettività che se ne giova, e, per essa, allo Stato. La valutazione dell'affidabilità e della sicurezza viene già operata dalle autorità sanitarie competenti per la validazione scientifica del vaccino; la valutazione dell'utilità sociale è dell'autorità politica che emette il provvedimento di raccomandazione e lancia la campagna vaccinale di sollecitazione a tutti i propri cittadini all'adesione.

È vero che la tecnica della sola raccomandazione riconosce maggiore valore al diritto di autodeterminazione del soggetto, ma questo non rileva ai fini del riconoscimento del diritto all'indennizzo; obbligatorietà e non obbligatorietà sono entrambe preordinate all'istanza solidaristica.

Il soggetto che si sottopone alla vaccinazione sacrifica sé stesso a vantaggio della collettività, così da risultare addirittura maggiormente virtuoso colui che liberamente, pur sollecitato ma non obbligato dallo Stato, si sottoponga alla vaccinazione, e quindi meritevole dell'indennizzo.

C) La natura assistenziale dell'indennizzo

È da tempo che la Cassazione ha riconosciuto la natura assistenziale, e non risarcitoria, dell'indennizzo per danni da emotrasfusione di cui all'art. 1 della legge n. 210 del 1992 in favore di chi abbia subito complicanze irreversibili a causa di emotrasfusione²²; l'indennizzo tende, infatti, a realizzare "una forma di solidarietà sociale, tant'è che essa è alternativa alla pretesa risarcitoria volta ad ottenere l'integrale risarcimento dei danni sofferti in conseguenza del contagio ove sussista una colpa delle strutture del Servizio sanitario nazionale".

La finalità solidaristica dell'indennizzo prescinde dall'obbligo o semplice raccomandazione del vaccino; pertanto il riconoscimento dell'indennizzo può rappresentare uno strumento capace di incidere sul grado di sicurezza e soddisfazione dell'individuo spinto a vaccinarsi, il quale, sapendo di poter godere di un sicuro mezzo assistenziale in caso di evento avverso, potrà convincersi più facilmente a sottoporsi al vaccino e

²¹ Cfr. il portale dell'epidemiologia per la sanità pubblica a cura dell'ISS, alla voce "perché vaccinarsi?".

²² Sulla finalità assistenziale dell'indennizzo fra le molte pronunce v. Cass., 4 maggio 2007, n. 10214; Cass., 6 novembre 2009, n. 23589; Cass., 13 febbraio 2012, n. 2009.

consentire alla collettività il raggiungimento della sicura copertura vaccinale che sola può sconfiggere il virus.

Date queste premesse una lettura costituzionalmente orientata delle norme in vigore in materia di vaccini, consentirebbe di semplificare l'iter di un cittadino cui il vaccino abbia cagionato menomazioni psicofisiche gravi e irreversibili; aumenterebbe la fiducia nel vaccino con il conseguenziale aumento della propensione della popolazione a sottoporsi al vaccino per raggiungere la sufficiente copertura a tutela della salute pubblica collettiva.

Questo è un passo che la giurisprudenza di merito ha già talvolta proposto²³, trovando purtroppo un ostacolo nelle pronunce della Cassazione, e non solo.

Ad oggi l'unica soluzione sta in un intervento preciso e ponderato del legislatore che, memore dell'esperienza già acquisita, preveda nella normativa introduttiva del vaccino anti Covid 19 l'estensione dell'indennizzo di cui alla L. 210/92 per gli eventuali casi di lesioni o infermità all'origine di una menomazione permanente all'integrità psicofisica del soggetto, rendendo così superflua, perché oggetto di previsione normativa *ad hoc* (come quella del comma 4 art. 1 l. 210/92), la specificazione dell'obbligatorietà o della semplice raccomandazione del vaccino anti Covid 19.

Una volta acquisito con l'estensione legale il diritto all'indennizzo per le menomazioni irreversibili conseguenti a vaccinazione – previsto dalla legge n. 210 del 1992 – esso deve essere tenuto distinto dal risarcimento del danno, poiché – a differenza di quest'ultimo – l'indennizzo non presuppone l'accertamento di un fatto illecito, né l'individuazione del responsabile, bensì sorge, a prescindere dalla colpa, in presenza del solo accertamento del nesso causale tra vaccino e menomazione permanente, costituendo perciò un'autonoma misura economica di sostegno, di natura indennitaria ed equitativa, in caso di danno alla salute, che consente agli interessati una protezione certa nell'*an* e nel *quantum*, ferma

²³ Nella narrazione dei fatti nella pronuncia della Corte Cost. 118/2020, *cit.*, si legge che la Corte d'Appello di Lecce aveva disposto il versamento dell'indennità a soggetto sottoposto a vaccinazione antiepatite A che, in conseguenza di ciò, era risultata affetta da grave e irreversibile patologia, una volta "considerato provata la sussistenza di un nesso causale tra la somministrazione del vaccino e la patologia successiva. Inoltre, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale che ha esteso il diritto all'indennizzo in caso di conseguenze dannose derivanti da specifiche vaccinazioni non obbligatorie, ma incentivate dall'autorità sanitaria, ha ritenuto che tale diritto sussista anche con riferimento al vaccino somministrato nel caso di specie".

restando per essi la possibilità di esperire anche l'azione di risarcimento del danno alle condizioni previste dall'art. 2043 c.c.²⁴.

In conclusione auspichiamo che nelle future disposizioni normative in materia di Covid, vista l'alta percentuale di cittadini asintomatici, l'evidenza scientifica che il virus colpisce prevalentemente certe categorie di persone (quelle cd fragili con comorbidità o in età avanzata), che pertanto ad un'ampia fascia di popolazione verrà chiesto di sottoporsi al vaccino non solo per il benessere proprio, ma soprattutto di una fascia più ristretta, il legislatore proceda con previsioni che rendano certa la tutela indennitaria-assistenziale dei cittadini, senza rendere obbligatorio il vaccino.

La circostanza poi che all'indennizzo possa affiancarsi anche il risarcimento del danno servirà per confortare ulteriormente la popolazione dal timore di sottoporsi al vaccino, senza però che sia possibile dirimere con assoluta certezza la questione relativa alla cumulabilità o allo scorporo della somma liquidata a titolo di indennizzo *ex* L. 210/92 dall'eventuale risarcimento del danno subito, rinviando questa problematica all'applicabilità della *compensatio lucri cum damno* secondo il criterio, introdotto dalle SS.UU. del 2018, della funzionalità del beneficio collaterale.

Secondo tale modello risulta necessario verificare la funzione del beneficio collaterale per considerare possibile o meno il diffalco della somma sottostante al vantaggio, dal *quantum* liquidato come risarcimento del danno. In tale situazione solo e soltanto se il beneficio collaterale abbia la medesima funzione del risarcimento del danno sarà applicabile la regola della *compensatio lucri cum damno* e quindi impedito il cumulo delle due poste, segno, in tali condizioni, di un'eventuale ingiustificata locupletazione del danneggiato

Ma questo è un altro capitolo.

²⁴ Di recente sul punto in giurisprudenza v. Cass., 23 ottobre 2017, n. 24959, in cui "In caso di azione risarcitoria per danni provocati da vaccini, la prova a carico dell'interessato ha ad oggetto l'effettuazione della somministrazione vaccinale e il verificarsi dei danni alla salute e il nesso causale tra la prima e i secondi, da valutarsi secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica"; nel merito Trib. Perugia, 15 novembre 2019, n. 1766 in cui: "Posto che la legge 210/92 e precisamente l'art. 1, garantisce, in favore di coloro che abbiano riportato menomazioni psico-fisiche irreversibili per effetto di vaccinazioni, ancorché solo consigliate o raccomandate, una prestazione indennitaria a carico dello Stato, va precisato che tale attribuzione indennitaria non pregiudica il diritto del danneggiato dalla somministrazione vaccinale di esercitare l'azione di risarcimento danni che trova però il suo fondamento in un fatto illecito, *contra ius*, imputabile a titolo di dolo o colpa secondo il modello generale di cui all'art. 2043 c.c.".

Abstract

**VACCINAL CLINICAL TRIAL AND CIVIL LIABILITY IN TIME OF
COVID-19**

Il diritto all'indennizzo, riconosciuto inizialmente per le menomazioni e lesioni psicofisiche irreversibili da vaccino obbligatorio, è stato nel tempo esteso anche alle medesime conseguenze derivanti da vaccini raccomandati da autorità sanitarie pubbliche, purché il trattamento sanitario si potesse considerare nell'interesse della collettività. Tale valutazione è di esclusiva competenza della Corte Costituzionale.

In vista del vaccino anti Covid 19, l'A. auspica il riconoscimento diretto dell'indennizzo anche in caso di vaccino raccomandato, senza un necessario intervento legislativo, in considerazione della condivisa indifferenza fra obbligatorietà e raccomandazione, del plurimo riconoscimento della Corte Costituzionale all'estensione dell'indennizzo a vaccini semplicemente raccomandati, all'indubbia funzione di tutela della salute pubblica che ogni vaccino, oggetto di campagna vaccinale, ha per sua stessa definizione.

The right to compensation, initially recognized for impairments and irreversible psychophysical injuries due to mandatory vaccines, has been extended over time to the same consequences deriving from vaccines recommended by public health authorities, provided that the medical treatment could be considered in the interest of the community. This evaluation is in the exclusive competence of the Constitutional Court.

In view of the Covid 19 vaccine, the A. hopes for direct recognition of the compensation even in the case of a recommended vaccine, without the necessary legislative intervention. The reasons are the shared indifference between obligation and recommendation, the multiple recognition of the Constitutional Court for the extension of compensation to simply recommended vaccines, and the undoubted function of protecting public health that every vaccine, subject to vaccination campaign, has by its very definition.

FAKE NEWS, LESIONE DELLA REPUTAZIONE E TUTELA DELLE RELAZIONI FAMILIARI

BARBARA GRAZZINI
Ricercatore
nell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. *Fake news*: la situazione italiana ed uno sguardo comparatistico – 2. False notizie lesive della reputazione diffuse a mezzo internet e direttrici di indagine in tema di responsabilità civile: il possibile riflesso in ambito familiare. – 3. Il danno ai congiunti nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali. – 4. La causalità giuridica quale nodo centrale per la soluzione del problema. – 5. Il danno ai congiunti derivante dalla lesione della reputazione *on line*.

1. – Le questioni connesse alla diffusione di notizie false, anche diffamatorie o denigratorie, sono di stringente attualità, soprattutto in tempi in cui (in quella che è stata definita la “quarta rivoluzione”¹) la comunicazione è affidata all’“oceano di internet”² ed i flussi informativi

¹ L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014.

² Si mutua l'espressione dalla prima decisione italiana sul diritto all'oblio (Cass., 5 aprile 2012, n. 5525, in *Dir. inf.*, 2012, 452), la quale, pronunciandosi intorno alla veridicità, sotto il profilo dell'adeguato aggiornamento, di una notizia conservata in un archivio *on line*, distingue fra questi ultimi e memoria della rete. Mentre l'archivio si caratterizza per essere ordinato secondo criteri determinati che ne favoriscono la consultazione, la rete è il luogo dove le notizie vengono memorizzate. Internet è, dunque, una “memoria illimitata e senza tempo”, l’“oceano della memoria”, dove le informazioni sono appiattite, decontestualizzate e prive di collegamento rispetto ad altre informazioni che diano atto della eventuale evoluzione della vicenda. La bibliografia in tema di diritto all'oblio è assai vasta. Si richiamano per tutti V. PICCININI, *Il diritto all'oblio*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, Milano, 2020, 95 ss.; G. RESTA e V. ZENO – ZENCOVICH, *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; G. FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite sul diritto all'oblio*, in *Giust. civ.*, 2019, 7, 1 ss.; ID., *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, 591 ss.; A. MANTELERO, *The protection of the rights to be forgotten: lessons and perspectives from open data*, in *Contr. e imp. Europa*, 2015, 734 ss.; F. DI CIOMMO, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e resp.*, 2014, 1101 ss. La materia si interseca con quella del trattamento dei dati personali di cui al Regolamento (UE) del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, n. 679 ed al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come adeguato dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, sui quali, per tutti, G. FINOCCHIARO, *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, 2019;

affiancano al tradizionale modello verticale (operatore professionale-fruitori di notizie) una comunicazione che – dipanandosi attraverso una rete di *blog*, *social network* e piattaforme di condivisione *on line* – presenta vieppiù carattere orizzontale ed interattivo, dando luogo ad un processo di disintermediazione digitale³ oltre che di contaminazione fra contenuti di diversa natura (ad esempio fra contenuti informativi e promozionali)⁴.

Nel contesto contrassegnato dalla rivoluzione digitale è emerso il problema delle cd. *fake news* (non nuovo ma amplificato dalle nuove tecnologie), su cui si sono concentrati – in controtendenza rispetto alla meno recente pretesa di anomia della rete⁵ ma sempre sul crinale di un difficile bilanciamento fra esigenze di tutela e necessità di evitare derive censorie – studi e tentativi, non sempre riusciti, di produzione normativa; accanto al costante avanzare di fenomeni affini o contigui che via via affiorano con un corrispondente fiorire di neologismi.

Il concetto di *fake news* è articolato (e l'espressione non di rado reputata eccessivamente inclusiva e generica) ed il fenomeno può variamente declinarsi⁶. In generale, quando si parla di *fake news* ci si riferisce alla volontaria diffusione di notizie false con intento ed effetto manipolatorio su larga scala, per motivi economici, politici o ideologici, spesso al fine di

ID., *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, 2017.

³ L'ampiezza e multiformità del fenomeno è illustrata da F. PIZZETTI, *Relazione al Convegno Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, Milano, 5 maggio 2017. Sul problema delle *fake news* nel quadro dell'informazione, anche con un approccio multidisciplinare, sin da ora, G. RUFFO e M. TAMBUSCIO, *Capire la diffusione della disinformazione e come contrastarla*, in *federalismi.it*, 24 aprile 2020; G. SUFFIA – G. ZICCARDI, *Fake news, guerra dell'informazione ed equilibri democratici*, *ivi*. V. anche A. CHADWICK, *The Hybrid media system. Politics and Power*, Oxford University Press, 2013; L. UGOLINI e M. COLANTONI, *Informazione e social network sites: una sfida di responsabilità. Il giornalista fra professionalità e identità*, in *Problemi dell'informazione*, 2017, 2.

⁴ In tema ci sia consentito di rinviare a B. GRAZZINI, *Pubblicità e pratiche commerciali scorrette*, in *Profili attuali di diritto dei contratti d'impresa*, a cura di M.N. BUGETTI, in *Quaderni de Il diritto degli affari*, Collana diretta da B. INZITARI, Torino, 2020, 231 ss.

⁵ Circa l'indispensabilità, non meno che difficoltà, di un inquadramento normativo, per tutti, di recente, P. PASSAGLIA, *Fake news e fake democracy: una convergenza da scongiurare*, in *federalismi.it*, 24 aprile 2020, specie 132 ss. Proposte di specifiche misure, anche di stampo pro-concorrenziale, a fronte della minaccia costituita dalle notizie false in rete, sono formulate da G. GHIDINI e A. MASSOLO, *Relazione introduttiva al Convegno Fake news e allarme sociale: responsabilità, non censura*, *cit.* Più in generale anche G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Torino, 2014, 270 ss.

⁶ Per un approfondimento sulla definizione di *fake news*, M. CAVINO, *Il triceratopo di Spielberg. Fake news, diritto e politica*, in *federalismi.it*, 24 aprile 2020.

danneggiare una persona, un'impresa, un gruppo sociale o una organizzazione (talora addirittura uno Stato). Nell'ottica *de jure condito* come *de jure condendo* il fenomeno viene per lo più riguardato dall'angolo visuale dei rischi connessi alla *misinformation* ed all'*information disorder*, del pluralismo e della correttezza dell'informazione, avendo riguardo alle ricadute negative che può produrre nell'opinione pubblica.

La Commissione europea, nella sua Comunicazione "*Tackling online disinformation: a European approach*" del 26 aprile 2018⁷, inserisce le *fake news* in tale contesto, affermando che "*Disinformation is understood as verifiably false or misleading information that is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, and may cause public harm. Public harm comprises threats to democratic political and policy-making processes as well as public goods such as the protection of EU citizens' health, the environment or security*". Similmente, la Relazione "*A multi-dimensional approach to disinformation*" del 12 marzo 2018⁸, elaborata da un gruppo di esperti su incarico della Commissione europea, precisa che "*in this Report, we favour the word 'disinformation' over 'fake news'. Disinformation, as used in the Report, includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit. Our main message is that the best responses to disinformation are multi-dimensional, with stakeholders collaborating in a manner that protects and promotes freedom of expression, media freedom, and media pluralism*". Sulla stessa linea si pone il Rapporto del

⁷ La Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle regioni "Lotta alla disinformazione *online*: un approccio europeo", COM(2018)236, del 26 aprile 2018 (consultabile alla pagina internet <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>) delinea i principi, gli obiettivi e le misure volte a contrastare il fenomeno della disinformazione e delle notizie false diffuse *on line*, ed è redatta sulla base della relazione del 12 marzo 2018 ("*A multi-dimensional approach to disinformation – Final Report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation*"), elaborata dal gruppo di esperti istituito dalla Commissione stessa con il ricordato provvedimento, di cui anche *infra* nel testo. Nell'ambito della strategia digitale europea, la Commissione ha proposto in data 15 dicembre 2020 due vaste riforme ("*Digital Services Act*" e "*Digital Markets Act*"), comprensive di una serie di regole per i servizi digitali, inclusi i servizi di intermediazione, i *social media* e le altre piattaforme *on line*, anche al fine di contrastare l'inserimento di contenuti illegali e garantire una migliore tutela dei diritti degli utenti. Di medesima data è la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sul mercato unico dei servizi digitali, che modifica la direttiva n. 2000/31/CE ("*Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*").

⁸ Consultabile alla pagina internet <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>. V. nota precedente.

“Tavolo tecnico per la garanzia del pluralismo e della correttezza dell’informazione sulle piattaforme digitali”, istituito con delibera dell’Agcom n. 423/17/Cons del 6 novembre 2017⁹, il quale dichiara di preferire il termine “disinformazione” a quello – ritenuto eccessivamente generico – di *fake news*, osservando come i contenuti oggetto dell’indagine sono “le notizie, anche completamente inventate, fabbricate e diffuse (in particolar modo attraverso le piattaforme *on line*) allo scopo di ingannare il pubblico e manipolarne l’orientamento, attraverso il ricorso a stati emotivi, per motivi ideologici, politici o di vantaggio economico. La rilevanza del tema della disinformazione *on line*, infatti, è soprattutto legata all’entità delle ricadute negative che il fenomeno può generare per la formazione dell’opinione pubblica e, quindi, dal punto di vista sociale e politico”.

Le produzioni normative (in alcuni casi portate a compimento ed in altri rimaste incompiute) dei singoli ordinamenti nazionali – che hanno sollevato una tempesta di dissensi – oscillano fra l’essere precipuamente focalizzate sul perseguimento dell’interesse ad una corretta informazione e l’indirizzarsi anche alla tutela di situazioni giuridiche individuali afferenti per lo più ai diritti della persona.

Nella prima delle indicate direzioni propende la legge francese n. 2018-1202 del 22 dicembre 2018 “*relative à la lutte contre la manipulation de l’information*”, la quale ha modificato ed integrato il *Code Électoral* e la *loi* n. 86-1067 del 30 settembre 1986 sulla libertà di comunicazione. Essa stabilisce che, nei tre mesi antecedenti una consultazione elettorale, “*lorsque des allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d’un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive par le biais d’un service de communication au public en ligne*”, il giudice (in particolare il *Tribunal de grande instance*) può – in via sommaria, su richiesta del Pubblico Ministero, di un candidato o di gruppo politico, o di chiunque abbia interesse – imporre tutte le misure proporzionate e necessarie per far cessare tale diffusione (art. L. 163-2., *Code Électoral*, inserito dall’art. 1, comma 2°, l. n. 2018-1202). Per altro verso, poi, e più in generale, il titolo III della *loi* n. 2018-1202 (artt. da 11 a 15) introduce

⁹ Rapporto dal titolo “Le strategie di disinformazione *on line* e la filiera dei contenuti *fake*”, consultabile sul sito www.agcom.it. Il “Tavolo tecnico” è stato creato per promuovere l’adozione condivisa di modalità appropriate di intervento nel contrasto alla disinformazione ed alla lesione del pluralismo informativo *on line*, anche con l’adozione di strumenti volontari e di autoregolamentazione delle piattaforme. Sempre su iniziativa dell’Agcom sono state condotte alcune indagini conoscitive: così quella in materia di “Piattaforme digitali e sistema dell’informazione” (avviata con delibera n. 309/16/Cons, del 21 giugno 2016), che ha dato vita ai Rapporti “*News vs. fake nel sistema dell’informazione*” (2018) e “*Percezioni e disinformazione. Molto “razionali” o troppo “pigri”?*” (2020).

obblighi di cooperazione per i gestori delle piattaforme *on line* onde contrastare la diffusione di informazioni false suscettibili di turbare l'ordine pubblico o di alterare gli esiti di una consultazione elettorale, consistenti nella predisposizione di un sistema facilmente accessibile di segnalazione da parte degli utenti, in garanzie di trasparenza degli algoritmi, ed in informazioni sulla natura, sull'origine e sulle modalità di distribuzione dei contenuti (art. 11).

Di respiro più ampio appare la normativa tedesca. La Germania è intervenuta in materia con la legge 1° settembre 2017 [*“Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken”* (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*)], la quale trova applicazione nei confronti dei fornitori di servizi che gestiscono piattaforme su internet a scopo di lucro con almeno due milioni di utenti registrati, con espressa esclusione di quelle aventi contenuti giornalistici o editoriali (art. 1, commi 1° e 2°)¹⁰. Il provvedimento non crea nuove fattispecie di illecito, ma richiama alcuni articoli del Codice penale tedesco (*Strafgesetzbuch* – abbreviato con l'acronimo StGB) per definire cosa si intenda, ai fini dell'applicazione della normativa, per “contenuto illegale” (*“rechtswidrige Inhalte”*: così il § 1, comma 3°). Si tratta di numerosi delitti contro lo Stato, anche in relazione alla sua sicurezza esterna e nei rapporti con Stati stranieri (inseriti nell'*Abschnitt* del StGB relativo al *“Friedensverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates”* – “Tradimento della pace, alto tradimento e minaccia allo Stato democratico”; e in quello dedicato al *“Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit”* – “Tradimento e pericolo per la sicurezza esterna”), oltre che contro l'ordine pubblico (*“Straftaten gegen die öffentliche Ordnung”*); ma anche di reati contro l'onore e la reputazione (l'ingiuria e la diffamazione di cui ai §§ 185, 186 e 187 StGB), contro la libertà personale e la riservatezza (§ 201a, che punisce la violazione della vita privata attraverso la realizzazione o la diffusione di immagini: *“Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen”*), o riguardanti la pornografia minorile (§ 184b – *“Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte”*).

A fronte di un “contenuto illegale” così definito, i gestori della piattaforma sono tenuti – in tempi strettissimi, variabili da uno a sette giorni,

¹⁰ A commento della legge tedesca A. HELDT, *Reading between the lines and the numbers: an analysis of the first NetzDG reports*, in *Internet Policy Review*, 2019, 8, 2 ss.; V. CLAUSSEN, *Fighting Hate Speech and Fake News. The Network Enforcement Act (NetzDG) in Germany in the context of European legislation*, in *MediaLaws*, 2018, 110 ss. Più in generale sul panorama europeo, C. MAGNANI, *Libertà di informazione online e fake news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *Forum quad. cost.*, 18 aprile 2019; E. LEHNER, *Fake news e democrazia*, in *MediaLaws*, 2019, 1.

salvo casi particolari – alla sua rimozione o al blocco, oppure a rimettere la relativa decisione ad un organismo di autoregolamentazione (§ 3 *NetzDG* – “*Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte*”, al comma 2°); in ogni caso essi devono dotarsi di procedure efficaci e trasparenti che consentano le segnalazioni da parte degli utenti (§ 3, comma 1°) ed ottemperare a stringenti doveri informativi e di comunicazione (§ 2 – “*Berichtspflicht*”)¹¹. La violazione di queste prescrizioni comporta l’applicazione di elevate sanzioni pecuniarie (§ 4 – “*Bußgeldvorschriften*”).

In Italia – nel corso della XVII legislatura – si è tentato di normare il settore con alcuni disegni di legge¹². In particolare, il d.d.l. A.S. n. 2688/2017, recante “Disposizioni per prevenire la manipolazione dell’informazione *on line*, garantire la trasparenza sul *web* e incentivare l’alfabetizzazione mediatica” (cd. disegno di legge Gambaro) prevede l’introduzione nel codice penale dell’art. 656-*bis* (art. 1, comma 1°), avente ad oggetto una nuova fattispecie contravvenzionale (salvo che il fatto non costituisca un più grave reato) per chiunque pubblici o diffonda, attraverso piattaforme informatiche, “notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi”. L’art. 2 del disegno di legge si propone, poi, l’inserimento nel codice penale di due nuovi delitti riguardanti la “Diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme o fuorviare settori dell’opinione pubblica” (art. 265-*bis* c.p.) e la “Diffusione di campagne d’odio o volte a minare il processo democratico” (art. 265-*ter* c.p.), suscettibili di essere realizzati anche attraverso l’utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione *on line*. All’ipotesi in cui il fatto costituisca anche diffamazione è dedicato il comma 2° dell’art. 1 del disegno

¹¹ In particolare, a norma del § 2, comma 1°, i gestori dei *social network* destinatari della normativa in esame, i quali abbiano ricevuto più di cento segnalazioni per contenuti illeciti, sono obbligati a redigere una relazione semestrale da pubblicare sul *Bundesanzeiger* (Gazzetta ufficiale federale) e sulla propria *homepage*.

¹² Si tratta del c.d. d.d.l. Gambaro (A.S. 2688, presentato il 7 febbraio 2017) e del c.d. d.d.l. Zanda (A.S. 3001, presentato il 14 dicembre 2017), entrambi da più parti stigmatizzati perché ritenuti inammissibilmente repressivi della libertà di manifestazione del pensiero. Sui disegni di legge italiani, di recente P. GUERCIA, *Fake news e diritto penale fra tentativi di regolamentazione normativa, soluzioni controverse, ed allarmanti prefigurazioni di “autorità pubbliche” della verità*, in G. CASSANO e S. PREVITI, *op. cit.*, 885 ss.; M. CUNIBERTI, *Il contrasto alla disinformazione in rete tra logiche del mercato e (vecchie e nuove) velleità di controllo*, in *MediaLaws*, 2017, 1, 26 ss., specie 31 ss.; M. MONTI, *La proposta del ddl Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *Diritti comparati*, 7 dicembre 2017; I. SPADARO, *Contrasto alle fake news e tutela della democrazia*, in *dirittifondamentali.it*, 2019, 1; F. DE SIMONE, *Fake news, post truth, hate speech: nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2018, 1, 9 ss.

di legge, che estende alla fattispecie (ed anche nei confronti di soggetti che non esercitino la professione giornalistica) l'art. 12 della legge stampa (l. 8 febbraio 1948, n. 47) in materia di riparazione pecuniaria; e rende, inoltre, in questo caso, operante – data la pervasività della diffusione di contenuti sul *web* – l'aggravante di cui all'art. 595, comma 3°, c.p. In ogni caso, è contemplato l'obbligo di monitoraggio¹³ e di rimozione da parte dei gestori dei siti internet (art. 7).

Impronta parzialmente differente presenta il d.d.l. A.S. 3001 del 14 dicembre 2017, recante “Norme generali in materia di *social network* e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle *fake news*”, il quale ricalca l'impostazione della legge tedesca sia quanto alla tipologia delle condotte stigmatizzate, sia quanto alle misure proposte, consistenti nell'imposizione a carico dei fornitori del servizio di obblighi di gestione delle segnalazioni riguardanti contenuti illeciti, nonché di rimozione o blocco degli stessi (non solo su impulso degli utenti ma, in alcuni casi, anche del Pubblico Ministero). In particolare, i contenuti illeciti sono definiti attraverso il richiamo a norme penali, in molte delle quali il bene giuridico tutelato è di rilievo eminentemente pubblicistico: così – a seconda dei casi – l'ordine pubblico, la personalità o la sicurezza dello Stato (vengono menzionati alcuni delitti di cui ai capi primo e secondo del titolo I, libro II, del codice penale), la stabilità dell'ordine democratico (sono indicati reati con finalità terroristica e l'apologia del fascismo di cui all'art. 4, l. 20 giugno 1952, n. 645), o la fede pubblica (vi è la falsificazione di documenti informatici pubblici *ex art. 491-bis c.p.*). Tuttavia, sono evocati anche reati contro la persona come la diffamazione (art. 595 c.p.); la pornografia minorile (art. 600-ter c.p.); la minaccia (art. 612 c.p.); gli atti persecutori (art. 612-bis c.p.); ed anche il trattamento illecito di dati personali (art. 167, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196).

Questi interventi e la tecnica normativa dagli stessi adottata sono stati oggetto di aspre critiche. Si sono, infatti, messi in risalto i rischi connessi all'affidamento alle piattaforme del potere di controllo e di rimozione (una sorta di privatizzazione della censura) che caratterizza il modello tedesco ed i disegni di legge italiani, specie il d.d.l. A.S. 3001/2017¹⁴, soprattutto se

¹³ Per questo aspetto il disegno di legge è stato da alcuni considerato in contrasto con la normativa comunitaria e nazionale, che non prevede un vero e proprio obbligo di sorveglianza a carico degli *hosting*. Cfr. C. MAGNANI, *Libertà di informazione*, cit., 3 ss.; F. DONATI, *Fake news e libertà di informazione*, in *MediaLaws*, 2018, 2.

¹⁴ Sul punto, con riguardo alla normativa tedesca, M. LIESCHING, *Die Durchsetzung von Verfassungs und Europarecht gegen das NetzDG – Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte*, in *MultiMedia und Recht*, 2018, 1, 27 ss. e, per la dottrina

accompagnato da regimi sanzionatori sufficientemente severi da indurre i gestori dei servizi a posizioni di aprioristica rigidità. Non minori perplessità ha suscitato la vocazione penale del disegno di legge italiano A.S. n. 2688/2017¹⁵. Di quest'ultimo si è stigmatizzata la vaghezza nelle espressioni usate, ritenuta in contrasto con il principio di determinatezza e tassatività della fattispecie penale¹⁶. Allo stesso tempo se ne è posta in dubbio la compatibilità con i principi costituzionali in materia di libertà di espressione, nella misura in cui ci si spinge sino alla repressione penale del falso in sé senza che sia ulteriormente richiesta la dannosità o la pericolosità della condotta. Si è osservato, infatti, che nel nostro ordinamento, se pure – come sostenuto in dottrina – l'art. 21 Cost. non copre la propalazione consapevole di notizie false¹⁷, la mera diffusione di esse non è di per sé illecita¹⁸: la notizia falsa, ove non sia preordinata o idonea a provocare un danno ingiusto o un ingiusto svantaggio (e dunque non sia diretta a danneggiare o effettivamente danneggi interessi giuridicamente protetti del singolo o della collettività), non genera né responsabilità civile né responsabilità penale (ma al più deontologica ove si tratti di attività giornalistica), ricadendo così nel giuridicamente indifferente¹⁹.

Nemmeno la *loi* n. 2018-1202 (benché meno “invasiva”, e maggiormente circoscritta quanto al suo campo di applicazione) è stata risparmiata da innumerevoli dissensi, sollevandosi da più parti riserve sia in ordine al rispetto delle libertà fondamentali, sia intorno alla sua stessa utilità, posto che, nell'ordinamento francese, esistono altri testi normativi che sanzionano la volontaria diffusione di notizie false in grado di turbare l'ordine pubblico o di alterare gli esiti di competizioni politiche²⁰. Su questi aspetti si è espresso il *Conseil Constitutionnel* con la decisione n. 2018-773 DC, del 20

italiana, M. BASSINI e G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, 2017, 1.

¹⁵ La repressione penale delle *fake news* evoca omologhe scelte operate – nella stessa materia – da leggi vigenti o da proposte di legge in diversi Paesi del sud est asiatico (così la legge approvata – e quasi subito abrogata – in Malaysia il 2 aprile 2018; il disegno di legge presentato dal Governo filippino nel giugno 2017 e quello presentato in India nell'aprile 2018. Sul punto E. LEHNER, *op. loc. cit.*

¹⁶ E. LEHNER, *op. loc. cit.*; M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 31.

¹⁷ C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 36 s. V. anche A. PACE, *Commento sub art. 21 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna – Roma, 2006, 89 ss.

¹⁸ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 229 ss.

¹⁹ M. CUNIBERTI, *op. cit.*, 30.

²⁰ La *loi* 29 luglio 1881 sulla libertà di stampa include, nei suoi titoli IV e V, disposizioni di simile tenore, rese applicabili ai servizi di comunicazione *on line* dall'art. 6, l. n. 2004-575 del 21 giugno 2004.

dicembre 2018²¹. Premesso che, a norma dell'art. 34 della Costituzione francese, il legislatore può emanare norme concernenti l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero destinate alla cessazione degli abusi; e premesso, altresì, da un canto che la libertà di espressione è una "*condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés*", ma dall'altro che i servizi di comunicazione *on line* si prestano più facilmente a manipolazioni massicce e coordinate, il *Conseil Constitutionnel* ha ritenuto il provvedimento nel complesso equilibrato nel bilanciare le contrapposte esigenze costituzionali e proporzionato rispetto all'obiettivo perseguito. Tanto fra l'altro considerato che i rimedi ivi previsti non concernono opinioni, bensì le affermazioni di cui è possibile dimostrare la falsità in modo oggettivo. Una analoga distinzione è stata operata anche dal *Conseil d'État* nel parere consultivo reso sull'allora proposta di legge. Esso – anche sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – ha sottolineato la necessità di discernere fra formulazione di giudizi (la cui compressione viola la libertà di opinione) e la narrazione di fatti, la cui falsità è oggettivamente verificabile, così ritenendo che "*dans la mesure où cette notion ne vise toutefois que les informations dépourvues de tout élément de fait contrôlable de nature à les rendre vraisemblables, et qu'elle n'a ni pour objet, ni pour effet, d'attirer dans la catégorie juridique des fausses informations l'expression d'opinions, la prise en compte des fausses informations déjà divulguées n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'État*"²².

2. – Il problema della diffusione di notizie false – sovente anche diffamatorie o denigratorie – nel quadro della mutata e disomogenea mappa delle fonti informative, in una con le moltiplicate opportunità di amplificazione e strumentalizzazione offerte dai nuovi *media* e dalle tecniche di elaborazione dei *big data* (che possono avvalersi di algoritmi e di sofisticati sistemi di intelligenza artificiale)²³ apre complessi scenari ed offre allo sguardo del giurista un dedalo di direttrici di indagine.

²¹ Il documento è consultabile alla pagina internet <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018773DC.htm>

²² *Conseil d'État, Avis Consultatif* 4 mai 2018, "*sur les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations*", consultabile alla pagina internet <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/lutte-contre-les-fausses-informations>, il quale richiama la decisione CEDU, 27 maggio 2001, Jerusalem c/Austria, n. 26958/98.

²³ Cfr. G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino, 2016, specie 98 ss.; P. COSTA, *Motori di ricerca e social media: i nuovi filtri nell'ecosistema dell'informazione online e il potere occulto degli algoritmi*, in G. AVANZINI e G. MATUCCI (a cura di), *L'informazione e le sue regole. Libertà, pluralismo e trasparenza*, Napoli, 2016, 257 ss. Più in generale, S. RODOTÀ, *Il mondo nella rete: quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, 33 ss.; F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e*

Certamente vengono mostrati sotto nuova luce problemi antichi involgenti primarie libertà costituzionali²⁴: la libertà di manifestazione del pensiero, che va qui riguardata nella sua dimensione *on line* e nella comunicazione *peer-to-peer*; più specificamente la libertà d'informazione nei suoi risvolti attivi, passivi e riflessivi, che mostrano in questo ambito peculiare conformazione; inoltre il tema dell'esistenza, a livello individuale e collettivo, di un diritto alla verità e del suo eventuale atteggiarsi²⁵.

Dall'angolo visuale del civilista la questione si declina in termini non trascurabilmente diversi rispetto a quelli più innanzi prospettati.

Anzitutto, la natura dei rimedi civilistici (che consentono di responsabilizzare anche quando non è consentito inibire) non pone davanti al bivio fra ἀλήθεια e δόξα, vale a dire fra esposizione di fatti (suscettibili di valutazione in termini di vero-falso) e mere opinioni (la cui compulsione evoca misure censorie in contrasto con la libertà costituzionale di espressione), poiché l'opinione esternata in modo diffamatorio o denigratorio, impingendo in modo antiggiuridico nell'altrui diritto all'onore ed alla reputazione, è in grado di generare un obbligo risarcitorio, che – anzi – appare geometricamente amplificato nel *quantum* – sulla base dei criteri elaborati da consolidata giurisprudenza in materia di danno da *mass media* – a motivo della enorme diffusione consentita da internet.

Oltre a ciò, mentre entro la cornice della tutela della corretta informazione da possibili abusi e nella delicata ottica della rimozione e del blocco si tende a (o si suggerisce di) limitare l'intervento normativo alla notizia falsa, con intenti ingannatori o manipolatori su larga scala ed a detrimento di interessi soprattutto pubblicistici (ma diversamente è nella legislazione tedesca, v. *supra* § 1); per converso nella riflessione civilistica

regolazione, Milano, 2018; F. LAGIOLA e G. SARTOR, *Profilazione e decisione algoritmica: dal mercato alla sfera pubblica*, in *federalismi.it*, 24 aprile 2020. Per una ricognizione anche storica in materia di A.I., M. FASAN, *Intelligenza artificiale e pluralismo: uso delle tecniche di profilazione nello spazio pubblico democratico*, in *BioLaw Journal–Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 101 ss.

²⁴ Circa l'impatto di internet sulle libertà costituzionali, per tutti T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti di libertà in Internet*, Milano, 2017; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di internet*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017; e in *MediaLaws*, 2018, 1; ID., *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contrasto valoriale: una indagine transatlantica*, in *MediaLaws*, 2018, 2; M. CUNIBERTI, *Tecnologie digitali e libertà politiche*, in *Dir. inf.*, 2015, 275 ss.; G. DE MINICO, *Antiche libertà e nuova frontiera digitale*, Torino, 2016; F. MARCELLI, P. MARSOCCI, M. PIETRANGELO (a cura di), *La rete Internet come spazio di partecipazione politica. Una prospettiva giuridica*, Napoli, 2015.

²⁵ Si rimanda alla lucida indagine di S. RODOTÀ, *Il diritto ad avere diritti*, Bari, 2012, specie 211 ss.

intorno alla responsabilità vi è spazio per valorizzare le complesse sfaccettature della vicenda comunicazionale, traslando poi ogni conseguente valutazione sul piano tecnico-giuridico, con ogni opportuna modulazione della responsabilità medesima e dei conseguenti obblighi risarcitori. In simile modo è dato cogliere le differenti possibili accezioni dell'idea di verità (e, quindi, di falsità)²⁶, la quale – come insegnano le tante speculazioni filosofiche che hanno attraversato i secoli, dall'antichità ad oggi – può essere riguardata non solo come pura e semplice conformità alla realtà oggettiva, ma anche nella sua intima connessione con il linguaggio²⁷, esprimendosi nel complesso rapporto di corrispondenza fra enunciati e fatti extralinguistici che ne sono oggetto. In altre parole, vi è un'ampia area occupata dalla sfera logico-verbale di chi comunica e di chi riceve la comunicazione, laddove si può produrre più di una sfasatura fra realtà oggettiva, pensiero e parola – comunicata ma anche percepita – che è condizionata da stati soggettivi, dall'ambiente culturale e sociale, o dal livello delle conoscenze personali, non solo di chi comunica ma anche di chi riceve la comunicazione.

In un contesto come la rete, in cui non si frappongono filtri rispetto a chi “crea” l'informazione, né è sempre offerta garanzia di affidamento della fonte, e dove la natura partecipativa può, in alcuni casi, rendere il “passaparola” uno strumento di “informazione” e di conoscenza²⁸, vi è allora da interrogarsi non solo sulla responsabilità di chi diffonde (dolosamente o colposamente) una notizia falsa, ma anche sul contributo di chi la recepisce e ne venga condizionato sì da riceverne pregiudizio (penso ad esempio al terzo in rapporti di affari con il diffamato, il quale, credendo nella falsa informazione, venga leso nella sua libertà contrattuale). Si tratta,

²⁶ La difficile distinzione fra ciò che è vero e ciò che è falso, e l'articolato concetto di falsità, il quale dipende dall'atteggiamento di chi parla e di chi ascolta, dovendosi discernere fra menzogna (volontà di dire il falso senza specifiche finalità), inganno (volontà di dire il falso con l'intento di indurre in errore), finzione (dove viene manifestata o dichiarata la volontà di dire il falso, quindi è priva della volontà di produrre una errata convinzione), ed errore, è nitidamente illustrata da M. CAVINO, *Il triceratopo di Spielberg*, cit., 32 ss., che richiama a sua volta E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e diritto profano*, Milano, 2004, 33 ss. Sulla incerta linea di confine fra vero e falso nelle riflessioni del costituzionalismo italiano intorno al contenuto della libertà di manifestazione del pensiero, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, cit., 20 ss.; V. CRISAFULLI, *Problematica della “libertà d'informazione”*, in *Il politico*, 1964, 285 ss.

²⁷ Paradigmatica del multidisciplinare interesse al problema dei rapporti fra significato e significante è l'opera platonica *Cratilo*, dialogo nel quale è trattato il tema del linguaggio (E.V. MALTESE, *Platone. Tutte le opere. Con un saggio di Francesco Adorno*, Roma, 2005).

²⁸ Per tutti, A. RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Torino, 2018, 99 ss. e 226 ss.

in questo secondo caso, di tracciare una (difficile) linea di demarcazione fra autoresponsabilità e affidamento incolpevole. Di una siffatta indagine si dovranno apprezzare le ricadute sul piano dell'*an* e del *quantum* di eventuali obblighi risarcitori, da escludere ove si tratti di pregiudizi evitabili mediante l'ordinaria diligenza, oppure da limitare (avendo riguardo alla "gravità della colpa" ed alla "entità delle conseguenze che ne sono derivate") in ragione dell'affidamento incauto che avesse concorso a cagionare il danno, mercé i criteri indicati dall'art. 1227 c.c. (richiamato, in materia aquiliana, dall'art. 2056 c.c.).

In effetti il quadro sinora brevemente tracciato suggerisce di spostare l'attenzione su soggetti e posizioni giuridiche apparentemente a margine della vicenda comunicazionale, ma che la particolarità qualitativa e quantitativa delle dinamiche di diffusione delle informazioni, unitamente alla conformazione dell'attuale realtà economica, rende maggiormente o *ex novo* esposti a danno ingiusto; così da confrontarsi con nuovi possibili eventi di danno e con un fascio di emergenti interessi che (come avviene ad ogni significativo mutamento della realtà economica, sociale, ed anche familiare) l'interprete è chiamato a selezionare attraverso il vaglio di meritevolezza.

A fronte della diffusione di notizie false, diffamatorie o denigratorie, ci si concentra di solito sulla posizione di colui che ne è oggetto, scandagliando i plurimi aspetti ed i presupposti dell'illecito (civile o penale) che lo attinge, i danni conseguenti ed i criteri di sua liquidazione²⁹. Per converso, le connotazioni attuali della comunicazione in rete ed i fenomeni (come quello che va sotto il nome di *fake news*) che, avvalendosi della stessa, sono di recente emersi o si sono amplificati, inducono a spostare il baricentro dell'indagine sui terzi. Laddove per "terzi" si possono intendere, non solo i destinatari della notizia che non sono oggetto della stessa (ed in questo caso, ove le *fake news* abbiano influenzato loro processi decisionali individuali espressione anche di diritti costituzionalmente garantiti come i diritti politici o il diritto alla salute, c'è da domandarsi se ed in che misura il loro diritto all'autodeterminazione sia tutelabile come prerogativa suscettibile di per sé di risarcimento, similmente a quanto avviene ad esempio per il difetto di informazione medica), bensì anche i soggetti che, a vario titolo e con diverso ruolo, intrattengono rapporti (di affari o contrattuali) o hanno legami (familiari o affettivi) che risultino pregiudicati dalla falsa comunicazione,

²⁹ In materia, di recente R. NOCERA, *La diffamazione. Le nuove tecnologie*, in *Responsabilità civile*, diretto da P. CENDON, Torino, 2020, III, 3493 ss.; F. SANZARI e G. PROIA, *La lesione della reputazione in internet*, in G. CASSANO e S. PREVITI (a cura di), *Il diritto di internet nell'era digitale*, cit., 517 ss.; ed inoltre F. BUFFA, *La diffamazione on line*, in *Tratt. breve nuovi danni*, diretto da P. CENDON, Padova, 2014, III, 557 ss.; T. PROCACCIANTI, *Onore, diffamazione (reputazione)*, ivi, I, *Persone, famiglia, medicina*, 473 ss.

oppure le persone sulle quali (in virtù del rapporto parentale) si riverberi l'effetto del detrimento dell'altrui reputazione.

Proprio a quest'ultimo riguardo ci si può chiedere *se e come* l'illecito che attinga la sfera reputazionale di un soggetto sia in grado di propagarsi all'interno del consorzio familiare cui appartiene, e conseguentemente interrogarsi sulla risarcibilità di possibili danni che dall'illecito da comunicazione derivino a chi è legato alla vittima da rapporti familiari o affettivi, sui quali l'illecito stesso interferisca. Ciò tenuto conto, da un canto della pervasività dei mezzi comunicativi a disposizione, dall'altro – e parallelamente – del rovesciamento di prospettiva in ambito giusfamiliare, dove si assiste al rapido passaggio, su più versanti e con diversi effetti, dalla tutela della famiglia nella sua funzione spiccatamente sociale (quale storicamente assegnatagli) alla tutela della famiglia come centro di affetti e con la valorizzazione degli interessi dei suoi componenti *uti singuli* (con emersione della tutela prioritaria dell'individuo rispetto a quella dell'istituzione)³⁰; e dove i diritti della famiglia di cui all'art. 29 Cost. si affermano presidiati, non solo nella loro dimensione interna – come estrinsecazione della persona entro quel nucleo – ma anche, in senso più ampio, nella loro proiezione esterna, siccome “modalità di realizzazione della vita dell'individuo alla stregua dei valori e dei sentimenti che il rapporto personale ispira”³¹.

In questo modo, e tenendo a mente il prisma degli eterogenei interessi che possono convergere nella famiglia, il danno alla reputazione di un membro del consorzio familiare – specie ove l'illecito sia perpetrato con modalità particolarmente diffusive o presenti elevata gravità – potrebbe, qualora abbia prodotto intensa sofferenza morale o danno psichico, andare a detrimento del normale svolgimento del rapporto affettivo o parentale, oppure causare sofferenza morale nel prossimo congiunto; esso potrebbe, poi, riverberarsi sulla reputazione del familiare per il fatto di appartenere al medesimo nucleo; inoltre, la lesione della reputazione dell'imprenditore

³⁰ Su questa evoluzione, che si esprime in più di un segmento del diritto di famiglia, M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in G. CONTE e S. LANDINI (a cura di), *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Universitas Studiorum, 2017, 139 ss.; ID., *Privato e pubblico nei progetti di legge in materia familiare*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, 811 ss.; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO (a cura di), *Tratt. dir. fam.*, diretto da P. ZATTI, I.1, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2011, 22 ss.; V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1043 e 1287; ID., “Famiglia” e “famiglie” in Europa, *ivi*, 7 ss. V. anche P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale*, Milano, 2011; N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.

³¹ Cass. pen., 22 ottobre 2007, n. 38952, in *Dir. e giust. online*, 2007.

partecipe di un'impresa familiare potrebbe generare (non solo un danno patrimoniale a lui ed all'impresa, ma anche) una compromissione della reputazione della famiglia imprenditoriale, sia come autonomo *asset* del *family business*, sia quale valore riferibile ai membri del gruppo familiare³².

3. – Così inquadrata la questione, il profilo che si intende approfondire è se i terzi che hanno rapporti familiari, di parentela o affettivi con la vittima diretta dell'offesa alla reputazione possano subire a loro volta, quale riflesso dell'illecito patito da questa, pregiudizi qualificabili come ingiusti così da trovare ristoro, e per quale via. Tanto alla luce delle caratteristiche attuali della comunicazione in rete.

Il problema si riconduce a quello, più generale, della propagazione intersoggettiva delle conseguenze dell'illecito, definite come danno "riflesso" o di "rimbalzo". Si tratta di una figura nota alla dottrina ed alla giurisprudenza, la quale ultima ne ha fatto applicazione soprattutto in caso di risarcimento *iure proprio* dei danni derivanti dalla procurata morte del congiunto o dalla lesione non mortale a questi inferta, e consistenti nelle sofferenze morali, nello sconvolgimento di vita e nella lesione della relazione parentale, nonché nella pretermissione di diritti anche di contenuto patrimoniale nascenti dal matrimonio (o dalla convivenza *more uxorio*³³) oppure dal rapporto di filiazione. Le fattispecie concrete in cui tale tipo di danno viene riconosciuto sono molteplici: *malpractice* medica, sinistri stradali, violazione della libertà sessuale³⁴, infortuni sul lavoro³⁵. Questo modello è stato, di fatto, applicato anche nell'ipotesi – opposta – di illegittimo ritardo nell'interruzione di trattamenti medici volti a mantenere in vita il congiunto in contrasto con l'accertata volontà di lui: al familiare è stato riconosciuto non solo il danno *iure hereditatis* per la compromissione del diritto all'autodeterminazione terapeutica del congiunto; ma anche quello *iure proprio*, il quale (per la verità con un salto logico che non appare

³² Una indagine su dinamiche societarie e realtà familiari è di recente condotta da L. BALESTRA, *Business e sentimenti*, Bologna, 2020.

³³ Da ultimo, sul risarcimento del danno al convivente *more uxorio*, Cass., 29 maggio 2019, n. 14746, in *Giust. civ. Mass.*, 2019. In tema A. GARIBOTTI, *Criteri di quantificazione atipici del danno patrimoniale del convivente more uxorio*, in *Danno e resp.*, 2015, 998 ss.

³⁴ Cfr. Cass., 22 ottobre 2007, n. 38952, *cit.*

³⁵ In materia di infortuni sul lavoro, sia pure in ipotesi di perdita definitiva del rapporto parentale, Cass., 17 gennaio 2018, n. 907, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 13 giugno 2017, n. 14655, *ivi*, 2017; Cass., 21 ottobre 2005, n. 20355, *ivi*, 2005, 10, dove si distingue fra la domanda di risarcimento proposta *iure hereditatis* dai congiunti del lavoratore deceduto, anche per far valere la responsabilità contrattuale del datore di lavoro, e quella proposta *iure proprio* quali portatori di un autonomo diritto al risarcimento *ex art.* 2043 c.c.

compiutamente argomentato nelle relative pronunce giurisprudenziali) è stato individuato nella “lesione delle relazioni familiari e del rapporto parentale”, ancorché controintuitivamente riconducibile al mantenimento – sia pure in condizioni non volute – e non alla recisione, di tali relazioni³⁶.

Elaborata sulla scorta della giurisprudenza francese in materia di *préjudice par ricochet* – il quale coinvolge i *proches* della vittima e consiste nel pregiudizio inferto a soggetti diversi da questa ma in significativo rapporto con lei (*préjudice d'affection*)³⁷ – la figura del danno ai congiunti è stata

³⁶ Si tratta di pronunce inerenti alla nota vicenda di Eluana Englaro, mediante le quali è stata riconosciuta la responsabilità della Regione Lombardia per avere frapposto – con proprio atto dirigenziale – illegittimo impedimento all’esecuzione dell’autorizzazione rilasciata dalla Corte di appello di Milano all’interruzione del trattamento di alimentazione e idratazione artificiale della giovane donna, in stato vegetativo permanente da numerosi anni (l’interruzione del trattamento sanitario veniva successivamente eseguita presso istituto di cura collocato fuori dalla Regione Lombardia): Cons. Stato, 21 giugno 2017, n. 3058, in *Resp.*, 1661, con nota di A. BERTI SUMAN, *La responsabilità della P.A. per danno derivante da lesione del diritto all’autodeterminazione terapeutica nel caso “Englaro”*; e T.A.R. Milano (Lombardia), 6 aprile 2016, n. 650, in *Giur. cost.*, 2016, 1180, con nota di F. GRANDI, *Questioni di coscienza del pubblico potere: risvolti costituzionali dell’infedeltà/inosservanza dell’amministrazione*. Quanto al danno non patrimoniale a titolo ereditario richiesto dal padre, si afferma in quest’ultima decisione che il comportamento della P.A. era stato tale da violare il diritto fondamentale della paziente all’autodeterminazione in ordine alla libertà di scelta di non ricevere cure; il risarcimento del danno *iure proprio* viene, invece, riconosciuto “a titolo di lesione alle relazioni familiari ed al rapporto parentale” sul presupposto che “la vita familiare, già sconvolta da fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, è stata ulteriormente turbata dall’ostruzionismo della Regione ... si è impedito quindi al ricorrente di dare seguito alla volontà della figlia di non continuare a vivere in quello stato di incoscienza permanente, essendo stata accertata ... l’incompatibilità di uno stato vegetativo con lo stile di vita e i convincenti profondi riferibili alla persona, correlati ai fondamentali diritti di autodeterminazione e di rifiutare le cure (artt. 2, 13 e 32 Cost.)”. A commento, C. CASTRONOVO, *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 313 ss. Nel paradigma dei danni riflessi rientra, altresì, benché in materia di pregiudizi patrimoniali, la lesione del diritto di credito ad opera del terzo estraneo al rapporto obbligatorio, categoria ampia la quale – a partire dal suo esordio inaugurato dalla nota sentenza delle Sezioni Unite sul cd. caso Meroni (Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, con nota di G. VISINTINI, *In margine al “caso Meroni”*), ed a seguito di un costante ampliamento della fattispecie – raccoglie plurime ipotesi, alcune con interferenza diretta del terzo sul rapporto negoziale, altre in cui la pretermissione di quest’ultimo si produce quale riverbero della lesione di un differente diritto afferente ad uno dei contraenti.

³⁷ V. Cass. crim., 24 février 1970, in *Sem. jur.*, 1970, II, *Jur.*, 16456; App. Paris, 9 juillet 1975, in *Gaz. Pal.*, 1976, I, *Somm.*, 58. Per una disamina ed ulteriori riferimenti, G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 2005, 499 ss.

oggetto, nel nostro ordinamento, di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, e si è a pieno titolo iscritta nelle tormentate vicende del risarcimento del danno alla persona³⁸.

Mentre sin dagli anni '50 del secolo scorso – ma in realtà ancor prima, nell'Italia pre-repubblicana³⁹ – si ammetteva che, in caso di evento letale, l'uccisione di una persona fondi una responsabilità anche verso “il gruppo familiare”⁴⁰; per converso gli orientamenti tradizionali, dottrinali e giurisprudenziali, sono stati a lungo refrattari alla risarcibilità *iure proprio* del danno non patrimoniale riflesso che non si traduca nella morte della vittima primaria. In questo modo, era orientamento pressoché pacifico della Suprema Corte quello volto a negare il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali ai prossimi congiunti dell'offeso dal reato di lesioni personali anche gravissime, ed ancorché minore di età; diritto che veniva riconosciuto se l'evento si era rivelato letale⁴¹.

Nel quadro di un assetto della responsabilità civile profondamente diverso da quello odierno, pervaso com'era e fortemente condizionato dalla lettura restrittiva dell'art. 2059 c.c., interveniva anche una criticatissima sentenza della Corte costituzionale, che affermava l'estraneità all'art. 2043 c.c. del risarcimento *iure proprio* ai congiunti dei danni non patrimoniali da morte, assumendo – sulla scorta di un concetto invero arcaico di colpa⁴² – la mancanza del criterio soggettivo di imputazione “per difetto di concreta

³⁸ In materia di danno ai congiunti, di recente, sin da ora E. SERLENGA, *I reati contro la persona: le lesioni e la morte del familiare*, in *Responsabilità civile*, diretto da P. CENDON, cit., III, 3415 ss. Inoltre, M. DRAGONE, *La grave invalidazione del congiunto: generalità*, in *Tratt. nuovi danni*, diretto da P. CENDON, Padova, 2011, III, 152 ss.; D. CHINDEMI, *Il danno parentale: definizione, natura e criteri risarcitori*, in *Resp.*, 2011, 2235 ss.; M.R. MOTTOLA, *Il risarcimento del danno da reato contro la famiglia*, Milano, 2015; ID., *Reati esofamiliari, uno sguardo d'insieme*, in *Fam. resp. civ.*, 2014, 475 ss.

³⁹ Per riferimenti, M. BONA, *Il danno non patrimoniale dei congiunti: edonistico, esistenziale, da lesione del rapporto parentale, alla serenità familiare, alla vita di relazione, biologico, psichico o morale “costituzionalizzato”?*, in *Giur. it.*, 2002, V, 953 ss.

⁴⁰ R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'articolo 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, c. 1420.

⁴¹ Cass., 23 febbraio 2000, n. 2037, in *Danno e resp.*, 2000, 1203, con nota di A. FABRIZIO-SALVATORE e A. PALMIERI, *Suicidio dell'infortunato: imputazione dell'evento letale e selezione dei danni risarcibili*; Cass. 11 febbraio 1998, n. 1421, in *Ragiusan*, 1998, 7-8, 182; Cass., 17 novembre 1997, n. 11396, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 2196. Diversamente Cass. pen., 2 novembre 1983, n. 9113, in *Cass. pen.*, 1985, 97, che riconosceva il risarcimento ai prossimi congiunti in un caso di postumi invalidanti tali da ridurre la vittima allo stato di vita vegetativa, tuttavia sull'assunto che simile caso può assimilarsi alla morte con pregiudizio non patrimoniale ricadente in modo diretto ed immediato anche sui familiari.

⁴² U. RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, IV, 3, 54 ss.

prevedibilità", di talché "non di responsabilità inquadrata nell'art. 2043 si tratterebbe, ma di responsabilità oggettiva per pura causalità"⁴³.

I ragionamenti proposti in quella sentenza non attecchivano nella giurisprudenza di legittimità, che fondava, piuttosto, l'atteggiamento di chiusura sul principio di cui all'art. 1223 c.c. (invocabile in materia di illecito aquiliano in ragione del richiamo contenuto nell'art. 2056 c.c.), il quale accorda il risarcimento dei danni conseguenza immediata e diretta del fatto, mentre si sosteneva che – nella fattispecie in esame – la lesione è diretta per la vittima primaria ma attinge in via solo mediata i suoi congiunti. Un ulteriore ostacolo era rappresentato dai tradizionali confini – solo successivamente superati⁴⁴ – entro cui veniva relegato l'art. 2059 c.c., il quale, poiché ritenuto strettamente connesso ai danni da reato di cui all'art. 185 c.p., induceva a ravvisarne sottesa una funzione preventiva e repressiva, e così a privilegiare un'opzione interpretativa ed applicativa anche per tale motivo più angusta, sostanzialmente volta a circoscrivere l'operatività degli artt. 185 c.p. e 2059 c.c. alle persone offese dal reato⁴⁵. Questo indirizzo era

⁴³ Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, in *Giust. civ.*, 1994, I, 3029 ss., con nota di F.D. BUSNELLI, *Tre "punti esclamativi", tre "punti interrogativi", un "punto a capo"*; in *Resp. civ.*, 1994, 976 ss., con note di G. SCALFI, *L'uomo, la morte e la famiglia*; E. NAVARRETTA, *Dall'esperienza del danno biologico da morte all'impianto dogmatico sul danno alla persona: il giudizio della Corte costituzionale*; G. GIANNINI, *La vittoria di Pirrone*; e in *Foro it.*, 1994, I, c. 3297 ss., con nota di G. PONZANELLI, *La Corte costituzionale e il danno da morte*.

⁴⁴ Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201, con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona "in fieri"*; Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Resp.*, 2003, 675, con note di P. CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass., 8828/2003*; E. BARGELLI, *Danno patrimoniale ed interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059*; P. ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*; in *Danno e resp.*, 2003, 816, con note di F.D. BUSNELLI, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona*; G. PONZANELLI, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della Corte di Cassazione*; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'art. 2059 c.c. va in paradiso*, che ridefinisce i presupposti del risarcimento del danno non patrimoniale secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nella norma ogni pregiudizio non patrimoniale derivante dalla lesione di valori della persona di rango costituzionale. Questa lettura è stata successivamente condivisa e completata da Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Resp.*, 2009, 38, con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*.

⁴⁵ Per questo rilievo, Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 694, con nota di C. FAVILLI, *La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle sezioni unite*; e in *Giur. it.*, 2003, 7, 1359, con nota

infine ispirato anche da ragioni di politica del diritto, coincidenti con l'esigenza, da più parti avvertita, di non estendere eccessivamente l'area del danno risarcibile e di evitare effetti a "cascata", oltre a duplicazione di voci risarcitorie.

La posizione tradizionale è stata, nel tempo e non senza oscillazioni e battute d'arresto, dapprima intaccata attraverso sporadiche pronunce innovative, che – a partire dagli anni ottanta del secolo scorso – aprivano crepe nella descritta impostazione restrittiva; dipoi mediante un *climax* di ulteriori successive decisioni⁴⁶, le quali – sviluppando argomenti di ampio respiro – davano luogo ad un aperto contrasto giurisprudenziale, infine composto dalla Cassazione a Sezioni Unite⁴⁷. Quest'ultima, seguita da ulteriori decisioni di indubbio rilievo, portava a compimento questo *trend* evolutivo, affermando il principio in virtù del quale ai prossimi congiunti spetta *iure proprio* il diritto al risarcimento del danno avuto riguardo al rapporto familiare.

Grimaldello prima e chiave di volta poi per questo cambiamento di prospettiva è stato soprattutto un diverso inquadramento della questione entro la cornice del problema inerente al nesso causale volto all'individuazione dei pregiudizi risarcibili. Premettendosi la distinzione fra causalità in fatto (disciplinata dagli artt. 40 e 41 c.p.) e (a fronte di un fatto dannoso completamente definito) il successivo differente momento della selezione dei danni risarcibili cui fa riferimento l'art. 1223 c.c., si precisa, da un canto che non si delineano eziologie diverse fra il caso della morte e quello di lesioni; dall'altro che il danno può essere anche mediato ed indiretto purché costituisca un effetto normale, secondo il principio della regolarità causale⁴⁸. Quelle decisioni, però, andavano oltre, osservando che il medesimo contegno lesivo attinge i congiunti alla stregua di vittime ulteriori parimenti lese in via diretta ancorché in un differente interesse di natura personale: l'illecito, in altre parole, è plurioffensivo, poiché la lesione è contestuale ed immediata per tutti i soggetti titolari dei diversi interessi

di A. ORTOLANI, *Il danno morale riflesso in caso di lesioni: una pronuncia delle Sezioni Unite*.

⁴⁶ Cass., 23 aprile 1998, n. 4186, in *Assic.*, 1998, II, 116. Cfr. anche Cass., 2 febbraio 2001, n. 1516, in *Resp.*, 2001, 881, con nota di C. FAVILLI, *Le conseguenze "non" riflesse della lesione subita dal coniuge e la costituzionalizzazione del danno morale*. Per un ampio e ragionato *excursus* delle pronunce giurisprudenziali che si sono susseguite nel corso degli anni, si rimanda a M. BONA, *Il danno non patrimoniale dei congiunti*, *cit.*, 953 ss.

⁴⁷ Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, *cit.*

⁴⁸ Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, *cit.* Cfr. però anche Cass., 23 aprile 1998, n. 4186, *cit.* Sul tema v. più ampiamente *infra*, § 4, nonché L. LA BATTAGLIA, *Danno da perdita del congiunto: nessi di causalità e pregiudizi non patrimoniali risarcibili*, in *Fam. e dir.*, 2016, 456 ss.

incisi; ed in questo senso appare improprio (o comunque riveste valenza descrittiva) discorrere di “vittime secondarie” e di “danno riflesso” o “di rimbalzo”⁴⁹.

Quanto all’ingiustizia del danno, essa si appunta nella pretermissione del rapporto familiare⁵⁰, spettando al giudice stabilire – mediante idoneo procedimento valutativo – se esiste un legame tale da qualificare come ingiusto anche per il congiunto, e con riferimento alle specificità del caso concreto, il danno causato alla vittima primaria⁵¹. In effetti, anche la giurisprudenza si è orientata in questa direzione. Mentre alcune decisioni, soprattutto più antiche, non approfondivano il profilo della antigiuridicità (talora anche in quanto la presenza di un reato faceva assumere la confluenza dell’ingiustizia nel disvalore penale del fatto); altre, invece, individuano l’interesse protetto nell’intangibilità della sfera degli affetti e nella solidarietà familiare, nonché nella esplicazione delle attività della persona in seno alla famiglia, la cui tutela è riconducibile agli artt. 2, 29 e 30 Cost.⁵² Tuttavia, in merito all’individuazione del criterio selettivo per il riconoscimento del risarcimento del danno ai congiunti, si rende necessario un “doppio livello di ingiustizia”⁵³, relativo sia alla vittima primaria sia a quella di riflesso: quanto alla seconda, essa deve risultare titolare di un interesse protetto dall’ordinamento; in ordine alla prima, invece, occorre procedere alla valutazione dell’evento lesivo che l’ha coinvolta, il quale deve risultare tale da propagare i suoi effetti anche sulla vittima di ribalzo.

A quest’ultimo proposito, gli orientamenti meno recenti apparivano piuttosto restrittivi, richiedendo, quale *condicio sine qua non*, l’esistenza di lesioni biologiche della vittima primaria, addirittura seriamente invalidanti la sua integrità psicofisica (le sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite del novembre 2008 parlano di “procurata grave invalidità del congiunto”⁵⁴). Nondimeno, la giurisprudenza successiva, sia pure rimanendo aderente al principio della necessaria serietà del pregiudizio, diveniva, nel tempo, via

⁴⁹ Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, *cit.* L’orientamento delle Sezioni Unite civili è stato successivamente ribadito fra l’altro da Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, *cit.*, nonché dalla giurisprudenza successiva (di recente Cass., 8 aprile 2020, n. 7748, in *Foro it.*, 2020, 9, I, c. 2714).

⁵⁰ Ivi compreso – deve ritenersi – quello derivante dalle unioni civili, oltre che dalla convivenza, di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76. In questo senso C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 2009, 92.

⁵¹ C. SALVI, *op. cit.*, 91 ss.

⁵² Cass. pen., 22 ottobre 2007, n. 38952, *cit.* Allo stesso modo, Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, *cit.*; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, *cit.*; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20324, in *Resp.*, 2006, 260.

⁵³ Ricorre a questa espressione F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, III, *Obbligazioni e responsabilità*, Milano, 2007, 190.

⁵⁴ Cass., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, *cit.*

via meno intransigente, stemperando la sua impostazione marcatamente biologicocentrica (cosicché si è parlato – con un evidente decrescendo – non più di lesioni invalidanti ma di “gravi lesioni personali”⁵⁵, ed infine di lesioni “non lievi”⁵⁶, in capo alla vittima primaria), sì da finire per ammettere in alcuni casi l’estensione della risarcibilità del danno non patrimoniale riflesso anche al di là delle ipotesi di lesioni fisiche della vittima primaria, e segnatamente anche per le sofferenze psichiche e morali (sia pure di particolare gravità) patite da quest’ultima⁵⁷.

L’esistenza del rapporto parentale non determina, però, in maniera automatica, il diritto al risarcimento del danno, di talché il *vulnus* va, come in ogni altro caso, valutato ed accertato. Occorre, pertanto, di volta in volta, definire l’ampiezza e la profondità del vincolo affettivo e, più in generale, comprendere in che misura la lesione, subita dalla vittima primaria, abbia effettivamente inciso sulla relazione (nel caso in cui si lamenti una turbativa nel rapporto parentale) o in altre sfere personali o patrimoniali afferenti alla vittima secondaria. Tuttavia, secondo le regole generali, il danno non patrimoniale, consistente nella sofferenza morale patita dal congiunto così come nell’alterazione della relazione parentale, può essere dimostrato anche con ricorso al ragionamento logico deduttivo proprio della prova presuntiva, con riferimento a quanto ragionevolmente avviene nella realtà di quel tipo di

⁵⁵ Cass., 13 dicembre 2012, n. 22909, in *Gius. civ. Mass.*, 2012, 12, 1416.

⁵⁶ Cass., 11 luglio 2017, n. 17058, in *Arch. circolaz.*, 2017, 789.

⁵⁷ Cass., 4 giugno 2013, n. 14040, in *Riv. it. medicina legale*, 2014, 1, 259, con nota di V. FARGIONE, *Risarcimento del danno morale ai prossimi congiunti in caso di lesione della vittima primaria: un’analisi giurisprudenziale*. Si trattava di sofferenze psichiche sfociate in uno stato depressivo; e la sentenza afferma che quella situazione era in ogni caso in grado di generare “sofferenze di particolare gravità” (v. anche *infra* nel testo). Per un’analisi anche giurisprudenziale su questo profilo, M. BONA, *Importanti precisazioni per lo statuto del danno non patrimoniale: sfera morale, personalizzazione, rischi di recidive e congiunti del sopravvissuto* (seconda parte), in *Resp.*, 2019, 2082 ss. Sul versante dell’entità dell’impatto del pregiudizio sul familiare, invece, non è necessario un totale sconvolgimento delle abitudini di vita, in quanto il pregiudizio inferito può provocare nei congiunti sia una sofferenza morale sia un danno biologico (oltre ad un danno patrimoniale) che dalle abitudini di vita possono anche prescindere (Cass., 8 aprile 2020, n. 7748, *cit.*). Si veda anche, sia pure in termini più generali, Cass., 24 aprile 2019, n. 11212, in *Foro it.*, 2019, 11, I, c. 3670; e Cass., 11 luglio 2017, n. 17058, *cit.* Tuttavia, secondo Cass., 19 ottobre 2016, n. 21060, in *Arch. circolaz.*, 2017, 546, “un danno non patrimoniale diverso ed ulteriore rispetto alla sofferenza morale (danno da rottura del rapporto parentale) non può ritenersi sussistente per il solo fatto che il superstite lamenti la perdita delle abitudini quotidiane, ma esige la dimostrazione di fondamentali e radicali cambiamenti dello stile di vita, che è onere dell’attore allegare e provare”. Cfr. anche Cass., 11 novembre 2019, n. 28989, in *Corr. giur.*, 2020, 297, con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita del rapporto parentale dopo la seconda stagione di San Martino*; Cass., 20 agosto 2015, n. 16992, in *Foro it.*, 2016, 1, I, c. 210.

rapporti ed all'entità delle ricadute della condotta⁵⁸. Più in dettaglio, la strettissima parentela fa presumere, secondo un criterio di normalità sociale, la sofferenza morale per le gravi lesioni riportate dal congiunto prossimo⁵⁹. La convivenza costituisce elemento probatorio utile ma non necessario (come invece ritenuto da un orientamento più restrittivo⁶⁰) a dimostrare l'ampiezza e la profondità del vincolo affettivo⁶¹; ciò nel concorso di altre circostanze che svelino il concreto atteggiarsi del rapporto, posto che essa può trovare fondamento anche su motivazioni di convenienza o di opportunità, così come, viceversa, vi sono rapporti che, indipendentemente dalla coabitazione, sono particolarmente intensi⁶².

4. – La questione centrale su cui si è articolato il dibattito in materia di danno riflesso è, dunque, prevalentemente quella dei limiti del danno risarcibile ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Questa norma si inserisce nel complesso tema del nesso causale, assai controverso soprattutto sul terreno aquiliano. Le difficoltà sono molteplici e derivano anzitutto dalle scarse e sfuggenti coordinate legislative, le quali si avvalgono della tecnica della "presupposizione" e del "rinvio"⁶³: l'art. 2043 c.c. presuppone, impiegando il termine "cagiona", che sia già sciolto il nodo della causalità; l'art. 2056 c.c. rinvia, per la determinazione del danno, agli artt. 1223, 1226 e 1227; a sua volta l'art. 1223 c.c. presuppone che, a monte, il problema della individuazione del responsabile abbia trovato autonoma soluzione; soluzione, quest'ultima, per giungere alla quale dottrina e

⁵⁸ Cass., 24 gennaio 2020, n. 1640, in *Dir. & giust.*, 2020, 24 gennaio; Cass., 8 aprile 2020, n. 7748, *cit.*; Cass., 31 gennaio 2019, n. 2788, in *Foro it.*, 2019, 3, I, c. 782, con nota di G. PONZANELLI, *Dopo San Martino, la Cassazione ci riprova a varare uno statuto del danno alla persona*; Cass., 24 aprile 2019, n. 11212, *cit.*; Cass., 11 luglio 2017, n. 17058, *cit.*

⁵⁹ Cass., 8 aprile 2020, n. 7748, *cit.*

⁶⁰ L'orientamento più restrittivo è sostenuto, ad esempio, da Cass., 16 marzo 2012, n. 4253, in *Danno e resp.*, 2013, 35, con nota di M. ROSSETTI, *Senectus ipsa est morbus, ovvero che male c'è se ti ammazzano un nonno? (Critica ad una aberrante sentenza della Corte di cassazione)*, e in *Corr. giur.*, 2012, 1059, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sulla condizione di convivenza nel risarcimento del danno non patrimoniale da uccisione del familiare*. Per la giurisprudenza di merito, fra le molte, Trib. Arezzo, 7 gennaio 2014, n. 5, *Redazione Giuffrè* 2014.

⁶¹ G. VISINTINI, *Causalità e danno*, in *Contr. e impr.*, 2015, 262 ss.; Cass., 20 ottobre 2016, n. 21230, in *Foro it.*, 2017, 2, I, c. 623.

⁶² Cass., sez. un., 1° luglio 2002, n. 9556, *cit.*; Cass., 14 giugno 2016, n. 12146, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass., 19 gennaio 2007, n. 1203, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1097, con nota di L. PACE, *Il danno da lutto*; e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 12 febbraio 2008, n. 1799, in *Giustizia a Milano*, 2008, 2, 12; Trib. Campobasso, 2 agosto 2013, n. 366, in *Arch. circolaz.*, 2013, 1146

⁶³ G. ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, 2018, 199 ss.

giurisprudenza fanno appello – quindi, ancora una volta, rinviando, sia pure con i necessari adeguamenti – alla disciplina penalistica di cui agli artt. 40 e 41 c.p. ed alle dibattute e plurime elaborazioni teoriche sul nesso causale. Inoltre, è necessario ricorrere a leggi non giuridiche (le leggi scientifico-statistiche oppure quelle metagiuridiche di esperienza), sia in ragione della natura trasversale della materia (che investe infatti anche il pensiero filosofico, studi fisici e statistici, da cui il concetto giuridico di causalità deve distinguersi, tendendo verso differenti scopi), sia per il carattere generico e di controvertibile (ed in effetti controversa) interpretazione delle indicazioni offerte dalle norme di riferimento, *in primis* e per quanto qui interessa dall'art. 1223 c.c.

La dottrina civilistica italiana meno recente individuava proprio nell'art. 1223 c.c. l'architrave delle regole causali, ravvisando una sequenza unitaria che, dipartendosi dall'azione, giunge sino alla identificazione del danno risarcibile⁶⁴.

L'idea che l'art. 1223 c.c. sia previsione di stampo causalistico risultava accreditata dalla genesi storica della formula codicistica. L'art. 1223 c.c. – ed il suo antecedente, l'omologo art. 1229 del codice civile del 1865 – tributa i suoi contenuti dalla tradizione francese, in particolare dalle compilazioni di Domat e di Pothier. È noto il modello di Pothier, espresso attraverso il caso degli animali infetti riportato nel *Traité des obligations*⁶⁵, dove la selezione, fra le possibili conseguenze dannose, di quelle risarcibili (la morte per contagio degli altri animali e la perdita del raccolto per impossibilità di coltivare il fondo; non il dissesto economico) ricorre al criterio della prossimità, cosicché, quanto al dissesto economico ed al sequestro dei beni del compratore, egli osserva che “*dans l'espèce ci-dessus proposée, ce marchand ne sera pas tenu des dommages que j'ai soufferts par la saisie réelle des mes biens: ce dommage n'est qu'une suite très éloignée et très indirecte de son dol, et il n'y a pas une relation nécessaire: car quoique la perte de mes bestiaux, que son dol m'a causée, ait influé dans le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir eu d'autres*

⁶⁴ Su questi profili, A. DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1966, 19 ss. e 214 ss.; V. M. CAFERRA, *Il nesso di causalità nel fatto dannoso*, in M. SPINELLI (a cura di), *Responsabilità civile*, Bari, 1972, I, 87 ss.; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Padova, 1960, 24 ss. Sul punto anche M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. FRANZONI, Milano, 2010, 61 ss.

⁶⁵ In *Oeuvres*, I, Bruxelles, MDCCCXXXI, n. 167.45. In senso omologo anche il pensiero di Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, liv. III, tit. 5, sect. 3. Per un approfondito esame della disciplina del risarcimento nelle compilazioni di Domat e di Pothier, M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980, 120 ss. V. anche A. IULIANI, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 1, 137 ss.

causes". Questo criterio – trasfuso nell'art. 1151 (ora art. 1231-4) *code civile* e poi, per il tramite dell'art. 1229 del codice civile del Regno d'Italia, riproposto nell'art. 1223 del codice vigente – discernendo fra "conseguenze dirette e necessarie" e "conseguenze remote che possono avere altre cause", si pone come apparentemente causale. Ciononostante – è stato osservato – questa distinzione non riproduce "né l'esigenza di un nesso di derivazione causale del danno dall'inadempimento (il risarcimento non è escluso perché il pregiudizio è stato causato da altri fattori ma perché 'può anche avere avuto altre cause' e comunque perché è una 'conseguenza troppo lontana', il che è evidentemente cosa ben diversa); né una particolare istanza probatoria in relazione a questo nesso (il risarcimento è escluso 'in ogni caso', pertanto senza che possa valere in contrario una prova specifica della sua effettiva derivazione causale")⁶⁶.

La fine della "vocazione egemonica" dell'art. 1223 c.c. e, in generale, il superamento dell'indicato più risalente insegnamento, è segnato dalla introduzione della teoria del doppio nesso causale che – a partire da un famoso scritto di Gorla⁶⁷ – prende corpo negli anni '50 del secolo scorso, e vale a scindere il giudizio sul rapporto di causa ed effetto fra il fatto e l'evento dannoso da quello che mira alla selezione dei pregiudizi ammessi al ristoro. La scomposizione del giudizio di causalità si articola nel binomio "causalità materiale"–"causalità giuridica", non dissimilmente da quanto predicato dalla dottrina tedesca sin da tempi remoti con la distinzione fra *Haftungsbegründende Kausalität* (relativa alla sussistenza della responsabilità) e *Haftungsausfüllende Kausalität* (inerente alla selezione delle conseguenze dannose)⁶⁸.

⁶⁶ M. BARCELLONA, *Inattuazione, cit.*, 155.

⁶⁷ G. GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: "fatto dannoso" e "conseguenze"*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 405 ss.

⁶⁸ La dottrina italiana sul tema è vastissima. Si vedano, per tutti, sin da ora, G. ALPA, *La responsabilità civile, cit.*, 199 ss.; G. VISINTINI (a cura di), *I fatti illeciti*, III, *Causalità e danno*, Padova, 1999; ID., *Causalità e danno, cit.*; G. TRAVAGLINO, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012; M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità*, Padova, 2012; ID., *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005; M. ROSSETTI, *Commento sub art. 2056 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei fatti illeciti*, a cura di U. CARNEVALI, Torino, 2011, 469 ss.; D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, IV, 3, *cit.*, 294 s., specie 294 ss.; M. FRANZONI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di causalità*, in *Resp.*, 2006, 1997 ss.; G. GIACOBBE, *Commento sub artt. 2044-2045*, in C. SCOGNAMIGLIO, A. FIGONE, C. COSSU, G. GIACOBBE, P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. BESSONE, Torino, 2005, X, 1, 98 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 1998, 152 ss.; V. CARBONE, *Il rapporto di causalità*, in G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile* (Aggiornamento), Torino,

La causalità materiale, detta anche causalità in fatto o causalità pura e semplice, è il nesso eziologico che astringe la condotta all'evento costituito dalla lesione dell'interesse giuridicamente tutelato, e vale a stabilire – in modo concettualmente non dissimile da quanto avviene nel settore penale – se quest'ultimo sia o meno addebitabile al contegno del suo autore⁶⁹. Essa, dunque, pone le regole di giuridica rilevanza del concatenamento causale che nella realtà *extra* giuridica lega il comportamento di un soggetto all'evento dannoso. La causalità è, in questa accezione, elemento costitutivo del giudizio di responsabilità; è una causalità fondativa, che attiene alle condizioni di nascita della responsabilità medesima.

La causalità giuridica concerne, invece, il contenuto dell'obbligazione risarcitoria, ovvero il pregiudizio, patrimoniale o non patrimoniale, e la sua stima. Della causalità giuridica si occupano gli artt. 1223, 1225 e 1227, comma 2°, c.c. dettati in materia di inadempimento ma in parte richiamati anche in ambito di illecito aquiliano dall'art. 2056 c.c.: tali norme provvedono alla selezione delle conseguenze dannose, le quali, mercé il lessico dell'art. 1223 c.c., devono discendere in modo immediato e diretto dal fatto. In questo contesto l'art. 1223 c.c. non riveste alcun ruolo nella costruzione della fattispecie di responsabilità, ma è preposto ad indicare i criteri di determinazione del contenuto dell'obbligazione risarcitoria, ed il suo presupposto è che sia già stato risolto il problema della responsabilità⁷⁰.

Parte della dottrina, più remota come attuale, dubita, data anche la mancanza di riscontro normativo, del fondamento e dell'utilità della descritta distinzione e della dualità delle regole causali⁷¹. Tale posizione è sostenuta, ora in ragione degli esiti incerti e non sempre univoci cui ha condotto l'opera dell'interprete nella individuazione e valutazione delle

1998, 161 ss.; ID., *Commento sub art. 1223 c.c.*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, Libro IV, Delle obbligazioni (artt. 1173-1320), a cura di U. BELLINI, V. CARBONE, L. DELLI PRISCOLI, G. MARZIALE, H. SIMONETTI, G. STELLA RICHTER, Milano, 2012, 518 ss.; V. GERI, *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, 187 ss. Di recente anche R. RICCÒ, *La causalità giuridica*, in *Responsabilità civile*, diretto da P. CENDON, *cit.*, I, 269 ss.; mentre, tra le fondamentali opere meno recenti, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; P. FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, *cit.*

⁶⁹ P.G. MONATERI e D. GIANI, *Nesso di causalità (dir. civ.)*, in *Diritto on line. Approfondimenti enciclopedici. Diritto civile*, Roma, 2016, 1 ss.

⁷⁰ Per una ricostruzione, A. BELFIORE, *Il binomio "causalità giuridica-causalità materiale" ed i criteri di determinazione del danno da risarcire (artt. 1223 e 2056 c.c.)*, in *Europa dir. priv.*, 1, 2017, 117 ss.; A. IULIANI, *La fisionomia del danno e l'ampiezza del risarcimento nelle due specie di responsabilità*, *cit.*, 137 ss.

⁷¹ Le diverse posizioni della dottrina sono estesamente illustrate da D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, *cit.*, 297 ss.

differenti relazioni causali⁷²; ora per la sovrapposizione, in alcuni casi, dei due giudizi⁷³; ora perché è negata, a monte, la separazione concettuale fra evento e conseguenze dannose⁷⁴. In realtà ciò che viene non di rado ricusato è lo stesso fondamento eziologico dell'art. 1223 c.c. (ma altra parte della dottrina ne afferma la natura causalistica)⁷⁵, ascrivendosi la causalità alla sola ricostruzione del fatto e sostenendosi l'inesistenza di un rapporto causa-effetto fra evento dannoso e danno, giacché quest'ultimo si traduce in una valutazione economica del primo⁷⁶. Vi è, poi, un orientamento intermedio, il quale, pur evidenziando la possibilità che le regole di accertamento dei due momenti del giudizio causale siano omologhe (regolarità statistica, calcolo delle probabilità, *id quod plerumque accidit*), mantiene distinte le rispettive funzioni, poiché altro "è impiegare la causalità al fine di imputare un evento ad un soggetto", altro "impiegare la causalità per stimare il danno risarcibile"⁷⁷.

⁷² Sottolinea questo aspetto G. GRISI, *Commento sub art. 1223*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, *Delle obbligazioni*, a cura di U. CUFFARO, Milano, 2013, 154 ss.

⁷³ R. PUCELLA, *Causalità di fatto e causalità giuridica*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. GABRIELLI, *Dei fatti illeciti*, cit., 405 ss.

⁷⁴ Osserva C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 876, che "quello che viene presentato come un secondo rapporto di causalità, è in realtà parte integrante dell'unico rapporto di causalità che si diparte dal fatto imputabile (...) Quando si afferma che la questione riguardante il secondo tratto di causalità è 'se e soprattutto in quale misura gli effetti negativi ulteriori (*Verschlimmerung eines vonhandenen Leidens*) siano da far risalire a un evento lesivo (*Unfall*)', il quale, aggiungiamo noi, a sua volta presuppone che se ne sia accertato il risalire a un fatto imputabile, non si comprende veramente perché si debba scindere in due segmenti contigui quello che prima di tutto in termini reali si presenta come unitario".

⁷⁵ A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 187, mentre nega *tout court* che in materia contrattuale l'art. 1223 c.c. possa essere letto "nei termini consueti di una regola causale"; ritiene, per converso, quanto all'illecito aquiliano, che la regola causale "torni di attualità ... ma tendenzialmente con riferimento al criterio di imputazione secondo il quale non possono essere imputati al soggetto eventi ad esso non causalmente riferibili".

⁷⁶ A. BELVEDERE, *Causalità giuridica?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, 7 ss., che condivide il pensiero di F. REALMONTE, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, cit., 81 e 85 s. Critico nei confronti della categoria della causalità giuridica già F. CARNELUTTI, *Perseverare diabolicum (a proposito del limite della responsabilità per danni)*, in *Foro it.*, 1952, IV, c. 99 ss. Nel senso della validità della distinzione, tra gli altri C. SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 234, il quale riconosce che la "la distinzione non è labile", benché "i due profili talvolta si confondono".

⁷⁷ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., 57 ss., e 61 s. Ritiene che debba essere messa in opera una nozione di causalità diversa per la causalità giuridica rispetto alla causalità di fondazione, A. BELFIORE, *Il binomio "causalità giuridica-causalità materiale"*, cit., 117 ss. Evoca per la causalità giuridica i criteri propri della causalità materiale, Cass., 19 settembre 2019, n. 23328, in *GiustiziaCivile.com*, 12 dicembre, con nota di M. DE

Per la causalità in fatto si ammette che il problema della efficienza causale trovi soluzione attraverso regole comuni al settore penalistico (vengono in considerazione il generale principio di cui all'art. 40 c.p. nonché quello declinato dal successivo art. 41 c.p., il quale intende stabilire, tuttavia con definizione non univoca, l'*ubi consistam* del nesso causale)⁷⁸ e ricorrono le diverse teorie eziologiche elaborate dalla dottrina tedesca, *in primis* la teoria condizionalistica (cd. della *condicio sine qua non*) mitigata e corretta da altre teorie causalistiche in particolare quella della cd. causalità adeguata⁷⁹.

ANGELIS, *Il deficit informativo nel rapporto medico-paziente quale autonoma causa di un danno alla salute e all'autodeterminazione*, dove si afferma che il carattere immediato e diretto dei danni deve essere valutato "sulla base dei medesimi parametri della preponderanza dell'evidenza".

⁷⁸ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, 148.

⁷⁹ Tale teoria, enunciata per la prima volta dal filosofo tedesco Von Kries alla fine del secolo XIX, considera causa la condotta umana la quale, oltre a costituire *condicio sine qua non*, risulti anche adeguata a produrre l'evento secondo un giudizio *ex ante* formulato al momento della condotta stessa, in modo da rivelarsi idonea a determinarlo secondo la comune esperienza, restando esclusi gli eventi straordinari o atipici (F. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, 139, al quale si rimanda per l'esame delle varie teorie causalistiche. V. anche G. VISINTINI, *Causalità e danno, cit.*, 262 ss.; e P.G. MONATERI e D. GIANI, *op. cit.*, 1 ss., specie 2 ss.). Le differenze morfologiche, funzionali e di disomogenei valori in gioco, che corrono fra l'illecito civile e l'illecito penale, inducono ad introdurre, nell'ambito del giudizio civilistico rispetto a quello penalistico, una diversa regola probatoria: mentre nel processo penale il giudizio di responsabilità è caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di "elevata probabilità logica" o "probabilità prossima alla – confinante con la – certezza" (v. Cass. pen., sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, in *Riv. it. medicina legale*, 2002, 1599, con nota di A. FIORI, G. LA MONACA, G. ALBERTACCI, *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*), in quello civile la causalità poggia su logiche di tipo probabilistico, in particolare sulla preponderanza dell'evidenza o "del più probabile che no" (F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile, cit.*, 173. V. anche Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, *cit.*; Cass., 19 settembre 2019, n. 23328, *cit.*; Trib. Roma, 5 maggio 2020, n. 6866, *Redazione Giuffrè*, 2020; Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, 2014, 174, con nota di B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*; e Cass., 5 maggio 2009, n. 10259, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1743, quest'ultima sulla strage aerea di Ustica ed in tema di causalità omissiva). Il nesso causale, inoltre, deve essere accertato, non solo sulla base del coefficiente di probabilità statistica (probabilità cd. quantitativa o pascaliana), ma altresì alla stregua di un giudizio di probabilità logica (cd. probabilità baconiana), apprezzandone il grado di fondatezza in virtù degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (Cass., 8 aprile 2020, n. 7760, in *Dir. & giust.*, 9 aprile, con nota di V. A. PAPANICE, *Minaccia, mancata perquisizione e omicidio: nesso causale e responsabilità dei giudici*; Cass., 11 settembre 2018, n. 22078, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 1, 32; e, in campo penalistico, fra le altre, Cass. pen., 15 gennaio 2020, n. 12353, *ivi*, 4, 823).

Quanto alla causalità giuridica, l'art. 1223 c.c. si affida alla prossimità del danno, di talché esso è risarcibile nella misura in cui si configuri come "conseguenza immediata e diretta".

Criteri non dissimili (in particolare in ordine alla distinzione fra danni diretti ed indiretti) sono adottati nei principali modelli di *civil law*, in special modo in quello francese e in quello tedesco. Ciò, benché il *code civil* ed il *Bürgerliches Gesetzbuch* abbiano in generale operato scelte fra loro profondamente diverse in tema di illecito civile⁸⁰, essendo l'ordinamento francese improntato ad una costruzione atipica della responsabilità extracontrattuale (fondata su una clausola generale)⁸¹ e mostri un atteggiamento che è stato definito molto liberale in tema di danni risarcibili⁸²; invece quello tedesco – legato alla tradizione romanistica della *Lex Aquilia* – disciplina l'*Unerlaubte Handlungen* tipizzando, al § 823 BGB, i beni ("*das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht*") la cui lesione dà ingresso al risarcimento⁸³. Così, nell'ordinamento francese, quanto al *lien de causalité*, l'art. 1231-4 *code civil* stabilisce che sono risarcibili i danni che costituiscono "*une suite immédiate et directe*"; inoltre, per giurisprudenza consolidata, il *dommage* di cui all'attuale art. 1240 *code civil* deve essere non solo *certain* e *personnel*, ma anche *direct*⁸⁴.

⁸⁰ Per un'ampia ricognizione, P. PACILEO, *Le fonti della responsabilità civile: esame comparato delle principali esperienze*, in *comparazionedirittocivile.it*, 2017.

⁸¹ Norme di riferimento sono gli art. 1240 e 1241 *code civil*, secondo i quali, rispettivamente, "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*"; e "*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*".

⁸² P. SIRENA, *Il concetto di danno nella disciplina italiana e francese della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 2, 544 ss., specie 555. V. anche O. MORÉTEAU, *Basic Questions of Tort Law from a French Perspective*, in *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, 2015, 3 ss. Al contributo di P. Sirena si rimanda anche per interessanti riflessioni intorno al *Projet de réforme de la responsabilité civile* del marzo 2017, con riguardo all'introduzione della distinzione fra *dommage* e *préjudice* (coincidenti con i concetti romanistici di *damnum* e *praeiudicium*), quali strumenti per governare "l'incessante e talvolta caotica espansione di danni risarcibili che ha tradizionalmente caratterizzato il diritto francese" (544). Sui progetti di riforma della responsabilità civile in Francia, destinati a costituire la parte conclusiva della rivisitazione organica del diritto delle obbligazioni introdotto con l'entrata in vigore dell'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016 ("*Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*"), cfr. anche G. ALPA, *Sulla riforma della disciplina della responsabilità civile in Francia*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1 ss.

⁸³ L'art. 2043 del codice civile italiano, che ruota attorno al danno ingiusto, risulta quindi un ibrido rispetto alla definizione francese ed a quella tedesca di fatto illecito (P. SIRENA, *op. cit.*, 552).

⁸⁴ P. SIRENA, *op. cit.*, 545.

In modo analogo si parla di *Folgeschaden* nell'ordinamento tedesco⁸⁵, in seno al quale hanno peraltro trovato elaborazione la scissione fra causalità materiale e causalità giuridica, e le più note teorie causalistiche, fra cui la teoria della causalità adeguata ("*adäquaten Zusammenhang*").

Nondimeno, il sintagma "conseguenze immediate e dirette" cui l'art. 1223 del codice civile italiano consegna la selezione dei danni dei quali deve farsi carico il responsabile appare formula linguistica di significato tutt'altro che univoco, così che la norma si è mostrata flessibile alle più elastiche applicazioni. L'orientamento assolutamente prevalente nella prassi applicativa individua il criterio di cui si discorre in quello della regolarità causale, quale traslazione – secondo opinione diffusa – della teoria della causalità adeguata di ascendenza penalistica, cosicché è ammesso al risarcimento ogni pregiudizio che si presenti come conseguenza normale del fatto in virtù di quanto solitamente avviene⁸⁶. In questo scenario sono ricondotti all'area del danno risarcibile anche i danni indiretti e mediati che rientrano nella serie delle conseguenze ordinarie in base all'*id quod plerumque accidit*, e non appaiano invece eccezionali o fuori dal comune⁸⁷.

Mentre lo stesso criterio della regolarità in tal modo inteso è stato da alcuna dottrina criticato siccome in grado di sovrapporsi alla (ed interferire con la) regola della prevedibilità del danno, che vale per i soli pregiudizi derivanti da inadempimento non doloso (art. 1225 c.c., non richiamato dall'art. 2056 c.c.)⁸⁸, si è per altro verso da più parti sottolineato come la descritta interpretazione giurisprudenziale, nell'estendere il risarcimento alle conseguenze mediate e indirette, devii rispetto al tenore letterale della norma⁸⁹ ed abbia smarrito il significato storico originario del precetto, vale a

⁸⁵ S. PATTI, *Danno patrimoniale*, in *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 103 ss.

⁸⁶ Cass., 11 novembre 2019, n. 28985, in *Guida dir.*, 49-50, 31; Cass., 26 agosto 2020, n. 17806, in *Dir. & giust.*, 2020, 27 agosto. Fra le altre, v. anche Cass., 23 dicembre 2010, n. 26042, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 12, 1645.

⁸⁷ Si rinvia alla giurisprudenza citata al precedente § 3. Cfr. anche Cass., 24 ottobre 2018, n. 26958, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 3, 967; e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Arezzo, 4 dicembre 2019, n. 922, *Redazione Giuffrè*, 2020.

⁸⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2018, 144 s., dove si ritiene che il criterio della regolarità causale sia arbitrariamente restrittivo, osservandosi come in ambito civilistico, a differenza di quello penalistico, la norma non mira a punire l'autore dell'illecito ma a ristorare il danneggiato dei pregiudizi subiti, di modo che non vi è "una ragione logica per negare alla vittima il risarcimento dei danni in base alla loro eccezionalità", specie se si tratta di danni inusuali provocati dolosamente.

⁸⁹ D. POLETTI, *Le regole di (de)limitazione del danno risarcibile*, cit., 332 ss.

dire la delimitazione delle conseguenze dannose tuttavia appartenenti alla medesima serie causale (*préjudices en cascade*)⁹⁰.

In effetti, se l'enunciato normativo appare ambiguo, i concetti di regolarità ed eccezionalità sono a loro volta ben lungi dall'essere inequivoci, e si rivelano in non trascurabile misura relativi (per alcuni addirittura privi di contenuto⁹¹), in quanto permeabili sia rispetto alla percezione soggettiva ed ai valori di chi applica la norma⁹², sia rispetto al contesto storico, sociale ed economico di riferimento⁹³, come dimostra l'eterogeneità delle soluzioni adottate nei singoli casi concreti in applicazione del medesimo principio. In questo modo si è affermato che la disposizione è realmente selettiva solo per le conseguenze assai remote e del tutto eccezionali⁹⁴; inoltre che essa costituisce uno degli elementi più duttili dell'illecito, tanto da introdurre una sorta di "clausola generale"⁹⁵, con la quale viene affidato alla discrezionalità del giudice – in ultima analisi, all'apprezzamento delle circostanze attinenti alle singole fattispecie⁹⁶ – il compito di individuare le conseguenze risarcibili.

⁹⁰ G. VISINTINI, *Causalità e danno*, cit., 263, secondo la quale una verifica a livello casistico evidenzia come, a parte alcune varianti, "l'originaria funzione è stata mantenuta nel settore dell'inadempimento, mentre nel settore dei fatti illeciti ... si riscontrano usi impropri ed anche fraintendimenti di ordine concettuale, che dimostrano come la giurisprudenza utilizzi la formula in una maniera diversa da quella tradizionale oppure la obliteri".

⁹¹ M. BARCELLONA, *Inattuazione*, cit., 14 s.: all'interrogativo su "quale mai possa essere il parametro che consenta di affermare in modo inequivoco che cosa sia regolare-tipico o irregolare-atipico" risponde che quelli indicati sono "concetti che si equivalgono quanto alle indicazioni operative che da essi è possibile ricavare: praticamente nessuna. In sostanza dire che un certo danno è risarcibile perché normale, tipico, causato da fattori non eccezionali è un modo come un altro per dire che esso è risarcibile perché ... si ritiene giusto e/o opportuno che sia risarcito. Né l'appello alla realtà sociale, al senso comune ed alle massime di esperienza è in grado di conferire a questi concetti una maggiore significanza: anche queste sono infatti formule vuote che servono solamente a introdurre, in modo surrettizio, nell'argomentazione i valori soggettivi ed i pregiudizi dell'interprete". Cfr. anche P. BARCELLONA, *L'educazione del giurista*, Bari, 1973, 27.

⁹² In questo modo l'accertamento del nesso causale è connotato da ampia discrezionalità del giudice così da coinvolgere – come acutamente è stato osservato – la sua "precomprensione" ed il suo "senso del giusto" circa la meritevolezza della domanda di risarcimento": S. PATTI, *Danno patrimoniale*, cit., 103 ss.

⁹³ Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, 35.

⁹⁴ G. GRISI, *op. cit.*, 163; M. BARCELLONA, *Inattuazione*, cit., 13.

⁹⁵ G. GRISI, *op. loc. cit.*

⁹⁶ Formula una osservazione non dissimile G. VISINTINI, *Trattato breve*, cit., 500, con riguardo agli orientamenti espressi dalla dottrina francese quanto alla valutazione dell'esistenza dei presupposti per il risarcimento alle *victimes par ricochet*,

5. – L'andamento e gli esiti del dibattito in materia di danno di rimbalzo, unitamente alle riflessioni dottrinali e giurisprudenziali sull'impervio terreno della selezione dei danni risarcibili, offrono le coordinate per svolgere alcune riflessioni sul tema in questa sede indagato, dove il prisma dei possibili pregiudizi che si propagano dall'evento iniziale segue percorsi non dissimili da quelli esaminati nel precedente § 3, benché la lesione abbia ad oggetto la reputazione o l'onore della vittima primaria, e non la sua integrità fisica.

Gli orientamenti in precedenza rammentati inducono a ritenere che non vi siano ostacoli sul piano della causalità giuridica al riconoscimento del danno che sia stato subito, in via riflessa, da chi si trovi in una relazione di parentela, familiare o affettiva con la vittima primaria di un illecito lesivo della reputazione o dell'onore di quest'ultima. Tale conclusione appare valida soprattutto per la diffamazione attraverso internet. Ed, infatti, se la diffamazione *on line* non presenta peculiarità strutturali od intrinseche, essa si connota per la geometricamente amplificata potenzialità offensiva del mezzo⁹⁷, determinata sia dal fatto che la notizia permane in rete in un *continuum* temporale; sia dalla capacità di ingovernabile divulgazione (un'informazione pubblicata su internet diviene incontrollabile nella sua ulteriore diffusione o riproduzione, cosicché, anche ove eliminata dalla fonte originaria, potrebbe rimanere presente altrove); sia dalla facilità di reperimento attraverso i motori di ricerca; sia infine dal carattere partecipativo e dalle modalità di elaborazione delle informazioni, che si avvalgono di nuove forme di aggregazione sociale (come le piattaforme, i *forum* ed i *social network*). Non può dubitarsi, allora, dell'invasività, sotto molteplici profili, di questo strumento di comunicazione, il quale trascina con sé un grandemente accresciuto impatto sulla sfera reputazionale della persona e sul contesto sociale in cui questa si muove.

In particolare, le caratteristiche della rete incidono sulla valutazione di uno dei due "livelli di antiigiuridicità" di cui si è sopra detto e che occorre censire ai fini della risarcibilità del danno riflesso, vale a dire la lesione dell'interesse meritevole di tutela riferibile alla vittima primaria: la valutazione intorno all'antiigiuridicità è rilevante, non solo – a monte – per stabilire se un danno ingiusto vi è stato nei confronti della vittima primaria (ed in ciò l'indagine seguirà le vie ordinarie); bensì anche a valle (in base a criteri qualitativamente diversi e più stringenti) onde censire l'attitudine di

laddove si registra "una tendenza ad affidare il problema della legittimazione ... alla discrezionalità dei giudici e in definitiva alla valutazione delle circostanze concrete".

⁹⁷ Sul punto, per tutti, A. RICCI, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, cit., 99 ss.

quell'illecito alla propagazione intersoggettiva, dunque per l'apprezzamento del nesso di causalità giuridica rispetto al danno mediato (se tale lo si intende considerare) nei confronti della vittima secondaria. Simile antigiuridicità si atteggia in maniera differente, dovendo la lesione dell'interesse protetto della vittima primaria essere tale da risultare in grado, secondo un criterio di regolarità causale, di estendere i suoi effetti sulla vittima di rimbalzo, di guisa che il danno mediato ed indiretto risulti risarcibile.

Come ricordato, la Cassazione si è a lungo arroccata su posizioni rigide (si esigeva una lesione gravemente invalidante) che si sono successivamente attenuate allorché si parla di lesioni "non lievi" patite dalla vittima originaria. Deve anche rammentarsi come la Suprema Corte abbia riconosciuto il risarcimento del danno morale subito dalla moglie per lo stato ansioso (con elaborazione depressiva e somatizzazioni) che era derivato al di lei coniuge dalla errata notizia, da parte dei sanitari, di essere affetto da una patologia mortale con breve aspettativa di sopravvivenza. Si affermava in quella pronuncia che "non può in linea di principio escludersi che il danno psichico, soprattutto gli stati depressivi, possano assumere un tale rilievo da doversi considerare gravemente invalidanti"; in ogni caso si riteneva che si fossero prodotte "sofferenze di particolare gravità" sia per il soggetto direttamente leso sia per il coniuge, idonee a compromettere lo svolgimento della relazione affettiva⁹⁸. Ancor più, è la stessa Cassazione a precisare – in alcune recenti importanti decisioni relative al processo di rimodulazione teorica dello statuto del danno non patrimoniale, sia pure con specifico riferimento alla rilevanza delle sue singole voci in sede di liquidazione – che la "natura unitaria" del danno non patrimoniale va intesa come "unitarietà rispetto alla lesione di qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante non suscettibile di valutazione economica", di modo che "non vi è alcuna diversità nell'accertamento e nella liquidazione del danno causato dal *vulnus* di un diritto costituzionalmente protetto diverso da quello alla salute, sia esso rappresentato dalla lesione della reputazione, della libertà religiosa o sessuale, della riservatezza o del rapporto parentale"⁹⁹.

Ciò detto, si può ritenere che, al secondo livello di valutazione dell'antigiuridicità in precedenza individuato (strumentale al vaglio della propagazione intersoggettiva), il *quomodo* dell'illecito assume valore di spicco al cospetto di un'aggressione alla sfera morale della vittima primaria. Questo vale in special modo a fronte di una diffamazione veicolata

⁹⁸ Cass., 4 giugno 2013, n. 14040, *cit.*

⁹⁹ Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, in *Giust. civ. Mass.*, 2018. In senso analogo, Cass., 27 marzo 2018, n. 7513, in *Guida dir.*, 2018, 17, 13.

attraverso strumenti comunicativi particolarmente prorompenti quali quelli descritti, posto che ciò che caratterizza questo illecito è la lesione della reputazione per l'appunto mediante la comunicazione con più persone. Ma simili osservazioni devono ribadirsi anche qualora si discorra di denigrazione che non assurga ad illecito penale¹⁰⁰; oppure di violazione della riservatezza, giacché in quest'ultimo caso l'interesse protetto è tanto più compromesso quanto più estesa, penetrante ed invasiva è l'ostensione del fatto, dell'informazione o dell'immagine che viola l'intimità della vita privata.

Al riguardo è quasi superfluo ricordare come fra i parametri elaborati dalla giurisprudenza per la liquidazione del danno non patrimoniale da diffamazione a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa vi sono la diffusione dello stampato, la risonanza mediatica suscitata dalla notizia e la sua reiterazione (a quest'ultima ipotesi può equipararsi la permanenza nel tempo di una notizia su internet); ed anzi, ancor prima, come proprio il mezzo con cui l'offesa è stata perpetrata costituisce fattore predominante per la determinazione del *quantum* risarcitorio, influenzando in modo decisivo sul grado di offensività¹⁰¹. Ed appare altresì significativo – ad ulteriore dimostrazione di come il *modo* con cui è stato realizzato l'illecito può amplificare il danno non patrimoniale – che, sempre agli indicati fini quantificatori, viene in considerazione, insieme alle caratteristiche intrinseche della condotta (quali la falsità di quanto riferito o l'uso di espressioni ingiuriose), anche l'intensità dell'elemento psicologico (ad esempio se ricorre *animus diffamandi* oppure se il dolo è solo eventuale), che costituisce indice per apprezzare la sofferenza morale inflitta al danneggiato

¹⁰².

¹⁰⁰ La violazione del diritto all'onore o alla reputazione “fa sorgere in capo all'offeso il diritto al risarcimento del danno, a prescindere dalla circostanza che il fatto lesivo integri o meno un reato, sicché, ai fini risarcitori, è del tutto irrilevante che il fatto sia stato commesso con dolo o con colpa” (Cass., 16 giugno 2018, n. 15742, in *Guida dir.*, 2018, 46, 82. V. anche Cass., 14 ottobre 2008, n. 25157, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 10, 1482).

¹⁰¹ Cass., 18 febbraio 2020, n. 4005, in *Giust. civ. Mass.*, 2020; Cass., 4 giugno 2020, n. 10596, in *Dir. & giust.*, 2020, 5 giugno; Cass., 30 agosto 2019, n. 21855, in *Dir. inf.*, 2019, 6, 1207; App. Torino, 5 novembre 2008, *Redazione Giuffrè*, 2010; Trib. Arezzo, 12 ottobre 2020, n. 450, *ivi*, 2020.

¹⁰² Cfr. i “Criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale da diffamazione a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa” redatti nel 2018 dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano, all'esito dell'analisi di 89 sentenze pronunciate nel quadriennio 2014 – 2017 da diversi tribunali. Sul documento (consultabile alla pagina internet <http://milanoservatorio.it/pubbliamo-le-tabelle-la-liquidazione-del-danno-non-patrimoniale-derivante-lesione-alla-integrita-psico-fisica-dalla-perdita-grave-lesione->

Su un diverso piano, poi, l'osservazione clinica – che supporta l'accertamento dei danni psichici – evidenzia da tempo come, mentre in generale esiste “un rapporto causale tra eventi di vita ed insorgenza di alcune sindromi psicopatologiche e cambiamenti della personalità”, più in specifico “nella valutazione del danno alla persona, gli illeciti ed i reati si configurano come eventi psicosociali stressanti che possono generare un trauma di natura psichica. Freud (1895) scriveva che ‘qualsiasi esperienza che susciti una situazione penosa – quale la paura, l'ansia, la vergogna o il dolore fisico – può agire da trauma’, e definì i traumi ‘in grado di provocare una eccitazione psichica tale da superare la capacità del soggetto di sostenerla o elaborarla’. Il trauma, dunque, è un'esperienza che ‘nei limiti di un breve lasso di tempo apporta alla vita psichica un incremento di stimoli talmente forte che la sua liquidazione o elaborazione nel modo usuale non riesce, donde è giocoforza che ne discendano disturbi permanenti nell'economia energetica della psiche’”¹⁰³. È interessante osservare come fra le esperienze indicate quali possibili fonti di traumi vi sia quella della vergogna, la quale viene qualificata dalla letteratura psicopatologica come “un'emozione negativa socialmente indotta” che esprime la condivisione di alcune norme sociali con “lo scopo di tutelare la buona immagine e l'autostima dell'individuo”, osservandosi poi che essa è “fondamentale nel confronto interpersonale ed è associata al timore di evocare o suscitare valutazioni negative negli altri”¹⁰⁴. La sua origine, secondo alcuni autori, dovrebbe rinvenirsi “nel timore (o nel dispiacere) che vengano compromessi gli scopi della buona immagine o dell'autostima, per cui lo scopo della vergogna è di proteggere l'immagine del sé che si vorrebbe mostrare agli altri”¹⁰⁵.

In effetti, è ampiamente ammesso dalla psichiatria, dalla psicologia e dalla medicina legale che la lesione della reputazione può provocare,

del-rapporto-parentale-relativi-c/), S. PERON, *Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano* (edizione 2018), in *MediaLaws*, 10 marzo 2019. In generale, in merito alla quantificazione del danno derivante da lesione della reputazione e sui criteri di liquidazione in via equitativa, R. NOCERA, *La diffamazione*, cit., 3493 ss., specie 3498 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, *La quantificazione del danno alla reputazione e ai dati personali: ricognizione degli orientamenti 2013 del Tribunale civile di Roma*, in *Dir. inf.*, 2014, 405 ss.

¹⁰³ Così le “Linee guida per l'accertamento e la valutazione psicologico-giuridica del danno alla persona” dell'Ordine degli psicologi del Lazio, 2012, 5.

¹⁰⁴ A. DEL ROSSO et al., *La vergogna in psicopatologia*, in *Cognitivismo clinico*, 2014, II, 1, 27 ss.

¹⁰⁵ A. DEL ROSSO et al., op. cit., 28. V. anche S. CARNI et al., *Intrapsychic and interpersonal guilt: a critical review of the recent literature*, in *Cognitive processing*, 2013, Nov. 14, 4, 333-346.

attraverso i cennati meccanismi interiori – e sia pure tenendo conto della multifattorialità del fenomeno, in cui convergono anche i vissuti individuali e le condizioni psichiche preesistenti – conseguenze bio-psicologiche e di sofferenza psichica di varia gravità (sotto forma di neuropatie o di disturbi come il *post-traumatic stress disorder*)¹⁰⁶, di talché viene compromessa anche la qualità della vita di relazione e l'affettività¹⁰⁷.

Se, allora, è un dato acquisito alla stregua di elemento di valutazione del danno da *mass media*, ed ancor prima appartiene alla comune esperienza, che l'attacco alla dignità personale in cui la reputazione e l'onore confluiscono genera sofferenza morale tanto più intensa quanto più grave e diffuso è l'illecito; e se è parimenti acquisito dalle scienze psicologiche che l'illecito in generale – siccome evento traumatico – e questo tipo di illecito in particolare, sono capaci (non solo per la personale inclinazione del soggetto, ma anche per le caratteristiche di gravità e diffusività dell'illecito medesimo) di tracimare in danno psichico (e financo – si aggiunge – nei casi più gravi, in pregiudizio all'integrità fisica in senso stretto), è evidente come la lesione della reputazione perpetrata a mezzo internet mostri di molte volte amplificata questa offensività. Tanto, da un lato rende l'illecito comunicazionale di cui si discorre idoneo a produrre un evento lesivo primario di gravità tale da risultare suscettibile di propagazione intersoggettiva; dall'altro evidenzia come, in simile frangente ed ove in effetti si concretizzi un pregiudizio di tal fatta, il turbamento delle relazioni affettive e familiari – dunque il danno riflesso ai congiunti della vittima primaria – se pure lo si voglia considerare mediato ed indiretto, lungi dal potersi definire inusuale, appare conseguenza normale secondo l'*id quod plerumque accidit*.

L'interesse protetto è, anche in questo caso, l'intangibilità degli affetti familiari nei termini in precedenza descritti, quali valori assistiti da presidio costituzionale. Il danno non patrimoniale, poi, non si esaurisce nella modificazione *in pejus* della dimensione dinamico-relazionale, dovendo comprendere anche "i pregiudizi patiti dalla vittima nella relazione con sé stessa (la sofferenza interiore ed il sentimento di afflizione in tutte le sue

¹⁰⁶ S. DI PINTO, *Conseguenze civili del reato e nuovi tipi di danno*, Milano, 2007, 381 ss.; W. BRONDOLO e A. MARIGLIANO, *Danno psichico*, Milano, 1996, 109; M. MARCHETTI, S. FERRACUTI, G. FATIGANTE, *Il disturbo post-traumatico da stress e la sua valutazione come danno alla persona da responsabilità civile*, in F. FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Milano, XIV, 1989.

¹⁰⁷ "Linee guida per l'accertamento e la valutazione psicologico-giuridica del danno alla persona", *cit.*, 5 ss.

possibili forme, *id est* il danno morale interiore)¹⁰⁸, secondo la fenomenologia tipica dei pregiudizi alla persona.

Si deve, per altro verso, osservare come la lesione della reputazione di un soggetto potrebbe estendersi anche alla sfera reputazionale dei componenti la famiglia di lui. Ciò appare suggerito dalle norme che prevedono la tutela *post mortem* della personalità morale del defunto, in relazione alle quali una parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che presuppongano l'acquisto *iure proprio* (e non per successione *mortis causa*) da parte dei legittimati (per lo più individuati, non in quanto eredi, ma in quanto familiari) di una nuova prerogativa, mediante la quale essi fanno valere (non già un diritto del defunto, poiché il pregiudizio è arrecato dopo la morte di lui, bensì) un interesse proprio in qualità di membri del medesimo gruppo familiare¹⁰⁹. Queste norme appaiono significative ancorché si collochino per lo più in ambiti diversi da quelli qui oggetto di esame. Si tratta di disposizioni della legge 22 aprile 1941, n. 633 ("Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio") che concernono il diritto morale d'autore, la pubblicazione o la riproduzione di corrispondenze epistolari, di memorie familiari e personali o di altri analoghi scritti, nonché la riproduzione del ritratto¹¹⁰; dell'art. 2-terdecies,

¹⁰⁸ Cass., 17 gennaio 2018, n. 901, *cit.*, dove si precisa che costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno esistenziale, poiché quest'ultimo consiste nel *vulnus* a tutti gli aspetti relazionali della persona conseguenti alla pretermissione della salute [infatti, secondo la definizione di cui agli artt. 138, comma 2°, lett. a) e 139, comma 2°, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 ("Codice delle assicurazioni private"), il danno biologico è la lesione dell'integrità psico-fisica suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sui profili dinamico-relazionali della vita del danneggiato]. Una differente valutazione deve essere compiuta per il danno morale, autonomamente risarcibile senza che si producano duplicazioni.

¹⁰⁹ Per un ampio confronto delle posizioni dottrinali in materia e riferimenti M. TESCARO, *La tutela postmortale della personalità morale e specialmente della identità personale*, in *juscivile.it.*, 2014, 10.

¹¹⁰ A norma dell'art. 23., l. aut., "dopo la morte dell'autore, il diritto previsto nell'art. 20 può essere fatto valere, senza limite di tempo, dal coniuge e dai figli, e, in loro mancanza, dai genitori e dagli altri ascendenti e dai discendenti diretti; mancando gli ascendenti ed i discendenti, dai fratelli e dalle sorelle e dai loro discendenti". Secondo il successivo art. 93, le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico, dopo la morte dell'autore o del destinatario, senza il "consenso del coniuge o dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti fino al quarto grado". A sua volta l'art. 96 l. aut. stabilisce che "il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il

d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, in materia di trattamento dei dati personali, relativo ai diritti riguardanti le persone decedute¹¹¹; inoltre della tutela del nome per ragioni familiari di cui all'art. 8 c.c. Fra gli indici normativi più prossimi al tema in esame vi è, però, l'art. 597, comma 3°, c.p., il quale stabilisce che se la persona offesa dal reato di diffamazione di cui all'art. 595 c.p. muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, oppure in caso di offesa alla memoria di un defunto, la querela può essere presentata dai "prossimi congiunti", dall'adottante e dall'adottato¹¹². L'attribuzione ai congiunti *ex art.* 597, comma 3°, c.p., del potere di proporre querela per la diffamazione commessa in danno di persona deceduta (e, secondo giurisprudenza unanime, i medesimi soggetti sono legittimati anche in sede civile per la corrispondente azione risarcitoria) non sottende solo l'interesse di questi alla salvaguardia della reputazione del defunto, ma altresì un loro interesse autonomo. Quest'ultimo può essere svincolato dal sentimento di pietà verso l'estinto¹¹³, ma rivestire diversa natura (eventualmente anche economica); inoltre i congiunti legittimati potrebbero ritenere che l'offesa al defunto costituisca al contempo offesa alla propria reputazione, a motivo del rapporto di parentela¹¹⁴. In questo senso di esprime la giurisprudenza, la quale riconosce, proprio quanto al fondamento della legittimazione all'azione civile di cui si discorre, che "il concetto di reputazione non riguarda soltanto la stima che si ha di sé stessi, ma anche la considerazione che i terzi hanno dei prossimi congiunti per l'agire della persona offesa. La diffamazione si riflette inevitabilmente sui prossimi congiunti per l'offesa subita da un proprio familiare, offesa che si estende sino a coinvolgere le loro persone"¹¹⁵.

consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente. Dopo la morte della persona ritrattata si applicano le disposizioni del secondo, terzo e quarto comma dell'art. 93".

¹¹¹ Il quale prevede che "i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento [(UE) 2016/679: *n.d.r.*], riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione".

¹¹² Osserva V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Personalità (diritti della)*, *Dig. it., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 430 ss., che l'art. 597 c.p., nell'attribuire ai prossimi congiunti la facoltà di proporre querela per le offese alla memoria del defunto, "determina un ampliamento della reputazione del soggetto che agisce a tutela del diritto proprio, nel quale è ricompresa anche la reputazione del *de cuius*".

¹¹³ S. MESSINA, *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Roma, 1953, 44 ss.

¹¹⁴ A. RICCI, *op. cit.*, 103 ss. ed *ivi* riferimenti dottrinali.

¹¹⁵ Trib. Roma, 6 ottobre 2011, in *Resp.*, 2012, 3, 938 ss., con nota di L. GAUDINO e F. RANDI, *Il prezzo dell'onore: la valutazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa*. Nel medesimo senso, Cass., 17 marzo 2017, n. 21209, in *Dir. & giust.*, 2017, 4 maggio; Cass., 28 marzo 2008, n. 8093, in *Guida dir.*, 2008, 26, 82; Cass., 20 dicembre

Pertanto, se l'interesse alla reputazione del congiunto rientra nella *ratio* su cui poggia la sua legittimazione ad agire civilmente per la diffamazione del defunto, omologo interesse – si ripete, configurato come autonomo – dovrebbe, ove leso, poter consentire pretese risarcitorie anche al cospetto della lesione della reputazione di un soggetto vivente con cui intercorre la medesima relazione familiare, giacché uguale è il bene giuridico protetto e omologa la modalità di propagazione dell'illecito e del pregiudizio che ne è conseguito. Questo a maggior ragione ove si tratti di illeciti realizzati mediante strumenti con elevata e diffusa potenzialità offensiva come la rete.

Abstract

FAKE NEWS, DAMAGE TO REPUTATION AND FAMILY RELATIONSHIPS

Il contributo indaga la risarcibilità dei danni che si riflettono sui familiari come effetto della diffusione di notizie false lesive della reputazione, nel contesto di emergenti fenomeni come le cd. *fake news* e in generale alla luce delle caratteristiche della comunicazione in rete. Si possono, infatti, profilare pregiudizi alla sfera degli affetti e delle relazioni familiari, nonché la propagazione dell'offesa a detrimento anche della reputazione dei congiunti.

* * *

This article analyses the compensation of damages reflected on family members as an effect of the dissemination of fake news detrimental to the reputation in the context of emerging phenomena such as the so-called fake news and in general in the light of the online communication's characteristics. In fact, there can be prejudices to the sphere of family's affections and relationships, as well as the propagation of the offense to the detriment of relative's reputation.

2001, n. 16078, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1027; Trib. Sciacca, 16 marzo 2020, n. 112, *Redazione Giuffrè*, 2020; Trib. Lucca, 6 settembre 2019, n. 1213, *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Palermo, 24 giugno 2009, in *Giur. merito*, 2011, 3, 719 ss., con nota di S. PERON ed E. GALBIATI, *Diffamazione e risarcimento del danno tra principi consolidati e contrasti giurisprudenziali*.

**IL SUPERAMENTO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA NEL DIRITTO
BRASILIANO.
ASPETTI SOSTANZIALI E PROCESSUALI**

ÉRICO ANDRADE

Professore "adjunto"

nell'Università Federale di Minas Gerais

LEONARDO NETTO PARENTONI

Professore "adjunto"

nell'Università Federale di Minas Gerais

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il superamento della personalità giuridica: linee generali. – 3. La disciplina sostanziale dell'istituto. – 4. Differenza tra la concezione superamento "tradizionale" e quella più recente dell'istituto – 5. La crisi della limitazione della responsabilità dei soci. – 6. Le recenti riforme della normativa di superamento della personalità giuridica nell'ambito del diritto sostanziale: la riforma del Consolidamento delle Leggi sul Lavoro (CLT) e la Dichiarazione dei Diritti sulla Libertà Economica (legge n. 13.784/2019). – 7. La disciplina processuale dell'istituto nel Codice di Processo Civile del 2015. – 7.1 (*Segue*) ...e l'applicazione da parte della giurisprudenza del lavoro. – 7.2 (*Segue*) ...e i rapporti con c.d. "*fraude execução*". – 7.3 (*Segue*) ... e le difese spendibili dal terzo. – 7.4 (*Segue*) ...e i principi del giusto processo. – 7.5 (*Segue*) ...e l'arbitrato. – 8. Osservazioni conclusive.

1. – Il presente scritto mira a fornire un quadro generale dell'istituto del superamento della personalità giuridica nell'ordinamento brasiliano, alla luce delle modifiche che si sono susseguite negli ultimi anni. Più precisamente, verranno esaminate, per un verso, la principale disposizione che regola la materia dal punto di vista del diritto *sostanziale* (art. 50 codice civile brasiliano), per altro verso, la disciplina, rilevante sotto il profilo *processuale*, dettata dal Codice del Processo Civile del 2015, e quella introdotta dalla "Riforma del Consolidamento delle Leggi sul Lavoro – CLT" e dalla c.d. "Dichiarazione dei Diritti sulla Libertà Economica" (legge n. 13.784/2019).

L'indagine verrà condotta con l'obiettivo di illustrare al lettore italiano il panorama *legislativo* rilevante, muovendo dall'analisi delle finalità comuni delle richiamate riforme, cercando di dimostrare che la regola del superamento della personalità giuridica in Brasile è meno intuitiva di

quanto possa sembrare, sollevando del resto alcune questioni assai controverse, in ordine alle quali il dibattito è ad oggi ancora aperto tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza.

2. – Nell’ordinamento brasiliano – al pari di quanto si riscontra in altri ordinamenti – vige il principio per il quale il soggetto che ha un debito (*debitum*) è il principale responsabile per il pagamento dello stesso (*obligatio*)¹, ferma però l’esistenza di situazioni in cui il debito può essere imputato ad un soggetto diverso. Il superamento della personalità giuridica riguarda, per l’appunto, queste ipotesi: è una delle tecniche usate nel sistema giuridico brasiliano per contrastare l’abuso del diritto che si verifica in situazioni di dissociazione soggettiva tra debito e responsabilità².

Questo istituto riceve differenti denominazioni nei vari Paesi in cui lo si ammette, riscontrandosi molteplici denominazioni all’interno di uno stesso Stato. Pertanto, ai soli fini didattici, sembra utile citarne brevemente alcuni. Nell’ordinamento statunitense e in quello inglese si discorre di *disregard doctrine*, *disregard of corporateness* e *disregard of legal entity*³. Il Portogallo preferisce i termini *desconsideração da personalidade jurídica*⁴ e *levantamento da personalidade colectiva*⁵. In Spagna e nei Paesi latinoamericani di lingua

¹ Cfr. O. GOMES, *Obrigações*, Rio de Janeiro, 2000, 12-13: “Al dovere di prestazione corrisponde il *debitum*, alla soggezione l’*obligatio*, cioè la responsabilità. (...) Innanzitutto esiste coincidenza tra *debitum* e *obligatio*, dal momento che la responsabilità viene manifestata in conseguenza del debito. Esistono situazioni però, nelle quali la scissione si impone per chiarire l’esposizione dogmatica di diversi istituti e punti del diritto delle obbligazioni. Esistono obbligazioni per le quali non v’è coincidenza dei due elementi”. Sul tema, cfr., se si vuole, E. ANDRADE, L. PARENTONI, *Advocacia pública em juízo e o c.p.c. del 2015: intervenção de terceiros (incidente de desconsideração da personalidade jurídica e amicus curiae)*, in R. A. RIBEIRO, T. F. ALMEIDA, M. A. FÉRES, J. S. ALBERGARIA NETO, A. G. ANDRADE, L. G. LEVATE (a cura di), *Advocacia pública em juízo*, Belo Horizonte, 2018, 103 ss.

² Cfr., se si vuole, L. PARENTONI, *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Empirical Legal Studies)*, São Paulo, 2014, 49 s.: “Il superamento della personalità giuridica può essere considerato *derivazione* dall’idea di abuso di diritto, poiché è una tecnica applicabile specificamente al fine di dissuadere abusi connessi alla limitazione di responsabilità commessi per mezzo di centri autonomi di imputazione di diritti e doveri, quando tale limitazione è utilizzata contro le ragioni storiche, economiche e sociali che la condizionano”.

³ K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the Corporate Veil. A Transnational Approach*, Aspen, 2007, 27 ss.

⁴ M. F. RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Coimbra, 2009.

⁵ MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Comercial*, Coimbra, 2000, 20 s.

spagnola prevalgono i termini *desestimación de la personalidad jurídica*⁶, *inoponibilidad de la personalidad jurídica*⁷ o *teoría de la penetración*⁸. Infine, in Italia, l'espressione più utilizzata è *superamento della personalità giuridica*, che si ritrova sin negli studi classici sul tema degli anni sessanta⁹.

Il superamento della personalità giuridica non opera sul piano dell'esistenza o della validità del negozio giuridico¹⁰, quanto su quello dell'*efficacia*¹¹. Ciò significa che il negozio giuridico in relazione al quale esso viene in rilievo produrrà effetti diversi da quelli originariamente previsti, determinando la responsabilità patrimoniale in capo ad un soggetto che, in circostanze normali, non sarebbe ritenuto responsabile. Pertanto, l'effetto principale del superamento della personalità giuridica è quello di rendere *inefficace* la limitazione della responsabilità nei confronti di uno *specifico creditore* e di uno *specifico credito*¹².

Storicamente, attraverso il superamento della personalità giuridica si è imputato al socio un'obbligazione contratta da una società: si discorre in questo caso di superamento *diretto* della personalità giuridica. Si ammette, però, anche l'opposto, quando viene imputata alla società un'obbligazione contratta dal socio personalmente: in questo secondo caso si parla di superamento *inverso*¹³.

3. – Molte, se non innumerevoli, possono essere le circostanze di fatto che legittimano il ricorso al superamento della personalità giuridica, avendole il legislatore brasiliano raggruppate – all'art. 50 del codice civile –

⁶ H.Z. ZÁRATE, *Personalidad jurídica y su desestimación*, in http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Zarate.pdf.

⁷ J.D. GRISPO, *Inoponibilidad de la personalidad societaria*, in www.iprofesional.com/adjuntos/documentos/09/0000929.pdf.

⁸ J.A. GARRONE, *Derecho Comercial: Instituciones Generales, Sociedades, Contratos*, I, 2ª ed., Buenos Aires, 2008, 214.

⁹ P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964.

¹⁰ A. JUNQUEIRA DE AVEVEDO, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 7ª ed. São Paulo, 2010, 63.

¹¹ Cfr., se si vuole, L. PARENTONI, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, Porto Alegre, 2018, 37.

¹² Cfr. C. Salomão Filho, *O Novo Direito Societário*, 3ª ed., São Paulo, 2006, 238; e F. Ulhoa Coelho, *Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*, in *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, n. 36, 38-44, mar. 1992.

¹³ Cfr. se si vuole, L. PARENTONI, *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica: Dogmática e análise científica da jurisprudência brasileira (Jurimetria/Empirical Legal Studies)*, cit., 87-91. L'ipotesi del superamento *inverso* è stata espressamente accolta prima nel codice di rito del 2015, all'art. 133, § 2, e successivamente anche nel codice civile, a seguito di modifica dell'art. 50 c.c. ad opera della l. 13874 del 20 settembre 2019, che ha aggiunto il § 3 all'art. 50 c.c.

in due categorie: *quelle soggettive e quelle oggettive*.

I presupposti *soggettivi* sono quelli che, come il nome stesso dice, hanno un rapporto *diretto* con l'intenzione del soggetto che ha posto in essere l'atto. Essi ricorrono nei casi in ordine ai quali l'art. 50 del codice civile discorre di "abuso della personalità giuridica"¹⁴. Si annoverano pertanto le ipotesi in cui viene fatto consapevolmente affidamento *in modo abusivo* nel principio della limitazione della responsabilità patrimoniale. Ad esempio, in ipotesi di trasferimenti fraudolenti di partecipazioni tra un socio e la società, in cui l'obbligazione di pagamento è a carico di quest'ultima, mentre il corrispondente profitto economico viene dirottato fraudolentemente nel patrimonio personale del socio.

I presupposti *oggettivi*, invece, ricorrono a fronte di situazioni di fatto in cui non si riscontra in capo all'autore dell'atto (o, comunque, non lo si riscontra in via prevalente) l'elemento soggettivo, vale a dire l'intenzione di porre in essere un atto fraudolento, ma la condotta – *oggettivamente considerata* – supera i limiti entro i quali la legge autorizza la limitazione della responsabilità patrimoniale. Un classico esempio – espressamente contemplato all'art. 50 del codice civile brasiliano – si ravvisa nella confusione dei patrimoni¹⁵, che si verifica quando non vengono osservate le formalità contabili e legali necessarie per separare il patrimonio personale dei soci da quello della società.

4. – La disciplina in vigore non regola in modo espresso un importante profilo, che è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina e giurisprudenza già dagli inizi degli anni Duemila. Si tratta dei presupposti per l'operatività dell'istituto in parola, ricostruiti in modo differente dall'orientamento *tradizionale* rispetto a quello più recente: l'impostazione classica richiede al creditore di provare i presupposti soggettivi od oggettivi sopra riferiti; quella più recente ritiene sufficiente la sussistenza di argomenti di ordine economico o di protezione dei soggetti più deboli – come, ad esempio, i

¹⁴ L'art. 50 c.c. così dispone: "In caso di abuso della personalità giuridica, caratterizzato da deviazione di scopo o confusione patrimoniale, il giudice, su richiesta della parte o del Pubblico Ministero, quando gli spetta intervenire nel processo, può superarla affinché gli effetti di certi e determinati rapporti obbligatori ricadano sui beni privati degli amministratori o dei soci della persona giuridica che sono stati beneficiati direttamente o indirettamente dall'abuso". (In portoghese: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso").

¹⁵ J. P. SCALZILLI, *Confusão Patrimonial no Direito Societário*, São Paulo, 2015, 93.

consumatori – con ricadute in punto di onere di prova, essendo la società tenuta a dimostrare la non ricorrenza dei presupposti per l'operatività dell'istituto.

Il *superamento della personalità giuridica nell'impostazione tradizionale* è stato il primo a svilupparsi ed è apparso nelle decisioni di alcune corti di *common law* nel XIX secolo¹⁶. La sua caratteristica principale è quella di *presumere l'uguaglianza formale* tra i soggetti nei rapporti contrattuali, da cui si fa discendere che l'onere di provare la presenza cumulativa di tutti i presupposti di operatività dell'istituto è in capo a chi invoca lo invoca¹⁷; presupposti che nell'ordinamento brasiliano sono di norma stati individuati nella sottocapitalizzazione e nell'abuso della limitazione della responsabilità. Questo approccio, ad esempio, è stato seguito nell'ambito di contenziosi che coinvolgono società di dimensioni economiche simili.

La più recente ricostruzione della portata del *superamento dello schermo societario* si è sviluppata dalla seconda metà del XX secolo, a ragione delle regole speciali applicabili ai microsistemi normativi, come i diritti dei consumatori, dell'ambiente e del diritto del lavoro. La principale differenza rispetto alla teoria classica consiste nella diversità di *presupposti*: il superamento viene difatti invocato in ragione di argomenti di natura economica o di finalità di protezione di soggetti deboli o di beni giuridici di particolare rilevanza, quale, ad esempio, il diritto all'ambiente.

5. – Lo sviluppo dell'orientamento più recente nel diritto brasiliano ha perciò agevolato il riconoscimento di risarcimenti a favore di determinati soggetti, considerati deboli, estendendo la responsabilità ai soci, nei casi in cui la società non aveva il capitale proprio sufficiente per far fronte ai propri debiti. Lo scopo era quello di proteggere i soggetti come i consumatori¹⁸ o i lavoratori subordinati¹⁹, nonché quello di garantire la protezione di beni giuridici strategici²⁰.

In questi ambiti sono state approvate *specifiche previsioni normative*, a mente delle quali "ogniqualevolta" uno di questi soggetti fosse danneggiato, può operare il superamento della personalità giuridica anche in assenza dei

¹⁶ Como no clássico caso *Bank of United States v. Deveaux*, ocorrido nos Estados Unidos da América, em 1809: S. LAHORGUE NUNES; P. H. TORRES BIANQUI. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Considerações sobre a origem do princípio*. In: E. V. A. NOVAES FRANÇA (Coord.). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, 300-303.

¹⁷ Cfr., se si vuole, L. PARENTONI, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, cit., 109.

¹⁸ L. 8.078/1990, il c.d. "Código de Defesa do Consumidor", art. 28, § 5.

¹⁹ "Consolidação das Leis do Trabalho – CLT", art. 2, § 2.

²⁰ L. 9.605/1998, art. 4.

presupposti tradizionali, dunque anche in mancanza di abuso della personalità giuridica, di sottocapitalizzazione o di confusione patrimoniale.

Così, per l'impostazione più recente, è sufficiente che il creditore sia uno dei soggetti tutelati dalle *normative speciali in parola* per prescindere dalla personalità giuridica della società debitrice e raggiungere direttamente il patrimonio dei soci. L'effetto principale è quello di estendere la responsabilità ai soci della persona giuridica debitrice *semplicemente* in ragione dell'insufficienza patrimoniale di quest'ultima, anche se *non* vi è stata condotta illecita (sotto il profilo soggettivo o oggettivo) da parte del socio il cui patrimonio è stato colpito. In questo caso, come sarà spiegato più in avanti²¹, nel momento dell'esecuzione della sentenza di condanna resa nei confronti della società, verificato che questa non ha beni, si procedeva al pignoramento contro i soci. In altre parole si era di fronte ad una sorta di solidarietà passiva tra i soci e la società. In aggiunta, *qualsiasi* attività imprenditoriale soggetta a una delle suddette discipline speciali (come la vendita di qualsiasi prodotto o servizio al consumatore finale o la generalità dei rapporti di lavoro) genererebbe questo tipo di "solidarietà passiva", in modo *totalmente contrario al principio della separazione patrimoniale*.

Come ci si potrebbe aspettare, dato il suo ampio campo di applicazione, il ricorso a questa ricostruzione del superamento dello schermo societario è stato fonte di abusi da parte della giurisprudenza. Si è assistito infatti ad un utilizzo indiscriminato dell'istituto, avendo i tribunali brasiliani iniziato, specialmente nell'ambito del diritto del lavoro, dell'ambiente e dei consumatori, a riconoscere la responsabilità in modo sostanzialmente automatico in capo ai soci, a prescindere, peraltro, dal fatto che fossero stati parti nel processo contro la società. Alcune di queste decisioni sono arrivate perfino ad estendere la responsabilità ai soci con una piccola partecipazione del capitale sociale (per esempio, inferiore al 5%), soci che non avevano mai partecipato alla gestione della società, che non avevano mai frequentato la sua sede sociale e nei confronti dei quali non v'era nemmeno un accenno di frode. Tutti sono stati *ritenuti responsabili semplicemente per il fatto di essere soci*, sulla base di un'applicazione irragionevole della impostazione c.d. più recente dell'istituto.

Negli ultimi anni, in Brasile, sono stati resi innumerevoli provvedimenti giudiziari di questo tipo, principalmente in controversie di lavoro²². Si tratta

²¹ Cfr. *infra*, § 7.

²² Cfr., per esempio, *Tribunal Superior do Trabalho*. 3ª Turma, AIRR. n.º 87969-58.2001.5.15.5555, j. 08.05.2002, Rel. Juíza Convocada Eneida Melo Correia de Araújo (in www.tst.jus.br); *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. 9ª Câmara Cível, AI. n.º 70032657991, j. 25.11.2009, Rel. Desembargadora Iris Helena Medeiros Nogueira (in www.tjrs.jus.br); *Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. 7ª Câmara Cível, AI. n.º 0668434-

di un approccio verso il quale chi scrive non può che esprimere fermo dissenso, anche ragione delle molte sono le ricadute negative che esso comporta: l'aumento del prezzo dei prodotti e dei servizi per il consumatore, connesso ai costi delle coperture assicurative da parte dei produttori, incorporati nel prezzo finale²³; l'esodo aziendale verso i Paesi che offrono maggiore sicurezza giuridica agli investitori, rispettando la separazione patrimoniale tra i soci e la società, a discapito degli investimenti in Brasile²⁴; l'ostacolo all'innovazione e all'ingresso di nuovi agenti sul mercato nazionale, giacché molti imprenditori semplicemente non sono disposti ad investire con tale rischio.

Le reazioni all'uso improprio dell'istituto del superamento c.d. *più recente* sono state dure non solo da parte dell'ambiente imprenditoriale, ma anche della dottrina, la quale ha sottolineato la necessità di recuperare i presupposti e i limiti tradizionali dell'istituto, in nome della certezza del diritto e del buon funzionamento dei mercati. I titoli di alcuni libri recentemente pubblicati permettono di cogliere l'atteggiamento critico degli autori brasiliani, fra i quali, ad esempio, si possono menzionare *La fine della responsabilità limitata in Brasile*²⁵ o *Decostruzione del superamento della personalità giuridica*²⁶. Uno degli autori del presente scritto ha anche affrontato l'argomento in modo critico, focalizzandosi sulle conseguenze negative di queste interpretazioni, sia sotto l'aspetto microeconomico, sia macroeconomico²⁷. Si può dunque dire che si è formata una corrente di pensiero, tesa al rispetto della separazione patrimoniale e del principio della limitazione della responsabilità.

Le critiche della dottrina nei confronti del surriferito orientamento giurisprudenziale hanno indotto il legislatore a modificare la regolamentazione dell'istituto in parola, con lo scopo di limitarne il campo di applicazione, riprenderne i presupposti classici e, di conseguenza, agevolare la prevedibilità e certezza del diritto²⁸. Soprattutto perché la mancanza di questi

90.2006.8.13.0471, j. 15.09.2009, Rel. Desembargador Edivaldo George dos Santos (in www.tjmg.jus.br).

²³ T. ANCONA LOPEZ, *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, São Paulo, 2010, 48.

²⁴ R. L. LORENZETTI, *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*, 2ª ed. São Paulo, 2010, 65.

²⁵ B. SALAMA, *O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil*, São Paulos, 2014.

²⁶ M. T. G. NUNES, *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, São Paulo, 2007.

²⁷ L. PARENTONI, *Desconsideração Contemporânea da Personalidade Jurídica*, cit., 157 e ss.

²⁸ Cfr. N. IRTI, *L'Ordine giuridico del mercato*, Roma, 2001, 5. "Nessuno dubita che il mercato sia un *ordine*: taluni lo dichiarano esplicitamente, altri lo presuppongono o lo lasciano argomentare. Ordine, nel senso di *regolarità* e *prevedibilità dell'agire*: chi

presupposti compromette il flusso stesso dei rapporti economici e dei contratti commerciali²⁹. In altre parole, si è passati a respingere e a combattere l'applicazione operata dall'orientamento più recente, per il quale non è necessaria la frode o qualsiasi tipo di atto illecito da parte della persona giuridica debitrice. Sono dunque stati respinti gli insegnamenti desumibili dalle decisioni giudiziali che applicavano d'ufficio il superamento indistintamente nei confronti di tutti i soci, compresi quei soci di minoranza o comunque privi di potere di gestione, solo perché erano soci.

Tre sono le recenti modifiche legislative, che toccano sia l'ambito del diritto sostanziale, sia di quello processuale, che meritano di essere segnalate: i) sotto il profilo del diritto *sostanziale*, la Riforma del Consolidamento delle Leggi sul Lavoro del 2017, e, più recentemente, l'emanazione della Dichiarazione dei Diritti sulla libertà economica (legge n. 13.784/2019); ii) sotto quello del diritto processuale, il codice di procedura civile del 2015, che regola specificamente l'incidente denominato "superamento della personalità giuridica" (artt. 133/137).

6. – Negli ultimi anni, il Brasile ha subito due profondi cambiamenti della disciplina *sostanziale* del superamento della personalità giuridica.

Nel 2017, si è assistito ad una novella del Consolidamento delle Leggi sul Lavoro – CLT – nota come riforma del CLT (legge n. 13.467/2017) – la principale legge, risalente al 1942, dello Stato brasiliano nell'ambito del diritto lavoro. Le modifiche apportate hanno avuto l'obiettivo di ridurre i costi lavorativi per i datori di lavoro e rendere lo Stato brasiliano più competitivo. Successivamente, nel 2019, con l'obiettivo di ridurre la burocrazia e l'ingerenza dello Stato nell'iniziativa privata e privilegiare l'autonomia degli agenti economici, è stata approvata la legge n. 13.784/2019 – nota come *Dichiarazione dei Diritti sulla Libertà economica* – che ha inciso sull'art. 50 del codice civile, nei termini appresso illustrati.

Per quanto qui rileva, le due leggi citate avevano lo scopo comune di *fissare parametri aggiuntivi per l'applicazione del superamento della personalità giuridica, circoscrivendone la portata rafforzandone la prevedibilità di applicazione, alla luce della volontà di offrire maggiore certezza del diritto*. Gli interventi legislativi, dunque, sono stati tesi a limitare l'eccessiva applicazione di questo istituto da parte della giurisprudenza.

La "Riforma del CLT" ha modificato l'art. 2 del Consolidamento delle

entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole (...)" . Più recentemente, dello stesso N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

²⁹ P. FORGIONI, *Teoria General dos Contratos Empresariais*, São Paulo, 2009, 75.

Leggi sul Lavoro (CLT)³⁰, che la giurisprudenza era solita richiamare al fine di giustificare l'applicazione del superamento della personalità giuridica. Questa legge ha inserito un 3° comma nel richiamato art. 2, stabilendo espressamente che due o di più società i cui soci sono i medesimi non costituiscono, per ciò solo, un gruppo di società, essendo necessaria la dimostrazione dell'effettiva comunione di interessi e l'azione congiunta delle società³¹. L'intenzione di *respingere* l'incidenza del *superamento nella accezione più recente* è chiaramente percepita nella nuova norma, in quanto richiede la prova dei presupposti del superamento richiesti dall'orientamento tradizionale, come la "comunione effettiva degli interessi" e "l'azione congiunta delle imprese", integranti uno stesso gruppo economico affinché possa essere riconosciuto l'abuso della personalità giuridica e, di conseguenza, si possa agire nei confronti di altre società, diverse da quella debitrice, ma appartenenti allo stesso gruppo. In tal modo, il legislatore ha tentato di reintrodurre nella normativa sul lavoro la necessità di conformarsi ai presupposti del superamento c.d. tradizionale, come disciplinato dall'articolo 50 del codice civile brasiliano³².

La seconda modifica legislativa recente riguarda l'art. 50 del codice civile, il quale – come si è visto – regola gli aspetti *sostanziali* del superamento della personalità giuridica. Questo articolo elencava sia i presupposti soggettivi (inclusi nelle espressioni "abuso di personalità

³⁰ Cfr. la redazione originale dell'art. 2, comma 1 e comma 2 del "CLT": "Art. 2 - Si considera datore di lavoro la società, individuale o collettiva che, assumendo i rischi dell'attività economica, assume, coordina e gestisce la prestazione personale di servizi. § 1 – Equivalgono a datore di lavoro, agli effetti esclusivi del rapporto di lavoro, i liberi professionisti, le istituzioni benefiche, le associazioni ricreative o altre istituzioni senza scopo di lucro, che assumono lavoratori come dipendenti. § 2 - Sempre che una o più società, pur avendo ciascuna di esse una personalità giuridica propria, siano sotto la direzione, controllo o amministrazione di un'altra, costituendo un gruppo industriale, commerciale o di qualunque altra attività economica, saranno, agli effetti del rapporto di lavoro, solidalmente responsabili la società capogruppo e ognuna delle società controllate".

³¹ La legge 13.467/2017, ha modificato il comma 2 dell'art. 2 del "CLT" ed ha anche inserito il nuovo comma 3 allo stesso art. 2 del "CLT": "Art. 2 (...) § 2 Ogniquale una o più società, sebbene ciascuna abbia la propria personalità giuridica, sono sotto la direzione, il controllo o l'amministrazione di un'altra, o anche quando, pur conservando ciascuna la propria autonomia, fanno parte di un gruppo economico, saranno solidalmente responsabili per le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro. § 3 La mera identità dei soci non caratterizza un gruppo economico, essendo necessaria, per la configurazione del gruppo, la dimostrazione dell'interesse integrato, l'effettiva comunione di interessi e la prestazione congiunta delle società partecipe del gruppo".

³² Cfr., se si vuole, L. PARENTONI, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, cit., 58-73.

giuridica" e "deviazione dallo scopo"), sia i presupposti oggettivi del superamento della personalità giuridica ("confusione patrimoniale", ad esempio), la prova della cui sussistenza incombe in capo a chi invochi il superamento dello schermo societario. Si tratta di presupposti ben più rigorosi rispetto a quelli che l'orientamento del c.d. superamento più recente considera sufficienti. Tuttavia, la giurisprudenza non ha mancato di "disapplicare", in modo, a parere di chi scrive, per nulla condivisibile, ritenendo possibile predicare il superamento della personalità giuridica a dispetto dell'assenza dei presupposti annoverati all'art. 50 c.c.

Con la legge n. 13.874/2019, si è cercato, tra gli altri obiettivi, di attuare la de-burocratizzazione dello Stato brasiliano, riducendo il ruolo dello Stato e creando un ambiente imprenditoriale più favorevole agli affari, riducendo, tra l'altro, le ipotesi di circostanze, già eccezionali, in cui può essere applicato l'istituto in parola. In questo modo si auspica una maggiore prevedibilità in ordine al ricorso che ad esso venga operato dalle corti, limitando il rischio per i soci o per società appartenenti al medesimo gruppo di essere chiamate a rispondere dei debiti della società debitrice principale. Con questo obiettivo il legislatore del 2019 è intervenuto sull'art. 50 c.c.

Innanzitutto, proprio nel *caput* dell'art. 50, è stata aggiunta la previsione per la quale gli effetti del superamento della personalità giuridica operano solo a danno dei soggetti beneficiati "direttamente o indirettamente dall'abuso"³³. Lo scopo della nuova norma è quello di *ostacolare le richieste di superamento della personalità giuridica generiche*, che la giurisprudenza si era mostrata incline ad accogliere nei confronti di tutti i soci della società debitrice, anche in assenza di allegazione e prova della condotta abusiva o fraudolenta realizzata da ciascuno di essi. Tali richieste raggiungevano – come si è detto – anche i soci di minoranza, che non avevano nessun collegamento con gli organi amministrativi della società, e che al fine erano obbligati a sopportare il debito altrui, a cui non avevano dato causa e di cui non conoscevano nemmeno l'esistenza. In altre parole, la stessa conseguenza

³³ Cfr. art. 50 c.c. nel testo modificato dalla l. 13.874/2019: "Art. 50. In caso di abuso della personalità giuridica, caratterizzato da deviazione di scopo o confusione patrimoniale, il giudice, su richiesta della parte o del Pubblico Ministero, nei casi in cui può intervenire nel processo, può superarla affinché gli effetti di certi e determinati rapporti obbligatori ricadano sui beni privati degli amministratori o dei soci della persona giuridica che sono stati *beneficiati direttamente o indirettamente dall'abuso*". In portoghese: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso".

della solidarietà passiva è stata impropriamente applicata al superamento della personalità giuridica, in quanto non vi era alcuna base giuridica o contrattuale per l'incidenza della solidarietà in questi casi. Al contrario, i soci di minoranza e in buona fede venivano colti di sorpresa con richieste di pagamento per debiti – spesso di significativa entità – che non avrebbero dovuto in nessun caso essere loro imputati.

Il nuovo testo, ai commi 1 e 2, fornisce un'interpretazione autentica³⁴ di quelle che sarebbero le ipotesi rispettivamente di “abuso di scopo” e di “confusione patrimoniale”, i principali presupposti soggettivi ed oggettivi sui quali può essere fondato il superamento della personalità giuridica. L'intenzione del legislatore qui è stata quella di fare chiarezza sulla esatta configurazione di queste ipotesi, al fine di ridurre l'attivismo giudiziario³⁵ di cui sopra, criticamente, si è detto³⁶.

Il nuovo comma 3 dell'art. 50 c.c., d'altra parte – pur essendo la fattispecie già da tempo pacificamente riconosciuta in dottrina e in giurisprudenza – ha solo messo in luce l'esistenza del superamento *inverso*³⁷.

³⁴ G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 51 ss.: “Per ‘interpretazione autentica’ si intende l'attività interpretativa ed il prodotto dell'interpretazione compiuta dallo stesso autore dell'oggetto dell'interpretazione successivamente alla, o separatamente dalla, produzione dell'oggetto stesso: ad esempio la legge interpretativa di altra legge”.

³⁵ E. S. RAMOS, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, 2ª ed., São Paulo, 2015, 131.

³⁶ Vedasi la nuova formulazione dei commi 1 e 2 dell'art. 50 del codice civile successiva alla l. 13.874 / 2019: “Art. 50. (...) 1. Ai fini delle disposizioni del presente articolo, per deviazione dallo scopo si intende l'utilizzo della persona giuridica allo scopo di danneggiare i creditori e commettere atti illeciti di qualsiasi sorta. 2. Per confusione patrimoniale si intende l'assenza di una separazione di fatto tra i patrimoni, caratterizzata da: I - adempimento ripetitivo da parte della società degli obblighi del socio o dell'amministratore o viceversa; II - trasferimento di attività o passività senza corrispettivo effettivo, ad eccezione di quelle di valore proporzionalmente non significativo; e III - altri atti di mancato rispetto dell'autonomia patrimoniale”. In portoghese: “Art. 50. (...) § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. §2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial”.

³⁷ Vedasi la nuova dicitura del comma 3º introdotta nell'art. 50 del codice civile dalla l. 13.874 / 2019: “Art. 50. (...) § 3 Le disposizioni del capoverso e dei commi 1 e 2 di questo articolo si applicano anche all'estensione degli obblighi dei soci o degli amministratori alla persona giuridica”. In portoghese: “Art. 50. (...) § 3º O disposto no

Il comma 4 di questo articolo ha la stessa finalità del nuovo comma 3 dell'art. 2 del CLT, di cui sopra si è accennato, volta a limitare l'incidenza del superamento della personalità giuridica nei gruppi di società³⁸. Ciò che emerge è che è lecito effettuare la pianificazione aziendale in modo che una determinata impresa sia organizzata sotto forma di un gruppo, suddividendo ogni parte delle proprie attività (e le rispettive responsabilità) in persone giuridiche diverse, anziché concentrare il tutto in un'unica società. È il diritto che ha l'imprenditore di "non mettere tutte le uova nello stesso paniere". Questo diritto veniva ripetutamente negato dalla prassi giudiziaria che ammetteva il superamento dello schermo societario nell'ambito gruppi economici, per il semplice fatto dell'esistenza del gruppo.

Infine, l'ultima disposizione introdotta dalle recenti riforme legislative è il comma 5 dell'art. 50 c.c. In certo modo connesso al comma 4 sopra analizzato si evidenzia anche *l'autonomia della volontà dell'imprenditore* e il suo diritto di *modificare liberamente l'oggetto sociale*, sia per escludere, sia per aggiungere nuove attività, senza che ciò implichi, di per sé, un presupposto per giustificare il superamento dello schermo societario.³⁹ Si è trattato di una presa di posizione del legislatore contro quelle decisioni giudiziarie che consideravano fraudolenta una semplice strategia aziendale consistente nel riorganizzare i propri settori di attività, anche in assenza di frode, confusione patrimoniale o qualsiasi altro atto illecito.

7. – Su altro fronte, il legislatore è intervenuto, con la l. 13105, il c.d. nuovo Codice di Procedura Civile del 2015, in modo innovativo sul piano della disciplina processuale, introducendo rilevanti previsioni, al fine di regolare gli aspetti processuali del superamento dello schermo societario, con l'obiettivo principale di garantire *l'effettiva osservanza del contraddittorio*, preferibilmente *prima* dell'aggressione in via esecutiva.

In precedenza non v'erano norme che regolassero gli aspetti processuali

caput e nos §§ 1 e 2 deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica".

³⁸ Vedasi la nuova dicitura del comma 4 introdotta nell'art. 50 del codice civile dalla l. 13.874 / 2019: "Art. 50. (...) comma 4. La mera esistenza di un gruppo economico senza la ricorrenza dei requisiti di cui al capoverso di questo articolo non autorizza il superamento della personalità della persona giuridica". In portoghese: "Art. 50. (...) §4 A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica".

³⁹ Vedasi la nuova dicitura del comma 5 introdotta nell'art. 50 del codice civile dalla l. 13.874 / 2019: "comma 5. Non costituisce una deviazione di scopo la mera espansione o l'alterazione dello scopo originale della attività economica specifica della persona giuridica". In portoghese: "Art. 50. (...) §5 Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica".

dell'istituto del superamento della personalità giuridica. La giurisprudenza prevalente, a dispetto di ciò, lo accordava di norma nell'ambito del processo di esecuzione oppure in quello di esecuzione di sentenza⁴⁰, autorizzando il pignoramento dei beni dei soci (per usare l'esempio più comune nella prassi del superamento *diretto*), inizialmente estranei, ossia terzi rispetto al processo di esecuzione oppure di esecuzione di sentenza, senza garantire nei loro confronti un previo contraddittorio, che poteva essere realizzato solo successivamente, con l'utilizzo dei mezzi di opposizione (quali "*embargos do executado*" oppure "*embargos de terceiros*")⁴¹. In altri termini, prima si procedeva al pignoramento dei beni dei soci, nell'ambito del processo contro la persona giuridica e del quale il socio non era parte, e soltanto dopo il pignoramento si apriva la possibilità di instaurare il contraddittorio con il socio.

Al fine di recuperare la necessità del contraddittorio *effettivo* e, di norma, *preventivo* rispetto al pignoramento dei beni dei soci, il codice di rito del 2015 sancisce un principio fondamentale, là dove stabilisce che "non verrà pronunciata decisione contro una delle parti senza che essa sia

⁴⁰ Con riferimento alla tutela esecutiva, si assiste, con l'entrata in vigore del c.p.c. del 2015, a sostanziali modifiche, a seguito di un movimento riformatore già in essere dal 1994 (cfr. H. THEODORO JÚNIOR, *O Cumprimento de Sentença*, 2ª ed., Belo Horizonte 2006; nel diritto italiano, per una proposta nella direzione di un processo unico svolgendosi in due fasi, cognizione e esecuzione, cfr. V. TAVORMINA, *Diritto e processo rivisitati*, 16 ss. in www.judicium.it): le sentenze non vengono più portate ad esecuzione attraverso un autonomo processo esecutivo, ma è lo stesso giudice che presiede alla loro esecuzione, come proseguimento naturale all'interno del processo di cognizione stesso, in cui sono state pronunciate. Così, è competente, in via generale, per l'esecuzione, lo stesso giudice di primo grado che ha trattato la causa (art. 516, comma II); tuttavia, il creditore, secondo il nuovo codice, potrà richiedere la rimessione del processo al giudice dove si trovano beni pignorabili del debitore o anche al giudice del domicilio attuale del debitore (art. 516, comma unico). L'esecuzione, denominata "*cumprimento de sentença*", si configura dunque come fase del processo di cognizione ed è regolata nel libro I della parte speciale del codice, dedicato al processo di cognizione, artt. 513 e ss. (sul c.d. "*cumprimento de sentença*" nel c.p.c. del 2015, cfr. H. THEODORO JÚNIOR, *Compimento della sentenza nel c.p.c. brasiliano, specialmente nei casi di obbligazioni di somma di denaro*, in *Rev. proc.*, 2016, 237 e ss.). Si tratta di applicare gli stessi meccanismi di tutela esecutiva inseriti nel processo di esecuzione autonomo, che rimane nel nuovo codice per gli obblighi oggetto dei titoli stragiudiziali (art. 771 del libro II della parte speciale, c.p.c.), come il pignoramento dei beni del debitore nel caso di condanna al pagamento di somma in denaro, ma la tutela esecutiva assume nuova regolamentazione procedimentale, più semplificata, all'interno del processo di cognizione stesso.

⁴¹ Cfr., se si vuole, E. ANDRADE, L. PARENTONI, *Advocacia pública em juízo e o CPC/2015: intervenção de terceiros (incidente de desconsideração da personalidade jurídica e amicus curiae)*, cit., 115-116.

previamente sentita" (art. 9)⁴² e, con ciò, regola anche l'incidente del superamento dello schermo societario (artt. 133 a 137)⁴³. Si rafforza così, nell'ambito del trattamento della responsabilità patrimoniale di terzi (art. 790, VII), l'obbligatorietà dell'osservanza di un procedimento adeguato affinché possa realizzarsi il superamento dello schermo societario e sia possibile dunque procedere a pignorare i beni dei soci (art. 795, § 4).

In sintesi, l'incidente del superamento *diretto* oppure *inverso*, previsto dal codice di procedura civile del 2015 (art. 133 *caput*, § 2), è possibile in tutte le fasi del processo di cognizione, anche davanti alle corti d'appello (art. 932, VI)⁴⁴, nell'esecuzione di sentenza e nel processo di esecuzione basato su titolo extragiudiziale (art. 134), e anche nei "*juizados especiais*" (art. 1062). Il giudice non può procedere d'ufficio, esigendosi la domanda di parte, che deve soddisfare i presupposti previsti dal diritto sostanziale (artt. 133, §1, e 134, §4)⁴⁵, incombendo l'onere della prova in capo a chi invoca il superamento⁴⁶.

Con il provvedimento di ammissione dell'incidente viene sospeso il processo principale (art. 134, § 3) e si procede alla notificazione dell'istanza di responsabilità del socio (superamento diretto) oppure della persona giuridica (superamento inverso) per il debito, affinché possa difendersi (art. 135), in modo che i beni dei soci oppure della persona giuridica potranno

⁴² La norma fondamentale dell'art. 9 del c.p.c. del 2015 è – secondo F.L. YARSHELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, in A.P. CABRAL, R. CRAMER, (a cura di), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 2016, 230 – quella dell'"ispirazione generale" dell'incidente di disconoscimento della personalità giuridica.

⁴³ Cfr. F.L. YARSHELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, cit., 230: "La legge ha inserito il nuovo istituto come specie del genere *intervento dei terzi*, al tempo stesso in cui ha qualificato come *incidente*. Infatti, il concetto di *terzo* guarda il processo c, comunque ciò non sia stato previsto nel codice abrogato: il responsabile patrimoniale che qui si suppone (e che non sia debitore) non è presente nel rapporto processuale. Se, e quando, sarà convenuto nel processo, perderà la qualità di terzo e tecnicamente verrà qualificato come *parte*".

⁴⁴ Le corti di appello in Brasile sono quelle federali ("*Tribunais Regionais Federais*") e degli Stati membri della Federazione ("*Tribunais de Justiça*"). In dottrina però vi è anche chi ha sostenuto l'impossibilità di applicare l'incidente di superamento della personalità giuridica davanti alle corti superiori, ossia sarebbe possibile solo davanti alle corti d'appello, cfr. F. DIDIER JR., L.C. DA CUNHA, *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador, 2016, vol. 3, 57.

⁴⁵ I presupposti si trovano nella norma "base" del superamento della personalità giuridica nel diritto sostanziale brasiliano, l'art. 50 c.c. e sono tre: i) uso abusivo della personalità giuridica; ii) confusione patrimoniale tra socio e persona giuridica; iii) beneficio del socio diretto o indiretto derivante dall'abuso.

⁴⁶ Cfr. L.G. MARINONI, S. C. ARENHART, D. MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, São Paulo, 2015, vol. 2, 106/107.

essere, di regola, pignorati solo dopo l'accertamento dei presupposti previsti dalla legge (artt. 136 e 137), sì da garantire il rispetto del contraddittorio nei confronti dei soci (superamento diretto) o delle società (superamento inverso). Il procedimento si chiude con un provvedimento del giudice ("*decisão interlocutória*", diverso dalla sentenza), soggetto ad impugnazione attraverso il c.d. "agravo de instrumento" (artt. 136, par. unico, e 1015, IV). Il provvedimento giudiziale è idoneo al giudicato sostanziale e può essere oggetto anche d'impugnazione per revocazione (la c.d. "*ação rescisória*").

7.1 – Il requisito della *preventiva richiesta* dell'interessato è stato inserito nel diritto processuale in risposta all'utilizzo eccessivo del superamento della personalità giuridica da parte della "*Justiça do Trabalho*" (Giustizia del Lavoro)⁴⁷. In questo ambito le corti autorizzavano il superamento non solo senza nemmeno ascoltare le parti interessate, ma anche *ex officio*. Anche dopo l'entrata in vigore del c.p.c. del 2015, la Giustizia del Lavoro ha continuato – e continua ancora – a non garantire il contraddittorio *preventivo*. Il nuovo Codice è *espresso* nel senso dell'applicazione in via sussidiaria delle sue disposizioni alla Giustizia del Lavoro⁴⁸, tuttavia la Corte Superiore del Lavoro – "*Tribunal Superior do Trabalho – TST*" –, ha affermato che esisterebbe l'obbligo di osservanza della procedura del superamento della personalità giuridica regolata dal c.p.c. del 2015, ma non la necessità dell'istanza di parte. In altri termini, nelle controversie di lavoro, il "*TST*" ha ammesso che i giudici possano continuare ad applicare *ex officio* il superamento dello schermo societario⁴⁹. Si è dunque di fronte ad una vera e propria "ribellione pretoria" contro l'espressa disposizione di legge.

L'argomento utilizzato dal "*TST*" a sostegno di questa posizione era l'articolo 878 del CLT, che prevedeva che l'esecuzione poteva essere promossa anche "d'ufficio dal giudice o dal presidente della Corte"⁵⁰. Questa interpretazione era discutibile, poiché il riferito articolo deve essere interpretato nel senso che l'iniziativa giudiziaria di promuovere l'esecuzione può avvenire solo nei confronti di coloro già indicati *nel titolo esecutivo*, giudiziale o extragiudiziale, dal quale risulti sia l'esistenza del debito, sia chi

⁴⁷ In Brasile le controversie in materia di lavoro sono decise da una giurisdizione diversa da quella ordinaria civile, denominata "*Justiça do Trabalho*", con giudici e corti specifiche (art. art. 111, Cost.), la cui corte di vertice è il "*Tribunal Superior do Trabalho – TST*" e sono regolate da un procedimento speciale il c.d. "*processo do trabalho*" (CLT, artt. 763 e ss).

⁴⁸ Cfr. art. 15 del CPC/2015.

⁴⁹ *Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa* n. 39, de 10 mar. 2016, art. 6 (in *www.tst.jus.br*).

⁵⁰ Per esempio, *Tribunal Superior do Trabalho. 5ª Turma*, AIRR. n. 42040-79.1997.5.06.0011, j. 16.12.2009, Rel. Ministro Emmanoel Pereira (in *www.tst.jus.br*).

è il debitore. Ciò, ad esempio, si verifica qualora i soci della società debitrice originaria siano stati convenuti nel giudizio già durante la fase di cognizione. Cosa assai diversa è ammettere l'esecuzione *d'ufficio* del titolo esecutivo *nei confronti di terzi*.

In base al riferito art. 878 del CLT, il "TST" ha stabilito che il precedente incidente del superamento della personalità giuridica sarebbe obbligatorio nelle cause del lavoro, ma non dipenderebbe da una richiesta dell'interessato, e potrebbe essere attivato d'ufficio dal giudice. Questa regola non si trovava né nel c.p.c. del 2015, né nel CLT.

L'argomentazione del TST, che era già discutibile sulla base delle motivazioni precedentemente esposte, è diventata *insostenibile* dopo la riforma del CLT del 2017. In effetti, la riforma del CLT ha novellato l'art. 878 CLT sì da prevedere che l'esecuzione della decisione giudiziaria su iniziativa del magistrato stesso possa avvenire solo "nei casi in cui le parti *non* siano rappresentate da un avvocato". Resta più che evidente l'intenzione del legislatore di *vietare* il superamento d'ufficio dello schermo societario nelle cause laburistiche, sottolineando che la domanda di parte costituisce *prerogativa esclusiva dell'avvocato*. In altre parole, non si giustifica la posizione del "Tribunal Superior do Trabalho" nell'applicazione del superamento d'ufficio, né dalle disposizioni del c.p.c. del 2015, né dalla nuova formulazione del CLT stesso.

7.2 – Il c.p.c. del 2015 fa chiarezza su un aspetto importante, quello del rapporto fra l'istituto del superamento e quello della c.d. "*fraude execução*" (frode all'esecuzione)⁵¹: l'art. 137 del Codice prevede che, in caso di accoglimento della richiesta di superamento dello schermo societario, eventuali alienazioni o oneri sui beni, effettuati, ad esempio, dal socio imputato nel procedimento, saranno considerati posti in essere in frode ed inefficaci nei confronti del creditore richiedente del superamento (solo il creditore che sia parte nel processo, non ammettendosi, di norma, intervento di altri creditori, tranne nel caso di fallimento). La regola è completata dal comma 3 dell'art. 792 c.p.c., il quale stabilisce che per stabilire se un determinato atto sia all'esecuzione si fa riferimento alla chiamata in causa *della persona giuridica stessa*, convenuta nel procedimento principale, la cui personalità si intende superare, e non alla chiamata in causa del socio nel procedimento di superamento, come, peraltro, sembrerebbe più logico⁵².

Questo profilo sarà sicuramente oggetto di dibattito: si consideri la situazione in cui un terzo acquista un determinato bene da un socio, contro il quale, al momento dell'acquisto, non è stata proposta alcuna domanda.

⁵¹ Cfr. art. 792 c.p.c. del 2015.

⁵² Cfr. F. L. YARSHELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, cit., 241.

Successivamente, nell'ambito di un'azione contro la società, specificamente nella fase di esecuzione della sentenza, il socio che fino ad allora era un terzo in relazione al giudizio, viene coinvolto nello stesso, al fine di ottenere la pronuncia giudiziale di superamento della personalità giuridica, con l'effetto che *gli effetti di tale coinvolgimento retroagiscono al momento della notifica dell'atto introduttivo alla società* (e non decorrono, per contro, solo dalla successiva notifica del socio effettuata nel procedimento di superamento). Ossia, il coinvolgimento del socio, di norma, si verifica *a posteriori*, dopo il giudicato – senza dimenticare, però, che l'incidente potrebbe essere iniziato anche prima del giudicato o in qualsiasi fase del procedimento secondo l'art. 134 del codice di rito –, nel momento in cui il giudice, a istanza del creditore, coinvolge i soci nel processo, ma in questo caso, proprio nell'incidente di superamento dello schermo societario, i soci potranno difendersi senza essere vincolati al giudicato, vincolante solo nei confronti della società. Tuttavia, il giudice sarà chiamato ad accertare se i soci rispondono o meno per il debito con i loro beni.

In tal caso, il contratto di acquisto fra socio e terzo, posto in essere in buona fede e senza che vi fosse evidenza di un giudizio pendente contro il socio potrebbe essere *successivamente considerato, in modo retroattivo*, come un'alienazione in *frode all'esecuzione*. In questo scenario, sembra potersi sostenere tuttavia che non vi sia margine per considerare l'atto inefficace nei confronti del terzo di buona fede⁵³. Questa è la lettura che pare maggiormente condivisibile per la tutela del terzo; lettura che è però tutt'altro che pacifica, in particolare in giurisprudenza.

7.3 – Un altro tema importante e delicato in relazione al nuovo incidente è quello relativo all'ampiezza delle difese spendibili *dal socio o dalla persona giuridica chiamata a partecipare all'incidente* (c.p.c. del 2015, art. 135). Il quesito che si pone è se le difese siano circoscritte alla sola questione relativa alla possibilità di superare lo schermo societario oppure se il convenuto nell'incidente possa difendersi anche con riferimento al merito del *debito* oggetto della domanda contro il debitore principale.

Inoltre, lo scenario si complica ulteriormente quando l'incidente in esame si colloca *nella fase di esecuzione definitiva della sentenza* passata in giudicato (o anche nell'ambiente della c.d. esecuzione provvisoria, quando la sentenza sia impugnata con un mezzo senza effetto sospensivo), pronunciata *unicamente* nei confronti del debitore principale. Il quesito è se il soggetto, che fino a quel momento *non* era parte del processo, possa difendersi in

⁵³ Cfr., se si vuole, L. PARENTONI, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, cit., 127/129; e F.L. YARSHELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, cit., 242.

modo ampio, *anche nella fase esecutiva*, mettendo in discussione *qualsiasi aspetto del debito*, o se invece debba *limitare* la sua difesa unicamente alle questioni deducibili nella fase di *esecuzione*.

All'interrogativo va offerta risposta positiva, in ragione del fatto che il codice di procedura civile del 2015, soprattutto agli artt. 7 e 9, sancisce quale regola fondamentale il rispetto del contraddittorio effettivo: il socio potrebbe difendersi *ampiamente* non solo sotto il profilo relativo alla sussistenza dei presupposti per l'estensione della responsabilità patrimoniale, ma anche mettendo in discussione il credito pur accertato contro il convenuto originario⁵⁴. Questa possibilità va pertanto predicata anche *nell'ambito dell'esecuzione della sentenza*, tenuto conto che l'accertamento di cui alla sentenza resa nei confronti debitore principale non dovrebbe avere effetti pregiudizievoli nei confronti di un terzo rispetto al procedimento in cui è stata pronunciata (art. 506, c.p.c. del 2015)⁵⁵.

Questa affermazione sollecita un altro interrogativo, se l'indagine sull'esistenza dei presupposti per operatività del superamento dello schermo societario e sulla sussistenza ed ammontare del credito vada svolta congiuntamente nell'ambito dell'incidente di superamento oppure se prima debba essere risolta la questione relativa al tema del superamento della personalità giuridica e solo in caso affermativo, si apra la possibilità di discutere sul credito. A mio avviso, i principi di efficienza (c.p.c. del 2015, artt. 4 e 8) militano a favore del *cumulo nell'incidente dell'esame di tutti i temi di difesa*. Del resto, nell'ambito dell'incidente in parola è possibile procedere all'istruzione probatoria (c.p.c. del 2015, art. 136), in modo da risolvere i profili sia dell'esistenza (ed ammontare) della *responsabilità* del socio/terzo per il debito originario della società, sia *del debito stesso*⁵⁶.

7.4 – Questi sono solo alcuni esempi dell'ampio dibattito che la nuova disciplina del complesso incidente procedurale del superamento della personalità giuridica ha sollevato.

Fatto sta che il c.p.c. del 2015 cerca di inserire la legge brasiliana in un nuovo scenario, più adeguato alla realtà dei principi del processo,

⁵⁴ F.L. YARSELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, cit., 239.

⁵⁵ Cfr. F. L. YARSELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, cit., 238; e P.H. TORRES BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, São Paulo, 2011, 183.

⁵⁶ L. Greco, *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2015, vol. I, 505 Tuttavia, in senso diverso cfr. R. Beneduzi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, 2018, vol. II, 272/273 Cfr. ancora, sulle materie che possono essere dedotte nella difesa nell'incidente, L. PARENTONI, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, cit., 116/122.

soprattutto per quanto riguarda il contraddittorio, di rango costituzionale⁵⁷ e anche presente nell'ordine internazionale⁵⁸; si può quindi affermare il suo valore come principio di diritto naturale⁵⁹, una sorta di *magna carta*⁶⁰ del processo civile, in modo tale che il diritto brasiliano non sia in disaccordo con questo movimento di valorizzazione del contraddittorio, incorporato come garanzia costituzionale fondamentale nell'ambito del giusto processo (Costituzione federale del 1988, art. 5, LIV e LV).

In questo senso, è evidente che l'incidente di superamento della personalità giuridica porta espressamente, quale grande novità, la necessità di assicurare il contraddittorio, *preventivo ed effettivo*, con il terzo in relazione al quale si intende estendere la responsabilità patrimoniale discussa nel processo originario (solitamente i soci di una società a responsabilità limitata), il cui patrimonio si cerca di raggiungere attraverso il meccanismo del superamento, prima della concessione di eventuali provvedimenti di costrizione patrimoniale nei confronti del terzo, al fine di dare maggior concretezza alle regole fondamentali sul contraddittorio effettivo o

⁵⁷ S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, IM. DOUCHY- OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. R. FABRI, L. SINOPOLI, J. M. SOREL, *Droit processual - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, cit., 864: "Les droits de la défense et le principe de la contradiction ont valeur constitutionnelle. Toute une série de décisions du Conseil constitutionnel ont d'abord affirmé solennellement le respect des droits de la défense, tels qu'ils résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".

⁵⁸ S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, IM. DOUCHY- OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. R. FABRI, L. SINOPOLI, J. M. SOREL, *Droit processual - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, 4^a ed., Paris, 2007, 861/862: "Les droits de la défense et le principe de la contradiction ont valeur européenne. Point n'est besoin d'insister ici sur la valeur internationale et européenne des droits de la défense qui, en matière pénale notamment, mais aussi en matière civile, est affirmée par plusieurs dispositions du Pacte international de 1966 e de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales".

⁵⁹ S. GUINCHARD, C. S. DELICOSTOPOULOS, I. S. DELICOSTOPOULOS, IM. DOUCHY- OUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, H. R. FABRI, L. SINOPOLI, J. M. SOREL, *Droit processual - Droit commun et droit comparé du procès équitable*, cit., 861: "Les droits de la défense et le principe de la contradiction ont valeur de principe de droit naturel. Le principe des droits de la défense est un principe de droit naturel qui vaut en toutes matières, civile et pénale. (...) C'est Motulsky qui, le premier, sans doute, a le mieux dégagé l'importance de ce principe et sa valeur de droit naturel. (...) Droit naturel, car le principe des droits de la défense est l'empreinte que donne une société civilisée sur ses procès: respect des arguments des autres, donc nécessité de les connaître par communication des pièces, des écritures, etc. Au-delà, respect de la personne, de l'adversaire en matière civile, de l'accusé en matière pénale, le temps d'un procès". Nel medesimo senso, cfr. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 13^a ed. Paris, 2008, 460.

⁶⁰ A. CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo secondo comma dell'art. 101 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 43 ss.

dinamico, inserite nel c.p.c. del 2015 (artt. 7 e 9). Con questo, si pone fine allo scenario precedente, in cui il giudice procedeva prima al pignoramento nei confronti dei soci e solo successivamente questi ultimi potevano difendersi in ordine alla sussistenza dei presupposti per la soggezione alla esecuzione.

7.5 – Merita osservare che le questioni sopra analizzate riguardano anche le condanne rese in sede arbitrale. Difatti, solitamente, il superamento dello schermo societario è richiesto nella fase di esecuzione della sentenza arbitrale, fase che si svolge davanti al giudice dello Stato (art. 515, c.p.c del 2015; e art. Legge 9307/96). Pertanto, sussistendone i presupposti, la condanna, pur portata dal lodo, può essere estesa al socio, a prescindere dal fatto che abbia dato il proprio consenso alla clausola compromissoria, come una sorta di sanzione⁶¹. Rimane però aperto, per quanto sopra detto, la possibilità per il socio di difendersi anche nel merito⁶².

8. – Pietro Perlingieri aveva già sottolineato l'importanza di comprendere il sistema giuridico in modo *unitario*⁶³, evitando visioni settoriali che si concentrano solo su una parte del problema, così come le discussioni che affrontano separatamente l'aspetto sostanziale o processuale dei diversi istituti giuridici e riteneva che il diritto dovrebbe servire alla *soluzione di problemi concreti*⁶⁴. Il superamento della personalità giuridica è senza dubbio uno dei temi che ben conferma la correttezza di questa posizione: solo analizzando l'insieme dei suoi aspetti sostanziali e processuali è possibile comprendere come questo istituto si manifesta nella

⁶¹ Cfr., se si vuole, L. PARENTONI, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, cit., 192 s.

⁶² Altra e diversa questione, che si presenta con riferimento all'arbitrato, è quella se i principi che estendono la responsabilità, sotto il profilo sostanziale, attraverso il superamento dello schermo societario possano essere invocati per sostenere l'estensione della convenzione di arbitrato a soggetti non firmatari. Il tema, per la sua complessità, non può essere compiutamente analizzato in questa sede: si rinvia in argomento a R.D. MARQUES, F.D. ALMEIDA, F. M. DALMAS, *Os Grupos de Empresas e seus Reflexos quanto aos Efeitos da Convenção de Arbitragem*, in F.L. YARSHALL, F.L. PEREIRA, G. SETOGUTI (a cura di), *Processo Societário II: Adaptado ao Novo CPC – Lei nº 13.105/2015*, São Paulo, 2015, 671, nonché, se si vuole, a L. Parentoni, *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no CPC/2015*, cit., 192 s.

⁶³ P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 2: "Si aggiunga, altresì, che, in Italia, a causa della rigida separazione tra i settori di diritto processuale e di diritto sostanziale, il rapporto tra regole di condotta e regole di decisione (*rectius* tra diritto e processo) non è mai risultato particolarmente proficuo".

⁶⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 140 ss. per il quale "Lo studio del diritto non va fatto per settori precostituite ma per problemi, con particolare riguardo alle esigenze di volta in volta emergenti (...)".

pratica. E così, eventualmente, suggerirne correzioni e miglioramenti.

In Brasile, il problema negli ultimi decenni è ravvisabile nell'eccessivo, e talvolta improprio, ricorso all'istituto del superamento dello schermo societario da parte della giurisprudenza. In risposta a questo atteggiamento delle corti, si è sviluppato un movimento imprenditoriale, con il supporto della dottrina, a sostegno della necessità di limitare la portata dell'istituto, riportandolo ad un limite accettabile e prevedibile, tale da garantire la certezza del diritto agli agenti di mercato. Tale movimento è stato alla base delle tre recenti e profonde modifiche legislative, due delle quali dedicate agli aspetti sostanziali (Riforma del CLT del 2017 e la Dichiarazione dei diritti sulla libertà economica del 2019) e la terza a quello processuale dell'istituto (Codice di Procedura civile, del 2015). La finalità del legislatore è stata comune ai tre interventi: introdurre parametri chiari, circoscrivendo la portata del superamento della personalità giuridica, riprendendo i suoi presupposti classici e garantendo che il contraddittorio precedente ed effettivo nei confronti dei terzi.

Questo scritto non ha avuto l'ambizione di svolgere un'analisi esaustiva dell'istituto, ma solo presentare al lettore italiano una panoramica del quadro attuale della materia nel diritto brasiliano, il quale rimane, nonostante gli interventi del legislatore, ancora caratterizzato da alcune irrisolte questioni interpretative.

Abstract

DISREGARD OF LEGAL ENTITY IN BRAZIL. SUBSTANTIAL AND PROCEDURAL ASPECTS

Il presente scritto mira a fornire al lettore italiano un quadro generale dell'istituto del superamento della personalità giuridica nell'ordinamento brasiliano, alla luce delle modifiche che si sono susseguite negli ultimi anni. Più precisamente, verranno esaminate, per un verso, la principale disposizione che regola la materia dal punto di vista del diritto *sostanziale* (art. 50 codice civile brasiliano aggiornato di recente tramite la legge n. 13.784/2019, la c.d. "Dichiarazione dei Diritti sulla Libertà Economica"); per altro verso, la disciplina, rilevante sotto il profilo *processuale*, inaugurata dal nuovo Codice del Processo Civile del 2015, che ha ampiamente regolato un procedimento specifico volto al superamento dello schermo societario (artt. 133 a 137). L'indagine verrà condotta con l'obiettivo di fornire al lettore italiano il panorama *legislativo* attuale, sollevando alcune questioni assai controverse di natura sostanziale e anche di natura procedimentale, in ordine alle quali il dibattito è ad oggi ancora aperto tanto nella dottrina e nella giurisprudenza brasiliana.

The authors provided an overview of the disregard of legal entity theory in Brazil, highlighting the most important amendments that occurred in the past few years. More precisely, the paper draws on two aspects. On the one hand, the main legal provision concerning the substantial aspects of that subject (article 50 of the Brazilian Civil Code,

amended by the recent Act n. 13.784/2019, commonly called "Economic Freedom Bill of Rights"). On the other hand, the study also focuses on another important topic, which is the procedural aspect of the subject provided by the Civil Procedures Code from 2015. This Code has introduced a novel, specific and detailed proceeding that must be followed by courts and administrative bodies to apply the disregard of legal entity theory (articles 133 to 137 of that Code). The authors intended to provide an overview of the current Brazilian legislative landscape to Italian readers, highlighting some controversial topics concerning both the substantive and procedural aspects of the subject, which are at the center of case law and legal literature current discussions in Brazil.

UDIENZE ONLINE E PROCESSO CIVILE TELEMATICO: LO STATO DELL'ARTE E ALCUNE PROPOSTE *DE IURE CONDENDO* ⁽¹⁾

ALBERTO VILLA

*Professore associato
nell'Università di Milano-Bicocca*

CHIARA IMBROSCIANO

Dottorando nell'Università di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Premessa: l'imperativo di occuparsi di questioni senza tempo. – 2. Il quadro della disciplina processuale speciale vigente. – 3. Le ricadute sulle udienze civili: fra scrittura e oralità. – 4. (Segue). La sostituzione dell'udienza con il deposito telematico di sintetiche note scritte. – 5. (Segue). L'udienza "da remoto" in videoconferenza. – 6. Altre ricadute sul processo civile verso la generalizzazione del deposito telematico di atti e documenti. – 7. Criticità e prospettive *de iure condito*. – 8. Riflessioni e proposte *de iure condendo*. – 9. Conclusioni: dall'esperienza alla regola processuale.

1. – È noto che il prolungarsi della situazione di emergenza pandemica ha imposto di ulteriormente riformare la disciplina processuale vigente. È parimenti noto come il punto di equilibrio fra l'esigenza di tutelare il diritto alla salute e quella di garantire l'esercizio in sicurezza della giurisdizione sia stato rinvenuto, a sette anni dall'entrata in vigore del regime di obbligatorietà del deposito telematico¹, in un'ulteriore implementazione della digitalizzazione del processo civile.

L'esame delle misure dettate dall'emergenza, ancorché abbia a oggetto provvedimenti aventi (allo stato) efficacia temporalmente limitata², pare tuttavia idoneo a suscitare riflessioni su questioni di ampio respiro. Sono infatti "senza tempo"³ gli interrogativi che l'attuale contesto normativo (e

(*) I paragrafi 1, 2, 8 e 9 sono da attribuire a Alberto Villa; i paragrafi 3, 4, 5, 6, 7 sono da attribuire a Chiara Imbrosciano.

¹ La letteratura sul tema del deposito telematico degli atti processuali civili è ormai vastissima. Si rinvia, per tutti, a *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di RUFFINI, Milano 2019.

² V. *infra* § 2.

³ L'invito a tenere alto il livello della discussione anche su questioni che potrebbero apparire di "bassa cucina" è stato espresso da Claudio Consolo in occasione XXXI Convegno dell'Associazione Nazionale fra gli Studiosi del processo

sociale) suscita, ad esempio, sulla genesi delle regole processuali, sul dilemma fra disciplina positiva e *soft law*, sull'alternativa fra scrittura e oralità nella trattazione della causa e sulla concezione della giustizia come *servizio* (anziché come *luogo*).

L'obiettivo di questo contributo è dunque duplice: una volta tracciato il quadro della disciplina processuale "speciale" oggi vigente, si passerà, da un lato, a illustrarne alcune criticità e prospettive *de iure condito* e, dall'altro lato, a formulare una proposta *de iure condendo* per una rilettura dell'oralità che si potrebbe forse definire di "equa razionalità processuale", mutuando un'efficace espressione di Claudio Consolo⁴.

Il tutto nella consapevolezza che la digitalizzazione non rimarrà certo relegata ai tempi dell'emergenza, e nella convinzione che chiamata a confrontarsi e crescere con gli strumenti digitali non è soltanto la giustizia civile per così dire emergenziale, ma la giustizia civile *tout court*.

2. – Il quadro della disciplina processuale speciale vigente è al momento dettato dall'art. 23 del c.d. decreto ristori (d.l. 137/2020, conv. con mod. in l. 176/2020⁵), letto in combinato disposto con l'art. 221 del c.d. decreto rilancio (d.l. 34/2020, conv. con mod. in l. 77/2020⁶).

È infatti lo stesso legislatore a precisare che l'ultimo decreto approvato (e cioè il decreto ristori) "non sostituisce, ma si coordina"⁷, con quello precedente (e cioè il decreto rilancio). Ne segue che la rassegna della normativa processuale vigente non può che transitare da una valutazione "sincretica"⁸ delle discipline eccezionali contenute in entrambi i decreti-legge.

civile tenutosi a Padova il 29 e 30 settembre 2017. Per un richiamo a quell'invito cfr. anche GHIRGA, *Discrezionalità del giudice e "nuovo umanesimo processuale" alla luce delle riforme annunciate in Italia e Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 1570.

⁴ V. CONSOLO, *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante ("omessa")*, in *una prospettiva neo-processual-razionalista*, in *Corriere giur.*, 2014, 893 ss.

⁵ D.l. 28 ottobre 2020 n. 137, in G.U. n. 269, del 28.10.2020, conv. con mod. in l. 18 dicembre 2020 n. 176, recante "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Ristori)".

⁶ D.l. 19 maggio 2020 n. 34, in G.U. n. 128, del 19.5.2020, conv. con mod. in l. 17 luglio 2020 n. 77, recante "Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Rilancio)".

⁷ La citazione è tratta dalla relazione illustrativa del decreto ristori, cit. V. *supra* nota n. 5.

⁸ L'efficace espressione è contenuta nella relazione informativa n. 85 dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione in data 2 novembre 2020.

In prima battuta, l'esame del dato normativo sembra dipanarsi lungo due direttrici: le modalità di svolgimento delle udienze e l'estensione dell'obbligo di deposito telematico.

In questa prospettiva, sembra utile premettere a qualunque approfondimento una rassegna delle disposizioni processuali che hanno interessato le succitate macroaree di intervento.

Con riguardo alle udienze civili, la normativa speciale, in sintesi, prevede:

i) la facoltà del giudice di stabilire che l'udienza "che non richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori" sia sostituita dal "deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni" (art. 221, comma 4, decreto rilancio);

ii) la possibilità, su istanza di parte o per iniziativa del giudice con il consenso di tutte le parti, che l'udienza "che non richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice" sia tenuta, anche parzialmente, mediante programmi di videoconferenza individuati e regolati con apposito provvedimento ministeriale (art. 221, commi 6 e 7, decreto rilancio);

iii) la possibilità che le udienze "alle quali è ammessa la presenza del pubblico" siano celebrate a porte chiuse ai sensi dell'art. 128 c.p.c. (art. 23, comma 3, decreto ristori);

iv) la facoltà per il giudice di sostituire l'udienza fissata per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio "con dichiarazione sottoscritta con firma digitale da depositare nel fascicolo telematico" (art. 221, comma 8, decreto rilancio);

v) la facoltà per il giudice di disporre che le udienze dedicate alla comparizione dei coniugi in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto siano sostituite dal deposito telematico di note scritte "nel caso in cui tutte le parti che avrebbero diritto a partecipare all'udienza vi rinuncino espressamente con comunicazione, depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, nella quale dichiarano di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, di aver aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, di confermare le conclusioni rassegnate nel ricorso e, nei giudizi di separazione e divorzio, di non volersi conciliare".

Con riguardo, invece, alla seconda macroarea di intervento, che concerne il deposito telematico, la normativa speciale, in sintesi, prevede:

vi) l'obbligo di depositare con modalità telematiche (anche) gli atti introduttivi "negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico" (art. 221, comma 3, decreto rilancio). L'inciso va letto in combinato disposto con l'art. 16-bis, comma 1-bis, del d.l. 179/2012 conv. con

mod. in l. 221/2012 (recante la normativa in tema di processo telematico⁹) e deve intendersi pertanto riferito ai procedimenti pendenti innanzi al Tribunale e alla Corte d'Appello;

vii) la possibilità, nei procedimenti innanzi alla Corte di Cassazione, che gli atti e i documenti siano depositati da parte degli avvocati con modalità telematica, previa emanazione di provvedimento ministeriale attuativo (art. 221, comma 5, decreto rilancio).

Prima di esaminare analiticamente le rassegnate norme processuali, occorre precisare che la legislazione di emergenza prevede ulteriori misure eccezionali di semplificazione e, *si licet*, di digitalizzazione.

Fra queste meritano senz'altro menzione:

viii) la possibilità per il difensore di certificare l'autografia della procura "mediante la sola apposizione della propria firma digitale sulla copia informatica [ossia la scansione] della procura", con un *iter* di perfezionamento che si compone di due fasi: a) la parte assistita sottoscrive il mandato difensivo apponendo la propria firma su un documento cartaceo che trasmette al difensore, unitamente a copia di un documento di identità in corso di validità, "anche a mezzo strumenti di comunicazione elettronica" (qual è ad esempio WhatsApp); b) il difensore ne certifica l'autografia apponendo la propria firma digitale sulla scansione della procura che deposita, unitamente all'atto difensivo cui si riferisce, secondo le regole di trasmissione telematica degli atti processuali (art. 83, comma 20-ter, d.l. 18/2020, conv. con mod. in l. 27/2020, c.d. decreto cura Italia¹⁰);

ix) la facoltà per il cancelliere di rilasciare la copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali di cui all'art. 475 c.p.c. "in forma di documento informatico previa istanza, da depositare in modalità telematica, della parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento" (art. 23, comma 9-bis, decreto ristori¹¹).

⁹ D.l. 18 ottobre 2012 n. 179, in G.U. n. 245, del 19.10.2012, conv. con mod. in l. 17 dicembre 2012 n. 221, recante "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese". Il riferimento va in particolare all'art. 16-bis e seguenti del d.l. n. 179/2012, cit.

¹⁰ D.l. 17 marzo 2020 n. 18, in G.U. n. 70, del 17.03.2020, conv. con mod. in l. 24 aprile 2020 n. 27, recante "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (Decreto Cura Italia)". In particolare, in senso critico sulla formulazione della norma di cui al comma 20-ter dell'art. 83, v. DALFINO, POLI, *Il "remoto" è già passato (le udienze civili dell'emergenza epidemiologica e le ulteriori novità del d.l. 28/20)*, in *Foro it.*, 2020, V, 225 ss. e RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in corso di pubblicazione su *QuestioneGiustizia.it*.

¹¹ In particolare, così prevede l'art. 23, comma 9-bis, decreto ristori, cit.: "La copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria di cui all'art. 475 c.p.c. può essere rilasciata dal cancelliere in forma di documento informatico previa istanza, da depositare in modalità telematica, della parte a favore

Quanto, infine, all'efficacia temporale di tutte le richiamate norme processuali, esse trovano applicazione fino alla scadenza del termine di cui all'art. 1 del d.l. 19/2020, conv. con mod. in l. 35/2020, *id est* fino al termine dello stato di emergenza¹².

Per la verità costituisce conquista recente – e da salutare senz'altro con favore – la previsione di una medesima efficacia temporale per tutto il “pacchetto” delle disposizioni processuali dettate per fronteggiare l'emergenza pandemica. E infatti, rispetto al decreto ristori, la dottrina¹³ – a fronte di un dato normativo ambiguo – si era chiesta se fosse possibile estendere tale efficacia anche alle previsioni di cui all'art. 221 (decreto rilancio), onde evitare di assoggettare quest'ultime a un'efficacia temporale diversa rispetto a quella, più estesa ed elastica, prevista dall'art. 23 (decreto ristori) e coincidente con la cessazione dell'emergenza.

Tali dubbi sono stati superati in sede di conversione. Il novellato art. 23 non sembra più fornire alcun appiglio a una possibile efficacia temporale “sfalsata” delle misure eccezionali, la cui sopravvivenza è, per ora, condizionata alla permanenza dello stato di emergenza.

3. – Per esaminare ora più compiutamente il “pacchetto” delle disposizioni processuali relative alle udienze civili, il dato di partenza non può che essere costituito dalla loro portata innovativa.

È infatti noto che, prima della pandemia, il nostro processo civile non conosceva alternativa all'udienza in presenza¹⁴. Il dato, che può apparire banale, è denso di implicazioni, specie se rapportato ad altri ordinamenti od

della quale fu pronunciato il provvedimento. La copia esecutiva di cui al primo periodo consiste in un documento informatico contenente la copia, anche per immagine, della sentenza o del provvedimento del giudice, in calce ai quali sono aggiunte l'intestazione e la formula di cui all'articolo 475, terzo comma, del codice di procedura civile e l'indicazione della parte a favore della quale la spedizione è fatta”

¹² Il termine dello stato di emergenza è fissato, allo stato, al 30 aprile 2021 ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19, conv. con mod. in l. 22 maggio 2020, n. 35, come successivamente modificato.

¹³ Sul punto v. CAROLEO, *Decreto-legge ristori. Cosa cambia nei processi civili*, in *GiustiziaInsieme.it*, 30 ottobre 2020. Per una compiuta ricostruzione del dato normativo e dei dubbi interpretativi sulla sua efficacia temporale, v. anche la relazione informativa n. 85 dell'Ufficio del Massimario, cit.

¹⁴ Fa eccezione l'art. 95, comma 3, L.F., secondo cui “in relazione al numero dei creditori e all'entità del passivo, il giudice delegato può stabilire che l'udienza (ndr. di esame dello stato passivo) sia svolta in via telematica con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei creditori, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione della procedura da soggetti terzi”. Sul punto v., se vuoi, IMBROSCIANO, *Esame dello stato passivo: udienza in video conferenza*, in *ProcessoCivileTelematico.it*, 1 aprile 2020.

al diverso esempio che, nel nostro stesso ordinamento, forniscono altri processi, quale anzitutto quello penale¹⁵. Il raffronto con tali modelli dovrebbe condurre ad interrogarsi sull'utilità delle misure oggi vigenti anche in un contesto "fisiologico" (anziché emergenziale) di esercizio dell'attività giurisdizionale.

Passando poi all'esame delle disposizioni succedutesi nell'ultimo anno di emergenza, viene in rilievo una seconda significativa novità.

Mentre le pregresse misure eccezionali¹⁶ affidavano al capo dell'ufficio il potere di adottare, con provvedimento generale, le misure organizzative relative non solo alla celebrazione a porte chiuse delle udienze pubbliche, ma anche alla possibile trattazione "scritta" ovvero "da remoto" delle udienze civili, senza la necessità del consenso delle parti, l'attuale disciplina¹⁷ tratteggia un procedimento elastico che viene modellato nel singolo caso concreto dalle scelte del giudice e delle parti.

La novella va salutata con favore. Gli ampi poteri organizzativi, attribuiti dal legislatore, nelle prime due fasi dell'emergenza¹⁸, ai dirigenti degli uffici giudiziari, avevano suscitato condivisibili critiche, mosse da considerazioni tanto in diritto, sulla dubbia compatibilità delle predette norme con gli articoli 101 e 111 Cost.¹⁹, quanto in fatto, sulle modalità concrete con cui tali poteri organizzativi erano stati esercitati, con diversificazione delle regole del gioco da tribunale a tribunale (o addirittura da sezione a sezione del medesimo tribunale)²⁰.

¹⁵ La possibilità di assunzione a distanza, mediante collegamento audiovisivo, delle deposizioni testimoniali o dell'esame delle parti è prevista nel processo civile tedesco, nonché, con riguardo al nostro ordinamento, nel processo penale. Per un compiuto esame del tema delle udienze istruttorie telematiche, v. GRADI, *Le prove*, in AA.VV., *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di RUFFINI, cit., spec. 553 ss.

¹⁶ Il riferimento va dapprima all'art. 2, comma 2, d.l. 8 marzo 2020, n. 11 (poi abrogato dalla l. 24 aprile 2020, n. 27) e successivamente all'art. 83, commi 6 e 7, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. in l. 24 aprile 2020 n. 27, poi modificato dal d.l. 30 aprile 2020 n. 28, conv. con mod. in l. 25 giugno 2020, n. 70.

¹⁷ L'attuale disciplina è dettata dal combinato disposto dell'art. 221, decreto rilancio, cit., con l'art. 23, decreto ristori, cit. V. *supra* note n. 5-6.

¹⁸ Sulla prima disciplina dell'emergenza, cfr. PANZAROLA, FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in *Giust.civile.com*, 18 marzo 2020 e, se vuoi, VILLA, *I termini processuali civili ai tempi del Codiv-19*, in questa Rivista, 31 marzo 2020.

¹⁹ V. DONZELLI, *Emergenza pandemica e tutela giurisdizionale dei diritti*, in AA. VV., *Il diritto della pandemia*, Macerata 2020, 65 ss., 71; e BIAVATI, *Note sul processo civile dopo l'emergenza sanitaria*, in *GiustiziaInsieme.it*, 15 luglio 2020.

²⁰ V. STANCHI, *A warrior can't be a worrier. Interrogativi categorici e imperativi strategici: brevi riflessioni sull'avvocatura e il diritto post neural networks*, in

Tale *punctum dolens* è superato dall'attuale assetto normativo che, venuti meno i sopra menzionati poteri organizzativi, non si limita ad introdurre modalità alternative di trattazione del processo, nell'intento di limitare la presenza all'udienza dei difensori, delle parti e dello stesso giudice, ma si spinge oltre, disegnando un rito elastico basato sull'interlocuzione del giudice con le parti.

Richiamato l'affresco già sopra tracciato²¹, tre sono le principali modalità di trattazione alternative alla forma orale in presenza, dettata come regola generale dall'art. 180 c.p.c., ossia:

i) la trattazione c.d. scritta delle udienze che prevedono la partecipazione dei soli difensori con il giudice mediante il deposito di note scritte sostitutive dell'udienza (art. 221, comma 4, cit.);

ii) la trattazione c.d. "da remoto", ossia mediante programmi di videoconferenza, delle udienze cui partecipano, oltre ai difensori e al giudice, anche la parte e l'ausiliario del giudice (art. 221, comma 7, cit.);

iii) la trattazione c.d. "mista" in cui solo alcune parti e i loro difensori, su loro istanza, partecipano all'udienza mediante programmi di videoconferenza (art. 221, comma 6, cit.).

Ne segue che, ove non diversamente disposto dal giudice, l'udienza sarà in presenza, con la precisazione che, ai sensi dell'art. 128 c.p.c., come richiamato dall'art. 23, decreto ristori, cit., spetta al "giudice che la dirige" decidere discrezionalmente – e nell'immediatezza della sua celebrazione – se all'udienza debba o no essere ammesso il pubblico²².

Ciò premesso, non resta che esaminare nel dettaglio a quali condizioni e con quali effetti l'udienza civile possa essere sostituita da note scritte ovvero tenuta con programmi di videoconferenza.

4. – Prendendo le mosse dalla c.d. "udienza cartolare", l'interpretazione del dato normativo si snoda lungo due direttrici, concernenti l'una le condizioni di questa modalità alternativa di trattazione, l'altra il *quomodo* delle note scritte "sostitutive".

ProcessoCivileTelematico.it, 13 maggio 2020, il quale, a proposito del proliferare dei protocolli, parafrasa un vecchio adagio giuridico: *tot capita tot protocolli*.

²¹ V. *infra* § 2.

²² Il dato normativo, che potrebbe anche ritenersi soprabbondante, considerato quanto già disposto dall'art. 128 c.p.c., si limita a dire che "Le udienze dei procedimenti civili e penali alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 128 del codice di procedura civile e dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale" (v. art. 23, comma 3, decreto ristori, cit.).

Sotto il primo profilo, quello delle condizioni, la c.d. trattazione scritta²³ postula la concorrente soddisfazione di due condizioni.

Anzitutto, si tratta di modalità prevista per le sole udienze civili “che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori” (art. 221, comma 4, cit.). Ad eccezione dei procedimenti della crisi familiare fondati su una precedente intesa delle parti²⁴, l’udienza in cui sono presenti le parti (e/o gli ausiliari del giudice) non può essere sostituita dal deposito telematico di note scritte.

Negli altri casi (e dunque nell’ipotesi di udienze cui sono presenti i soli difensori), il potere discrezionale del giudice di disporre la trattazione scritta è esercitato con provvedimento che: i) è comunicato alle parti almeno trenta giorni prima della data fissata per l’udienza; ii) assegna un termine fino a cinque giorni prima della predetta data per il deposito delle note.

Al riguardo, è stato rilevato come l’assegnazione di un unico termine difensivo per il deposito delle note scritte potrebbe tradursi in un *vulnus* del diritto del difensore di immediatamente replicare alle difese avversarie che ad esempio introducano nelle note elementi innovativi. In una prospettiva *de iure condendo*, la necessità di salvaguardare il rispetto effettivo del principio del contraddittorio richiederebbe di modificare l’attuale *dictum* normativo nel senso di prevedere un secondo termine difensivo per l’eventuale replica alle note scritte *ex adverso* depositate, con una *novella* che si ritiene *a fortiori* necessaria in caso di sopravvivenza della norma alla pandemia²⁵.

Non minori criticità interpretative solleva il secondo requisito, relativo all’eventuale dissenso della parte alla trattazione scritta.

Sul punto, il legislatore consente alle parti di esprimersi in senso contrario, anche unilateralmente, con apposita istanza di trattazione orale, da presentarsi entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento di fissazione dell’udienza (art. 221, comma 4, cit.). Nell’applicazione della norma ne è invalsa una lettura cauta, la quale considera che il dissenso della parte, pur ritualmente espresso con istanza tempestiva e motivata, abbia

²³ La definizione di “trattazione scritta” per riferirsi alla sostituzione dell’udienza con note scritte è invalsa in dottrina. Non mancano però voci critiche, fra cui v. RUFFINI, *Emergenza epidemiologica*, cit.

²⁴ L’efficace espressione è tratta da DANOVI, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 429 ss.

²⁵ In questa direzione v. CECHELLA, *Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa resterà nel processo civile dell’emergenza epidemiologica*, in corso di pubblicazione su *QuestioneGiustizia.it*.

carattere non vincolante per il giudice che avrebbe comunque il potere di imporre la trattazione scritta (con provvedimento motivato)²⁶.

Il nodo è destinato a divenire cruciale in caso di recepimento della misura eccezionale nella disciplina processuale ordinaria. In questa prospettiva, si auspica che la generalizzazione della trattazione come modalità normale di svolgimento di alcune udienze faccia salva l'istanza contraria di una delle parti, con dissenso avente carattere vincolante per il giudice²⁷.

Sotto il secondo profilo, quello del *quomodo*, il problema è dare concretezza all'indicazione, rivolta ai difensori dal *dictum* normativo, di redigere e depositare telematicamente "note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni". Una simile vaghezza linguistica non poteva non essere fonte di divergenze applicative da parte dei difensori che, nel dare concretezza al testo normativo, restringono o allargano le "maglie" di cosa debba intendersi per "istanze" e "conclusioni".

Il rischio è che l'incertezza vada a detrimento della sinteticità e chiarezza delle note scritte, con un dispendio di energie del giudice costretto ad una lettura ripetitiva e, *si licet*, inutile di argomentazioni già contenute nei precedenti atti difensivi. Non stupisce pertanto che nella prassi applicativa i giudici, nel disporre la trattazione scritta dell'udienza, contestualmente invitino le parti a rispettare il principio di sinteticità degli atti.

In questa sede non è possibile indagare l'evoluzione (di matrice pretoria) e la portata (tutt'altro che pacifica) di tale principio²⁸, ma pare opportuno porre l'accento sulla relazione di reciproco condizionamento che sussiste fra la redazione degli atti difensivi, fra cui appunto le note di trattazione, e la modalità telematica di trasmissione (e di fruizione) dell'atto difensivo, la quale accentuerebbe l'esigenza che atti e provvedimenti vengano redatti in maniera chiara e sintetica.

È su tale assunto che poggia le basi il recente intervento normativo²⁹ con cui il legislatore ha introdotto – nell'impianto normativo del processo civile

²⁶ Conf. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *Judicium.it*, 15 dicembre 2020; CAROLEO, IONTA, *La trattazione scritta. Un arabesco*, in *GiustiziaInsieme.it*, 29 luglio 2020.

²⁷ Dello stesso avviso BIAVATI, *Note sul processo civile*, cit.

²⁸ La letteratura sul principio di sinteticità degli atti processuali civili è molto vasta. Vedi, per tutti, DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018. In senso critico, v. PANZAROLA, *Sul (presunto) principio di sinteticità degli atti processuali civili*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 69 ss.

²⁹ In particolare, è l'art. 19, comma 2-ter, del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv. con mod. in l. 6 agosto 2015, n. 132, recante "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", ad aver introdotto, in seno all'art 16-bis d.l. n. 179/2012, cit., il comma 9-

telematico e in particolare in seno all'art 16-*bis* d.l. 179/2012 – il comma 9-*octies* a tenore del quale “gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica”.

Trattasi, per quanto concerne il processo civile, dell'unica, espressa e specifica disposizione normativa dedicata al principio di sinteticità.

Tale collegamento – fra la redazione sintetica degli atti e il deposito telematico degli stessi – trova nell'udienza “cartolare” nuova linfa. Risulta infatti evidente che i possibili vantaggi in termini di accelerazione del processo che, adottando un'ottica efficientistica, potrebbero ritenersi sottesi a questa eccezionale modalità di celebrazione dell'udienza, sembrano postulare, come *conditio sine qua non*, una redazione chiara e sintetica degli atti. Opinando diversamente, il tempo necessario a leggere tutte le note scritte sostitutive farebbe da insopportabile contrappeso a qualunque “risparmio” di tempo possa ritenersi connesso alla sostituzione dell'udienza.

Questo è un profilo su cui deve essere condotta una riflessione critica dell'attuale disciplina emergenziale, in una prospettiva, di cui di seguito diremo³⁰, di futura generalizzazione della trattazione scritta come modalità ordinaria (anziché emergenziale) di svolgimento di alcuni tipi di udienza.

5. – Un'ulteriore forma alternativa di trattazione dettata dal regime emergenziale del processo civile è costituita dall'udienza virtuale, ossia tenuta “mediante collegamenti audiovisivi a distanza”.

Occorre pertanto chiedersi a quali condizioni sia consentito utilizzare programmi di videoconferenza per tenere l'udienza e con quali modalità si svolga l'udienza virtuale.

Sotto il primo profilo, l'udienza virtuale postula la sussistenza di due condizioni, l'una di tipo tecnico, l'altra più prettamente giuridica.

A livello tecnico, l'udienza virtuale può essere tenuta solo “mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia”³¹. La scelta ministeriale, non

octies per cui “gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica”.

³⁰ V. *infra* § 7.

³¹ La scelta è stata dapprima effettuata con provvedimento D.G.S.I.A. 10 marzo 2020 in riferimento all'art. 2, comma 2, lett. f) del d.l. n. 11/2020, cit. e successivamente confermata con provvedimento D.G.S.I.A. 20 marzo 2020, con riferimento all'art. 83, comma 7, lett. f), d.l. n. 18/2020, cit. Successivamente, a seguito della conversione in legge del d.l. n. 18/2020, il provvedimento D.G.S.I.A. 21 maggio 2020, sostituendo le precedenti misure ha disposto, all'art. 5, che “Le attività di cui al comma 12-*quinqies* dell'art. 83 del decreto Legge 17 maggio 2020, n. 18, convertito con modificazioni nella legge 24 aprile 2020, n. 27, ed ulteriormente modificato dal

sceva da possibili critiche³², è caduta sui software Microsoft Teams e Skype for business.

A livello giuridico, la scelta del legislatore, anche sotto questo profilo criticabile³³, è stata quella di limitare l'impiego dei suddetti programmi di videoconferenza alle sole udienze che non richiedono "la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice". Ne segue che deve condursi con modalità ordinaria l'udienza dedicata alla prova testimoniale³⁴.

Sotto il secondo profilo, quello delle modalità, occorre distinguere due ipotesi, a seconda che il collegamento in videoconferenza riguardi tutti ovvero alcuni dei partecipanti all'udienza.

Nella prima ipotesi (in cui tutte le parti partecipano all'udienza "mediante collegamento a distanza"), l'iniziativa è del giudice che, acquisito preventivamente il consenso delle parti, può disporre che l'udienza civile si tenga con collegamento a distanza³⁵.

Nella seconda ipotesi, di cosiddetta trattazione mista (in cui solo alcune parti partecipano all'udienza "mediante collegamento audiovisivo a distanza"), il consenso preventivo discende non dall'iniziativa del giudice, ma dall'istanza della parte che può depositare istanza di partecipazione "da remoto" fino a quindici giorni prima dell'udienza.

Rispetto alla "udienza cartolare", il legislatore attribuisce un rilievo centrale al consenso delle parti. L'esercizio del potere discrezionale del giudice di disporre la trattazione "da remoto" dell'udienza viene dal legislatore condizionato al preventivo consenso delle parti. La differenza va salutata con favore in una prospettiva che in modo condivisibile fonda l'elasticità del rito sulle scelte non solo del giudice, ma anche delle parti.

decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, si svolgono utilizzando uno dei collegamenti di cui alle lettere c) e d) dell'art. 2 del presente provvedimento". Ora, la lett. c) dell'art. 2 individua uno strumento di partecipazione a distanza denominato "MVC2" (piattaforma Microsoft Teams), mentre la lett. d) dell'art. 2 descrive un canale di collegamento denominato "MVC3" (piattaforma Microsoft Skype for Business).

³²Sul punto, per alcune delle criticità sottese ai limiti della piattaforma Teams, v. MURADORE, *Giornata europea della Giustizia Civile: l'innovazione necessitata, dal processo telematico alle udienze da remoto*, in *ProcessoCivileTelematico.it*, 26 ottobre 2020.

³³In senso favorevole all'udienza istruttoria telematica e per ampi riferimenti al tema, v. GRADI, *Le prove*, cit., spec. 553 ss.

³⁴Sul punto, per una suggestiva ricostruzione del rapporto fra oralità e immediatezza, v. CECHELLA, *Trattazione scritta*, cit.

³⁵Il tutto purché ricorrano le precondizioni sopra ricordate e dunque: i) si tratti di udienza che non richiede la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice; ii) il collegamento avvenga mediante i programmi individuati dal Ministero e dunque, nella quasi totalità dei casi, con Microsoft Teams.

In secondo luogo, rispetto alla “trattazione scritta”, da disporsi con provvedimento comunicato alle parti trenta giorni prima dall’udienza, nessun termine dilatorio è previsto per l’esercizio da parte del giudice del potere discrezionale di disporre la trattazione “da remoto”. La differenza, pur nella consapevolezza della natura dilatoria del relativo termine, sembra costituire un nodo problematico. L’assenza di qualsivoglia termine, pur dilatorio, sembra collidere, ad esempio, con la previsione che la parte debba partecipare all’udienza “da remoto” solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore, ben potendo quest’ultimo venirne a conoscenza solo pochi giorni prima, con i conseguenti problemi organizzativi (specie in tempi di pandemia)³⁶.

L’attuale assetto normativo, pur fissando la previa comunicazione alle parti di ora e modalità di collegamento, non stabilisce infatti entro quale termine la comunicazione debba essere data, limitandosi a ribadire la necessità che l’udienza sia tenuta “con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l’effettiva partecipazione delle parti”. In chiave prospettica, sarebbe pertanto auspicabile l’introduzione di una più dettagliata disciplina legislativa dell’*iter* e della modalità di svolgimento dell’udienza da remoto.

Ulteriori criticità interpretative hanno riguardato la possibilità per il giudice di partecipare all’udienza da un luogo diverso dall’ufficio giudiziario. Il punto è stato oggetto di una prima evoluzione. Mentre la stessa legislazione d’emergenza aveva ad un certo punto previsto che il giudice potesse “presenziare” all’udienza virtuale solo dall’ufficio giudiziario³⁷, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale della previsione e rimessione della relativa questione al Giudice delle leggi³⁸, il

³⁶ Sul punto, v. CECHELLA, *Trattazione scritta*, cit., secondo cui – e il rilievo ci sembra condivisibile – la previsione (per cui la parte può partecipare all’udienza solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore) “appare invero incomprensibile, potendosi al massimo ipotizzare l’eventualità di una partecipazione dalla medesima postazione, quando la parte non sia munita di strumenti telematici idonei al collegamento. Peraltro, con l’applicazione del regime di cui all’art. 156, 3° comma, c.p.c., è da ritenersi che l’eventuale collegamento da altra postazione della parte consenta egualmente il raggiungimento dello scopo e quindi non abbia il rilievo giuridico di nullità la violazione della norma. Il senso della previsione potrebbe essere quello della vicinanza fisica della parte al suo avvocato nel momento in cui deve rendere una dichiarazione rilevante, ma si deve trattare di una facoltà a cui la parte può rinunciare”.

³⁷ Per una ricostruzione del dato normativo sul punto v. SASSANI, CAPPONI, PANZAROLA, FARINA, *Il decreto ristori e la giustizia civile, Una prima lettura*, in *Judicium.it*, 3 novembre 2020.

³⁸ Sull’irragionevolezza della norma, che imponeva la presenza fisica nell’ufficio giudiziario del solo giudice civile (a differenza di quello penale e amministrativo) v. CARRATTA, *I processi in materia di famiglia e di minori*, in *Giur. it.*, 2020, 2058 ss.;

relativo requisito è stato da ultimo soppresso, ben potendo oggi il giudice collegarsi all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario³⁹.

La questione, tuttavia, non ci sembra aver perso rilevanza perché idonea a colorare di nuove sfumature una questione di più ampio respiro sulla possibilità o meno di considerare l'udienza come evento non fisico. L'interrogativo si interseca con ulteriori quesiti, di cui di seguito diremo⁴⁰, inerenti alla considerazione della giustizia non come spazio fisico, ma come servizio, nonché alle implicazioni che tale nuova concezione sottende.

6. – Un secondo “pacchetto” delle disposizioni processuali dettate dalla legislazione d'emergenza riguarda la generalizzazione del deposito telematico di atti e documenti.

Sul punto occorre anzitutto introdurre un fondamentale distinguo fra gli uffici che sono già digitalizzati (ossia il Tribunale e la Corte d'appello), e quelli che finora erano rimasti esclusi dal processo civile telematico (ossia la Cassazione e il Giudice di Pace).

L'effetto della pandemia si è incanalato per i primi in una progressiva estensione di un servizio già esistente, per i secondi in un processo – senz'altro più lungo e non di immediata esecuzione – di attivazione di un nuovo servizio.

Anzitutto, con riferimento ai procedimenti avanti a Tribunale e Corte d'appello, per effetto del combinato disposto della legislazione di emergenza con la normativa in tema di processo telematico⁴¹, il deposito telematico è divenuto l'unica opzione. Ne segue che fin tanto che è in corso lo stato di emergenza, il deposito di atti e documenti va effettuato con modalità esclusivamente telematiche, con correlativo obbligo di assolvere con sistemi telematici al pagamento del contributo unificato⁴².

DALFINO, POLI, *Il “remoto” è già passato*, cit. Sul punto, alcune corti di merito (v. Trib. Mantova 28 maggio 2020 e Trib. Pavia 25 maggio 2020) avevano anche sollevato questione di legittimità costituzionale, dichiarata peraltro manifestamente inammissibile da Corte cost. 19 novembre 2020, n. 269.

³⁹ Il requisito non è più richiesto a far data dal 29 ottobre 2020, in forza della deroga introdotta dall'art. 23, comma 7, d.l. n. 137/2020, cit., che consente al giudice di partecipare all'udienza “anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario”.

⁴⁰ V. *infra* § 7.

⁴¹ V. *infra* § 2.

⁴² La legislazione dell'emergenza prevede che siano assolti con sistemi telematici anche gli obblighi di pagamento del contributo unificato (previsto dall'articolo 14 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.p.r. n. 115/2002), nonché della anticipazione forfettaria (di cui all'art. 30 del medesimo testo unico). Come chiarito dalla Suprema Corte, con soluzione senz'altro condivisibile, il deposito telematico si considera perfezionato quando viene generata la ricevuta di avvenuta consegna da parte del

In secondo luogo, per quanto concerne i procedimenti innanzi alla Suprema Corte di Cassazione, la pandemia ha determinato l'avvio di un percorso di digitalizzazione, che viaggia allo stato a due velocità.

In una prospettiva "medio termine", sono stati approvati protocolli⁴³ che invitano i difensori a trasmettere a mezzo pec (secondo un determinato format) la copia informatica di tutti gli atti processuali (una sorta di copia cortesia digitale), laddove ne ricevano richiesta da parte della Cancelleria della Corte.

In una prospettiva "a lungo termine", sono stati compiuti alcuni passi prodromici all'introduzione del deposito telematico. Si inquadrano in questa prospettiva le seguenti misure:

i) da un lato, l'avvio della fase di sperimentazione, ossia la possibilità che alcuni difensori "sperimentatori" testino il servizio di deposito, pur restando necessario il successivo deposito cartaceo in cancelleria dell'atto già telematicamente depositato in via sperimentale;

ii) dall'altro, l'introduzione per via legislativa della facoltà da parte degli avvocati di depositare in modalità telematica i propri atti e documenti nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Ne emerge l'estrema cautela del legislatore che, con riferimento all'Organo Supremo di legittimità, stabilisce che "il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati può – e non deve – avvenire in modalità telematica", subordinando l'attivazione del relativo servizio all'approvazione di apposito provvedimento ministeriale.

All'ultimo stadio si colloca, infine, il Giudice di Pace, avanti al quale l'applicazione delle disposizioni in materia di processo telematico è prevista a decorrere dal 31 ottobre 2021⁴⁴.

gestore PEC. Da quel momento non residua alcuno spazio per un rifiuto di ricezione degli atti per irregolarità fiscale degli stessi (come nel caso in cui non venga prodotta la marca da bollo) da parte del cancelliere, il quale provvederà alla riscossione delle somme dovute (v. Cass., 27 febbraio 2020, n. 5372).

⁴³ In particolare, il 27 ottobre 2020 la Corte Suprema di Cassazione ha siglato con il Consiglio Nazionale Forense, la Procura Generale e l'Avvocatura dello Stato, il Protocollo d'intesa per la digitalizzazione degli atti nei processi civili davanti alla Corte di Cassazione. Sugli effetti della normativa emergenziale sul procedimento innanzi alla Corte di Cassazione v. CASTELLI, *Il procedimento avanti la Suprema Corte ai tempi del COVID-19: un'auspicabile spinta verso la digitalizzazione del giudizio civile di legittimità*, in *ProcessoCivileTelematico.it*, 9 giugno 2020; D'ALESSANDRO, *Il giudizio civile "telematico" di legittimità ai tempi del Covid-19*, in *GiustiziaInsieme.it*, 18 aprile 2020); FRASCA, *Note sull'adunanza camerale civile in Cassazione al lume della disciplina delle forme del processo ed ora in tempi di coronavirus*, in *GiustiziaInsieme.it*, 12 maggio 2020.

⁴⁴ Il riferimento va all'art. 32, comma 5, d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116, in G.U. n. 177, del 31.7.2017 (recante la "Riforma organica della magistratura onoraria e altre

Sia consentita sul punto una notazione di metodo. Rispetto ad altri paesi in cui la digitalizzazione della giustizia è legata in misura proporzionale, ma in senso inverso, al valore della controversia (nel senso che la digitalizzazione è stata attuata o proposta per i processi di minore valore⁴⁵), l'Italia registra un percorso inverso, con il risultato, se non paradossale, quantomeno peculiare, che il Giudice di Pace sarà, salvi colpi di scena, l'ultimo ufficio a implementare il deposito con modalità telematiche.

7. – Esaurito lo stato dell'arte sulle principali disposizioni processuali dettate dalla legislazione dell'emergenza, con un riferimento, pur accennato, ai connessi problemi interpretativi, anche per una non perfetta coerenza con le garanzie costituzionali, bisogna ora misurarsi con la possibilità di recepire alcune delle già menzionate misure eccezionali nell'ambito della disciplina ordinaria del processo civile.

Con riguardo al “pacchetto” di disposizioni processuali relative al deposito telematico, la pandemia ha determinato, pur a fronte della riduzione delle pendenze, un incremento del numero di atti depositati con modalità telematiche⁴⁶. Tale risultato, quale indice di un mutamento anzitutto culturale delle abitudini di tutti gli utenti, mal si concilierebbe con un ritorno al regime precedente. Si auspica pertanto che il legislatore intervenga con una definitiva generalizzazione dell'obbligo di deposito telematico degli atti avanti agli uffici (Tribunale e Corte di Appello) che hanno già la disponibilità del relativo servizio.

Si tratta, a ben vedere, di una misura di razionalizzazione⁴⁷ di un sistema che, proprio per la convivenza di atti nativi digitali con atti cartacei, origina disfunzioni, costringendo i difensori a inutili attività, con dispersione di tempo, ad esempio, per acquisire copia degli atti che siano stati depositati su supporto cartaceo e non digitalizzati dal personale di cancelleria.

Dall'altro lato, la legislazione d'emergenza si limita ad un richiamo *per relationem* della normativa di riferimento in tema di processo civile telematico. Vengono così richiamati anche i nodi interpretativi che tali

disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57”), secondo cui “a decorrere dal 31 ottobre 2021 ai procedimenti civili contenziosi, di volontaria giurisdizione e di espropriazione forzata introdotti dinanzi al Giudice di pace si applicano le disposizioni, anche regolamentari, in materia di processo civile telematico”.

⁴⁵ Basti menzionare il caso inglese, su cui v. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019.

⁴⁶ I dati sono riportati nella Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2020 del già Ministro Bonafede.

⁴⁷ In questo senso RUFFINI, *Emergenza epidemiologica*, cit.

norme sollevano, con gravi ricadute sulla prassi applicativa. Si pensi, solo per citarne alcuni, alle conseguenze connesse al deposito per via cartacea (anziché telematica) dell'atto difensivo obbligatoriamente telematico⁴⁸, ovvero alla tempestività del deposito telematico e alle connesse istanze di rimessione in termini⁴⁹.

Il tutto è aggravato in periodo di pandemia dalle difficoltà del personale amministrativo di operare da casa sui registri informatici di cancelleria dei Tribunali e delle Corti di Appello. Si è parlato al riguardo di "effetto imbuto della cancelleria"⁵⁰ per indicare l'eccessivo intervallo di tempo che in alcuni casi intercorre fra il deposito telematico dell'atto (o del provvedimento giurisdizionale) e la sua acquisizione nel fascicolo informatico.

De iure condito, risulta imprescindibile potenziare le possibilità per il personale amministrativo di operare da remoto sui registri informatici di cancelleria.

De iure condendo il passaggio potrebbe essere automatizzato, in modo da prescindere per alcuni atti difensivi – quali ad esempio le note scritte – da un intervento manuale di accettazione da parte del personale di cancelleria.

Non minori criticità interpretative (*de iure condito*) e prospettive future (*de iure condendo*) pongono le disposizioni emergenziali relative alle udienze civili, se osservate in un'ottica di adozione delle stesse anche dopo l'emergenza sanitaria.

Anzitutto, l'utilizzo di programmi di videoconferenza per lo svolgimento delle udienze involge una più ampia riflessione verso una concezione della giustizia come *servizio*, anziché come *luogo*. La compiuta trattazione del tema esula dai limiti del presente articolo⁵¹.

⁴⁸ La qualificazione del reclamo ex art. 369 *terdecies* c.p.c. come atto introduttivo depositabile, quindi, per via cartacea, costituisce tuttora un cantiere aperto. Sul punto v. PIROTTA, *Deposito telematico obbligatorio: quando il fine non giustifica i mezzi*, in *Il Foro Padano*, 2017, 99 ss.

⁴⁹ Sul punto, v., se vuoi, IMBROSCIANO, *Tempestività del deposito e rimessione in termini: come orientarsi nel turmoil della giurisprudenza di merito*, in *ProcessoCivileTelematico.it*, 20 giugno 2016.

⁵⁰ V. CONSOLANDI, *Lavorare da remoto sui registri di cancelleria si può: criticità e soluzioni tecniche*, *ProcessoCivileTelematico.it*, 10 maggio 2020. Sulle difficoltà iniziali legati allo smart working del personale amministrativo, v. MENINI, *Smart process of Justice antiVirus. Lo smart working emergenziale degli uffici giudiziari*, ivi, 8 aprile 2020. Sulle modifiche da ultime intervenute sui registri informatici di cancelleria per consentire al personale amministrativo di operare da remoto v. CIVININI, *La giornata europea della giustizia civile 2020, occasione di riflessione sull'impatto della pandemia sulla giustizia attraverso l'esperienza del Tribunale di Pisa*, in corso di pubblicazione su *QuestioneGiustizia.it*.

⁵¹ Per riferimenti, v. SUSSKIND, *Online Courts*, cit., spec. pag. 95 ss.

Si impone tuttavia quella che è una mera constatazione di fatto. È ormai un anno che la giustizia civile viene esercitata al di fuori dei luoghi a ciò deputati, in una neo-prospettiva (di giustizia come *servizio*) che ha da ultimo ricevuto anche l'avvallo del legislatore, con la previsione che il giudice può partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario⁵².

In secondo luogo, anche l'eterno dilemma fra disciplina positiva e *soft law* trae nuovo vigore nelle udienze virtuali, la cui scarna disciplina ha determinato la proliferazione di protocolli, con conseguenti problemi, a monte, di una non sempre perfetta coerenza del dettato normativo con la riserva di legge e, a valle, di gravi ricadute applicative per l'utente chiamato ad applicare regole diverse (da tribunale a tribunale) e spesso difficilmente conoscibili.

Un ultimo fronte è quello dell'alternativa fra scrittura e oralità nella trattazione del processo.

La sostituzione dell'udienza con note scritte costituisce un *minus* rispetto alla trattazione orale del processo. Il relativo "sacrificio" va adeguatamente controbilanciato in un equilibrio di pesi e contrappesi fra le insopprimibili garanzie processuali, nonché fra queste e la tutela parimenti insopprimibile della salute.

Rebus sic stantibus, l'individuazione di un punto di equilibrio fra tali insopprimibili valori, anche di rango costituzionale, viene dal legislatore risolto con l'attribuzione al giudice di poteri discrezionali sulle forme della trattazione, onde individuare di volta in volta il "giusto" grado di equilibrio tra celerità del servizio-giustizia, tutela del diritto alla salute ed esigenze difensive.

La prospettiva di stabilizzazione della misura oltre la pandemia evoca il concetto di "online" case management⁵³, come possibile fattore di accelerazione e razionalizzazione del processo, in un'ottica che adegua la disciplina procedimentale alle peculiarità del caso concreto.

De iure condito un temperamento al potere discrezionale del giudice potrebbe rinvenirsi in un'interpretazione maggiormente garantista dell'attuale disciplina legislativa.

Anzitutto, si fa riferimento al problema delle conseguenze della nota di trattazione tardiva, perché depositata prima dell'udienza, ma oltre il termine di cinque giorni anteriori alla stessa.

Se è vero che, in assenza di una dichiarazione espressa da parte del legislatore, non può dubitarsi che si tratti di termine ordinatorio ai sensi dell'art. 152, comma 2, c.p.c., altrettanto indubbia dovrebbe ritenersi

⁵² V. *supra* § 5.

⁵³ Per una trattazione in generale del tema v. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, 625.

l'intangibilità, pe effetto della nuova disciplina, del regime codicistico di preclusioni e decadenze. Ne consegue che l'omesso rispetto del termine ordinatorio concesso dal giudice per il deposito delle note scritte "sostitutive" non potrebbe comportare né una decadenza della parte, né l'invalidità dell'atto compiuto in ritardo, potendo al più generare un *vulnus* per la controparte, per violazione del contraddittorio, con conseguente necessità di concedere a quest'ultima un termine a difesa⁵⁴.

In secondo luogo, il riferimento va ai requisiti, già oggi previsti, di consenso delle parti sulla forma di trattazione alternativa. Da questo punto di vista, come sopra detto, la trattazione scritta potrebbe essere generalizzata come modalità ordinaria di svolgimento di alcune udienze, fatta però salva l'istanza contraria della parte, con dissenso da ritenersi vincolante per il giudice.

Entrambe le linee interpretative sopra menzionate si basano sulle attuali disposizioni emergenziali, scegliendo, entro la gamma predefinita di significati data dallo schema semantico di riferimento delle disposizioni, quello più coerente con il diritto di difesa e il principio del contraddittorio⁵⁵.

Ulteriori passi possono essere compiuti, specie *de iure condendo*.

In particolare, lo *switch off* da misura emergenziale a disciplina ordinaria apre le porte ad almeno due ulteriori campi di indagine.

Da un lato, l'innalzamento dell'udienza "cartolare" a tecnica di accelerazione non costituisce un assioma. Occorre esaminare e studiare i presupposti in presenza dei quali tale condizione si verifica.

Fra questi un primo nodo problematico è costituito dalla sinteticità degli atti difensivi. Se si assume come vero che l'esclusione della presenza in udienza sia funzionale alla ragionevole durata del processo, altrettanto indubbio è il substrato "fattuale" di tale assunto, che si fonda sul risparmio del costo (in termini di tempo) che tutti gli operatori "pagano" per presenziare in udienza.

In questa chiave logica, è evidente che il mancato rispetto del principio di sinteticità chiamerebbe gli operatori a sostenere un pari, se non superiore, costo (sempre in termini di tempo) per la redazione e l'esame delle note scritte sostitutive, giungendo così a vanificare quella stessa esigenza (di ragionevole durata) che costituisce il substrato, la giustificazione teleologica

⁵⁴ L'indirizzo interpretativo è tratto da CECHELLA, *Trattazione scritta*, cit., che in senso conforme richiama Cass. 2 dicembre 1998, n. 12245, in *Foro it.*, 1999, I, 857 ss. Nella stessa direzione, v. CAROLEO, IONTA, *La trattazione scritta*, cit.

⁵⁵ Il riferimento è alla teoria dell'interpretazione cosiddetta intermedia (antiformalistica, ma moderata), la quale considera le disposizioni, alla stregua di uno schema, che, secondo la magistrale lezione di Kelsen, "determina e vincola" il significato da prodursi, *id est* la norma. Cfr. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 2000, 117 ss.

di tutte le ipotesi (*de iure condendo*, beninteso) di generalizzazione della trattazione scritta come modalità ordinaria di svolgimento di alcune udienze. Questo è un aspetto che impone al legislatore una definitiva scelta di campo sui principi di sintesi e chiarezza nella stesura degli atti processuali e sulle loro possibili ricadute nella regolamentazione delle spese processuali⁵⁶.

Dall'altro lato, la forma alternativa di trattazione va salutata con favore, ma entro i limiti del perimetro disegnato dal rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa. In questa prospettiva, si palesa particolarmente delicata l'attuale previsione legislativa di un termine unico per entrambe le parti (di cinque giorni anteriori all'udienza) per il deposito delle note scritte, con conseguente esclusione in radice della possibilità – garantita nell'udienza in presenza – di immediatamente replicare alle difese avversarie o agli eventuali rilievi d'ufficio. Il possibile *vulnus* al diritto di replica è sì evidente da indurre alcuni giudici a concedere, *praeter legem*, un duplice termine. La soluzione, pur condivisibile, non sembra adeguata. L'adozione, in un contesto *post* emergenza, del modello della trattazione scritta, postula – come imprescindibile correttivo – la previsione legislativa di un ulteriore termine per replica alle note scritte *ex adverso* depositate⁵⁷.

Entrambi i summenzionati campi di indagine dimostrano che, accanto ad una necessaria opera di interpretazione delle disposizioni emergenziali in senso conforme alle garanzie costituzionali, si sviluppa una più interessante *pars costruens* di esame delle condizioni in presenza delle quali le forme alternative di trattazione, anche una volta cessata l'emergenza, possono

⁵⁶ Alcuni piccoli passi in questa direzione sono stati compiuti. Si fa riferimento al D.M. 8 marzo 2018, n. 37, che, entrato in vigore il 27 aprile 2018, ha modificato il decreto 10 marzo 2014, n. 55 (Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi per la professione forense, ai sensi dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247) introducendo l'art. 4, comma 1-bis secondo cui "Il compenso determinato tenuto conto dei parametri generali di cui al comma 1 è di regola ulteriormente aumentato del 30 per cento quando gli atti depositati con modalità telematiche sono redatti con tecniche informatiche idonee ad agevolarne la consultazione o la fruizione e, in particolare, quando esse consentono la ricerca testuale all'interno dell'atto e dei documenti allegati, nonché la navigazione all'interno dell'atto". Sul tema v., se vuoi, IMBROSCIANO, *Principio di sinteticità e processo civile telematico: tecniche di redazione dell'atto alla luce dei nuovi parametri forensi*, in *Rivista del Consiglio Ordine Avvocati Milano*, 2018, 158 ss.

⁵⁷ Conf. CECHELLA, *Trattazione scritta*, cit., che ricorda, come ulteriore argomento a supporto dell'esigenza che venga previsto un duplice termine, la sopravvivenza nel sistema dell'art. 83-bis disp. att. c.p.c. secondo cui: "Il giudice istruttore, quando autorizza la trattazione scritta della causa, a norma dell'art. 180 primo comma del Codice, può stabilire quale delle parti deve comunicare per prima la propria comparsa, ed il termine entro il quale l'altra parte deve rispondere".

considerarsi sì funzionali alle consuete ragioni di economia processuale e di contrazione dei tempi del giudizio, ma parimenti salvaguardare il rispetto effettivo del principio del contraddittorio e delle prerogative difensive.

A questo apporto “costruttivo” è chiamato l’interprete che non può trincerarsi dietro un atteggiamento di acritico rifiuto delle soluzioni proposte⁵⁸. Se è vero che “il diritto non declina: il diritto si adegua”⁵⁹, l’*an* e il *quantum* di tale adeguamento divengono così oggetto di studio, anche critico, in una sorta di *lessons learned exercise*⁶⁰, volto alla “traduzione in formule giuridiche”⁶¹ di quell’esperienza (di nuove forme e regole) che l’emergenza epidemiologica ci sta ogni giorno consegnando.

8. – La legislazione di emergenza, fin qui richiamata, rimette al giudice la facoltà di disporre che l’udienza sia sostituita dal deposito telematico di note scritte, ovvero sia tenuta, con il consenso delle parti, mediante collegamento audiovisivo a distanza.

Nessun criterio viene dettato dal legislatore per il giudice che, laddove ricorrano le precondizioni sopra illustrate, potrà optare per l’una o l’altra delle modalità “eccezionali” di celebrazione dell’udienza. È ragionevole ritenere che a orientare tale scelta saranno fattori tanto di tipo oggettivo (legati ad esempio all’adempimento per cui è fissata l’udienza e alla complessità del caso concreto), quanto di tipo soggettivo (legati non solo a possibili condizioni di quarantena o di isolamento fiduciario del giudice, ma

⁵⁸ Così CECHELLA, *Trattazione scritta*, cit., il quale ricorda come un atteggiamento di rifiuto non abbia mai condotto a risultati significativi. Sul punto l’a. ricorda le polemiche nei primi anni Novanta sull’introduzione del giudice di pace, con un atteggiamento di rifiuto che non poi impedito l’introduzione dell’istituto secondo i disegni del legislatore. Conf. PAGNI, *Le misure urgenti*, cit. e VALERINI, *In difesa dell’udienza da remoto*, in *Judicium.it*, 29 aprile 2020.

⁵⁹ Così CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim.*, 1955, 252 e *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 598. Così scrive il Maestro, con parole che sembrano scritte oggi: “Il diritto non declina: il diritto si adegua. Nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perché in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi tradizionali appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni. Ma questa incertezza può essere preludio di rinascita: e cercare, come io oggi mi propongo dinanzi a voi, alcune cause di questa incertezza in un determinato momento storico, può essere già un contributo a trovare i mezzi per superarla e a creare una nuova certezza per il domani”.

⁶⁰ V. CIVININI, *La giornata europea*, cit.

⁶¹ Così scrive Calamandrei nelle lezioni messicane. Il passo è richiamato da PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2019, 162 ss.

anche alla sua formazione tecnica-informatica, nonché alla situazione in cui versa l'ufficio giudiziario in cui il giudice opera).

In una prospettiva emergenziale, l'assetto normativo potrebbe apparire giustificabile. Se la tutela della salute è stata ritenuta idonea a legittimare financo la compromissione della libera circolazione delle persone, *a fortiori* potrebbe ritenersi idonea a giustificare la discrezionalità del giudice nella scelta delle modalità di svolgimento dell'udienza.

I termini del discorso potrebbero però mutare laddove si consideri la possibilità di trasformare le misure eccezionali in modalità ordinarie di svolgimento delle udienze civili.

Si intende dire che, laddove si scelga di estendere la vigenza delle provvidenze emergenziali anche oltre il periodo che ne ha imposto l'introduzione, sarebbe allora auspicabile la predeterminazione, per via legislativa, di criteri "oggettivi" ai quali ancorare la facoltà del giudice di sostituire l'udienza con il deposito di note scritte, ovvero di svolgere la stessa con programmi di videoconferenza. In particolare, l'adempimento per cui la singola udienza è fissata potrebbe rappresentare un criterio razionale, anche nella prospettiva di un uso "proporzionato" degli strumenti a disposizione del giudice. *Altro* è utilizzare la trattazione scritta rispetto all'udienza di precisazione delle conclusioni (prassi che, nella sostanza, è già invalsa e risponde alla "tecnicità" – e anche complessità, a dispetto di quanto potrebbe sembrare – dell'adempimento), *altro* sarebbe, per esempio, trasformare in una mera appendice scritta (vieppiù se dopo lo scambio delle tre memorie) l'udienza di discussione sull'ammissione dei mezzi istruttori.

Alcuni passi sono stati già compiuti in questa direzione dalla stessa legislazione d'emergenza. Si pensi, ad esempio, all'udienza fissata per il giuramento del c.t.u., o all'udienza di comparizione di coniugi nei procedimenti di separazione consensuale e divorzio congiunto⁶². In simili ipotesi, non sembra improprio auspicare che la sostituzione di tali udienze con note scritte possa assurgere a misura ordinaria (anziché eccezionale), fatta salva per il giudice la possibilità di disporre, anche su iniziativa delle parti, la trattazione orale (in questo caso, anche con programmi di videoconferenza).

9. – Le riflessioni qui formulate presuppongono, almeno in parte, la scelta di escludere un'ipotesi di ritorno *tout court* alla disciplina processuale vigente prima dell'emergenza.

L'emergenza pandemica ha imposto un'"accelerazione digitale", permettendo a tutti i protagonisti del proscenio processuale (giudici, avvocati, ausiliari del giudice) di sperimentare nuove tecniche e forme che

⁶² V. *supra* nota n. 24.

potrebbero – *in thesi* – aiutare a fronteggiare quell'inefficienza che, negli ultimi lustri, è stata, a volte a torto ma purtroppo spesso a ragione, ascritta al processo civile.

Viene quindi da chiedersi se, con l'auspicata (ma ancora da conquistare) fine dell'emergenza, debba essere lasciata alle spalle anche quest'esperienza (di regole e forme) che della pandemia è stata l'effetto.

Da un lato, è evidente che la soppressione di alcune garanzie trova nell'esigenza di tutelare la salute un contrappeso che ne giustifica una compressione altrimenti inaccettabile. Si pensi ad esempio al rito del lavoro, rispetto al quale la trattazione in forma cartolare, se applicata all'udienza di discussione, ne tradisce spirito e *ratio*.

Dall'altro lato, viene da chiedersi se analogo "tradimento" sia rinvenibile nella sostituzione con note scritte dell'udienza fissata per il giuramento del c.t.u., ovvero per la precisazione delle conclusioni. La risposta, come emerge dalle notazioni fin qui svolte, sembra negativa.

Si tratta di una prospettiva che, del resto, affonda le proprie radici nella riflessione sulla stessa "origine" delle regole processuali, sul rapporto fra la loro genesi e l'esperienza, quella che Calamandrei definiva "senso comune", sul presupposto che "le regole del diritto processuale civile, a guardarle contro luce, non sono nella loro essenza altro che massime di logica e di buon senso e accorgimenti tecnici tradotti in regole obbligatorie: sono – scrive il Maestro fiorentino nelle lezioni messicane – la traduzione in formule giuridiche di esperienze attinte dalla ragione comune"⁶³.

Mai come oggi si tratta di parole che possono fornire da monito e guida, nella convinzione che la "traduzione in regole giuridiche" dell'esperienza della pandemia costituisca un patrimonio (di nuove tecniche e forme) che il processo civile non può permettersi di spostare *sic e simpliciter* nel cestino.

Abstract

ONLINE HEARINGS AND DIGITAL CIVIL JUSTICE: THE STATE OF THE ART AND SOME PROPOSALS FOR THE FUTURE OF JUSTICE

L'articolo esamina l'impatto della legislazione emergenziale sulla giustizia civile digitale. La prima parte fornisce una visione d'insieme delle misure eccezionali vigenti. Particolare attenzione è posta alle relazioni fra le udienze virtuali (in cui tutti i partecipanti sono collegati in videoconferenza), le udienze in presenza (in cui solo alcune parti e i loro difensori sono collegati da remoto) e la cosiddetta trattazione scritta (che prevede una forma di interazione interamente telematica, senza udienza).

⁶³ Il passo è richiamato da PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale*, cit.

L'analisi poi passa dallo stato dell'arte al futuro della giustizia.

In una sorta di *"lessons-learned exercise"*, gli autori prospettano che le misure eccezionali possono costituire un *"caso di studio"* nella digitalizzazione della giustizia civile e indagano come il processo civile potrebbe essere migliorato dalla stabilizzazione, a certe condizioni, delle misure relative alle udienze in video conferenza e alla cosiddetta trattazione scritta.

The paper examines the emergency legislation impact upon digital civil justice. The first part of the paper provides an overview of interim measures. Particular attention is paid to the relationships among virtual hearings (into which all participants are connected by video), physical hearing (into which some parties and lawyers are linked by video), and "online judging" (which involves a form of interaction through the online service with no hearing).

The analysis then shifts from the-state-of-art to the future of justice.

A lessons-learned exercise is needed. The authors look ahead, arguing that interim measures are a case study in the digital transformation of justice and show how court proceedings can be improved by virtual hearings and online judging.

GLI STRUMENTI DI “CONSOLIDAMENTO” PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI DEL GRUPPO DI IMPRESE: UN’INDAGINE ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA CONTENUTA NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI D’IMPRESA E DELL’INSOLVENZA

MARCO CONFORTO

Dottore di ricerca

SOMMARIO: 1. La crisi del gruppo di imprese: profili generali – 2. Il consolidamento sostanziale – 3. Il consolidamento procedurale e le sue articolazioni – 4. La *procedural consolidation* nell’ordinamento domestico: i gruppi nel codice della crisi e dell’insolvenza – 4.1 La procedura unitaria di concordato preventivo – 4.1.2 (*Segue*) Il contenuto della proposta unitaria di concordato preventivo – 4.1.2 (*Segue*) Il contenuto del piano unitario o dei piani reciprocamente collegati e interferenti di concordato preventivo – 4.2 La procedura unitaria di liquidazione giudiziale – 5. Conclusioni.

1. – È dato ampiamente conosciuto che il gruppo si caratterizzi per il c.d. bipolarismo tra unità sostanziale e pluralità formale delle imprese che lo compongono¹. Detto bipolarismo rappresenta la chiave di successo del fenomeno²: una delle funzioni più rilevanti assolve dalle singole società è invero quella di ripartire il rischio d’impresa, destinando una parte del

¹ G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in *Le proposte per una riforma della legge fallimentare* a cura di M. ARATO e G. DOMENICHINI, 21 ss. In argomento v., altresì, A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali. Lineamenti generali*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, Torino, 2012, 205 laddove ritiene che: “Il fenomeno del ‘gruppo’ si caratterizza per la scissione fra il profilo economico sostanziale, che vede l’esistenza di una unica impresa, ed il profilo giuridico formale, che vede l’esistenza di una pluralità di soggetti distinti”. Sempre sul punto M. MAUGERI, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in *Giur. comm.*, 2012, 66 ss. parla di paradosso del gruppo: “Dovrebbe ormai considerarsi acquisito al dibattito scientifico in materia di gruppi il convincimento secondo cui al centro del fenomeno si pone un vero e proprio paradosso logico: l’esigenza, cioè, di pervenire all’identità delle differenze armonizzando la molteplicità delle figure soggettive societarie con l’unità oggettiva dell’impresa tramite esse esercitata”.

² A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali*, cit., 205 secondo il quale: “Questa scissione costituisce la chiave del successo di tale modello: essa consente, in generale, una flessibilità organizzativa sconosciuta all’impresa autonoma e, in particolare, permette di conseguire peculiari vantaggi in termini di frazionamento della responsabilità, e quindi del rischio, di allocazione dei costi e dei benefici, ecc.”.

patrimonio del soggetto economico (il capitale proprio delle società controllate) alla soddisfazione di ben determinate obbligazioni (quelle che fanno capo alle singole società controllate). Fenomeno, quest'ultimo, che prende il nome di *assets partitioning*³. A ben vedere, i vantaggi che derivano dall'*assets partitioning* sono molteplici. Esso, invero: *i*) incoraggia gli investimenti di larga scala; *ii*) promuove l'efficienza del mercato dei capitali; *iii*) riduce i costi di negoziazione; *iv*) stimola il rischio imprenditoriale⁴.

Per mantenere coerenza con la funzione assoluta dall'*assets partitioning* nella fase fisiologica, è corretto ritenere che anche nella fase patologica ogni singola società risponda solo ed esclusivamente delle obbligazioni assunte con il proprio patrimonio, con la conseguente apertura di procedure di crisi autonome per ogni componente del gruppo. Se è vero, infatti, che una delle ragioni (forse la principale) che giustificano il fenomeno di gruppo è da rintracciare nella separazione dei patrimoni delle diverse società che lo compongono e dunque nel fenomeno dell'*assets partitioning* che essa separazione determina; è del tutto intuitivo che intanto il frazionamento della responsabilità patrimoniale determinerà una riduzione del rischio d'impresa, in quanto l'autonomia patrimoniale si conservi anche in caso di apertura del concorso. Parrebbe iniquo, d'altronde, immaginare che proprio nelle procedure concorsuali, laddove si ha la più nitida concretizzazione dell'autonomia patrimoniale, gli *assets* delle società collegate si fondino al fine di rispondere congiuntamente alle obbligazioni assunte dal gruppo nel suo complesso. L'apertura di distinte procedure può, tuttavia, determinare la disgregazione del complesso produttivo e la perdita di valore del patrimonio del gruppo complessivamente considerato; il ché sarà, senza dubbio, a discapito dei creditori che vedranno soddisfatte le pretese vantate in percentuale minore rispetto a quanto potrebbero ricavare da una gestione integrata delle diverse imprese del gruppo.

Proprio le caratteristiche fin qui delineate spiegano le enormi difficoltà che ha incontrato l'opera di regolamentazione del gruppo insolvente, atteso che – fino al recente passato – è stato trattato dal legislatore alla stregua di uno sconosciuto. Sul punto, è tuttavia in corso, in ambito sia nazionale sia internazionale, un processo di rinnovamento delle normative concorsuali volto all'introduzione di strumenti per la soluzione della crisi del gruppo.

³ H. HANSMANN – R. KRAAKMAN, *The Essential Role of Organizational Law*, in *Yale L.f.*, 2000, 391.

⁴ Sui vantaggi che derivano dall'appartenenza ad un raggruppamento di imprese v. U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 2 ss.; F.H. EASTERBROOK – D.R. FISCHER "Limited Liability and the Corporation", in *U. Chi. L. Rev.*, 1985, 89; L. E. RIBSTEIN "Limited Liability and theories of the Corporation", in *Md. L. Rev.*, 1991, 80; F.H. EASTERBROOK – D.R. FISCHER "The Economic Structure of Corporate Law", in *Harvard University Press Cambridge*, 1991.

Tale processo ha avuto inizio nell'anno 2010 con l'emanazione da parte del Gruppo V dell'Uncitral di alcune raccomandazioni – inserite nella Parte III della Guida Legislativa sul regime dell'insolvenza – rivolte ai legislatori nazionali e dedicate al *"Treatment of enterprise groups in insolvency"*⁵.

A livello comunitario, il 20 maggio 2015, il Parlamento e il Consiglio d'Europa – rinnovando il Reg. n. 1346/2000 – hanno adottato il Reg. n. 848/2015 relativo alle procedure d'insolvenza (rifusione), laddove al capo V è introdotta una specifica disciplina che fa riferimento alle procedure d'insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società.

In ambito nazionale, infine, è noto che il Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2019 ha approvato il decreto legislativo il quale, in attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, introduce nel nostro ordinamento il nuovo "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" volto a sostituire la Legge Fallimentare di cui al R.D. del 16 marzo 1942, n. 267. Una delle parti più nuove e significative della riforma riguarda, appunto, la crisi e l'insolvenza dei gruppi.

Molto articolato è il panorama dei meccanismi di soluzione della crisi del gruppo che ne risulta. Nel novero di tali meccanismi figurano i c.d. "strumenti di consolidamento", che si distinguono al loro interno in *i*) quelli che prevedono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza con unificazione delle masse attive e passive di ogni singola società (consolidamento sostanziale); e *ii*) quelli che prevedono il concentramento degli aspetti procedurali, fermo restando in ogni caso l'autonomia delle masse attive e passive delle singole componenti del gruppo (consolidamento procedurale).

In un primo momento, al fine di evidenziare le differenze tra la *substantive consolidation* e la *procedural consolidation*, l'analisi affronterà lo studio dei meccanismi di consolidamento. Successivamente, al fine di valutare come il legislatore domestico abbia adottato tali strumenti, l'indagine tratterà le norme di cui al Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza che prevedono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza laddove siano coinvolte diverse imprese di un gruppo.

⁵ La Parte III della *legislative guide* dell'Uncitral affronta il tema dell'insolvenza dei gruppi e propone una serie di raccomandazioni che i legislatori nazionali dovrebbero prendere in considerazione al fine di riformare le leggi fallimentari domestiche.

Il documento si compone di tre capitoli: a) il primo esamina i caratteri generali del gruppo d'impresa; b) il secondo ha ad oggetto l'insolvenza del gruppo domestico; c) il terzo affronta le problematiche inerenti la crisi del gruppo multinazionale.

2. – La *substantive consolidation doctrine*⁶ è stata elaborata nel secolo passato dalla giurisprudenza statunitense, in particolare, il primo caso in cui la stessa è stata applicata si registra nel 1941, nel quale la Corte fallimentare giunse al consolidamento dei patrimoni di un imprenditore individuale (Downey) e della società da esso stesso costituita (due anni prima di presentare istanza per *voluntary bankrupt*) al fine di trasferire in frode ai

⁶ Sul consolidamento delle masse così J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy*, in *Ga. L. Rev.*, 2003, 470: “*In substantive consolidation, the court magically transforms separate entities into one entity for bankruptcy distribution purposes. For any number of reasons, the court may decide that it would be more equitable for the separate entities to be treated as one for the purpose of the bankruptcy proceeding. When a court orders substantive consolidation of a case, the debtors’ assets or future income stream, or both, is combined into one pool to be available to creditors. In addition, when a case is substantively consolidated the creditors’ claims are also consolidated. The bankruptcy proceedings operate as if all of the creditors had extended credit to a single entity*”.

La *substantive consolidation* è uno strumento di origine giurisprudenziale: le corti Statunitensi, facendo leva sul c.d. potere di *equity* attribuito loro dal *bankruptcy code*, ordinano il consolidamento delle masse. Questa rappresenta l’ipotesi classica di *consolidation* che, atteso l’intervento dell’organo giurisdizionale, viene definita *judicial consolidation*. Oltre ad assumere carattere giudiziale, il consolidamento può, tuttavia, essere anche di tipo negoziale. Ed invero, nella prassi si registrano casi in cui i creditori, nell’ambito dell’autonomia negoziale ad essi riconosciuta, hanno consensualmente accettato proposte di consolidamento patrimoniale. Al fine di evitare che la fusione rechi un pregiudizio ingiustificato agli aventi diritto, è indubbio che sia necessario raggiungere un accordo totalitario tra e con tutti i creditori coinvolti.

Il consolidamento sostanziale, poi, può essere completo, quando coinvolge tutti i beni e tutti i debiti delle diverse società del gruppo; ovvero parziale, quando gli effetti riguardano solamente parte dell’attivo e parte del passivo delle diverse imprese interessate. In ipotesi di *complete consolidation*, sul ricavato ottenuto dalla liquidazione degli *assets* di tutte le società del gruppo, concorrono – *pari passu* – tutti i creditori; in caso di *partial consolidation*, i creditori non coinvolti conserveranno il diritto di soddisfare le pretese vantate sul ricavato dalla liquidazione degli *assets* esclusi dal consolidamento. In tale ultima circostanza, si opera una scissione della massa attiva del gruppo in due di sottomasse, quella oggetto di consolidamento e quella esclusa dal consolidamento. L’amministratore dell’unitaria procedura d’insolvenza del gruppo dovrà tenere in conti autonomi le operazioni relative alla liquidazione dei beni esclusi dal perimetro di consolidamento. Sulle somme che afferiscono su tali conti, avranno diritto ad essere soddisfatti in primo luogo i creditori rimasti al di fuori della fusione, e successivamente – qualora vi sia un residuo attivo – i creditori coinvolti nel consolidamento.

Infine, si registrano differenze tra il c.d. consolidamento totale ed il consolidamento relativo. Con il consolidamento totale si realizza la concentrazione delle società del gruppo in una sola; il consolidamento relativo produce effetti solo all’interno del concorso: al fine, cioè, della soddisfazione dei creditori, ovvero nell’ambito delle votazioni di un piano di riorganizzazione.

creditori i beni organizzati per l'esercizio dell'attività di impresa⁷. In quella circostanza, la *ratio* che ha indotto la corte ad accogliere la richiesta di consolidamento avanzata dal curatore del fallimento dell'imprenditore individuale è stata rinvenuta nel bisogno di reprimere l'abuso dello schermo della personalità giuridica. La *substantive consolidation* nasce, dunque, come rimedio di carattere *equitativo*, al fine di riequilibrare la posizione giuridica dei creditori danneggiati dalle politiche pregiudizievoli dei soci di controllo⁸. La fusione delle masse attive e passive, però, può provocare la lesione dei diritti sostanziali delle parti⁹. Ed invero, dall'unione in *pool* di *assets* e *liabilities* delle società del gruppo, i creditori possono trarne un vantaggio, ovvero subirne un danno, in funzione della capienza patrimoniale della società originariamente finanziata¹⁰. Si supponga, ad esempio, che sia ordinato il consolidamento delle masse tra le società Alfa e Beta, laddove la consistenza patrimoniale della prima sia superiore rispetto alla seconda. Ponendosi dall'angolo visuale dei creditori di Alfa, il consolidamento è tutt'altro che conveniente; al contrario, i creditori di Beta ne trarrebbero un vantaggio. È indubbio che ciò alimenta i conflitti tra i gruppi di creditori, e pertanto, è stato rappresentato – in dottrina come in giurisprudenza – che la *substantive consolidation* dev'essere utilizzata come rimedio a carattere eccezionale.

La giurisprudenza statunitense, alla luce di tali considerazioni, se in un primo momento ha considerato il consolidamento sostanziale come strumento di carattere equitativo da ordinare in caso di abuso della personalità giuridica, nelle decisioni successive ha rinvenuto la *ratio* giustificatrice nell'opportunità e nella convenienza economica della

⁷ SAMPSELL v. IMPERIAL PAPER & COLOR CO., 313 US 215, 219 (1941).

⁸ Per favorire le società patrimonializzate, abusando dello schermo della personalità giuridica, la *holding* può impartire direttive pregiudizievoli per le società del gruppo con capitale irrisorio. Sul carattere equitativo del consolidamento delle masse v. I. MEVORACH, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*, in *European Business Organization Law Review*, 2007, 187: "Substantive consolidation is a tool that is available in certain legal regimes, and may be very useful in tackling certain types of insolvency processes within corporate groups. The basic idea is to achieve just and equitable results as well as dealing with the inefficiency of handling separate proceedings in cases of strongly integrated corporate groups, by addressing the companies as a single unit in the course of their insolvencies. In certain jurisdictions, this includes the disregard of intragroup claims". Secondo J. B. BERRINGER D. J. ARTESE, *The ABCS of Substantive Consolidation*, cit., 2004, 640: "is an equitable remedy which permits a bankruptcy court to ignore corporate distinctions".

⁹ J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy*, cit., 470

¹⁰ Sul punto v. VATTERMOLI, *Gruppi insolventi e "consolidamento di patrimoni (substantive consolidation)"*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, 594.

fusione¹¹. È intuitivo che l'attività di attribuzione della proprietà dei beni e della titolarità delle obbligazioni – in ipotesi di gruppo altamente accentrato – generi delle passività di non poco conto. Oggetto di valutazione ai fini dell'applicabilità dello strumento è stato, pertanto, il profilo dell'efficienza economica: laddove i costi "previsti" per la separazione patrimoniale si rivelarono maggiori dei ricavi che "prevedibilmente" tale separazione avrebbe potuto generare, fu lasciato spazio alla *substantive consolidation*¹². Per sanzionare operazioni di carattere fraudolento è invece opportuno affidarsi a strumenti risarcitori quali ad esempio le azioni di responsabilità nei confronti dei soci ovvero della capogruppo.

¹¹ DRABKIN V. MIDLAND-ROSS CORP. (*IN RE AUTO-TRAIN CORP.*), 810 F. 2D 270 (D.C. CIR. 1987); *IN RE AUGIE/RESTIVO BAKING CO.*, 860 F. 2D 519; *IN RE OWENS CORNING CORP.*, 419 F. 3D 195 (3° CIR. 2005). In dottrina si segnala il contributo di J. SARRA, *Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings*, in *Tex. Int'l L. J.*, 2009, 568. In particolare, le Corti hanno ordinato la *substantive consolidation* quando: i) le attività e le passività delle diverse società del gruppo si mostravano così interconnesse, che separarle sarebbe stato antieconomico per i creditori; ii) i creditori avevano trattato il gruppo alla stregua di un'unica entità giuridica. Tale soluzione è stata sostenuta in dottrina da J. B. BERRINGER D. J. ARTESE, *The ABCS of Substantive Consolidation in Banking L. J.*, 2004, 644: "Courts will focus on the degree to which two or more entities are interrelated (i.e., substantial identity) and the reasonable expectations of the creditor at the time it extended credit (i.e., reliance on the separate credit of one entity)".

¹² Anche l'Uncitral nella parte terza della Guida legislativa sul regime di insolvenza, ha affrontato il tema relativo ai presupposti di applicazione del consolidamento sostanziale, considerandolo opportunamente come rimedio a carattere eccezionale. Ed invero, la raccomandazione 219 specifica che "The insolvency law should respect the separate legal identity of each enterprise group member. Exceptions to that general principle should be limited to the grounds set forth in recommendation 220".

La regola generale è, dunque, rinvenuta nella distinta ed autonoma soggettività giuridica delle società del sodalizio; la raccomandazione 220, invece, stabilisce che la *substantive consolidation* è applicabile solo quando: i) il grado di integrazione economica è così intenso da rendere estremamente dispendiosa l'attribuzione della proprietà dei beni e della titolarità delle obbligazioni alle diverse società del gruppo; ovvero quando ii) l'organizzazione di gruppo abbia avuto obiettivi fraudolenti piuttosto che finalità imprenditoriali.

Come detto, le ultime – e più importanti – pronunce della giurisprudenza statunitense sembrano "dislocare" la *substantive consolidation* dal novero degli strumenti di carattere equitativo: consapevoli delle criticità che la fusione delle masse potrebbe comportare, le corti americane – piuttosto che in caso di abuso di personalità giuridica – hanno ordinato il consolidamento quando ritenuto conveniente dal punto di vista economico. Attesi i problemi rappresentati, non appare adeguato estendere – come fa la *legislative guide* – l'applicabilità dello strumento anche ad ipotesi di abuso della personalità giuridica.

3. – Come visto, il consolidamento sostanziale può determinare la lesione dei diritti sostanziali delle parti, pertanto, è preferibile limitarne le condizioni di applicabilità il più possibile, solo quando – in casi estremi – il gruppo si presenti altamente integrato.

Al di fuori dell'ipotesi testé menzionata, è, senza dubbio, preferibile lo strumento della *procedural consolidation* che, come suggerito dal nome, incide esclusivamente sui meccanismi processuali della gestione dell'insolvenza di gruppo, restando ferma l'autonomia delle masse attive e passive delle società che lo compongono¹³.

In ragione della forza con la quale si manifesta, si registrano diversi livelli di consolidamento procedurale. La forma più intensa vede l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza per le diverse società del gruppo, con la nomina di un unico giudice ed un unico amministratore concorsuale. Ad un grado inferiore d'intensità, si registra l'ipotesi caratterizzata dalla nomina dello stesso giudice e dello stesso amministratore per le diverse procedure d'insolvenza aperte nei confronti delle società del gruppo. In ultimo vi è l'ipotesi che vede l'apertura di una pluralità di procedure d'insolvenza, la nomina di una pluralità di giudici ma l'elezione di un amministratore comune per le diverse procedure¹⁴.

Anche tale strumento è d'ispirazione statunitense, alla *rule 1015 (b)* del *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* è infatti così stabilito: *"If a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against a debtor and an affiliate, the court may order a joint administration of the estates"*. Sempre nel *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* – alla *rule 2009 (a)* – è poi disposto che: *"If the court orders a joint administration of two or more estates under Rule 1015(b), creditors may elect a single trustee for the estates being jointly administered"*.

¹³ In tema di *Procedural Consolidation* v. I. MEVORACH, *Appropriate treatment of corporate groups in insolvency: a universal view*, cit., p 189: *"This mechanism implies that only the procedural aspect of the insolvency is consolidated rather than the actual entities. Thus, a joint administration of the affiliated companies' proceedings is held. A particular court presides over all the cases and one office holder (or a group of joint administrators) is appointed for the various debtors. However, each company remains separate during the course of insolvency, and creditors recover their claims from the particular entity to which they belong. In many cases, it will be sufficient to link between the affiliates using this tool without completely ignoring the separation between the members. Here, too, economic integration should be a major factor in determining the need for this tool. Procedural consolidation should aim to address the case of integrated groups that will benefit from a unified process. It is thus a relatively 'minor' type of mechanism that national laws can perhaps embrace more easily, as it does not involve a redistribution of rights and the corporate veil remains intact"*.

¹⁴ Per una puntuale disamina delle differenti ipotesi di *procedural consolidation* v. C. PAULUS, *Group Insolvencies – Some Thoughts About New Approaches*, in *Texas Int LJ*, 2006, 826

Peraltro, l'ordinamento statunitense non è il solo a contemplare una normativa di diritto positivo che consente il consolidamento procedurale. Ed invero, in Spagna, agli artt. 25 – 25-bis e 25-ter della *ley concursal*, è prevista una specifica disciplina in tema di *concurso conexos*, lasciando spazio per la “*declaración conjunta de concurso de varios deudores*”, ovvero per “*la acumulación de concursos*”, nell'ipotesi – tra le altre – in cui i debitori facciano parte dello stesso gruppo di società.

La *ratio* sottesa è quella di evitare la duplicazione di costi ed eventuali ritardi di carattere processuale che determina l'apertura di autonome procedure d'insolvenza per le diverse imprese del gruppo¹⁵. È necessario, quindi, indagare su quali siano i costi connessi all'apertura di una pluralità di procedure per le diverse società del gruppo. Di primo impatto si sarebbe tentati nel dire che all'aumentare del numero di procedure aperte, aumentino – in misura proporzionale – i compensi degli organi del concorso. Se solo si considera però che gli onorari “del” o “dei” curatori sono calcolati sulla base dell'attivo e del passivo della procedura, è agevole costatare che nel caso in cui fosse eletta una pluralità di curatori, le spese totali resterebbero invariate sebbene spalmate su più soggetti. Sembra, invece, corretto assumere che si tratti prevalentemente di “costi informativi” per la gestione integrata delle diverse imprese del gruppo. È facile supporre che laddove siano designati soggetti diversi per la gestione di diverse procedure, vi sia un notevole dispendio di tempo e di risorse al fine dello scambio delle informazioni inerenti al grado d'integrazione economica tra le diverse imprese del gruppo. Al contrario, l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza concentra tutte le informazioni del gruppo in capo ad *un unico* tribunale, ad *un unico* Giudice Delegato e ad *un unico* amministratore. Il che è, senza dubbio, fonte di risparmio oltre che di gestione efficiente della crisi del gruppo nel suo complesso.

4. – Come detto, una delle novità maggiormente rilevanti del “Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza” è proprio l'introduzione del titolo VI del Codice rubricato “*disposizioni relative ai gruppi d'impresa*”. Con l'introduzione di tale disciplina, può senz'altro affermarsi che il legislatore italiano abbia virato verso l'adozione del consolidamento procedurale. La scelta operata è stata quella di salvaguardare l'autonomia delle masse attive e passive delle diverse imprese del gruppo, escludendo qualsiasi forma di consolidamento sostanziale. Ed infatti, le disposizioni consentono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza (di concordato preventivo ovvero di

¹⁵ J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations in Bankruptcy*, cit., 2003, 469: “*The idea behind procedural consolidation is to expedite the case and render the process less costly*”.

liquidazione giudiziale) laddove siano coinvolte diverse imprese di un gruppo, lasciando ferma – al tempo stesso – l'autonomia delle masse attive e passive. L'indagine, pertanto, proseguirà con lo studio delle norme contenute negli articoli 284-285-286-287 CCI.

4.1 – Le norme contenute negli articoli 284-285-286 CCI disciplinano la c.d. procedura unitaria di concordato preventivo.

In primo luogo, va chiarito attraverso quale meccanismo si possa giungere all'apertura, specificando chi sono i soggetti legittimati a presentare la domanda e in che modo possano esercitare tale legittimazione; in un secondo momento, atteso il consolidamento in una procedura unitaria, sarà opportuno trattare il tema della competenza territoriale nell'ipotesi in cui le imprese del gruppo abbiano il c.d. centro degli interessi principali in circondari giudiziari differenti; in ultima istanza, occorre soffermarsi sul concentramento degli organi nella procedura unitaria di concordato preventivo.

a. Quanto ai soggetti legittimati, soccorre l'art. 284, comma 1, CCI laddove è stabilito che: *“Più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti”*.

La procedura unitaria di concordato preventivo è, dunque, “volontaria”, nel senso che per l'apertura della stessa è prevista la legittimazione esclusiva dei debitori. Dei debitori, appunto. Di una “pluralità” di debitori (imprese), in stato di crisi o di insolvenza appartenenti allo stesso gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali in Italia. Ai fini dell'apertura, non è sufficiente, dunque, che la domanda sia presentata da una *singola* impresa del gruppo, così come non è necessario che il ricorso sia sottoscritto da *tutte* le imprese del sodalizio¹⁶. Legittimati saranno gli amministratori di *due* o più società (del gruppo) che intendano avviare la procedura unitaria concordataria meramente per le imprese che rappresentano.

¹⁶ Il che è coerente con la tesi sostenuta da autorevole dottrina I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, cit. secondo la quale *“one size doesn't fit all”*. L'obiettivo è di attribuire elasticità agli strumenti di composizione della crisi del gruppo, nell'idea che il gruppo, nella realtà economica, può manifestarsi con un'infinità di varianti a seconda del grado di integrazione che sussiste tra le diverse imprese.

Con riguardo alle *modalità*, va detto che il procedimento che porta all'apertura prende le mosse dal *ricorso unitario*¹⁷. Il legislatore domestico sembra così recepire le raccomandazioni contenute nella parte III della guida legislativa Uncitral, laddove alla sezione II è suggerita l'introduzione di una *joint application* per l'apertura di una procedura unitaria d'insolvenza¹⁸. È inoltre disposto che al ricorso unitario dovrà essere allegato un *piano unitario* o *piani collegati e interferenti*. Si tratta di una manifestazione della volontà del legislatore di favorire, sempre che ciò non si traduca in un nocumento per i creditori, la salvaguardia delle *sinergie* economiche e finanziarie esistenti tra società in crisi appartenenti al medesimo gruppo. In ipotesi di gruppo accentrato, lo stretto collegamento imprenditoriale tra le varie società atomo tende ad accumunare le sorti delle diverse imprese coinvolte nel fenomeno. La crisi della *holding* rappresenta un elemento di rilevante "turbamento" perché può innescare a sua volta la crisi delle altre società del gruppo. È di tutta evidenza, pertanto, che il documento economico e finanziario redatto da una singola società sarà condizionato da quanto contenuto nel piano redatto da tutte le altre¹⁹.

b. Quanto poi alla competenza territoriale, va detto che in un sistema basato sul consolidamento delle procedure, è indubbio che il ruolo

¹⁷ Sul punto v. L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, in *La riforma del fallimento* a cura di M. POLLIO, Italia Oggi, 2019, 152: "Lo scopo della domanda unica è quello di agevolare una valutazione coordinata in merito alla necessità/opportunità di ricorrere a una soluzione della crisi e alla sussistenza del presupposto per l'esperimento di quest'ultima, oltre che di ridurre i costi (in ossequio alle direttive in tal senso di matrice comunitaria). Tramite tale soluzione è inoltre, possibile agevolare il calcolo dei periodi sospetti come di ogni data che decorra a partire dalla presentazione della domanda: la data di riferimento sarà la stessa per ogni membro del gruppo".

¹⁸ Gli obiettivi perseguiti dalla *joint application*, rappresentati dalla UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, 26, sono:

(a) To facilitate coordinated consideration of an application for commencement of insolvency proceedings with respect to those enterprise group members; (b) To enable the court to obtain information concerning the enterprise group that would facilitate the determination of whether commencement of insolvency proceedings with respect to those group members should be ordered; (c) To promote efficiency and reduce costs; and (d) To provide a mechanism for the court to assess whether procedural coordination of those insolvency proceedings would be appropriate.

¹⁹ La necessità di una disposizione che consenta a una pluralità di imprese in crisi – tra loro economicamente integrate – di presentare un documento unitario, è palese. Nella prassi, si è ovviato a tale lacuna normativa sottoponendo l'efficacia dei singoli piani a condizione che tutti i piani coinvolti nel risanamento di gruppo venissero approvati ed omologati. Sul punto v. Trib. Milano, 16 luglio 2010, www.ilcaso.it, v. anche Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, 205 ss. con nota di G.M. PERUGINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento). Prime considerazioni*.

nevralgico sia occupato dalla determinazione del foro di gruppo. Muovendo dalla circostanza che le imprese del sodalizio potrebbero non avere il centro degli interessi principali nello stesso circondario giudiziario, occorre specificare i presupposti per l'individuazione del tribunale competente all'apertura della procedura unitaria.

A tal proposito, la norma contenuta nel comma 1 dell'art. 286 attribuisce la competenza al tribunale ove è situato il centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'art. 2497 cod. civ., esercita l'attività di direzione e coordinamento.

Parte della dottrina – per ragioni legate al profilo dell'efficienza – si è mostrata contraria alla scelta di tale criterio²⁰: non sempre il luogo ove ha sede la capogruppo si traduce nel posto più idoneo a condurre in porto nel modo più efficiente la procedura unitaria²¹. Ciò nonostante, la regola dell'attrazione degli altri fori a favore di quello della capogruppo risponde all'esigenza di soddisfare l'interesse dei terzi alla prevedibilità del tribunale competente²². La soluzione è volta a garantire la tutela delle ragioni creditorie in prospettiva *ex ante*, e cioè prima che sia assunta la decisione di

²⁰ Sul punto si registra – in un'analisi del gruppo multinazionale – il contributo di I. MEVORACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, cit., 431: *"Incorporation' as jurisdictional basis for insolvency matters seems to lose its significance, mainly because it might not represent any real connection to the debtor. However, this test still has presence in the debate over the test for jurisdiction (in thenational and international contexts), and in current international insolvency regimes. Perkins for instance argues that if a company's place of incorporation will determine its home country it would result in a clear rule that would avoid protracted disputes about the debtor's principle place of business and will enhance predictability ex ante. Yet, though it is true that incorporation can be certain and predictable (at least if there is sufficient transparency of the information), it may lead us to a place with no real connection to the debtor, thus defeating ex post efficiency"*.

²¹ Si pensi ad esempio al caso in cui la *holding* eserciti meramente attività di direzione e coordinamento essendo, al contrario, le società controllate – ubicate in località territorialmente distanti alla sede della capogruppo – quelle con maggior attivo, ovvero maggior passivo.

²² Sui criteri di determinazione della competenza territoriale in ipotesi di gruppo insolvente M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa*, 222 ss. Sulla scelta del luogo ove ha sede la capogruppo, l'autore così si esprime: *"In favore di tale criterio sembrerebbe deporre la vocazione 'naturale' del tribunale presso la sede della capogruppo a svolgere il ruolo di ufficio investito del governo dell'unitaria procedura, trattandosi, in fondo, del luogo in cui è stata sino a quel momento esercitata l'attività di direzione delle controllate (sia pure con intensità variabile in ragione della concreta articolazione strutturale assunta dal sodalizio). E in favore di questo criterio potrebbe deporre anche l'argomento fondato sulla sua capacità di soddisfare l'interesse alla prevedibilità del foro da parte dei terzi che siano entrati in rapporti giuridici con società del gruppo poi divenute insolventi"*.

finanziamento, allo scopo che il criterio di determinazione della competenza sia dai terzi riconoscibile²³.

Nell'ipotesi in cui non sia stata effettuata la pubblicità di cui all'art. 2497-bis cod. civ., è competente il tribunale ove è situato il COMI dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato²⁴. Anche tale criterio muove dall'intento di garantire certezza e prevedibilità ai creditori, come conferma lo stesso legislatore nella relazione di accompagnamento al codice della crisi e dell'insolvenza, laddove sul punto si esprime chiarendo che l'unico tribunale è stato "*individuato in base a criteri che sono apparsi di più immediata ed univoca individuazione per eliminare ogni possibile incertezza al riguardo*".

Le scelte adottate non convincono appieno, poiché la rilevanza del carattere della *certezza* e della *prevedibilità* si apprezza soprattutto in ipotesi di gruppo multinazionale: in quel caso i finanziatori, al fine di quantificare l'entità del rischio d'insolvenza, devono essere posti nella condizione di individuare in modo certo l'*ordinamento* competente. Trattando il nuovo codice, però, delle sole imprese di un gruppo aventi il COMI nello *Stato italiano*, la scelta del foro competente non è determinante ai fini della legge applicabile. È alla luce di queste considerazioni che l'interesse alla prevedibilità dovrebbe cedere il passo al profilo dell'efficienza socio-economica della procedura²⁵. Altrimenti detto, il luogo di apertura dovrebbe essere il più prossimo possibile agli *assets* e ai creditori del gruppo, di modo da facilitare la gestione della procedura unitaria. L'obiettivo dovrebbe essere quello di generare un *plusvalore* rispetto all'alternativa apertura di una pluralità di procedure per garantire il miglior soddisfacimento dei creditori.

²³ M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 224: "Gli è, infatti, che l'opzione normativa a favore della procedura unitaria comporta la possibilità — anche se non la ineluttabilità — di una traslazione del potere di cognizione dal tribunale che sarebbe competente in base alla regola generale vigente per il caso di insolvenza della singola società debitrice all'ufficio giudiziario evocabile come foro di gruppo e quindi una perdita in termini di certezza del diritto per i creditori che su quel potere di cognizione abbiano eventualmente fatto affidamento".

²⁴ Sulla congruità di tale test v. I. MEVORACH, *The 'home country' of a multinational enterprise group*, cit., 438.

²⁵ Secondo M. MAUGERI, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, cit., 225: "l'innegabile esigenza di certezza dei terzi rivesta, nel caso di insolvenza di un gruppo dalla dimensione operativa puramente nazionale, una portata inferiore a quella assunta nel caso di insolvenza di un gruppo transfrontaliero. Mentre, infatti, in quest'ultima ipotesi l'individuazione del giudice territorialmente competente attrae a sé anche la determinazione della legge applicabile (cfr. l'art. 7 del Regolamento UE), e quindi incide significativamente sul livello di tutela accordata al ceto creditorio, eguale effetto non si produce in presenza di un'insolvenza di gruppo 'domestica' la quale resta assoggettata a un diritto concorsuale uniforme indipendentemente dal luogo di apertura della procedura".

La scelta finale – pertanto – non dovrebbe essere orientata soltanto dall'esigenza di *certezza* e *prevedibilità* dei terzi al luogo di apertura, ma dovrebbe tener conto anche e soprattutto dell'*efficienza* della procedura²⁶.

c. Quanto, in ultimo, al concentramento degli organi, la norma contenuta nell'art. 286 stabilisce che: *“Il tribunale, se accoglie il ricorso, nomina un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale per tutte le imprese del gruppo e dispone il deposito di un unico fondo per le spese di giustizia”*. Mentre, ai sensi dell'art. 284, quinto comma, CCI è disposto che: *“Un professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano o i piani”*.

Nell'ambito della procedura unitaria è dunque previsto *un unico* tribunale competente, *un unico* giudice delegato, *un unico* commissario giudiziale ed *un unico* attestatore. La *ratio* sottesa alle disposizioni citate – come detto – è quella di evitare l'emersione di *costi informativi* determinati dall'apertura di autonome procedure d'insolvenza.

Nella formulazione originaria del testo, la legge non affronta il tema del consolidamento del comitato dei creditori e del liquidatore in caso di concordato con cessione dei beni. In attuazione della delega contenuta nella legge n. 20 del 2019, il Consiglio dei ministri del 13 febbraio 2020 ha approvato, in esame preliminare, un decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al *“Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”* (esito pareri Commissioni Camere favorevole con osservazioni). L'art. 32 di tale decreto, dovrebbe introdurre il comma sette dell'art. 286 CCI, laddove è stabilito che: *“Il tribunale, con il decreto di omologazione, nomina un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo e, quando il concordato prevede la cessione dei beni, un unico liquidatore giudiziale per tutte le imprese”*.

Quanto alla nomina di un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo, se a *prima facie* può sembrare dissonante con gli obiettivi di economia processuale perseguiti, a ben vedere risulta coerente con l'idea di lasciare fuori dal perimetro di consolidamento i diritti sostanziali dei creditori (quindi le masse)²⁷. Sia nell'impianto normativo attuale, che in quello futuro previsto dal CCI, i creditori fanno valere i propri diritti

²⁶ Sul punto così I. MEVORACH, *The 'Home Country' of a multinational enterprise group facing insolvency*, cit., 427: *“Issue by applying alternatives of 'insolvency venues' to the group case and confronting them with key insolvency goals, to assess which standard venue could most effectively enhance cost efficiency, predictability and transparency of the rules (regarding jurisdiction), control forum shopping and accord with creditors' legitimate expectations”*.

²⁷ In merito così G. SCOGNAMIGLIO, *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime Riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, cit., 30: *“La permanenza della distinzione delle masse passive, e perciò delle diverse serie di creditori, giustifica la previsione di più comitati dei creditori, uno per ciascuna società”*.

“amministrativi” attraverso il comitato dei creditori. La funzione di vigilanza ed i poteri autorizzativi attribuiti al comitato dei creditori, consentono a tale organo di intervenire in modo determinante sulla gestione della procedura. I membri del comitato dei creditori devono essere scelti in modo da rappresentare i diversi interessi di cui sono portatori i creditori: l'intento è quello di estrapolare l'interesse unitario di cui è portatore l'insieme dei creditori, al fine di manifestarlo nell'ambito della procedura attraverso i poteri di carattere autorizzativo attribuiti all'organo. Nel caso di consolidamento dei comitati dei creditori, si correrebbe il rischio che la gestione della procedura fosse, al contrario, indirizzata in favore dei creditori delle società del gruppo a cui fanno capo i membri del “comitato unico”²⁸.

Occorre, infine, valutare positivamente la scelta di nominare un unico liquidatore giudiziale per tutte le imprese quando il concordato prevede la cessione dei beni. Come detto, l'obiettivo del consolidamento procedurale è quello di evitare il proliferare di costi informativi; a ben vedere, l'elezione di una pluralità di liquidatori nell'ipotesi di concordato preventivo con cessione dei beni potrebbe portare ad un simile risultato negativo.

La norma contenuta nell'art. 284, comma 4, CCI elenca gli elementi essenziali della proposta unitaria di concordato preventivo.

– Da un lato è disposto che il ricorso unitario “*dovrà contenere l'illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani reciprocamente collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa*”.

Vi è l'obbligo in capo alle imprese proponenti di esprimere una valutazione in ordine alla convenienza del piano unitario (ovvero dei piani collegati e interferenti) rispetto all'alternativa di un piano autonomo per ciascuna impresa. In ipotesi di gruppo *decentrato*, quando cioè il *business* del gruppo è diversificato, operando le imprese atomo in differenti settori industriali, si esclude che la crisi di una delle società determini la crisi dell'intero gruppo. Proprio perché nel gruppo *decentrato* ogni impresa gode di ampia autonomia imprenditoriale, è ben possibile che l'insolvenza colpisca meramente una (o poche) società: in tal caso, il problema si presenta “nel” gruppo, restando in *bonis* le altre imprese collegate. Nello scenario così

²⁸ I problemi che sorgono dal consolidamento dei comitati dei creditori sono trattati in maniera completa da J. HIGHTOWER, *The Consolidation of the Consolidations*, cit., 459 ss. L'autore porta ad esempio il caso *Enron*, ove il consolidamento dei comitati dei creditori delle diverse società del gruppo è andato a vantaggio esclusivamente della capogruppo. Ulteriori spunti sul tema sono emersi dalla lettura di J. SARRA, *Oversight and Financing of Cross-Border Business Enterprise Group Insolvency Proceedings*, cit., 2009, 572.

tratteggiato, sorge il dubbio che la gestione unitaria sia profittevole per tutti i creditori. Il parametro del miglior soddisfacimento dei creditori, pertanto, dovrà essere stimato prendendo in considerazione, da un lato, quanto si prevede sarà realizzato in ipotesi di concordato molecolare e, dall'altro lato, quanto si stima possa essere realizzato in caso di concordato parcellizzato. Il piano unitario, pertanto, dovrà muovere dall'obiettivo di conseguire il miglior soddisfacimento delle pretese creditorie attraverso la gestione unitaria del gruppo d'impresa.

– Dall'altro lato, poi, è stabilito che la proposta unitaria *“deve inoltre fornire informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi o contrattuali esistenti tra le imprese e indicare il registro delle imprese o i registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del codice civile”*.

Il legislatore italiano, nell'adottare la norma in commento, ha recepito le raccomandazioni di cui al capitolo II della parte III della guida legislativa Uncitral, ove è suggerito che la *joint application* venga accompagnata da informazioni sulle relazioni intercorrenti tra le imprese del gruppo²⁹. La *ratio* è rinvenibile nella volontà di attivare quei flussi informativi che rappresentano il presupposto necessario per la gestione efficiente della crisi del gruppo. L'obiettivo è di facilitare gli organi della procedura ad ottenere le notizie essenziali per accertare il grado d'integrazione economica esistente tra le diverse imprese del sodalizio³⁰. I mittenti delle informazioni sono le imprese proponenti, il destinatario è il tribunale competente all'apertura della procedura, mentre il contenuto è individuato nell'organizzazione e nella struttura del gruppo in crisi.

Quanto al contenuto del piano unitario o dei piani reciprocamente collegati e interferenti di concordato preventivo, dall'analisi delle norme è possibile estrapolarne uno *necessario* ed uno *eventuale*.

A. a) Il contenuto necessario è, in primo luogo, individuato nel *“risanamento dell'esposizione debitoria di ciascuna impresa”* e nel *“riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna”*³¹. Il piano unitario deve, pertanto, presentarsi come fattualmente idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio finanziario di *tutti* i soggetti coinvolti. Il riferimento non è all'impresa molecolare, ma alle singole attività economiche esercitate dai diversi membri del gruppo: il che è coerente con

²⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency, 21

³⁰ Sul tema dei flussi informativi nel gruppo insolvente v. L. BENEDETTI, *I flussi informativi nella crisi del gruppo societario: spunti di diritto interno e comparato in vista della ventura riforma della normativa italiana*, in A. PACIELLO–G. GUIZZI (a cura di), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Milano, 2016, 409 ss.

³¹ Ex art. 284, comma 5, CCI.

l'idea di trattare in modo separato le masse passive delle imprese partecipanti.

b) In secondo luogo, va detto che l'art. 32 del decreto legislativo correttivo del 13 febbraio 2020 dovrebbe introdurre un ulteriore requisito di carattere necessario, ovvero che *"il piano o i piani di cui al comma 1 quantificano il beneficio stimato per i creditori di ciascuna impresa del gruppo, anche per effetto della sussistenza di vantaggi compensativi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo"*³². Tale norma rende obbligatoria l'indicazione in termini *"numerici"* del beneficio stimato per i creditori.

Al fine di quantificare tale beneficio, è possibile fare riferimento ai c.d. *"vantaggi compensativi"* derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Sulla teoria dei vantaggi compensativi³³, in dottrina, si contrappongono due correnti di pensiero.

Da un lato vi è chi propende per un'interpretazione *"rigida"* dei vantaggi compensativi, volta a legittimare operazioni *svantaggiose* per una delle società del gruppo solo se controbilanciate da contratti intesi a *"ritrasferire"* immediatamente vantaggi economici³⁴. La valutazione circa la sussistenza o meno dei vantaggi compensativi sarà dunque di tipo quantitativo, da stimarsi *ex post*, sulla base degli accadimenti verificatisi nello svolgimento della gestione integrata delle attività economiche. La

³² Nello schema di decreto legislativo correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza A.G. 175, disponibile on-line al sito: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01154811.pdf>, è specificato che *"la modifica del comma 4 è volta a far sì che venga evidenziato il beneficio stimato per i creditori di ogni singola impresa del gruppo inserita nel piano unitario o nei piani collegati formulato per l'accesso al concordato preventivo e se tale vantaggio venga conseguito in misura maggiore in virtù del collegamento esistente tra le imprese facenti parte del medesimo gruppo"*.

³³ Sulla teoria dei vantaggi compensativi v. su tutti P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, 710 ss.

Si segnalano anche R. ROSSI, N. ABRIANI, P. MONTALENTI, F. MUCCIARELLI, R. SACCHI, *"Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi"*, in *Giur. comm.*, 2002, 29 ss.; M. DE LUCA di ROSETO, *Operazioni rientranti nell'oggetto sociale, interessi di gruppo e vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 2008, 811 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *"I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni"*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 577 ss.

³⁴ P. SPADA, *L'amministrazione della società per azioni tra interesse sociale e interesse di gruppo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, 223; D. PREITE, *Abuso di maggioranza e conflitto di interessi del socio nelle società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. 3, Torino, 1993, 8; F. DENOZZA, *Rules vs. Standards nella disciplina dei gruppi: l'inefficienza delle compensazioni "virtuali"*, in *Giur. comm.*, 2000, 327; F. BONELLI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società*, in *Giur. comm.*, 1992, 219

teoria dei vantaggi compensativi si tradurrebbe, in tal modo, in una teoria dell'indennizzo: la società svantaggiata maturerebbe il diritto al risarcimento del danno generato dall'operazione³⁵.

Dall'altra parte, a sostegno della tesi c.d. "elastica", vi è chi ritiene che l'operazione non vada valutata in sé e per sé ma debba essere ricondotta alla stregua della strategia unitaria perseguita dal gruppo³⁶. Secondo tale orientamento, l'operazione posta in essere dalla società svantaggiata va verificata in un'ottica *ex ante*, al fine di stimare se i vantaggi compensativi siano, al tempo del compimento dell'atto, per lo meno "ragionevolmente prevedibili".

La soluzione proposta dai sostenitori della tesi rigida appare riduttiva: il risultato economico finale potrebbe essere raggiunto da qualsiasi altra società atomo. Ed invero, l'obbligo di una controprestazione "immediata" al compimento dell'atto sorge in qualunque ipotesi di contratto tra due parti. Al contrario, i vantaggi compensativi sono i vantaggi che derivano dall'appartenenza al gruppo. Trattasi di una compensazione *sui generis* tra i vantaggi e gli svantaggi dell'appartenenza al gruppo. Come affermato da autorevole dottrina i risultati economici delle operazioni "normalmente si manifestano nel medio e lungo termine, sicché una preventiva valutazione dei costi e dei benefici di un'operazione infragruppo, quand'anche possibile (ma quasi mai lo è), si rivelerebbe comunque imprecisa, con l'effetto di trascurare i notevoli vantaggi differiti solitamente connessi alle sinergie di gruppo ed alle economie di scala"³⁷.

A ben vedere, l'inciso "fondatamente prevedibili" di cui all'art. 32 del decreto legislativo correttivo, sembra eliminare ogni dubbio, rafforzando le argomentazioni a sostegno della tesi c.d. "elastica".

³⁵ L'obiettivo sarebbe quello di garantire alla società "atomo" gli stessi risultati che raggiungerebbe nel caso non facesse parte di un gruppo.

³⁶ Così P. MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, cit., 730: "Il giudizio circa l'esistenza di vantaggi compensativi che controbilanciano il sacrificio economico subito da una società del gruppo nell'ambito di un'operazione intragruppo, al fine di stabilire la legittimità, e cioè la non extra-socialità, del perseguimento dell'interesse di gruppo, deve configurarsi come procedimento valutativo tecnico di carattere economico-funzionale e non quantitativo reso, e perciò successivamente controllato (in sede giudiziale), in base agli elementi noti al momento in cui l'operazione intragruppo viene decisa.

Non può trattarsi di una valutazione quantitativa *ex post*, anche se, ovviamente, il sussidio del dato economico è essenziale, perché ciò che deve essere verificato non è già il risultato finale positivo o negativo, così come esso si è storicamente realizzato, bensì il risultato complessivo che ragionevolmente ci si poteva attendere". V. anche S. A. CERRATO, *Osservazioni in tema di operazioni infragruppo e vantaggi compensativi*, nota a sent. App. Torino, 4 dicembre 2000, in *Giur. it.* 2001, 8-9.

³⁷ R. SANTAGATA, *Il gruppo paritetico*, Torino, 2001, 179.

B. a) Quanto al contenuto eventuale, la disciplina del nuovo codice, al primo comma dell'art. 285, dispone che: *"Il piano concordatario o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo"*.

È, dunque, ammesso *expressis verbis* il concordato misto di gruppo.

Con riguardo alla disciplina applicabile, il legislatore ha deciso di ricorrere al c.d. criterio di prevalenza: occorre verificare se i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività sono prevalenti rispetto ai flussi complessivi derivanti dalla liquidazione. In tal caso, la disciplina applicabile è rinvenuta in quella del concordato preventivo in continuità aziendale, viceversa in quella del concordato liquidatorio³⁸.

b) Ed ancora – sempre in tema di contenuto eventuale – va detto che il secondo comma dell'art. 285 contempla l'ipotesi che il piano unitario preveda il *"trasferimento di risorse infragruppo"*.

Conditio sine qua non, ai fini dello spostamento di valore da una società ad un'altra del gruppo, è l'attestazione di un professionista indipendente *i)* sulla necessità di tali operazioni ai fini della continuità aziendale; e *ii)* sulla coerenza con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di *tutte* le imprese del gruppo.

La disposizione sarà, certamente, oggetto di ampio dibattito in dottrina.

Da un lato, vi è chi ritiene che essa sia in contrasto con il principio di cui all'art. 2740 c.c., ai sensi del quale il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, e con il principio dettato dall'art. 284 CCI che dispone la separazione delle masse attive e delle masse passive delle società del gruppo in crisi³⁹. Dall'altro lato, vi è chi la considera funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori poiché intesa a tutelare le sinergie di gruppo⁴⁰.

³⁸ Ai sensi dell'art. 285, comma primo, secondo periodo CCI.

³⁹ In tal senso v. A. NIGRO-D. VATTERMOLI, *"Il diritto societario della crisi" nello schema di riforma delle procedure concorsuali: osservazioni critiche "ad adiuvandum"*, disponibile on-line sul sito <http://giustiziacyvile.com/crisi-dimpresa/editoriali/il-diritto-societario-della-crisi-nello-schema-di-riforma-delle-procedure>; L. BENEDETTI, *La disciplina dei gruppi d'impresa e il piano unitario di risanamento*, cit., 152; D. GALLETTI, *Commento all'art. 160*, in *Commentario alla legge fallimentare*, diretto da C. CAVALLINI, vol. III, Milano, 2010, 380 ss.; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo. II. Concordato preventivo*, in *comm. c.c. Scialoja-Branca-Galgano*, diretto da G. DE NOVA, Bologna, 2014, 148; in giurisprudenza v. Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *il Fall.*, 2013, 748 ss., con nota di C. TRENTINI, *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*; App. Roma, 5 marzo 2013, in *Giur. mer.*, 2013, 1817 ss.

⁴⁰ M. ARATO, *"Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi d'impresa"*, disponibile on line su <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1014.pdf>; R. SANTAGATA, *"Concordato preventivo "di gruppo" e teoria dei vantaggi compensativi"*, in *Riv. dir. impr.*, 2015, 213 ss.

Chi scrive ritiene che, al fine di concepire come legittimo lo spostamento di valore da una società del gruppo ad un'altra, occorra valutare, sulla base della teoria dei vantaggi compensativi c.d. "elastica", se tale operazione sia profittevole per i creditori. Il piano unitario di concordato preventivo potrà prospettare il trasferimento di risorse infragruppo, a condizione che tale atto s'inserisca in una pianificazione "imprenditoriale" integrata volta a raggiungere un obiettivo economico comune. In tal caso, non vi è né lesione del principio generalissimo di cui all'art. 2740 cod. civ., né consolidamento sostanziale delle masse attive tra le società del gruppo, poiché l'atto è posto in essere per ottenere un beneficio dalla gestione integrata delle attività economiche del gruppo.

Se è esatto tutto quanto precede, ovvero che il trasferimento di risorse debba essere funzionale ad un'unitaria operazione "imprenditoriale", va respinta l'ipotesi che prevede l'impiego di tali risorse ai fini del soddisfacimento immediato dei creditori di una diversa società del gruppo. Altrimenti detto, non è consentito l'utilizzo di risorse infragruppo per il pagamento istantaneo di creditori che, diversamente, si sarebbero opposti all'omologa del concordato. È indubbio che una simile operazione, non riscontrando alcun tipo di carattere "imprenditoriale", si porrebbe in contrasto con il divieto di alterazione delle cause legittime di prelazione di cui all'art. 85, co. 6, CCI.

4.2 – Come anticipato, il codice della crisi e dell'insolvenza ha introdotto nell'ordinamento domestico la procedura unitaria di liquidazione giudiziale di gruppo.

– Ai sensi dell'art. 287, co. 1, CCI, è stabilito che: *"Più imprese in stato di insolvenza, appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano, possono essere assoggettate, in accoglimento di un unico ricorso, dinanzi ad un unico tribunale, a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria"*

La norma, che certo non brilla per chiarezza, si caratterizza per il fatto di non definire in positivo chi è legittimato a richiedere l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale. Nonostante il silenzio del legislatore, è indubbio che tra questi vi siano le diverse società del gruppo che "volontariamente" decidano di sottomettersi alla procedura unitaria di gestione della crisi. È dubbio, però, se si possa giungere all'apertura in accoglimento di un ricorso presentato dai creditori, ovvero se tra i legittimati vi sia il curatore della liquidazione giudiziale di una delle società del gruppo. Alla luce dei principi di delega dettati dalla l. 115/2017, pare che al quesito debba darsi risposta negativa. Ed invero, all'art. 3 lett. d) è disposto che il nuovo codice debba *"prevedere per le imprese, in crisi o insolventi, del gruppo sottoposte alla giurisdizione dello Stato italiano la facoltà di proporre con*

unico ricorso domanda di omologazione di un accordo unitario di ristrutturazione dei debiti, di ammissione al concordato preventivo o di liquidazione giudiziale". È evidente che l'obiettivo del legislatore delegante è quello di attribuire alle imprese del gruppo il "diritto" a chiedere l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale. Estendere la legittimazione ai creditori, ovvero al curatore di una società del gruppo in liquidazione giudiziale, vorrebbe dire "imporre" la procedura unitaria di liquidazione giudiziale alle imprese insolventi del gruppo. Il che configurerebbe un palese eccesso di delega.

– Sempre al primo comma dell'art. 287 CCI, è stabilito che le imprese del sodalizio possano essere assoggettate a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria: *"quando risultino opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, in funzione dell'obiettivo del migliore soddisfacimento dei creditori delle diverse imprese del gruppo"* e che: *"A tal fine il tribunale tiene conto dei preesistenti reciproci collegamenti di natura economica o produttiva, della composizione dei patrimoni delle diverse imprese e della presenza dei medesimi amministratori"*. Il legislatore ha inteso, in tal modo, stabilire le condizioni al ricorrere delle quali sia ammessa l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale.

Anche qui, l'obiettivo perseguito è quello della massimizzazione del valore della massa attiva al fine di garantire il migliore soddisfacimento delle ragioni creditorie. Si può dunque affermare che il consolidamento procedurale, in un'ottica affine a quella che caratterizza il concordato in continuità aziendale, è ammesso solo se si traduca in un vantaggio per i creditori. A tal proposito assume cruciale rilevanza l'indagine sulla struttura organizzativa del sodalizio: posto che il gruppo può presentarsi, secondo la diversa estensione o intensità dell'esercizio della direzione unitaria, come accentrato o decentrato⁴¹, sembra corretta la soluzione adottata dal legislatore domestico laddove è imposta al tribunale una valutazione – preventiva al consolidamento procedurale – sul grado d'integrazione economica tra le diverse imprese del gruppo.

Quanto alla competenza territoriale, l'art. 287, co. 4, CCI dispone che: *"Se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, il tribunale competente è quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale"*. Nell'ambito della procedura unitaria di liquidazione giudiziale, è attribuita competenza

⁴¹ Sul punto v. EMBID IRUJO, J.M., *"Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades"*, in *La dialettica degli interessi nella società per azioni*, a cura di A. PACIELLO, Napoli, 2011, 216. L'autore afferma che i diversi scenari del fenomeno "gruppo", possono situarsi, in ragione del maggior o minor grado di centralizzazione, lungo un *continuum*, laddove agli estremi troveremo il gruppo centralizzato ed il gruppo decentralizzato

territoriale al tribunale dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale. Nell'ipotesi in cui la domanda di accesso sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, operano gli stessi criteri di competenza validi per la procedura unitaria di concordato preventivo. Ed infatti, il secondo periodo della norma stabilisce che: *“Qualora la domanda di accesso alla procedura sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 27, in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento; in mancanza, dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato”*.

Quanto al consolidamento degli organi, il nuovo codice, al secondo comma dell'art. 287, dispone che in caso di apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale: *“il tribunale nomina, salvo che sussistano specifiche ragioni, un unico giudice delegato, un unico curatore, un comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo”*.

È importante sottolineare che l'inciso *“salvo che sussistano specifiche ragioni”* lascia spazio alla nomina di una pluralità di curatori e giudici delegati. A tal proposito, nella Relazione illustrativa al codice è portata come esempio l'ipotesi di situazioni di conflitto di interesse che darebbero luogo alla necessità reiterata di nominare curatori speciali per singoli atti⁴².

Sempre in tema di concentramento degli organi, infine, si segnala il comma cinque dell'art. 287 CCI, ove è attribuito al curatore designato – nel caso in cui ravvisi lo stato d'insolvenza di un'impresa del gruppo non ancora sottoposta alla procedura unitaria di liquidazione giudiziale – il dovere di comunicare tale circostanza agli organi di amministrazione e controllo ovvero di promuovere direttamente l'accertamento dello stato di insolvenza di detta impresa. La relazione illustrativa al nuovo codice, riconduce la ratio di tale disposizione alla volontà di *“agevolare l'eventuale riconduzione ad unità di procedure afferenti ad imprese del medesimo gruppo”*. Il che è senza dubbio volto a garantire un'adeguata tutela delle sinergie infragruppo per tentare di inseguire l'interesse di gruppo attraverso la gestione unitaria dell'insolvenza.

⁴² Il tema dei conflitti d'interesse in capo all'amministratore unico è sorto anche nell'ambito della riforma dell'InsO tedesco. In quella sede, il problema è stato risolto attraverso la nomina di curatori straordinari. Sul punto v. art. 1, par. 56 b, della legge del 19 marzo 2017 (BGBl. I S. 654) per la semplificazione delle norme in materia di insolvenza di impresa.

5. – Alcune considerazioni finali non possono mancare a proposito della bontà delle disposizioni adottate dal legislatore domestico. La disciplina merita, nel complesso, un giudizio positivo in quanto colma il preesistente vuoto lamentato dalla dottrina.

In primo luogo, è apprezzabile la scelta di lasciare fuori dal perimetro di consolidamento le masse attive e passive delle singole imprese. Come visto, l'applicazione della *substantive consolidation* può provocare la lesione dei diritti sostanziali dei creditori, pertanto, si condivide l'adozione di strumenti di consolidamento procedurale.

In secondo luogo, convince l'idea di perseguire, attraverso una strategia imprenditoriale unitaria, che tenga conto dei c.d. "vantaggi compensativi", l'obiettivo della massimizzazione del patrimonio del gruppo. Il fine ultimo è sempre quello di garantire il miglior soddisfacimento dei creditori, pertanto, si accolgono con favore le norme volte a tutelare gli interessi degli aventi diritti sui diversi patrimoni responsabili.

Tuttavia, vi sono degli accorgimenti che, in attuazione della delega contenuta nella legge n. 20 del 2019, il legislatore dovrebbe realizzare.

Non convince, ad esempio, la scelta di dare rilevanza al carattere della *certezza* e della *prevedibilità* in relazione alla scelta del foro competente. Come visto, il criterio da privilegiare dovrebbe essere quello dell'efficienza socio-economica della procedura. Al fine di garantire una gestione efficace della procedura unitaria, il tribunale competente dovrebbe essere il più vicino possibile agli *assets* del gruppo.

Il legislatore, inoltre, dovrebbe intervenire per definire in modo chiaro che legittimati a chiedere l'apertura della procedura unitaria di liquidazione giudiziale sono meramente le imprese del gruppo, escludendo i creditori, ovvero il curatore della liquidazione giudiziale di una delle società.

Non si tratta, pertanto, di una revisione della disciplina, ma di piccoli accorgimenti che sarebbe auspicabile adottare prima dell'entrata in vigore del Codice della Crisi delle imprese e dell'insolvenza.

Abstract

THE "CONSOLIDATION" TOOLS TO SOLVE THE CRISIS OF THE CORPORATE GROUP: AN INVESTIGATION IN THE LIGHT OF THE RULES PROVIDED BY THE NEW CODE OF ENTERPRISE CRISIS AND INSOLVENCY
L'autore indaga sugli strumenti di Consolidamento per la soluzione della crisi del gruppo di imprese. Particolare attenzione è dedicata alle norme contenute nel nuovo codice che consentono l'apertura di un'unitaria procedura d'insolvenza.

The author investigates the Consolidation tools to manage the crisis of the group of companies. Particular attention is paid to the rules provided by the new code that allow the opening of a single insolvency procedure.

IL PIANO ATTESTATO DI RISANAMENTO NEL NUOVO CCII: DA ESENZIONE DELLA REVOCATORIA FALLIMENTARE A SOLUZIONE STRAGIUDIZIALE DELLA CRISI

FRANCESCO CARELLI
Dottore in giurisprudenza

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Definizione e *ratio* dell'istituto. – 3. Presupposti soggettivi ed oggettivi. – 4. Contenuto e forma del piano. – 5. L'attestazione del piano. – 6. La pubblicità nel registro delle imprese e i relativi benefici fiscali. – 7. L'accordo concluso in una procedura di composizione della crisi. – 8. L'esenzione da revocatoria. – 9. Vantaggi del piano attestato e osservazioni finali.

1. – Da molti anni a questa parte, il legislatore ha cercato di sostituire all'impianto normativo delineato dalla legge fallimentare del 1942, caratterizzato dalla centralità del fallimento dinanzi a fattispecie di insolvenza, una disciplina che ponesse al centro un *favor* verso ipotesi di ristrutturazione delle imprese, prima che giungano in una fase critica o irreversibile. Le considerazioni a base di questa scelta legislativa sono: le maggiori prospettive di soddisfazione dei creditori e il maggior vantaggio che il tessuto economico trae dalla conservazione del patrimonio aziendale, manageriale e sociale dell'impresa rispetto ad una liquidazione di ciò che ne residua. Il legislatore delegato, consapevole che per la migliore riuscita di queste misure sia necessario introdurre una diversa consapevolezza in capo ai debitori, ha introdotto istituti a ciò finalizzati quali i meccanismi di allerta, le procedure di composizione assistita della crisi e le misure premiali.

Allo stesso tempo, ha fatto proprio il bisogno di offrire agli imprenditori una maggiore certezza circa gli effetti ottenuti dagli strumenti volti alla ristrutturazione debitoria dell'impresa in uno stato di crisi, istituzionalizzandone il procedimento e le condizioni richieste. Anche il legislatore europeo, in ultimo con la Direttiva 1023/2019, impone agli stati membri di prevedere misure e procedure fondate sulla mera probabilità di insolvenza¹. “Allo scopo di scongiurare la progressiva dispersione del valore aziendale e per giungere a massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale”² è stata predisposta una disciplina improntata allo sviluppo di procedure volte alla ristrutturazione delle imprese e alla prosecuzione dell'attività.

¹ Direttiva UE 1023/2019, art. 4.

² Relazione illustrativa del D. Lgs. 14/2019, 60.

L'obiettivo di questo *paper* sarà quello di analizzare e comprendere i piani attestati di risanamento, ossia lo strumento previsto dal nostro ordinamento ai fini della risoluzione della crisi che non richiede alcuna intrusione, se non eventuale, da parte del giudice, dando maggiore peso alla negozialità e alla volontà delle parti sociali. In particolare, l'attenzione verrà posta sulla trasformazione di questo istituto da uno strumento per evitare l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare su una serie di atti ad uno strumento volto alla regolazione della crisi di impresa che si realizzerà in maniera sostanzialmente stragiudiziale.

In un primo momento si analizzeranno la natura e i presupposti di questo istituto, le sue caratteristiche e i vantaggi che queste apportano rispetto agli altri istituti previsti dal CCI. Dopodiché, si osserveranno le modifiche introdotte rispetto alla previgente legge fallimentare e il ruolo designato al piano attestato di risanamento nel sistema delineato dal nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

2. – Il piano attestato di risanamento è il primo strumento previsto dal Codice della Crisi volto al risanamento aziendale e a favorire una prospettiva di continuità dell'impresa.

Una delle novità più importanti del nuovo testo è proprio l'introduzione di un articolo che disciplina positivamente questo strumento. Nella precedente Legge Fallimentare, al piano attestato, era dedicato soltanto un comma dell'art. 67 in materia di revocatoria fallimentare volto ad escludere da tale azione tutti "gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria".

Il legislatore, con questa scelta, ha "preso atto del fatto che la rilevanza del piano è ben più ampia della mera esenzione da revocatoria"³.

Il Codice riconosce il valore di questo strumento di regolazione collegando ad esso altri effetti: in particolare, la sua efficacia è stata estesa anche all'esenzione dalla revocatoria ordinaria ed è stata prevista l'esenzione *ex art. 324* dai reati di bancarotta per gli atti posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento.

La sua espressa previsione nel Codice è volta ad "ampliare la gamma di strumenti utilizzabili per prevenire la liquidazione giudiziale e l'implodere del fenomeno dell'insolvenza"⁴. Anche attraverso la sua posizione

³ A. ZORZI, *Piani di ristrutturazione e accordi di ristrutturazione nel Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, 993.

⁴ G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 46.

all'interno del Codice si può riconoscere la volontà del Legislatore di porre in contrapposizione il piano attestato rispetto agli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato preventivo.

Questi due istituti vengono disciplinati in una diversa Sezione del Codice distinguendo tra strumenti soggetti ad omologazione e non. "L'intenzione sottesa a questa scelta all'interno del Codice è valorizzare la natura squisitamente negoziale del piano"⁵.

Il piano attestato si differenzia, di fatti, dagli accordi di ristrutturazione e dal concordato preventivo per due ragioni. In primo luogo, esso non richiede necessariamente accordi con i creditori o il loro consenso affinché possa avere effetti e, al contrario di questi, non richiede l'omologazione di un giudice per poter essere efficace.

Per un piano attestato "non è di per sé necessario che siano conclusi accordi perché abbia un effetto legale né è prescritto alcun intervento del Tribunale"⁶.

Prima di entrare nell'approfondimento dei presupposti soggettivi ed oggettivi dell'istituto e dei suoi elementi essenziali, giova comprendere la natura dell'istituto e la finalità del piano attestato di risanamento.

Come negozio giuridico, il piano può essere definito come "un atto unilaterale avente contenuto patrimoniale (art. 1324 cc) predisposto dal debitore, e non soggetto ad alcun controllo giurisdizionale preventivo"⁷.

Seppur è vero che nella prassi presuppone uno o più accordi con i creditori in esecuzione del piano, "ciò non significa affatto che il piano abbia natura convenzionale. Il piano può prevedere anche misure che non comportino la partecipazione di creditori o di terzi"⁸.

L'adozione di un piano, dunque, è un "atto di autonomia privata esclusivamente riconosciuta al debitore"⁹ che si traduce nell'attività di predisposizione di un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

Il piano non è un atto di volontà negoziale, bensì un programma, un documento che individua una serie di atti e di operazioni, anche di carattere negoziale¹⁰. Un altro aspetto, inoltre, da affermare preliminarmente è che il

⁵ G. FAUCEGLIA, *Il piano di risanamento nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 1281.

⁶ C. TRENTINI, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016, 7.

⁷ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, 1283.

⁸ G. LOMBARDI, P.D. BELTRAMI, *I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 738.

⁹ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, 1281.

¹⁰ C. TRENTINI, *op.cit.*, 13.

piano attestato di risanamento non è una procedura concorsuale¹¹: “non concorre alcun intervento giudiziale, sia esso di valutazione oppure di controllo né ha luogo discorrersi di una partecipazione del ceto creditorio (tanto meno se assunta in termini di necessaria partecipazione)”¹².

Il carattere della concorsualità comporta la necessaria presenza di una “mediazione tra l’interesse di chi possiede un patrimonio e l’interesse di coloro che su quel patrimonio vantino una pretesa”¹³ svolta dall’Autorità giudiziaria. Il piano attestato di risanamento resta estraneo a tale “mediazione giurisdizionale” sia perché i terzi sono interessati solo ove prestino adesione ai successivi accordi che per l’assenza dell’intervento valutativo del giudice sulla proposta elaborata dall’imprenditore.

Ciò comporta l’impossibilità di configurare alcuna consecuzione di procedure nonché di applicare le disposizioni previste per il concordato preventivo o per gli accordi di ristrutturazione dei debiti in tema di contratti pendenti o crediti prededucibili¹⁴.

Compresa la natura del negozio e affermata l’assenza del carattere di concorsualità, si può affermare che la *ratio* dell’istituto disciplinato all’art. 56 e dell’effetto di esenzione previsto dall’art. 166 c. 3 continua a rinvenirsi nella “protezione dei tradizionali erogatori di nuova finanza all’impresa in crisi e a tutti quei soggetti coinvolti da un imprenditore che pianifichi, con apposito programma, il superamento della crisi e dell’insolvenza”¹⁵.

È essenziale, pertanto, sostenere che “l’adozione di un piano attestato di risanamento, di per sé, non risolve la crisi; il piano è lo strumento con cui l’imprenditore individua la soluzione della crisi. La crisi è, invece, risolta dall’esecuzione del piano, nel senso che sono le misure attraverso le quali il piano viene attuato che determinano il superamento della crisi”¹⁶.

3. – Il primo aspetto da affrontare nell’analisi di questo istituto è quello dell’individuazione del soggetto legittimato a predisporre un piano attestato di risanamento.

L’art. 56 c.1 prevede che tale facoltà spetti all’imprenditore in stato di crisi o di insolvenza. Sebbene la Relazione Illustrativa affermi, in relazione all’art. 56, che si tratta di un istituto riservato ai soli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale in quanto “il beneficio arrecato dal

¹¹ *Ex multis* in dottrina C. TRENTINI, *op.cit.*, 13; G. FAUCEGLIA, *op.cit.*, 1281; si veda anche in giurisprudenza Cass., sez. I, 25 gennaio 2018, n. 1895.

¹² Cass., sez. I, 25 gennaio 2018, n. 1895.

¹³ M. FABIANI, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *Fall.*, 2018, 291.

¹⁴ Cass., sez. I, 25 gennaio 2018, n. 1895.

¹⁵ G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 45.

¹⁶ C. TRENTINI, *op.cit.*, 7.

piano è l'esenzione dall'azione revocatoria prevista dal Codice della Crisi¹⁷, autorevole dottrina invece è incline ad ampliare la sfera di applicazione dell'istituto anche a soggetti diversi riconoscendo a questi un interesse diretto e attuale a predisporre un piano attestato. Tale interesse concreto si rinviene nell'ampliamento dell'ambito di operatività dell'esenzione all'azione revocatoria ordinaria come previsto dall'art. 166 c.3 e nella volontà di non essere sottoposto alla liquidazione controllata in caso di sovra-indebitamento.

“Ciò giustifica l'estensione della legittimazione attiva anche agli imprenditori che abbiano predisposto un piano attestato in epoca anteriore all'apertura della procedura di liquidazione controllata”¹⁸.

Ulteriori considerazioni a favore dell'estensione della legittimazione possono riguardare i benefici fiscali che si ottengono pubblicando il piano attestato nel Registro dell'imprese. Il debitore attualmente non fallibile, poi, potrebbe temere di varcare in futuro la soglia di fattibilità.

“Sotto questo profilo, l'adozione del piano potrebbe considerarsi una precauzione non priva di sensatezza”¹⁹.

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, la norma individua la presenza dello stato di crisi o di insolvenza. Non diversamente da quanto previsto dal concordato preventivo e dagli accordi di ristrutturazione, presupposto del piano attestato è tradizionalmente la crisi: nozione che ricomprende una vasta gamma di situazioni definite all'art. 2 lett. a) come “stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”.

È diffusa tra i pratici²⁰ l'opinione che il piano attestato costituisca uno strumento utilizzabile nei casi di crisi meno gravi e che, nello scegliere tra i vari strumenti per la soluzione della crisi, piano, accordi e concordato preventivo si collochino in una sorta di scala, da salire quanto più la crisi si palesi grave²¹. Tale tesi non può essere accolta per due ragioni: *in primis*, se si sostiene che il piano non sia adatto alle situazioni più gravi perché rende difficile trovare intese con i creditori, giova sottolineare che la redazione e attuazione di un piano può non necessariamente prevedere accordi con i creditori e che, di solito, tali accordi si verificano con una cerchia ristretta di

¹⁷ Relazione Illustrativa, 133 (sub art. 56).

¹⁸ G. NARDECCHIA, *Il piano attestato di risanamento nel Codice*, in *Fall.*, 2020, 6.

¹⁹ C. TRENTINI, *op.cit.*, 9.

²⁰ *Ex multis*, G. LOMBARDI, P.D. BELTRAMI, *op.cit.*, 717; *contra* C. TRENTINI, *op.cit.*, 10.

²¹ C. TRENTINI, *op. cit.*, 10.

creditori che potenzialmente potrebbero avere interesse a concludere un accordo anche in situazioni assai gravi.

A maggior ragione, escludendo che “i processi economici siano assimilabili a quelli organici”²² e che quindi possa avere reale effetto il concetto di “irreversibilità”, “non vi è situazione che non possa essere oggetto di un intervento di risanamento; è solo questione di mezzi impiegati”²³.

“Nella stragrande maggioranza dei casi il piano attestato è e continuerà ad essere utilizzato in situazioni di crisi non ancora sfociate in inadempimenti significativi e reiterati”²⁴, tuttavia il Codice, nell’ottica di favorire la libertà dell’imprenditore nella scelta dello strumento più idoneo alla fattispecie concreta, riconosce all’imprenditore la facoltà di utilizzare il piano attestato anche in caso di insolvenza.

La questione relativa al presupposto oggettivo è, in realtà, apparente: “posto che il piano non è soggetto a verifica se non postuma, cioè dopo la dichiarazione del fallimento, è impossibile predicare l’insussistenza del presupposto oggettivo”²⁵ con cui era stato predisposto il piano in quanto ha comunque dato come esito l’insolvenza.

Un altro aspetto ampiamente discusso è quello relativo alla sua compatibilità con finalità liquidatorie. La dottrina prevalente²⁶ è incline a ritenere che lo strumento del piano di risanamento sia incompatibile con la liquidazione dell’impresa: il piano sarebbe, così, utilizzabile solo in ipotesi di continuità aziendale. A favore di questa tesi si sostiene che il termine “risanamento” debba essere inteso nel senso che il piano è volto a rimuovere le difficoltà dell’impresa e, dunque, “non può che innestarsi sul substrato della prosecuzione della medesima attività”²⁷. Nel nuovo contesto del Codice della Crisi, proteso a favorire la continuità aziendale, si aggiunge anche la Relazione Illustrativa, la quale sostiene che “il piano mira al risanamento (...) ed è riservato alle ipotesi di continuità aziendale”²⁸.

Tuttavia vi sono numerosi argomenti, e una parte minoritaria della dottrina²⁹, che consentono di sostenere la tesi opposta, ossia che sia possibile

²² D. GALLETTI, *I piani di risanamento e di ristrutturazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1198.

²³ C. TRENTINI, *op. cit.*, 11.

²⁴ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 6.

²⁵ C. TRENTINI, *op. cit.*, 9.

²⁶ *Ex multis* A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione*, cit., 994; L. ABETE, *La predisposizione del piano attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fall.*, 2014, 1009.

²⁷ L. ABETE, *op. cit.*, 1010.

²⁸ Relazione Illustrativa, 133 (sub art. 56).

²⁹ *Ex multis* C. TRENTINI, *op. cit.*, 21.

predisporre un piano ai fini di una liquidazione dell'impresa. Innanzitutto, da un punto di vista letterale, la norma non impone la continuazione aziendale limitandosi a prescrivere che il piano consenta il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Argomentando in maniera sistematica, va poi sostenuto che una interpretazione che vieta l'utilizzo del piano per una soluzione della crisi nei soli casi in cui venga predisposta la continuazione dell'attività aziendale porterebbe ad un'esclusione dello strumento per la società in liquidazione che non è in linea con il favor della riforma per la libera scelta della soluzione stragiudiziale più idonea alla singola impresa.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi si trova nella formulazione dell'art. 2487 c.c. che prevede al c. 1 lett. c) la possibilità di un esercizio provvisorio dell'impresa finalizzato alla conservazione del valore in funzione del migliore realizzo in sede di liquidazione.

Si può sostenere, infine, che se è ampiamente consolidata³⁰ la tesi secondo cui il piano è compatibile a soluzioni della crisi che prevedano "una limitata attività di liquidazione di asset non rilevanti per la continuazione dell'attività, al fine proprio di realizzare il risanamento"³¹, non si comprende per quale ragione il piano non possa essere compatibile con soluzioni della crisi in cui il risanamento sia possibile soltanto attraverso una liquidazione ordinata dell'impresa.

4. – Il comma 2 dell'art. 56 prescrive che il piano deve avere data certa. La *ratio* di tale previsione è legata ad esigenze probatorie da far valere in sede giudiziale, ad esempio in occasione della revocatoria fallimentare o in sede di contestazione di accuse relative a reati di bancarotta.

Per la medesima ragione, al comma 6, si prevede che "gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa". Sebbene nessuna forma sia prescritta per il piano, esso "non può che avere forma scritta"³². Tale forma è necessaria per una serie di ragioni: per la complessità del contenuto del piano, perché deve essere oggetto di attestazione, perché possa essere iscritto nel Registro delle Imprese nonché a fini probatori del piano stesso.

L'indicazione della precisa finalità dell'accordo, esplicitata in sede di esonero dalla revocatoria, e di un controllo giudiziario in termini di manifesta inidoneità dello strumento a risolvere lo stato in cui versa l'impresa, "ha indotto il legislatore ad indicare un contenuto minimo (dal

³⁰ Sul punto G. FAUCEGLIA, *Il piano di risanamento nel Codice della Crisi*, cit., 1282; S. SANZO, *Il piano di risanamento attestato*, in *Giur. it.*, 2010, 2478.

³¹ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, 1282.

³² C. TRENTINI, *op. cit.*, 16.

punto di vista del contenuto) del piano, indirizzato ad offrire un'ideale informazione sulla finalità in concreto perseguita dall'accordo predisposto dal debitore"³³.

A tal fine, il comma 2 dell'art. 56 prevede che il piano deve contenere: "a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento ed i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza; e) gli apporti di finanza nuova; f) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto; g) il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario".

Tutti questi elementi non costituiscono particolari novità giacché già richiesti dalle *best practices* elaborate negli anni dalla dottrina aziendalistica che ha sottolineato la centralità di alcuni aspetti contenutistici, quali la "sostenibilità delle operazioni ipotizzate, la necessaria presenza di iniziali risorse finanziarie: tutte informazioni alla base della fattibilità dell'operazione di riequilibrio economico, patrimoniale e finanziario"³⁴.

Viene altresì data rilevanza "ai cosiddetti effetti interinali della gestione dell'impresa nel lasso temporale che separa il momento diagnostico dello *stato di salute* del debitore da quello attuativo del suo risanamento, nonché l'attenzione alle possibili evoluzioni dello scenario competitivo ed ambientale e l'andamento dell'impresa"³⁵.

Il piano "non può essere vago o impreciso ma deve essere analitico ed indicare le modalità attraverso le quali esso troverà esecuzione"³⁶. Particolarmente importanti nella prassi sono i Principi di attestazione dei piani di risanamento elaborati dall'Accademia Italiana di Economia Aziendale e da altri organismi che individua una suddivisione in tre parti:

- una parte ricognitiva dello stato attuale, solitamente ripartita in: presentazione dell'azienda; specificazione dei dati storici, economici e finanziari; descrizione dello stato di crisi
- una parte costituita dal piano delle azioni vero e proprio, distinto in: strategie di risanamento e interventi da adottare;

³³ G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 46.

³⁴ G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, 47.

³⁵ G. FAUCEGLIA, *op. ult. cit.*, 47.

³⁶ C. TRENTINI, *op. cit.*, 24.

- una parte finale che potrebbe definirsi di analisi prospettica, volta ad indicare l'evoluzione del settore, l'analisi dell'azienda nel contesto concorrenziale, ipotesi economico-finanziarie.

I piani, come detto, possono prevedere accordi ma, data la sua caratteristica di atti unilaterali, è ben possibile ipotizzarne alcuni che prescindono da pattuizioni con i creditori ed i terzi. Ad esempio, piani di dismissione, piani di riorganizzazione aziendale o manageriale, piani di ristrutturazione unilaterale della struttura finanziaria (aumento di capitale mediante apporto di capitali propri).

La ragione che giustifica l'attestazione di questi piani sta nell'intento di "far sì che atti potenzialmente riconducibili ad ipotesi di bancarotta semplice o preferenziale ne siano esentati e, nell'interesse del debitore, che tali atti non siano soggetti a revocatoria"³⁷.

Il terzo comma dell'art. 56 impone l'allegazione dei documenti dell'art. 39, ossia tutti quelli che devono essere depositati quando "il debitore intende proporre una domanda di accesso ad una soluzione concorsuale e giudiziale della crisi o dell'insolvenza, al fine di porre il tribunale nella condizione di disporre, immediatamente, di tutti gli elementi conoscitivi necessari per gestire la stessa"³⁸.

Tra questi documenti assume una particolare rilevanza la relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

Quest'ultima relazione, giustificata nel concordato e negli accordi, per "consentire l'acquisizione di ogni elemento idoneo a permettere la valutazione di convenienza delle proposte di concordato o di accordo, essendo il termine coincidente con quello di prescrizione della revocatoria ordinaria" non può sostenersi per i piani di risanamento.

Questo perché, in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale, non si avrà un fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali e quindi la data del periodo sospetto sarà quella in cui è stata presentata la domanda di apertura della liquidazione giudiziale. La ragione di prevedere questa relazione nella predisposizione del piano, piuttosto, può aversi "ai fini della corretta informazione dei creditori che sono in trattativa con il debitore in vista dell'eventuale stipula degli accordi collegati al piano di risanamento, il che evidenzia l'inscindibile correlazione tra il piano e gli accordi in sua esecuzione"³⁹.

"Non essendovi formalità legate alla redazione del piano, si deve immaginare che questa documentazione deve essere fisicamente allegata al

³⁷ C. TRENTINI, *op. ult. cit.*, 20.

³⁸ A. CAIAFA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Roma, 2019, 83.

³⁹ G. NARDECCHIA, *op.cit.*, 12.

piano, insieme alla relazione di attestazione del professionista in un unico pacchetto documentale con data certa"⁴⁰.

5. – Al quarto comma dell'art. 56 si prevede che "un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano". All'art. 2 c. lett. o) il legislatore ha introdotto una definizione di professionista indipendente, con cui ha recepito "i requisiti di professionalità ed indipendenza già presenti nella Legge Fallimentare"⁴¹, che è valida per tutti gli istituti previsti dal CCI.

La norma lo definisce come "il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del c.c.; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa".

Il requisito soggettivo in capo al professionista "deve sussistere al momento dell'attestazione del piano (...) ne segue che, se l'attestazione risulta sottoscritta da persona che pure aveva i requisiti prescritti nel momento in cui gli è stato conferito l'incarico, ma che abbia successivamente perso la qualifica, l'attestazione deve ritenersi invalida"⁴².

La relazione d'attestazione può definirsi come "un atto, analitico e logicamente coerente, con cui il professionista nominato dal debitore dichiara la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano"⁴³.

Poiché nessuna disposizione normativa indica il contenuto specifico dell'attestazione, è necessario far riferimento alla giurisprudenza e alla dottrina riguardo l'attestazione nelle soluzioni stragiudiziali della crisi.

In particolare, circa le caratteristiche e i requisiti del documento: la relazione deve essere analitica e completa⁴⁴, ossia analitica "nel senso che deve considerare i singoli punti oggetto della verifica in termini specifici e

⁴⁰ A. ZORZI, *op. cit.*, 995.

⁴¹ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 12.

⁴² E. CECCHERINI, *La qualificazione, l'indipendenza e la terzietà del professionista attestatore negli istituti concorsuali di gestione della crisi d'impresa e le diverse tipologie di relazioni o attestazioni*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 301.

⁴³ C. TRENTINI, *op. cit.*, 51.

⁴⁴ Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 479.

senza valutazioni generiche"⁴⁵ e completa "in quanto deve farsi carico di un esame complessivo della veridicità dei dati contabili e delle prospettive della soluzione della crisi"⁴⁶.

Circa la sua esposizione, la relazione deve presentarsi come coerente logicamente e non contraddittoria⁴⁷, quindi, adeguatamente motivata. Quanto al suo contenuto, la relazione deve avere una serie di caratteristiche: "preliminarmente, deve descrivere adeguatamente le attività svolte e il processo di verifica compiuto e dar conto delle motivazioni poste a base delle sue considerazioni e conclusioni; deve vagliare i dati contabili e dichiararne la correttezza; deve indicare che il piano è idoneo e fattibile"⁴⁸.

In generale, all'attestatore si richiede un ruolo molto complicato, dovendo svolgere un ruolo che necessita di "capacità di comprensione dei fenomeni economici e dei meccanismi di risanamento dell'impresa e, al tempo stesso, di valutazione degli interessi dei creditori e il mantenimento dei livelli occupazionali"⁴⁹.

Il professionista, innanzitutto, deve accertare le cause della crisi per poter procedere alla valutazione circa la convenienza dell'impiego delle risorse "per la continuazione delle attività imprenditoriali per valorizzare adeguatamente il patrimonio organizzativo e produttivo e sia tale da consentire il recupero auspicato e non si risolva in uno spreco tale da pregiudicare ulteriormente le aspettative dei soggetti coinvolti"⁵⁰.

È indispensabile che l'attestatore "consideri le ragioni dello squilibrio e dell'inefficienza; verifichi se esse abbiano origine interna o esterna; valuti la gravità, per poter stabilire se sussistano, realmente, le condizioni per la formulazione di un programma per la ristrutturazione dell'impresa"⁵¹.

"Attestare la veridicità dei dati aziendali significa dichiarare che i dati della contabilità sono esatti, cioè conformi al vero"⁵².

Non basta per assolvere la funzione attestativa dichiarare che i dati sono conformi alle risultanze delle scritture contabili: è necessario che il professionista "verifichi l'esistenza effettiva, sia fattuale che giuridica, dei beni costituenti l'attivo patrimoniale; stimi il reale valore degli stessi; controlli l'ammontare complessivo delle obbligazioni (comprese quelle eventuali o condizionali)"⁵³.

⁴⁵ C. TRENTINI, *op.cit.*, 52.

⁴⁶ ID., *op. ult. cit.*, 52.

⁴⁷ Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *op. cit.*, 479.

⁴⁸ C. TRENTINI, *op. cit.*, 53.

⁴⁹ A. CAIAFA, *op. cit.*, 81.

⁵⁰ A. CAIAFA, *op. cit.*, 81.

⁵¹ L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, 54.

⁵² C. TRENTINI, *op. cit.*, 57.

⁵³ ID., *op. ult. cit.*, 57.

L'art. 56 prevede, come detto, che il piano deve apparire "idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria".

"Per idoneità si intende la valutata capacità di conseguire il risultato divisato, ossia l'astratta potenzialità di raggiungere l'obiettivo indicato"⁵⁴.

In particolare, affinché il piano sia idoneo a produrre gli effetti voluti dal debitore e gli effetti di esenzione dalle azioni revocatorie e dalle imputazioni di bancarotta semplice e preferenziale, è necessario che sussistano una serie di condizioni: "il piano e l'attestazione materialmente sussistano; l'attestazione deve essere redatta da un professionista indipendente secondo la definizione dell'art. 2 e deve aver mantenuto tali caratteristiche fino all'attestazione; la dichiarazione deve esprimere la sua fattibilità in termini positivi; l'attestazione non deve essere inficiata da falso in attestazioni *ex* 342"⁵⁵.

Come per la veridicità dei dati aziendali, anche la dichiarazione dell'attestatore circa la fattibilità economica del piano non può essere "semplicemente assertiva ed assiomatica"⁵⁶, ma deve essere motivata.

"Il professionista deve illustrare le motivazioni alla base della conclusione di realizzabilità del piano. (...) Egli dovrà compiere una valutazione accurata, sia dal punto di vista patrimoniale che finanziario, della situazione dell'impresa"⁵⁷.

Il giudizio di fattibilità deve sostanziarsi in una valutazione di assai elevata probabilità che il piano si realizzi.

Per elevata probabilità si intende "la ragionevole previsione che, in condizioni di normalità, gli obiettivi del piano saranno conseguiti"⁵⁸.

Non basta, quindi, una mera probabilità o possibilità ma deve, invece, potersi affermare che la mancata realizzazione del piano sia conseguenza di un evento straordinario, normalmente non prevedibile⁵⁹.

Pertanto, l'attestatore realizza un duplice giudizio: uno astratto, volto ad attestare l'idoneità del piano a raggiungere lo scopo del risanamento, ed uno concreto, volto a valutare le sue probabilità di realizzazione.

Il professionista dovrà nella relazione, altresì, "dare atto della esistenza e della completezza della documentazione di cui all'art. 39"⁶⁰.

⁵⁴ C. TRENTINI, *op. cit.*, 60.

⁵⁵ *Id.*, *op. ult. cit.*, 61.

⁵⁶ Trib. Siracusa, 2 maggio 2012, in *Il caso.it*.

⁵⁷ C. TRENTINI, *op. cit.*, 62.

⁵⁸ C. TRENTINI, *op. cit.*, 62.

⁵⁹ *Ex multis* Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in *il caso.it*; Trib. Palermo 31 maggio 2011 in *Dejure*.

⁶⁰ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 12.

In ogni caso, si potrà verificare la completezza e la correttezza dell'attestazione "soltanto in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale. (...) Nel senso che il curatore potrà eccepire la non operatività dell'esenzione facendo valere vizi attinenti all'attestazione"⁶¹.

Infine, è possibile sostenere che l'attuabilità del piano può essere sottoposta all'avverarsi di condizioni, "ma la realizzazione di queste deve essere valutata come molto probabile e, in difetto, l'attestatore deve prevedere soluzioni alternative"⁶².

In particolare, "se è sufficiente che al momento dell'attestazione siano in corso delle trattative per la rinegoziazione dei crediti, sarà necessario che il professionista indipendente dia atto dei presumibili e ragionevoli esiti di tali trattative (...) tuttavia non potrà ritenersi sufficiente ai fini della revocatoria un'attestazione condizionata all'esito delle trattative, in assenza di ragionevoli e attendibili scenari alternativi"⁶³.

6. – Al comma 4 si prevede, poi, che "il piano, l'attestazione del professionista e gli accordi conclusi con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore".

Solitamente il piano non è reso pubblico e viene tenuto riservato "in quanto l'imprenditore evita, per quanto possibile, di palesare il suo stato di difficoltà, diversamente potendo pregiudicare la stessa possibilità di risanamento"⁶⁴.

Cionondimeno, la pubblicazione del piano, dell'attestazione e degli accordi può avere una convenienza fiscale.

L'art. 88 c.4ter del TUIR, infatti, prevede "l'esenzione da imposizione delle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti a seguito dell'esecuzione di un piano di risanamento pubblicato presso il Registro delle imprese. In particolare, l'importo non tassato è pari alla parte che eccede la sommatoria di: perdite, pregresse e di periodo; deduzione di periodo e l'eccedenza relativa all'Ace; interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati"⁶⁵. Il beneficio fiscale che deriva dalla pubblicazione "è riservato al debitore mentre i creditori non ne traggono alcun vantaggio. Dal punto di vista strettamente civilistico, si tratta di un'ipotesi di pubblicità notizia"⁶⁶.

⁶¹ *Id.*, *op. ult. cit.*, 12.

⁶² C. TRENTINI, *op.cit.*, 64.

⁶³ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 13.

⁶⁴ C. TRENTINI, *op. cit.*, 26.

⁶⁵ P. CEROLI, *Piani di risanamento*, in *ilfallimentarista.it*, 22/05/2019.

⁶⁶ F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67 c.3 lett. d): luci e ombre a seguito del Decreto Sviluppo*, in *Giur. comm.*, 2014, I, 77.

7. – La medesima disciplina degli accordi in esecuzione del piano è applicata anche all'accordo con i creditori concluso in una procedura di composizione assistita della crisi *ex art. 19*. Questa nuova soluzione concordata della crisi può condurre ad un accordo con i creditori che *ex art. 19*, comma 4 “produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento”. Come quest'ultimo, “l'accordo con i creditori ha natura riservata”⁶⁷, ma può essere iscritto nel registro delle imprese su richiesta del debitore, tuttavia in questo caso è necessario il consenso dei creditori mentre questo non è espressamente previsto per gli accordi in esecuzione di un piano attestato.

Un vantaggio ulteriore degli accordi conclusi *ex art. 19*, comma 4 è la possibilità di chiedere misure protettive.

Esse consistono *ex art. 54*, comma 2 nel fatto che “i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano”.

“Si delinea una sorta di progressione negli strumenti negoziali di regolazione della crisi: dall'accordo in esecuzione di un piano attestato, che non prevede alcuna protezione interinale né un vaglio preventivo, all'accordo con i creditori con l'assistenza dell'OCRI che ha lo stesso effetto del piano ma con la possibilità di chiedere misure protettive”⁶⁸.

8. – “Nell'istituto del piano di risanamento, l'esonazione della revocatoria costituisce il principale effetto del piano attestato e la sua ragione fondante”⁶⁹. La *ratio* è quella di consentire che siano realizzate le misure reputate idonee a superare la crisi senza il timore che queste possano, poi, essere assoggettate alle azioni revocatorie in sede di liquidazione giudiziale.

Il novello *art. 166*, comma 3, lett. d) prevede che “gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati. L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia.

L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria”.

Questa disposizione possiede alcune significative novità rispetto all'esonazione prevista dall'*art. 67 c.3 lett. d) L.F.*: la sua applicazione viene estesa anche all'azione revocatoria ordinaria, mentre l'oggetto dell'esonazione

⁶⁷ A. ZORZI, *op. cit.*, 997.

⁶⁸ A. ZORZI, *op. cit.*, 997.

⁶⁹ C. TRENTINI, *op. cit.*, 73.

viene delimitato prevedendo che gli atti, i pagamenti e le garanzie, non solo devono essere in esecuzione del piano, ma devono essere in esso indicato.

Per quanto riguarda l'estensione dell'esenzione all'azione revocatoria ordinaria, questa scelta legislativa pone fine ad un ampio contrasto che si era sviluppato nel tempo tra dottrina e giurisprudenza.

In particolare, la giurisprudenza più recente⁷⁰ sull'esenzione della legge fallimentare ritiene che l'art. 67 c. 3 lett. d) riguardi soltanto la revocatoria fallimentare prevista nei primi due commi dell'art. 67.

Le ragioni che portano a questa conclusione sono sostanzialmente quattro:

- Con un argomento letterale, si sostiene la sua esclusione sulla base di quanto stabilito all'art. 66 che prevedeva che l'azione revocatoria ordinaria rimane integralmente disciplinata dal codice civile e dal fatto che l'art. 67 c. 3 esclude espressamente soltanto l'azione revocatoria dello stesso articolo;

- Con un argomento sistematico, si fa leva sul fatto che la disciplina del sovra-indebitamento che non fa alcun richiamo all'azione revocatoria ordinaria;

- La terza argomentazione si fonda sull'estensione delle esenzioni dai reati di bancarotta all'accordo di ristrutturazione, "evidenziando l'autonomia degli ambiti di tutela civile e penale relativi ai pagamenti eseguiti violando la *par condicio creditorum*"⁷¹;

- La quarta, e più calzante, argomentazione sottolinea le diversità tra i due tipi di azione revocatoria, "a partire dalle distinte finalità perseguite: la ricostituzione della garanzia patrimoniale generica nel caso del 2901 cc (avente come presupposto soggettivo la *scientia damni*) e la *par condicio creditorum* nel caso ex art. 67 l. fall. (avente come presupposto soggettivo la *scientia decoctionis*)"⁷².

Dalla diversa ratio delle due tipologie di azione revocatoria discende anche un diverso ambito di rilevanza temporale: "il termine di cinque anni dal compimento dell'atto previsto per l'azione revocatoria ordinaria dischiude la possibilità del perfezionamento dell'atto pregiudizievole in un momento in cui non si abbia una situazione qualificabile come insolvenza,

⁷⁰ Cass. 8 febbraio 2019, n. 3778; Cass., 10 novembre 2016, n. 22915, Trib. Prato, 28 aprile 2017, in *osservatorio-oci.org*. In dottrina si veda A. NIGRO, Art. 67 in A. NIGRO, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, Torino, 2010, 929.

⁷¹ R. BROGI, *Esenzioni da revocatoria e piani di ristrutturazione: dalla legge fallimentare al Codice della Crisi*, in *Fall.*, 2019, 605.

⁷² *Id.*, op. ult. cit., 605.

rientrante nel fuoco dell'elemento soggettivo della revocatoria fallimentare"⁷³.

Da queste ragioni, e per dirimere questo contrasto, è sorta la necessità di una espressa previsione del legislatore volta ad estendere anche all'azione revocatoria ordinaria il regime delle esenzioni previsto per la revocatoria fallimentare, come disciplinato ora dall'art. 166 CCI.

La seconda novità introdotta dal nuovo Codice riguarda il limite oggettivo dell'esenzione. Poiché ratio della norma è porre in essere "gli atti, i pagamenti e le garanzie che, in conformità del piano, sono funzionali alla soluzione della crisi senza timore che siano soggetti ad azioni revocatorie"⁷⁴, si vede bene che questa esenzione non può operare se non in relazione soltanto a quegli atti che costituiscono il programma del piano.

Anche nella previgente disciplina erano elementi necessari al prodursi dell'effetto protettivo "l'esistenza di un collegamento causale ed originario tra il piano e l'atto esentato da una parte e l'attestazione del professionista dall'altro"⁷⁵ più che da un mero collegamento temporale. L'art. 166 non prevede soltanto che gli atti, i pagamenti e le garanzie siano in esecuzione del piano ma richiede che siano *in esse indicati*.

Tale novità è sottile ma molto importante: "l'esenzione non sarà più collegata al mero dato funzionale, essendo necessaria l'indicazione analitica dell'atto o del pagamento. Ciò sembrerebbe restringere l'ambito applicativo dell'esenzione rispetto alla formulazione dell'art. 67 l. fall. il quale avallava soluzioni interpretative che ritengono sufficiente un nesso di natura funzionale tra l'atto e il piano o una controllabilità esecutiva"⁷⁶.

Ne deriva che "il piano dovrà essere sufficientemente dettagliato da consentire un adeguato giudizio in ordine alla riferibilità al piano stesso degli atti posti in essere in sua esecuzione"⁷⁷ ai fini dell'esenzione. Alcune criticità potrebbero sorgere circa gli atti compiuti con riferimento all'ordinaria attività d'impresa, considerando la difficoltà di prevederli ed indicarli analiticamente. Mentre "i pagamenti, seppur omessi potranno comunque godere dell'esenzione del 166 c.3 lett. a) (*effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso*), le garanzie dovranno sempre essere espressamente indicati"⁷⁸.

La terza novità, infine, attiene al controllo giudiziario sul piano.

⁷³ ID., *op. ult. cit.*, 606.

⁷⁴ C. TRENTINI, *op. cit.*, 78.

⁷⁵ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 14.

⁷⁶ R. BROGI, *op. cit.*, 607.

⁷⁷ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 14.

⁷⁸ ID., *op. ult. cit.*, 14.

Nella giurisprudenza relativa alla legge fallimentare⁷⁹, il controllo giudiziale si incentra nella verifica *ex ante* della manifesta idoneità del piano a conseguire gli obiettivi di risanamento e di riequilibrio finanziario oltre che sul contenuto dell'attestazione. Il nuovo testo prevede che l'esenzione venga meno in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore ma solo quando il creditore "ne fosse a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia".

L'intento del legislatore "appare quello di limitare il venire meno dell'efficacia protettiva del piano al solo caso in cui l'inadeguatezza del piano siano frutto di dolo o della colpa grave del debitore o dell'attestatore"⁸⁰.

Sebbene sia evidente il riconoscimento del dolo ai fini dell'esenzione ben più complicato può essere l'accertamento della colpa grave nella predisposizione ed esecuzione del piano da parte del debitore o nell'attestazione del professionista. Si può ritenere che il richiamo alla colpa grave escluda "gli atti in esecuzione di piani totalmente implausibili e che il sindacato giudiziario operi nei limiti della verifica di una sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati"⁸¹.

Pertanto, "una volta accertata la manifesta infattibilità economica del piano o la manifesta inidoneità dell'attestazione al raggiungimento dello scopo, il curatore dovrà altresì provare la conoscenza da parte del creditore, dovendosi escludere la mera conoscibilità, pur potendosi formare il convincimento anche attraverso il ricorso alla presunzione"⁸².

9. – In conclusione, come si è detto, gli effetti legalmente previsti dal piano sono tre: l'esenzione dalla revocatoria, ora, sia ordinaria che fallimentare; l'esenzione dalla bancarotta semplice e preferenziale; i benefici fiscali della non tassabilità delle plusvalenze conseguenti all'esecuzione del piano, a condizione che questo venga pubblicato.

Da un punto di vista procedurale, può riconoscersi il vantaggio del minor tempo, e del minore costo, del piano attestato rispetto alle soluzioni che richiedono un intervento dell'autorità giudiziaria; il piano assicura, inoltre, maggiore riservatezza stante la mera facoltà di pubblicare il piano, l'attestazione e gli accordi nel Registro delle Imprese.

⁷⁹ Cass., 5 luglio 2016, n. 13719 che parla di "manifesta attitudine del piano"; Cass., 19 dicembre 2016, n. 26226; sull'attestazione si veda Trib. Catania, 11 gennaio 2019, in *ilcaso.it*.

⁸⁰ A. ZORZI, *op. cit.*, 998.

⁸¹ G. NARDECCHIA, *op. cit.*, 16.

⁸² *Id.*, *op. ult. cit.*, 16.

Tuttavia, a fronte di questi vantaggi, non può non segnalarsi la presenza di una serie di svantaggi rispetto alle altre soluzioni della crisi che verranno affrontate nei prossimi capitoli. Innanzitutto, i piani attestati non apprestano alcuna misura protettiva del patrimonio da azioni esecutive o cautelari da parte di terzi; non è prevista alcuna pre-deduzione per i debiti contratti ed in particolare i finanziamenti per la predisposizione o per l'esecuzione del piano; non opera la disposizione dell'art. 89 CCI che ha sostituito l'art. 182-*sexies* l.f. che sospende le norme societarie relative agli obblighi degli amministratori in presenza di perdita o di riduzione del capitale.

"Non è, poi, possibile avvalersi della transazione fiscale, al contrario di quanto previsto per il concordato preventivo e per gli accordi di ristrutturazione dei debiti"⁸³.

Il piano storicamente ha rappresentato uno strumento utilizzato dal debitore per tutelare i finanziatori di un nuovo piano da atti revocatori, che tendeva a scivolare in una diversa procedura ove non riuscisse nel suo intento. Il Codice, invece, pone il piano in una posizione di alternatività rispetto alle altre procedure, al fine di incentivare l'accesso a soluzioni della crisi in un maggior numero di casi. L'obiettivo non è solo quello di favorire l'uso del piano attestato di risanamento per situazioni di crisi ancora lievi ma anche per piccole e medie imprese affinché intraprendano il risanamento con un costo minore e con una maggiore riservatezza. La scelta di porre il piano attestato di risanamento su un livello di alternatività rispetto agli altri strumenti di regolazione della crisi non rappresenta ormai una novità, piuttosto, si pone in linea con un trend recente del legislatore.

Si pensi, per concludere, al caso dell'art. 9 c. 5-*bis* del d.l. n. 23/2020 "Liquidità" che addirittura ha riconosciuto al debitore la possibilità di presentare un piano attestato di risanamento dopo aver goduto della sospensione delle azioni esecutive ed individuali alla sola condizione di pubblicare il piano nel registro delle imprese.

Abstract

THE CERTIFIED RESTRUCTURING PLAN IN THE NEW CRISIS AND INSOLVENCY CODE: FROM EXEMPTION TO AVOIDANCE ACTIONS TO EXTRAJUDICIAL CRISIS' RESOLUTION INSTRUMENT

Nell'ottica di incentivare il ricorso a soluzioni della crisi d'impresa e la ricerca di un risanamento efficace e tempestivo, il Codice della crisi ha disciplinato positivamente il piano attestato di risanamento riconoscendogli una propria autonomia rispetto agli altri istituti volti alla risoluzione delle crisi d'impresa. L'obiettivo di questo *paper* è quello di dimostrare come il legislatore del nuovo codice

⁸³ C. TRENTINI, *op. cit.*, 29.

abbia configurato questo strumento non più con un mero ruolo di esenzione all'esercizio dell'azione revocatoria ma come vera e propria soluzione stragiudiziale della crisi alternativa a quelle assoggettate all'omologazione. Per far ciò si analizzerà la natura e le caratteristiche di questo strumento e le modifiche apportate alla legge fallimentare. Si osserverà in conclusione come questa scelta del legislatore sia in continuità con altre compiute in questo senso, come nel caso dell'art. 9 del d.l. "liquidità" che riconosce la possibilità per il debitore di optare per un piano attestato di risanamento dopo aver goduto della sospensione delle azioni esecutive e individuali, vantaggio proprio delle procedure concorsuali, *i.e.* degli accordi di ristrutturazione e del concordato preventivo.

*Aiming to encourage the use of solutions to the corporate crisis and the search for an effective and timely recovery, the CCI (Crisis and Insolvency Code) has positively regulated the certified restructuring plan (piano attestato di risanamento) recognizing its autonomy from other procedures aimed at resolving corporate crises. The objective of this paper is to demonstrate how the legislator of the new code has configured this tool no longer with a mere role of exemption to the exercise of the avoidance actions (azioni revocatorie) but as a real out-of-court solution to the crisis, alternative to those subject to the confirmation (omologazione). In order to do this, the nature and features of this instrument and the changes made to the previous bankruptcy law will be analysed. In conclusion, it will be observed that this choice of the legislator is in continuity with others made in this sense, as in the case of art. 9 of the d.l. "liquidità" which recognises the possibility for the debtor of opting for a certified restructuring plan (piano attestato di risanamento) after having enjoyed the stay of executive and individual actions, which is an advantage of restructuring proceedings, *i.e.* restructuring debt agreements (accordi di ristrutturazione) and composition with creditors (concordato preventivo).*

GIUDIZIO ARBITRALE E DECISIONE SULLA COMPETENZA ALLO STATO DEGLI ATTI

LAURA SALVANESCHI
*Professore ordinario
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il quadro normativo. – 3. L'autonomia delle regole sulla competenza arbitrale. – 4. La competenza arbitrale come questione afferente alla validità e al contenuto della convenzione di arbitrato. – 5. Rilievi conclusivi.

1. – Inutile spendere parole sulla rilevanza, nell'ambito della disciplina dell'arbitrato, delle norme che regolano la competenza dei giudici privati e i rapporti tra arbitri e giudice statale.

Si tratta di una rilevanza sistemica, atteso che la risposta a quesiti di portata generale, anche rispetto alla natura dell'istituto arbitrale e ai suoi principali snodi procedurali, è ricavabile proprio alla luce delle norme in questione¹.

Si tratta, inoltre, di una rilevanza pratica, atteso che, considerata l'origine privata del giudizio arbitrale, e quindi le specifiche verifiche da svolgere rispetto alla sussistenza della *potestas iudicandi* alla luce della convenzione di arbitrato, accade in molti casi che la parte convenuta in arbitrato sollevi eccezione di incompetenza *in limine litis*.

Tra i problemi interpretativi che possono scaturire in relazione alla questione della competenza arbitrale, e che non risulta essere stato esaminato *ex professo* dagli interpreti – ancorché senz'altro possa assumere rilievo rispetto al giudizio privato e alla sua conduzione da parte degli arbitri² –, vi è quello della latitudine dei loro poteri istruttori in relazione alle

¹ Si rinvia a SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 553 ss.; EAD., *Confini e interferenze tra arbitrato e processo ordinario*, in SALVANESCHI, GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, Milano, 2020, 457 ss.

² Queste stesse riflessioni sono originate da un caso pratico, nel quale il collegio arbitrale, a fronte dell'eccezione di incompetenza sollevata da parte del convenuto, ha emesso ordinanza con la quale ha ritenuto di disporre l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio anche in relazione alla questione di competenza (venendo nella specie in questione una complessa verifica di natura patrimoniale, relativa a un soggetto sottoposto a procedura concorsuale), e tale pronuncia è stata contestata dal convenuto stesso alla luce delle regole mutuabili dalla normativa del processo ordinario (delle quali si dirà subito *infra*, nel testo).

questioni insorte *in limine litis* rispetto alla sussistenza della competenza arbitrale a decidere la controversia.

Nel processo statuale, il presupposto processuale della competenza trova una specifica regolamentazione, per quanto concerne l'istruttoria sulla relativa questione, nel comma 4 dell'art. 38 c.p.c., il quale prevede che "le questioni di cui ai commi precedenti"³ siano "decise, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni"⁴; previsione che riecheggia quanto dispone, rispetto alla competenza per valore, l'art. 14, comma 2, c.p.c., ai sensi del quale – posto che, nelle cause relative a somme di danaro o a beni mobili, il valore della lite si determina in base alla somma indicata o al valore dichiarato dall'attore e, in mancanza di indicazione o dichiarazione, la causa si presume di competenza del giudice adito – "il convenuto può contestare, ma soltanto nella prima difesa, il valore come sopra dichiarato o presunto" e "in tal caso il giudice decide, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e senza apposita istruzione"⁵.

Si pone allora la questione se tali disposizioni, laddove prevedono l'assunzione di una decisione allo stato degli atti, siano da ritenersi applicabili anche al giudizio arbitrale. Il tutto ovviamente a condizione che si acceda all'orientamento, invalso nella giurisprudenza, secondo il quale il giudice statuale debba assumere la sua decisione sulla competenza appunto "in base a quello che risulta dagli atti", e non già alla luce dell'eventuale istruttoria sul merito, considerando così la previsione dell'art. 38, comma 4, c.p.c. uno snodo procedimentale al quale il giudice dovrebbe

³ E quindi le questioni di competenza per materia, valore e territorio (cfr. il comma 1 dello stesso art. 38 c.p.c.).

⁴ Sul tale disposizione, anche con riferimento al problematico profilo dell'istruttoria relativa ai fatti rilevanti anche per il merito, cfr. per tutti LUIO, sub art. 4, in CONSOLO-LUIO-SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 18 ss.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, 220 ss., 237 ss.

⁵ Nello stesso senso, anche il comma 3 dell'art. 15, il quale prevede che "se per l'immobile all'atto della proposizione della domanda non risulta il reddito dominicale o la rendita catastale, il giudice determina il valore della causa secondo quanto emerge dagli atti, e se questi non offrono elementi per la stima, ritiene la causa di valore indeterminabile" (ancorché la norma, dopo la scomparsa del pretore, debba ritenersi implicitamente abrogata: così TARZIA-DANOVI, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, 5ª ed., Milano, 2014, 76, nota 17). Sul rapporto tra l'art. 38, comma 4, e l'art. 14, comma 2, c.p.c. cfr. anche VIANELLO, *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto on-line*, Milano, 2014, par. VI.

necessariamente attenersi in caso di eccezione di incompetenza sollevata dalla parte convenuta *in limine litis*⁶.

2. – Le norme che, nella disciplina dell'arbitrato, regolano le questioni di competenza, non contengono nessuna previsione rispetto allo specifico aspetto della relativa istruttoria.

In particolare, l'art. 817 c.p.c. si limita a disporre, per quanto qui rileva, che, "se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza", precisando che "questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento"⁷.

L'art. 819-ter c.p.c. prevede, a sua volta, sempre per quanto qui rileva, che "nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295"⁸.

Da un lato, quindi, le norme relative al giudizio arbitrale non contengono previsioni circa l'istruttoria sulla questione di competenza;

⁶ In questo senso, *ex pluribus*, Cass., 21 maggio 2010, n. 12455: "L'eccezione di incompetenza territoriale da parte del convenuto non introduce nel processo un tema che necessiti di istruzione con possibilità di assunzione di prove costituenti, ma va decisa sulla base delle prove costituite già acquisite agli atti, senza che possa indurre a diverse conclusioni il riferimento del novellato art. 38 c.p.c., a 'sommarie informazioni' eventualmente da assumersi da parte del giudice, posto che tale riferimento va inteso come limitato a chiarire il contenuto delle prove costituite o comunque ad accertare circostanze agevolmente rilevabili o documentabili. Quindi la questione della competenza va decisa sulla base delle risultanze processuali disponibili (v. Cass. civ. (Ord.), Sez. 3ª, 20/10/2006, n. 22524; Cass. ordinanza n. 16842 del 27/11/2002), dovendo tenersi distinte le questioni concernenti il merito della causa, da decidersi all'esito dell'istruttoria da quelle relative alla competenza, da decidersi allo stato degli atti"; Cass., 13 settembre 2016, n. 17989: "Le obbligazioni pecuniarie da adempiersi al domicilio del creditore, secondo il disposto dell'art. 1182, comma 3, c.c., sono – agli effetti sia della mora *ex art.* 1219, comma 2 n. 3, c.c., sia della determinazione del *forum destinatae solutionis* ai sensi dell'art. 20, ultima parte, c.p.c. – esclusivamente quelle liquide, delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale, e i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice, ai fini della competenza, allo stato degli atti secondo quanto dispone l'art. 38, ultimo comma, c.p.c.". Sul disposto dell'art. 38, comma 4, c.p.c., v. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2017, 122; TARZIA-DANOVI, *op. cit.*, 75 ss.

⁷ Per l'analisi di tale norma si rinvia ancora a SALVANESCHI, *op. loc. cit.*

⁸ Dovendosi ovviamente precisare che la Corte costituzionale, con la sentenza 19 luglio 2013, n. 223, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui "esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'articolo 50 del codice di procedura civile".

dall'altro lato, l'art. 38 c.p.c. non è contemplato tra le previsioni la cui applicazione è espressamente esclusa allorché vengano in questione i rapporti tra arbitrato e processo ordinario.

Nel silenzio della legge, sarebbe peraltro affrettato, e a mio avviso non corretto, prospettare che, davanti agli arbitri, siano applicabili le regole sull'istruttoria *in limine litis* di cui al processo ordinario, e ciò per plurime e concorrenti ragioni.

3. – In primo luogo, proprio gli stessi artt. 817 e 819-ter c.p.c. contengono, per l'ipotesi di giudizio arbitrale, una disciplina autonoma in relazione alla questione di competenza.

Sebbene nella giurisprudenza più recente si registrino decisioni che inquadrano nuovamente la questione del riparto dei poteri tra giudice e arbitro nell'ambito della competenza⁹, in sintonia con la convinzione che il lodo arbitrale abbia efficacia di sentenza, le questioni di competenza sono regolate in modo del tutto peculiare in caso di procedimento *apud arbitros* e sono soggette alla disciplina propria dettata dagli artt. 817 e 819-ter c.p.c., e non dalle norme che regolano la competenza del giudice statale.

In particolare, e per quanto qui rileva, la disciplina relativa al giudizio arbitrale riprende solo in parte quella ordinaria di cui all'art. 38 c.p.c., e soltanto con riferimento alle regole dettate dal primo comma di quest'ultimo articolo (laddove, disponendo che "l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta", l'art. 819-ter regola il tempo e il modo di proposizione dell'eccezione di incompetenza del giudice a favore dell'arbitro). La previsione è però applicabile all'arbitrato proprio perché espressamente ripresa dall'art. 819-ter c.p.c., e non certo perché al giudizio

⁹ Cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2020, n. 23418: "L'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. n. 25 del 1994 e dal d.lgs. n. 40 del 2006, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione; pertanto la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, integra una questione di giurisdizione che, ove venga in rilievo, il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale è tenuto ad esaminare e decidere anche d'ufficio".

privato si applichi in via diretta l'art. 38 c.p.c., che disciplina esclusivamente i profili procedurali della competenza del giudice dello Stato¹⁰.

Per il resto, la questione di competenza nei rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario è disciplinata dagli artt. 817 e 819-ter c.p.c. in modo del tutto peculiare, con l'espressa esclusione dell'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 44, 45, 48 e 295 c.p.c., che caratterizzano la materia della competenza in senso proprio, e con una regolamentazione autonoma dell'eccezione di incompetenza dell'arbitro a favore del giudice (che segue regole proprie dell'art. 817 c.p.c.¹¹) e la significativa sottrazione della pronuncia degli arbitri sulla loro competenza all'istituto del regolamento necessario di competenza.

4. – Né certo la circostanza che l'art. 38, comma 4, c.p.c. non rientri tra le disposizioni la cui applicazione è espressamente esclusa in caso di arbitrato significa che esso possa essere applicato davanti agli arbitri, e ciò in quanto la disciplina specifica degli artt. 817 e 819-ter c.p.c. non richiama tale previsione e non limita in alcun modo la facoltà degli arbitri di disporre mezzi istruttori anche al fine di decidere sulla loro competenza.

E, occorre sottolineare, è del tutto naturale che sia così, perché la ripartizione del potere decisorio tra arbitro e giudice non è tracciata da norme di legge che ripartiscano il potere stesso in base a criteri oggettivi e preordinati, come avviene nel caso della ripartizione della competenza tra giudici precostituiti, ma è affidata a una clausola di natura contrattuale, qual è la convenzione di arbitrato. Sia gli arbitri che il giudice, quando sono chiamati a valutare la rispettiva competenza in ragione di un patto compromissorio, devono quindi valutarne il contenuto e interpretarlo. La decisione sulla *potestas iudicandi* degli arbitri è dunque sempre una decisione di accertamento della validità, contenuto e ampiezza della convenzione di

¹⁰ Qualche diversa riflessione si potrebbe fare con riferimento al solo secondo comma dell'art. 38 c.p.c., laddove prevede l'adesione delle parti costituite all'indicazione di un diverso giudice, situazione quest'ultima che ben può verificarsi anche nei rapporti tra giudice e arbitro quando, a fronte dell'eccezione del convenuto, l'attore invece che contestarla aderisca all'indicazione circa la *potestas iudicandi* dell'arbitro. Sul tema si vedano gli interessanti rilievi di DE GIORGIS, *L'applicabilità dell'art. 38, comma 2, c.p.c. nei rapporti tra giudici statali e arbitri rituali*, in corso di pubblicazione sull'ultimo fascicolo di *Riv. arb.*, 2020.

¹¹ Che contiene, oltre alle previsioni già richiamate nel testo, anche quelle, tipiche dell'arbitrato, per cui "la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile", e "la parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo".

arbitrato – com'è reso evidente dal primo comma dell'art. 817 c.p.c.¹² –, e per questo ricorre a tutt'oggi la qualificazione dell'eccezione di incompetenza del giudice in ragione di una convenzione di arbitrato in termini di eccezione di merito, e non di rito¹³, dovendosi pur sempre valutare e interpretare, rispetto alla decisione al riguardo, un patto contrattuale.

5. – La conclusione è quella per cui la decisione che gli arbitri devono assumere in punto di competenza segue le regole procedurali proprie dell'arbitrato, e non quelle tipiche del giudizio ordinario.

Rileverà quindi il disposto dell'art. 816-*bis* c.p.c., secondo il quale la disciplina procedimentale rilevante è, in difetto di previsione pattizia (“le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato, o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento”), quella fissata dagli stessi arbitri: “in mancanza di tali norme gli arbitri hanno facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio [...] nel modo che ritengono più opportuno”.

Sarà da ritenersi applicabile anche l'ultimo comma dell'art. 816-*bis* c.p.c., ai sensi del quale “su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito”. Tale previsione va letta “nel senso che gli arbitri decidono con ordinanza revocabile su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, salvo che non ritengano che vi sono questioni pregiudiziali o preliminari” – e quindi anche la questione di competenza – “idonee a definire il giudizio che preferiscono decidere separatamente con lodo”; con la conseguenza che “la scelta degli arbitri di provvedere con lodo non definitivo andrà dunque riferita all'opzione tra decidere immediatamente la questione, pronunciando un lodo che sarà non definitivo solo in caso di rigetto della questione insorta, mentre sarà necessariamente definitivo in caso di suo accoglimento, oppure

¹² “Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”.

¹³ Cfr., da ultimo, Cass., 24 novembre 2020, n. 26696: “L'eccezione di compromesso sollevata innanzi al giudice ordinario, adito nonostante che la controversia sia stata deferita ad arbitri, pone una questione che attiene al merito” (ancorché nell'ambito della lettura per cui “i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici, e l'effetto della clausola compromissoria consiste proprio nella rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria”).

riservarne la decisione al prosieguito del procedimento con ordinanza che ne disponga la continuazione”¹⁴.

Va quindi ascritta agli arbitri, in forza del sistema normativo ricavabile dagli artt. 816-*bis*, 817 e 819-*ter* c.p.c., la piena autonomia nel determinare lo svolgimento del giudizio anche ai fini della soluzione della questione relativa alla loro competenza.

Abstract

**ARBITRATION PROCEEDINGS AND PRIMA FACIE DECISION ON
ARBITRAL JURISDICTION**

Lo scritto esamina il problema del rapporto tra la decisione sulla competenza allo stato degli atti, prevista nel processo ordinario di cognizione, e l'arbitrato. L'indagine evidenzia che gli arbitri non sono tenuti a una decisione *in limine litis* allo stato degli atti, ma al contrario sono liberi di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengano più opportuno anche ai fini della soluzione della questione di competenza.

The paper examines the power of the court to make a prima facie decision on his own jurisdiction, comparing it to arbitration. The Author underlines that the arbitral tribunal does not have to rule on his own jurisdiction at the beginning of the arbitral proceedings, having a high degree of flexibility on how to conduct arbitral proceedings also with regard to decide if the dispute is subject to arbitration.

¹⁴ E che ovviamente “sarà sempre revocabile, ben potendo l'organo arbitrale rivalutare anche la propria decisione in ordine alla decisione immediata della questione, oppure al suo differimento insieme con il lodo definitivo”: SALVANESCHI, *op. cit.*, 422 (ove anche il virgolettato nel testo).

CONSERVAZIONE DEI DOCUMENTI DI ACQUISTO DEI CESPITI AZIENDALI E CASSAZIONE TRIBUTARIA

MAURO VANTAGGIO

Ricercatore

nell'Università di Roma "Tor Vergata"

SOMMARIO: 1. – Termini d'accertamento tributario e conservazione dei documenti. 2. – I tecnicismi di dettaglio della Cassazione. 3. – L'ultrattività *ex art. 22, comma 2, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600*. 4. – La soluzione aziendalistica a portata di mano. 5. – Una valorizzazione dell'inventario *ex art. 2214 c.c.*

1. – Si ha notizia di una prossima pronuncia delle SS.UU. della Cassazione, su ordinanza di rinvio del 2020 ¹, in merito ai termini di conservazione dei documenti tributari. In realtà, a ben vedere l'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite riguarda il caso parzialmente diverso di una perdita su crediti riferibile ad un unico esercizio, anche se fiscalmente deducibile, per disciplina legislativa, in una pluralità di esercizi, per ragioni puramente e semplicemente di differimento della relativa perdita di gettito tributario. Tuttavia l'ordinanza di rimessione alle SS.UU., come pure le sentenze precedenti, si riferiscono alle fattispecie, molto più generali, dell'acquisto di cespiti con un'utilità pluriennale intrinseca. Si tratta quindi di un tema generalissimo, affrontato sia in diritto commerciale sia in diritto tributario²: per quanto tempo è necessario conservare la documentazione aziendale in generale (es. contratti, documenti bancari, eventuali collaudi) ed in particolare quella tributaria (fatture di acquisto, registro dei beni ammortizzabili) per i beni durevoli, ovvero sia con ciclo di vita poliennale? Il tema è ancora più generale nella documentazione dei rapporti giuridici aziendali, a tutti i possibili fini, in quanto si tratta di distinguere tra conservazione della documentazione di eventi destinati ad esaurirsi in un unico esercizio sociale, ed eventi produttivi di un valore patrimoniale, attivo o passivo, che si trasmette agli anni successivi.

Di fronte a questo tema, in campo tributario, è tanto frequente quanto semplicistico far riferimento al termine di decadenza dall'azione accertatrice,

¹ Cass., sez. trib., ord. 5 giugno 2020 n. 10701 in *Assonime.it*, GDI, 2020.

² Sulla "trasmissione" nel tempo dei valori fiscali dell'impresa si veda per tutti R. LUPI e F. CROVATO, *Il reddito d'impresa*, Milano, 2002, 239-241.

sia per i costi pluriennali³, sia per i componenti reddituali derivanti dall'acquisto di beni durevoli⁴.

Non si tratta di una tematica che riguardi solo gli *assets*: anche i debiti hanno dei titoli genetici. Un mutuo, ad esempio, finché dispiega effetti – dal punto di vista patrimoniale e/o reddituale e/o finanziario – sul bilancio, necessita che il relativo contratto ed il piano di ammortamento siano conservati ed esibiti ai soci, all'organo di controllo, all'Amministrazione finanziaria e così via. E potrebbe financo osservarsi che la problematica non attiene esclusivamente ai debiti a medio – lungo termine, bensì a tutti quelli a cavallo di più esercizi. Così potrebbe dirsi, ad esempio, per debiti commerciali verso fornitori, per i quali non sia stata invocata, o sia stata interrotta, la prescrizione.

2. – Come spesso accade, anche nell'ultima ordinanza della Cassazione il percorso argomentativo sembra centrato più sui precedenti (eventualmente contrastanti)⁵ che sull'individuazione del problema

³ G. FRANSONI, *Termini di decadenza dal potere di accertamento e componenti reddituali pluriennali*, commento alla cit. Cass., sez. trib. ord. 5 giugno 2020, n. 10701, in *Franconi.it*, 2020, 3, il quale sostiene che non bisogna confondere “la ‘definitività’ derivante dalla mancata rettifica nei termini con la ‘preclusività’ che è propria, ad esempio, delle risposte agli interpelli (anche relativa mente ai periodi d’imposta futuri)”.

⁴ G. FRANSONI, *cit.*, 1. L'Autore., annotando un'ordinanza della Cassazione, correttamente commenta come la posizione della giurisprudenza sia “oscillante fra il sistema della massima tutela dell'interesse fiscale e quello opposto della tutela del contribuente”, trascurando il problema della corretta determinazione dei presupposti economici d'imposta, che prescinde sia dall'interesse del fisco sia da quello del contribuente, visti ancora una volta come due privati in lite in cui il giudice decide a chi dare ragione.

⁵ Emblematico, nell'ordinanza di rimessione n. 10701 del 2020, il riferimento alla regola processuale dell'efficacia espansiva del giudicato esterno di cui in Cass., sez. trib., 11 marzo 2015 n. 4832 in *Foro it.*, 2015, I, c. 1196, e 15 settembre 2017, n. 21395, *id.*, Rep. 2017, voce Tributi in genere, n. 1263; esse menzionano entrambe, come esempi di fatti che hanno efficacia permanente o pluriennale, la “spalmatura” in più anni dell'ammortamento di un bene o, in generale, della deducibilità di una spesa. L'ordinanza di rimessione considera scarsamente convincente il rinvio alla citata regola processuale. “Anzitutto, perché tale regola risponde a un'esigenza – quella di evitare accertamenti dei fatti con “efficacia permanente o pluriennale” contrastanti per i vari periodi d'imposta per i quali essi producono effetto – che non è direttamente soddisfatta dalla disciplina della decadenza di Cass. n. 9993 del 2018 e n. 2899 del 2019, atteso che questa non impedisce, di per sé, accertamenti diversi per i vari periodi d'imposta, mediante avvisi notificati entro il termine individuato. In secondo luogo – e soprattutto – perché il riferimento alla regola dell'efficacia espansiva del giudicato esterno pare non considerare appieno la diversità tra il passaggio in giudicato di una sentenza e la mancata rettifica nei termini di una

sostanziale da inquadrare e poi da risolvere. La Corte esamina le precedenti pronunce, facendo meritoriamente riferimento, qua e là, anche alla dottrina, ma si limita in ultima analisi ad effettuare una ricognizione di argomenti testuali, in genere relativi a fattispecie solo apparentemente affini. Anziché andare alla sostanza della questione, anche l'ordinanza di rinvio ripercorre i riferimenti esegetici, spesso fuori luogo, con cui il problema era stato affrontato in precedenti sentenze. La preoccupazione di coerenza istituzionale della Corte le impedisce di rilevare le logiche sottostanti al *thema decidendum*, ovvero la definizione del lasso temporale di conservazione della documentazione dei componenti reddituali pluriennali.

Solo per inciso, la causa nasceva da un accertamento dell'Agenzia, contro cui il contribuente aveva eccepito l'omessa contestazione della deduzione di un costo (fiscalmente poliennale) nell'anno di genesi dello stesso, nonché l'intervenuta decadenza dall'azione accertatrice per il medesimo anno.

Qui non è in gioco il classico dilemma dell'accertamento e del contenzioso tributario. Da un lato, i contribuenti ed i loro consulenti e difensori invocano il termine decadenziale *ex art. 43, d.p.r. 29 settembre 1973 n. 600*, allorché l'ufficio, contestando violazioni per un certo anno, fa riferimento ad operazioni – e relativi documenti – prodottisi in un'annualità precedente, per la quale è magari spirato il termine decadenziale del citato art. 43. In tali evenienze, viene sovente invocato un "aggiramento sostanziale" del termine *de quo*, ad es. perché l'ufficio non ha né contestato, né controllato, una certa operazione aziendale nell'anno in cui si è generata⁶.

dichiarazione tributaria (nella specie, quella nella quale il componente di reddito è stato indicato per la prima volta). Tale diversità sembrerebbe in effetti comprovata dalle considerazioni da un lato, che il giudicato è il risultato di un accertamento compiuto dal giudice nel processo mentre la decadenza dalla potestà impositiva consegue a un'inerzia dell'amministrazione finanziaria (che nulla accerta) che comporta solo la preclusione di fare valere ulteriori pretese tributarie per il periodo d'imposta per il quale si è verificata; dall'altro lato, che la dichiarazione tributaria è un atto che contiene una rappresentazione unilaterale del contribuente (perdi più, di meri elementi numerici), con la conseguenza che gli effetti che ne scaturiscono non parrebbero poter esser quelli di un accertamento vincolante, tanto meno per periodi d'imposta ulteriori". Sull'irrelevanza di tale argomento G. Frasoni, cit., 1.

⁶ Sulla giurisprudenza che propende per il "soccorso" degli interessi del contribuente, si vedano Cass., sez. trib., sent. 24 aprile 2018 n. 9993, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1018, e Cass., sez. trib., sent. 31 gennaio 2019, n. 2899, in relazione a casi di deduzione di quote di ammortamento del costo. Entrambe si muovono sulla linea della contestazione in senso assoluto di un costo pluriennale da parte del Fisco, solo se quest'ultimo ha rettificato la dichiarazione del periodo in cui lo stesso costo è stato originariamente sostenuto. Incisivo il commento di R. SCHIAVOLIN, *Termini di decadenza per l'accertamento relativo a costi pluriennali: una sentenza opinabilmente garantista*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, II, 280 ss.

A puntello di tale orientamento sovengono vari argomenti, fra i quali quello dell'autonomia dei singoli periodi d'imposta e quello dell'esigenza che contribuente non sia esposto in modo temporalmente imprevedibile e indefinito all'azione accertatrice⁷.

Come giustamente osservato in dottrina⁸, la Giurisprudenza tributaria della Cassazione esprime un *continuum* (non pienamente condivisibile) nel ritenere che, per i componenti negativi di reddito pluriennali, la nascita e l'esercizio concreto del diritto alla deduzione sarebbero distinti: il primo, collocandosi nell'anno in cui l'operazione (es.: acquisto di un bene) si è generata, e il secondo frazionatamente svolgendosi in una serie di periodi d'imposta. Una volta nato, il "diritto" non potrebbe che progressivamente fluire nel suo esercizio annuale, restando precluso all'Agenzia, per le annualità successive, un controllo ed un sindacato sul "fatto" originario. Nella causa oggetto del rinvio alle SS.UU., la Commissione tributaria regionale ha ad es. ritenuto che "il componente negativo di reddito a efficacia pluriennale non possa più essere contestato dall'amministrazione finanziaria, per ragioni diverse dalla mera erronea determinazione della quota, quando sia divenuta definitiva, per l'inutile decorso del relativo

⁷ Su quest'ultimo punto, praticamente tutta la giurisprudenza recente e tutti gli interpreti citano la sentenza additiva di principio della Corte Costituzionale 15 luglio 2005, n. 280, in *Foro it.*, 2005, I, 2629.

L'ordinanza di rimessione n. 10701 afferma che tale pronuncia del Giudice delle leggi "ha avuto a oggetto la specifica disciplina della notificazione della cartella di pagamento recante il ruolo formato a seguito della liquidazione delle imposte dovute in base alle dichiarazioni effettuata ai sensi dell'art. 36-bis del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, nella parte in cui, *ratione temporis*, non prevedeva alcun termine di decadenza (con la conseguenza che il contribuente restava esposto alla pretesa del fisco quanto meno fino alla prescrizione del credito tributario). La norma (di cui all'art. 25 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602) fu dichiarata incostituzionale "non essendo consentito, dall'art. 24 Cost., lasciare il contribuente assoggettato all'azione esecutiva del fisco per un tempo indeterminato e comunque, se corrispondente a quello ordinario di prescrizione, certamente eccessivo e irragionevole", tenuto conto – quanto a quest'ultimo aspetto – che, per la ben più complessa attività di accertamento "sostanziale", l'art. 43, primo comma, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, imponeva la notificazione del relativo avviso entro il termine di decadenza del 31 dicembre del quarto anno successivo a quello di presentazione della dichiarazione e che, con l'art. 1 del d.l. 31 maggio 1994, n. 330, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 1994, n. 473, era stato previsto l'obbligo del contribuente di conservare la documentazione sulla base della quale ha redatto la dichiarazione solo entro il medesimo limite temporale".

Commenti e note alla sentenza n. 280 trovano fra l'altro in: *Corriere trib.*, 2005, 2613, con nota di C. GLENDI; *Rass. trib.*, 2005, 1659, con nota di A. CARINCI; *Dir. prat. trib.*, 2005, II, 1111, con nota di A. GASTALDO e N. RAGGI; *Dir. e giustizia*, 2005, fasc. 33, 33, con nota di A. IANNACONE; *Riv. dir. trib.*, 2005, II, 597, con nota di L. CARPENTIERI.

⁸ G. FRANSONI, *op. cit.*, 2.

termine di decadenza per l'avviso di accertamento, la dichiarazione dei redditi nella quale lo stesso componente è stato indicato la prima volta"⁹.

A noi sembra che le sacrosante ragioni di tutela del contribuente non possano passare attraverso un'impostazione che, a ben vedere, diviene formalistica. Non c'è bisogno di tornare agli *albori* del diritto tributario e alle origini della teoria dichiarativa e costitutiva, per comprendere quanto oggi è chiaro a tutti: la decadenza dal potere di accertamento non comporta che tutti i fatti venuti in gioco nelle annualità precedenti siano, per ciò stesso, definitivamente accertati e intoccabili. Ovviamente, altra e diversa situazione si ha nel caso in cui, ad esempio, gli stessi fatti abbiano formato oggetto di accertamento con adesione o sentenza passata in giudicato.

3. – L'altro corno del dilemma riguarda¹⁰ l'applicazione, più spesso invocata dall'Amministrazione finanziaria, dell'art. 2220 c.c., che prescrive la conservazione di scritture (oltreché fatture e corrispondenza) per dieci anni dalla data dell'ultima registrazione. E, inoltre, dell'art. 22, comma 2, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600¹¹, secondo cui per le scritture contabili (ma

⁹ Per completezza, ma in senso diverso da quello dell'intervenuta decadenza dal potere di accertamento, Cass, sez. trib., sent. 21 maggio 2008 n. 12880 in *Foro it.*, Rep. 2008, voce cit., n. 1135 (ma si veda anche Cass, sez. trib., sent. 23 giugno 2010 n. 15178 in *Foro it.*, Rep. 2011, voce Tributi in genere, n. 1319) ha affermato che "non si vede per quale motivo si debba negare la facoltà dell'Ufficio di emettere un avviso di accertamento anche quando non ne derivi un'immediata maggiore pretesa impositiva, ma si debbano comunque contestare i criteri adottati nella redazione del bilancio ed i loro riflessi sulle obbligazioni fiscali negli esercizi futuri. L'avviso di accertamento può infatti assolvere non solo alla funzione di recuperare un tributo non pagato nell'esercizio, ma anche a quella di regolarizzare ogni altro aspetto del comportamento tributario della parte nel periodo e di assicurare il corretto svolgimento del rapporto fiscale nel futuro".

¹⁰ Con riferimento alla possibilità che l'accertamento fiscale metta in discussione operazioni risultanti da scritture contabili per le quali l'obbligo di conservazione è nel frattempo spirato, v. Cass. 13 maggio 2016 n. 9834, anche in *Rass. trib.*, 2017, 499, nota di G. ZIZZO, per la quale l'art. 22, comma 2, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, nella parte in cui prevede che le scritture contabili obbligatorie devono essere conservate fino a quando non siano definiti gli accertamenti relativi ai corrispondenti periodi di imposta, anche oltre il termine stabilito dall'art. 2220 c.c. o da altre leggi tributarie, deve essere interpretato (anche in ossequio a quanto previsto dall'art. 8, comma 5, l. n. 212 del 2000) nel senso che l'ultrattività dell'obbligo di conservazione, ovvero la sua estensione oltre il termine decennale dell'art. 2220 c.c., si imponga non in via generale — di modo che se ne possa affermare l'inosservanza anche quando il termine decennale sia spirato prima che l'accertamento abbia avuto luogo — ma solo se questo, che sia iniziato prima del decimo anno, non sia stato ancora definito.

¹¹ "Le scritture contabili obbligatorie ai sensi del presente decreto, di altre leggi tributarie, del codice civile o di leggi speciali devono essere conservate fino a quando non siano definiti gli accertamenti relativi al corrispondente periodo di imposta,

non per le sottostanti fatture o ricevute) vige un'ultrattività nel caso in cui l'azione accertatrice sia iniziata prima del decorso del decennio e lo specifico periodo d'imposta non risulti "definito"¹².

L'acquisto di un bene durevole non è, per così dire, un "evento puntuale", come sopra rilevato, che si esaurisce nell'anno, come un fitto passivo, un consumo di energia, uno stipendio di un dipendente, un ricavo di vendita. Il bene durevole è un elemento del patrimonio aziendale, che ai fini civilistici e delle imposte reddituali e dell'Irap non esaurisce i suoi effetti nel periodo d'imposta nel quale si è verificato. Il bene durevole (gli aziendalisti dicono *a fecondità ripetuta*) permane, dispiega i suoi effetti sull'attività e sui componenti positivi degli anni successivi. Quindi, anche i valori patrimoniali che ne derivano devono essere supportati per un arco temporale che si protrae per quanto il bene resta presso l'impresa. Superato cioè il termine decennale, l'obbligo di conservazione della documentazione rimane non indefinitamente, bensì fino a quando gli effetti economici e patrimoniali del cespite si protraggono nel bilancio. La determinazione dell'imposta dovuta per una certa annualità non è, come alcuni – specialmente al di fuori del settore tributario – immaginano, un fatto

anche oltre il termine stabilito dall'art. 2220 del codice civile o da altre leggi tributarie".

¹² Si può segnalare, citata nella stessa ordinanza di rimessione alle SS.UU., la Cass. 13 maggio 2016, n. 9834, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce cit., n. 1174, che, in relazione ad un caso di deduzione di quote di ammortamento ultradecennali, contestata dall'amministrazione finanziaria perché il contribuente non aveva prodotto le fatture di acquisto dei beni strumentali ammortizzati, ha stabilito che l'art. 22, secondo comma, primo periodo, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, "deve essere interpretato (...) nel senso che l'ultrattività dell'obbligo di conservazione ovvero la sua estensione oltre il termine decennale dell'art. 2220 c.c. – ed ora pure del citato art. 8, comma 5 (della l. 27 luglio 2002, n. 212) – si impone non già in via generale – di modo che se ne possa affermare l'inosservanza anche quando, come qui, il termine decennale sia spirato prima che l'accertamento abbia avuto luogo – ma solo se l'accertamento che sia iniziato prima del decimo anno non sia stato ancora definito, diversamente derivandone, se non un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice della norma, un'applicazione di essa influenzata da un forte indice di discrezionalità, nel senso che, potendo l'amministrazione procedere all'accertamento nei termini dell'art. 43 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, l'obbligo di conservazione, scaduto il periodo decennale, si protrarrebbe sino alla scadenza dei termini anzidetti per una durata che dipende esclusivamente dalla volontà dell'ufficio, rispetto alla quale il contribuente non avrebbe altra difesa che conservare le scritture *sine die*". Con tale pronuncia, la Corte ha sostanzialmente ritenuto non che l'amministrazione finanziaria fosse decaduta dal potere di accertamento, ma solo che, essendo ormai cessato l'obbligo del contribuente di conservare le fatture di acquisto dei beni, l'onere di provare il diritto alla deduzione del costo poteva essere da lui assolto – come ritenuto dalla sentenza della Commissione tributaria regionale ivi impugnata – mediante le annotazioni contenute nelle scritture contabili.

meccanico, ma deriva dalla complessiva considerazione di tutti gli elementi sottostanti, spesso provenienti da esercizi anche molto anteriori ¹³.

4. – Se il principio è facilmente comprensibile, sull'ampiezza del periodo si discute, poiché sono in gioco valori importanti, come l'affidamento, la stabilità degli effetti giuridici, da un lato e il controllo aziendale interno nonché la corretta determinazione dei presupposti d'imposta (principi di capacità contributiva e di equo riparto), dall'altro.

Si vede che nell'ordinanza di rimessione alle SS.UU. l'esistenza del problema è chiaramente percepita. Non altrettanto può dirsi per il *percorso di devoluzione* alle Sezioni Unite.

Dopo la ricognizione dei precedenti, sarebbe stato possibile e auspicabile affermare un principio semplice: tutti i valori patrimoniali, finché sussistono in bilancio o sullo stesso riverberano i propri effetti, devono "portarsi dietro" i loro documenti giustificativi. L'evento da documentare, nell'anno dell'acquisto, si è infatti verificato esclusivamente sul piano patrimoniale, ma non ancora su quello economico. Sotto questo profilo l'evento è infatti rinviato all'anno in cui l'elemento patrimoniale si trasforma in elemento reddituale. Questo rinvio dell'elemento reddituale si verifica solo per eventi di una certa rilevanza, ma non per le merci e le materie prime, continuativamente acquistate, trasformate e rivendute. Esse infatti, venendo rilevate con il metodo c.d. "a costi ricavi e rimanenze" esauriscono le proprie vicende nell'anno dell'acquisto, rispetto al quale si isolano come autonome componenti negative di reddito.

5. – Nella prospettiva indicata al paragrafo precedente, si potrebbe rivalutare la funzione, storicamente significativa ma assai negletta nella prassi e nella giurisprudenza recente, del "libro degli inventari" di cui agli artt. 2214, comma 1, e 2217 c.c., che "deve contenere l'indicazione e la valutazione delle attività e delle passività relative all'impresa". La disposizione, di per sé generica, non prevede affatto che l'inventario annuale sia un duplicato della situazione patrimoniale facente parte (per le società) del bilancio, ma richiede un dettaglio, di cui in campo fiscale l'art. 15 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, esprime il contenuto minimo accettabile¹⁴.

¹³ I quali, rientrando nel presupposto dell'imposta, ne definiscono in modo articolato e complesso la base imponibile.

¹⁴ Art. 15, comma 2, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600: "L'inventario, oltre agli elementi prescritti dal codice civile o da leggi speciali, deve indicare la consistenza dei beni raggruppati in categorie omogenee per natura e valore e il valore attribuito a ciascun gruppo. Ove dall'inventario non si rilevino gli elementi che costituiscono ciascun gruppo e la loro ubicazione, devono essere tenute a disposizione dell'ufficio delle imposte le distinte che sono servite per la compilazione dell'inventario".

Neppure questa valorizzazione dell'inventario è però idonea a trasformare gli accertamenti tributari, riguardanti l'imposta dovuta e quindi il reddito di periodo o la perdita riportabile, in una specie di *audit* dei valori attivi e passivi del patrimonio. Tra l'altro neppure sono previsti normativamente, né conosciuti nella prassi, accertamenti "a futura memoria", cioè relativi al disconoscimento di valori fiscalmente riconosciuti¹⁵. Non sappiamo come decideranno le Sezioni Unite della Cassazione, ma la vicenda conferma i forti dubbi manifestati in dottrina sull'idoneità dell'organo di vertice della giurisdizione ordinaria a svolgere una funzione nomofilattica in un settore strutturalmente amministrativo come quello tributario¹⁶.

Abstract

PRESERVATION OF THE PURCHASE DOCUMENTS OF COMPANY ASSETS AND JURISPRUDENCE OF THE COURT OF CASSATION

L'articolo trae spunto da una serie di sentenze della Cassazione tributaria, culminate con una recente ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite, sui termini d'accertamento collegati ad elementi attivi o passivi del patrimonio aziendale. Nell'ordinanza di rinvio la Corte effettua una ricognizione delle criticità emerse nelle precedenti pronunce in relazione al potere di accertamento in presenza di costi pluriennali; essa, però, sottovaluta che il tema su cui decidere è il termine di conservazione delle scritture e dei documenti relativi ad operazioni effettuate in esercizi precedenti, per le quali tuttavia permangano effetti sul patrimonio dell'impresa.

The article is inspired by a series of judgments of the Court of Cassation, tax section, culminating in a recent order referring to the United Sections, on the terms of the tax assessment relating to active or passive elements of the company assets. In the order for reference, the Court makes use of a re-examination of the criticalities that emerged in previous judgments regarding the power of assessment in the presence of multi-year costs; however, it underestimates that the issue on which to decide is the term of conservation of the records and documents relating to transactions carried out in previous years, for which, however, effects on the company's assets remain.

¹⁵ Ancorché vi siano, sul punto, perfino pronunce dubitative, vedasi quanto in prec. nota sulla sent. 21 maggio 2008 n. 12880.

¹⁶ In questo senso da ultimo R. LUPI, in ANNECCHINO LUPI, *L'avvocato nella professione tributaria*, allegato a *Foro it.*, 2020, par. 5.1.10 ss.

Corte di Cassazione, Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19596

Pres. Travaglini – Rel. Cirillo

Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.

(Omissis) Ritengono queste Sezioni Unite che l'orientamento inaugurato dalla più volte citata sentenza n. 24629 del 2015 non possa essere confermato e che il contrasto esistente nella giurisprudenza vada composto stabilendo che l'onere di attivare il procedimento di mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è a carico del creditore opposto. Militano in questo senso argomenti di carattere testuale, logico e sistematico e tale interpretazione deve ritenersi l'unica costituzionalmente orientata. 5.1. Il punto di partenza non può che essere il dato normativo. A questo proposito, il Collegio rileva innanzitutto come le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010 non siano neutre ai fini che qui interessano. Vi sono, infatti, alcuni articoli che, pur non affrontando direttamente il problema in esame, non potrebbero armonizzarsi con la tesi che pone l'onere di promuovere la procedura di mediazione a carico della parte opponente. La prima norma è quella dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. cit. il quale, nel regolare l'accesso alla mediazione, stabilisce come debba essere proposta la relativa domanda e specificamente dispone, al comma 2, che "l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa". È una caratteristica tipica del nostro sistema processuale il fatto che sia l'attore, cioè colui il quale assume l'iniziativa processuale, a dover chiarire, tra le altre cose, l'oggetto e le ragioni della pretesa. Appare almeno curioso, quindi, ipotizzare che l'opponente, cioè il debitore – ossia chi si è limitato a reagire all'iniziativa del creditore – sia costretto ad indicare l'oggetto e le ragioni di una pretesa che non è la sua. La seconda disposizione è contenuta nell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, il quale dispone, tra l'altro, che chi "intende esercitare in giudizio un'azione" relativa a una controversia nelle materie ivi indicate "è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto". Anche qui si deve confermare quanto si è detto a proposito dell'art. 4, comma 2; l'obbligo di esperire il procedimento di mediazione è posto dalla legge a carico di chi intende esercitare in giudizio un'azione, e non c'è alcun dubbio che tale posizione sia quella dell'attore, che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è il creditore opposto (c.d. attore in senso sostanziale). Non a caso, infatti, l'art. 643, terzo comma, cod. proc. civ. stabilisce che la notificazione del decreto ingiuntivo determina la pendenza della lite. Sul punto non è il caso di

dilungarsi, perché la giurisprudenza di questa Corte, con l'avallo dell'unanime dottrina, è pacifica in questo senso. La terza disposizione significativa è quella dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28 del 2010, il quale dispone che "dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale". È agevole collegare questa previsione con gli artt. 2943 e 2945 cod. civ., i quali regolano gli effetti della domanda giudiziale sull'interruzione della prescrizione e l'ultrattività dell'effetto interruttivo in caso di estinzione del processo (art. 2945, terzo comma, cit.). L'art. 5, comma 6, anzi, prevede pure un effetto impeditivo della decadenza "per una sola volta". Va da sé che non appare logico che un effetto favorevole all'attore come l'interruzione della prescrizione si determini grazie ad un'iniziativa assunta dal debitore, posto che l'opponente nella fase di opposizione al monitorio è, appunto, il debitore (convenuto in senso sostanziale). È possibile, dunque, trarre una prima conclusione di carattere testuale e cioè che le tre norme ora richiamate sono univoche nel senso che l'onere di attivarsi per promuovere la mediazione debba essere posto a carico del creditore, che è appunto l'opposto. 5.2. A questi argomenti letterali si affiancano ragioni di ordine logico e sistematico. Un primo argomento è stato già anticipato nelle precedenti riflessioni. Come si è detto, infatti, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo è l'opposto ad avere la qualità di creditore in senso sostanziale. La legge ha voluto che nel giudizio monitorio l'onere di attivazione della procedura di mediazione obbligatoria fosse collocato in un momento successivo alla decisione delle istanze sulla provvisoria esecuzione; a quel punto, non solo è certa la pendenza del giudizio di opposizione, ma può anche dirsi che la causa si è incanalata lungo un percorso ordinario. Instaurata l'opposizione e sciolto il nodo della provvisoria esecuzione, non ha più rilievo che il contraddittorio sia differito; e dunque appare più conforme al sistema, letto nella sua globalità, che le parti riprendano ciascuna la propria posizione, per cui sarà il creditore a dover assumere l'iniziativa di promuovere la mediazione. La contraria soluzione è dissonante rispetto alla ricostruzione sistematica del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo; giudizio che – sia detto per inciso – è stato ormai da tempo definito da questa Corte, con l'avallo di autorevole dottrina, come suddiviso in due fasi, la prima a cognizione sommaria e la seconda a cognizione piena. L'opposizione a decreto ingiuntivo non è l'impugnazione del decreto, ma "ha natura di giudizio di cognizione piena che devolve al giudice dell'opposizione il completo esame del rapporto giuridico controverso, e non il semplice controllo della legittimità della pronuncia del decreto d'ingiunzione" (così la sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, di queste Sezioni Unite). Tanto che il giudice può anche revocare il decreto e condannare l'opponente al pagamento di una somma minore. Un secondo argomento sistematico si deduce confrontando le diverse conseguenze derivanti dall'inerzia delle parti a seconda che si propenda per l'una o per l'altra soluzione. Se, infatti, si pone l'onere in questione a carico dell'opponente e questi rimane inerte, la conseguenza è che alla pronuncia di improcedibilità del giudizio di opposizione farà seguito l'irrevocabilità del decreto

ingiuntivo; se l'onere, invece, è a carico dell'opposto, la sua inerzia comporterà l'improcedibilità e la conseguente revoca del decreto ingiuntivo; il quale ben potrà essere riproposto, senza quell'effetto preclusivo che consegue alla irrevocabilità del decreto. Nella prima ipotesi, quindi, definitività del risultato; nella seconda, mero onere di riproposizione per il creditore, il quale non perde nulla. I Tribunali italiani hanno discusso ampiamente su questo punto, che ha diviso anche la dottrina. Uno degli argomenti che sono stati portati in adesione alla sentenza n. 24629 del 2015, infatti, è che il decreto ingiuntivo, per sua stessa attitudine, è un provvedimento idoneo a passare in giudicato; ciò risulta sia dall'art. 647 cod. proc. civ. – in base al quale il decreto diventa esecutivo in caso di mancata opposizione – sia dall'art. 653 cod. proc. civ., il quale ricollega un identico effetto all'estinzione del processo di opposizione al decreto stesso. Tale argomento, indubbiamente suggestivo, risulta però recessivo in considerazione della diversità delle situazioni. Come correttamente ha rilevato il Procuratore generale nella requisitoria scritta, "non vi è possibilità di assimilazione tra l'inerzia 'sanzionata' con l'esecutività del decreto a norma dell'art. 647 cit., perché un processo non è stato neppure instaurato o, se lo è stato, si è estinto de iure per mancata costituzione, e la attivazione del giudizio seguita da tempestiva costituzione, espressione, all'opposto, della volontà di difendersi". In altri termini, poiché l'opponente si è attivato promuovendo il giudizio di opposizione – che è, in concreto, l'unico rimedio processuale che la legge gli riconosce in presenza di un provvedimento monitorio – ricollegare alla sua inerzia nel promuovere il procedimento di mediazione un effetto identico appare un'evidente forzatura, stante la non confrontabilità delle due situazioni. 5.3. Si giunge, così, ai rilievi di natura costituzionale. Com'è noto, la Corte costituzionale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla legittimità della c.d. giurisdizione condizionata ed ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di numerose disposizioni che prevedevano, appunto, simili forme di giurisdizione. (*omissis*) La giurisprudenza costituzionale, quindi, fornisce un ulteriore e decisivo argomento nel senso che si è delineato. Dovendo scegliere tra due contrapposte interpretazioni, le Sezioni Unite non possono che preferire quella che appare in maggiore armonia con il dettato costituzionale; porre l'onere di promuovere il procedimento di mediazione a carico dell'opponente si traduce, in caso di sua inerzia, nella irrevocabilità del decreto ingiuntivo come conseguenza del mancato esperimento di un procedimento che non è giurisdizionale. È indubbio, come la sentenza n. 24629 del 2015 ha ricordato, che la procedura di mediazione ha una finalità deflattiva, in armonia col principio costituzionale della ragionevole durata del processo; ma è altrettanto evidente che – come ha ancora rilevato il Procuratore generale – nel conflitto tra il principio di efficienza (e ragionevole durata) e la garanzia del diritto di difesa, quest'ultimo deve necessariamente prevalere. Le ragioni poste a sostegno della tesi qui recepita dimostrano come sia priva di fondamento la costruzione, in precedenza ricordata, che vorrebbe porre l'onere della procedura di mediazione a carico ora dell'opponente ora dell'opposto, a seconda che sia stata o meno concessa la provvisoria esecuzione.

Simile interpretazione, oltre a prestare il fianco ad evidenti ambiguità, è in contrasto con l'esigenza di dare al sistema una lettura il più possibile chiara ed univoca, che sia in grado di dissipare i dubbi degli interpreti e degli operatori del diritto. Rilevano le Sezioni Unite, infine, che l'approdo ermeneutico odierno è pienamente in armonia con le conclusioni raggiunte dal medesimo Collegio nelle recenti sentenze 28 aprile 2020, n. 8240 e n. 8241, le quali hanno esaminato problemi diversi, ma tuttavia relativi a questioni *lato sensu* assimilabili a quella odierna, relative al tentativo obbligatorio di conciliazione nell'ambito dei servizi di telefonia nel contesto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo. 5.4. Deve essere enunciato, pertanto, il seguente principio di diritto: "Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs. n. 28 del 2010, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato comma 1-bis conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo".

UNA CONDIVISIBILE PRESA DI POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE SULL'ONERE DI ATTIVARE LA MEDIAZIONE NEI GIUDIZI DI OPPOSIZIONE A DECRETO INGIUNTIVO

RITA MARUFFI

*Professore aggregato
nell'Università di Milano-Bicocca*

1. – Con una pronuncia¹ attesa da tempo e, come vedremo, condivisibile nel suo contenuto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute, a seguito della rimessione degli atti ad opera della terza sezione², sul discusso problema dell'individuazione della parte cui spetti la proposizione dell'istanza di mediazione obbligatoria, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo.

¹ Sulla pronuncia delle Sezioni Unite n. 19596 del 18 settembre 2020, v. i commenti di G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e procedimento di ingiunzione: l'intervento delle sezioni unite*, in *Quest. Giust.*, 2020; D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Foro it.*, 2020, I, 3434; M. CAPUTO, *Onere della mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Ilprocessocivile.it*, 2 novembre 2020. Fa espressamente applicazione di questo principio, citando la pronuncia delle Sezioni Unite, App. Salerno, 2 novembre 2020, n. 1140, in *DeJure*.

² Cass., 12 luglio 2019, n. 18741, su cui v. il commento di C. CONSOLO, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo equo processo, garanzia di difesa versus ovvia breve durata del processo negato*, in *Corr. giur.*, 2019, 1279 ss.

Per comprendere in che termini si ponga la questione, occorre ricordare, anzitutto, che il d.lgs. 28 del 2010 consente di accedere alla tutela monitoria, con esclusione dell'obbligo di attivare la mediazione in via preliminare. Pertanto è possibile ottenere immediatamente un decreto ingiuntivo anche se la pretesa azionata è riconducibile a una delle materie indicate dall'art. 5 del d.lgs. 28 del 2010.

A seguito della proposizione del giudizio di opposizione *ex art. 645 c.p.c.*, la mediazione, tuttavia, deve essere attivata, ma solo dopo che il giudice si sia pronunciato sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione, come risulta dal comma 4 dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010. L'obbligo di utilizzare il procedimento stragiudiziale, escluso dunque nella fase di accesso alla tutela monitoria, torna attuale in quella, eventuale, a cognizione piena, nata dall'iniziativa del debitore ingiunto.

Questa disciplina suscita non poche perplessità, anzitutto sul piano della politica legislativa. Non convince, in particolare, l'idea di un ricorso alla mediazione successivo all'accesso alla tutela monitoria, posto che, dopo l'emissione di un provvedimento giudiziale come il decreto, diminuiscono sensibilmente le possibilità che le parti raggiungano un accordo amichevole. Nella maggior parte dei casi, in effetti, la mediazione attivata nella fase di opposizione si rivela inidonea allo scopo, come risulta dalla prassi applicativa.

Proprio sulla base di questa consapevolezza, evidentemente, il legislatore, quando ha introdotto la negoziazione assistita, ha preferito adottare la soluzione opposta: l'art. 3 del d.lgs. n. 132 del 2014 stabilisce espressamente che l'invito alla negoziazione assistita (nei casi in cui è obbligatoria) è escluso per i procedimenti di ingiunzione "inclusa l'opposizione".

Ma questo intervento non ha indotto il legislatore a modificare la disciplina della mediazione, che è rimasta invariata, suscitando anche un dubbio di legittimità costituzionale, respinto tuttavia, dalla Corte investita dalla questione, sulla base di un'asserita difformità fra i due istituti³.

³ Corte Cost. 18 aprile 2019, n. 97. La Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 4, lett. a), d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, censurato, in riferimento all'art. 3 Cost., osservando che nonostante gli istituti presentino dei profili di omogeneità "è tuttavia ravvisabile nella mediazione un fondamentale elemento specializzante, che assume rilievo al fine di escludere che si sia al cospetto di situazioni sostanzialmente identiche disciplinate in modo ingiustificatamente diverso, ovvero che la scelta legislativa di trattare diversamente, con riguardo al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, le due fattispecie possa ritenersi manifestamente irragionevole e arbitraria" e prosegue osservando che "Più precisamente, il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto da un soggetto, il mediatore, terzo e imparziale, là dove la stessa neutralità non è

Non resta quindi che prendere atto di questo abbinamento fra tutela monitoria e mediazione, non proprio felice nemmeno sul piano della sua regolamentazione. Come già rilevato, in base all'art. 5 comma 4 del d.lgs. n. 28 del 2010, l'esclusione dell'obbligo di mediazione permane fino a che il giudice non si sia pronunciato *ex art.* 648-649 c.p.c.

Non è chiaro, però, se debba essere, a quel punto, il debitore opponente a esperire il procedimento di mediazione, o se viceversa sia il creditore opposto a doversi attivare. Si tratta di un problema – di estrema rilevanza pratica, vista la notevole diffusione del procedimento monitorio – su cui la Cassazione si era già pronunciata in passato: la sentenza n. 24629 del 3 dicembre 2015⁴ aveva posto in capo all'opponente l'onere di attivarsi, al contrario di quanto stabilito nella decisione in commento, secondo cui, come vedremo, invece, è il creditore che ha ottenuto il decreto che deve formulare l'istanza di mediazione.

La soluzione accolta nel 2015, e successivamente ribadita in un provvedimento del 2019⁵, si fondava principalmente sull'idea che la parte su cui avrebbe dovuto gravare l'onere della mediazione obbligatoria avrebbe dovuto coincidere con quella che aveva interesse a introdurre il giudizio di merito – e quindi con l'opponente. A sostegno di questa conclusione si invocava una lettura costituzionalmente orientata della norma, in riferimento, in particolare, alla necessità di garantire l'attuazione del principio della ragionevole durata del processo. Si sosteneva, in sostanza, che fosse il debitore a doversi attivare perché con l'opposizione egli avrebbe optato per la via più dispendiosa dal punto di vista dell'economia processuale. Il creditore, al contrario, facendo ricorso al rito speciale, avrebbe scelto “la linea deflattiva coerente con la logica dell'efficienza processuale”.

ravvisabile nella figura dell'avvocato che assiste le parti nella procedura di negoziazione assistita”.

⁴ Su Cass. 3 dicembre 2015, n. 24629 v., fra gli altri, i commenti di G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, *Riv. dir. proc.*, 2016, 1284 ss.; D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*, in *Foro it.*, 2016, I, 1325; G. TRISORIO LIUZZI, *Sull'onere di promuovere la mediazione dopo l'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 111 ss.; F. FERRARIS, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria: una questione ancora aperta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 202 ss.; F. CAMILLETI, *Mediazione obbligatoria e giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Contratti*, 2016, 1161. Sulla questione v. inoltre, senza pretesa di completezza, i contributi di A. TEDOLDI, *Mediazione obbligatoria e opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Giur. it.*, 2012, 12, 2620 ss. a favore della tesi che addossa l'onere della mediazione al creditore opposto; a favore della tesi, che risulta minoritaria, secondo cui l'onere incomberebbe all'opponente, posto che rileverebbe la posizione di attore in senso processuale v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2017, 75 ss.

⁵ Cass. 16 settembre 2019, n. 23003, in *Foro it.*, 2019, I, 3515.

In quest'ottica l'instaurazione del giudizio di opposizione sembra meritevole di essere di per sé criticata. Ma se si considera che attraverso l'art. 645 c.p.c. si consente al debitore di esercitare legittimamente il suo diritto di difesa (diritto di cui egli è stato solo provvisoriamente privato nella fase *inaudita altera parte*, pena l'incostituzionalità del procedimento monitorio ex artt. 633 ss. c.p.c.), ci si rende immediatamente conto di quanto poco convincenti siano queste argomentazioni. Il perseguimento di obiettivi di economia processuale, per quanto apprezzabile, non può giustificare, infatti, in alcun modo, la svalutazione del principio del contraddittorio, che costituisce uno dei valori fondamentali del nostro ordinamento.

Non stupisce, quindi, che, nei confronti della pronuncia, si siano da subito levate le critiche degli interpreti, compatti nell'evidenziare le debolezze del ragionamento della Corte⁶. La posizione espressa in sede di legittimità, inoltre, non ha convinto del tutto nemmeno la giurisprudenza di merito, che ha continuato a mostrarsi divisa sul punto⁷.

2. – Con il recente intervento, che qui si commenta, le Sezioni Unite della Cassazione, interpellate dalla terza sezione⁸, sono tornate sulla questione, disattendendo la tesi accolta nel 2015. Hanno stabilito, come già anticipato, che l'onere di attivare il procedimento di mediazione, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, sia a carico del creditore opposto.

Il ragionamento svolto per giungere a questa conclusione, è assai articolato. Vale la pena di sintetizzarlo dando conto di alcuni passaggi fondamentali. In primo luogo anche la Suprema Corte non può fare a meno

⁶ La Corte peraltro sottolineava come fosse irragionevole addossare l'onere di mediazione al creditore prima di essere a conoscenza dell'eventuale instaurazione del giudizio di opposizione. Ma, come rilevato da G. BALENA, *Opposizione a d.i.*, cit., 1283 ss., questa argomentazione "è certamente frutto di una svista" posto che la mediazione deve essere avviata dopo la pronuncia dei provvedimenti relativi alla provvisoria esecutività ex artt. 648-649 c.p.c.

⁷ Fra le sentenze più recenti che hanno aderito alla posizione espressa dalla Suprema Corte nel 2015 v. Trib. Caltagirone 4 agosto 2020, n. 233, in *DeJure*; App. Ancona 20 novembre 2019, n.1554, in *DeJure*, Trib. Napoli 19 luglio 2019, n. 7358, in *DeJure*; a favore della tesi che pone invece in capo al creditore opposto l'onere di attivare la mediazione, si vedano, fra le altre, Trib. Milano 30 gennaio 2019, in *ilprocessocivile.it*, 14 giugno 2019; Trib. Grosseto 7 giugno 2018, n. 566, in *DeJure*; Trib. Milano 6 dicembre 2016, in *DeJure*; per un'ulteriore soluzione interpretativa v. inoltre Trib. Pavia, 26 settembre 2016, in *Dir. & Giust.*, 2016, secondo cui sarebbe "possibile che, per le caratteristiche del giudizio, sia il magistrato a poter scegliere discrezionalmente, caso per caso, quale parte deve essere onerata dell'avvio della mediazione".

⁸ V. i rif. in nota 2.

di rilevare la mancanza di coerenza di alcune delle scelte compiute dal legislatore, proprio in riferimento a quanto si è già osservato a proposito del diverso trattamento di mediazione e negoziazione assistita.

Le riflessioni della Cassazione si dirigono, poi, verso la giurisprudenza formatasi in materia, incentrandosi dapprima sul precedente del 2015, per individuare, subito dopo, le ragioni “di carattere testuale, logico e sistematico”, a favore dell’opinione che sia il creditore opposto e non il debitore opponente il soggetto onerato di attivare il procedimento di mediazione.

Due sono, a mio avviso, le argomentazioni risolutive individuate dalla Corte a favore della tesi accolta, già ampiamente messe in luce dalla dottrina che si era occupata dalla questione⁹. La prima attiene alle caratteristiche della legislazione in materia di mediazione. Le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010 mostrano inequivocabilmente l’esistenza di una correlazione fra l’iniziativa di esercitare un’azione in giudizio e l’obbligo di esperire il procedimento. Ciò si ricava sia dall’art. 4, sia dall’art. 5, comma 1-*bis*, sia dall’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 28 del 2010, in materia di effetti della domanda di mediazione, come rileva la Corte. Addossare l’onere di attivare la mediazione al debitore, che con la proposizione del giudizio di opposizione reagisce a un’iniziativa giudiziaria già intrapresa, significa ignorare l’esistenza di questa correlazione, fissata in modo chiaro dal legislatore, e dimostrata dagli elementi di diritto positivo. Come autorevolmente osservato, inoltre, “è il pretendente aggressivo che deve dare il primo segnale di disponibilità a ritornare sulla via del dialogo”¹⁰.

Vi è poi un’altra ragione decisiva, a sostegno dell’impostazione che attribuisce all’opposto l’onere di esperire la mediazione. Mi riferisco alle conseguenze derivanti dall’inerzia delle parti, secondo la soluzione che si intenda accogliere: mentre se si pone a carico del creditore l’obbligo di attivare la mediazione – da proporsi, come già ricordato, dopo la pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione – il decreto ingiuntivo verrà revocato, previa declaratoria di improcedibilità della domanda formulata in sede monitoria¹¹, se lo si pone a carico del

⁹ V., per tutti, G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, cit., 1283 ss.

¹⁰ Così C. CONSOLO, *Mediazione*, cit., 1279 ss.

¹¹ Osserva, inoltre, G. BALENA, *Mediazione obbligatoria*, cit., 1283 ss., che, in mancanza di una disposizione in materia, l’improcedibilità può essere riferita solo alla domanda, dal momento che il giudizio di opposizione “è retto dalla medesima domanda formulata dal debitore in via monitoria”. Ne deriva che il giudizio potrebbe proseguire per eventuali domande riconvenzionali, in caso di improcedibilità della domanda formulata in sede monitoria per omessa attivazione del procedimento di mediazione.

debitore, in caso di mancato avvio del procedimento, il decreto, a seguito dell'improcedibilità del giudizio di opposizione, si consoliderà, diventando così immutabile.

La mancata presentazione della domanda di mediazione nel termine assegnato dal giudice, pregiudicherebbe quindi, in questa seconda ipotesi, in modo definitivo il debitore, per il solo fatto di non avere rispettato un adempimento di carattere stragiudiziale. Si tratterebbe, tuttavia, di una sanzione priva di qualsiasi giustificazione positiva, dal momento che il tessuto normativo della mediazione prevede come conseguenza di carattere generale, correlata alla mancata proposizione dell'istanza, l'improcedibilità della domanda, senza tuttavia precluderne la riproposizione. Sarebbe inoltre una sanzione così sproporzionata che si potrebbero sollevare alcuni dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina¹².

3. – Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, il principio di diritto enunciato dalla Corte in questa decisione va accolto sicuramente con favore. Va peraltro segnalato che, una volta risolto il problema fondamentale dell'individuazione della parte onerata di attivarsi, in materia di rapporti fra giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione, restano aperte alcune questioni dal notevole impatto pratico, risolte con qualche difficoltà dagli interpreti, a causa della mancanza di chiarezza della normativa.

Mi limito a segnalare alcuni dubbi che possono sorgere in relazione al modo di operare del meccanismo che attribuisce al creditore opposto l'onere di attivare la mediazione, in assenza di indicazioni specifiche al riguardo. La questione nasce dall'art. 5, comma 4, che, limitandosi a prevedere, in modo lapidario, l'inapplicabilità del comma 1-*bis* e 2 "fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione", pone il problema di come, a seguito di quei provvedimenti, la disciplina contenuta nel decreto, e concepita per il processo ordinario di cognizione, si possa adattare alle peculiarità del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo.

Viene in rilievo, in particolare, il comma 1-*bis* dell'art. 5, in base al quale l'attore deve preliminarmente promuovere il procedimento di mediazione; se non lo fa, il giudice deve assegnare il termine di 15 giorni per consentire alle parti di presentare la domanda, a pena di improcedibilità.

L'attivazione della mediazione deve precedere l'instaurazione del processo ordinario di cognizione *ex* art. 163 c.p.c. Invece in caso di tutela monitoria, l'obbligo di esperire il procedimento diviene attuale, come già abbondantemente sottolineato, solo dopo che il giudice si sia pronunciato sull'esecutività del decreto. La soluzione più ragionevole, pertanto, sembra

¹² G. BALENA, *Mediazione*, cit., 1283 ss.

quella ormai largamente accolta in giurisprudenza, secondo cui alla concessione dei 15 giorni per l'esperimento della mediazione il giudice provvede subito dopo quelle pronunce¹³.

4. – A questo punto, tuttavia, si pone l'ulteriore e controverso problema delle conseguenze derivanti da un'eventuale tardiva attivazione della mediazione. La soluzione dipende in larga misura dalla natura che si intenda riconoscere al termine in questione.

Secondo una prima tesi, non si tratterebbe di un termine perentorio¹⁴, posto che l'art. 152, comma 2, c.p.c., ricollega tale qualificazione a una dichiarazione espressa, assente in tal caso.

In base quest'impostazione, che ha ricevuto le critiche di chi ritiene, invece, che il carattere perentorio di un termine possa anche ricavarsi in via interpretativa¹⁵, andrebbe allora qualificato come ordinatorio. Si porrebbe però ugualmente il problema delle conseguenze derivanti dalla sua inosservanza, nell'ipotesi in cui non sia stata chiesta la proroga entro la scadenza, come stabilito dall'art. 154 c.p.c.

Secondo una parte della dottrina l'inizio della mediazione, anche oltre il termine assegnato dal giudice, basterebbe a evitare la declaratoria di improcedibilità¹⁶. Il *favor mediationis*, non dovrebbe, tuttavia, a mio avviso, spingersi al punto da ipotizzare la concessione di un termine ulteriore alle parti per attivare il procedimento, nel diverso caso in cui, alla ripresa del processo non fosse stata nemmeno presentata l'istanza¹⁷. Sembra dunque ragionevole ritenere che, trascorso il termine di durata del procedimento, pari a tre mesi, oltre ai quindici giorni assegnati, qualora non sia stata

¹³ V. *ex multis* Trib. Napoli, 28 settembre 2020, in *DeJure*.

¹⁴ R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 137; in giurisprudenza v. riferimenti contenuti alla nota immediatamente successiva.

¹⁵ Sul punto v., tra le altre, Trib. Lecce 3 marzo 2017, in *Dir. & Giust.* 20 giugno 2017 che fa derivare il carattere perentorio dallo scopo e dalla funzione adempiuta da questo termine; Trib. Savona, 27 settembre 2018, *Redazione Giuffrè*, 2019; Trib. Firenze 4 giugno 2015, in *Giur. it.*, 2015, 2374, con nota di E. BENIGNI, *L'avvio tardivo della mediazione determina l'improcedibilità della domanda*. Escludono invece che si tratti di un termine perentorio, Trib. Milano 27 settembre 2016, in *Il caso.it*, 2016; Trib. Roma 14 luglio 2016, in *DeJure*; Trib. Bologna, 11 dicembre 2017, n. 21109, *Redazione Giuffrè*, 2018.

¹⁶ V. ad es. D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Comm. del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 253 ss.

¹⁷ D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., 253 ss., secondo il quale il giudice in caso di mancata proposizione del procedimento dovrebbe mettere in moto "il meccanismo diretto al recupero dell'attività non compiuta in precedenza".

proposta la mediazione, il giudice dinanzi al quale il giudizio di opposizione prosegue, debba dichiarare la domanda definitivamente improcedibile¹⁸.

Va infine segnalato che la natura processuale del termine è stata messa in dubbio da un autore, che lo ritiene correlato, invece, all'esercizio di un potere sostanziale¹⁹.

Di fronte a queste incertezze, provocate da un dettato normativo che, in materia di rapporti fra mediazione e tutela monitoria, oggettivamente è poco chiaro, l'interprete non può che provare un senso di insoddisfazione. Sarebbe bastato un piccolo sforzo da parte del legislatore per non creare una disciplina così lacunosa, che alimenta i dubbi, creando danni notevoli agli operatori.

Abstract

**MEDIATION REQUEST AND OBJECTION TO THE ORDER FOR
PAYMENT IN THE LIGHT OF A RECENT SUPREME COURT DECISION.**

Lo scritto esamina il problema dell'individuazione della parte cui spetti la proposizione dell'istanza di mediazione obbligatoria, nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, alla luce della recente e condivisibile pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

This paper examines the problem of identifying the party to whom the mediation request as a mandatory step is due, raising an objection to the order for payment, in the light of the recent decision of the Supreme Court.

¹⁸ V. in riferimento a una questione non dissimile, M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art.8 della l. n. 24/17*, in *Riv. arb.*, 2018, 107.

¹⁹ M. STELLA, *La natura del termine per dare inizio alla mediazione e le conseguenze del suo mancato rispetto*, in *Corr. giur.*, 2018, 92, a commento di Trib. Vasto 27 settembre 2007.

Corte di cassazione, Sez. I, 7 ottobre 2019, n. 24939

Pres. Valitutti – Rel. Caiazzo

Il provvedimento cautelare sospensivo dell'efficacia della delibera di esclusione del socio di una s.a.s. non può avere contenuto anticipatorio della sentenza costitutiva di annullamento della medesima delibera – che, sola, accerta i presupposti legittimanti l'esclusione del socio stesso dalla compagine societaria, comportando, in caso di accoglimento, la produzione dell'effetto modificativo dell'assetto societario – poiché esplica un'efficacia interinale ontologicamente coincidente con il contenuto della sentenza e non riveste, dunque, i caratteri di una pronuncia accessoria diretta a salvaguardare gli effetti esecutivi discendenti dalla (emananda) medesima sentenza costitutiva. Ne consegue che, in caso di estinzione del giudizio di merito, tale provvedimento cautelare diventa inefficace ai sensi del comma primo dell'art. 669-novies c.p.c., non potendo trovare applicazione i commi sesto ed ottavo dell'art. 669-octies c.p.c. (massima ufficiale).

(Omissis) RITENUTO CHE:

Con il primo motivo di ricorso è dedotta la nullità della sentenza impugnata per illegittima composizione del collegio giudicante, in violazione dell'art. 111 Cost., in quanto tale collegio era stato formato, sia in primo grado, sia nella decisione d'appello, dal medesimo giudice relatore.

Con il secondo motivo è denunciata violazione e falsa applicazione del d.lgs. n. 5 del 2003, art. 24, comma 3, (oggi art. 669-octies c.p.c., commi 6 e 8), in quanto la misura cautelare in questione aveva un effetto prevalentemente conservativo e un effetto solo secondario anticipatorio, apparendo anche illogico un provvedimento cautelare che anticipi gli effetti di una sentenza costitutiva, quale quella di annullamento della deliberazione societaria.

(Omissis)

Il secondo motivo è fondato.

Il provvedimento cautelare della sospensione della delibera di esclusione del socio è stato adottato, nella specie, nella vigenza del d.lgs. n. 5 del 2003, art. 23. Il provvedimento di sospensione, trattandosi di società di persone (s.a.s.) è, peraltro, ancorabile all'art. 2287, applicabile alla s.a.s. in virtù del combinato disposto degli artt. 2293 e 2315 c.c. (norma analoga è contenuta nell'art. 2378 c.c., per le società di capitali).

Orbene, è evidente che né il Tribunale né la Corte d'appello – che, invece, fa espresso riferimento a tale norma, per cui la motivazione sul punto è errata – avrebbero potuto applicare il d.lgs. n. 5 del 2003, art. 23, comma 4, laddove prevede che l'estinzione del processo non determina l'inefficacia del provvedimento cautelare emesso, essendo stata tale disposizione abrogata con effetto 4 luglio 2009, ossia ben

prima dell'instaurazione del giudizio di primo grado sull'istanza *ex art. 669-novies*, da parte della (*Omissis*), avvenuta il 24 settembre 2010. Deve, pertanto, trovare applicazione, nella specie, il combinato disposto dell'art. 669-*octies* c.p.c., commi 6 ed 8, e art. 669-*novies* c.p.c., comma 1, a tenore dei quali l'estinzione del giudizio di merito che, in via di principio determina l'inefficacia del provvedimento cautelare, *ex art. 669-novies*, comma 1 – non comporta l'inefficacia, tra l'altro, dei “provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” (art. 669-*octies*, commi 6 ed 8).

La questione s'incentra, pertanto, sulla configurazione del provvedimento di sospensione della delibera assembleare, ossia se il medesimo abbia, o meno, efficacia anticipatoria degli effetti della futura sentenza di annullamento della delibera di esclusione.

Con la riforma delle norme in tema di provvedimenti cautelari, come efficacemente rilevato in dottrina, è evidentemente divenuta cruciale la distinzione, sinora esclusivamente dogmatica, tra misure cautelari di carattere anticipatorio e di carattere conservativo.

Da un lato, come recita l'art. 669-*octies* c.p.c., nuovo comma 6 vi sono i provvedimenti *ex art. 700* c.p.c. e gli altri provvedimenti cautelari a contenuto anticipatorio previsti dal codice civile o da leggi speciali.

Dall'altro lato, invece, si registrano i rimanenti provvedimenti cautelari, vale a dire i provvedimenti cautelari conservativi ed in particolare i sequestri.

I primi, caratterizzati dal far operare in via provvisoria e anticipata quegli effetti dell'emananda decisione di merito che tardando risulterebbero inefficaci o inattuabili, potranno avere una loro autonoma stabilità.

I secondi, caratterizzati dall'intento di conservare integro uno stato di fatto in attesa ed allo scopo che su di esso il provvedimento principale possa in futuro esercitare i suoi effetti, postulano invece necessariamente che si intraprenda il giudizio di merito.

Orbene, premessa la nota controvertibilità della questione, va osservato che il riferimento alla natura costitutiva della sentenza di annullamento della delibera di esclusione del socio costituisce sul piano dogmatico un parametro ontologico, da cui muovere ogni argomentazione al riguardo.

È del tutto pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che l'annullamento della deliberazione di esclusione di un socio in esito ad opposizione proposta a norma dell'art. 2287 c.c., comma 2, opera – in quanto ha natura costitutiva – *ex tunc*, ossia ricostituisce dalla pronuncia lo status di socio, ma con effetto retroattivo quanto alle conseguenze, in quanto comporta la reintegrazione del socio stesso nella sua posizione anteriore e nella pienezza dei diritti da essa derivati (Cass. 6829/2014; Cass. 16150/2000).

Orbene, la sentenza costitutiva non è suscettibile di produrre effetto prima del passaggio in giudicato (Cass. 17311/2016; Cass. 10605/2016).

Muovendo da tale premessa, l'opinione dominante afferma che la tutela cautelare può essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l'esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all'accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d'accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi.

In particolare, secondo autorevole dottrina, la tutela cautelare potrà considerarsi anticipatoria ai fini dell'art. 669-*octies* c.p.c. quando assicuri un risultato pratico analogo a quello della pronuncia finale; nella prospettiva dell'anticipazione del risultato pratico della domanda, si ritiene che i provvedimenti che sospendano l'esecuzione di delibere assunte (tutti inerenti a giudizi suscettibili di decisione con sentenze costitutive) a seconda delle varie ipotesi, dall'assemblea di una associazione (art. 23 c.c., comma 3), dai partecipanti ad una comunione (art. 1109 c.c., comma 2), dall'assemblea di un condominio (art. 1137 c.c., comma 2), dai componenti di una società di persone che intendano escludere un socio (art. 2287 c.c., comma 2, che viene in rilievo nella fattispecie) presentino carattere anticipatorio.

Secondo tale orientamento, considerato infatti che il provvedimento di sospensione dell'efficacia dell'atto realizza, di norma, gli effetti pratici, lo scopo a cui è volto l'annullamento o la declaratoria di nullità, non sembrerebbe dubbio che alla sospensiva debba riconoscersi, ai nostri fini, natura anticipatoria e che quindi goda del regime di stabilità di cui al nuovo art. 669-*octies* c.p.c.

Nell'ambito del medesimo orientamento, altra dottrina aderisce all'impostazione secondo cui è anticipatorio quel provvedimento cautelare che prevede, a carico della controparte, quegli stessi doveri di fare o di astenersi che ad essa saranno imposti dalla sentenza di merito.

Sul differente presupposto della non condivisibilità di una impostazione che faccia riferimento al risultato "pratico" conseguito dalla misura cautelare, al contrario, diversa dottrina argomenta che, pur essendo indubbia l'idoneità della misura sospensiva ad "appagare" i condomini o i soci impugnanti, la sospensione degli effetti di una deliberazione condominiale o assembleare non può qualificarsi anticipatoria, essendo semplicemente preordinata ad evitare che l'esecuzione dell'atto impugnato determini modificazioni di fatto o diritto non più compiutamente eliminabili o rimediabili *ex post*. Argomentando da tali premesse sistematiche, una parte della dottrina ha ritenuto che la sospensione della delibera assembleare è un provvedimento che non può anticipare gli effetti tipici della decisione di merito, atteso che questa è una sentenza costitutiva di annullamento *ex art. 2908 c.c.* Nella medesima prospettiva, si pone quella decisione secondo cui l'anticipazione in via provvisoria, ai fini esecutivi, degli effetti discendenti da statuizioni condannatorie contenute in sentenze costitutive, non è consentita, essendo necessario il passaggio in giudicato, soltanto nei casi in cui la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso

sinallagmatico (come nel caso di condanna al pagamento del prezzo della compravendita nella sentenza costitutiva del contratto definitivo non concluso); è invece consentita quando la statuizione condannatoria è meramente dipendente dall'effetto costitutivo, essendo detta anticipazione compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo nel momento temporale successivo del passaggio in giudicato (Cass. 28508/2018).

In altri termini, quello che si può anticipare – in via di provvisoria esecuzione della sentenza esecutiva di condanna, o in via di tutela cautelare anticipatoria – sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ossia in qualche modo autonomi rispetto allo stesso, non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo.

Pertanto, relativamente alle sentenze costitutive, è possibile affermare che il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto la salvaguardia o l'anticipazione del provvedimento costitutivo in sé e per sé considerato, bensì l'adozione di una cautela con riferimento alla statuizione consequenziale alla pronuncia costitutiva.

La tutela cautelare dei diritti fatti valere in un giudizio di condanna o di accertamento costitutivo si può concretare in una misura di salvaguardia dell'effetto esecutivo che ne può derivare, volto a rendere possibile la soggezione del debitore alla sanzione esecutiva. Tale tutela cautelare non può, dunque, generare l'effetto dichiarativo o la costituzione giudiziale di un diritto – effetto che certamente può derivare solo dalla sentenza – ma essa può risolversi tuttavia nell'autorizzazione giudiziale a compiere atti di salvaguardia del diritto costituendo, che possono derivare da condanne accessorie alla statuizione di mero accertamento, o a quella costitutiva d'un determinato effetto giuridico.

Ebbene, il soggetto che agisce in via cautelare è certamente titolare di una situazione giuridica soggettiva a contenuto processuale che gli dà il diritto di perseguire la modificazione giuridica a cui aspira sul piano sostanziale, che dovrebbe avere – quale corollario – quello di conseguire in via d'urgenza non tanto l'effetto costitutivo, ma piuttosto la futura esecuzione della pronuncia accessoria.

Al riguardo, tale interpretazione sistematica della normativa che disciplina le misure cautelari si raccorda al dato positivo che l'ordinamento consente iniziative di carattere conservativo per i diritti sottoposti a condizione e che la statuizione di natura costitutiva si profila come situazione assimilabile a quella disciplinata dall'art. 1356 c.c., almeno sul piano descrittivo.

Dovendosi dunque accedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, *ex art. 24 Cost.*, nella medesima ratio, la dottrina afferma anche l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* relativamente alle statuizioni accessorie ad una pronuncia costitutiva. Nel caso di specie, il collegio osserva che la sospensione della delibera di esclusione, se considerata avente come natura anticipatoria, anticiperebbe proprio l'effetto inscindibilmente collegato con la pronuncia costitutiva di annullamento, consistente nel ripristino della posizione di socio, che resterebbe definitiva in caso di mancata instaurazione del giudizio di

merito o di sua estinzione, laddove tale effetto può essere prodotto solo ed esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di annullamento della delibera di esclusione.

Per contro, è da ritenere che esigenze sistematiche, connesse al nesso di strumentalità che caratterizza tutti i provvedimenti cautelari, anche quelli anticipatori – sia pure in maniera attenuata –, postulino che alla sospensione della delibera sia da ascrivere la finalità di evitare che la durata del giudizio possa incidere irreversibilmente sulla posizione del socio, qualora venga confermato tale (natura conservativa), consentendo un ripristino provvisorio del rapporto societario, evitando che la posizione di socio venga ad essere definitivamente compromessa, non solo non percependo gli utili, ma anche e soprattutto non potendo influire – cosa ancora più evidente quando si tratti, come nel caso concreto, di società di persone – sull'amministrazione e gestione della società.

Invero, adottando l'interpretazione estensiva che riconosce natura anticipatoria ai provvedimenti che attribuiscono subito anche solo il risultato pratico del provvedimento, la strumentalità attenuata finisce per diventare la regola, valevole per la maggior parte dei provvedimenti cautelari, previsti dal codice di procedura civile, dal codice civile e dalle leggi speciali, mentre la strumentalità piena, propria dei provvedimenti conservativi, si ridurrebbe ad una eccezione, caratterizzando sostanzialmente solo le misure cautelari riconducibili allo schema del sequestro.

Ma tale interpretazione, nella sua absolutezza ricostruttiva, non appare armonizzarsi con i principi sistematici afferenti alla natura costitutiva delle sentenze inerenti ai giudizi in cui sono emessi, come nel caso concreto, provvedimenti di sospensione dell'efficacia delle delibere societarie di esclusione del socio di società di persone.

Ora, ne consegue che l'estinzione del giudizio non può determinare la produzione in via definitiva dell'effetto costitutivo dipendente dal giudicato; ciò in quanto il provvedimento cautelare sospensivo dell'efficacia della delibera di esclusione del socio di s.a.s. non può avere contenuto anticipatorio della sentenza costitutiva – che, sola, accerta i presupposti legittimanti l'esclusione del socio dalla compagine societaria, producendo, in caso d'accoglimento, la produzione dell'effetto modificativo dell'assetto societario – poiché esplica un'efficacia interinale ontologicamente coincidente al contenuto della sentenza e non riveste, dunque, i caratteri di una pronuncia accessoria diretta a salvaguardare gli effetti esecutivi discendenti dalla (emananda) medesima sentenza costitutiva.

In altri termini, il collegio ritiene che la natura costitutiva della sentenza impedisca un'anticipazione degli effetti suscettibile di divenire definitiva, per effetto dell'art. 669-*octies* c.p.c., dei commi 6 e 8.

Per quanto esposto, in accoglimento del secondo motivo del ricorso, la sentenza impugnata va cassata, con rinvio alla Corte d'appello, che provvederà anche sulle spese del giudizio di legittimità. (*Omissis*).

L'ULTRATTIVITÀ DELLA SOSPENSIONE DELLA DELIBERA DI ESCLUSIONE DEL SOCIO DI SOCIETÀ DI PERSONE

LUCA MONOSI

*Dottorando di ricerca
nell'Università di Milano*

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La decisione della Corte di cassazione. – 3. La natura dell'opposizione del socio escluso *ex art.* 2287 c.c. – 4. L'*ubi consistam* delle misure poste a cautela delle azioni costitutive: la sospensione della delibera di esclusione. – 4.1 (*Segue*) Tipicità e atipicità. Il dubbio rapporto di biunivocità tra tutela conservativa e strumentalità piena e tra tutela anticipatoria e strumentalità attenuata. – 4.2 (*Segue*) Antichi nodi interpretativi sulla lettura dell'*art.* 669-*octies* c.p.c. – 5. Osservazioni conclusive.

1. – Il caso deciso dalla Suprema Corte riguarda l'impugnazione di una delibera di esclusione di un socio di società in accomandita semplice, proposta ai sensi dell'*art.* 2287 c.c. Il Tribunale adito con l'opposizione accoglieva la domanda di sospensione dell'"esecuzione" della delibera epurativa e successivamente il giudizio si estingueva per inattività delle parti, nella vigenza del rito societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5¹. Il Giudice adito, inoltre, affermava espressamente la perdurante efficacia del provvedimento sospensivo, che veniva qualificato di natura cautelare anticipatoria e, come tale, soggetto alla salvezza di cui al successivo *art.* 24, comma 3°, allora vigente.

La società, a distanza di circa sei anni dalla pronuncia di estinzione, chiedeva al Tribunale di Bolzano di dichiarare l'inefficacia del provvedimento di sospensione a suo tempo pronunciato, sull'assunto che si versasse in un'ipotesi di cautela meramente conservativa e quindi, a mente dell'*art.* 669-*novies* c.p.c., cedevole rispetto all'estinzione del giudizio di merito nel quale si sarebbe dovuto pronunciare l'annullamento della delibera di esclusione. La domanda veniva respinta sia in primo grado che in appello, ritenendosi che il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della delibera di esclusione avesse una funzione anticipatoria rispetto alla sentenza con cui, all'esito di un giudizio ordinario di cognizione, sarebbe stato accertato il diritto del socio di essere, in ipotesi, reintegrato nella

¹ In particolare, né il ricorrente, né la società resistente avevano depositato l'istanza di fissazione dell'udienza collegiale prevista dall'*art.* 8 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 nel portante giudizio di merito.

compagine sociale, con la conseguente perdurante efficacia della misura cautelare a dispetto della estinzione del predetto giudizio ordinario.

Avverso la sentenza d'appello veniva proposto ricorso per cassazione deducendosi la violazione dell'art. 24, comma 3°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (corrispondente, nel suo tenore, all'attuale art. 669-*octies*, commi 6° e 8°, c.p.c.), per non avere il giudice d'appello riconosciuto un "effetto prevalentemente conservativo e un effetto solo secondario anticipatorio" nel provvedimento cautelare della cui inefficacia si discuteva.

La Corte, anzitutto, riteneva erronea la ricostruzione intertemporale della disciplina rilevante *in subiecta materia* svolta dai giudici di merito. Il giudizio di prime cure, infatti, era stato instaurato nel mese di settembre 2010, ossia in un momento in cui era già vigente la l. 18 giugno 2009, n. 69 (che, come noto, all'art. 54, comma 5°, ha abrogato le disposizioni del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 concernenti il rito societario), cosicché l'inefficacia della misura cautelare doveva essere valutata alla stregua degli artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c., e non – come per contro ritenuto dai giudici di merito – degli artt. 23 e 24 del d.lgs. citato. L'art. 54, comma 6°, della stessa l. 18 giugno 2009, n. 69, infatti, limitava l'applicabilità delle disposizioni concernenti il rito abrogato unicamente "alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge", circostanza che non ricorreva nella fattispecie.

Posta tale premessa, la Corte ha accolto il secondo motivo di ricorso affermando che il provvedimento sospensivo di cui all'art. 2287, comma 2°, c.c. svolgerebbe una funzione meramente conservativa e sarebbe destinato ad essere rigorosamente strumentale all'accertamento della *res litigiosa*, senza che i suoi effetti possano sopravvivere all'estinzione del giudizio di merito.

A fondamento di tale conclusione, l'ordinanza in rassegna richiama la natura costitutiva della sentenza di annullamento della delibera e le opposte opinioni dottrinali² che riguardano la cautelabilità dei diritti soggetti a costituzione giudiziale *ex art.* 2908 c.c. La Corte, pur riconoscendo l'autorevolezza dei fautori della posizione contraria³, propende per ritenere che la riconduzione della causa all'ambito della tutela costituiva osti all'anticipazione in via cautelare di effetti destinati a prodursi, nella prospettiva accolta dal giudice nomofilattico, soltanto con il passaggio in giudicato. Infatti, ai fini della distinzione tra misure cautelari anticipatorie e conservative dovrebbe aversi riguardo non all'effetto pratico (concernente, al più l'appagamento soggettivo delle parti), ma piuttosto all'identità dell'effetto tipico scaturente dalla sentenza di merito rispetto alla

² Cfr. gli autori citati *infra*, note 15 e 19.

³ Cfr. in particolare gli autori citati alla nota 15.

regolamentazione introdotta dal provvedimento cautelare. Altrimenti, a dire della Corte, si finirebbe per limitare ai soli sequestri la classe delle misure conservative. In definitiva, nell'ambito della tutela costitutiva, sarebbe ammessa soltanto l'anticipazione cautelare delle statuizioni condannatorie che sono meramente dipendenti dalla sentenza di merito e neppure legate ad essa da un nesso di sinallagmaticità, come avviene ad esempio nei contratti di scambio che presuppongono un consenso traslativo.

2. – Per prendere posizione sulla soluzione adottata dalla Corte occorre confrontarsi con alcune questioni.

In primo luogo, per affrontare il tema della misura cautelare tipica prevista dall'art. 2287 c.c.va analizzata la natura dell'opposizione del socio escluso.

In secondo luogo, la sospensione dell'esecuzione della delibera di esclusione deve essere scrutinata alla luce del binomio tipicità-atipicità della tutela cautelare, nonché del rapporto di strumentalità che sussiste comunque rispetto al giudizio di merito.

In terzo luogo, sarà opportuno affrontare la struttura sintattica delle disposizioni processuali concernenti l'efficacia delle misure cautelari e presentare le criticità interpretative che hanno agitato, anche in tempi più remoti, il dibattito dottrinale.

3. – L'esclusione del socio di una società di persone (in forza del rinvio alle disposizioni in materia di società semplice contenuto sia nell'art. 2293 c.c. sia, indirettamente, nell'art. 2315 c.c.) costituisce l'esito di un procedimento soltanto sommariamente disciplinato dall'art. 2287 c.c., ma riconducibile allo schema di una deliberazione idonea ad incidere in maniera recettizia – e quindi soltanto con la sua successiva comunicazione – sul diritto soggettivo di uno dei componenti della compagine sociale (l'art. 2287, comma 1, c.c. prevede infatti che la delibera “ha effetto decorsi trenta giorni dalla data della comunicazione al socio escluso”). L'azione del socio reietto, pertanto, è volta non soltanto all'accertamento negativo della sussistenza delle condizioni perché la società potesse procedere alla sua esclusione, ma soprattutto alla conseguente ricostituzione *ex tunc* di una situazione giuridica soggettiva già compiutamente estinta e che, per effetto della sentenza di annullamento, si ha come se, nelle more, non fosse mai venuta meno⁴. Non è dubitabile, *a fortiori* per l'esplicita efficacia recettizia,

⁴ Cfr. Cass., 28 maggio 1993, n. 5958, in *Dir. fall.* 1993, II, 1038 ss.: “Il socio di una società in accomandita semplice, che si sia opposto alla deliberazione che lo esclude dalla società ai sensi dell'art. 2287 comma 2, c.c. ha interesse ad agire o a resistere nel giudizio nel quale si accerti l'esistenza di una causa di scioglimento della società,

che la sentenza di accoglimento dell'opposizione – in quanto avente contenuto demolitorio del provvedimento e allo stesso tempo ripristinatorio del diritto sociale – sia propriamente espressione della tutela costitutiva, per quanto appartenente al *genus* di quella “non necessaria”⁵.

La sospensione della delibera di esclusione costituisce una misura cautelare tipica extravagante, esplicitamente prevista dall'art. 2287, comma 2°, c.c. e quindi soggetta ai sensi dell'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. alle disposizioni del procedimento cautelare uniforme “in quanto compatibili”⁶. La principale deroga rispetto al procedimento comune, invero, emerge dalla previsione di un termine perentorio per l'introduzione del giudizio di opposizione, nonché dal collegamento funzionale tra la pendenza della lite e la sospendibilità dell'esecuzione della delibera opposta, in maniera peraltro non dissimile rispetto a quanto previsto dall'art. 2378, comma 3°, c.c. in punto di impugnazione delle delibere assembleari di società per azioni⁷. In questo come nell'altro caso, infatti, ai fini della tutela cautelare tipica è funzionalmente competente il giudice già chiamato a decidere della legittimità dell'atto, con la conseguenza che è inammissibile la domanda cautelare *ante causam*⁸.

Si tratta di una soluzione espressamente adottata dal legislatore sostanziale anche per l'impugnazione delle deliberazioni dei partecipanti alla comunione ordinaria (l'art. 1109 c.c. dispone infatti che “In pendenza del giudizio, l'autorità giudiziaria può ordinare la sospensione del provvedimento deliberato”) e, in maniera meno perspicua, delle

poiché l'annullamento della deliberazione di esclusione opera “*ex tunc*”, con la conseguente reintegrazione del socio nella sua posizione anteriore alla esclusione” (negli stessi termini anche Cass., 22 dicembre 2000, n. 16150, in *Dir. prat. soc.*, 2001, 9, 56 ss. e Cass., 24 marzo 2014, n. 6829, in *Riv. dott. comm.*, 2014, 3, 578 ss.).

⁵ Cfr. C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, 24° ed., Torino, 2015, 12: “Va infatti tenuto presente fin da ora che, accanto all'attività giurisdizionale costitutiva necessaria – e nel quadro della più ampia nozione di *attività giurisdizionale costitutiva* che il nostro ordinamento contempla espressamente all'art. 2908 c.c. – esiste un'attività *giurisdizionale costitutiva non necessaria* nel senso che gli effetti costitutivi (nel consueto senso ampio), attuabili da essa, avrebbero potuto essere attuati anche indipendentemente dall'opera dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che l'attività di quest'ultimo soccorre solo quando è mancata l'attuazione spontanea o primaria, ossia si è verificata la violazione di un preesistente diritto alla modificazione giuridica o diritto potestativo (non necessario)”.

⁶ Cfr. A. CELESTE, *Il nuovo procedimento cautelare civile*, Milano, 2010, 616.

⁷ Cfr. B. ACQUAS, *L'esclusione del socio nelle società*, Milano, 2008, 137 ss.

⁸ Si darà conto *infra* dell'orientamento secondo cui, per fronteggiare le situazioni nelle quali non può attendersi la previa instaurazione del giudizio di opposizione, è considerato ammissibile il ricorso in via suppletiva del rimedio *ex art. 700 c.p.c.*

deliberazioni dell'assemblea condominiale⁹. Soltanto con l'entrata in vigore della l. 11 dicembre 2012, n. 220, che ha emendato l'originario disposto dell'art. 1137 c.c., la tutela cautelare *ante causam* è stata espressamente ammessa in materia di decisioni dell'assemblea condominiale. A ben vedere, l'evoluzione della disciplina del codice civile avvalorava l'ipotesi secondo cui tali fattispecie di sospensione delle decisioni collegiali fossero ancorate, secondo esigenze di stabilità dei traffici giuridici e di serietà della lite, alla pendenza del giudizio di merito. La cautela era immaginata come l'*extrema ratio* a cui l'autorità giudiziaria poteva ricorrere soltanto se già adita – nel rispetto di termini nient'affatto laschi – per la decisione concernente la legittimità dell'atto di autonomia privata.

I principi sistematici della *sedes materiae* si pongono in armonia con l'equiparazione strutturale del provvedimento epurativo del socio di società di persone ad un ordinario *deliberatum* dell'assemblea delle società di capitali, come detto insospensibile senza la previa instaurazione del giudizio merito di cui all'art. 2378 c.c.¹⁰. La sospensiva, dunque, interviene a cautela della costituzione giudiziale di un diritto e la sentenza che provvede in tal senso si sottrae, almeno secondo la giurisprudenza prevalente, alla provvisoria esecutorietà¹¹: l'effetto costitutivo, in altre parole, sarebbe

⁹ In epoca antecedente alla riforma delle disposizioni in materia di condominio, cfr. infatti Trib. Nocera Inferiore, 2 febbraio 2001, in *Arch. locazioni* 2001, 450.

¹⁰ Cfr. Trib. Roma, 3 agosto 2016, in *Il caso.it*, nonché Trib. Milano, 8 agosto 2019, in *Giurisprudenza delle imprese*: "L'art. 2378, quarto comma, c.c. consente altresì che "con ricorso depositato contestualmente al deposito della citazione l'impugnante possa chiedere la sospensione dell'esecuzione della deliberazione" e dunque riconosce una specifica tutela cautelare precisando che il Giudice designato per la trattazione della causa di merito provvede valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione dell'esecuzione della delibera impugnata. Il quarto comma dell'art. 2378 c.c. (in quanto richiamato per le s.r.l. dall'ultimo comma dell'art. 2479-ter c.c.) disciplina dunque una misura cautelare "tipica", sia pure non compresa nel codice di rito, che in quanto tale preclude la concessione della tutela cautelare "atipica" di cui all'art. 700 c.p.c., che è esperibile solo in via residuale, quale norma di chiusura che può operare solo quando nessun altro rimedio cautelare è esperibile".

¹¹ Cfr. *ex multis* Cass., 26 marzo 2009, n. 7369, in *Foro it.*, 2009, I, 2699 ss.: "Orbene l'art. 282 cod. proc. civ., prevede che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva fra le parti: in considerazione della stessa formulazione della norma che fa riferimento all'esecuzione, deve escludersi che, al di fuori delle statuizioni di condanna consequenziali, le sentenze di accertamento (e quelle costitutive) possono avere efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato, essendo l'esecuzione riferibile soltanto a quelle sentenze (di condanna) suscettibili del procedimento disciplinato dal terzo libro del codice di procedura civile. Tale interpretazione trova ulteriore conferma: a) nell'art. 283 cod. proc. civ., che, prevedendo espressamente la possibilità di sospendere l'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado, necessariamente intende fare riferimento alle sentenze di

soltanto una conseguenza mediata della sentenza pronunciata *inter partes*, ma specialmente una conseguenza immediata del passaggio in giudicato della stessa. La dottrina, come noto, non è unanime sul punto e non è certo questa la sede per dare conto dell'attuale stato del dibattito ancora acceso tra gli studiosi¹². Tuttavia, l'influenza del dibattito stesso sulla tematica in

condanna; b) nelle disposizioni di cui agli artt. 431 e 447-bis cod. proc. civ., che fanno riferimento alle sole ipotesi di condanna; c) nella regola generale dell'immutabilità dell'accertamento sancita dall'art. 2909 cod. civ., atteso che, in mancanza di una espressa previsione legislativa in senso contrario, tale norma non consente di attribuire efficacia a un accertamento che non sia ancora definitivo”.

¹² Ad esempio, aderiscono alla tesi adottata dalla giurisprudenza V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1956, 274; A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 117; G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2006, 329; C. CONSOLO, *sub art. 282 c.p.c.*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 263; M. ZULBERTI, *La provvisoria esecutività della sentenza di primo grado*, in L. DITTRICH (diretto da), *Diritto processuale civile*, Milano, 2019, II, 2273, il quale ritiene però che debbano ascriversi alla categoria delle sentenze provvisoriamente esecutive anche quelle aventi ad oggetto un *facere* incoercibile, inidonee quindi a fondare l'esecuzione forzata. Sono invece fautori della tesi opposta, oltre ovviamente a E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 393 ss., E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, 1987, Torino, 16 ss., spec. 18.; G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, 303 ss., il quale, aderendo all'impostazione di C. FERRI, in L. P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006, I, 586, ritiene che la provvisoria esecutività concerna la produzione immediata di effetti pure dichiarativi e costitutivi; C. FERRI, *Effetti costitutivi e dichiarativi della sentenza condizionati da eventi successivi alla sua pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1392 ss.; M. VANZETTI, *Querela di falso e sospensione del processo – incidente di falso, sospensione del processo ed efficacia naturale della sentenza*, in *Giur. it.* 2017, 10, 2107 (nota a Cass., 16 maggio 2017, n. 12035): “L’ordinanza annotata compie poi un passo ulteriore, a nostro avviso condivisibile. Essa, infatti, invocando il noto precedente costituito da Cass., Sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027, aderisce esplicitamente all’insegnamento di Enrico Tullio Liebman, secondo cui la sentenza, ancor prima del suo passaggio in giudicato formale, è dotata di una “efficacia naturale” esterna al processo, capace di incidere su eventuali cause dipendenti. Come già avevano affermato le Sezioni unite, anche secondo questa decisione non si può negare che le sentenze di primo grado contengano dei veri accertamenti giudiziali, seppur caducabili, idonei a incidere sulle liti dipendenti: la decisione pronunciata dal giudice di prime cure sulla causa pregiudiziale, infatti, “qualifica la posizione delle parti in modo diverso da quello dello stato originario di lite e giustifica sia l’esecuzione provvisoria (...) sia l’autorità della sentenza di primo grado nell’ambito della relazione tra lite sulla causa pregiudiziale e lite sulla causa pregiudicata”. Questa efficacia, sempre secondo l’opinione cui ha aderito la Corte, comporta che, ove la decisione sulla lite pregiudiziale venga impugnata, come era accaduto nella fattispecie sottoposta al suo sindacato, trovi applicazione la così detta sospensione facoltativa disciplinata dall’art. 337, 2° comma, c.p.c., e non invece quella

commento non può essere sopravvalutata. Coloro che, aderendo alla tesi in auge in giurisprudenza, vi scorgono un argomento che muove contro la ammissibilità della anticipazione cautelare degli effetti costitutivi, ritengono che, essendo la strumentalità una delle caratteristiche della tutela cautelare, tale anticipazione sarebbe ammessa soltanto con riferimento alle statuizioni condannatorie accessorie che non siano legate al diritto stesso da un nesso di sinallagmaticità¹³. Si dà il caso, però, che l'orientamento in parola si sia formato con riferimento al contenuto atipico dei provvedimenti d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.¹⁴, sicché la tipicità della cautela sospensiva – non essendo certo il principio che lega l'effetto costitutivo al passaggio in giudicato indisponibile per il legislatore ordinario – induce a verificare la tenuta della tesi dominante, alla luce dell'evidente influsso sul tema dell'ultrattività della misura stessa rispetto all'estinzione (o alla mancata instaurazione) del giudizio di merito.

4. – Come da programma, una volta preso atto del fatto che il provvedimento di cui all'art. 2287, comma 2°, c.c. vada ascritto alla categoria dei provvedimenti cautelari, occorre determinare se esso abbia natura anticipatoria o conservativa.

Secondo un primo orientamento¹⁵, il provvedimento di sospensione di una delibera, sia essa quella di un'associazione, di un condominio o di una

necessaria di cui all'art. 295 c.p.c., non più “dovendo”, bensì solo “potendo” il giudice sospendere la causa, purché della scelta fornisca esauriente motivazione”.

¹³ Cfr. Cass., 29 luglio 2011, n. 16737, in *Giust. civ.* 2011, 12, I, 2813: “La possibilità di anticipare l'esecuzione delle statuizioni condannatorie contenute nella sentenza costitutiva va riconosciuta, in concreto, di volta in volta a seconda del tipo di rapporto tra l'effetto accessivo condannatorio da anticipare e l'effetto costitutivo producibile solo con il giudicato. Tale anticipazione deve escludersi allorquando la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico, così come è riscontrabile nella condanna al pagamento del prezzo della compravendita contenuta nella sentenza sostitutiva del contratto definitivo non concluso”. Nello stesso senso, cfr. Trib. Civitavecchia, 5 settembre 2008, in *DeJure*; Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Giurisprudenza delle imprese*; Trib. Roma, 13 gennaio 2017, in *Ilprocessocivile.it*; Trib. Vicenza, 11 dicembre 2018, in *DeJure*.

¹⁴ Ne sono evidenza le pronunce di merito citate nella precedente nota 13.

¹⁵ S. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 503 ss.: “Innanzitutto occorre esaminare la natura dell'ordinanza di sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari. Si tratta certamente di provvedimento cautelare e, a noi pare, con funzione anticipatoria. Se infatti la sospensione dell'esecuzione viene tradizionalmente ricondotta, nell'ambito della *summa divisio* dei provvedimenti cautelari, tra quelli conservativi, chi scrive ritiene che tale assunto debba essere oggetto di ripensamento, soprattutto alla luce dell'interpretazione evolutiva dell'art. 2378 c.c. operata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. (...) Come si è più volte rilevato l'azione di annullamento ha una portata solo negativa nel senso

società di persone, assicura gli effetti pratici che deriverebbero dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento. Il concetto di “risultato pratico” è letto per implicito in quello di idoneità “ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” contenuto nell’art. 669-*octies* c.p.c., dando quindi rilievo non tanto all’effetto costitutivo ripristinatorio, quanto all’evidenza empirica della impermeabilità della fattispecie concreta alle conseguenze che l’atto sospeso avrebbe dovuto dispiegare. In altre parole, l’esclusione avrebbe dovuto comportare *inter alia* l’impossibilità per il socio reietto di esercitare i diritti amministrativi e di partecipare agli utili, nonché l’obbligo per la società di liquidare la partecipazione nelle forme di cui all’art. 2289 c.c., ma per effetto del provvedimento di sospensione nulla di tutto ciò può avvenire: sul piano pratico, è come se la delibera non fosse mai venuta ad esistenza. Il solo fatto che il socio possa prescindere dalle conseguenze che avrebbe dovuto subire a causa della delibera, quindi, è erto a “risultato pratico” connesso al passaggio in giudicato della sentenza costitutiva. Il socio escluso non otterrebbe un’utilità ulteriore – secondo questa impostazione – dalla

che soddisfa solo in negativo la situazione sostanziale sottesa al processo, ovvero l’interesse ad un diverso contenuto della delibera assembleare. Ciò, che in altri termini, è consentito ottenere con la sentenza di annullamento è solamente l’eliminazione degli effetti giuridici prodotti dalla delibera impugnata, non già la produzione di effetti positivi desiderati dall’azionista impugnante (che costituiscono, come detto, l’oggetto dell’interesse). In questo senso la pronuncia di annullamento, elidendo determinati effetti avverso i quali l’opponente agisce in giudizio, mira quindi a ripristinare lo *status quo ante*. Analoga funzione ha il provvedimento di sospensione, tradizionalmente ricondotto nel novero dei provvedimenti conservativi, in quanto appunto conserverebbe la situazione antecedente. Ma se si volge lo sguardo alle peculiarità sopra descritte della sentenza di annullamento appare evidente che l’ordinanza di sospensione ha pure caratteristiche anticipatorie perché – paralizzando gli effetti della delibera assembleare e “conservando” lo *status quo* – soddisfa anche pienamente, seppur provvisoriamente, o meglio non stabilmente, l’interesse dell’impugnante a veder cessare gli effetti contro i quali richiede tutela. (...) L’unica differenza tra le due misure può essere a mio avviso identificata sul piano della provvisorietà: mentre l’annullamento estingue definitivamente gli effetti della fattispecie deliberativa, la sospensione si limita a paralizzarli provvisoriamente ponendo la deliberazione in una situazione simile ad un negozio sottoposto a condizione sospensiva”. Nello stesso senso, cfr. A. CARRATTA, *sub* art. 2378 c.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 1157: “Siamo in presenza, perciò, di un provvedimento la cui “strumentalità” rispetto alla decisione di merito è data dalla possibilità di anticipare alcuni effetti di quest’ultima, e dunque di un provvedimento con funzione cautelare ed a contenuto anticipatorio”; e C. ZAGANELLI, *Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative*, in *Giur. comm.*, 1976, II, 372 ss.

definitività dell'accertamento giudiziale, sicché la cautela sospensiva avrebbe natura anticipatoria¹⁶.

Alcuni commentatori, peraltro, si sono esplicitamente riferiti alla necessità di un'interpretazione estensiva dell'art. 23 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (oggi abrogato, ma di contenuto sostanzialmente identico all'attuale art. 669-octies, comma 6°, c.p.c., salvo la sostituzione del sostantivo "decisione" con "sentenza"), motivata proprio dalla ampiezza semantica degli effetti legati al provvedimento di merito che la cautela intende anticipare. Sarebbe rilevante ai fini dell'ultrattività della misura, quindi, non soltanto l'effetto tipicamente legato alla pronuncia di merito, ma anche l'ottenimento di un "risultato pratico sostanzialmente equivalente"¹⁷ o tale da "incidere in maniera sostanziale sugli interessi in gioco"¹⁸, che ad ogni modo soddisfi l'esigenza di tutela della parte istante. Al socio escluso – per tornare al caso deciso dalla Corte – sarebbe sufficiente una sospensione *sine die* del provvedimento epurativo per vedere rimossi gli effetti pratici negativi della decisione sociale; pertanto, in difetto di iniziative sue o della società e fatta salva la clausola *rebus sic stantibus* connaturata ad ogni misura cautelare, la mancata coltivazione del giudizio di merito non ne comporterebbe l'inefficacia.

Secondo i fautori dell'orientamento opposto, invece, la natura anticipatoria della misura cautelare andrebbe intesa in senso rigoroso, giacché tutti i provvedimenti cautelari sarebbero "in grado di produrre effetti in senso lato anticipatori"¹⁹. Lo stesso sequestro conservativo, ad esempio, ai sensi dell'art. 686 c.p.c. si converte in pignoramento con la

¹⁶ Cfr. sul punto anche l'opinione di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 10° ed., Milano, 2019, 227: "Proviamo ora a fare applicazione di quanto appena visto ad un'ipotesi chiave: la sospensione cautelare degli effetti di una delibera assembleare o condominiale. Si tratta di provvedimento cautelare anticipatorio o conservativo? Fra sospensione ed annullamento, dal punto di vista della tutela esecutiva, non vi è alcuna differenza. La delibera, sia sospesa che annullata, non ha più attuazione: ad es., la fusione societaria si arresta in ugual modo sia nell'uno che nell'altro caso; i contributi condominiali deliberati non possono essere riscossi sia nell'uno che nell'altro caso. La differenza sta in ciò, che la sospensione cautelare non statuisce sulla non conformità a diritto della delibera, mentre la sentenza di annullamento sì: ma ciò attiene appunto al piano della tutela dichiarativa, che è per definizione esclusa dalla nozione di anticipatorietà. La sospensione cautelare degli effetti di una delibera assembleare o condominiale è dunque un provvedimento anticipatorio".

¹⁷ A. SALETTI, *sub* art. 23 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in B. SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003, 223-224.

¹⁸ M. CRISTIANO, *Il rapporto con il giudizio di merito; la revoca e la modifica, gli incidenti di attuazione*, relazione tenuta all'incontro di studio del CSM tenutosi a Roma il 3-5 giugno 2003, 8 del dattiloscritto, richiamato in G. ARIETA, *Le cautele e il processo cautelare*, Padova, 2011, 30.

¹⁹ Cfr. G. ARIETA, *op. cit.*, 29.

pronuncia della sentenza di condanna esecutiva. Pertanto, se si accogliesse una nozione ampia di idoneità “ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”, si potrebbe perfino sostenere che di fatto il sequestro anticipi il contenuto della statuizione definitiva, quando invece non sembra revocabile in dubbio (anche per i sostenitori del primo orientamento) che tale misura cautelare abbia la funzione “di garantire la fruttuosità dell’espropriazione forzata”²⁰, senza perciò far conseguire al creditore alcuna delle utilità ordinariamente ottenibili con la sentenza condannatoria di merito. Una indiretta conferma di tale conclusione, invero, la si ritrova ponendo mente a quella dottrina che scorge nell’istituto del sequestro conservativo (e più generale nella tutela cautelare) il carattere dell’autonomia-astrattezza²¹, per la quale, quindi, la misura in parola avrebbe un effetto costitutivo *ex nunc* (il divieto di disporre dei beni e l’inefficacia degli atti dispositivi compiuti in spregio del divieto stesso). In altri termini, la circostanza che la concessione del sequestro dipenda non dall’esistenza del diritto, ma dalla verosimiglianza della ragione di credito, implicherebbe che “la sua concessione prescinde totalmente dalla vigenza di una specifica situazione giuridica sostanziale”²² e che “il potere giuridico di ottenere uno di questi provvedimenti è una forma a sé stante di azione (azione assicurativa) ed è mera azione (...) perché esiste come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista”²³. Aderendo a tale impostazione, che si pone su un piano teorico differente rispetto al tema in discussione, la conclusione della natura non anticipatoria del sequestro ne esce rafforzata, giacché la situazione giuridica susseguente all’emanazione della cautela sarebbe affatto diversa – e autonoma – rispetto a quella oggetto del successivo accertamento nell’ambito del giudizio di merito. Diversità che, quindi, preclude di postulare che gli effetti della misura provvisoria anticipino quelli (dissimili) della sentenza.

Alla luce di ciò, si è proposto di individuare il contenuto precettivo dell’art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. “nell’introduzione, in via cautelare, di una regolamentazione provvisoria, anche parziale, del rapporto litigioso, cioè di un nuovo assetto di interessi comunque ottenibile all’esito della

²⁰ F. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 260.

²¹ Cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 235 ss.; P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 75; A. SCAGLIONI, *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 1969, 5 ss.; V. ANDRIOLI, *Del sequestro conservativo*, in A. SCIALOJA e G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1953, 272.

²² M. FORTINO, voce *Sequestro conservativo e convenzionale*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 67.

²³ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 236.

tutela di merito”²⁴. La natura anticipatoria, dunque, si desumerebbe proprio dall’identità contenutistica della misura cautelare rispetto al futuro provvedimento di merito, il che corrisponde all’attribuzione – sebbene periclitante – della ragione ad una delle parti. Il rapporto litigioso assume pertanto un assetto nuovo, sbilanciato in favore della parte che ha ottenuto la misura cautelare.

Adottando questa ulteriore nozione descrittiva della natura anticipatoria della cautela, essa è apparsa difficilmente compatibile con l’ipotesi della sospensione della delibera epurativa. Infatti, secondo tale dottrina, i provvedimenti che appartengono a questa *species* “si limitano ad impedire, con efficacia *ex nunc*, la produzione o l’ulteriore produzione degli effetti, senza anticipare l’accertamento contenuto nella decisione di merito che rende invalidi gli atti impugnati con efficacia *ex tunc*”²⁵. Infatti, il criterio discrezionale imperniato sulla regolamentazione provvisoria del rapporto sostanziale induce a considerare come neutra la cautela sospensiva: nessuna delle parti ottiene l’attribuzione della ragione richiesta, perché – anche se sul piano del “risultato pratico” il socio reietto riprende a godere del proprio *status* – il rapporto sociale rimane reciso dal provvedimento di esclusione e la situazione conseguente all’applicazione della misura cautelare non corrisponde a nessuna di quelle relative ai possibili esiti della lite.

Come appare evidente, nel dibattito interpretativo sin qui riassunto, la soluzione del caso risulta condizionata dall’impostazione dogmatica assunta con riferimento al concetto di cautela anticipatoria. La Corte di cassazione, tuttavia, pur illustrando partitamente le posizioni assunte dalla dottrina, in realtà giunge a dirimere la questione interpretativa facendo assegnamento su argomenti che prescindono dalla predetta impostazione dogmatica.

4.1 – La Cassazione muove da un’affermazione di principio riguardante la tutela cautelare in generale: “l’opinione dominante afferma che la tutela cautelare può essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l’esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all’accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d’accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi”²⁶. A ben vedere, però, a chi scrive

²⁴ G. ARIETA, *ibidem*.

²⁵ G. ARIETA, *op. cit.*, 31.

²⁶ L’ordinanza qui commentata mutua tali parole da Trib. Milano, 3 gennaio 2013, in *Giurisprudenza delle Imprese* (e prima ancora da Trib. Milano, 6 febbraio 2012, in *DeJure*): “La giurisprudenza dominante ha affermato che la tutela cautelare può

pare che l'origine di tale orientamento risieda nell'esperienza dei giudici di merito con l'applicazione della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, nella quale vige il principio di atipicità. È quindi errato sostenere, in termini generali, che la tutela cautelare sia sempre esclusa con riferimento ai capi dichiarativi o costitutivi della futura sentenza di merito, perché l'ordinamento esibisce ipotesi di misure tipiche che incidono pacificamente su tali capi. La sospensione delle deliberazioni degli organi collegiali, da questo punto di vista, costituisce il paradigma delle misure cautelari che non soltanto influiscono sul futuro capo costitutivo (conservandolo fino al passaggio in giudicato o, secondo taluni, anticipandolo), ma producono esse stesse un effetto di tipo costitutivo, paralizzando *ex nunc* l'efficacia che un atto di autonomia privata avrebbe *ope legis* secondo la specifica disciplina di riferimento. Anzi, il ragionamento della Corte pare trovare suffragio nel postulato secondo cui sarebbe impossibile anticipare in via cautelare il contenuto di un provvedimento inefficace fino alla formazione del giudicato, quindi – a meno di voler considerare ogni provvedimento d'urgenza di natura anticipatoria (sebbene essi svolgano la più generica funzione di “assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”) – la categoria alla quale riferire il principio di diritto riportato *supra* appare ancor più ristretta rispetto ai provvedimenti di cui all'art. 700 c.p.c.²⁷, ossia alle sole misure d'urgenza concretamente anticipatorie. La Corte, pertanto, sviluppa un ragionamento circolare, laddove giustifica la pretesa non ultrattività della cautela sospensiva, e prima ancora la sua natura meramente conservativa,

essere utilizzata anche con strumentale preordinazione ai processi di mero accertamento e di accertamento costitutivo, ossia in settori dai quali l'esecuzione forzata è esclusa per definizione, ove però la misura di salvaguardia riguardi i capi della sentenza pronunciati su domande di condanna accessorie al mero accertamento o all'accertamento costitutivo, non rivestendo la sentenza di mero accertamento o d'accertamento costitutivo il carattere di titoli esecutivi (...) Coloro i quali negano la possibilità di una tutela cautelare correlata all'azione costitutiva – soprattutto per quella di carattere anticipatorio – fanno leva sul dato peculiare ravvisabile nel fatto che in tal genere di procedimenti il diritto da tutelare ancora non esiste, essendo il suo sorgere condizionato all'effetto costitutivo della sentenza, con la conseguenza che in dette ipotesi gli effetti del provvedimento cautelare si sovrapporrebbero del tutto a quelli della sentenza di merito riconoscendo ed assicurando tutela ad un diritto futuro”.

²⁷ Tale conclusione è corroborata non soltanto dal *caveat* contenuto nelle pronunce ambrosiane di cui alla nota 26 (“soprattutto per quella di carattere anticipatorio”), ma anche dai successivi provvedimenti emanati sulla scia del medesimo principio affermato dal Tribunale di Milano. Sul punto, cfr. Trib. Napoli, 7 luglio 2014, in *DeJure* e Trib. Napoli, 30 dicembre 2015, n. 6, in *DeJure*.

sulla scorta di un principio di diritto che presuppone di aver già compiutamente accertato la ricorrenza di tali caratteristiche processuali²⁸.

La suggestione derivante dall'atipicità della tutela d'urgenza si riscontra anche in un differente momento argomentativo dell'ordinanza che si commenta, nel quale è opinato che "relativamente alle sentenze costitutive, è possibile affermare che il bisogno di tutela urgente riguarda non tanto la salvaguardia o l'anticipazione del provvedimento costitutivo in sé e per sé considerato, bensì l'adozione di una cautela con riferimento alla statuizione consequenziale alla pronuncia costitutiva (...) Dovendosi dunque accedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata, *ex art. 24 Cost.*, nella medesima *ratio*, la dottrina afferma anche l'ammissibilità del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* relativamente alle statuizioni accessorie ad una pronuncia costitutiva. Nel caso di specie, il collegio osserva che la sospensione della delibera di esclusione, se considerata avente natura anticipatoria, anticiperebbe proprio l'effetto inscindibilmente collegato con la pronuncia costitutiva di annullamento, consistente nel ripristino della posizione di socio, che resterebbe definitiva in caso di mancata instaurazione del giudizio di merito o di sua estinzione, laddove tale effetto può essere prodotto solo ed esclusivamente dal passaggio in giudicato della sentenza costitutiva di annullamento della delibera di esclusione".

Ebbene, la giustificazione tradizionalmente fornita dalla giurisprudenza per posticipare l'efficacia dei capi dichiarativi e costitutivi delle sentenze si fonda (non tanto su ragioni ordinamentali, quanto) sull'interpretazione dell'art. 282 c.p.c., in particolare nel suo riferimento all'esecuzione – che non trova spazio nel campo delle modificazioni giuridiche, le quali non hanno natura operativa e non possono fondare un titolo esecutivo –, e dell'art. 2909 c.c., che colloca il momento in cui la sentenza "fa stato a ogni effetto" in quello della sua irretrattabilità. Al di là della condivisibilità o meno di tale orientamento, tuttavia, è pacifico che il limite di efficacia delle pronunce dichiarative e costitutive abbia ragion d'essere soltanto "in mancanza di una espressa previsione legislativa in senso contrario"²⁹. Lo stesso art. 2908 c.c. di per sé non osta a che la produzione dell'effetto costitutivo avvenga ad opera di un provvedimento non avente forma di sentenza, perché: (i) da un lato la parola "sentenza" la si rinviene solamente nella rubrica (la quale, come noto, *non est lex*); (ii) dall'altro, l'*ubi consistam* del provvedimento decisorio non si

²⁸ Non pare peregrino ricordare che secondo l'opinione di G. CHIOVENDA, *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist., Milano, 1993, 323 ss., la circostanza dell'esecutorietà differita delle sentenze costitutive non osterebbe comunque all'esercizio del potere di ordinare in via d'urgenza non soltanto l'anticipazione dei relativi effetti dipendenti, ma pure di un effetto propriamente costitutivo.

²⁹ Il riferimento è sempre a Cass., 26 marzo 2009, n. 7369, *cit.*

rinvia nell'adozione di un particolare procedimento o nella pienezza della relativa attività istruttoria, ma piuttosto dell'adozione di un assetto di interessi che costituisce l'esito di una ponderazione fondata sulla legge (fa eco a tale considerazione la tesi di cui alla nota 24, che appunto identifica la scaturigine del provvedimento anticipatorio nell'esistenza di una regolamentazione provvisoria del rapporto intercorso tra le parti). D'altro canto, non pare frustraneo notare che, se il termine "sentenza" fosse letto nel suo stretto significato processuale, anche l'art. 2909 c.c. cesserebbe di avere effetto nei casi in cui il giudizio cognitorio termina con l'emanazione di un'ordinanza (sia ciò, ad esempio, in esito al procedimento di cui all'art. 702-bis c.p.c. oppure in seguito all'emanazione del provvedimento della Cassazione in camera di consiglio), con conseguenze paradossali sotto ogni profilo rilevante.

In definitiva, è ragionevole ritenere che il giudice, nel conformare la tutela cautelare atipica alle singole esigenze di tutela, non possa superare il contenuto precettivo di una norma di fonte primaria: non va dimenticato, infatti, che anche nell'ordinamento processual-civilistico vige il principio della riserva di legge di cui all'art. 111, comma 1°, Cost. Nel campo delle cautele tipiche, invece, introdotte nell'ordinamento da disposizione parigrado rispetto a quelle divise poc'anzi, l'argomento utilizzato per negare la natura anticipatoria delle misure rimane sfornito di solida base razionale, perché nulla impedisce che il legislatore, proprio introducendo la sospensione delle deliberazioni assembleari, abbia inteso anticipare la produzione di un effetto costitutivo rispetto alla formazione del giudicato.

L'ordinanza in commento non prende in considerazione tale aspetto, anche perché nella motivazione si prosegue sostenendo che "quello che si può anticipare – in via di provvisoria esecuzione della sentenza esecutiva di condanna, o in via di tutela cautelare anticipatoria – sono solo gli effetti meramente dipendenti dall'effetto costitutivo, ossia in qualche modo autonomi rispetto allo stesso, non gli effetti che sono diretta conseguenza dell'effetto costitutivo" (facendo cioè riferimento al dibattito relativo alla esecutività dei capi condannatori contenuti in sentenze costitutive o dichiarative). Si aggira, quindi, la costruzione di una definizione di idoneità "ad anticipare gli effetti della sentenza di merito", richiamando un principio di diritto afferente ad un diverso ambito del processo, vale a dire a quello dei capi condannatori ancillari a pronunce dichiarative e costitutive, che però è estensibile al più alla sola tutela d'urgenza.

4.2 – Quand'anche il parallelismo con i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* fosse calzante e quindi sufficiente a statuire sulla natura conservativa della sospensione cautelare, può quantomeno dubitarsi che da ciò consegua *sic et simpliciter* l'ultrattività (in ogni caso) della misura atipica d'urgenza. La

questione è nota agli studiosi del giudizio cautelare e si impernia sulla formulazione letterale dell'art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. (e, prima ancora, dell'art. 23, comma 1°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5). Il frammento dispositivo cui si fa riferimento è quello in cui è previsto che l'onere di intrapresa del giudizio di merito non si applichi “ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'articolo 700 e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito”. Tale formulazione ha suscitato un ampio dibattito dottrinale, che muove dalla constatazione che anche le misure d'urgenza possono avere natura conservativa³⁰, con la conseguenza che, se tutti i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* fossero *tout court*

³⁰ Cfr. G. FRUS, *sub art. 23 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2004, 663: “A titolo esemplificativo si possono menzionare da un lato provvedimenti d'urgenza provvisoriamente inibitori, volti a mantenere immutato lo stato di fatto o di diritto, con l'ordine di cessare il comportamento pregiudizievole tenuto dal resistente, fino all'emanazione di una sentenza dichiarativa o costitutiva o di condanna; dall'altro i provvedimenti d'urgenza modellati su misure cautelari tipiche che non siano utilizzabili in quella singola fattispecie, per mancanza dei loro presupposti speciali di ammissibilità, come ad esempio: “sequestri per la tutela di invenzioni non ancora brevettate o per marchi non ancora concessi, sequestri finalizzati ad impedire la diffusione di prodotti da parte del concorrente sleale, sequestri di quote a responsabilità limitata, sequestri dei mezzi attraverso i quali vengono violati il diritto di immagine e i diritti della personalità in generale””. Cfr. inoltre M. F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 3, 11 ss., il quale concorda che “anche il richiamo *tout court* ai provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.* è foriero di dubbi, posto che gli stessi potrebbero avere natura conservativa e non sempre e necessariamente anticipatoria”; nonché F. LUISO, *Diritto processuale civile, cit.*, 227-228: “Quanto appena visto — oltre a fornire il criterio per individuare la natura anticipatoria o conservativa dei provvedimenti cautelari *extra codice* — consente anche di stabilire se il regime della strumentalità debole si applichi sempre e comunque ai provvedimenti di urgenza *ex art. 700 c.p.c.* La dizione dell'art. 669-*octies*, VI c.p.c. è effettivamente ambigua, in quanto si parla dei provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e degli “altri” provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito” e R. TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in *www.judicium.it*. *Contra*, invece, C. CONSOLO, *Le prefigurabili inanità di alcuni nuovi riti commerciali*, in *Corr. giur.* 2003, 1519, che fa leva sul dettato letterale dell'art. 23, comma 1°, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 per slegare dal vincolo della strumentalità necessaria tutti i provvedimenti d'urgenza in materia societaria. Il medesimo A., però, in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 11ª ed., Torino, 2017, 217, con riferimento all'art. 669-*octies* c.p.c. nella nuova formulazione ha ritenuto, più dubitativamente, che “neppure è chiaro se il regime speciale valga per tutti i provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, o solo per quelli — che saranno circa la metà — che in concreto assumano contenuti di vera, strutturale anticipazione”. Infine, cfr. anche R. GIORDANO, *sub art. 669-*octies* c.p.c.*, in L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, VII, I, Torino, 2013, 1194 ss.

ultrattivi, il parametro della idoneità anticipatoria subirebbe un'applicazione limitata alle misure cautelari tipiche.

Secondo una prima tesi, sarebbe irragionevole e quindi incostituzionale interpretare il testo legislativo nel senso di autorizzare l'estensione della regola anche ai provvedimenti urgenti in concreto conservativi. In altri termini, si consentirebbe di far dipendere l'effetto della resistenza alle vicende estintive del giudizio di merito da un presupposto slegato rispetto alla sua *ratio*, con il correlato trattamento dispari di situazione processuali identiche. Non potendo eludere l'esigenza di scegliere l'opzione ermeneutica corretta, anche alla luce del criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata, un autore ha proposto di considerare la disposizione semplicemente pleonastica: i provvedimenti d'urgenza costituirebbero il paradigma delle cautele normalmente ultrattive, ma il giudice non potrebbe comunque prescindere dall'accertare in concreto la natura anticipatoria dell'ordinanza emanata³¹.

Al contrario, secondo un diverso orientamento³² il legislatore avrebbe inteso assicurare la resistenza *ex art. 669-octies*, comma 6°, c.p.c. a tutte le misure atipiche d'urgenza, al fine di evitare le difficoltà rivenienti dall'accertare volta per volta la natura del provvedimento concretamente adottato dal giudice della cautela. Il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, infatti, si confronta con una vera e propria panoplia contenutistica (dai diritti reali, alle prestazioni di contratti tipici ed atipici, alla cessazione di condotte *contra ius*, ecc.) e, al fine di alleviare il giudice e le parti dall'imprevedibilità dell'applicazione di categorie tipiche a misure innominate, si sarebbe previsto di svincolarne l'ultrattività rispetto al requisito della natura anticipatoria³³.

³¹ Cfr. G. FRUS, *op. cit.*, 664-665.

³² Cfr. A. CELESTE, *op. cit.*, 349-350, nonché Trib. Genova, 11 maggio 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 806 ss.; Trib. Reggio Calabria, in *Giur. Merito*, 2007, 1014 ss.; Trib. Ivrea, 28 giugno 2006, in *Dir. e giust.*, 2006, 32, 41 ss.

³³ Cfr. F. FIORUCCI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Milano, 2009, 272: "considerato che non tutti i provvedimenti d'urgenza hanno carattere anticipatorio, è discusso l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni aventi ad oggetto, come detto, i provvedimenti d'urgenza e gli altri provvedimenti cautelari anticipatori. Considerazioni di carattere testuale, non distinguendo la disposizione in esame i provvedimenti d'urgenza in base al loro contenuto, nonché ragioni di certezza del diritto, per la inopportunità di obbligare il giudice cautelare a qualificare, scelta peraltro non sempre scontata, la misura cautelare adottata come anticipatoria o conservativa, inducono ragionevolmente a ritenere che qualunque provvedimento d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, indipendentemente dal suo contenuto, rientri nella previsione recata dall'art. 669-octies, 6° co., c.p.c."; e A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in G. TARZIA, A. SALETTI (a cura di), *Il processo cautelare*, Padova, 2015, 302: "Se, dunque, il carattere anticipatorio non solo non è richiesto,

Orbene, l'adesione all'opinione appena rammentata produce conseguenze sul piano ordinamentale non apprezzabili, se si considera l'orientamento che ammette l'impiego delle misure d'urgenza anche per supplire a vuoti di tutela dipendenti dalla struttura processuale delle misure tipiche. In particolare, la giurisprudenza di merito si è confrontata sia con l'ipotesi in cui l'opposizione alla delibera di esclusione debba essere deferita in arbitrato in forza di un'apposita clausola statutaria, ma in concreto l'arbitro nominato non abbia ancora accettato l'incarico³⁴, sia con l'ipotesi in cui la particolare urgenza della situazione non consenta neppure di attendere la notifica dell'atto introduttivo del giudizio di merito³⁵, dal momento che l'art. 2287, comma 2°, c.c. esclude l'ipotesi della tutela cautelare *ante causam*. Tali decisioni suffragano, infatti, la possibilità per il socio reietto di ottenere la sospensione della delibera epurativa con un

stando alla lettera della legge, in relazione alle denunce, ma sicuramente non ricorre per quella di nuova opera, sarebbe contraddittorio ritenere che esso debba valere per i provvedimenti *ex art. 700 c.p.c.*, i quali quindi sono sempre assoggettati alla regola strumentalità attenuata, indipendentemente dal loro contenuto". Cfr. anche S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in S. CHIARLONI, C. CONSOLO (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, II, *Procedimenti cautelari*, Torino, 2005, I, 28 e R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, 137.

³⁴ Cfr. Trib. Enna, 16 dicembre 2008, in G. BUFFONE, *Art. 700 C.P.C. e la procedura d'urgenza*, Santarcangelo di Romagna, 2013, 207 ss.: "Orbene, considerato che il ricorso *ex art. 700 c.p.c.*, previsto come rimedio residuale, ha una propria operatività in tutte quelle ipotesi in cui non sussista la tutela tipica, nella fattispecie sussiste proprio la situazione che legittima il ricorso alla tutela residuale in quanto non risulta ancora l'accettazione dell'arbitro e, diversamente opinando, si correrebbe il rischio di privare la parte del rimedio cautelare fintanto che il provvedimento di nomina non sia comunicato all'arbitro, questi non abbia accettato la nomina con il rischio di una eventuale rinuncia che allungherebbe i tempi per la pronuncia sulla istanza cautelare".

³⁵ Trib. Milano, 8 aprile 2016, in *Giurisprudenza delle imprese*: "rimedio necessario, è da aggiungersi, la cui richiesta *ex art. 700 c.p.c.*, antecedentemente alla notifica dell'atto di citazione in opposizione, risulta ammissibile nel caso di specie, data la peculiare urgenza connotante la fattispecie, nella quale la condotta dei due soci (*omissis*) ed (*omissis*) appare caratterizzata per plurimi profili in senso opposto a quello di una trasparente gestione dei propri interessi sociali (cfr. quanto illustrato dal liquidatore della sas, anche in udienza, in riferimento alle vicende di comunicazione dell'atto 28.1.2016 e allo svolgimento dell'assemblea del 28.2.2016, da lui convocata, docc. 4, 8 e 9), cosicché il *periculum* di ulteriori imminenti interventi riguardanti la compagine sociale appare del tutto verosimile"; *contra* Trib. Torino, 21 febbraio 2019, n. 862, in *Giurisprudenza delle imprese* (che richiama a sua volta Trib. Avezzano, 17 giugno 2004, in *Giur. Merito*, 2004, 1989 ss. e Trib. Torre Annunziata, 17 maggio 1994, in *Giur. Merito*, 1999, 74 ss.). Sul punto, la dottrina si divide e le varie posizioni sono state ben identificate da A. PANZAROLA, R. GIORDANO, *Provvedimenti d'urgenza*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2016, 309.

provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, alla luce di un *periculum* particolarmente qualificato in senso sostanziale (il rischio del compimento di gravi atti di *mala gestio*) o processuale (l'impossibilità di ottenere in tempi ragionevoli la discussione dell'istanza cautelare dinanzi al tribunale arbitrale). Se tali arresti fossero condivisibili, in assenza di una lettura ortopedica dell'art. 669-*octies*, comma 6°, c.p.c. siffatte misure para-atipiche sarebbero destinate ad essere ultrattive a prescindere dalla loro natura. In altri termini, se anche si giungesse a ritenere la sospensione della delibera di esclusione una misura cautelare conservativa, essa, ove applicata in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, soggiacerebbe comunque al regime di strumentalità attenuata, producendo un'aporia sistematica.

5. – Non pare questa la sede per sciogliere antichi nodi interpretativi che ancor oggi rendono incerto il rito cautelare uniforme. Sembra, però, che il ragionamento seguito dalla pronuncia commentata, pur risolvendo la specifica *quaestio iuris* relativa alla natura della sospensione della delibera di esclusione, in realtà non fornisca una chiave di lettura più generale per identificare il sostrato conservativo o anticipatorio delle misure cautelari.

Cionondimeno, appare condivisibile ritenere di natura conservativa la misura della sospensione in parola, sebbene per ragioni diverse da quelle indicate dalla Corte. Infatti, se correttamente si esclude l'applicazione dei principi raggiunti dalla giurisprudenza in materia di tutela atipica, può convenirsi su alcuni elementi descrittivi della fattispecie, ossia: (i) la produzione immediata di un effetto costitutivo, che agisce in senso impeditivo sull'efficacia negoziale dell'atto di autonomia privata; (ii) la provvisorietà dello *status* acquisito dal socio reietto per effetto del provvedimento giudiziale. Ciò posto, guardando alla fattispecie ridetta con gli opposti criteri propugnati dalla dottrina, la sospensione risulta a un tempo non assicurare affatto il risultato pratico ottenibile al socio all'esito del giudizio di merito, poiché tale risultato dipende dalla stabilità e dalla certezza della sua appartenenza alla compagine sociale, in specie in una società di persone, nella quale non esiste una netta separazione tra amministrazione e proprietà. Del pari, la misura sospensiva non assicura neppure un regolamento di interessi assimilabile a quello riveniente dalla sentenza di merito, perché l'art. 2287, comma 2°, c.c. non identifica alcun particolare *fumus boni iuris* ai fini della concessione della misura, lasciando al giudice della cautela una ampia discrezionalità nell'accordare la sospensione. I rapporti tra il socio escluso, da una parte, e la società e gli altri soci, dall'altra, non subiscono pertanto alcuna rimodulazione in termini assiologici, ma la cautela si limita soltanto a posticipare nel tempo gli effetti della decisione di autonomia privata, che resta strutturalmente intatta e non si confonde con il provvedimento giudiziale. Soltanto la sentenza di

accoglimento dell'opposizione, quindi, ha l'effetto di intervenire sulla fattispecie privatistica in senso demolitorio, mentre all'eventuale sentenza di rigetto – poiché portatrice dell'accertamento dell'inesistenza del diritto all'annullamento – consegue in via automatica la caducazione del contenuto posticipatorio della misura cautelare concessa, per effetto dell'art. 669-*novies*, comma 3°, c.p.c.

Alla luce dell'evidente funzione di evitare l'immutazione dello *status* sociale senza una previa deliberazione a cognizione piena, la misura tipica di cui all'art. 2287, comma 2°, c.c. appare in definitiva di natura conservativa e, come tale, destinata a soccombere rispetto alle vicende estintive (o alla mancata instaurazione) del giudizio di merito nel quale tale accertamento sarebbe dovuto avvenire.

Abstract

THE SUSPENSION OF THE RESOLUTION TO EXCLUDE THE MEMBER OF PARTNERSHIPS: A PROCEDURAL ENTHYME

La Suprema Corte di cassazione, in un caso relativo alla esclusione di un socio di una società in accomandata semplice, ha stabilito che la misura sospensiva tipica prevista dall'art. 2287, comma 2°, c.c. ha natura conservativa, con la conseguenza che l'estinzione del giudizio di merito (ovvero la sua mancata instaurazione) ne provoca la caducazione a norma dell'art. 669-*novies* c.p.c.

La ricostruzione dogmatica della differenza tra tutela conservativa e strumentalità piena e tra tutela anticipatoria e strumentalità attenuata ha agitato, anche in tempi recenti, la più accorta dottrina, senza che vi fosse un intervento nomofilattico (anche a causa della non ricorribilità per cassazione delle ordinanze cautelari) in grado di porre un punto fermo nel dibattito. Neppure la pronuncia commentata si fa carico di ciò, ma comunque introduce una serie di delicati principi che meritano di essere approfonditi.

*The Supreme Court of cassation, in a case concerning the exclusion of a member of a partnership, has established that the typical suspensive measure provided for by Article 2287, paragraph 2, of the Italian Civil Code is of a conservative nature, with the consequence that the extinction of the proceeding on the merits (or the failure to initiate it) causes it to lapse pursuant to Article 669-*novies* of the Italian Civil Procedure Code.*

The dogmatic reconstruction of the difference between conservative protection and full instrumentality and between anticipatory protection and mitigated instrumentality has engaged, even in recent times, the most wise doctrine, without there being a nomophylactic decision (also because of the impossibility to apply to the Court of cassation about precautionary orders) able to put a firm point in the debate. Even the annotated ruling does not complete this task, but it does introduce a series of delicate principles that deserve to be studied in depth.

**ARBITRABILITÀ DELLA CONTROVERSIA DISCIPLINATA DA
NORME INDEROGABILI E NECESSARIA CENSURABILITÀ DEL
LODO PER VIOLAZIONE DELLE STESSE**

Corte di cassazione, Sez. VI, 28 settembre 2020, n. 20462
(Pres. Acierno - Rel. Terrusi)

In questa pronuncia, la Corte di cassazione enuncia due principi in materia di arbitrato meritevoli, entrambi, di segnalazione.

La Suprema Corte – adita con regolamento di competenza proposto avverso una pronuncia di incompetenza del Tribunale di Latina fondata sulla clausola compromissoria inserita in uno statuto consortile – ha affermato la arbitrabilità della controversia avente a oggetto diritti di credito per oneri di urbanizzazione vantati da un consorzio nei confronti degli aderenti allo stesso, a ciò non ostando che detti oneri fossero regolati da norme inderogabili.

Questo, dunque, il primo principio: le norme inderogabili non rendono indisponibili i diritti che esse disciplinano.

Il principio, pienamente condivisibile, lascia forse intravedere una linea evolutiva, nell'orientamento della Suprema Corte, volta al superamento, in materia di arbitrato societario, della tesi della non arbitrabilità delle controversie generate dalla impugnazione di delibere assembleari che implicano la applicazione di norme inderogabili (cfr. da ultimo, in tal senso, Cass. 29 maggio 2019, n. 14665; Cass. 16 gennaio 2018, n. 2692; in dottrina cfr., per tutti, anche per richiami di dottrina e giurisprudenza, E. GABELLINI, *Arbitrato societario*, in L. SALVANESCHI – A. GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, in A. DIDONE, F. DE SANTIS, I. PAGNI (diretto da), *Forme e riforme del processo civile*, Milano, 2020, 786 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2014, 27 ss.). Vero è, per la verità, che la Suprema Corte, nelle controversie in materia di impugnazione di delibere assembleari, individua anche altri indici della indisponibilità dei diritti, ossia il coinvolgimento di interessi non individuali e la circostanza che l'iniziativa giudiziaria non è riservata solo alla parte. Si tratta tuttavia, come si è in altra sede avuto modo di rilevare (C. CONSOLO, E. MARINUCCI, *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 217 ss.), di criteri evanescenti che, alla prova dei fatti, si sono rivelati incapaci di individuare la linea di confine tra liti compromettibili e non compromettibili.

La Cassazione enuncia poi un secondo principio (prospettato come corollario del primo): "l'inderogabilità delle norme, che eventualmente

atinga la disciplina dell'obbligazione, rende semplicemente ammissibile l'impugnazione della decisione arbitrale per errore *in iudicando* – anche ove le parti non l'abbiano stabilita ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 3 c.p.c....”.

La Suprema Corte afferma dunque che gli arbitri devono applicare le norme inderogabili e, per ciò solo, il lodo sarà sempre impugnabile per erronea applicazione delle stesse, a prescindere dalla circostanza che le parti abbiano previsto quel profilo di censurabilità della decisione arbitrale a norma dell'art. 829, comma 3, primo periodo, c.p.c.

Come è noto, a partire dalla c.d. novella del 2006, è stato invertito il rapporto regola-eccezione in ordine alla censurabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. Prima del 2006 l'impugnazione per *errores in iudicando* era sempre ammessa, salva la volontà contraria delle parti; oggi, se la convenzione di arbitrato nulla dispone, il lodo non è impugnabile per violazione di regole di diritto, a meno di una espressa previsione in tal senso dei paciscenti o della legge. Il lodo, poi, a norma dell'art. 829, comma 3, secondo periodo, c.p.c., è sempre impugnabile per contrasto con l'ordine pubblico.

Ebbene, nel caso deciso nella pronuncia segnalata, la Suprema Corte, dalla circostanza che gli arbitri sono chiamati ad applicare le norme inderogabili, ricava la necessaria impugnabilità del lodo per erronea applicazione delle stesse, anche se le parti non hanno previsto nella convenzione di arbitrato quel profilo di censurabilità.

L'unica possibile lettura della decisione pare la seguente: secondo la Cassazione, le norme imperative rientrano nella nozione di ordine pubblico, la contrarietà al quale può infatti essere sempre fatta valere in sede di impugnazione per nullità a prescindere da ciò che le parti abbiano previsto nella convenzione di arbitrato. In effetti, secondo un orientamento (cui dunque la Suprema Corte sembra aderire), le norme imperative “ponendo limiti diretti, nell'ambito civilistico, all'autonomia privata, sono di necessaria applicazione e, quindi, danno vita all'ordine pubblico” (S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo “rituale”*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 199).

Se questo è ciò che la Suprema Corte ha voluto dire, allora, anche in questa enunciazione può intravedersi uno sviluppo dell'orientamento fino ad ora invalso in sede di legittimità, ove prevale una interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico (cfr. per esempio Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481), nella quale anche di recente si è escluso ricada anche l'insieme delle norme imperative (in tal senso, da ultimo, Cass. 15 ottobre 2019, n. 21850).

Certo: la materia è complessa (v., per approfondimenti, S. TURATTO, *L'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà all'ordine pubblico*, Torino, 2020, 215 ss.) e coinvolge nozioni controverse e trasversali, come quella di ordine

pubblico, norme imperative e inderogabili (queste ultime, non necessariamente coincidenti).

Né sul punto possono trarsi spunti dagli orientamenti in materia di impugnazione delle delibere assembleari, ove il problema non si pone, perché l'arbitrato sfocia in un lodo che è sempre censurabile per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (art. 36, d.lgs. n. 5/2003).

In attesa di vedere quale strada percorrerà sul punto in futuro la Cassazione, possono in questa sede svolgersi due considerazioni.

Da un lato, la nozione restrittiva di ordine pubblico – in passato adottata dalla Suprema Corte – rispecchia la intenzione del legislatore del 2006 di assegnare al lodo arbitrale una forte stabilità, in linea con la tendenza internazionale (sul tema si veda, se si vuole, E. MARINUCCI, *L'arbitrato come giudizio di unico grado* (art. 829, comma 3), in L. SALVANESCHI – A. GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, cit., 71 ss., ed ivi richiami di dottrina e giurisprudenza).

Dall'altro lato, tuttavia, la Cassazione sembra voler dare una indicazione (per molti versi condivisibile) agli arbitri: la incensurabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia non autorizza una decisione che prescindendo da quelle norme, non potendo la decisione incensurabile per *errores in iudicando* risolversi in una pronuncia secondo equità non autorizzata dalle parti (ammesso e non concesso che, anche nel giudizio secondo equità, gli arbitri possano prescindere dalle norme inderogabili; sul tema cfr., per tutti, M. ZULBERTI, *Le impugnazioni delle decisioni equitative*, Torino, 2018, 123 ss.).

Una puntualizzazione, però, è altresì necessaria.

Anche qualora si dovesse propendere per una nozione ampia dell'ordine pubblico rilevante per l'impugnazione per nullità del lodo *ex* art. 829, comma 3, c.p.c., tale da abbracciare anche il complesso delle norme inderogabili, v'è da dubitare che da ciò consegua senz'altro la possibilità di denunciarne la violazione o falsa applicazione in sede di impugnazione sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico. Come ho già evidenziato in altra sede (v., se si vuole, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esiti*, Milano, 2009, 274 s.) la contrarietà all'ordine pubblico non costituisce propriamente un *error in iudicando*, posto che ciò che rileva è piuttosto il risultato cui giunge il lodo che deve, oggettivamente, urtare con l'ordine pubblico (v., in argomento, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 9^a ed., Milano, 2019, 246 s., nonché M. ZULBERTI, *L'impugnazione*, cit., 128 s.).

ELENA MARINUCCI

**DECORRENZA DEL TERMINE LUNGO
PER L'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO ARBITRALE**

Corte di cassazione, Sez. I, 24 settembre 2020, n. 20104
(Pres. Giancola – Est. Scotti)

Con la pronuncia segnalata, la Corte di cassazione ha chiesto la rimessione alle Sezioni Unite della questione – ritenuta di massima importanza – relativa all'individuazione del *dies a quo* da cui decorre il termine per l'impugnazione del lodo rituale nel caso di sua mancata notificazione. Il problema origina dal fatto che l'art. 828 c.p.c. stabilisce, al primo comma, che il lodo va impugnato per nullità entro novanta giorni dalla sua notificazione, disponendo, al secondo comma, che l'impugnazione non è comunque possibile “decorso un anno dalla sua ultima sottoscrizione”.

La previsione era stata inserita con la riforma dell'arbitrato del 1994, innovando rispetto a quella previgente che, ai fini del decorso del termine “lungo”, attribuiva rilievo alla data del provvedimento giudiziale di *exequatur*. Fin da subito non mancarono critiche da parte della dottrina (G. TARZIA, *sub* art. 20, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Padova, 1995, 541) fondate sul rilievo che il novellato testo dell'art. 828, comma 2, c.p.c. collega il *dies a quo* ad un evento, l'ultima sottoscrizione, non conoscibile dalle parti.

La giurisprudenza, tuttavia, ha sposato un'interpretazione letterale (App. Catania 26 ottobre 2017, in *Leggi d'Italia*), valorizzata anche alla luce dell'art. 824-bis c.p.c., per il quale il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria proprio dalla data dell'ultima sottoscrizione: v'è dunque una corrispondenza tra la pubblicazione della sentenza e l'attività consistente nell'apposizione della suddetta ultima sottoscrizione (Cass., 5 settembre 2018, n. 21648; in dottrina, v. M. NISATI, *L'impugnazione del lodo*, in G. CAPO, G. CASSANO, F. FRENI (a cura di), *L'arbitrato*, Milano, 2018, 548), non superabile neppure ove fosse possibile ravvisare una formalità simile al deposito della sentenza in cancelleria, quale potrebbe essere, negli arbitrati amministrati, il deposito del lodo in segreteria (S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4^a ed., Milano, 2011, 269).

L'ordinanza in commento, tentando di individuare le molteplici linee interpretative possibili, ha prospettato anche una soluzione che colleghi il tenore letterale dell'art. 828, comma 2, c.p.c. alla previsione contenuta nell'art. 824, comma 1, c.p.c., sì che sarebbe fisiologica la decurtazione dal termine annuale decorrente dall'ultima sottoscrizione arbitrale dei dieci

giorni concessi agli arbitri, dalla norma da ultimo richiamata, per la comunicazione del lodo alle parti. Si tratterebbe, comunque, di un termine congruo, posto che sarebbe ampiamente superiore di quello semestrale attualmente previsto dall'art. 327 c.p.c. per l'impugnazione delle sentenze non notificate.

A queste soluzioni si contrappongono altre posizioni interpretative.

Per un verso, si è affermato che al disposto dell'art. 828, comma 2, c.p.c. non sarebbero estranei dubbi "di illegittimità costituzionale della norma, per contrasto con gli artt. 2, 3, e 24 Cost., nell'ipotesi limite in cui la parte soccombente, nonostante l'ordinaria diligenza, non riesca ad ottenere per tempo dagli arbitri una copia del lodo" (S. BOCCAGNA – G. RUFFINI, *sub* art. 828, in M.V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale d'internazionale*, 2ª ed., Milano, 2017, 407; conf., pur con la precisazione che l'ipotesi sarebbe di raro avvenimento, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, 3ª ed., Bologna, 2016, 844). Per altro verso, è stata prospettata una interpretazione costituzionalmente orientata, per la quale "la disposizione deve essere intesa come se dicesse 'dalla data in cui la parte ha ricevuto il lodo ex art. 824 c.p.c.' Infatti, finché la parte non riceve il lodo non ne sa niente e il termine non può decorrere" (F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 10ª ed., Milano, 2019, 234). Sono proprio queste idee che hanno spinto il Collegio a chiedere l'intervento delle Sezioni Unite, considerando percorribile sia la interpretazione costituzionalmente orientata sia, se ad essa fosse d'ostacolo la lettera della legge, quella dell'incidente di costituzionalità.

Ho già avuto modo di occuparmi della questione (v., se si vuole, L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in S. CHIARLONI (diretto da), *Commento al Codice di procedura civile*, Bologna, 2014, 860 ss.) e credo che l'ordinanza di rimessione non fornisca ragioni di ripensamento. Il termine annuale di impugnazione, sancito all'art. 828, comma 2, c.p.c. è rimasto invariato anche dopo gli interventi operati in via generale dalla l. n. 69/2009 sul termine "lungo" per le impugnazioni, previsto all'art. 327 c.p.c., ridotto, notoriamente, da un anno a sei mesi. Il significato di questo disallineamento può essere casuale, oppure consapevolmente legato alla circostanza che il *dies a quo* del suo decorso è in questo caso connesso con un evento non immediatamente conoscibile dalle parti.

Ad ogni buon conto, la circostanza che il termine lungo di impugnazione per nullità del lodo sia rimasto di un anno, unitamente a quella che, a mente dell'art. 824, comma 1, c.p.c., le parti saranno messe comunque in grado di conoscere il lodo in termini brevi, mi inducono a ritenere legittima la norma sotto il profilo della sua conformità ai dettami

costituzionali. Le parti, infatti, godono di un termine ampio per l'impugnazione del lodo, il cui contenuto dovrebbero avere in ogni caso conosciuto attraverso la comunicazione richiamata. Se, in ipotesi, per fatto a loro non imputabile, non venissero a conoscenza del lodo, dovrebbe ammettersi – come peraltro non esclude neppure l'ordinanza in esame – la possibilità di una remissione in termini per l'impugnazione in applicazione dell'art. 153 c.p.c.

LAURA SALVANESCHI

**I CRITERI DI QUALIFICAZIONE DI UNA SENTENZA PARZIALE
COME DEFINITIVA O NON DEFINITIVA: VERSO UNA NUOVA
RIMESSIONE ALLE SEZIONI UNITE**

Corte di cassazione civile, Sez. II, 9 marzo 2020, n. 6624
(Pres. D'Ascola – Rel. Criscuolo)

La Seconda Sezione civile della Corte di cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della decisione sulla questione di massima di particolare importanza della qualificazione della sentenza parziale come definitiva o come non definitiva allorché essa abbia deciso solo una o alcune domande cumulate tra le stesse parti; qualificazione, come è noto, rilevante per predicarne, rispettivamente, la sola impugnabilità immediata ovvero la impugnabilità immediata in alternativa alla riserva di impugnazione differita (ordinanza già commentata da R. LOMBARDI, *Sentenze definitive e non definitive: si preannuncia un ulteriore intervento delle sezioni unite*, in *Judicium*).

Nella ordinanza interlocutoria si sollecita una pronuncia delle Sezioni Unite volta a fare chiarezza sugli indici dai quali può ricavarsi la natura della sentenza; e ciò, con particolare riferimento al caso in cui quegli indici siano tra loro contrastanti. Nel caso sottoposto alla decisione della Cassazione, infatti, il giudice *a quo* aveva qualificato la sentenza come non definitiva, ma si era poi pronunciato sulle spese; capo, quest'ultimo, considerato (in precedenti pronunce della Cassazione anche a sezioni unite) indice della natura definitiva della sentenza.

L'ordinanza della Cassazione sollecita inoltre una presa di posizione in materia di giudizio di scioglimento delle comunioni, per il quale prospetta di valutare se adottare una soluzione non in linea con l'orientamento consolidato che attribuisce rilevanza al criterio dell'apparenza e dell'affidamento del terzo. In materia di giudizio divisorio si discute, in particolare, sulla forma che debba rivestire la sentenza che accerta il diritto

alla divisione in capo ai condividenti (ma anche di quella che escluda un condividente dal processo).

Sul tema della qualificazione delle sentenze parziali come definitive o non definitive la Cassazione ha da tempo adottato un criterio c.d. formale in virtù del quale, se il giudice *a quo* dispone la separazione delle cause o provvede sulle spese (così implicitamente disponendo la separazione), la sentenza deve considerarsi definitiva; in assenza dell'uno o dell'altro provvedimento (sia nei processi con due sole parti, sia nei processi a più parti), invece, la sentenza su una o alcune domande è considerata non definitiva (Cass. 13 settembre 2019, n. 22854; Cass. 18 giugno 2019, n. 16289; Cass. 5 settembre 2017, n. 20781, in *Giur. it.*, 2017, 2639 ss., con nota di S. ALUNNI, *Separazione delle cause e sentenze non definitive*; Cass., Sez. Un., 28 aprile 2011, n. 9441; Cass., 15 febbraio 2007, n. 3383; Cass., 27 febbraio 2007, n. 4618; Cass., 10 giugno 2005, n. 12318; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 1999, n. 711, in *Corr. giur.*, 2000, 642 ss., con nota di M. MONTANARI, *Cumulo di domande e sentenza non definitiva* e di C. CONSOLO, *Postilla su un dibattito seducente ma ormai maturo, se non estenuante quanto alle definitive su domande*; in *Giust. civ.*, 2000, I, 63 ss., con nota di G.P. CALIFANO, *Le Sezioni unite civili ripropongono l'indirizzo formale in tema di sentenze non definitive su una o più domande cumulate nel medesimo processo*; Cass., 15 febbraio 1997, n. 1417, in *Foro it.*, I, 1997, 2147 ss., con nota di E. FABIANI, *Sulla distinzione tra sentenze definitive e non definitive*; Cass., 4 giugno 1993, n. 6276, in *Foro it.*, 1993, I, 2468 ss., con nota di G. COSTANTINO, *Ancora sulla distinzione tra sentenze definitive e non definitive*).

In dottrina, invece, si registrano opinioni discordanti: talune adesive all'orientamento c.d. formale della Cassazione, altre, invece, che ancorano la qualificazione alla sussistenza e/o alla intensità della connessione tra le domande decise e quelle non decise e altre ancora all'*iter* processuale che ha condotto alla pronuncia della sentenza (per una illustrazione di questi orientamenti si veda, da ultimo S. ALUNNI, *Riunione*, cit., 2639 ss. e, se si vuole, E. MARINUCCI, *Pronuncia sul merito. Commento dell'art. 277 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. 3, tomo II, Torino, 2012, 33 ss.)

L'orientamento consolidato della Suprema Corte opta per il criterio c.d. formale, perché lo reputa più tutelante per le parti, equo, oggettivo e capace di dare certezza in un campo delicato come quello delle impugnazioni in cui le parti devono poter sapere sulla base di dati oggettivi come garantirsi la possibilità di impugnare la sentenza.

L'ordinanza interlocutoria non sembra volere dare avvio a un cambio di rotta, perché ribadisce "la necessità di dover prestare adesione all'approccio formale alla risoluzione del problema", ma sollecita le Sezioni Unite a prendere posizione sulla ipotesi in cui gli indici formali siano tra loro

contrastanti: nel caso di specie, l'indice della condanna alle spese si pone in contrasto con la qualificazione assegnata alla sentenza dal giudice *a quo* come 'non definitiva'; qualificazione cui in passato la Suprema Corte ha assegnato un rilievo dirimente (Cass. 27 marzo 1987, n. 2992). La Seconda Sezione della Cassazione opta pertanto per la rimessione alle Sezioni Unite affinché chiariscano se l'indice formale della condanna alle spese sia recessivo, ossia rilevi solo in via sussidiaria, in assenza di qualificazione del giudice *a quo*; oppure se la condanna alle spese rilevi in ogni caso, prevalendo su detta qualificazione; e ciò anche alla luce dell'orientamento della Cassazione che assegna decisiva rilevanza alla qualificazione del giudice *a quo* a tutela dell'affidamento della parte e quindi in ossequio al principio dell'apparenza (Cass. 29 dicembre 2011, n. 29829; cfr., da ultimo, sia pure in altra materia, Cass. 23 ottobre 2020, n.23390).

L'ordinanza interlocutoria segnala poi come, nel caso di specie, la eventuale assegnazione di una rilevanza decisiva alla qualificazione effettuata dal giudice, imporrebbe di concludere per la erroneità del capo di condanna alle spese accessorio alla sentenza non definitiva.

L'intervento delle Sezioni Unite è quanto mai auspicabile; ed è auspicabile che le Sezioni Unite tengano in considerazione, contrariamente agli auspici della ordinanza interlocutoria, i contributi della dottrina che invitano ad assegnare rilevanza alla connessione tra le domande, ossia alla 'sostanza' della sentenza volta a volta considerata.

È anche sperabile che le Sezioni Unite considerino che la sentenza non definitiva, rispetto a quella definitiva, presenta un indubbio valore aggiunto sotto il profilo della economia dei giudizi.

Si consideri anzitutto che, quando una parte risulti soccombente rispetto a una sentenza parziale non definitiva e l'altra, successivamente, rispetto alla sentenza definitiva (resa all'esito del giudizio proseguito) è più facile che entrambe non impugnino le due sentenze: il soccombente nella parziale non definitiva fa riserva di impugnazione, ma poi, alla luce del tenore della sentenza definitiva (a sé favorevole e sfavorevole alla controparte) decide di non impugnare; altrettanto fa il soccombente nella sentenza definitiva. In ogni caso, se anche le parti optano per la impugnazione, è più elevata la probabilità che il giudizio di impugnazione sia unico (perché il soccombente nella sentenza non definitiva ha optato, come spesso accade, per la riserva di impugnazione).

Se invece la sentenza parziale è definitiva, è altamente probabile che il soccombente rispetto alla stessa impugni (è difficile che lasci decorrere i termine per impugnare non potendo permettersi di aspettare l'esito del giudizio proseguito dopo la separazione, perché non ha a disposizione la riserva di impugnazione); a quel punto, se soccombente rispetto alla sentenza definitiva risulterà la controparte, quest'ultima impugnerà

certamente per contenere il rischio di una soccombenza ‘a tutto campo’ ossia anche rispetto alle domande oggetto della sentenza parziale in caso di accoglimento della impugnazione avversaria.

Emerge dalla esemplificazione di cui sopra che la soccombenza reciproca, in caso di sequenza sentenza parziale non definitiva-sentenza definitiva ‘finale’, può scongiurare in assoluto la instaurazione del giudizio di impugnazione e comunque, il più delle volte, implica la instaurazione di un unico giudizio di impugnazione; in caso di sequenza sentenza parziale definitiva-sentenza definitiva ‘finale’, invece, alla soccombenza reciproca segue pressoché inevitabilmente la instaurazione di due giudizi di impugnazione. Ciò accade perché la definitività della sentenza parziale preclude a chi sia soccombente rispetto alla stessa una valutazione complessiva dell’intero giudizio cumulato oggetto delle due sentenze e stimola dunque maggiormente la litigiosità. Per questa ragione, una interpretazione guidata dal principio di economia dei giudizi, dovrebbe indurre i giudici *a quo* (e le Sezioni Unite chiamate ad orientarli) a privilegiare, ove possibile, la qualificazione della sentenza parziale come non definitiva, piuttosto che come definitiva, posto che questa seconda qualificazione rende altamente probabile la instaurazione di due giudizi di impugnazione.

In materia di giudizio divisorio, l’intervento chiarificatore delle Sezioni Unite dovrà confrontarsi con ulteriori e specifici profili di complessità. Da un lato l’ordinanza interlocutoria segnala una recente pronuncia che, in quella materia, si è discostata dall’orientamento formale, affermando che la sentenza che dichiara esecutivo il progetto di divisione è definitiva, anche se non si pronuncia sulle spese (Cass., 26 luglio 2016, n.15466). Dall’altro lato la Seconda Sezione della Cassazione segnala la criticità dell’orientamento secondo cui la sentenza di approvazione del progetto di divisione ha natura non definitiva, perché detta qualificazione preclude al giudice di procedere alla estrazione, posto che l’art. 791, comma 4, c.p.c. richiede, a tal fine, che le contestazioni sul progetto di divisione siano state risolte con sentenza passata in giudicato.

ELENA MARINUCCI

Per accedere al documento cliccare sul provvedimento.

LEGISLAZIONE E PRASSI

Decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137 *“Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19”*

GIURISPRUDENZA

Corte d'appello di Milano, 22 ottobre 2020 (Pres. Nardo, Est. Distefano)

Concordato preventivo – inammissibilità per abuso del processo – dichiarazione di fallimento conseguente – riforma in sede di reclamo – esame dell'ammissibilità della domanda di concordato – rimessione al tribunale

Articoli di riferimento: artt. 22, 160, 161 e 162 l. fall.

L'accoglimento del reclamo avverso la dichiarazione di fallimento emessa, ai sensi dell'art 162, comma 2, l. fall. sul presupposto dell'inammissibilità della proposta di concordato preventivo, fondata sull'abusività del ricorso allo strumento concordatario, impone alla corte d'appello di rimettere gli atti al tribunale, in applicazione analogica dell'art. 22 l. fall., perché verifichi la ricorrenza dei presupposti di cui agli artt. 160, comma 1 e 2 e 161 l. fall.

Corte d'appello di Torino, 19 novembre 2020 (Pres. Silva, Est. Bonaudi)

Concordato preventivo omologato – fase esecutiva – decorso del termine ex art. 186 l. fall. – dichiarazione di fallimento – ammissibilità

Articoli di riferimento: artt. 5, 6, 180 e 186 l. fall.

È ammissibile la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore in concordato preventivo omologato anche senza previa risoluzione della procedura e ciò, in particolare, nelle ipotesi in cui il termine ex art. 186 l. fall. sia decorso senza che nessun creditore abbia attivato la procedura per la risoluzione del concordato.

Hanno contribuito al fascicolo:

Andrade, Èrico – Professore Adjunto nell'Università Federale di Minas Gerais (Brasile)

Carelli, Francesco – Dottore in Giurisprudenza

Conforto, Marco – Dottore di ricerca

Ferrari, Mariangela – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca

Grazzini, Barbara – Ricercatore nell'Università di Ferrara

Imbrosciano, Chiara – Dottorando di ricerca

Leonardo Netto Parentoni – Professore Adjunto nell'Università Federale di Minas Gerais (Brasile)

Marinucci, Elena – Professore associato nell'Università di Milano

Rovelli, Luigi – Già Presidente aggiunto della Corte di Cassazione

Salvaneschi, Laura – Professore ordinario nell'Università di Milano

Vantaggio, Mauro – Ricercatore nell'Università di Roma "Tor Vergata"

Villa, Alberto – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca