

Anno (X) 2021
Settembre – Dicembre
Fascicolo 3

ISSN 2281 - 4531

IL DIRITTO DEGLI AFFARI

RIVISTA QUADRIMESTRALE

DIRETTA DA
BRUNO INZITARI



DIRETTORE RESPONSABILE

Bruno Inzitari

COMITATO DI DIREZIONE

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

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Martino Zulberti

COMITATO DI REDAZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO PER LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA

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

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Davide Corraro, Livia Marcinkiewicz

EUROPEAN PRESS ACADEMIC PUBLISHING

Via Gramsci, 101 – Lamporecchio (PT)

www.e-p-a-p.com

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

PROCEDURA DI REFERAGGIO

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

I contributi sono sottoposti in forma anonima al revisore, il quale entro quindici giorni comunica se il contributo è meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione o se è meritevole subordinatamente a modifiche.

In caso di parere negativo il contributo non viene pubblicato.

INDICE DEL FASCICOLO

Anno (X) 2021 – N. 3 – Settembre – Dicembre

ARTICOLI

PAOLO PASSANITI, <i>La grande svolta del divorzio. Diritti e famiglie nella prospettiva storico-giuridica</i>	290
MICHELLE VANZETTI, <i>Descrizione e sorte della prova digitale illegittimamente acquisita</i>	305
ÉRICO ANDRADE, <i>Limites subjetivos da coisa julgada no direito brasileiro: uma rápida comparação com o direito italiano</i>	319
GIUSEPPE ANTONIO POLICARO, <i>Il governo dei consorzi di garanzia collettiva dei fidi</i>	329
AMELIA C.C. SPOLIDORO, <i>Accollo e compensazione: fra vecchi e nuovi interrogativi</i>	363

GIURISPRUDENZA

Sez. I – Note a sentenza

ELENA MARINUCCI, <i>La Cassazione a Sezioni Unite si pronuncia sui presupposti per il riconoscimento della prededuzione al credito dei professionisti che abbiano assistito il debitore (poi fallito) nell'accesso al concordato preventivo</i>	420
---	-----

Sez. II – Osservatorio

<i>La condanna ex art. 96, comma 3, c.p.c. e i suoi presupposti applicativi: Corte di cassazione, sez. III, 30 settembre 2021, n. 26545</i>	427
<i>Il tardivo pagamento del premio assicurativo: Corte di cassazione, Sez. VI, 3 dicembre 2021, n. 38216</i>	430
<i>Contratto di mutuo – natura usuraria – spese di assicurazione – Rilevanza: Tribunale di Roma, 20 ottobre 2021</i>	434

Processo civile – Termini assegnati <i>ex art.</i> 190 c.p. – Deliberazione della sentenza anteriore alla scadenza – Conseguenze – Nullità: Cassazione civile, Sez. Un., 25 novembre 2021, n. 36596	434
Requisiti di non fallibilità <i>ex art.</i> 1, comma 2, l. fall. – Onere probatorio a carico del debitore – Mezzi di prova alternativi al bilancio – Dichiarazioni fiscali – Ammissibilità: Corte d’appello di Torino, 3 novembre 2021, n. 1179.....	434

LA GRANDE SVOLTA DEL DIVORZIO. DIRITTI E FAMIGLIE NELLA PROSPETTIVA STORICO-GIURIDICA

PAOLO PASSANITI
*Professore associato
nell'Università di Siena*

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Un lungo cammino. – 3. La famiglia paritaria. – 4. Il divorzio e le nuove famiglie. – 5. L'eredità del passato nel sistema giusfamiliare.

1. – In una stagione di grande dibattito riguardante il diritto di famiglia e l'eguaglianza dei sessi, la rievocazione dell'introduzione del divorzio nel 1970¹ va ben oltre il mero dato celebrativo, trattandosi di una svolta strutturale che ha «profondamente mutato la disciplina giuridica e la morfologia stessa del matrimonio e della famiglia»². L'Italia che discute e si divide sul disegno di legge Zan è figlia dell'Italia che aveva discusso e si era divisa sul divorzio. Una stagione nuova, l'inizio del nostro presente, con l'archiviazione giuridica del patriarcato. In quegli anni Stefano Rodotà osserva che «il divorzio, nel nostro paese, rappresenta ormai lo strumento che più di ogni altro può consentire di sostituire all'arcaico modello di una società familiare chiusa la diversa visione di una famiglia come società di liberi e di eguali»³.

La storia d'Italia cambia all'alba del 1° dicembre 1970, insomma, quando alle 5:40 il presidente della Camera Sandro Pertini annuncia l'approvazione della legge sul divorzio⁴. Qualche ora dopo gli italiani ascolteranno alla radio l'appello degli intellettuali cattolici per l'abrogazione⁵: il primo passo della lunghissima campagna destinata a

¹ Si vedano almeno il numero monografico della rivista *Famiglia e diritto*, 2021/1; V. CUFFARO (a cura di), *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, Milano, 2021.

² M. SESTA, *Profili attuali della solidarietà post-coniugale*, in *Divorzio 1970-2020*, 123.

³ S. RODOTÀ, *Divorzio e famiglia moderna*, in *Il divorzio in Italia*, Firenze, 1969, 69.

⁴ L'atteggiamento della chiesa rispetto a quella legge è simboleggiato dalla lunga visita in Asia e Australia del pontefice. Il fatto che Paolo VI apprenda da Sidney la notizia denota un dissenso misurabile nella distanza geografica, ma contiene anche il messaggio di apertura a un mondo che non si riduce nelle faccende romane, lunghe un secolo, tra le sponde del Tevere.

⁵ Il messaggio condiviso da Giangualberto Archi, Giuseppe Auletta, Felice Battaglia, Carlo Bozzi, Antonio Ciampi, Lia Codacci Pisanelli, Sergio Cotta, Augusto Del Noce, Serio Galeotti, Filippo Gallo, Giorgio La Pira, Franco Ligi, Gabrio Lombardi, Carlo Felice Manara, Enrico Medi, Lina Merlin, Bernardo Merlo, Giambattista Migliori, Giuseppe Olivero, Marcello Rodinò, Francesco Santoro

concludersi il 12 maggio 1974 con la vittoria del “no” nel referendum, un istituto attuato – guarda caso – sempre nel 1970, quasi in una logica di scambio⁶.

Con l'entrata in vigore della legge 1° dicembre 1970 n. 898, i tribunali si trovavano una quantità di arretrato impressionante accumulata nel corso dei decenni. Prima ancora del sigillo legislativo, le clausole in materia di separazione già contenevano riferimenti all'accordo consensuale sul futuro divorzio⁷. Il 31 dicembre 1970 il “New York Times” dedicava un articolo al primo divorzio italiano: *First Divorce Under Italian Law Is Granted to Separated Couple*. Il divorzio in Italia era uno spettacolare mutamento anche visto in una prospettiva globale⁸ in cui si registravano evoluzioni del diritto di famiglia e dello stesso divorzio, partendo da altri livelli normativi⁹.

Il divorzio ha cambiato il diritto di famiglia, ma quanto l'evoluzione di questo diritto – in una prospettiva di progressiva accentuazione della rilevanza giuridica del momento affettivo – ha mutato nel corso del tempo la funzione del divorzio? Il presente saggio tenta di dare una risposta a questo quesito, ragionando sul significato sistemico dello scioglimento del matrimonio, in una visione storico-giuridica necessariamente *aerea* e interdisciplinare volta a comprendere i grandi snodi concettuali emersi nell'ultimo mezzo secolo, nella costante, incessante interazione tra diritto e costume.

Passarelli, Libera Santucci, Ignazio Scotto, Egidio Tosatto, Alberto Trabucchi, può essere letto in COMITATO NAZIONALE PER IL REFERENDUM SUL DIVORZIO (a cura di), *Un popolo al bivio. Referendum sul divorzio frontiera di libertà*, Roma, 1972, 135-136.

⁶ Sulla rapida approvazione della legge 25 maggio 1970 n. 352 sul referendum abrogativo in cambio della rinuncia al muro contro muro sul divorzio, cfr. A. CHIMENTI, *Storia dei Referendum. Dal divorzio alla riforma elettorale*, Roma-Bari, 1993, 24.

⁷ Il Tribunale di Modena batte tutti gli altri confezionando il 27 dicembre 1970 la prima sentenza, con una velocità sconcertante almeno per il relatore di minoranza, il democristiano Castelli, che presenta subito un'interrogazione parlamentare sulla giustizia troppo veloce.

⁸ M. BARBAGLI, *Provando e riprovando. Matrimonio, famiglia e divorzio in Italia e in altri paesi occidentali*, Bologna, 1990, 53.

⁹ Nell'Inghilterra degli anni Sessanta la commissione istituita dall'arcivescovo di Canterbury considera il divorzio come risposta, come unica risposta possibile al fallimento dell'unione coniugale. Il *Divorce Reform Act* del 1969, entrato in vigore dal 1° gennaio 1971, trasforma l'istituto, privandolo di ogni carattere sanzionatorio, fondandolo sull'accertamento dell'«irrimediabile fallimento del matrimonio» come osserva G. STELLA RICHTER, *L'istituto del divorzio in Italia e l'esperienza dei principali ordinamenti europei*, Milano, 1976, 11-12. Proprio la disciplina inglese è quella che G. BALBI, *Affectio maritalis e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 230-231, considera più vicina alla legge italiana del 1970. Nel 1969 la California introduce il *no-fault divorce*, una procedura di divorzio tutta tesa all'accertamento di oggettive differenze piuttosto che di soggettivi comportamenti. Cfr. M. BARBAGLI, *Provando e riprovando*, cit., 53.

2. – Il senso della divisione di mezzo secolo fa era profondissimo e richiamava due modi di intendere la società alla base della dialettica complessa tra laici e cattolici: il 1970 chiude per certi versi i conti aperti nel 1870 con la questione romana. Dietro il divorzio non c'è mai stato soltanto il divorzio sia nel periodo liberale¹⁰ sia dall'Assemblea Costituente¹¹ in poi¹². Per i liberali zanardelliani di inizio secolo il divorzio assumeva un doppio significato: da una parte sciogliere le catene di quelli che venivano definiti gli infelici del matrimonio, consentire la ricostituzione di una famiglia in una società fondata sull'ordine coniugale, risanando il fallimento irreversibile dell'unione, dall'altra, in chiave progressista, il divorzio era concepito come elemento di emancipazione della donna¹³.

Il contrario del divorzio è l'indissolubilità del matrimonio che significava tante cose per i cattolici, e non solo per i cattolici: difesa della famiglia fondata sul matrimonio che non poteva non essere indissolubile per la valenza strutturale nella circolazione patrimoniale abbinata al vincolo di sangue. Il dato biologico doveva conformarsi a quello formale, e non viceversa, stante l'identificazione tra padre e marito in grado di definire giuridicamente l'evento della nascita del figlio.

All'inizio del secolo¹⁴ il disegno di legge Zanardelli, a un passo dall'approvazione¹⁵ dopo l'apertura del Re sull'"indissolubilità temperata", era stato arrestato da una vera e propria mobilitazione di massa della galassia clericale. Vari tentativi vi furono sino al 1923, con il divorzio di "contrabbando" proposto da Enrico Ferri¹⁶, quando il regime fascista pose fine al dibattito con una dichiarazione solenne di Alfredo Rocco¹⁷.

¹⁰ Si vedano C. VALSECCHI, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, 2004; F. SCIARRA, *Il matrimonio nell'Ottocento italiano fra potere civile e potere ecclesiastico*, in www.historiaetius.eu, 2016, paper 21.

¹¹ Cfr. F. LUSSANA, *Famiglia e indissolubilità del matrimonio nel dibattito all'Assemblea costituente*, in *Studi Storici*, 2014, 495-520.

¹² Cfr. G.B. SCIRÈ, *Il divorzio in Italia. Partiti, Chiesa, società civile dalla legge al referendum (1965-1974)*, Milano, 2007.

¹³ Non è un caso che il primo protagonista del dibattito divorzista sia stato un paladino dell'emancipazione femminile come Salvatore Morelli e uno dei maggiori interpreti il giudice Camillo Cavagnari tra i primi giuristi attenti alla tutela dei minori.

¹⁴ Sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, 2011.

¹⁵ Grazia Deledda pubblica nel 1902 il romanzo *Dopo il divorzio* ambientato nel 1904, costruito intorno a una trama divorzista.

¹⁶ Nell'ambito della discussione sul disegno di legge delega per la revisione del Codice civile, nel 1923 Enrico Ferri propone l'annullamento del matrimonio nelle ipotesi di condanna all'ergastolo o a pena superiore ai venti anni nonché l'internamento in manicomio per malattia mentale incurabile. La proposta è bocciata dalla Sottocommissione per il Codice civile. Divorzio definito di "contrabbando" dal

Prima ancora del presente, è il futuro il grande tema giusfamiliare affrontato alla Costituente¹⁸ con i cattolici che costruiscono insieme ai comunisti la sagoma della società naturale fondata sul matrimonio (indissolubile). Nessuno invoca nell'immediato il divorzio, ma i cattolici insistono sulla costituzionalizzazione dell'indissolubilità in modo tale da blindarla in previsione dell'ineludibile riformulazione della questione nella dialettica democratica. Le sinistre resistono sul punto, infatti, affermando una chiara distinzione tra il presente e il futuro. Alla fine la contesa è decisa dall'accoglimento dell'emendamento del socialdemocratico Grilli sulla soppressione della parola "indissolubile"¹⁹.

Il risultato finale dunque è costruito da una famiglia intesa come istituzione che preesiste allo Stato e che, nel fondamento matrimoniale, tutela l'autonomia dei coniugi rispetto a ogni ingerenza pubblica, in chiaro distacco dalla concezione fascista. Per Aldo Moro il dato della naturalità precede l'idea stessa del sacramento: «quando si dice che la famiglia è una società naturale, non ci deve riferire immediatamente al vincolo sacramentale; si vuole riconoscere nelle sue fasi iniziali è una società naturale»²⁰.

La famiglia fondata sulla parità coniugale è destinata a entrare in collisione con la famiglia del Codice civile del 1942 ferma alla potestà maritale. Un Codice che, sul piano dei diritti e doveri dei coniugi, si pone in regime di continuità con la codificazione postunitaria, con una complessità aumentata dal matrimonio religioso con effetti civili introdotto dalla legge matrimoniale successiva alla svolta concordataria.

La contraddizione viene affrontata sempre facendo leva sulla centralità del matrimonio. Di fronte alla provocazione di Walter Bigiavi intorno alla celebre sentenza del Tribunale di Ferrara²¹ che affidava – nel giudizio di

deputato Gonzales (atti parlamentari, Camera dei deputati, leg. XXVI, discussioni, tornata del 31 maggio 1923, 9578, citato in M. FIORE, *La vicenda del divorzio in Italia nei progetti di legge*, in *Studi sul divorzio*, Padova, 1972, 37).

¹⁷ «Noi non possiamo dunque che respingere un istituto, come il divorzio, perfettamente individualistico ed antisociale, il quale è in perfetto contrasto con tutta la dottrina politica del fascismo, che è, essenzialmente, dottrina della socialità» (Atti parlamentari, Camera dei deputati, Leg. XXVII, Discussioni, tornata del 27 maggio 1925, 3840).

¹⁸ Sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., 503 ss.

¹⁹ Sull'emendamento Grilli, cfr. D. De VIGILI, *La battaglia sul divorzio. Dalla Costituente al Referendum*, Milano, 2000, 23-27.

²⁰ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, 1971, 639-640.

²¹ Si veda la pubblicazione per esteso della sentenza: Trib. Ferrara, 31 agosto, 1948, in *Temì*, XXV, 1949, 451-479. Bigiavi annota la sentenza pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1948, 592-594. Sulla ricostruzione del dibattito suscitato dalla

separazione iniziato quando era appena entrato in vigore il primo libro del Codice – il figlio alla madre “religiosissima” preferita al padre “ateo perfetto”, la risposta della civilistica consiste nella distinzione tra il regime ordinario della famiglia in cui il padre è il capofamiglia, dal regime di crisi in cui interviene un terzo, il giudice che valuta, deve valutare in termini di parità nella gestione della crisi²². Per Carnelutti lo spettro del regime paritario nella crisi coniugale assume quasi la valenza di un ammonimento al marito rispetto alle conseguenze della separazione²³.

Il lungo cammino verso la famiglia democratica parte insomma dalla Costituzione, si sviluppa inizialmente attraverso timidi passaggi, come l’abolizione dell’NN anagrafico, e prende quota progressivamente negli anni Sessanta, con il “lento cammino di liberazione”²⁴. C’è un rapporto strettissimo tra divorzio e riforma del diritto di famiglia, nel senso che ogni ipotesi di cambiamento presuppone una riflessione intorno al divorzio. All’inizio anche il divorzio *piccolo piccolo*, il “piccolo divorzio” proposto dal 1954 da Renato Sansone per sanare le famiglie irregolari create dal conflitto bellico e per certificare la fine di matrimoni irrimediabilmente finiti, con la previsione di un periodo di separazione di 15 anni, è troppo grande per l’Italia degli anni Cinquanta. Questo stallo infinito è superato dagli interventi della Corte costituzionale che demoliscono l’architettura dell’adulterio²⁵ come reato e come condizione per la separazione nel 1968 rivedendo l’orientamento stabilito nel 1961²⁶. Con grande saggezza e

sentenza e degli interventi di Bigiavi, sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Diritto di famiglia*, cit., 542 ss.

²² «Non vi è dubbio che l’educazione del figlio deve essere indirizzata a farlo vivere in una determinata società, che è quella alla quale appartengono lui, il padre, la madre e il giudice stesso», secondo S. SATTA, *L’affidamento della prole nei poteri e nei doveri dei coniugi*, in *Foro it.*, 1949, IV, 55.

²³ F. CARNELUTTI, *Libertà di coscienza nell’affidamento della prole al coniuge separato*, in *Foro it.*, 1949, IV, 56-61

²⁴ S. RODOTÀ, *Diritto d’amore*, in *Politica del diritto*, 348 che ricorda in questo contesto la sentenza della Corte Costituzionale del 1965 n. 9 in tema di divieto di propaganda anticoncezionale.

²⁵ Per A. TRABUCCHI, *Matrimonio e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 2, le sentenze sull’adulterio costituiscono l’inizio della disgregazione della famiglia legittima: «il matrimonio monogamico, se deve essere istituzione giuridica, non può prescindere dal rispetto della fedeltà. Ammettere la liceità dell’adulterio è come negare la giuridicità del vincolo. Tra l’altro, la legittimità dei figli è tutta basata sopra quella che espressamente, anche se forse poco rispettosamente, dobbiamo anche noi chiamare la riserva del marito».

²⁶ «Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito» (Corte Cost., 23 novembre 1961, n. 64 che può essere letta in www.giurcost.org o in M. BIN (a cura di), *Sentenze della Corte Costituzionale in materia di famiglia (1956-1975)*, Torino, 1975, da cui citiamo, 9-18.

lungimiranza, in un primo momento, la Consulta lascia decidere la storia, indicando il modo per riaprire la questione quasi in una sorta di continuità logica. I tempi ritenuti non maturi nel 1961 lo diventano infatti sette anni dopo: «sarebbe necessario accertare se – nell’attuale momento storico sociale – continui a sussistere oppure no quella diversità obbiettiva di situazione che nella precedente sentenza la Corte ritenne di riscontrare sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale all’adulterio della moglie rispetto a quello del marito»²⁷. Sette anni dopo la Consulta giunge a una conclusione diversa, fondata sullo scenario sociologico radicalmente mutato²⁸, ritenendo «che la discriminazione sancita dal primo comma dell’art. 559 del Codice Penale non garantisca l’unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti privilegi, violi il principio di parità»²⁹.

Venuto meno uno dei cardini della famiglia legittima, il divorzio diventa una questione giuridica e una necessità sociale in attesa di una soluzione politica. Il successo della proposta di legge Fortuna-Baslini non dipende soltanto dall’equilibrio contenutistico, essendo anche il frutto di una complessa mediazione politica tra laici e cattolici.

Quanti luoghi comuni intorno ai diritti civili ostacolati dalla vicinanza del Vaticano vengono meno se si riflette su quello che avviene in quegli anni. Come è stata possibile l’introduzione del divorzio dentro la centralità sistemica della rappresentanza politica dei cattolici? La legge è approvata con uno schema politico in cui i voti democristiani sono sostituiti da quelli comunisti. Il senso politico si riflette sui contenuti giuridici³⁰. Una lunga interminabile trattativa che si conclude all’alba del 1° dicembre, accettata e rilanciata dalla Dc anche tenendo conto delle divisioni nel mondo cattolico.

²⁷ Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126, *ivi*, 92.

²⁸ La Corte «ha finito per implicitamente ammettere che l’art. 559 avrebbe dovuto essere costituzionalmente legittimo nel caso che la realtà sociale, anziché essersi evoluta nel senso da essa ritenuto, fosse rimasta immutata, la stessa, cioè, in forza della quale la sentenza del 1961 ritenne di affermare la legittimità del trattamento differenziale dell’adulterio della moglie rispetto al marito» (F. MANTOVANI, *Reati di adulterio e concubinato, eguaglianza dei coniugi ed unità familiare secondo gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto matrimoniale e dello Stato delle persone*, 1968, 709).

²⁹ Corte Cost., 19 dicembre 1968, n. 126, *cit.*, 94.

³⁰ Secondo M. GIORGIANNI, *Cinque note sul divorzio*, in *Politica del diritto*, 1970, 354, «si è allora assistito ad una singolare contrattazione, nella quale [...] il fronte antidivorzista – ovverosia quello di osservanza cattolica – ha del tutto abdicato agli intransigenti principi, peraltro rispettabilissimi, ai quali mostrava di essersi fin da allora ispirato, accettando di non contrastare il divorzio anche per i matrimoni concordatari».

Il risultato finale è una vittoria laica con retrogusto cattolico³¹, in un bilanciamento di valori che va ben oltre la posta in gioco legislativa³². Un divorzio pensato per rafforzare la centralità del matrimonio, con un periodo lungo di separazione minima di cinque anni, aumentabile sino a sette nell'ipotesi di opposizione del convenuto alla domanda di divorzio presentata dal coniuge colpevole³³.

In modo paradossale, il fondamento matrimoniale inserito nella Costituzione in rapporto stretto all'indissolubilità, poi cancellata nella geniale causalità di un emendamento minimale accolto, assume un significato compiuto proprio quando viene superato il principio dell'indissolubilità.

Adesso davvero la famiglia è fondata sul matrimonio inteso come espressione di una comunione spirituale e materiale colta nel suo divenire e non più fissata al momento della formazione del vincolo³⁴. Il venir meno del principio dell'indissolubilità pone le premesse per un equilibrio all'interno della famiglia e crea i presupposti per rivedere le contraddizioni intorno all'istituto matrimoniale³⁵. Il divorzio è già un pezzo di diritto di famiglia riformato³⁶, visto che le condizioni per la separazione sono strutturate evidentemente su un regime di parità: si tratta di sciogliere il matrimonio tra soggetti eguali nei diritti e nei doveri, non tra un capo e una subalterna.

³¹ Un "cedimento all'estremismo antidivorzista", nell'interpretazione di S. RODOTÀ, *Cinque note sul divorzio*, cit., 568.

³² Giuliano Amato riflette intorno alla vera portata, in senso lato costituzionale, della questione del divorzista: «gli antidivorzisti si sentivano costretti a cercarlo, ma molti di loro ne temevano le conseguenze. I divorzisti dovevano resistere e vincere, ma temevano essi stessi per quel che sarebbe accaduto. La vittoria dei primi, se ci fosse stata, sarebbe avvenuta nel clima più brutto, condannando i cattolici a una melma che – si diceva – avrebbe imbrattato per sempre il regime. La vittoria dei laici, ottenuta a sua volta senza pietà, avrebbe messo i cattolici, tutti i cattolici, in balia di chiunque lanciasse più tardi il grido di guerra della santa crociata. E ancora il regime – si diceva – avrebbe pagato», secondo G. AMATO, *Cinque note sul divorzio*, cit., 363.

³³ Sulle ragioni dell'evidente compromesso e sugli effetti, si veda F. CIPRIANI, *L'opposizione del convenuto nel processo di divorzio*, in *Foro it.*, 1979, V, 69.

³⁴ Con la svolta divorzista «il matrimonio è ancora l'atto di fondazione della famiglia legittima, ma il rapporto che ne deriva trova il fondamento del suo permanere nel permanere della comunione spirituale e materiale di vita fra i coniugi» (L. CARRARO, *Il nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, 105).

³⁵ Secondo P. RESCIGNO, *Cinque note sul divorzio*, cit., 357-358, infatti, «la legge sul divorzio può essere una felice occasione, in principio, per constatare la inopportunità di continuare a fornire allo Stato, pei cittadini-fedeli, una forma matrimoniale che nel realizzarsi della comunione di vita coniugale deve obbedire ad un regime contrastante con l'ideologia su cui quella forma è radicata».

³⁶ Cfr. S. LARICCIA, *Battaglie di libertà. Democrazia e diritti civili in Italia (1943-2011)*, Roma, 2011, 136.

3. – Rileggere cinquant'anni dopo l'appassionante dibattito tra divorzisti e anti-divorzisti lascia spazio ad almeno due riflessioni: la prima, inutile negarlo, richiama il valore e lo spessore degli argomenti utilizzati, la seconda evoca il senso del futuro con ambizione alla profezia in entrambe le prospettive. Una battaglia anche *gridata*, ma sempre con la voglia di convincere delle proprie ragioni il fronte avverso³⁷.

Per i giuristi cattolici, con il superamento dell'adulterio e l'introduzione del divorzio la prospettiva catastrofica da combattere era costituita dalla dissoluzione della famiglia borghese. Quella stessa dissoluzione profetizzata in nome dell'amore libero dai socialisti, Anna Kuliscioff in testa, agli inizi del secolo³⁸.

I divorzisti del resto insistevano sul divorzio come elemento in grado di sbloccare la riforma del diritto di famiglia e per sanare realtà fattuali ormai socialmente insostenibili. Unito alla presunzione di paternità del marito e ai margini circoscritti della dichiarazione giudiziale di paternità *ex art. 269 c.c.*, il matrimonio indissolubile portava a delle conseguenze sulla filiazione ritenute dall'opinione pubblica largamente inaccettabili, inibendo giuridicamente la correzione biologica del dato formale. Il mondo cattolico era ben consapevole dei profili di rigidità nel modello familiare incomprensibili anche nella prospettiva del diritto canonico e della morale cristiana³⁹, ma non credeva alla prospettiva della sanatoria del *pregresso* e temeva le ricadute del *progresso*. Gabrio Lombardi arrivava persino a scomodare Karl Marx per affermare che «è dunque dalla realtà sociale che viene offerto lo spunto al legislatore, per configurare la norma, ma la norma, non appena formulata, si pone come «modello» per il comportamento di domani. Una sorta di *reazione a catena aperta* tra costume-norma-costume, con un continuo *dare e avere* in una prospettiva dinamica, attraverso la mediazione del legislatore»⁴⁰.

Nel dibattito si riproduce la contraddizione di sempre tra matrimonio civile e matrimonio religioso. Entrambi gli schieramenti guardano al

³⁷ Contesa simbolizzata nel doppio libro in un unico volume sul divorzio firmato da “una parte” da Loris Fortuna e “dall'altra” da Gabrio Lombardi, Milano, 1974.

³⁸ Sia consentito il rinvio a P. PASSANITI, *Dalla tutela del lavoro femminile al libero amore. Il diritto di famiglia nella società dell'avvenire*, in ID. (a cura di), *Lavoro e cittadinanza femminile. Anna Kuliscioff e la prima legge sul lavoro delle donne*, Milano, 2016, 122 ss.

³⁹ La radio Vaticana si occupa di figli illegittimi, in una trasmissione con interventi di Indro Montanelli, del penalista Franco Coppi e di Francesco Santoro Passarelli, grande interprete del pensiero giuridico cattolico. Tutti gli intervenuti sono concordi sulla “condanna” della legislazione vigente. Cfr. *Alla Radio Vaticana dibattito sui figli illegittimi*, in *Corriere d'Informazione*, 19-20 novembre 1966, 2.

⁴⁰ G. LOMBARDI, *Il divorzio*, Milano, 1974, 6.

matrimonio nella sua unitarietà: per i laici, il divorzio non può non riguardare anche il matrimonio concordatario, per i cattolici, l'indissolubilità non può non riguardare anche il matrimonio civile.

Un altro punto fermo è rappresentato dall'esigenza di riformare il diritto di famiglia. Intanto partendo dal dato della convivenza tra modelli familiari contrastanti: la famiglia del Codice, la famiglia della Costituzione e la famiglia del divorzio. In vista del referendum, "il codice spodestato"⁴¹ è un obiettivo condiviso: per i cattolici nella ricerca della giusta chiave di lettura allo scenario dell'abrogazione del divorzio, per i divorzisti ovviamente si tratta di presentare all'elettorato il nuovo istituto in positivo, primo passo verso una famiglia riformata e non come inquietante ultimo, o penultimo, decisivo atto verso la dissoluzione dell'istituzione in cui si identifica a livello interclassista, bene o male, la società civile.

L'impianto della riforma del diritto di famiglia è frutto di una costruzione corale, che si compie nel 1971, congelata nell'attesa dell'esito referendario su cui elaborare significativi ritocchi. Il voto sul divorzio è anche una chiara indicazione sulla direzione di marcia da seguire⁴². La riforma del diritto di famiglia è una costruzione edificata nello spazio giuridico individuato dal divorzio con la grande demolizione della famiglia patriarcale, con il tramonto del lunghissimo Ottocento del diritto di famiglia. Tutto quello che accade dopo è l'inizio di un'altra storia, fondata comunque sulla centralità del matrimonio costruito su una parità che vede nel divorzio un rimedio che è già parte integrante di quella parità. Un'altra famiglia, quella lasciata in eredità dagli anni Settanta⁴³, che possiamo definire – oggi – come tradizionale nell'esatto momento in cui si intravede il suo tramonto, frutto anche di interventi legislativi che assumono un significato che va ben oltre il fisiologico aggiornamento.

Senza troppo clamore mediatico, il tramonto di quel modello è costituito dalla legge 10 dicembre 2012 n. 219 sullo status unico di figlio che archivia definitivamente la famiglia legittima⁴⁴ e ridimensiona la famiglia matrimoniale tardo novecentesca. Uno status che individua la famiglia in rapporto al fatto procreativo, laddove "la legge italiana conosce solo figli"⁴⁵, che inevitabilmente porta alla luce i contorni giuridici di quello che prima

⁴¹ Così lo definisce il giornale comunista l'Unità del 23 aprile 1975 nello speciale dedicato alla riforma, *La riforma porta in casa la parità*.

⁴² «L'opposizione al divorzio celava una più radicata speranza di alcuni di un processo involutivo dell'intera problematica familiare», osservava C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Roma, 1975, 11.

⁴³ Si veda L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

⁴⁴ Si vedano almeno nell'ampia letteratura, G. FERRANDO, *Stato unico di figlio e varietà dei modelli familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 952-957; M. SESTA, *famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, 2015, 1009-1019.

⁴⁵ C.M. BIANCA, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1.

era un dato sociologico residuale: l'altra famiglia, la depotenziata famiglia matrimoniale senza figli che galleggia nell' "amore liquido" narrato da Zygmunt Bauman⁴⁶, spinta dalla sua leggerezza, in mancanza del peso biogiuridico insito nel legame genitoriale. Dal padre ("spodestato"⁴⁷) al figlio, insomma una robusta famiglia post-moderna che estrae dall'impalcatura matrimoniale l'essenzialità biologica e affettiva del legame genitoriale: la sostanza concettuale di ieri⁴⁸ che diventa anche *forma* in grado di perimetrare il concetto di famiglia intorno a un fatto più che a un diritto predeterminato⁴⁹.

4. – In questo mezzo secolo il divorzio⁵⁰ ha cambiato la sua funzione perché tutto è mutato intorno all'istituto a livello sociale prima ancora che giuridico. Se all'inizio era un rimedio rispetto al mantenimento di una famiglia agganciata al principio costituzionale della parità, adesso rappresenta l'elemento formale che garantisce un ordine rispetto alla pluralità degli assetti familiari⁵¹. Il divorzio dunque come *produttore* di trasformazione giuridica, ma anche *prodotto* di una trasformazione sociale. In questo mezzo secolo, si può distinguere la centralità del matrimonio nella famiglia democratica dal pluralismo familiare degli ultimi decenni.

In un assetto caratterizzato dall'indiscutibile spostamento dell'asse giuridico dal matrimonio alla procreazione, l'indissolubilità riguarda ormai il legame genitoriale. Dall'indissolubilità del matrimonio all'indissolubilità della famiglia del figlio⁵², in cui l'aggiornamento del legame matrimoniale del genitore è poco più di un dettaglio.

Insomma qualcosa è rimasto di quello storico dibattito nel *dna* giuridico della famiglia. Intanto il concetto di naturalità, il profilo pre-giuridico insito nel discorso giusfamiliare. Ogni contesa giuridica dalla Costituzione in poi, in fondo, ribadisce l'eterno dualismo tra diversi modi di intendere la società

⁴⁶ Z. BAUMAN, *Amore liquido*, Roma-Bari, 2017.

⁴⁷ M. CAVINA, *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*, Roma-Bari, 2007.

⁴⁸ «Il legame familiare ha ragione nel fine precipuo di provvedere all'interesse del figlio incapace di provvedervi da sé. La famiglia nasce da questo», osserva A. CICU, *Quello che la Costituzione non dice*, 1948, poi in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1965, 85.

⁴⁹ Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore. Ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 40.

⁵⁰ Si veda almeno C. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 2015.

⁵¹ Sul pluralismo familiare europeo, si veda V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6 ss.

⁵² J. EEKELAAR, *The End of an Era?*, in S.N. KATZ – J. EEKELAAR – M. MACLEAN (eds.), *Cross currents, Family Law and Policy in the United States and England*, Oxford, 2000, 649 ss.

naturale che si viene a creare nella relazione affettiva⁵³. L'indissolubilità era un dato giuridico contro natura per i divorzisti così come il divorzio era un dato contro natura per i cattolici. Al di là dei tatticismi a livello parlamentare e ideologico, vi è sempre un dato pregiuridico in cui la storia entra nel rapporto tra diritto e natura, tra regola e sentimento, attraversando la contesa tra laici e cattolici. Una contesa che certo è presente nella storia del divorzio in Italia, ma non secondo gli schematismi correnti dell'eterno duello tra conservatori (cattolici) e progressisti (laici). Alla base c'è anche un'impostazione giuridica che vede nella famiglia patriarcale un fattore di ordine sociale da mantenere a ogni costo e un pensiero cattolico che rilegge la famiglia in funzione della parità coniugale.

Questo mezzo secolo non può essere rappresentato nella forma unitaria di una progressione lineare dalle *persone e la famiglia* alla *persona e le famiglie*. Il mutamento che ha portato all'attuale quadro giuridico è frutto di un'accelerazione e un cambiamento sociale che risale agli ultimi decenni, quando ormai l'introduzione del divorzio era già stata ampiamente metabolizzata.

E se alla fine del Novecento il divorzio poteva essere ancora considerato come l'anti-matrimonio, il fattore giuridico disgregante che alterava la durata del vincolo matrimoniale, oggi la realtà fattuale delle famiglie, delle tante famiglie contenute nel mercato delle relazioni affettive legalizzate⁵⁴ introdotto con «la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze» di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76, fa diventare il divorzio qualcosa di profondamente diverso. Uno strumento giuridico che mantiene il matrimonio in ogni sua forma presente (civile e religiosa) e futura (il matrimonio *same-sex* ad esempio) in una condizione di competitività. In un'età di transizione – esemplificata dalla voglia di matrimonio tra persone dello stesso sesso come istanza istituzionalizzazione protettiva da ogni discriminazione⁵⁵ e la fuga dal rapporto istituzionale delle giovani coppie di sesso diverso – il matrimonio rimane una scelta ancora praticabile a ogni età, e non un reperto da modernariato giuridico novecentesco, grazie appunto a un matrimonio da

⁵³ Nel dibattito parlamentare la senatrice Tullia Romagnoli Caretoni, nella seduta del 1° luglio 1970, afferma che «considerando, come noi consideriamo, che all'origine della famiglia siano essenzialmente i sentimenti umani, riconosciamo che esiste la possibilità del loro mutamento».

⁵⁴ Cfr. G. FERRANDO, *Matrimonio e unioni civili: un primo confronto*, in *Politica del diritto*, 2017, 43-64.

⁵⁵ Si veda almeno G. FERRANDO, *Il diritto al matrimonio delle coppie dello stesso sesso: dalla discriminazione alla pari dignità*, in *Politica del diritto*, 2014, 359-374.

cui, in assenza dei figli, è possibile uscire con un paio di passaggi burocratici⁵⁶.

Insomma, il divorzio non è più la patologia rispetto alla fisiologia familiare, ma un epilogo che rende ancora possibile pensare al matrimonio come ipotesi di istituzionalizzazione con una discreta copertura di garanzie esistenziali e un costo sociale reso sostenibile dalla possibilità di una via di uscita.

Se all'inizio il divorzio ha cambiato indiscutibilmente il diritto di famiglia, ponendo una seria ipoteca sulla sua riforma, oggi possiamo affermare esattamente il contrario: un divorzio radicalmente cambiato nella funzione dal paesaggio giusfamiliare in cui si inserisce, prima ancora che nella semplificazione strutturale che pure risente di quel paesaggio mutato.

5. – Il presente è ancora caratterizzato dai fantasmi della memoria, dell'eterna contraddizione tra matrimonio civile e matrimonio religioso, tra contratto e sacramento. Un'eterna contraddizione enfatizzata dallo Stato liberale nella costruzione postunitaria di un matrimonio civile indissolubile per tutti – per i laici che non credevano nel sacramento e per i cattolici che non credevano nel contratto civile – poi ricomposta nella forma concordataria. In un paese come l'Italia in cui il fattore religioso⁵⁷ declinato nella secolarizzazione⁵⁸ significa tante cose anche di segno opposto, ma è sempre presente – tra atei *devoti* e atei *praticanti*, tra “creduli e credenti”⁵⁹, tra cristiani per crociana abitudine culturale e cattolici *adulti* – nelle scelte anti-istituzionali di formazione familiare, il matrimonio civile⁶⁰ diventa una variante laica di un matrimonio unificato nell'immaginario della formalizzazione con elementi di sacralità. In presenza di figli, la fuga dal vincolo unita al regime dell'affido condiviso delinea una de-

⁵⁶ In virtù dell'aggiornamento normativo in chiave di semplificazione determinato dal divorzio “breve” introdotto dalla legge 6 maggio 2015 n. 55.

⁵⁷ Cfr. G. FERRANDO, *Le relazioni familiari nella carta dei diritti dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, 2003, 347 ss.

⁵⁸ «Ridotti i tesori delle culture altre a folklore o pericolo, il concilio rimase prigioniero di categorie astratte ('la' famiglia) e di concetti filosofici che rendevano impossibile sia la riproposizione del vecchio modello sia la ricerca di uno nuovo. [...] Restava un'incapacità di fornire dentro la vita di fede delle persone il supporto spirituale della sponsalità – fedele, infedele, fallita, ricominciata, stroncata», secondo A. MELLONI, *Amore senza fine, amore senza fini. Appunti di storia su chiese, matrimoni e famiglie*, Bologna, 2015, 86-87.

⁵⁹ M. VENTURA, *Creduli e credenti. Il declino di Stato e Chiesa come questione di fede*, Torino, 2014.

⁶⁰ Sul tema, cfr. A. RENDA, *Le ragioni di una teoria neo-istituzionale del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1037-1038.

istituzionalizzazione dei rapporti familiari⁶¹ *in entrata* che non restringe, ma anzi allarga il margine di pubblicizzazione della materia, con l'intervento di un terzo, impersonato dal servizio sociale o da un giudice espressione di quel diritto che non sa parlare di amore ma che l'amore deve valutare⁶². Oltre la traccia dell'istituzione, svanisce il disegno costituzionale dell'autonomia della famiglia dallo Stato⁶³ come agenzia educativa nel disegno cattolico, condiviso dalle sinistre, e si entra nell'ambito dell'informalità vulnerabile nella gestione dei conflitti, che rievoca l'eterno fantasma bigiviano del giudice di Ferrara che si intromette con inevitabile poca naturalezza nella lite genitoriale bilanciando, in ambito neutrale, idee diverse di convenienza culturale rispetto alla vita del minore⁶⁴. Dentro un diritto di famiglia «scosso e forse travolto dalla visione individualistica dei rapporti affettivi»⁶⁵, si ripropone la contrapposizione, tra «autonomia e autorità»⁶⁶, tra la legge, schermo sfuocato nella lettura di scenari relazionali, e il giudice, fallibile ma necessario investigatore di quei rapporti. Rapporti che appunto soltanto arbitri all'affannata ricerca di una regola attaccata a un fatto, e non di una regola astratta, possono valutare, bene o male⁶⁷.

Le istanze di liberazione insite in questa informalità sfuggono a un diritto collocato sulla frontiera tra l'istituzione, da conquistare o da cui

⁶¹ Si vedano le considerazioni di M. SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in F. MACARIO – M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, 139-149.

⁶² «Parlare di diritto d'amore non serve per attribuirgli una legittimazione, di cui ha bisogno e che ritrova in sé stesso. Significa scoprire un modo per individuare il proprio dell'amore, mettendolo continuamente a confronto con altre parole che esprimono una opposizione o una negazione: discriminazione, disuguaglianza, disprezzo e, infine, egoismo individuale e sociale» (S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, 136).

⁶³ M. SESTA, *La famiglia tra funzione*, cit., 141-142, osserva che «nella Costituzione la funzione sociale propria della famiglia, peraltro apertamente svincolata da prospettive statualistiche ed anzi ad esse manifestamente ostile, è di tutta evidenza».

⁶⁴ «Ma il principio del *best interest of the child*, si sa, è criterio controverso e a volte sfuggente. Esso è vuoto di contenuti specifici, perché è utilizzato come bussola che deve orientare la decisione (del giudice, ma non solo) verso il maggior benessere del minore interessato, obiettivo che – a sua volta – si struttura diversamente in relazione ai tempi, alle culture e ai contesti, nonché all'età del minore e al peso che la decisione da assumere esercita rispetto al futuro del bambino o dell'adolescente», osserva C. CAMARDI, *Relazione di filiazione e privacy. Brevi note sull'autodeterminazione del minore*, in *Ius civile*, 2018, 832.

⁶⁵ U. SALANITRO, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti)*, in *Ius civile*, 2021, 638.

⁶⁶ N. LIPARI, *I rapporti familiari tra autonomia e autorità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 927 ss.

⁶⁷ Si veda A. BENEDETTI, *Troppe riforme per un diritto in crisi. La famiglia nell'età del pluralismo complesso*, in *Quale diritto di famiglia*, cit., 403 ss.

fuggire, e il sentimento anche perché non univoche e facilmente codificabili⁶⁸. Come ha osservato Stefano Rodotà: « la possibilità di ricorrere ad una molteplicità di modelli ai quali affidare la dinamica degli affetti, modelli sempre più spesso creati dall'esperienza sociale, impedisce una loro considerazione in un ambito dove le ragioni dei diritti non possono comparire»⁶⁹.

E in questa molteplicità di modelli familiari, convalidata a livello legislativo⁷⁰, non è pensabile che l'istituto dell'adozione possa rimanere in una sorta di enclave matrimoniale, impermeabile alle sollecitazioni esterne. Prima della svolta normativa del 1967, l'adozione era calibrata sulla versione codicistica della famiglia patrimoniale (la ricerca dell'erede mancante) e dopo la riforma anticipa la famiglia democratica (la ricerca di una famiglia vera e quindi matrimoniale per il minore). Oggi, soltanto oggi, affiorano dubbi intorno alla prospettiva di un'adozione internazionale strutturata sul giudizio di idoneità per candidati coniugali⁷¹, senza alcun aggiornamento di sistema in grado di allineare in modo coerente, senza strappi giurisprudenziali, l'istituto a un diritto di famiglia in fase di evidente transizione, non ancora giunto al punto di arrivo ma sicuramente lontano da quello di partenza.

Il riconoscimento del lavoro della donna all'interno dell'impresa familiare ha costituito un'altra storica conquista della riforma del 1975 che meriterebbe di essere aggiornata agli scenari della pluralità degli statuti familiari⁷². L'intreccio tra relazioni affettive e rapporti di lavoro costituisce una *terra di nessuno*, in cui l'interprete giurisprudenziale deve avventurarsi, rimanendo vicino al fatto per ritrovare il diritto.

La perdita di centralità del matrimonio non è dunque un mero fatto sociologico visto che contiene implicazioni giuridiche strutturali ancora più avvertibili non appena si esce dal campo familiare per entrare in quello contiguo delle politiche sociali e del Welfare. E in un raggio giuridico ancora più ampio, il diritto dell'individuo a sposarsi ai sensi dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, è ancora un passaggio esistenziale di un'intrinseca razionalità ordinante quando non rappresenta

⁶⁸ Si vedano le pagine di S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2009.

⁶⁹ S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, in *Politica del diritto*, 2014, 353.

⁷⁰ Si veda almeno U. SALANITRO (a cura di), *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019.

⁷¹ La questione dell'«adozione internazionale piena delle persone non unite in matrimonio» è stata sollevata dal Tribunale dei Minorenni di Firenze e ritenuta inammissibile con riferimento ai motivi esposti, in parte differenti da quelli sollevati dalla parte ricorrente, dalla Corte Costituzionale il 23 novembre 2021.

⁷² L. BALESTRA, *Convivenza e situazioni di fatto. I rapporti patrimoniali*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2002, 836 ss.

una conquista civile come nel caso delle persone dello stesso sesso?⁷³ Un diritto distinto da quello di costituirsi una famiglia: due diritti entrati nel discorso giusfamiliare dalla porta di servizio costituita dalle unioni civili e della disciplina sulle convivenze, non ancora penetrati nelle nervature essenziali della famiglia-istituzione.

Un problema esiste considerando che il sistema welfaristico italiano da sempre si basa sulla famiglia in senso coniugale, mantenendo ancora oggi quell'impronta, anche quando questa famiglia da realtà uniforme e uniformante è divenuta dimensione multiforme e uniformata dalle istanze affettive. Come è possibile calibrare misure di sostegno alle famiglie quando queste si discostano dal fondamento matrimoniale? E se la presenza dei figli ridisegna la famiglia, appare evidente come le misure di sostegno debbono tener conto della trasformazione del modello.

In tutte queste contraddizioni intorno al matrimonio e al suo significato, il divorzio diventa un elemento di ordine, addirittura il migliore "alleato" del matrimonio: il varco in uscita che lo rende ancora socialmente praticabile in entrata, laddove il giuridico extrafamiliare, dal Welfare al regime fiscale, lo rende sempre meno attrattivo.

Abstract

THE GREAT TURN OF DIVORCE. RIGHTS AND FAMILIES IN THE HISTORICAL-LEGAL PERSPECTIVE

Il saggio offre una riflessione sulla grande svolta nel diritto di famiglia in Italia, costituita dall'introduzione del divorzio. La legge del 1970 costituisce infatti un passaggio fondamentale. Il matrimonio indissolubile costituiva infatti un elemento normativo che dava una forma ben precisa alla famiglia patriarcale. Il divorzio costituisce il presupposto per la riforma del diritto di famiglia fondata sulla parità coniugale. Cinquant'anni dopo, il saggio riflette sull'attuale funzione del divorzio nel quadro delle nuove famiglie in cui l'elemento ordinante è costituito dalla filiazione e non più dal vincolo matrimoniale.

The essay offers a reflection on the great turn in family law in Italy, established by the introduction of divorce. The Law of 1970 represents a fundamental passage. Indissoluble marriage in fact constituted a normative element that gave a very precise shape to the patriarchal family. Divorce is the condition for the family law reform based on equality between spouses. Fifty years later, the essay reflects on the current function of divorce in the framework of new families in which the central element is constituted by the filiation and no longer by marriage.

⁷³ Cfr. G. SAVORANI, *Due cuori e una capanna nel terzo millennio: fuga dal matrimonio e contratti di convivenza*, in *Politica del diritto*, 2014, 37 ss.

DESCRIZIONE E SORTE DELLA PROVA DIGITALE ILLEGITTIMAMENTE ACQUISITA*

MICHELLE VANZETTI

Ricercatore

nell'Università di Milano

SOMMARIO: – 1. Premesse: l'evoluzione digitale nella raccolta dei dati, l'ampliamento delle possibili condotte illecite, il problema della loro prova. – 2. Limiti dell'indagine. – 3. La descrizione nel diritto industriale e il reperimento di prove relative a violazioni non contemplate dal c.p.i. – 4. La tutela dei diritti di chi subisce il provvedimento.

1. – Sussistono alcuni profili notevolmente problematici in tema di diritto alla prova, i quali mettono in luce che l'evoluzione digitale, sebbene abbia reso possibile – quantomeno in astratto – l'accesso alla prova con modalità sempre nuove e proficue, ha altresì evidenziato come il nostro legislatore del codice di rito civile non sia per il momento riuscito a tenersi «al passo coi tempi» e, in particolare, non sia stato capace di estendere prontamente ed efficientemente alcuni strumenti processuali di acquisizione della prova, attualmente previsti solo in ambiti specialistici molto ristretti, all'intero campo del diritto civile. Questa inerzia ha fatto sì che numerosi settori di quest'ultimo siano rimasti «scoperti», determinandosi in tal modo un vero punto debole nella tutela giurisdizionale dei diritti: punto debole che si concretizza talvolta nella estrema difficoltà di soddisfare quello che è pacificamente considerato come un diritto costituzionalmente garantito, vale a dire il diritto alla prova¹.

Il tema oggetto di questa breve indagine concerne dunque l'impatto dell'evoluzione digitale sui mezzi di prova, e, a monte, sulle modalità con cui oggi possono essere compiuti atti illeciti e, quindi, essere violati diritti soggettivi. Come da più parti è stato sottolineato, il processo di "dematerializzazione" innescato dalle nuove tecnologie ha infatti invaso interi ambiti sociali ed economici, sicché molti prodotti, beni, servizi e

* Questo scritto rappresenta il testo, revisionato e con aggiunta delle note, della relazione dal titolo "*Accesso alla prova nell'ambito degli illeciti perpetrati attraverso sistemi informatici*", tenuta al Convegno del Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano, svoltosi il 29 ottobre 2021.

¹ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 35 ss., spec. 40 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2019, 303 ss.; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.

attività vengono viepiù scomposti in dati, poi digitalizzati, raccolti e conservati in varie forme, le quali tutte vengono riversate in archivi digitali di svariate dimensioni².

A seguito di ciò, specie in alcuni settori, non solo gli illeciti vengono sempre più di frequente perpetrati attraverso l'utilizzo di strumenti informatici/digitali, e consistono, tra l'altro e in particolare, nella raccolta/sottrazione/distruzione non autorizzata di dati altrui³; ma spesso negli archivi di dati digitalizzati può rinvenirsi la prova di illeciti ulteriori, ontologicamente differenti dalla mera appropriazione non autorizzata di informazioni tutelate altrui.

2. – Desideriamo qui vagliare il problema della prova in giudizio dei fatti, quando questi siano rappresentati anzitutto dalla appropriazione/sottrazione di segreti commerciali o di banche dati o di opere dell'ingegno contenuti negli archivi informatici dell'imprenditore, del professionista o anche – perché no? – del privato.

In via preliminare, occorre però chiarire i confini di questo lavoro, nel quale ovviamente verranno trattati solo alcuni dei temi di grande interesse, che l'argomento dell'accesso alla (e dell'utilizzo della) prova nel mondo digitale offre.

Sebbene in questo ambito un'unica condotta possa configurare una pluralità di illeciti – sia civili, sia penali – la presente indagine è circoscritta alla sfera dell'illecito civile e quindi al processo civile e alle modalità di ricerca, acquisizione e introduzione in giudizio della prova reperita

² V. FALCE, *Segreto commerciale, concorrenza e diritto di proprietà intellettuale. Certezze e perplessità della Dir. UE 2016/943*, in *Dir. ind.*, 2017, 560 ss.; M. LIBERTINI, *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, ivi, 566 ss., spec. 571 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, *passim*.

³ Il mondo dei dati digitalizzati rappresenta un ambito nel quale talora le condotte illecite vengono poste in essere persino in maniera inconsapevole, sebbene non sia questo il caso più frequente. Può infatti accadere che un soggetto, nello svolgere il proprio lavoro, potendo accedere a un determinato archivio informatico (cioè a un c.d. *server*) grazie alle credenziali che gli sono state in ipotesi fornite dal titolare dei dati ivi contenuti, magari per comodità o comunque per portare a termine il compito attribuitogli, ne copi alcuni contenuti su una chiavetta USB o un *hard disk* esterno. Dopodiché, può anche succedere che, per qualunque ragione, termini la collaborazione di questo soggetto col titolare del *server* dal quale sono stati estratti e copiati i dati (*i.e.*, col titolare di quei dati), e ciò non di meno scarichi (o abbia nel tempo scaricato) il contenuto del dispositivo usato per copiare (*i.e.*, chiavetta USB o *hard disk*) sul suo computer o, peggio ancora, nell'archivio informatico di un terzo soggetto, magari in concorrenza col precedente. Si tratta evidentemente di una condotta che può risultare rilevante sia sotto il profilo dell'illecito civile, sia di quello penale.

attraverso l'esame dei supporti digitali altrui, lasciandosi invece da parte gli analoghi problemi che si pongono in relazione ai reati e in generale al processo penale⁴. Neppure saranno esaminati, sul piano sostanziale, gli illeciti rappresentati dalle condotte appena descritte, volendosi limitare questo breve studio alle sole questioni processuali, *sub specie* istruttorie (e di tutela cautelare della prova), cui esse danno origine. Infine non verrà affrontato il problema, contiguo ma del tutto autonomo, della prova assunta in violazione delle norme sulla riservatezza (*privacy*)⁵, così come saranno esclusi dalla presente trattazione i problemi che, in quest'epoca di eccesso di informazioni da chiunque facilmente raggiungibili e fruibili, si pongono in relazione alla definizione del «fatto notorio»⁶: si tratta di argomenti di cui la letteratura si è ampiamente occupata e quindi non resta qui che fare rinvio ai numerosi contributi di dottrina oltre che alle ormai numerose pronunce della giurisprudenza.

⁴ Contrariamente a quel che avviene per il codice di rito civile, che è sfornito di qualsivoglia indicazione positiva al riguardo, quello penale contiene una norma che fa espresso riferimento alle prove illecitamente acquisite: ai sensi dell'art. 191, co. 1 e 2, c.p.p., infatti, «1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». Naturalmente è discusso cosa si intenda per prova acquisita in violazione dei divieti di legge, e quali siano e/o come vadano individuati i divieti di legge cui essa si riferisce. In arg., v. F. CORDERO, *Prove illecite*, in F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 147 ss.; F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992, *passim*; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; EAD., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 64; EAD., *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, 59; A. SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2001, 143 ss.; F. PERONI, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 935; S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, 2855; D. CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, 890.

⁵ F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 348; P.C. RUGGIERI, *Ancora sull'utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy*, in *Judicium.it*; A. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. e impr.*, 2014, 51; L. PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di internet e dei social network*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 535 ss.

⁶ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 301; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie*, cit., 155; F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete internet: un rapporto difficile*, in *AIDA*, 2015, 383; V. BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 333; F. GIGLIOTTI, *Fatto notorio e informazioni accessibili in rete*, in *Giust. civ.*, 2019, 843.

I profili di interesse presi qui in considerazione sono solo due⁷. Anzitutto, la discussa possibilità di utilizzare gli esiti istruttori, conseguiti in via cautelare in virtù di previsioni legislative di settore a tutela di diritti specifici, anche per dimostrare fatti costitutivi di diritti differenti, rispetto ai quali lo strumento di cautela della prova utilizzato non è invece previsto. A questo riguardo occorrerà affrontare, seppur solo per cenni, il problema della prova illecita, per definirne la latitudine operativa e verificare se le eventuali evidenze così acquisite vi rientrino (e, nell'eventualità di una risposta affermativa, quale sia la loro sorte), oppure se si debba ricercare altrove la loro disciplina. Il secondo profilo che sarà oggetto di analisi riguarda, all'opposto, la tutela di chi subisce il provvedimento cautelare (*rectius*: la tutela degli eventuali diritti – segreti/banche dati/opere dell'ingegno o altro – di chi subisce il provvedimento cautelare), dato che – quando si tratta di illeciti perpetrati attraverso l'acquisizione/sottrazione non autorizzata di dati immagazzinati in forma digitale – normalmente, se ne ricorrono i presupposti, vengono pronunciati provvedimenti che dispongono in via cautelare l'acquisizione “massiva” delle informazioni presenti sugli archivi informatici dell'asserito responsabile dell'illecito, ponendosi così in pericolo eventuali suoi diritti, la cui tutela risulterebbe compromessa ove queste informazioni venissero a portate a conoscenza di un concorrente o comunque fossero divulgate o rese accessibili. A questo proposito, sussistono peraltro alcuni gravi problemi pratici, che spesso connotano le controversie nelle quali, appunto, si debba stabilire come proteggere i segreti di chi subisce il provvedimento di cui si tratta, sebbene la specifica disciplina preveda di regola che, nella concessione e nell'esecuzione della misura, debbano essere «adottate le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate»⁸.

3. – Il primo dei profili menzionati concerne quindi, in generale, l'ipotesi in cui alcune leggi speciali consentono di domandare misure a cautela della prova degli illeciti lamentati per eventuali successivi giudizi di merito, che abbiano per oggetto proprio e solo la violazione di specifici diritti. Il quesito che al riguardo ci si deve porre è se, una volta ottenuto ed attuato il provvedimento cautelare, ove dall'esecuzione di questo emergano evidenze di fatti illeciti ulteriori rispetto a quelli prospettati nel ricorso e, in particolare, di illeciti in violazione di diritti pur riconosciuti dall'ordinamento, ma non contemplati dalla normativa speciale, che prevede

⁷ Per entrambi è evidente come un ruolo fondamentale sia rivestito dai principi costituzionali dettati in particolare dagli artt. 2, 13, 14, 15, 24, 111 Cost., e dalle modalità con cui devono questi essere coordinati, dato che talora si realizza una loro contrapposizione e quindi occorre stabilire quale debba di volta in volta prevalere.

⁸ Si veda per esempio l'art. 129, co. 1, c.p.i. (D.lgs., 10 febbraio 2005, n. 30).

la specifica cautela; il quesito che al riguardo occorre porsi è dunque se le prove, in tal modo acquisite, possano oppure non possano essere utilizzate in giudizio: nel giudizio di merito non ancora instaurato, ove si sia trattato di un cautelare *ante causam*; oppure in un nuovo giudizio di merito, ove la cautela sia stata concessa in corso di causa, ma le preclusioni relative alla definizione del *thema decidendum* si siano già formate⁹. Si tratta dunque, a grandi linee, di un problema di circolazione della prova¹⁰, non tra differenti giurisdizioni, ma tra modelli di acquisizione della prova che hanno presupposti diversi, perché predisposti soltanto per alcuni diritti, unici considerati dal legislatore idoneo oggetto della speciale cautela.

Entrando nello specifico, tipico esempio ne è l'istituto della c.d. descrizione: provvedimento cautelare disciplinato dagli artt. 129 e 130 del codice della proprietà industriale (D.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30)¹¹ e dagli artt. 161 e 162 della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633), esclusivamente per la tutela dei diritti ivi regolati¹².

⁹ Per il vero, questa seconda ipotesi è assai più complessa, perché involge anche il tema delle preclusioni e della circolazione della prova tra processi differenti: v. *infra*, in nota 21.

¹⁰ L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 209 ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.

¹¹ Ai sensi dell'art. 129 c.p.i. «1. Il titolare di un diritto di proprietà industriale può chiedere la descrizione o il sequestro, ed anche il sequestro subordinatamente alla descrizione, di alcuni o di tutti gli oggetti costituenti violazione di tale diritto, nonché dei mezzi adibiti alla produzione dei medesimi e degli elementi di prova concernenti la denunciata violazione e la sua entità. Sono adottate le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate. 2. Il giudice, sentite le parti e assunte, quando occorre, sommarie informazioni, provvede con ordinanza (...) o con decreto motivato. 3. (...) 4. I procedimenti di descrizione e di sequestro sono disciplinati dalle norme del codice di procedura civile concernenti i procedimenti cautelari, in quanto compatibili e non derogate dal presente codice. Ai fini della conferma, modifica o revoca della descrizione e dell'eventuale concessione delle misure cautelari chieste unitamente o subordinatamente alla descrizione, il giudice fissa l'udienza di discussione tenendo conto della descrizione allo scopo di valutarne il risultato». Una norma analoga è prevista dall'art. 161 l.d.a.

¹² In queste materie è previsto un ulteriore istituto, denominato sequestro e utilizzabile anche per la cautela della prova, che solo per alcuni aspetti corrisponde all'omonimo istituto previsto dal legislatore processuale all'art. 670 c.p.c. La differenza tra descrizione e sequestro, benché unitariamente disciplinati dagli artt. 129 e 130 c.p.i., è notevole, poiché, mentre la descrizione svolge solo la tipica funzione di conservazione della prova altrimenti soggetta a dispersione (per la concessione della misura, non è sufficiente il rischio dell'infruttuosità dell'istanza istruttoria, occorrendo invece che «il pregiudizio istruttorio paventato minacci di ricadere sul diritto sostanziale del quale è in atto o si preannuncia l'accertamento»: A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 264), il sequestro, oltre alla finalità probatoria, svolge in questo settore anche una funzione propriamente "interdittale" (talora persino una funzione anticipatoria, ad esempio

Com'è noto, la descrizione è una misura cautelare di istruzione preventiva, con la quale si vuol consentire al titolare di una privativa di

in considerazione della sanzione di merito di sequestro "fino all'estinzione del titolo", prevista dall'art. 124, co. 5, c.p.i.), togliendo cautelativamente di mezzo i beni e gli strumenti che servono all'asserito contraffattore per porre in essere la violazione lamentata (ampi e condivisibili argomenti contrari all'idea che «l'istruzione anticipata rappresenti il rimedio cautelare di un non meglio definito 'diritto alla prova' e che per conseguenza se ne debba dare una giustificazione teorica esclusivamente processuale», in A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., 259 ss.). Questa differenza di effetti tra i due istituti ha fatto sì che, nella prassi, la descrizione venga considerata «meno intrusiva/invasiva», e quindi venga concessa con più facilità. Tale maggiore facilità si fonda tra l'altro sulla diversa configurazione che il *fumus boni iuris* ha nei due casi: se, infatti, per il sequestro previsto in questa materia, è pacificamente richiesta una delibazione sommaria relativa alla plausibile fondatezza della domanda di merito, per la descrizione, viceversa, trattandosi di provvedimento assimilabile a quelli di istruzione preventiva, si richiede solamente che il giudice proceda all'esame «*prima facie* dell'ammissibilità e della rilevanza del mezzo dedotto»: A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., 245. In giurisprudenza, v. ad esempio Trib. Milano, Sez. spec. impresa, 22 gennaio 2016, in <https://www.giurisprudenzadelleimprese.it>, secondo cui «In materia brevettuale, nell'ambito di una misura di descrizione, occorre limitare la verifica del risultato della descrizione soltanto a una verifica formale, ossia a un vaglio c.d. esterno della tipologia dei documenti raccolti: l'esame deve pertanto arrestarsi alla rilevanza e alla formale pertinenza degli elementi probatori acquisiti (c.d. *res estensa*, ossia riscontro di quale sia la natura e la tipologia dei documenti acquisiti) e non già, anche, al compimento di un'indagine del suo contenuto (c.d. *res cogita*, finalizzata a verificare in concreto se gli elementi contenuti nei documenti comportino un giudizio di interferenza). Nel procedimento di descrizione, a differenza di quanto avviene in tutti gli altri procedimenti cautelari, aventi ad oggetto anticipazioni di tutela della posizione giuridica sostanziale, ciò che viene in rilievo è il diritto processuale alla prova e non già, quantomeno in via immediata, il diritto sostanziale in relazione al quale il diritto processuale svolge funzione servente». Tornando alla sua supposta minore intrusività, a differenza di quanto accade col sequestro, con la descrizione si può preservare la prova, senza tuttavia sottrarre all'asserito contraffattore la disponibilità dei beni oggetto del provvedimento cautelare. Va però a questo riguardo segnalato che, in realtà, anche la descrizione può essere assai intrusiva; ciò tutte le volte in cui, attraverso il suo esperimento, sia data al ricorrente la possibilità di venire a conoscenza di segreti o dati riservati della controparte. Per questa ragione andrebbe riconsiderata l'opinione secondo cui, per la concessione del provvedimento cautelare che dispone la descrizione, il *fumus* consisterebbe non nella delibazione positiva del merito della controversia (come avviene per tutti i cautelari non attinenti alla prova), ma nella delibazione dei soli presupposti che rendono possibile il compimento di atti istruttori, vale a dire la ammissibilità, rilevanza ed utilità della prova di cui si chiede l'ammissione, in relazione alla domanda oggetto del giudizio di merito pendente o preannunciato. Come si vedrà anche nel testo, questa possibilità, nient'affatto remota, rappresenta un effetto collaterale, dal quale derivano nella prassi notevoli problemi applicativi, in particolare con riguardo al rispetto del contraddittorio.

procurarsi e salvaguardare la prova della (asserita) violazione del suo diritto IP, cioè di regola la prova della contraffazione¹³. Volendo circoscrivere l'intervento agli illeciti posti in essere attraverso sistemi informatici, e in particolare agli illeciti la cui prova è rinvenibile all'interno di archivi informatici, la descrizione ha in questi casi per oggetto l'acquisizione massiva – attraverso la c.d. copia forense (cioè una copia fedele e sostanzialmente immutabile: una sorta di fotografia inalterabile) – del contenuto di tali archivi. Essa si svolge ovviamente tramite l'operato dell'ufficiale giudiziario, con l'indispensabile ausilio di un consulente tecnico d'ufficio¹⁴ dotato non solo delle conoscenze, ma anche della strumentazione necessaria¹⁵.

¹³ In giurisprudenza essa è stata definita come una «misura di carattere istruttorio, connotata tuttavia da una forte vocazione cautelare, finalizzata a preservare la prova ove sussista il rischio della sua dispersione, allo scopo quindi anche di conferire una tutela di tipo immediato e strumentale sia ai diritti di difesa della parte ricorrente, sia – per il tramite di questi – ai diritti di natura sostanziale per i quali si invoca protezione» (Trib. Milano, Sez. Spec. propr. ind., 28 giugno 2010). Sempre secondo la giurisprudenza, «Scopo della descrizione è assicurare al titolare di un diritto di proprietà intellettuale elementi di prova in ordine alla violazione dei propri diritti; sicché, quando sussiste il *fumus boni juris* della pretesa e il provvedimento inaudita altera parte sia stato eseguito, l'udienza successivamente instaurata ha essenzialmente lo scopo di valutare, oltre alla legittimità del provvedimento alla luce delle difese della parte resistente, anche il risultato della descrizione stessa» (Trib. Torino, Sez. spec. Impresa, 13 febbraio 2017).

¹⁴ V. art. 130 c.p.i. L'acquisizione massiva e l'indispensabile ausilio di un perito riflettono il fenomeno dei *Big Data*: attualmente la quantità e il volume dei dati raccolti e circolanti è talmente importante da rendere indispensabile, ove se ne voglia estrarre valore o conoscenze (o, nel nostro caso, prove), l'utilizzo di tecnologie e metodi analitici specifici, non essendo più possibile procedere alla loro analisi con le modalità tradizionali. A seguito dell'acquisizione massiva dei dati, potrà pertanto operarsi la selezione di quelli rilevanti per il giudizio e disporne la conservazione. In altri termini, le nuove tecnologie facilitano la raccolta «disordinata» di una enorme quantità di dati, tra i quali dovrà poi essere faticosamente ricercato quello rilevante rispetto al prospettato oggetto del giudizio di merito. Come giustamente pone in luce P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., XVII, 148 ss. e 234 ss., nello spiegare il metodo di acquisizione della prova, la strategia epistemologica imposta dalle nuove tecnologie è esattamente opposta rispetto a quella tradizionale, infatti «prima si acquisiscono i dati, poi li si filtra a seconda di quello che si cerca», mentre il sistema tradizionale vuole che prima si selezionino e si cataloghino i dati rilevanti e poi li si acquisisca e li si conservi. L'indispensabile attività del consulente tecnico nominato dal giudice rende evidente come si tratti qui di un'ipotesi da ricondursi alla categoria della consulenza percipiente, vale a dire della consulenza attraverso la quale il perito non si limita ad operare come ausiliario del giudice, su fatti da questi già accertati, ma procede alla ricerca dei fatti stessi, i quali possono appunto essere accertati solo attraverso specifiche cognizioni tecniche. Sul rischio (molto spesso, più che di un rischio, si tratta di un dato di fatto) che questo *modus operandi* finisca per attribuire un indebito potere valutativo al consulente tecnico

È noto a questo proposito che il ricorso cautelare deve sempre indicare il diritto a cautela del quale si chiede il provvedimento: per poter ottenere una descrizione ai sensi degli artt. 129 e 130 c.p.i., pertanto, il ricorrente dovrà allegare nel ricorso i fatti costituenti la violazione di uno dei diritti regolati dal c.p.i., oltre alla titolarità del medesimo¹⁶. È altresì necessario che il ricorrente indichi quali sarebbero gli specifici elementi di prova, che con la descrizione intende acquisire per dimostrare la violazione del suo diritto, ed è auspicabile che – in questi particolari casi – identifichi anche i criteri coi quali detti elementi possono essere individuati, all'interno del (probabilmente assai ampio) materiale che sarà in concreto rinvenuto¹⁷. Quanto al giudice, secondo un orientamento consolidato, egli dovrà limitarsi a valutare l'astratta ammissibilità e rilevanza di queste fonti di prova in relazione all'oggetto della domanda di merito¹⁸.

Poniamo dunque, in ipotesi, che nel ricorso cautelare venga allegata la (asserita) violazione di un segreto commerciale (v. artt. 98 e 99 c.p.i.)¹⁹

d'ufficio, V. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1249, le cui osservazioni ben si attagliano anche alla descrizione prevista dal c.p.i.

¹⁵ Un problema pratico di particolare rilievo sta proprio in ciò, che la strumentazione necessaria per procedere a simili acquisizioni inalterabili è molto costosa e soltanto pochissimi soggetti ne sono dotati. Questo significa, da un lato, che i costi di siffatte consulenze tecniche (sia d'ufficio, sia di parte) sono particolarmente elevati; e, dall'altro lato, che – come del resto dovrebbe sempre avvenire – la nomina del consulente tecnico da parte del giudice istruttore deve essere fatta con particolare cautela, altrimenti correndosi il rischio di un perito inidoneo al compito affidatogli o addirittura di un perito che, non rinunciando alla nomina, si trovi però costretto a farsi coadiuvare da altri ausiliari (più capaci o dotati dei macchinari indispensabili), i cui costi ulteriori (ed evitabili con scelte fatte oculatamente) graveranno inevitabilmente sulle parti (e, infine, sul soccombente).

¹⁶ P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., 138, ove si sottolinea che la parte deve iniziare il processo avendo già ultimato la propria istruzione primaria, vale a dire, essendo nella «piena consapevolezza di tutte le affermazioni di prove» fondanti il *thema probandum* della controversia».

¹⁷ F. GHIRETTI, sub art. 129, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, 1381. Quando la descrizione abbia per oggetto la sottrazione di informazioni sottratte da archivi informatici del ricorrente, per procedere all'identificazione dei file sottratti si dovrà utilizzare il codice *hash* dei singoli file originari, che corrisponde a una vera e propria impronta digitale immodificabile dei medesimi e che i file «scaricati» sul computer del resistente avranno necessariamente conservato.

¹⁸ V. *supra*, nota 12.

¹⁹ F. BANTERLE, *La tutela di informazioni e dati: segreti commerciali e banche dati*, in R. PEROTTI (a cura di), *Proprietà industriale e intellettuale*, Pisa, 2021, 215; C. GALLI (a cura di), *Il nuovo diritto del know-how e dei segreti commerciali*, Milano, 2018; G. CRESPI, sub artt. 98-99 c.p.i. (*Informazioni segrete*), in A. VANZETTI (diretto da), *Codice della Proprietà Intellettuale*, Milano, 2013, 1101; A. VANZETTI, *La tutela «corretta» delle*

oppure di una banca dati originale (come tale tutelata dalla l.d.a.) oppure ancora di un brevetto per invenzione (ad esempio di procedimento): il ricorrente in tal caso agisce per procurarsi la prova di fatti prospettati come illeciti e già allegati col ricorso. Si supponga altresì che la prova di tale ipotizzata violazione sia rinvenibile nell'archivio informatico (*server*) avversario. Poniamo infine che il giudice, come per lo più avviene, conceda il provvedimento di descrizione *inaudita altera parte*²⁰. Ebbene, può accadere che, all'esito della descrizione, si rinvenga all'interno del *server* la prova di ulteriori condotte illecite, neppure ipotizzate dal ricorrente e quindi non allegate dal medesimo nell'atto introduttivo del procedimento cautelare e quindi neppure prospettate come oggetto dell'instaurando giudizio di merito; e può anche accadere che si tratti di illeciti consistenti nella violazione di diritti previsti e regolati non dal c.p.i. o dalla l.d.a., ma dal codice civile (tipico esempio: atti di concorrenza sleale, *ex art. 2598 c.c.*) o da altre leggi speciali, e rispetto ai quali la descrizione non è contemplata.

La domanda che ci si deve porre è pertanto quale uso possa farsi di queste prove, cioè se possano essere introdotte (*i.e.*, acquisite) nell'instaurando giudizio di merito²¹, oppure se il fatto che la descrizione sia stata disposta a tutela degli specifici, ben determinati diritti per i quali essa è prevista incide sulla natura della prova, che, mentre in relazione a un diritto di privativa industriale è, nel nostro esempio, legittima e sarebbe pertanto ritualmente acquisita, ove si voglia invece provare la violazione di un

informazioni segrete, in *Riv. dir. ind.*, 2011, 95; M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del Codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, 177 ss.

²⁰ Si tratta di provvedimenti cautelari la cui utilità ha normalmente come necessario presupposto il cosiddetto "effetto sorpresa": è infatti immediatamente evidente come simili provvedimenti perdano di pregnanza, là dove il giudice decida di instaurare preliminarmente il contraddittorio, rendendo l'asserito contraffattore edotto del fatto che verrà disposta l'acquisizione delle informazioni contenute nei suoi archivi. Dopo la concessione *inaudita altera parte* e l'attuazione del provvedimento, si terrà un'udienza, nel contraddittorio delle parti, nella quale verrà valutata l'ammissibilità della descrizione e l'esito di questa. Se già richiesti con il ricorso, in caso di esito positivo della descrizione, potranno essere concessi ulteriori provvedimenti cautelari, quali ad esempio l'inibitoria della prosecuzione dell'illecito.

²¹ Ancora più complesso è il problema se la prova di tali fatti ulteriori possa essere acquisita in un diverso giudizio di merito, qualora la descrizione sia stata disposta in corso di causa, ma non sia più possibile modificare il *thema decidendum*, (né, quindi, ampliare il *thema probandum*): in questo caso, infatti, ove pure si ammetta in via generale l'utilizzabilità di simili prove, si pone l'ulteriore problema delle modalità con le quali queste possono essere acquisite in un diverso processo, non funzionalmente collegato con il procedimento cautelare già svoltosi, e quale efficacia possa ad esse eventualmente riconoscersi.

diverso diritto, non contemplato dal c.p.i. o dalla l.d.a., sarebbe da considerarsi non utilizzabile²².

La riflessione conduce naturalmente al tema delle prove illecite²³, e ci si deve anzitutto domandare se un'evidenza in tal modo emersa dalla descrizione cautelare possa essere ricondotta a questa categoria e debba pertanto soggiacere alla regola di esclusione²⁴, che sancisce l'inutilizzabilità nel processo di tutte le prove che – pur rilevanti – si siano formate (al di fuori del giudizio) o siano state acquisite o assunte (in giudizio), «*con mezzi illegali o illegittimi, con metodi penalmente illeciti o con atti che comunque comportino la violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti*»²⁵. Si tratta di un tema ampiamente dibattuto e sul quale ci limitiamo a segnalare, per quanto qui rileva, che il diritto alla prova, di matrice costituzionale, non ricomprende tuttavia «il diritto di scoprire fatti o prove che possano fondare la pretesa»²⁶. Nel nostro esempio, a ben guardare, si tratta invece proprio di un caso in cui i fatti illeciti e la loro prova sono stati scoperti come se fosse stata posta in essere un'indagine esplorativa²⁷: si tratta, più precisamente,

²² Vero è che il ricorrente avrebbe potuto fin dall'origine provare a domandare un accertamento tecnico preventivo, ma non lo ha fatto, perché neppure immaginava la sussistenza di illeciti ulteriori, avendo ipotizzato solo la violazione di diritti IP (o d'autore), e ora ci si deve domandare se possa utilizzare le prove così rinvenute e, prima ancora, se possa allegare in un giudizio di merito i fatti di cui è venuto a conoscenza attraverso l'attuazione del provvedimento cautelare. È evidente come questo problema sia connesso al tema della cosiddetta prova esplorativa: v. F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in tema di prova esplorativa*, Torino, 2020 (e *infra*, in nota 26).

²³ E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, 867; L.P. COMOGGIO, *L'inutilizzabilità assoluta delle prove anticonstituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 30 ss.; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 693; ID., *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 945; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 183 ss.

²⁴ Regola di esclusione che larga parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene operante anche in assenza di espliciti divieti.

²⁵ Si reputa illecita la prova che la parte si è procurata in violazione di norme di diritto sostanziale ovvero non rispettando i principi costituzionali. Quanto alla prova illegittima, essa è quella che è stata acquisita al giudizio in violazione di norme processuali. L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 64 ss.; ID., *L'inutilizzabilità assoluta delle prove anticonstituzionali*, cit., 30 ss.; F. ANGELONI, *Le prove illecite*, cit., *passim*; N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, 101 ss. V. tuttavia L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., 63 ss., 149 ss. e 295 ss.

²⁶ L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 150. Sulla prova esplorativa v. altresì F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., *passim*.

²⁷ Con riguardo alle istanze istruttorie formulate nel giudizio di merito, nel criticare l'uso dell'attributo "esplorativa", si è affermato che un'istanza istruttoria o è ammissibile, perché riguardante fatti allegati dalla parte, oppure non lo è, perché riguardante fatti rimasti fuori dalle allegazioni di parte: la prova volta invece a

della prova di fatti (bensì inaspettati, ma pur sempre illeciti), che è finita nelle maglie di un procedimento cautelare di descrizione legittimamente svoltosi, e nel quale, in particolare, è stato rispettato il contraddittorio. Di una prova, però, che non avrebbe potuto essere acquisita per il tramite di quello specifico procedimento. Non mi pare corretto, quindi, parlare di prova illecita, nei termini dianzi specificati. Si potrebbe semmai affermare che si tratta di prova inammissibile, perché in ipotesi acquisita in violazione delle norme processuali: violazione che la parte potrebbe eventualmente far valere in sede di impugnazione.

Il quesito che mi pongo al riguardo è, tuttavia, se l'inammissibilità sia davvero la soluzione migliore e più efficiente oppure se, in tal modo, non si sacrifichi in maniera (a me pare) inaccettabile il diritto del soggetto asseritamente leso alla tutela giurisdizionale²⁸. Ove pertanto non si voglia già in via interpretativa ritenere prevalente il diritto alla tutela giurisdizionale, e dunque ritenere comunque ammissibile la prova acquisita in maniera (solo parzialmente) irrituale, soluzione che io credo percorribile, quantomeno in una prospettiva *de iure condendo*, a me pare che la descrizione cautelare, al momento espressamente prevista solo nel diritto industriale e d'autore, dovrebbe essere estesa ad opera del legislatore a cautela di ogni diritto soggettivo, così come è accaduto per le misure coercitive indirette²⁹.

dimostrare fatti principali non allegati «dovrà ritenersi inammissibile in quanto in violazione dell'art. 115 c.p.c., ma soprattutto palesemente irrilevante»: F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., 185, la quale segnala altresì che esistono nel nostro ordinamento strumenti istruttori che possono essere usati anche per accertare fatti non allegati dalle parti: si tratta dell'esibizione *antitrust* e della richiesta di informazioni disciplinata dal c.p.i. (*op. cit.*, 168).

²⁸ Ciò anche in considerazione del fatto che, quando si tratta di materiale informatico, una volta che il giudice abbia escluso dalla cognizione del giudizio di merito il materiale istruttorio acquisito con la descrizione, questo verrà probabilmente (e in tutta fretta) fatto sparire anzitutto dagli archivi del supposto responsabile dell'illecito, cancellandosi così in via definitiva le prove della violazione. Per questa eventualità si potrebbe ipotizzare come rimedio, da esperirsi prima della definitiva esclusione dal giudizio di merito del materiale istruttorio reperito attraverso la descrizione, la proposizione di una domanda di sequestro probatorio *ex art. 670, comma 2, c.p.c.* sul materiale istruttorio risultante dalla descrizione e dunque a disposizione della cancelleria del giudice adito con il primo ricorso cautelare, e magari anche di inibitoria, accompagnata da una penale, *ex art. 700 c.p.c.*, che impedisca la distruzione o l'occultamento del materiale medesimo. Si tratta evidentemente di una soluzione macchinosa, ma è l'unica percorribile ove si voglia tentare di preservare la prova, altrimenti a rischio di definitiva dispersione a seguito della sua esclusione.

²⁹ Tali misure, inizialmente previste solo in alcuni specifici settori del nostro ordinamento (tra i quali, ancora, il diritto industriale e d'autore), dal 2009 sono state adottate in via generale dal c.p.c., che le contempla all'art. 614-bis. Per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2019, 72 ss.

4. – Come anticipato, il secondo profilo d'indagine, sempre in tema di accesso alla prova, concerne quella che può essere vista come l'altra faccia della medaglia, vale a dire la tutela di chi subisce il provvedimento cautelare.

È infatti evidente come l'intrusività di una descrizione possa mettere in pericolo eventuali segreti commerciali o altri diritti e, più in generale, tutte le informazioni riservate, del soggetto che si prospetta nel ricorso come autore della violazione.

A questo riguardo, l'art. 129 c.p.i. dispone che, quando il provvedimento sia concesso, occorre che siano adottate «le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate». Tuttavia, nessuna interpretazione della norma finora fornita dalla giurisprudenza parrebbe essere stata interamente appagante, nel senso di rivelarsi in grado di tutelare sia il diritto del ricorrente di far valere la propria privativa in giudizio, acquisendo la prova della sua violazione, sia quello del resistente di non vedere acquisite dalla controparte informazioni in senso lato riservate o comunque degne di tutela (si pensi a informazioni commerciali sensibili sul piano concorrenziale, oppure a dati coperti dalla diritto alla riservatezza o alle banche dati originali).

Le soluzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono sostanzialmente tre³⁰.

La prima, di natura formale, è stata enucleata dalla prassi probabilmente sulla scia di quanto già disposto degli artt. 76 e 77 disp. att. c.p.c., ma è stata ritenuta priva di reale efficacia: essa consiste nel limitare l'accesso al fascicolo – oltre che al giudice e al consulente tecnico da questi nominato – ai periti di parte e ai difensori, escludendo le parti. Simile limitazione si accompagna frequentemente a un ulteriore ordine del giudice, consistente nell'ammonire queste ultime sulla responsabilità concorrenziale di chi utilizzi o diffonda quelle informazioni. Risulta tuttavia evidente come siffatta soluzione ponga anzitutto il problema della gestione del rapporto tra le parti e i loro difensori, anche tecnici, perché il rispetto di queste limitazioni non consente un'efficace gestione della controversia e dunque si pone in conflitto con l'art. 24 Cost. Inoltre e correlativamente, il diritto del ricorrente di sapere, nei limiti di ciò che risulta pertinente, cosa sia stato rinvenuto con la descrizione, rende pressoché inutile, se non addirittura potenzialmente dannosa, questa misura.

La seconda soluzione, che talora si accompagna alla prima, consiste nell'imporre al CTU, prima di mostrare alle parti e ai difensori gli esiti della

³⁰ F. GHIRETTI, sub art. 129, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, cit., 1381 ss.

descrizione, di espungerne il materiale ritenuto non pertinente rispetto all'instauranda causa di merito. Anche questa soluzione non appare soddisfacente, perché si delega a un ausiliario il potere di stabilire cosa sia pertinente e cosa no in relazione a quanto è (o è stato prospettato come futuro) oggetto del giudizio, lavoro che – se non dal giudice nel contraddittorio delle parti – andrebbe quantomeno svolto dal CTU in contraddittorio ancor più che coi CTP, con i difensori delle parti, ciò che talora, nella prassi, avviene. Anche in tal caso, comunque, la segretezza di eventuali informazioni o dati riservati, potrebbe risultare, nella sostanza, compromessa³¹.

La terza soluzione consiste, infine, nella totale secretazione della documentazione raccolta (concretamente, si tratterà di un *hard disk*, contenente la copia forense del supporto informatico o del *server* del resistente, che verrà messo in una busta sigillata custodita in appositi locali della cancelleria). Tuttavia, questa secretazione non può che avere carattere provvisorio, dato che sia il ricorrente, sia il resistente devono poter accedere a tutto il materiale istruttorio, ivi comprese le informazioni secretate, a pena della violazione dei loro diritti costituzionalmente garantiti di azione e difesa³².

Va peraltro segnalato che, in caso di descrizione su supporti digitali, si tratta in genere di materiale istruttorio inidoneo a essere riversato nel fascicolo telematico, non solo perché, appunto, secretato, ma anche perché di norma si tratta di un gran numero di file aventi dimensioni incompatibili con quelle di siffatto fascicolo.

³¹ Può infatti ben accadere che le informazioni riservate vengano trasmesse a soggetti terzi, del tutto estranei, capaci di sfruttarle: ciò che può rendere difficile, se non addirittura impossibile risalire alla fonte delle medesime.

³² Un problema analogo per la verità si pone anche con riguardo alle informazioni riservate del ricorrente, dato che quando si lamenti la sottrazione di materiale digitale, trattandosi il più delle volte di decine o centinaia di migliaia di file, anche il ricorrente produce col ricorso la copia forense, fatta dal proprio CTP, dell'archivio informatico, presentando contestualmente al giudice istanza di secretazione della medesima. Questo perché, ove il resistente non fosse in realtà responsabile dell'illecito che gli si attribuisce, e dunque non fosse già a conoscenza dei segreti (o altre informazioni sensibili) del ricorrente, che si suppongono sottratti, non si vuole che ne venga a conoscenza proprio per il tramite del procedimento cautelare. Senonché, il diritto di difesa riconosciuto al resistente impone che a questo soggetto sia reso noto di quali dati digitali si sarebbe illegittimamente appropriato, così da consentirgli una adeguata difesa.

Abstract

**TREATMENT OF DIGITAL EVIDENCE
UNLAWFULLY ACQUIRED**

Il lavoro ha per oggetto l'analisi di un istituto che la legge prevede solo per la tutela dei diritti I.P.: la c.d. descrizione cautelare disciplinata dal codice della proprietà industriale. L'analisi è condotta con particolare riguardo al tema della prova digitale e alla possibilità di utilizzare prove acquisite con la descrizione ma relative a diritti non I.P.

This work analyses an institution that the Italian law only provides for the protection of IP rights: the so-called "descrizione cautelare" regulated by the I.P. Code. The analysis is focused on the issue of digital evidence and the possibility of using evidence acquired through descrizione cautelare but relating to non-IP rights.

**LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA
NO DIREITO BRASILEIRO:
UMA RÁPIDA COMPARAÇÃO COM O DIREITO ITALIANO**

ÉRICO ANDRADE

Professore adjunto

nell'Università Federale di Minas Gerais

SOMMARIO: 1. Introdução. – 2. Limites subjetivos da coisa julgada: a linha mestra do contraditório. – 3. Possibilidade de extensão dos limites subjetivos em casos especiais previstos na legislação. – 4. Limites subjetivos da coisa julgada e desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. – 5. Litisconsórcio e processo coletivo.

1. – A doutrina aponta que três aspectos centrais a serem afrontados no estudo da coisa julgada dizem respeito aos seus limites objetivos, subjetivos e temporais, ou seja, o que determina a sentença, em relação a quem e até quando¹.

Em tal contexto, segundo abalizada opinião doutrinária, o tema dos limites subjetivos da coisa julgada é fundamental e antecede logicamente os demais temas e discussões que giram em torno da coisa julgada², donde ter sido o tema de abertura dos recentes debates e discussões sobre coisa julgada no ambiente comparado entre Brasil e Itália³.

O problema dos limites subjetivos da coisa julgada se coloca praticamente quando se chega à conclusão no sentido de que uma sentença

¹ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 10ª ed., Milano, 2019, I, 156: «*I tre argomenti da affrontare in tema di giudicato riguardano i limiti oggettivi, soggettivi e temporali: in altri termini che cosa statuisce la sentenza, nei confronti di chi, e fino a quando*».

² A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata* (Tradução Diego Volpino), Milano, 2005, 209. Por outro lado, S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice Civile – Della tutela dei diritti* (Artt. 2907 – 2969), Torino, 2015, 109, destacam a interrelação entre os limites subjetivos e objetivos no estudo da coisa julgada, ao indicarem que «*l'efficacia soggettiva del giudicato dipende, in primo luogo, dalla sua efficacia oggettiva: l'oggetto della precedente statuizione deve assumere rilevanza per l'accertamento del diritto del terzo; in caso contrario, la sentenza, prima ancora che inefficace, è irrilevante per il terzo, il quale è indifferente rispetto alla statuizione altrui*».

³ O tema foi objeto das “Jornadas de Estudo Ítalo-brasileiras sobre coisa julgada” organizado conjuntamente pela Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG e pela *Università degli Studi di Milano-UNIMI*, no período de março-abril de 2021. Os debates em torno dos limites subjetivos da coisa julgada podem ser acessados no endereço <https://www.youtube.com/watch?v=WSVbWZrjzXs> (acesso em 11/08/2021).

anterior é relevante para a decisão de uma segunda causa, em que surge como parte um terceiro que não figurou como parte no primeiro processo. Do contrário, se a primeira sentença é irrelevante em relação ao segundo processo, não se coloca o problema dos limites subjetivos, pois a sentença será indiferente para terceiro que se insere como parte no segundo processo, sem ter participado do primeiro processo⁴.

Nesse sentido, o problema dos limites subjetivos da coisa julgada consiste propriamente em estabelecer quando a coisa julgada formada no primeiro processo se aplica a um segundo processo com partes diversas. Por isso, excluem-se, de plano, os casos dos terceiros indiferentes, e o estudo deve se concentrar nos casos em que os terceiros podem ser potencialmente atingidos ou prejudicados pela sentença proferida no primeiro processo, vez que titulares de situação jurídica dependente daquela analisada no primeiro processo em que se formou a coisa julgada e em que não figuraram como parte⁵.

2. – A regra básica que classicamente vem do aforismo latino *res iudicata inter partes* é no sentido de que a coisa julgada produz efeito somente para os sujeitos que revestiram a qualidade de parte no processo em que proferida a sentença⁶. Daí, como bem destaca a doutrina italiana, o princípio do contraditório é a primeira e fundamental regra que orienta a solução do problema dos limites subjetivos da coisa julgada e, em linha de tendência, é possível indicar que qualquer extensão subjetiva da eficácia da sentença passada em julgado esbarra no princípio do contraditório, pois se estaria a aplicar ou estender a coisa julgada para terceiro que não teve oportunidade de se defender⁷.

⁴ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 174.

⁵ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 175-176.

⁶ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., 210: «L'aforisma latino *res iudicata inter partes* (lett.: "la cosa giudicata tra le parti") rappresenta la classica regola aurea a cui occorre in linea di principio attenersi: per regola generale, il giudicato dispiega la propria efficacia soltanto tra coloro che hanno rivestito la qualità di parti nel processo in cui è stata emanata la sentenza». Todavía, J. NIEVA-FENOLL, *Cosa Julgada* (Trad. Antônio do Passo Cabral), in *Revista dos Tribunais*, 2016, 226, sustenta que tal dogma da *res iudicata inter partes* deve ser posto de lado: «Lamento ser tão direto, mas deve dizer-se, já de início, que o primeiro dado a esquecer é a clássica conclusão de que a coisa julgada somente tem efeito quando as partes de ambos os processos são idênticas, em suas pessoas ou em sua qualidade».

⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 176: «Il principio del contraddittorio è quindi la prima e fondamentale regola che governa il problema dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza. In via tendenziale ogni estensione soggettiva dell'efficacia della sentenza urta contro il principio del contraddittorio. Infatti, vincolare al contenuto di un provvedimento giurisdizionale un soggetto, che non ha avuto modo di difendersi, costituisce la massima violazione del principio del contraddittorio».

O direito brasileiro, pode-se afirmar, se alinha com tal perspectiva, uma vez que o art. 5º, LIV e LV, da Constituição, assegura que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, permeado pela ampla defesa, cenário que se confirma nas normas fundamentais do CPC/15, em que o art. 9º prevê que, como regra, não se proferirá decisão contra uma das partes sem sua prévia oitiva; e vem reforçado no art. 506, quando dispõe que a sentença faz coisa entre as partes e não prejudica terceiros⁸.

Como se pode perceber, tema central em relação aos limites subjetivos da coisa julgada gira em torno da perspectiva de a sentença passada em julgado prejudicar terceiros, hipótese em que o terceiro vê seu direito de defesa violado, cenário que não se coloca quando o terceiro é beneficiado pela coisa julgada e, por isso, se tem admitido a extensão da coisa julgada para beneficiar terceiro, caso em que não se poderia falar propriamente em violação ao seu direito de defesa⁹.

O direito brasileiro, no âmbito do CPC/15, também se alinhou a tal perspectiva ao promover interessante atualização legislativa em confronto com o CPC/73, que previa em seu art. 472 que a «sentença faz coisa julgada entre as partes as quais é dada, não prejudicando, nem beneficiando terceiros»; e agora se dispõe, no vigente art. 506, que a sentença não pode prejudicar terceiros. Por conseguinte, passa a ser agora admissível a possibilidade de extensão da coisa julgada para beneficiar terceiros¹⁰.

3. – Não obstante a linha fundamental de a coisa julgada não apanhar o terceiro para prejudicá-lo, tendo em vista a barreira do contraditório, é certo

⁸ J.R. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, 2ª ed., São Paulo, 2020, 87: «Sintetizando o pensamento que prevalece em nossa literatura mais recente, Dinamarco destaca que a exigência de contraditório encerra uma das razões básicas pelas quais a autoridade da coisa julgada não deve ir além das partes. A garantia constitucional da defesa ficaria tisonada se um sujeito, sem ter usufruído das oportunidades processuais inerentes à condição de parte, ficasse depois impedido de repor em discussão o comando sentencial».

⁹ Nesse sentido, a doutrina italiana destaca que o problema dos limites da coisa julgada diz respeito ao cenário da sentença prejudicar terceiro, e não se coloca quando o terceiro se beneficia da coisa julgada, hipótese em que não se cogita de violação do direito de defesa, cfr., por exemplo, F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, cit., I, 180; e S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, cit., 120-122.

¹⁰ L.G. MARINONI, *Giudicato sulle questioni nel diritto brasiliano*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2018, 1402-1403: «In ogni caso, il codice brasiliano del 2015 ha chiarito in maniera esplicita che il giudicato non può pregiudicare i terzi, evidenziando, quindi, che può certamente beneficiarli (art. 506 c.p.c.). Occorre sottolineare che, secondo il nuovo c.p.c., il giudicato ricade su una questione discussa e decisa, necessaria al giudizio di merito (art. 503, c.p.c.), non potendo riguardare il terzo solo quando può pregiudicarlo (art. 506 c.p.c.)». Cfr., ainda, H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, 61ª ed., Rio de Janeiro, 2020, I, 1118.

que o direito positivo pode – diante do confronto entre o contraditório, de um lado, e da tutela jurídica efetiva, que se viabiliza por meio do direito de ação, de outro, aliada, ainda, à segurança e certeza jurídicas – prever contextos especiais de extensão da coisa julgada para atingir terceiros¹¹, fundado em aspectos de direito processual, confronto entre direito de ação e direito de defesa, ou mesmo por razões ligadas ao direito substancial¹².

Os direitos positivos brasileiro e italiano, por exemplo, preveem, nos seus respectivos códigos de processo (art. 109, §3º; e art. 111, n. 4), interessante hipótese de natureza processual para extensão da coisa julgada em relação a terceiro, quando este último adquire, por ato entre vivos, a coisa ou direito litigioso no curso do processo, uma vez que neste caso o autor propôs corretamente a ação contra a parte certa, tendo a situação se alterado no curso do processo, com a aquisição do bem ou direito litigioso pelo terceiro. Deve, com isso, prevalecer o direito à tutela jurisdicional conferida ao autor no confronto com o direito de defesa, com a aplicação da coisa julgada em prejuízo do terceiro¹³.

¹¹ Na doutrina espanhola, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., 212: «il diritto positivo prevede dei casi eccezionali in cui il giudicato si estende a soggetti diversi da coloro che hanno partecipato al processo in cui è stata emanata la decisione che ha acquisto efficacia di giudicato. Questo carattere di eccezionalità deriva dai rapporti intercorrenti tra determinati soggetti e della specifica natura di quanto ha formato oggetto della sentenza. In certi casi, la legge deve scegliere tra un particolare bisogno di certezza giuridica ed il più scrupoloso rispetto del contraddittorio o del diritto di difesa». No direito italiano, cfr., no mesmo sentido F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, cit., I, 176: «L'art. 24 Cost. però non garantisce solo il diritto di difesa ma anche il diritto di azione (che va inteso come il diritto ad una tutela effettiva), e questi due principi, che si devono coordinare tra loro, possono trovarsi in contrasto in modo che ambedue non possano trovare compiuta attuazione. È necessario, quindi, trovare un criterio per stabilire, a seconda dei casi, quando si deve estendere l'efficacia della pronuncia al terzo, comprimendo il suo diritto di difesa ma realizzando il diritto di azione della parte vittoriosa nel primo processo; e quando, invece, si deve negare l'efficacia della pronuncia nei confronti del terzo, così tutelando il suo diritto di difesa, ma comprimendo il diritto di azione della parte vittoriosa».

¹² F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, cit., I, 181, destaca que razões de ordem de direito processual ou de direito substancial podem justificar a extensão da coisa julgada em prejuízo de terceiros: «Tuttavia, a certe condizioni non è esclusa un'efficacia della sentenza nei confronti del terzo, la cui situazione sai sorta prima della proposizione della domanda, ma non per ragioni di diritto processuale (quindi di armonizzazione tra diritto di azione e diritto di difesa), sebbene per motivi di diritto sostanziale, per il tipo speciale di struttura sostanziale che lega la situazione intercorrente fra le parti (e che diviene oggetto del primo processo), e la situazione del terzo».

¹³ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto Processuale Civile*, cit., I, 176-177: «Nella prima ipotesi, il diritto o l'obbligo del terzo sorgono dopo l'inizio del processo, al quale egli non è stato chiamato a partecipare, e che si conclude con la sentenza, della cui efficacia si discute nel secondo processo (che ha ad oggetto il diritto o l'obbligo del terzo). (...) In questa ipotesi, tutelare il diritto di difesa del terzo escludendo l'efficacia della sentenza nel secondo processo significherebbe negare il diritto di azione della parte vittoriosa in maniera irrazionale, perché,

No campo do direito substancial, tema que assume relevância na discussão dos limites subjetivos da coisa julgada é aquele das situações jurídicas

“plurissubjetivas”, como nas hipóteses de obrigações subjetivamente complexas que surgem, por exemplo, no âmbito das obrigações solidárias ou divisíveis; ou no caso de relações obrigacionais plurilaterais ou bilaterais com partes coletivas; ou ainda, na comunhão de direito reais; ou mesmo no caso de deliberações no âmbito de grupos organizados, como ocorre nas associações, nos condomínios e nas sociedades¹⁴.

Nesses casos, como destaca a doutrina, via de regra, os titulares dos direitos subjetivos podem demandar em juízo de forma independentemente uns dos outros, de modo que a sentença favorável pode beneficiar os outros titulares; mas aquela desfavorável ao autor, não estenderia seus efeitos para os outros titulares, pois também aqui incidiria a regra que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros¹⁵. Já em relação ao polo passivo, tendencialmente pode haver formação de litisconsórcio passivo, inclusive como litisconsórcio necessário em alguns casos, em que todos devem ser demandados¹⁶. Todavia, o legislador pode realizar opção no sentido de não obrigar ou exigir a formação do litisconsórcio, como ocorre, por exemplo, no caso das obrigações solidárias, em que cada um dos obrigados pode responder pela dívida toda e, uma vez condenado, surge a questão da extensão da coisa julgada para os demais coobrigados, questão que, como regra, tenderia a ser respondida no sentido de que a sentença não pode

quando il processo è iniziato, l'attore lo ha correttamente instaurato. Un fatto nuovo (la nascita della situazione del terzo), che è subentrato in seguito, non deve pregiudicare il diritto di azione della parte (che risulterà vittoriosa)».

¹⁴ S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, cit., 119-120: «Il secondo settore in cui può assumere rilevanza il fenomeno dell'estensione degli effetti diretti del giudicato è quello delle situazioni giuridiche plurisoggettive: obbligazioni soggettivamente complesse (solidali, divisibili ad attuazione parziaria, ad attuazione congiunta); rapporti obbligatori plurilaterali o bilaterali con parti collettive; comunioni di diritti reali; deliberazioni nell'ambito di gruppi organizzati (nelle associazioni, nel condominio, nelle società)».

¹⁵ S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, cit., 123-124: «Nei processi attivi delle comunioni, ciascun contitolare della situazione giuridica plurisoggettiva (di natura obbligatoria o reale) può agire in giudizio disgiuntamente dagli altri contro il comune obbligato e gli altri co-legittimati non sono parti necessarie del processo (ad esempio, ciascun comproprietario può agire a tutela del diritto comune contro il trasgressore, e in particolare con le azioni di rivendica e di rimessione in pristino, senza che si renda necessaria l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri comproprietari). La sentenza di accoglimento va a vantaggio anche del contitolare rimasto estraneo, il quale può avvalersene; per contro, egli non è pregiudicato dalla pronuncia di rigetto – che ha effetti solo inter partes –, di guisa che potrà riproporre l'azione a tutela della situazione comune».

¹⁶ S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, cit., 124-125.

prejudicar os terceiros, ou seja, os demais obrigados que não foram parte no processo¹⁷.

Aliás, o CPC/15 confirma e reforça especificamente tal perspectiva quando – além da já citada previsão geral de a coisa julgada não prejudicar terceiros contida no art. 506 – dispõe no art. 513, §5º, que o «cumprimento da sentença não poderá ser promovido em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento». Noutras palavras, não se pode pretender estender a coisa julgada para terceiros em relação ao resultado da fase de conhecimento, quais sejam, os demais coobrigados.

Essa mesma orientação geral, de impossibilidade de a coisa julgada prejudicar terceiros foi recentemente reafirmada no direito brasileiro em decisão do Superior Tribunal de Justiça, na qual se destacou que a «coisa julgada *inter partes* é a regra em nosso sistema processual, inspirado nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa», ou seja, no «sistema processual brasileiro, ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantida efetiva participação, mediante o devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa», e por isso se conclui que nos «termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a sentença não poderá prejudicar terceiro, em razão dos limites subjetivos da eficácia da coisa julgada»¹⁸.

¹⁷ S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, cit., 121: «*per l'art. 1306, 1° co., c.c., la domanda di adempimento di un'obbligazione solidale può essere proposta da uno solo dei concreditori o nei confronti di uno solo dei condebitori e la sentenza non ha effetti nei confronti dei contitolari rimasti estranei; tuttavia, ai sensi del 2° comma, se la pronuncia è di contenuto favorevole, gli altri condebitori possono avvalersene (a meno che essa non sia fondata su ragioni personali al condebitore) e lo stesso possono fare, nei casi di solidarietà attiva, gli altri creditori (salva la possibilità per il comune debitore di rilevare le eccezioni personali)*». No mesmo sentido, a doutrina espanhola, cfr., A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., 228: «*A nostro avviso, se si ambisce ad una sentenza di condanna che possa essere utilizzata come titolo esecutivo (per l'intero ammontare del debito) contro ognuno dei debitori solidali, li si dovrà convenire tutti in giudizio. Con ciò non si distrugge l'essenza dell'obbligazione solidale, dato che il creditore è del tutto libero di agire in via stragiudiziale e giudiziale, per l'intero importo de debito, nei confronti di uno solo dei debitori solidali. Il fatto è che, siccome il creditore non è viceversa padrone di prendersi gioco dell'effettività del principio giuridico-naturale del contraddittorio, se egli liberamente sceglie di convenire in giudizio un solo debitore solidale, l'eventuale sentenza di condanna potrà essere utilizzata come titolo esecutivo solamente nei confronti di quest'ultimo e non di quanti non hanno partecipato al processo*».

¹⁸ STJ, REsp 1766261/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julg. 18/05/2021, DJe 24/05/2021 in

Por essa razão, entende-se que a coisa julgada formada no processo que envolve o credor e um dos devedores solidários não pode, via de regra, prejudicar os demais devedores solidários que não foram parte no processo, porque não há na legislação processual ou civil previsão expressa de tal extensão subjetiva¹⁹. Da mesma forma, o devedor solidário que pagou a integralidade do débito no âmbito da condenação judicial, quando exercer o direito de regresso contra os demais devedores solidários, não pode pretender vinculá-los à coisa julgada formado no processo em que foi condenado a pagar toda a dívida, e, por isso, os demais devedores solidários podem se defender de forma ampla, por não se vincularem à coisa julgada formada no processo anterior em que não figuraram como parte²⁰.

Deve-se, pois, reforçar a regra *res iudicata inter partes* que, como muito bem destaca a doutrina, exclui a possibilidade, em linha de tendência, de a coisa julgada prejudicar sujeito diverso das partes no processo, de modo que não se pode pretender inserir tais terceiros, por exemplo, no âmbito da execução da sentença, salvo previsão legal expressa²¹.

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802354824&dt_publicacao=24/05/2021 (acesso em 17.08.2021).

¹⁹ Cfr. E. TALAMINI, *Coisa Julgada e sua Revisão*, in *São Paulo: Revista dos Tribunais*, 2005, 106-108; e J.R. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, cit., 203-204.

²⁰ Nesse sentido, J.R. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, cit., 205: «De aduzir-se, por outro lado, que o devedor condenado, depois de satisfeita a obrigação, subrogando-se no crédito reconhecido pelo título executivo, poderá demandar os co-devedores, que terão a faculdade de se defender deduzindo exceções pessoais e ainda argumentos que poderiam ter ensejado a improcedência do pedido do autor». Cfr., ainda, E. TALAMINI, *Coisa Julgada e sua Revisão*, cit., 108-109.

²¹ A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., 233: «A nostro avviso, la regola *res iudicata inter partes* esclude che si possa prospettare l'ipotesi di una sentenza capace di pregiudicare – in modo diretto, e non come fatto o mediante i suoi effetti riflessi – soggetti diversi dalle parti. Da un lato, infatti, posto dinnanzi alla sentenza, nessuno, che non abbia rivestito la qualità di parte, è tenuto a pensare di adempierla spontaneamente e, dall'altro lato, l'esecuzione forzata non può essere intrapresa contro chi non abbia potuto partecipare al processo che ha condotto alla pronuncia della sentenza, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge». Todavia, parte da mesma doutrina espanhola, v.g., J. NIEVA-FENOLL, *Coisa Julgada* (Trad. Antônio do Passo Cabral), in *Revista dos Tribunais*, 2016, 232-234, não obstante reconhecer o problema da extensão da coisa julgada para prejudicar terceiros, vai em sentido oposto, de buscar maior efetividade para a coisa julgada: «Tudo isso traz como consequência que a coisa julgada, que nasceu com uma vocação de permanência e estabilidade dos juízos, converta-se em uma instituição de circunstâncias eventuais, que somente se aplica, como se disse acertadamente, *secundum eventum litis*, o que seria totalmente inaceitável. Há que compatibilizar as exigências da coisa julgada com o fundamental direito de defesa do litigante que não participou. Mas não a ponto de sacrificar as garantias que oferece a coisa julgada».

4. – Outra questão interessante que pode surgir no direito brasileiro, advém, por exemplo, da aplicação do novo incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, regulado no CPC/15 nos arts. 133/137, especialmente no caso de o incidente ser instaurado na fase de cumprimento de sentença (art. 134), em que foi condenada a sociedade, devedora originária, por sentença passado em julgado e, diante da falta de patrimônio da sociedade para responder pelo débito, se pretende atingir, na fase de execução, o sócio.

Neste caso, poderia o sócio, que até então *não* fazia parte do processo, defender-se no incidente de desconconsideração de forma ampla, *mesmo na fase de execução de sentença*, podendo questionar *quaisquer aspectos* do débito ou da condenação efetivada na sentença passada em julgado; ou, diversamente, a sua defesa deveria ficar *adstrita* às matérias impugnáveis na fase de *execução* ou a alegação do não cabimento da desconconsideração da personalidade jurídica?

A resposta parece se encaminhar no sentido da possibilidade da discussão ampla do débito, não obstante a coisa julgada formada no processo proposto pelo credor apenas contra a sociedade, considerando o contraditório efetivo implementado como norma fundamental do CPC/15, especialmente no seu art. 9º, complementado pelos arts. 506 e art. 513, § 5º. O que significa dizer que o sócio poderia se defender *amplamente* não só quanto ao não preenchimento dos pressupostos para estender-lhe a responsabilidade patrimonial por dívida alheia (ou seja, quanto à ausência dos pressupostos da desconconsideração da personalidade jurídica), mas também em relação a quaisquer aspectos ligados ao próprio débito²², *inclusive no âmbito de cumprimento de sentença*, já que não figurou como parte no processo em que proferida a condenação e, por isso, a sentença proferida

²² F.L. YARSHALL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, in A. DO PASSO CABRAL – R. CRAMER (diretto da), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2016, 239: «Se o autor vislumbra fundamentos para a desconconsideração, pode desde logo requerer a medida na petição inicial. Se o fizer, os potenciais responsáveis – não exatamente devedores – terão a oportunidade de atacar a existência e a exigibilidade da *dívida*. Se, contudo, o autor da demanda só vier a cogitar da responsabilidade mais adiante, então parece não só jurídico, mas justo, que se disponha a rediscutir o débito perante o terceiro que ele alega ser responsável patrimonial. Pensar diversamente seria, inclusive, abrir ensejo a eventual má-fé do autor que, embora podendo trazer o terceiro para o processo, aguardaria a consolidação da decisão sobre o débito para, só então, cogitar da desconconsideração». Cfr., ainda, É. ANDRADE – L. N. PARENTONI, *Il superamento della personalità giuridica nel diritto brasiliano. Aspetti sostanziali e processuali*, in *Il diritto degli affari*, 2020, 628 ss. e spec. 642-643.

contra a pessoa jurídica não faz coisa julgada em relação ao sócio e, por consequência, não poderia prejudicá-lo (art. 506, CPC/15)²³.

Essa parece a melhor solução, pois, salvo disposição expressa de alguma norma substancial ou processual, atingir o sócio com a coisa julgada formada entre o credor e a devedora pessoa jurídica, para estender a esse mesmo sócio a condenação passada em julgada, sem lhe possibilitar a discussão da própria dívida, quando demandada sua responsabilização na fase de execução, por meio do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, pode traduzir, de fato, violação do princípio do contraditório, pois o sócio, por escolha do credor – que poderia, por exemplo, ter feito a opção pela inserção do sócio desde logo na petição inicial (art. 134, §2º, CPC/15) – só veio a ser demandado no momento da execução, após o trânsito em julgado da condenação da sociedade, razão pela qual não poderia ser assujeitado à coisa julgada anterior²⁴.

5. – Outros dois temas que se inserem na temática dos limites subjetivos da coisa julgada, mas que os estreitos limites deste trabalho impedem de

²³ Especificamente em relação ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, cfr. F.L. YARSELL, *Comentário aos arts. 133 a 137*, cit., 238, ao destacar que «o terceiro, sem ter participado da discussão que levou à formação do título executivo, não está vinculado pela imutabilidade própria da coisa julgada, dados os respectivos limites subjetivos (CF, art. 5º, LV e CPC, art. 506)». Igualmente: P.H.T. BIANQUI, *Desconconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Civil*, São Paulo, 2011, 183. «Fere o *landmark* da garantia constitucional do contraditório e ampla defesa limitar o conteúdo da defesa de alguém que nunca participou do processo antes e não teve sequer chance de impor seus argumentos à cognição do Poder Judiciário. Mesmo porque a pessoa jurídica pode ter sido mal assessorada no processo de conhecimento e alguns elementos essenciais podem não ter sido discutidos. Portanto, o sócio pode plenamente (a) negar a qualidade de responsável, (b) discutir a admissibilidade da desconconsideração e (c) atacar a própria existência da relação jurídica principal».

²⁴ Na doutrina italiana, a respeito da extensão da coisa julgada formada entre credor e sociedade, para prejudicar o sócio, cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, sub Art. 2909, cit., 142: «Vero è che, per regola sostanziale, i soci rispondono personalmente e solidalmente (salvo il beneficio di preventiva escussione del patrimonio sociale) di tutte le obbligazioni assunte dalla società, ancorché con causa anteriore all'acquisizione della qualità di socio (artt. 2267-2269, 2290, 2304 e 2318 c.c.). Tuttavia, tenuto conto che non è sufficiente il nesso imposto dalla normativa materiale, per operare l'estensione degli effetti della sentenza *inter alios*; rilevato che nessuna norma prevede espressamente la soggezione del socio che non ha preso parte al processo al giudicato altrui; considerato che il socio, il quale, per scelta del creditore, non è stato evocato in giudizio, subisce un pregiudizio giuridico dei propri interessi e diritti, da una sentenza emessa all'esito di un processo, a cui non è stato chiamato a partecipare; appare incompatibile con i principi costituzionali più volte ricordati, assoggettarlo al giudicato formatosi nei soli confronti della società».

adentrar, em razão das peculiaridades de cada qual, dizem respeito ao cenário do processo coletivo e do litisconsórcio.

Com efeito, nos processos coletivos mostra-se de grande relevância o debate e análise dos limites subjetivos da coisa julgada, pois a atuação de órgãos e entidades fundados na sistemática da substituição processual (art. 18, CPC/15) impacta nas discussões dos limites subjetivos da coisa julgada, surgindo a diferenciação de regime aplicável dependendo do tipo de direito objeto do processo coletivo e da distinção da extensão em relação aos demais legitimados e aos substituídos processualmente (art. 103, Lei 8.078/90)²⁵.

Da mesma forma, também a temática do litisconsórcio guarda relação com os limites subjetivos da coisa julgada, em que o CPC/15, por exemplo, apresenta, no art. 115, regramento diferenciado, no sentido de nulidade da sentença proferida sem a integração ao contraditório de todos os legitimados no caso de necessidade de decisão uniforme para todos; ou de ineficácia da sentença para os que não integraram o processo nos casos em que não há exigência de decisão uniforme para todos²⁶.

Abstract

SUBJECTIVE LIMITS OF RES JUDICATA

UNDER BRAZILIAN LAW:

A BRIEF COMPARISON WITH ITALIAN SYSTEM

L'Autore si confronta con il tema dei limiti soggettivi del giudicato nel diritto brasiliano, mettendolo a confronto con il sistema italiano, in particolare con riferimento alla necessità del rispetto del principio del contraddittorio, dando altresì conto dell'attuale dibattito relativo all'estensione del giudicato nei confronti del socio a seguito di un processo fra creditore e società.

The Author deals with the topic of the subjective limits of res judicata under Brazilian law, comparing it with the Italian system, in particular with reference to the need to respect the adversarial principle and he exposes the current debate on the extension of res judicata between a creditor and a company to shareholder, who has not taken part to the trial.

²⁵ Como referência, remete-se, ao tratamento da coisa julgada no processo coletivo, à obra de J.R. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, cit., 221 ss.

²⁶ Cfr., também no tema do litisconsórcio, J.R. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*, cit., 174 ss.

IL GOVERNO DEI CONSORZI DI GARANZIA COLLETTIVA DEI FIDI (*)

GIUSEPPE ANTONIO POLICARO

Ricercatore

nell'Università di Torino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La forma giuridica dei confidi. – 3. La *governance* – 3.1. Amministrazione e gestione dei fidi. – 3.2. Gli amministratori dei confidi e la BJR. – 4. I confidi e la *Corporate Social Responsibility*. – 4.1. (segue) Il *rating* di legalità – 4.2. (segue) Il microcredito. – 5. L'operatività dei confidi. – 5.1. Le specifiche convenzioni con gli istituti bancari. – 5.2. (segue) Il rapporto convenzionale tra banche e confidi. – 5.3. Le strutture *tranché cover*. – 5.4. Uno sguardo alle operazioni in *minibond* da parte dei confidi. – 5.5. NPL e ruolo dei confidi.

1. – Come è noto, i consorzi di garanzia collettiva dei fidi (confidi) sono intermediari finanziari di fondamentale importanza per la facilitazione dell'accesso al credito da parte delle piccole e medie imprese: trattasi infatti di cooperative o di consorzi di imprese che rilasciano garanzie (prevalentemente fidejussioni) al sistema creditizio e finanziario al fine di favorire la concessione del credito alle imprese socie.

Tanto precisato, posta la rilevanza e la complessità del tema, si cercherà nel prosieguo di esaminare il fenomeno dei confidi con particolare attenzione alla struttura ed alla forma per loro richieste dalla legge, nonché agli assetti di *governance*, determinanti in ordine alla loro operatività.

2. – Uno degli aspetti che forse più caratterizzano i confidi è la forma giuridica, certamente atta ad influenzare non solo gli assetti, ma pure la loro operatività. Tuttavia, prima di meglio esaminare e giustificare tali affermazioni, occorre inquadrare il tema con ordine.

Intanto, giova ricordare come il termine confidi derivi dalla composizione di "consorzio di garanzia collettiva dei fidi": trattasi di organismi collettivi di garanzia che, nei modi che meglio si vedranno, operano al servizio delle PMI consorziate al fine di consentire loro di ottenere finanza dagli istituti di credito. Tuttavia, il confido può anche assumere la forma di cooperativa¹ – caratterizzata dallo scopo mutualistico

(*) Il presente contributo – con taluni interventi e modifiche – è destinato al volume "Studi in Onore di Paolo Montalenti".

ma senza variazione dell'obiettivo sociale e dei metodi economici per il suo conseguimento – o, ancora, quella di società consortile (per azioni, a responsabilità limitata o cooperativa)².

A prescindere dalla classificazione giuridica, i confidi sono da considerarsi – al pari delle banche – quali imprese: svolgono infatti un'attività economica volta alla produzione di servizi (le garanzie prestate)³. Al riguardo, si evidenzia come la garanzia concessa, definita come collettiva, è da considerarsi tale alla luce «sia dell'apporto patrimoniale delle stesse imprese beneficiarie alla dotazione del fondo, sia per l'instaurarsi di tutta una serie di rapporti obbligatori unitariamente regolati»⁴.

Si può quindi ritenere che a fronte di una certa libertà nella scelta del modello societario del confido corrisponda anche la neutralità dello stesso, quantomeno rispetto all'obiettivo perseguito⁵. Ciò che quindi rileva è la prevalenza del contenuto sulla forma: esiste quindi una perfetta coincidenza

¹ Tra cui rientrano anche le banche cooperative confidi. Al riguardo, merita sottolineare come l'art. 13, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326, modificando l'art. 28 TUB avesse a introdotto un nuovo tipo di banca cooperativa c.d. dei "confidi".

² Quando il confido assume la forma di cooperativa, il principio delle "mutualità pura" soffre due rilevanti eccezioni: la prima è rappresentata proprio dalle banche cooperative confidi a suo tempo disciplinate all'art. 13, comma 29, legge 24 novembre 2003, n. 326; la seconda è costituita dai c.d. confidi maggiori, ovverosia quelli iscritti nell'elenco speciale disciplinato per l'autorizzazione all'art. 107 TUB, nella formulazione in allora vigente. Infatti, sia le banche cooperative confidi, sia i confidi c.d. maggiori (cfr. art. 13, comma 32, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, che ha riformulato l'art. 155 TUB) possono svolgere prevalentemente nei confronti delle imprese consorziate o socie determinate attività (e non, quindi, esclusivamente). Sui confidi con forma di cooperativa v. G. PETRELLI, *I confidi costituiti in forma di società cooperativa*, in *Studi e materiali. Quaderni semestrali del Consiglio Nazionale del Notariato*, Milano, 2006, 1663 ss.

³ Cfr. R. COSTI, *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, in *Consorzi fidi e cooperative di garanzia*, a cura di Bione e Calandra Buonauro, Milano, 1982, 43. Al riguardo, l'autore specifica che «la cooperativa di garanzia svolge professionalmente un'attività economica diretta alla produzione di servizi (le garanzie prestate agli istituti di credito) e che, pertanto, deve essere considerata titolare d'impresa, anche a prescindere dalle attività di assistenza, consulenza e di accertamento istruttorio svolte nell'interesse dei soci e quale organo ausiliare dell'operatore pubblico».

⁴ Così G. CABRAS, *Le garanzie collettive per i finanziamenti alle imprese*, Milano, 1986, 157; inoltre si veda ID., *Il problema della forma giuridica per le garanzie mutualistiche*, in *Consorzi fidi e cooperative di garanzia*, a cura di Bione e Calandra Buonauro, Milano, 1982, 131 ss.

⁵ Cfr. D. VITTORIA, *I problemi giuridici dei consorzi fidi*, Napoli, 1981, 63 ss.; R. COSTI, *op. cit.*, 39. Secondo quest'ultimo autore, «sotto il profilo causale esiste una perfetta coincidenza tra una società, un consorzio ed una cooperativa costituiti per creare un servizio di garanzia nei confronti degli imprenditori associati».

sotto il profilo causale, a prescindere dallo schema adottato⁶.

Tale principio è peraltro corroborato anche da talune disposizioni normative, quali, ad esempio, il comma 1° dell'art. 13, d.l. 30 settembre 2003 n. 269, convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 (come modificato dall'art. 11, comma 7°, d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005 n. 80)⁷: lo stesso, infatti, definisce l'attività di garanzia collettiva dei fidi come «l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario», ma mai viene fatto alcun riferimento alla forma giuridica prescelta⁸.

D'altro canto, oggi i legali rappresentanti di consorzi, società consortili e cooperative possono usufruire allo stesso modo del beneficio della responsabilità limitata: anche per i consorzi, infatti, l'art. 2615, comma 1°, c.c., dispone che per le obbligazioni assunte in nome del medesimo dalle persone che ne hanno la rappresentanza, i terzi possano far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo consortile.

L'enunciato della precedente versione della norma – che invece prevedeva la responsabilità illimitata e solidale delle persone che agivano in nome del consorzio – è stato appunto modificato dall'art. 3, legge 10 maggio 1976 n. 377⁹: quantomeno fino a detta modifica, la scelta della forma di consorzio del confidi poteva quindi apparire come maggiormente rischiosa per gli amministratori. Non vi è inoltre alcun dubbio che, quando l'attività risulti svolta da un consorzio, questi si debba considerare quale consorzio con attività esterna¹⁰. D'altro canto, l'intervento dei confidi assume un

⁶ Sul punto v. G.B. BARILLÀ, *I consorzi fidi tra diritto dell'impresa e regole di vigilanza*, in *Giur. comm.*, 2018, I, 92 ss.

⁷ L'art. 13, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, tuttora vigente, è a sua volta composto da oltre 60 commi più volte modificati ed è altresì noto, per gli addetti ai lavori, come «legge quadro confidi».

⁸ Le modalità operative dei confidi sono uguali, a prescindere dalla veste giuridica scelta: la garanzia è sempre prestata a seguito di una delibera del consiglio di amministrazione (o degli organi da esso delegati) a seguito di un'istruttoria condotta dal comitato crediti sulla bontà dell'operazione.

⁹ Cfr. D. VITTORIA, *op. cit.*, 66; G.B. BARILLÀ, *op. cit.*, 93.

¹⁰ Ci si chiede, peraltro, se ai confidi con forma di consorzio debba potersi applicare l'art. 2615, comma 2°, c.c., secondo cui, per le obbligazioni assunte dagli organi del consorzio per conto dei singoli consorziati, rispondono questi ultimi solidalmente col fondo consortile e dovendosi ripartire – in ipotesi di insolvenza nei rapporti tra i consorziati – il debito dell'insolvente tra tutti ed in proporzione delle quote. La risposta, a parere di chi scrive, è positiva; l'obbligazione del confidi è infatti assunta per conto della singola impresa consorziata, con ovvia conoscenza da parte della banca che eroga il finanziamento. Quest'ultima, quindi, in caso di inadempimento del consorzio ben potrebbe agire nei confronti del singolo

significato che trascende la semplice prestazione di un servizio: in mancanza delle loro attività le imprese aderenti dovrebbero autonomamente provvedere alle singole richieste di finanziamento, senza probabilmente riuscire ad ottenere quelle condizioni di particolare favore che sono, appunto, il portato dell'attività svolta.

Si sottolinea, a corollario di tali riflessioni, come sempre l'art. 13 della «legge quadro confidi» preveda altresì la figura dei confidi c.d. di secondo grado, «costituiti dai confidi ed eventualmente da imprese consorziate o socie di questi ultimi o da altre imprese»; essi svolgono attività di garanzia (ed i servizi connessi o strumentali) a favore dei confidi e delle imprese ad essi aderenti e delle imprese consorziate o socie di questi ultimi. Si tratta di una forma “ibrida” di confidi che vede la possibilità di adesione anche di imprese “esterne” e che, al momento, non sembra aver riscosso particolare interesse nel contesto economico-finanziario italiano.

3. – Come è noto, dopo la riforma del 2010 la supervisione dei confidi da parte della Banca d'Italia ha come primario obiettivo quello di assicurarne la gestione prudentziale, evitando – in particolare – che sia compromessa l'integrità del loro patrimonio.

Poste tali finalità, l'Autorità di vigilanza individua nel consiglio di amministrazione – quantomeno nel sistema di *governance* tradizionale e monistico – l'organo con funzione di supervisione strategica, nel quale si concentrano le funzioni di indirizzo e/o di supervisione della gestione sociale¹¹.

Al riguardo, sono richiesti agli amministratori peculiari requisiti, soprattutto per i confidi maggiori: ai sensi dell'art. 109 TUB, i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso gli intermediari finanziari devono infatti possedere i requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza previsti in un primo momento con d.m. Tesoro

consorziato, anche in ipotesi di garanzia fideiussore consortile a prima richiesta: ciò non solo per il rapporto sottostante al finanziamento, ma anche ai sensi della norma richiamata. Ovviamente, in siffatta circostanza, l'imprenditore potrà rivalersi nei confronti del consorzio inadempiente ai sensi dell'art. 1949 c.c.

¹¹ Nel sistema dualistico esso invece coincide con il consiglio di sorveglianza ovvero con il consiglio di gestione, anche alla luce delle regole statutarie. Si evidenzia come – proprio per tale compito assegnato all'organo di *governance* – sia affidato al presidente un ruolo di garante: già in passato, prima dell'adozione del d.m. Economia e Finanze 169/2020, il presidente era un componente non esecutivo e non avente funzioni gestionali, così come peraltro previsto anche dalla direttiva CRD IV. Sul tema v. P. SCHWIZER, *Le nuove regole di corporate governance e dei controlli interni: quale impatto sulla gestione delle banche?*, in *Banca impr. soc.*, 2015, 1, 7 ss. Si veda inoltre l'art. 21 e 22 del d.m. citato in ordine alle regole previste per i sistemi monistico e dualistico.

del 30 dicembre 1998, n. 516 e oggi sostituito dal d.m. Economia e Finanze del 20 novembre 2020, n. 169, che ha previsto maggiori e più stringenti prerogative anche per gli esponenti dei confidi (in particolare in ordine all'indipendenza ed alla competenza)¹². Ai sensi dell'art. 7 di tale ultimo decreto ministeriale i consiglieri di amministrazione dei confidi maggiori (ma tali condizioni valgono per tutti gli intermediari finanziari) devono essere scelti secondo criteri di professionalità e competenza fra persone che abbiano maturato importanti esperienze professionali, in particolare: 1) gli esponenti con incarichi esecutivi sono scelti fra persone che abbiano esercitato, per almeno tre anni, anche alternativamente: a) attività di amministrazione o di controllo o compiti direttivi nel settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo; b) attività di amministrazione o di controllo o compiti direttivi presso società quotate o aventi una dimensione e complessità maggiore o assimilabile (in termini di fatturato, natura e complessità dell'organizzazione o dell'attività svolta) a quella della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto; 2) gli esponenti con incarichi non esecutivi sono scelti tra persone che soddisfano i requisiti di cui al punto 1) o che abbiano esercitato, per almeno tre anni, anche alternativamente: a) attività professionali in materia attinente al settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o comunque funzionali all'attività della banca; l'attività professionale deve connotarsi per adeguati livelli di complessità anche con riferimento ai destinatari dei servizi prestati e deve essere svolta in via continuativa e rilevante nei settori sopra richiamati; b) attività d'insegnamento universitario, quali docente di prima o seconda fascia, in materie giuridiche o economiche o in altre materie comunque funzionali all'attività del settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo; c) funzioni direttive, dirigenziali o di vertice, comunque denominate, presso enti pubblici o pubbliche amministrazioni aventi attinenza con il settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo e a condizione che l'ente presso cui l'esponente svolgeva tali funzioni abbia una dimensione e complessità comparabile con quella della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto¹³.

¹² I succitati decreti sono stati emanati ai sensi dell'art. 26 TUB. Il d.m. Economia e Finanze del 20 novembre 2020, n. 169 è in vigore dal 30 dicembre 2020 e le imprese vigilate (banche, intermediari finanziari, IMEL, istituti di pagamento e, ovviamente, confidi) dovranno attuarlo a partire dalla prima nomina successiva a tale data.

¹³ Il presidente del consiglio di amministrazione è un esponente non esecutivo che ha maturato un'esperienza complessiva di almeno due anni in più rispetto ai requisiti ai punti 1) o 2), mentre l'amministratore delegato e il direttore generale sono scelti tra persone in possesso di una specifica esperienza in materia creditizia, finanziaria, mobiliare o assicurativa, maturata attraverso attività di amministrazione o di controllo o compiti direttivi per un periodo non inferiore a cinque anni nel settore creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo, oppure in società quotate o

In aggiunta, oltre ai requisiti di professionalità gli esponenti debbono soddisfare specifiche competenze in ordine al loro incarico, considerando i compiti inerenti al ruolo ricoperto e le caratteristiche, dimensionali ed operative, dell'ente. Al riguardo, sono prese in considerazione la conoscenza teorica – acquisita attraverso gli studi e la formazione – e l'esperienza pratica, conseguita in esperienze professionali antecedenti¹⁴. Gli stessi esponenti devono, inoltre, dimostrare di avere sufficiente tempo per l'espletamento dei loro compiti, ai sensi dell'art. 16 del decreto ministeriale richiamato.

Per quanto invece concerne i requisiti di onorabilità si evidenzia come le cariche di amministratore, sindaco e direttore generale negli intermediari finanziari non possano essere ricoperte da coloro che: *i)* si trovano in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'art. 2382 c.c.; *ii)* sono stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni ed integrazioni; *iii)* sono stati condannati con sentenza irrevocabile, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena detentiva per un reato previsto dalle disposizioni in materia societaria e fallimentare, bancaria, finanziaria, assicurativa, di servizi di pagamento, antiriciclaggio, di intermediari abilitati all'esercizio dei servizi di investimento e delle gestioni collettive del risparmio, di mercati e gestione accentrata di strumenti finanziari, di appello al pubblico risparmio, di emittenti nonché per uno dei delitti previsti dagli articoli 270-bis, 270-ter, 270-quater, 270-quater.1, 270-quinquies, 270-quinquies.1, 270-quinquies.2, 270-sexies, 416, 416-bis, 416-ter, 418, 640 del codice penale; 2) alla reclusione, per un tempo non inferiore a un

aventi una dimensione e complessità maggiore o assimilabile (in termini di fatturato, natura e complessità dell'organizzazione o dell'attività svolta) a quella della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 10 del d.m. Economia e Finanze del 20 novembre 2020, n. 169 detto criterio «è valutato dall'organo competente, che: a) prende in considerazione la conoscenza teorica e l'esperienza pratica posseduta in più di uno dei seguenti ambiti: 1) mercati finanziari; 2) regolamentazione nel settore bancario e finanziario; 3) indirizzi e programmazione strategica; 4) assetti organizzativi e di governo societari; 5) gestione dei rischi (individuazione, valutazione, monitoraggio, controllo e mitigazione delle principali tipologie di rischio di una banca, incluse le responsabilità dell'esponente in tali processi); 6) sistemi di controllo interno e altri meccanismi operativi; 7) attività e prodotti bancari e finanziari; 8) informativa contabile e finanziaria; 9) tecnologia informatica; b) analizza se la conoscenza teorica e l'esperienza pratica *sub a)* è idonea rispetto a: 1) i compiti inerenti al ruolo ricoperto dall'esponente e alle eventuali deleghe o attribuzioni specifiche, ivi inclusa la partecipazione a comitati; 2) le caratteristiche della banca e del gruppo bancario a cui essa eventualmente appartiene, in termini, tra l'altro, di dimensioni, complessità, tipologia delle attività svolte e dei rischi connessi, mercati di riferimento, paesi in cui opera».

anno, per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, in materia tributaria; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a due anni per un qualunque delitto non colposo; 4) all'atto dell'assunzione dell'incarico, si trovano in stato di interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese ovvero di interdizione temporanea o permanente dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo ai sensi dell'art. 144-ter, comma 3, TUB e dell'art. 190-bis, commi 3 e 3-bis, TUF, o in una delle situazioni di cui all'art. 187-quater TUF¹⁵.

Gli amministratori dei confidi vigilati devono infine rispettare i requisiti di indipendenza: come è noto, tale requisito, inizialmente predisposto per i sindaci, sottende la mancanza di interessi personali o professionali intrattenuti con la società o alcuni componenti di suoi organi, nonché con società controllate o comunque sottoposte ad influenza notevole¹⁶. In particolare, ai sensi dell'art. 36, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 è vietato ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e ai funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti¹⁷.

¹⁵ Si rinvia comunque anche a quanto disposto dai commi 2°, 3° e 4° dell'art. 3 del d.m. Economia e Finanze del 20 novembre 2020, n. 169 per ulteriori circostanze ostative.

¹⁶ L'indipendenza non deve intendersi in modo formale, bensì sostanziale (c.d. prevalenza della sostanza sulla forma). Cfr. F. VELLA-G. BOSI, *Diritto ed economia delle società*, Bologna, 2020, 382. Sul tema, v. anche P. MARCHETTI (ET AL.), *Uno sguardo alla governance delle società quotate italiane*, in *Riv. soc.*, 2018, 254 ss. Si veda in ogni caso anche quanto disposto dal d.m. Economia e Finanze 169/2020, artt. 13 e 15.

¹⁷ Il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "Salva-Italia"), convertito con modificazioni nella legge 22 dicembre 2011, n. 214 e recante «disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», ha introdotto, per la prima volta nel nostro ordinamento, un divieto per i «titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo e [per] i funzionari di vertice di imprese o gruppi di imprese operanti nei mercati del credito, assicurativi e finanziari di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti». Ai fini di detto divieto, si intendono concorrenti le imprese o i gruppi di imprese tra i quali non vi sono rapporti di controllo ai sensi dell'articolo 7 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e che operano nei medesimi mercati del prodotto e geografici. In tale ipotesi, i titolari di cariche incompatibili possono optare nel termine di 90 giorni dalla nomina, decorso il quale, decadono da entrambe le cariche. In caso di inerzia, la decadenza è dichiarata dall'Autorità di vigilanza di settore competente. In ogni caso, sono esclusi dall'applicazione delle regole richiamate, per quel che in questa sede interessa, i confidi minori ex art. 112 TUB. Sul tema, cfr. R. SANTAGATA, *I criteri per l'applicazione del divieto di interlocking directorates nei mercati bancari, finanziari ed assicurativi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, 3, 241 ss.; V. FALCE, *La nuova disciplina in tema di cumulo di cariche. profili di regolazione pro-concorrenziale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*,

Tanto puntualizzato, anche i requisiti richiesti per la *governance* dei confidi certificano un certo approccio volto ad “appesantirne” l’operatività; inoltre, la circostanza che solo chi ha maturato esperienze analoghe nel settore creditizio, finanziario, mobiliare, assicurativo o in società quotate possa ricoprire dette cariche comporta un’ulteriore “chiusura” in ordine al loro accesso.

A ciò si aggiunga che, a prescindere dalle caratteristiche e dalle qualità dei componenti gli organi amministrativi dei confidi, la presenza di un numero molto elevato di soci – spesso senza alcun interesse ad incidere sulle decisioni assembleari – generalmente comporta il rischio di aumentare l’autoreferenzialità degli amministratori: ciò potrà implicare, nella sostanza, una minore libertà dell’ente, soggetto al rischio che le politiche volte alla rielezione degli organi sociali siano gestite in modo opaco¹⁸.

Deve peraltro richiamarsi come gli amministratori di confidi *ex art. 112 TUB* debbano rispettare i soli requisiti di onorabilità, senza che siano abbinati con quelli di professionalità: una lacuna che rischia di lasciare detti enti ad un governo quantomeno opaco e potenzialmente in grado di minare la reputazione del settore.

3.1. – La vigilanza prudenziale sui confidi – analogamente a quella prevista per le banche – rileva anche in ordine alle discipline da rispettare: come è noto, infatti, gli intermediari finanziari sottoposti a un regime di vigilanza equivalente a quello delle banche sono equiparate a queste ultime¹⁹.

Alla luce di tale aspetto, che comporta l’applicazione di quanto disposto dalla circolare della Banca d’Italia del 27 dicembre 2006, n. 263 del 2006,

2014, 2, 196 ss.

¹⁸ Ad esempio, gestendo le liste di amministratori presentate alle assemblee (sempre che gli statuti non prevedano particolari nomine destinate ai soci principali o fondatori, generalmente le associazioni di categoria). Tali possibili distorsioni rappresentano uno dei motivi per cui le banche cooperative di maggiore dimensione sono state *ex lege* trasformate in S.p.a. ai sensi dell’art. 31 TUB. Sul tema, v. N. CIOCCA, *Riforme delle banche cooperative: riassetto organizzativo e possibili equilibri di potere*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 1, 21 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il futuro della società cooperativa: la fine dell’umanizzazione e la scelta dell’efficienza*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, I, 567 ss.; inoltre, più in generale sulle cooperative v. U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle società cooperative*, Milano, 2012, 65 ss., secondo il quale le cooperative non si caratterizzerebbero più per l’attribuzione ai soci del c.d. vantaggio mutualistico, ma si distinguerebbero invece per essere degli enti – ovviamente in ipotesi estreme – nei quali è presente un potere “travalicante” da parte degli organi gestori.

¹⁹ Si veda, al riguardo, la circolare della Banca d’Italia del 27 dicembre 2006, n. 263 (Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche), titolo II, cap. 2, Parte Prima.

spetta al consiglio di amministrazione l'approvazione e la valutazione delle linee strategiche per la gestione del rischio di credito e, soprattutto, la decisione in ordine alla concessione delle garanzie. Deve tuttavia evidenziarsi come il consiglio abbia facoltà di delegare ad altri soggetti o organi la valutazione e concessione delle garanzie: generalmente ciò avviene demandando tali responsabilità – per le operazioni di minor rilievo – ad un comitato esecutivo o al direttore generale del confidi²⁰. Tali deleghe devono in aggiunta risultare da un'apposita delibera consiliare (e da un eventuale regolamento) e, per quanto revocabili in ogni momento, dovranno essere seguite da adeguata informazione²¹.

Inoltre, analogamente a quanto previsto per gli amministratori delle banche, si ritiene che anche l'organo gestorio del confidi debba individuare – all'interno delle valutazioni strategiche – un grado accettabile del rischio "imprenditoriale": dovrà così essere indicato dall'organo gestorio il cosiddetto "appetito per il rischio", dal quale dipendono obiettivi e, sperabilmente, la redditività dell'ente (ovviamente tanto più alta quanto maggiori sono i rischi accettati)²².

Tale approccio non può prescindere dall'impostazione ed adozione – sempre da parte dell'organo gestorio – di sistema dei controlli interni coerente con la propensione al rischio stabilita, nonché dall'individuazione di funzioni aziendali in grado di gestire i flussi informativi rilevanti.

Ovviamente, ripercorrendo quanto disposto dall'art. 2381, 5° comma, c.c., spetterà soprattutto agli amministratori delegati curare il processo di gestione dei rischi individuati dal consiglio, ai quali compete, di solito e così come si è richiamato, la concessione delle garanzie. I delegati, nello svolgimento di quest'ultima attività dovranno quindi attenersi al rispetto delle soglie di rischio stabilite dai piani, potendo tuttavia – in particolari ipotesi – superare per talune operazioni dette soglie, sempre in presenza di

²⁰ All'interno del consiglio di amministrazione potrà ad esempio essere istituito il "comitato fidi" al fine di deliberare e concedere garanzie (entro i limiti stabiliti dal consiglio di amministrazione) o, ancora, il "comitato rating", con funzione di deliberare l'affidamento alle imprese con *rating* non completamente adeguato.

²¹ Ossia in modo che il soggetto delegante risulti messo in condizione di essere periodicamente informato sull'esercizio delle deleghe, al fine di poter effettuare le necessarie verifiche.

²² Dovrà così essere adottato il progetto di *Risk Appetite Framework* (RAF), che al suo interno definisce generalmente le politiche di governo e di gestione dei rischi e individua gli obiettivi ed i limiti degli stessi. Sul tema v. P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni tra codice civile e ordinamento bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 6, 720 ss.; A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, in *Giur. comm.*, 2018, 4, I, 557 ss.; più in generale, in ordine agli assetti previsti nelle società di capitali, v. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 75 ss.; ID., *Profili di corporate governance delle società per azioni tra responsabilità, controlli e bilancio*, Milano, 2009, 14 ss.

un'adeguata istruttoria e a seguito di informative dettagliate al consiglio²³. In particolare, essi dovranno da un lato assicurare che l'organizzazione dell'ente rispecchi e rispetti le valutazioni strategiche effettuate dal consiglio (precipuamente prestando particolare attenzione al sistema dei controlli interni), dall'altro dovranno monitorare sulle strutture interne al fine di meglio implementare il processo di gestione dei rischi, nonché di efficientare – a tal fine – i flussi informativi all'interno dell'ente.

Tanto osservato, si precisa come anche le “Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche” (circolare della Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 285, applicabile ai confidi) assegnino al consiglio di amministrazione il compito di dover valutare continuamente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, in relazione a tutte le attività esercitate. Peraltro, anche «le motivazioni alla base della scelta del modello di amministrazione e controllo» – pur di competenza dell'assemblea dei soci – «devono essere rappresentate nell'ambito di un più generale progetto di governo societario» (cfr. par. 1, sez. II, cap. 1, titolo IV, Parte Prima delle Disposizioni di vigilanza), progetto che, a sua volta, deve disegnare assetti statutari e di organizzazione interna adeguati, previa approvazione appunto dall'organo di supervisione strategica (con il parere favorevole dell'organo di controllo)²⁴.

3.2. – In considerazione di quanto fino ad ora osservato, ci si chiede fino a che punto possa esser applicata la *business judgment rule* in ordine alla concessione delle singole garanzie da parte degli amministratori dei confidi²⁵.

²³ Cfr. A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, cit., 560 ss.

²⁴ Si sottolinea, al riguardo, come sempre secondo le “Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche” [lett. a), par. 2, sez. II, cap. 1, titolo IV, Parte Prima] il progetto di governo societario debba altresì «illustrare le ragioni che rendono il modello prescelto più idoneo ad assicurare l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli». D'altro canto, le medesime Disposizioni di vigilanza alla lett. b) del par. 2.2, sez. III, cap. 1, titolo IV, Parte Prima, dispongono che «l'organo con funzione di supervisione strategica definisce l'assetto complessivo di governo e approva l'assetto organizzativo della banca, ne verifica la corretta attuazione e promuove tempestivamente le misure correttive a fronte di eventuali lacune o inadeguatezze [...]». Sul tema, per quanto declinato anche in ordine alle società quotate, v. M. S. RICHTER, *Profili attuali dell'amministrazione delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 2021, 3, I, 416 ss.

²⁵ Come è noto, in base alla *business judgment rule* possono essere sindacate le decisioni degli amministratori solo in presenza di palese irragionevolezza o di manifeste lacune informative; l'attenzione è quindi posta al processo decisionale, e non alla valutazione sostanziale del merito della decisione. In argomento, fra tanti, v. P. MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *Impresa, società di capitali, mercati*, Torino, 2017, 36 ss.; F. GHEZZI, I doveri

Come primo aspetto appare opportuno valutare il ruolo di ogni singolo amministratore, ponderandone le responsabilità alla luce di eventuali deleghe, della partecipazione a comitati esecutivi o, ancora, tenuto conto dell'eventuale ruolo di presidente del consiglio²⁶.

Si dovrà pertanto valutare la diligenza con cui le delibere di concessione delle garanzie sono decise, ponendo particolare attenzione alla qualità delle istruttorie effettuate in ordine alle operazioni e alla presenza di eventuali lacune informative.

Invece, in ipotesi la garanzia sia concessa dalle strutture interne (ad esempio dal direttore generale, delegato magari per le operazioni di minore impatto), assume rilevanza la presenza di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, nonché il loro continuo monitoraggio da parte dei medesimi componenti dell'organo gestorio (e ciò, *in primis*, da parte degli amministratori non esecutivi)²⁷. Peraltro, giova ricordare come la

fiduciari degli amministratori nei «*Principle of Corporate Governance*», in *Riv. soc.*, 1996, 488; S. FULCO-M. VENTORUZZO, *Responsabilità civilistiche dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e funzione di compliance*, in *La corporate governance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di Rossi, Milano, 2017, 358 ss.; L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 413 ss.; S. ALVARO-E. CAPPARIELLO-V. GENTILE-E.R. IANNAcone-G. MOLLO-S. NOCELLA-M. VENTORUZZO, *Business judgment rule e mercati finanziari*, Roma, 2016; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di Irrera, Bologna, 2016, 998.

²⁶ Cfr. A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, cit., 557 ss.; in ordine alle maggiori responsabilità del presidente si veda M. IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in AA.VV., in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di Irrera, Bologna, 2016, 673 ss. Sui doveri e sulle responsabilità degli amministratori degli intermediari bancari, v. G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 137 ss.; P. MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, 413 ss.; M. LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in AA.VV., *La governance delle società bancarie*, a cura di Di Cataldo, Milano, 2014, 63 ss.

²⁷ In tal modo, i doveri degli amministratori non esecutivi si avvicinano a quelli disposti per gli esecutivi, con evidente amplificazione del rischio. In argomento, cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 2015, 19 ss.; A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, cit., 564; G.B. PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 48 ss.; C. FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano, Regole e mercato*, a cura di Mancini e altri, I, Torino, 2016, 45 ss. Inoltre, in ordine anche ai profili di responsabilità degli amministratori, M. IRRERA-M. RIVERDITI, *Finanziamenti di liquidità alle PMI e profili di responsabilità della*

Circolare 263 della Banca d'Italia preveda per gli amministratori della banche (ma tali regole sono applicabili anche a quelli dei confidi vigilati) competenze in tema di governo e gestione dei rischi che parrebbero ben maggiori rispetto a quelli di "sola" funzione di supervisione e di controllo, quantomeno nei termini richiamati dall'art. 2381 c.c.²⁸ D'altro canto, la normativa di diritto bancario propone una disciplina molto più stringente e competenze di gran lunga maggiori per tutti gli amministratori rispetto a quelle previste per le società di solo diritto comune: gli amministratori non esecutivi debbono sì agire su basi informate, ma alla luce delle particolari competenze tecniche (oggi sempre più elevate) richieste loro²⁹.

Se quindi è vero che la diligenza degli amministratori (sempre tenendo conto della diversità dei ruoli) sarà commisurata anche alla loro capacità (o meno) di valutare le singole operazioni proposte, è altresì vero che, soprattutto in ipotesi siano deliberate garanzie palesemente inappropriato e irragionevoli, dovrà pure considerarsi se gli stessi abbiano proposto e predisposto un sistema di gestione idoneo a contenere il rischio di credito, mediante appunto procedure adeguate. Deve peraltro osservarsi come la mancata predisposizione di assetti adeguati (anche alla gestione del rischio di credito, ma non solo) integri per i consiglieri la violazione di un obbligo specifico, obbligo non proteggibile dalla *business judgment rule*. Come è noto, infatti, la BJR può esser fatta valere (preservando quindi da responsabilità gli amministratori) di fronte ad una scelta imprenditoriale, sempre che tale scelta – come *supra* si è accennato – non sia stata manifestatamente irragionevole o caratterizzata da evidenti lacune informative.

Pertanto si ritiene, soprattutto in ambito finanziario, che gli amministratori non possano disapplicare il preciso obbligo di dotarsi di assetti interni adeguati e coerenti, neppure giustificando tale (mancata) scelta alla luce di una "inesistente" discrezionalità, posto che non è consentito loro di rifiutare – o comunque di non optare – la predisposizione di assetti e di valutarne, successivamente, l'adeguatezza³⁰.

banca, in *Resp. amm. soc.*, 2020, 4, 83 ss.

²⁸ Sul tema, cfr. G. D'ANTONA-R. BASILE, *Corporate governance. Il sistema dei controlli interni nelle banche: nuove prospettive alla luce del 15° aggiornamento della Circolare 263 emanato da Banca d'Italia*, in *Riv. dott. comm.*, 2014, 313 ss.; F. RIGANTI, *Il sistema dei controlli interni nelle banche tra vigilanza esterna e «corporate governance»*, Torino, 2019.

²⁹ Pertanto, gli amministratori senza delega ben potranno non solo chiedere informazioni in sede consiliare, ma anche avvalersi delle informazioni recepite e ricevute delle funzioni di controllo interno, prestando particolare attenzione alla circostanza che non siano intraprese operazioni non coerenti con il grado di rischio considerato accettabile dall'organo gestorio.

³⁰ Sul tema v. C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 643 ss.; ID.,

Deve peraltro osservarsi come non sempre sia così facile individuare correttamente e “tecnicamente” quando assetti e sistemi predisposti anche con lo scopo di contenere il rischio possano definirsi come adeguati. A tale (non rassicurante) aspetto deve peraltro aggiungersi come anche per i confidi italiani – che, come si è ricordato, hanno per lo più dimensione regionale – detti assetti devono risultare coerenti (e sperabilmente non antieconomici) anche rispetto alla dimensione dell’ente.

Tuttavia, è ipotizzabile che gli amministratori dei confidi possano propendere per dotare l’ente di modelli e procedure forse non sempre coerenti con la sua dimensione (risultando eccessivi e pertanto in grado di incidere notevolmente sui costi operativi) sebbene efficaci e, soprattutto, in grado di sollevarli – quasi fosse una sorta di *trade off* – da loro eventuali responsabilità³¹.

Forse, proprio partendo da tale ultima riflessione, ci si potrebbe chiedere se quantomeno agli amministratori dei consorzi di garanzia possa essere, almeno teoricamente, lasciata una maggiore autonomia discrezionale in ordine alla predisposizione degli assetti: a prescindere quindi dai dettami delle note regole relative alla costruzione e valutazione degli assetti (cogenti, in particolare, in ambito bancario), ci si chiede se il noto principio possa in qualche modo essere “attenuato” per i confidi, in particolare date le limitate dimensioni di detti enti. In altre parole, la Banca d’Italia ben potrebbe prevedere obblighi meno stringenti per i consorzi di garanzia, ovvero evitando che ad essi si debbano applicare tutte le regole indicate per gli intermediari bancari in termini di assetti o, quantomeno, lasciando un maggiore spazio “di scelta” agli amministratori (posto che per le banche tale margine non sussisterebbe).

D’altro canto, sempre con specifico riferimento alle banche, è stato sottolineato come “affermare che le scelte organizzative dirette a tradurre il principio di adeguatezza non rientrano nella discrezionalità gestionale significa ritenere che esse debbano essere necessariamente conformi ad un astratto modello ritenuto ottimale, senza tenere conto che la definizione di

Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, 998 ss.; R. SACCHI, *L’organismo di vigilanza ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Corporate Governance e “sistema dei controlli” nella s.p.a.*, a cura di U. Tombari, Torino, 2013, 304 ss.; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 724; P. MONTALENTI, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 828.

³¹ Sul *trade-off* tra sostenibilità e rischio d’impresa v. E. GINEVRA, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 4, 552 ss.; A. MIRONE, *Regole di governo societario e assetti statutari delle banche tra diritto speciale e diritto generale*, in *Banca impresa soc.*, 2017, 46 ss.

strutture organizzative, di risorse e di procedure in cui tradurre il principio di adeguatezza presenta notevoli margini di opinabilità e non può sottrarsi ad una valutazione di costi e benefici che rientra nella discrezionalità imprenditoriale”³². Insomma, anche per le banche nonostante le regole relative agli assetti, dovrebbe sussistere un minimo di autonomia, autonomia che a maggior ragione dovrebbe valere pure per enti di minore dimensioni quali i confidi.

Certamente, pur in considerazione delle riflessioni summenzionate, agli amministratori non può essere concesso di agire in modo non informato o, comunque, senza aver ponderato collegialmente la circostanza (e conseguentemente la scelta) di dotarsi di assetti meno invasivi: appare quindi accettabile ritenere rispettata la *business judgment rule* anche con tali modalità, potendosi pertanto considerare come osservata laddove ogni valutazione degli amministratori sia informata ed oggetto di (almeno) un esame razionale in termini economici³³.

Seguendo detto ragionamento, tali valutazioni – e la conseguenti decisioni sulla dotazione degli assetti (sempre che per i confidi si possa in ipotesi parzialmente derogare alle strette regole imposte dalla Vigilanza) – giocherebbero in ogni caso un ruolo decisivo anche in relazione al tema della responsabilità del consiglio di amministrazione (anche, ovviamente, da parte degli amministratori non esecutivi); di fronte ad un danno scaturente da una decisione gestionale la responsabilità dei consiglieri dipenderà anche dalla presenza di assetti adeguati (correttamente funzionanti) e, laddove questi non siano eccessivamente pervasivi, se tale ultima scelta sia stata presa a seguito di un’istruttoria completa e nei termini di cui si è dato conto³⁴. Diversamente, in presenza di una decisione completamente disinformata e

³² Sul punto, cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell’organo di supervisione strategica e dell’organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, cit., 34 ss.; lo stesso A., infatti, non contempla l’ipotesi che la disciplina della Banca d’Italia, «nonostante l’articolata definizione dei compiti e responsabilità, non lasci più alcuno spazio all’autonomia gestionale, se non quello ovvio di prevedere ulteriori cautele rispetto a quelle imposte dalla regolamentazione».

³³ Al riguardo si rinvia alle considerazioni di A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, cit., 573; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 87 ss.

³⁴ Appare pertanto condivisibile quanto affermato da C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, a Commentary, in *The Business Lawyer*, 1986, Vol. 41, 4, 1241 secondo cui «the due care standard in a corporate context is applied not to the decision of director, but rather to the decision-making process». Cfr., inoltre, M. IRRERA, *Profili di corporate governance delle società per azioni tra responsabilità, controllo e bilancio*, Milano, 2009, 25; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 725 ss.

senza che vi sia una preventiva ponderazione su basi razionali da parte dell'organo gestorio, la BJR non può considerarsi applicata, con conseguente sindacato giudiziale pieno³⁵.

4. – Ad una analisi più attenta, la gestione del confidi può prestarsi anche a differenti obiettivi rispetto alla concessione di garanzie alle imprese socie: ci si soffermerà pertanto sulla possibilità di sviluppo da parte dei confidi (i quali, si ricorda, hanno scopo mutualistico) di pratiche di responsabilità sociale³⁶. In tale prospettiva, infatti, detti enti possono avere un importante ruolo nello sviluppo dei processi di *Corporate Social Responsibility* (CSR), con ottica sia interna, sia esterna³⁷. In particolare, i confidi ben potrebbero non solo garantire il credito concesso alle PMI, ma anche stimolare le imprese affidate a dotarsi di sistemi di *governance* attenti alla responsabilità sociale, nonché all'adozione di codici etici. In aggiunta, gli stessi intermediari potrebbero prediligere di "sostenere" prioritariamente (eventualmente anche in termini di minori tassi di interesse richiesti) le imprese maggiormente attente ai temi caratteristici delle CSR o che comunque presentano progetti compatibili con la *green economy* e, in generale, con migliore sostenibilità ambientale ed economica. Uno strumento per il raggiungimento di detti obiettivi, peraltro già utilizzato da alcuni confidi, è dato dal c.d. *rating* di legalità.

4.1. – Il *rating* di legalità, inteso a valutare la moralità degli operatori

³⁵ Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione*, cit., 34; A. VICARI, *Amministratori di banche e gestione dei crediti*, cit., 574.

³⁶ Cfr. A.P. IANNUZZI, *I confidi a sostegno delle imprese e dei processi innovativi. Opportunità, vincoli e strategie di sviluppo*, Milano, 2020, 91 ss.; B. BARAVELLI-P. LEONE, *Il futuro dei confidi*, Roma, 2010, 34 ss.

³⁷ La CSR tende a proporre una visione dell'impresa da una prospettiva più elevata, considerando la ragione morale alla base delle scelte di chi ne esercita la sua *governance* quale elemento indefettibile volto al giovamento degli *stakeholders*, nella cui categoria rientrano i clienti, i fornitori, i dipendenti, il *management*, nonché i portatori di istanze ambientali specifiche e diffuse. In questa ottica molte delle "vicissitudini d'impresa", normate dal codice civile, possono essere analizzate e studiate con un'angolazione diversa, che, partendo dal dato letterale delle disposizioni, consideri le ricadute delle medesime in termini di benessere sociale. Per meglio comprendere la nascita del dibattito sulla CSR si rinvia alle teorie proposte sugli *stockholders* (M. FRIEDMAN, *"The Social Responsibility of Business Is to Increase its Profits"*, in *New York Times Magazine*, 13 settembre 1970, ristampato in T. Beauchamp-N. Bowie N. (editors), *Ethical Theory and Business*, NJ, 1993, IV ed., 55 ss.) e sugli *stakeholders* (W. EVAN-E. FREEMAN, *A Stakeholder Theory of The Modern Corporation: Kantian Capitalism*, in T. Beauchamp-N. Bowie N. (editors), *Ethical Theory and Business*, NJ, 1993, IV ed., 75 ss.).

economici, è stato previsto per la prima volta nel nostro ordinamento nel 2012, a seguito dell'approvazione del c.d. Decreto "Cresci Italia"³⁸. In definitiva, trattasi di una certificazione di carattere volontario che ha come obiettivo quello di acclarare il rispetto di principi etici da parte dell'impresa; quest'ultima potrà, per tale motivo, essere "premiata", in particolar modo nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e con gli istituti di credito³⁹.

Il *rating* di legalità, concesso dall'AGCM, consiste in un giudizio espresso tra un valore minimo di uno ed uno massimo di tre "stellette": quanto migliore è il rispetto di principi etici da parte dell'impresa, maggiore sarà, ovviamente, il punteggio⁴⁰. Una volta effettuata la richiesta da parte

³⁸ Si veda, al riguardo, l'art. 5-ter, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Tale decreto è stato successivamente modificato dal d.l. 24 marzo 2012, n. 29 e convertito, con modificazioni, nella legge 18 maggio 2012, n. 62. Dal 2013 l'AGCM ha meglio delineato quanto indicato nella norma citata attraverso un regolamento attuativo modificato più volte negli anni (delibera AGCM del 12 novembre 2012 - Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità) e il cui ultimo intervento è la delibera n. 28361 del 28 luglio 2020. Sul tema cfr. R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 2019, 1, 125 ss.

³⁹ L'impresa con *rating* di legalità potrà avere benefici nei rapporti con la Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 95, comma 13, codice dei contratti pubblici (ad esempio, la preferenza in graduatoria a parità di punteggio accordata in relazione ad alcuni strumenti di finanza agevolata, bandi di gara per opere pubbliche o per la fornitura di beni e servizi).

Inoltre, ai sensi dell'art. 5-ter d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 il *rating* sarà da considerarsi anche nei rapporti con gli enti creditizi. Al riguardo, si evidenzia come il Regolamento interministeriale (decreto MiSE-MEF del 20 febbraio 2014, n. 57) abbia disposto alle banche di tener conto della certificazione di legalità durante la fase di valutazione dell'impresa affidataria e, in particolar modo, ai fini dell'assegnazione del merito creditizio e di ogni altra condizione del prestito. Gli stessi istituti dovranno verificare pure la permanenza del *rating* di legalità, dovendo eventualmente revisionare le condizioni economiche precedentemente proposte. Peraltro, lo stesso Regolamento interministeriale stabilisce che anche nella concessione di finanziamenti pubblici il *rating* debba essere considerato quale indicatore ai fini della concessione di finanziamenti pubblici. La Pubblica Amministrazione dovrà infatti prevedere almeno un sistema di premialità a favore delle imprese con "attestazione" etica tra i seguenti: a) preferenza in graduatoria, attribuzione di punteggio aggiuntivo; c) riserva di quota delle risorse finanziarie allocate. Cfr. A.P. IANNUZZI, *op. cit.*, 115.

⁴⁰ Il *rating* può essere richiesto dalle imprese (sia in forma individuale che societaria) che soddisfano cumulativamente i seguenti requisiti: a) sede operativa in Italia; b) fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso nell'anno precedente a quello della domanda; c) iscrizione nel registro delle imprese da almeno due anni alla data della domanda; d) rispetto degli altri requisiti sostanziali richiesti dal Regolamento AGCM. Per maggiori informazioni si veda il sito dedicato, <https://www.agcm.it/competenze/rating-di-legalita/domanda-di-attribuzione-del-rating-di-legalita/>. Sul tema v. inoltre F. GHEZZI, *Le linee guida sull'antitrust compliance*,

dell'impresa (obbligatoriamente tramite la piattaforma *Webrating*), l'AGCM delibera entro 60 giorni (prorogabili eventualmente di altri 60) il giudizio da assegnare⁴¹. L'AGCM è peraltro tenuta a trasmettere copia della richiesta al Ministero dell'Interno, al Ministero della Giustizia e all'ANAC, i quali possono presentare – ai sensi dell'art. 5, delibera AGCM del 15 maggio 2018, n. 27165 – eventuali osservazioni⁴². Il punteggio, inoltre, sarà influenzato dagli elementi citati dall'art. 3 del Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità, ovvero: *a)* adesione ai protocolli o alle intese di legalità finalizzati a prevenire e contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia legale, sottoscritti dal Ministero dell'Interno o dalle Prefetture-UTG con associazioni imprenditoriali e di categoria; *b)* utilizzo di sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per somme di importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge; *c)* adozione di una funzione o struttura organizzativa, anche in *outsourcing*, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali alle disposizioni normative applicabili all'impresa o di un modello organizzativo ai sensi del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231; *d)* adozione di processi organizzativi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*, anche attraverso l'adesione a programmi promossi da organizzazioni nazionali o internazionali e l'acquisizione di indici di sostenibilità; *e)* iscrizione in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa istituiti ai sensi delle vigenti disposizioni di legge (*white list*); *f)* adesione a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria o di aver previsto, nei contratti con i propri clienti, clausole di mediazione, quando non obbligatorie per legge, per la risoluzione di controversie o di aver adottato protocolli tra associazioni di consumatori e associazioni di imprese per l'attuazione delle conciliazioni paritetiche; *g)* adozione di modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione.

Il *rating* di legalità, ottenibile senza alcun costo, ha durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta⁴³.

Tanto precisato, appare chiara la direzione in cui si muove il legislatore, ovvero quella di coniugare fra loro aspetti di eticità aziendale, di diritto penale preventivo e, conseguentemente, di *compliance* aziendale.

In tale ottica, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 3 del

tra finalità educative e dissuasive ed incentivi ad una condotta "eticamente corretta" dell'impresa, in *Riv. soc.*, 2019, 91 ss.

⁴¹ Cfr. A.P. IANNUZZI, *op. cit.*, 111.

⁴² Sul tema v. G. SORICELLI, *Il sistema della governance nel nuovo codice dei contratti pubblici. Profili disciplinari ed organizzativi tra potenzialità e limiti*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 1370 ss.

⁴³ Al dicembre 2020 sono 8032 i soggetti in possesso del *rating*, di cui il 59,4% vantano una stellina, il 33,6% due e il 7% tre (dati AGCM).

Regolamento attuativo in materia di *rating* di legalità, appare determinante che l'impresa abbia adottato il modello di organizzazione gestione e controllo ex d. lgs. 231/2001⁴⁴. D'altro canto, la corretta implementazione di un modello 231 – condiviso per il tramite di fasi formative e informative in favore degli interessati e che prevede la nomina di un organismo deputato alla vigilanza sul suo corretto funzionamento – di per sé è in grado (anzi, ha come scopo) di facilitare società ed enti durante le fasi interlocutorie con terzi, tra cui Pubblica Amministrazione ed enti creditizi.

Giova inoltre evidenziare come sia stato creato un apposito elenco da parte dell'AGCM riportante tutte le imprese dotatesi di tale certificazione, nonché come da ottobre 2017 sia previsto l'obbligo di indicare anche nelle visure rilasciate dalle Camere di Commercio, nella sezione "attività, albi, ruoli, licenze", le informazioni relative all'eventuale possesso del *rating* di legalità⁴⁵.

Tanto specificato, i confidi potranno certamente utilizzare, analogamente a quanto previsto per le banche, i *rating* etici per l'assegnazione del merito creditizio alle imprese garantite, favorendo quelle dotate di tale attestazione⁴⁶. In questo modo assumerebbero un ruolo sistemico ancora più determinante e virtuoso, di fatto affiancando le imprese socie e sensibilizzandole all'utilizzo di metodologie gestionali ispirate (anche) ad elementi di carattere etico e, più ancora, alla questione della finanza sostenibile (ESG)⁴⁷. Si osserva, peraltro, come anche la già citata circolare della Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 285 preveda che le strategie aziendali definite dall'organo con funzione di supervisione strategica debbano tenere in considerazione, fra l'altro, «gli obiettivi di finanza sostenibile e, in particolare, l'integrazione dei fattori ambientali, sociali e di *governance* (ESG) nei processi relativi alle decisioni aziendali»⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. P. BENAZZO, *Organizzazione e gestione dell'«impresa complessa»: compliance, adeguatezza ed efficienza*. E pluribus unum, in *Riv. soc.*, 2020, 1197 ss.; FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *Rating di legalità e modello organizzativo ex D. Lgs. 231/2001: novità e spunti per la valorizzazione degli strumenti di corretta gestione aziendale*, 2021, 11.

⁴⁵ Cfr. G. PEZZANO, *Modelli 231 e rating di legalità. Regolamento attuativo AGCM n. 28361 del 28.7.2020*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 3.

⁴⁶ Confapifidi, un confidi vigilato con sede legale a Brescia, è uno dei primi confidi ad aver agito in questo senso; tale confidi ha stabilito che per le imprese in possesso del *rating* di legalità possa essere innalzato di 500 euro il contributo massimo di euro 8.000 già previsto per investimenti e per carenze di liquidità, da calcolarsi in percentuale sul (restante) finanziamento principale garantito. Cfr. A.P. IANNUZZI, *op. cit.*, 117.

⁴⁷ Su quest'ultimo aspetto cfr. S.K. PARK, *Investors as Regulators: Green Bonds and the Governance Challenges of the Sustainable Finance Revolution*, in *Stanford Journal of International Law*, 2018, 54, 1, 1 ss.

⁴⁸ In argomento v. F. URBANI, *Rassegna dei principali interventi legislativi*,

4.2 – Il comma 4, lett. e), dell'art. 10 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 consente ai confidi, anche a quelli che non hanno le autorizzazioni di cui all'art. 106 TUB, l'iscrizione all'elenco degli operatori di microcredito di cui all'art. 111 TUB⁴⁹. Infatti, ai sensi del 1° comma della norma citata, «in deroga all'articolo 106, comma 1, i soggetti iscritti in un apposito elenco, possono concedere finanziamenti a persone fisiche o società di persone o società a responsabilità limitata semplificata di cui all'articolo 2463-bis codice civile o associazioni o società cooperative, per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, a condizione che i finanziamenti concessi abbiano le seguenti caratteristiche: a) siano di ammontare non superiore a euro 40.000,00 e non siano assistiti da garanzie reali; b) siano finalizzati all'avvio o allo sviluppo di iniziative imprenditoriali o all'inserimento nel mercato del lavoro; c) siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di assistenza e monitoraggio dei soggetti finanziati»⁵⁰.

Più nello specifico, è il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 17 ottobre 2014, n. 176 a definire le due forme tipiche dell'attività di microcredito, ovvero: a) il microcredito alle imprese, finalizzato all'avvio ed allo sviluppo di iniziative imprenditoriali ed all'inserimento nel mercato del lavoro (art.1, comma 1); b) il microcredito sociale, destinato alla promozione di progetti di inclusione sociale e finanziaria a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale (art. 5, comma 1)⁵¹.

Evidentemente, il coinvolgimento dei confidi nelle operazioni di microfinanza può comportare benefici importanti, tra cui, *in primis*, la

istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari, in *Riv. soc.*, 2021, 195 ss. Tale approccio è peraltro pure presente nelle società quotate, ove i richiami alla sostenibilità sono contenuti nel Codice di *Corporate Governance* applicabile dal 1° gennaio 2021. Sul tema v. P. MARCHETTI, *Il nuovo Codice di Autodisciplina delle società quotate*, in *Riv. soc.*, 2020, 272 s.; M. VENTORUZZO, *Il nuovo Codice di Corporate Governance 2020: le principali novità*, in *Società*, 2020, 4. 441 ss.

⁴⁹ A parere di chi scrive le parole di Muhammad Yunus, premio Nobel per la pace 2006 e presidente di Grameen Bank, con sede in Bangladesh e tra i più grandi istituti di microcredito al mondo (da lui fondato nel 1977), meglio di qualunque altro intervento ci aiutano a capire l'importanza del microcredito: «Il sistema che abbiamo creato non riconosce le persone. Solo le carte di credito sono accettate. Solo le patenti sono accettate. Le persone no. Sembra che per le persone sia inutile avere una faccia. Ormai si guarda sempre la patente, la carta di credito, il codice sanitario o fiscale. Ma se un documento vale più di una faccia, mi chiedo, quest'ultima perché ce l'abbiamo».

⁵⁰ Cfr. G. B. BARILLÀ, *op. cit.*, 100 ss.

⁵¹ Sul tema cfr. L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 1, 49 ss.

capacità di meglio “interpretare” le esigenze delle PMI bisognose di sostegno (ai confidi, come è noto, è tuttavia preclusa l’attività di rilascio di garanzie a favore di persone fisiche e, pertanto, del c.d. microcredito sociale) e dei territori nei quali queste insistono. In tale prospettiva, i confidi potrebbero non solo garantire dette operazioni, ma anche direttamente erogare detti finanziamenti, all’interno della c.d. “attività residuale”⁵². In aggiunta, gli enti di garanzia hanno pure la possibilità di proporsi quali soggetti erogatori di servizi di tutoraggio in ordine alle operazioni di microfinanza; conseguentemente i confidi non solo potrebbero vedere migliorare i propri margini operativi, ma soprattutto aiutare il sistema finanziario a diminuire i tassi di *default* di detti (micro) finanziamenti⁵³.

Un ulteriore aspetto merita sottolinearsi: le imprese bisognose di microfinanza ben potrebbero, in prospettiva, aumentare la propria operatività e, quindi, necessitare di più tradizionali finanziamenti garantiti. Il microcredito potrebbe quindi certamente contribuire ad aumentare l’operatività prospettica dei confidi, a prescindere da ogni altra considerazione di carattere etico.

Deve tuttavia evidenziarsi anche la circostanza secondo cui, generalmente e soprattutto negli ultimi anni, i confidi tendono a sviluppare operazioni di un certo rilievo economico, posti i cospicui costi operativi che li caratterizzano (è la medesima motivazione per cui l’Autorità di vigilanza è propensa a favorire operazioni di aggregazioni tra consorzi di garanzia): tale aspetto potrebbe evidentemente frenare lo sviluppo di operatività con pratiche di microcredito.

5. – Come è noto, l’attività dei confidi si svolge in un mercato caratterizzato da un’importante collaborazione con il sistema bancario – che in talune situazioni può trasformarsi in concorrenza – in un contesto ove interferiscono le scelte pubbliche sia di carattere regolamentare, sia di sostegno (diretto o indiretto) ai medesimi. Non di meno, l’attività dei confidi – pur di carattere imprenditoriale e quindi focalizzata anche alla ricerca dell’equilibrio economico e patrimoniale – è contraddistinta dal carattere mutualistico.

Il modello di *business* del confidi dovrà in particolare contemplare due aree strategiche: l’area commerciale e quella relativa ai crediti. In aggiunta, non potrà mancare un ufficio destinato al contenzioso.

L’area commerciale ha come obiettivo quello di proporre ai soci

⁵² Che può arrivare per i confidi vigilati, previa autorizzazione della Banca d’Italia, entro un limite pari al 49% dell’attivo.

⁵³ Tassi spesso alti alla luce della circostanza che, solitamente, i percettori del microcredito sono soggetti con poche competenze in materia economica-finanziaria. Cfr. A.P. IANNUZZI, *op. cit.*, 98.

(presenti e futuri) operazioni finanziarie garantite⁵⁴, nonché l'erogazione degli altri servizi concessi ai confidi vigilati dalle norme⁵⁵. Ad essa sono correlati la quasi totalità dei ricavi del confidi (le commissioni sulle garanzie concesse e gli introiti per le consulenze prestate), nonché i maggiori costi operativi di tutta la struttura.

L'area crediti, invece, ha come *goal* precipuo quello di definire e proporre i *rating* alle imprese affidate, di valutare le controgaranzie necessarie per il perfezionamento delle operazioni⁵⁶, di gestire gli investimenti delle disponibilità dei fondi rischi e patrimoniali, nonché di monitorare nel tempo i rischi legati alle garanzie prestate.

In ipotesi di crediti deteriorati, o comunque considerati particolarmente rischiosi, la gestione delle posizioni spetterà infine all'area contenzioso, alla quale è affidata il compito di recuperare quante più risorse possibili⁵⁷.

Il modello del confidi dovrebbe inoltre prevedere una terza area denominata "portafoglio", area che spesso viene assorbita dall'area crediti: l'obiettivo è quello di assicurare i rischi presenti, imputando al fondo rischi gli accantonamenti necessari per la copertura delle perdite attese⁵⁸.

Spetta inoltre gestire la variazione delle commissioni correlate alla mutazione del *rating* delle imprese affidate, nonché la gestione degli eventuali investimenti finanziari delle risorse accantonate nei fondi rischi e

⁵⁴ I confidi possono inoltre costituire depositi monetari a copertura totale o parziale delle perdite eventualmente derivanti dai finanziamenti concessi. La singola garanzia è utilizzata, di solito, a vantaggio di singole imprese consorziate, mentre la costituzione di depositi è più frequente in ipotesi di finanziamenti a *pool* di imprese; in argomento C. D'AURIA, *Il ruolo dei confidi nel finanziamento delle piccole e medie imprese alla luce delle modifiche del regolamento internazionale di vigilanza*, in «Newsletter Aifirm», 2005, 1 ss.; I. BORRELLO-P.A. LAURETTA, Sub art. 112, *Altri soggetti operanti nell'attività di concessione di finanziamenti*, in *Commentario al Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da CAPRIGLIONE, II, Milano, 2018, 1656.

⁵⁵ In particolare, la consulenza finanziaria alle PMI, ma anche altre attività quali, ad esempio, la gestione dei fondi antiusura di cui alla legge 7 marzo 1996, n. 108 (nell'osservanza del D.P.R. 11 giugno 1997, n. 315, "Regolamento di attuazione dell'articolo 15 della legge del 7 marzo 1996, n. 108, concernente il Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura"), quella dei fondi pubblici di agevolazione ai sensi delle disposizioni contenute nel TUB e, infine, quella dei portali *on-line* per la raccolta di capitale di rischio (*equity crowdfunding*).

⁵⁶ Per la gestione dei rapporti con il Fondo di Garanzia e in generale per le riassicurazioni potrebbe essere tuttavia prevista un'area *ad hoc*, la c.d. area portafoglio.

⁵⁷ Laddove il recupero da parte dell'area contenzioso sia superiore alla perdita attesa sommata alle spese amministrative relative al credito, la gestione sarà da considerarsi positiva e quindi con benefici sulla redditività del confidi.

⁵⁸ In argomento V. L. ERZEGOVESI, *Verso un nuovo modello di equilibrio gestionale dei consorzi fidi*, in *Banca, Credito e Rischi. Saggi in onore di Tancredi Bianchi*, a cura di Comana, Roma, 2009, 115 ss.

dal patrimonio disponibile. Ad esempio, potranno essere effettuati investimenti in fondi monetari o in altri strumenti finanziari, tra cui i *minibond*⁵⁹.

La redditività del confidi verrà quindi alimentata dalla gestione scaturente dalle aree richiamate, al netto delle perdite inattese per le quali non sono stati predisposti accantonamenti. Tuttavia, anche alla luce delle caratteristiche mutualistiche dell'ente, la redditività non potrà considerarsi quale (unico) elemento su cui impostare l'intera gestione del confidi: altri saranno gli obiettivi strategici ricercati dai soci, tra cui, *in primis*, la crescita del numero delle imprese garantite, nonché, auspicabilmente, l'aumento del patrimonio del medesimo intermediario finanziario (il che significa una sua maggiore solvibilità)⁶⁰.

5.1 – Per quanto non vi siano particolari obblighi normativi, l'operatività dei confidi risulta per lo più caratterizzata dal rispetto di particolari convenzioni stipulate con gli istituti di credito, al fine di definire aspetti procedurali e, soprattutto, economici in ordine ai crediti garantiti. Così, in esse sono ad esempio specificate le modalità di concessione del credito alle PMI e i costi ad esso connesso (interessi per le banche e commissioni di garanzia per i confidi), che possono variare all'interno di scaglioni predefiniti in base allo *scoring* dell'affidato. Detti accordi prevedono inoltre di solito alcuni *plafond* annuali di risorse destinate dalla banca per l'operatività col confidi sottoscrittore, terminati i quali dovrà essere effettuato un aggiornamento alla convenzione o, se di durata pluriennale (come di solito accade), si dovrà aspettare il successivo anno.

Inoltre, le convenzioni prevedono comunque che almeno una parte del rischio connesso all'operazione del finanziamento rimanga in capo alla banca, ragion per cui non è loro ipotizzabile alcun obbligo convenzionale di credito in ipotesi di sottoscrizione della garanzia da parte del confidi.

Generalmente le convenzioni con gli istituti bancari hanno come effetto quello di far ottenere ai consorziati una riduzione dei tassi di interesse, posto che i confidi possono trarre vantaggio dalle economie di scala che da esse derivano: ogni richiesta di finanziamento viene infatti "centralizzata", consentendo al consorzio fidi di aumentare – quantomeno teoricamente – il potere contrattuale nei confronti della banca.

⁵⁹ Sulle forme di finanziamento alternativo alle società sia altresì concesso rinviare a G.A. POLICARO, *I fondi di credito: un'opportunità per le piccole-medie imprese, un rischio (regolamentato) per gli investitori/proprietari collettivi*, in *Nuovo dir. soc.*, 2018, 381 ss.

⁶⁰ Tuttalpiù al *management* del confidi potrà essere dato come obiettivo un certo tasso di remunerazione del capitale netto, inteso come livello minimo necessario al fine di ottenere una data crescita del patrimonio.

Tuttavia, il tasso di interesse del finanziamento può essere negoziato anche a seguito di altri fattori, tra cui, *in primis*, la preselezione effettuata dal comitato tecnico del consorzio di garanzia, che assicura alla banca convenzionata, specie se di dimensioni non grandi, un non trascurabile risparmio di tempo e risorse per le (prime) valutazioni del potenziale affidatario. Appare peraltro evidente che tanto più il comitato rischi e i comitati tecnici del confidi saranno in grado di esprimere valutazioni affidabili (e quindi un miglior apprezzamento del rischio) sulle operazioni proposte, tanto più la banca potrà ragionevolmente cercare di venire incontro alle esigenze del soggetto finanziato. Come è noto, infatti, i confidi prevedono generalmente la presenza di due comitati: il comitato tecnico, in genere formato da componenti del sistema associativo di provenienza o da soggetti che conoscono le realtà imprenditoriali dei consorziati (anche potenziali), che proporrà una prima valutazione sulla moralità e la competenza tecnica del richiedente il credito, ed il comitato rischi, che presenterà una valutazione del rischio dell'operazione, una proposta di *rating* con la quale viene espresso un giudizio tecnico sulla capacità dell'impresa di generare flussi di cassa sufficienti ad assicurare il rimborso dell'eventuale finanziamento⁶¹. D'altro canto, va altresì rimarcato come, a prescindere dal meccanismo di doppia valutazione da parte del confidi e dell'istituto di credito, spetti solo a quest'ultimo la decisione ultima sul finanziamento all'impresa, senza cioè che possa configurarsi alcun diritto di credito a seguito della sola istruttoria positiva da parte del consorzio di garanzia⁶².

Sempre riguardo al tasso di interesse applicato alle PMI ad alle influenze positive in ordine al suo contenimento in presenza di un confidi, reputo che l'elemento di forse maggior rilievo sia comunque da rinvenirsi nella capillare azione di informazione riguardo alle condizioni applicate dalle banche convenzionate: spesso le imprese consorziate non sono poste nelle condizioni di conoscere le diverse condizioni applicate dalle banche, o, per mancanza di tempo, non scelgono comunque (anche perché mal consigliati) l'operazione migliore per le proprie necessità⁶³. Il confidi ha quindi anche la funzione di ovviare alla mancanza di trasparenza nei

⁶¹ Cfr. F. CESARINI, *Consorzi-fidi e finanziamenti dell'impresa*, in *Consorzi-fidi e cooperative di garanzia*, a cura di M. BIONE e V. CALANDRA BUONAURO, Milano, 1982, 17.

⁶² Le verifiche effettuate dal confidi devono peraltro essere svolte – quantomeno da parte del comitato rischi – in modo oggettivo e rigoroso; se così non fosse (magari perché il confidi volesse favorire le imprese consorziate, nonostante la quota di rischio di competenza), si verrebbe a creare un effetto *reverse* con perdita di fiducia da parte della banca, e con conseguente marginalizzazione del confidi stesso.

⁶³ Cfr. F. CESARINI, *op. cit.*, 21.

rapporti tra banca e cliente, spesso denunciate dall'opinione pubblica e responsabile di un aumento degli oneri finanziari per le imprese.

In ogni caso, la presenza della singola convenzione tra confidi ed istituto di credito ed il successivo specifico contratto che la PMI stipulerà autonomamente con i due soggetti convenzionati, sembrerebbe caratterizzare l'operazione di affidamento garantito per la presenza di (ben) tre distinti rapporti giuridici bilaterali: *i)* il contratto di credito tra istituto finanziatore e PMI debitrice, di cui il confidi non ne è parte (per quanto potrebbe essere richiamato in esso come garante); *ii)* la convenzione di garanzia tra istituto e confidi; *iii)* il rapporto sociale e l'eventuale contratto di prestazione del servizio tra PMI e confidi, rapporto cui è estraneo l'istituto che concede il credito⁶⁴.

Il rapporto "trilaterale" cliente-banca-confidi non dovrebbe quindi comportar un aumento di costi finanziari, ma anzi, come si è visto, contenerli. Le convenzioni stipulate tra banca e confidi hanno quindi anche tale obiettivo: posto che le banche detengono minor rischio di credito in ordine alle operazioni garantite, la somma degli oneri richiesti da istituti bancari e confidi devono comunque essere contenute, non eccedendo – quantomeno in modo rimarchevole – gli oneri che la singola operazione (non garantita) comporterebbe.

Sempre nel solco di tali ragionamenti, ci si chiede se il credito garantito ottenuto dall'impresa possa considerarsi aggiuntivo a quello che la banca avrebbe concesso in via ordinaria: la risposta, in questo caso, non pare possa considerarsi positiva.

Infatti, la capacità di assorbimento di prestiti che la banca è disposta a riconoscere al singolo cliente è generalmente correlata alla capacità di restituzione dei finanziamenti concessi: l'ulteriore garanzia del confidi influenza infatti il grado di rischio (e quindi il costo) dell'operazione, non la capacità di generazione di flussi al servizio del debito⁶⁵.

In ogni caso, si sottolinea come la disciplina di riforma della vigilanza

⁶⁴ Cfr. E. OLIVIERI, *L'ambulatorietà della garanzia del confidi nelle cessioni di rapporti giuridici e nelle cessioni di crediti: spunti interpretativi e riflessioni*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1369 ss.

⁶⁵ Un'eccezione a tale ragionamento può forse essere individuata nell'ipotesi in cui la garanzia del confidi consenta all'imprenditore di "liberare" garanzie reali, le quali possono essere utilizzate per l'ottenimento di altri finanziamenti (cfr. M. PREDA, *I consorzi di garanzia collettiva fidi*, in AA.Vv., *Il mercato finanziario e lo sviluppo delle piccole e medie imprese*, Mediocredito Regionale Lombardo, Milano, 1980, 356). Tuttavia, le garanzie reali dovrebbero riguardare beni "facilmente" liquidabili, quantomeno per non incorrere nel problema testé richiamato di mancanza di flussi sufficienti per il ripagamento del debito (che sarebbe invece superato laddove, a seguito della garanzia, non venisse richiesto all'impresa di "congelare" fondi come collaterale).

dei confidi di cui al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 consenta la facoltà ad associazioni di categoria e i confidi di stipulare convenzioni “complesse” con banche ed intermediari finanziari al fine di favorire l’ottenimento di finanza da parere delle imprese associate: in questo modo, non solo le associazioni di categoria di cui spesso i confidi sono emanazione non potranno essere sanzionate per lo svolgimento di attività riservata (di mediazione creditizia), ben potendosi servire di agenti in attività finanziaria e di mediatori creditizi in possesso dei requisiti di cui all’art. 128-*novies*, comma 1°, TUB⁶⁶.

5.2 – Negli ultimi anni la struttura giuridica delle convenzioni stipulate dai consorzi fidi con il sistema bancario ha subito notevoli variazioni: la fideiussione rilasciata dai confidi, infatti, non è più considerata come un mero strumento di garanzia aggiuntivo sul credito concesso alla PMI, bensì quale strumento in grado di consentire alla banca una migliore e sicura operatività. Ne consegue che il consorzio di garanzia è sempre più considerato alla stregua di un *partner* istituzionale dell’istituto di credito con il quale viene condiviso il rischio a fronte di una valutazione preventiva del merito creditizio del prestatore⁶⁷.

Per tale motivazione si è nel tempo modificato anche il mercato delle garanzie, che ha visto un notevole cambiamento in ordine ai principali prodotti offerti: si pensi, ad esempio, alle garanzie fideiussorie a valere sui c.d. fondi rischi monetari⁶⁸, alle garanzie autonome “a prima richiesta” (per le quali è presente un fondo cauzionale)⁶⁹ o, ancora alle convenzioni tipo

⁶⁶ Tale facoltà è peraltro estesa anche agli enti da loro controllati, quali le società di servizi. Appare evidente, quindi, come i confidi emanazione di associazioni datoriali abbiano la possibilità di “sfruttare” le sedi territoriali delle stesse, accrescendo la loro penetrazione su aree diverse e, in definitiva, potendo proporre i loro servizi alle imprese confederate. Cfr. R. TURTURRO – E. PIANI, *Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi: un’analisi empirica*, in *Bancaria*, 2010, 10, 60 ss.

⁶⁷ Cfr. B. RUSSO, *I confidi nel rilancio del sistema delle garanzie. Evoluzioni e prospettive*, Milano, 2020, 190.

⁶⁸ Il fondo rischi monetari è utilizzato per eventualmente onorare le fideiussioni consortili a favore delle imprese garantite ed il saldo è vincolato a favore delle banche convenzionate; è alimentato da versamenti effettuati dalle imprese socie, nonché da contributi a fondo perduto provenienti da Enti locali, associazioni di categoria, Camere di Commercio, etc. Può inoltre essere anche incrementato da una parte degli interessi che l’impresa affidata paga alla banca (e quest’ultima riverserà al fondo), in base a quanto stabilito dalle convenzioni. In ipotesi l’impresa socia abbia posizioni incagliate o girate a sofferenza, l’istituto di credito, dopo aver agito con le convenzionali procedure di escussione, potrà accreditare –previa comunicazione al confidi – l’importo da questi garantito. Cfr. B. RUSSO, *op. cit.*, 191.

⁶⁹ Il fondo cauzionale è generalmente costituito e composto da cauzioni versate su un conto corrente vincolato dalle medesime imprese richiedenti il finanziamento, a garanzia dell’istituto di credito (e, indirettamente, del confidi). Sul tema, cfr.

*tranché cover*⁷⁰.

Oggi le banche prediligono richiedere ai confidi garanzie autonome “a prima richiesta”, più sicure (e più costose) rispetto alle garanzie fideiussorie: generalmente tali preferenze sono previste in distinte clausole specifiche della convenzione, posta la loro diversa funzione ed efficacia⁷¹.

Tale scelta si giustifica anche alla luce delle nuove disposizioni di Basilea 3, che hanno come obiettivo (anche) quello di minimizzare “l’effetto rischio” degli istituti di credito in ordine alle garanzie di portafoglio⁷². La conseguenza di dette soluzioni ha peraltro comportato la rivisitazione di molte convenzioni tra confidi (soprattutto i maggiori) e banche, in modo da dotarle dei requisiti di esecutività diretta. Ovviamente tali forme di garanzie comportano maggiori problemi per i confidi, per i quali tale scelta è sostenibile economicamente e patrimonialmente solo nell’ipotesi in cui vi sia una controgaranzia statale⁷³. Deve peraltro anche considerarsi che in ipotesi di garanzie su fondi rischi monetari le banche corrono implicitamente un rischio maggiore, posto che il fondo deve coprire più operazioni e che lo stesso – in presenza di un importante numero di *default* di imprese finanziate – può essere assorbito completamente lasciando l’istituto di credito senza

AA.Vv., *La nuova attività dei Confidi. Profili contabili e regolamentari*, a cura di L. Gai, Milano, 2011, 60 ss.

⁷⁰ Il *tranché cover* è uno strumento di ingegneria finanziaria, ai sensi dell’art. 44 Regolamento (CE) n. 1083/2006 e degli artt. 43 e ss. del Regolamento (CE) n. 1828/2006, che permette alle imprese ammesse di poter beneficiare di migliori condizioni di accesso al credito, ottenendo tassi di interesse migliorativi rispetto all’andamento del mercato. I benefici dell’operazione sono in sintesi: i) per le PMI: aumento delle disponibilità di credito per le PMI; riduzione del costo del finanziamento; ii) per la banca *originator*: abbattimento dell’assorbimento patrimoniale, efficientamento dei rischi assunti attraverso forme innovative di protezione del credito.

⁷¹ Come è noto, con il contratto autonomo di garanzia una parte si obbliga ad eseguire immediatamente (“a prima richiesta”) la prestazione del debitore, senza potere sollevare eccezioni. La fideiussione è invece sempre accessoria rispetto all’obbligazione principale, tanto che spesso è proprio il fideiussore a portare contestazioni relative allo stesso credito garantito. In relazione alla possibilità di qualificare un impegno quale contratto autonomo di garanzia piuttosto che fideiussione, la Cassazione ha osservato che il mero inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento “a prima richiesta” e soprattutto “senza eccezioni” vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia. Cfr. Cass., Sez. Un., n. 3947/2010; Cass. n. 19736/2011; Cass. n. 10998/2011.

⁷² Tale propensione verso le garanzie “a prima richiesta” ha il vantaggio, solo per le banche, di consentire loro di ottenere una riduzione del patrimonio di vigilanza da accantonare.

⁷³ D’altro canto, il passaggio a questa forma di garanzia diretta controgarantita ha quantomeno consentito ai confidi di appostare i fondi rischi monetari non più necessari a patrimonio. Cfr. B. RUSSO, *op. cit.*, 195.

ulteriori protezioni e, soprattutto, senza la possibilità di valutare l'efficacia della garanzia *ex ante*, non conoscendo il portafoglio complessivo e i comportamenti delle altre banche convenzionate.

Tali aspetti sono peraltro stati tenuti in debita considerazione nella stesura delle "Linee guida ABI-Federconfidi" del 2009, le quali hanno disciplinato la corretta continuità del rapporto di garanzia, modificato nelle modalità di cui si è dato conto⁷⁴.

5.3 – Le strutture *tranché cover* (o strutture segmentate) consentono di suddividere il portafoglio di garanzie tra più soggetti (di solito confidi, Regioni, Enti pubblici, Fondo Centrale di Garanzia). Si tratta in genere di fondi costituiti per specifiche attività e con i quali è possibile garantire il sostegno al finanziamento di imprese con particolari caratteristiche (di solito individuate da un bando accompagnatorio): tali operazioni, se ben strutturate, possono pertanto rappresentare un'importante opportunità di sviluppo dell'operatività dei confidi, quantomeno di quelli maggiormente organizzati e patrimonializzati.

In termini operativi le banche possono attraverso tali strumenti trasferire il loro rischio previa individuazione, su un portafoglio di prestiti, di almeno due profili di rischio: una *tranche* con rischio di "prima perdita" c.d. *first loss* (trasferita a taluni intermediari, tra cui il confidi) e una quota che supporta le perdite successive alle prime, c.d. *second loss*, trasferita solitamente ad un altro istituto di credito (spesso attraverso un contratto di *Credit Default Swap*)⁷⁵.

Il risultato è quindi di attenuare il rischio in capo al soggetto erogatore il finanziamento, posto che si andranno ad avere livelli diversi di copertura dello stesso: l'operazione *tranché* può quindi rappresentare una leva finanziaria più efficiente per veicolare (anche) risorse pubbliche verso le PMI, consentendo alle banche di ridurre i noti assorbimenti di capitale⁷⁶.

Ad ogni modo, appare indispensabile, al fine di determinare l'avvio delle operazioni segmentate, che preventivamente sia stipulato un testo di convenzione tra i soggetti che partecipano all'operazione; accordo che ben potrebbe integrare anche le altre convenzioni concordate tra i singoli confidi e le banche per l'ordinaria operatività. Le banche, inoltre, avrebbero il vantaggio di finanziare le PMI abbattendo i propri requisiti patrimoniali (non dovendo accantonare patrimonio per le operazioni garantite), evitando peraltro – prospetticamente – complesse e costose operazioni di

⁷⁴ Cfr. ABI-FEDERCONFIDI, *Linee guida per il rinnovo delle convenzioni tra banche e Confidi*, dicembre 2009.

⁷⁵ Cfr. C. D'AURIA, *Le strutture tranché cover e le loro potenzialità nel finanziamento delle PMI*, in *Bancaria*, 2014, 3, 62 ss.

⁷⁶ Cfr. B. RUSSO, *op. cit.*, 204.

cartolarizzazione.

Chiaramente, attività di tal tipo non possono prescindere da una certa fiducia tra banche e confidi, fiducia “alimentata” precipuamente dal riconoscimento da parte del mercato dell’attività caratteristica (di garanzia) svolta nel tempo da parte di questi ultimi enti⁷⁷.

5.4 – Si è accennato di come i confidi possano diversificare le loro attività, eventualmente anche sottoscrivendo operazioni di *minibond*⁷⁸: obiettivo può essere quello di diversificare il portafoglio e di ottimizzarne il rendimento⁷⁹. Nulla esclude, inoltre, che siano gli stessi consorzi di garanzia ad emettere detti strumenti, usando la medesima strategia utilizzata da talune banche (che si fanno finanziare da altri istituti di credito)⁸⁰.

Tuttavia, i confidi possono soprattutto operare in qualità di garanti,

⁷⁷ Al riguardo, deve per esempio considerarsi quanto attuato dal gruppo Unicredit, che ha implementato un modello interno per valutare l’affidabilità e l’organizzazione dei singoli confidi per mezzo di un *rating* interno; obiettivo di tale intervento è pertanto quello di comprendere fino a che punto la garanzia rilasciata dai confidi possa continuare ad essere – a prescindere dalle ponderazioni patrimoniali poste dalla normativa – un reale strumento di abbattimento dei requisiti “strutturali” per le banche. Cfr. L. GAI-E. GIOVANNINI, *Il rating Confidi per una migliore valorizzazione della garanzia*, in *Bancaria*, 2013, 10, 34 ss.

⁷⁸ Il primo fondo di *minibond* in cui hanno investito i confidi è stato costituito nel 2014 da *Zenit sgr*. Il veicolo era denominato “fondo progetto minibond Italia”, un fondo chiuso di diritto italiano dedicato ad investitori istituzionali ed era stato garantito sia dal Fondo Centrale di Garanzia che da Eurofidi.

⁷⁹ Come è noto, il legislatore è intervenuto in più occasioni con l’intento di facilitare la possibilità per le PMI di usufruire di canali di finanziamento alternativo tramite l’emissione di *minibond*: tale “percorso” si è sviluppato nel tempo con il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 «decreto sviluppo», il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 «sviluppo bis», il d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 «destinazione Italia», il d.l. 24 giugno 2014, n. 91 «decreto competitività». Come conseguenza è stato concesso l’accesso all’emissione di detti titoli a tutte le società di capitali non finanziarie (ed anche alle cooperative) per importi fino a 500 milioni per emissione, limitandone i costi e creando agevolazioni fiscali (deducibilità degli interessi passivi e del costo di emissione a determinate condizioni). I tassi di interesse sono riconosciuti sotto forma di cedola periodica e la scadenza, solitamente, è nel medio-lungo periodo; tale ultima circostanza consente (auspicabilmente) agli emittenti di finanziare investimenti in sviluppo a costi minori rispetto a quanto emergerebbe per il tramite del tradizionale credito bancario. Deve peraltro evidenziarsi, rispetto a tale ultimo punto, come i *minibond* possano consentire di ottimizzare i flussi in uscita: mentre il prestito bancario (“ordinario”, non *bullet*) richiede il pagamento rateale sia di quote di capitale che di interessi, le emissioni di *minibond* generalmente prevedono la restituzione del capitale alla scadenza, incidendo quindi *medio tempore* solo per la quota di interessi. Inoltre, i *minibond* sono quotati su listini (ExtraMot Pro), aperti solo ad investitori istituzionali.

⁸⁰ Cfr. B. RUSSO, *op. cit.*, 214.

contenendo il rischio degli investitori intenzionati a sottoscrivere i *minibond*⁸¹. In aggiunta, sempre in tale prospettiva, i confidi potranno certamente agire in *pool* con altri soggetti istituzionali, ad esempio delle *tranches junior*⁸². La collaborazione tra più confidi potrebbe consentire di garantire fino al 100% del valore di un'emissione di *minibond*, ovvero in modo da creare una *asset class* nella quale possano investire soggetti alla ricerca di rendimenti poco rischiosi (sebbene più bassi rispetto ad altre operazioni analoghe non garantite).

Tra l'altro, in molte operazioni di garanzia i confidi non avrebbero la concorrenza da parte del Fondo Centrale di Garanzia (invece attivabile direttamente dalle banche relativamente ai finanziamenti concessi alle imprese): sono infatti i soli enti a poter garantire le singole emissioni di *minibond* con scadenza inferiore ai 36 mesi e, ovviamente, destinati a sottoscrittori rientranti tra gli intermediari vigilati⁸³. Pertanto, quantomeno in tale segmento, potrebbero prospettarsi interessanti opportunità di allargamento dell'operatività dei consorzi di garanzia, alternative al *core business* delle fideiussioni rilasciate al sistema bancario⁸⁴.

⁸¹ Un investimento garantito in *minibond* può ad esempio dare maggiore fiducia ad investitori stranieri, nonostante conoscano meno il mercato (e le imprese emittenti) del nostro Paese, rendendo nei fatti l'operazione meno rischiosa e più "attraente".

⁸² Ovvero la *tranche* maggiormente subordinata e non garantita dei titoli emessi e che, pertanto, sopporta per prima le perdite che si potranno verificare nel corso del recupero delle attività sottostanti.

⁸³ Il Fondo Centrale di Garanzia può concedere garanzie dirette su operazioni di durata compresa tra 36 e 120 mesi, senza che sia prevista altra garanzia reale o assicurativa per la quota coperta dal medesimo Fondo e per percentuali fino al 50% in ipotesi il capitale del *minibond* sia rimborsato a rate, fino al 30% se l'operazione è *bullet*, ovvero se il rimborso del capitale avviene per intero alla data di scadenza. Il Fondo Centrale di Garanzia potrà altresì garantire portafogli di *minibond*, su richiesta di banche, intermediari finanziari, vigilati e gestori; in questo caso lo stesso deve avere ammontare compreso tra i 50.000.000 di euro ed i 300.000.000 di euro e ogni singola operazione del portafoglio non può avere importo maggiore del 3% del valore nominale di tutti i titoli che lo costituiscono. La copertura di dette ultime operazioni non può superare l'8% dell'ammontare (e l'eventuale garanzia della *tranche junior* non può oltrepassare l'80%). In ogni caso, i requisiti e le operazioni ammissibili alla garanzia del Fondo Centrale di Garanzia sono indicati e regolati dal Decreto Interministeriale MiSE-MEF del 5 giugno 2014, c.d. Decreto *minibond*). Per ulteriori approfondimenti v. A.P. IANNUZZI, *op. cit.*, 162 ss.; B. RUSSO, *op. cit.*, 215; C. D'AURIA, *Mini-bond e cambiali finanziarie: il ruolo delle garanzie*, Newsletter del Consorzio Camerale per il Credito e la finanza.

⁸⁴ Deve peraltro sottolinearsi come generalmente le PMI che si "affacciano" al mercato dei *minibond* prediligano inizialmente operazioni di importo contenuto e di durata limitata (di solito entro i 12 mesi, c.d. operazioni *short term*); la motivazione è quella di farsi prima conoscere ed apprezzare dal mercato, emettendo successivamente altri *minibond*, di solito con scadenze temporalmente maggiormente

In ogni caso, l'importo garantibile dal Fondo Centrale di Garanzia per le singole operazioni con durata superiore ai tre anni è pari a 1.500.000 euro e, comunque, per percentuali che non superano il 50% dell'emissione⁸⁵: anche per tali interventi è possibile immaginare la possibilità di una co-garanzia per la parte non coperta dal Fondo.

Tanto posto, si evidenzia inoltre come il confidi possa anche svolgere attività di *scouting*, connessa alla selezione delle PMI che hanno le caratteristiche e le potenzialità per poter emettere i *minibond*, nonché di mera consulenza, assistendo le stesse imprese nella prevalutazione finanziaria delle operazioni e, successivamente, nella presentazione al mercato⁸⁶.

In ultimo, se il mercato dei *minibond* si svilupperà anche in Italia come è avvenuto in altri Paesi europei, non è da escludersi che i confidi possano divenire importanti *players* anche relativamente alle operazioni di cartolarizzazione delle medesime emissioni, ovvero sottoscrivendo le *notes* emesse dalle c.d. SPV (*Special Purpose Vehicle*)⁸⁷. Come è noto, con tali operazioni il rischio di credito (in questo caso dei portafogli di *minibond*) viene sottoposto al c.d. *pooling and trancing* ed i titoli derivanti vengono collocati sul mercato⁸⁸, con conseguente aumento del c.d. effetto leva. I confidi potrebbero ad esempio non solo sottoscrivere i titoli *asset-backed*, ma anche garantire parte dell'operazione (ad esempio la parte non "coperta" dell'emissione originaria – *tranche junior*).

5.5 – Prendendo spunto dai ragionamenti suesposti – ed in considerazione della crisi finanziaria derivante dal covid – ci si chiede ora quali strumenti abbiano i confidi per la gestione dei loro crediti deteriorati,

dilatate (e tassi minori).

⁸⁵ Il costo della garanzia ammonta all'1% dell'importo garantito.

⁸⁶ Cfr. A.P. IANNUZZI, *op. cit.*, 154.

⁸⁷ In argomento v. G. FORESTIERI, *I nuovi canali di finanziamento delle imprese. Minibond, cartolarizzazioni e capitale di rischio*, in *Bancaria*, 2014, 3 ss.

⁸⁸ Con *pooling* si intende l'identificazione di un portafoglio di crediti (statico o dinamico, in questo ultimo caso è possibile aggiungere o sostituire esposizioni), portafoglio segregato giuridicamente rispetto al patrimonio del soggetto che ne è detentore. Il *tranching*, invece, comporta l'emissione a fronte degli attivi di almeno due classi di esposizioni con diversa priorità (*seniority*) rispetto alla partecipazione ai flussi del portafoglio, remunerate con un tasso di interesse prefissato e, ovviamente, con correlazione al rischio. È inoltre prevista una *tranche* residuale (*junior*) remunerata solo in presenza di rimanenti flussi di cassa, ovvero dopo che siano state remunerate le altre *tranches*. In argomento sia concesso rinviare a L. ERZEGOVESI, *Le cartolarizzazioni Sts e le garanzie di portafoglio sul credito alle Pmi*, in *Bancaria*, 7-8, 62 ss.; ID., *Confidi e tranced cover: un'alternativa alla trasformazione in intermediari vigilati?*, 2007, 4 ss., in [leasrv.cs.unitn.it/masterfidiWiki.nsf/Pages/Materiali/\\$file/Erzegovesi07_TrancedCover.pdf](http://leasrv.cs.unitn.it/masterfidiWiki.nsf/Pages/Materiali/$file/Erzegovesi07_TrancedCover.pdf).

potenzialmente destinati ad “esplodere” quantomeno nel medio periodo⁸⁹. D’altro canto, non solo le crisi finanziarie tendono ad avere effetti temporalmente “sfasati” rispetto alle cause che le hanno determinate, ma pure la strutturazione di alcuni provvedimenti governativi emananti dal 2020 avranno fisiologicamente termine, con effetti non facilmente ponderabili (per quanto certamente negativi) sul sistema economico⁹⁰. Oltre a tali aspetti dovrà altresì considerarsi sia quanto indicato dal Regolamento UE 171/2018, in vigore dal 1° gennaio 2021 e che, come è noto, prevede più rigorose definizioni per quanto concerne i *default* (la prevedibile conseguenza è l’aumento delle posizioni deteriorate)⁹¹, sia quanto

⁸⁹ Sulla base di scenari, l’aggregato a livello di eurozona potrebbe raggiungere 1,4 trilioni di euro già alla fine del 2022. In termini comparativi, si tenga conto che durante la crisi del 2008-2011 gli NPL avevano raggiunto un picco, a livello di UE, dell’ordine di 1 trilione di euro. Per quanto riguarda l’Italia, stime e previsioni sia di Banca d’Italia sia, soprattutto, di operatori specializzati (ad esempio DBRS e Banca Ifis) confermano le prospettive di deterioramento. I livelli di capitalizzazione attuali sono in media adeguati, ma lo *stock* complessivo di NPL potrebbe raggiungere nel 2022 un livello di 440 miliardi di euro, ovvero 100 miliardi in più del livello stimato a fine 2020. La creazione di nuovi NPL a livello europeo potrebbe quindi portare a picchi ben superiori a quelli precedentemente raggiunti. Ciò implica un irrigidimento delle condizioni creditizie da parte delle banche ed il rischio del ripetersi del circolo vizioso fra razionamento creditizio e difficoltà delle imprese. Come soluzione, di carattere europeo, è stata addirittura presentata anche la proposta che la Commissione costituisca una *bad bank* per lo smaltimento dei crediti deteriorati. Al riguardo v. A. ENRIA, *ECB: the EU needs a regional ‘bad bank’*, *Financial Times*, 26 ottobre 2020, in <https://www.ft.com/content/cc3a9a51-4d9a-4c73-9ff0-9f623ecf4065>. In ogni caso, si veda anche quanto indicato da EBA, *Risk Assessment of the European Banking System*, December 2020, 10 ss. e, per un commento, R. MASERA, “Per una *bad bank* europea”, in *Bancaria*, 2020, dicembre; M. SEPE, *CoViD: un significativo acronimo. “Come Ovviare Virtuosiamente (all’) Innalzamento (del) Debito?”*, in AA.VV., *CoViD-19 e diritto dell’economia*, 2020, suppl.to al n. 5, *Nuova giur. civ. comm.*, 18 ss. Si veda, inoltre, F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell’economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 550 ss.

⁹⁰ Si pensi, ad esempio, alla fine delle moratorie disposte dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “Cura Italia”) prorogate dal d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (c.d. “Agosto”) e dalla legge di bilancio 2021, moratorie che perderanno efficacia nel 2021. Cfr. C. D’AURIA, *I non performing loans (NPL) in risk-share tra banche e confidi*, in *I confidi in Italia 2021*, a cura di Bolognese e Vescina, Torino, 2021, 455 ss., in https://www.to.camcom.it/sites/default/files/promozione-territorio/I_Confidi_in_Italia_-_Edizione_2021.pdf.

⁹¹ Il regolamento prevede due soglie di rilevanza massime molto basse, di cui una è fissa e l’altra variabile: la prima è indicata in 100 euro per le esposizioni al dettaglio ed in 500 euro per le altre, mentre il limite variabile è compreso tra lo 0% e il 2,5%, sebbene quest’ultimo, ai sensi dell’art. 1, par. 2, «è fissata all’1% quando corrisponde ad un livello di rischio che l’autorità competente considera ragionevole». Inoltre, l’obbligazione è da considerarsi rilevante quando le soglie sono superate per

determinato dal Regolamento UE 630/2019), che impone agli intermediari di stanziare accantonamenti maggiori (con consecutivi maggiori costi di gestione) sugli NPL non garantiti⁹².

A fronte di tali problematiche, i confidi si troveranno a dover garantire cospicui importi di NPL, non semplici da gestire da parte delle banche⁹³. Un'alternativa disponibile per queste ultime è certamente quella di cartolarizzare tali crediti, sebbene siano note le difficoltà operative ed i costi; in tal ipotesi, i confidi dovranno prestare molta attenzione ad aspetti organizzativi interni, relazionandosi con il *servicer* individuato per la cartolarizzazione al fine di meglio gestire le garanzie prestate⁹⁴.

Ciò precisato, non è da escludersi che i confidi possano essi stessi trovarsi di fronte all'esigenza di cedere crediti deteriorati, ad esempio in qualità garanti già escussi. Anche in questo caso sembrerebbe maggiormente efficiente che detti crediti deteriorati siano gestiti da un *pool* di consorzi di garanzia, sia per efficientare i costi di gestione (le operazioni di cartolarizzazione non convengono se di importo contenuto), sia per "spuntare" condizioni migliori sul mercato.

In aggiunta, si sottolinea altresì come gli NPL detenuti dai confidi possano anche essere semplicemente gestiti internamente o ceduti. Nella prima ipotesi valgono le considerazioni già formulate sull'importanza dell'organizzazione interna del singolo confidi, posta la rilevanza del monitoraggio e dell'intervento tempestivo presso il cliente in difficoltà, individuando ad esempio con lui soluzioni transattive o escutendo eventuali altre garanzie da questi rilasciate⁹⁵.

90 giorni o, in ipotesi siano garantite da immobili residenziali o di proprietà di piccole e medie imprese, per 180.

⁹² Riguardo a quest'ultima direttiva sia concesso rinviare per approfondimenti a G. VIOTTI, *Verso una disciplina europea dei crediti deteriorati: riflessioni a margine del regolamento (UE) 2019/630*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 1, 116 ss.

⁹³ In ordine ai crediti deteriorati v. anche P. ANGELINI, *I crediti deteriorati: mercato regole e rafforzamento del sistema*, Intervento del Vice Capo del Dipartimento Vigilanza Bancaria e Finanziaria della Banca d'Italia al convegno "NPL: sfide e opportunità. Requisiti regolamentari, strategie delle banche e dei nuovi operatori", Roma, 9 ottobre 2018, 14 ss.

⁹⁴ Cfr. C. D'AURIA, *I Non Performing Loans (NPL)*, cit., 460. Sulle cartolarizzazioni dei crediti deteriorati v. inoltre E. R. RESTELLI, *Le frontiere mobili della cartolarizzazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 6, 926 ss.; L. DE ANGELIS, *Le regole contabili degli NPL*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2019, 1, 15 ss.; R. MAGLIANO, *Npl e cartolarizzazioni dei crediti tra attualità e criticità: riflessioni su un fenomeno nuovamente in ascesa*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2021, 2, 325 ss.

⁹⁵ Sul tema si rinvia a quanto indicato dalla nota circolare della Banca d'Italia del 5 agosto 1996, n.217 che in particolare al paragrafo 7 delle «Avvertenze generali», ben specifica come debbano essere monitorate le posizioni del credito (deteriorato). In ogni caso, al fine di sorvegliare i crediti sarà fondamentale verificare le

La seconda alternativa è invece data dalla cessione *pro-soluto* degli NPL da parte delle banche che vantano il credito e che sono garantite dai confidi: in tal caso, i confidi garanti potranno essere escussi dalle società cessionarie dei crediti. Non sfugge, anche in detta circostanza, l'importanza degli assetti organizzativi, i quali dovranno dimostrarsi adeguati anche al fine meglio individuare le migliori opzioni per gestire (solitamente transare) con le società di recupero le garanzie prestate.

Da quanto evidenziato appare comunque chiaro come, qualsivoglia sia la modalità di gestione del credito (deteriorato), i confidi dovrebbero adottare un approccio operativo diverso: se infatti risulta necessario vigilare i clienti e gestire le garanzie concesse, forse, ancora di più è determinante cercare di concedere fiducia alle imprese solo a fronte di attente valutazioni sul merito creditizio nel momento genetico dell'operazione. Molte sono le inefficienze che nel tempo hanno spesso caratterizzato la concessione di garanzie da parte di taluni confidi: le ripercussioni non potranno che emergere nel medio periodo, a maggior ragione se si considera che le prospettive economiche future appaiono piene di insidie.

Abstract

THE GOVERNANCE OF THE LOANS GUARANTEE CONSORTIA

I consorzi di garanzia collettiva dei fidi (confidi) sono intermediari finanziari di fondamentale importanza per la facilitazione dell'accesso al credito da parte delle piccole e medie imprese. Più nello specifico, sono cooperative o consorzi di imprese che rilasciano garanzie (prevalentemente fidejussioni) al sistema creditizio e finanziario al fine di favorire la concessione del credito alle imprese consorziate.

Tanto precisato, si cercherà nel prosieguo di esaminare il fenomeno dei confidi, ponendo attenzione alla struttura ed alla forma che per loro richiede la legge nonché, in particolare, alla loro governance.

Confidi are financial intermediaries which are of fundamental importance to small and medium-sized enterprises when they are applying for credit. More specifically, they are cooperatives or consortia of undertakings which issue guarantees to the credit and financial

segnalazioni alla Centrale dei Rischi; deve però segnalarsi come spesso i confidi deleghino eccessivamente tali attività a *providers* esterni, sovente senza adeguate e puntuali verifiche sul loro operato. In aggiunta, molti di questi "consulenti" tendono ad utilizzare, nonostante la chiarezza della circolare della Banca d'Italia del 5 agosto 1996, n.217, programmi gestionali e, a volte, terminologie differenti; forse anche l'Autorità di vigilanza dovrebbe prestare maggiore attenzione al loro operato. Infine, giova ricordare come le stesse banche abbiano spesso l'obbligo, previsto dalle convenzioni operative, di segnalare ai medesimi confidi l'evoluzione (il c.d. "cambio di stato") dei rapporti di finanziamento assistiti da garanzie. In argomento v. B. RUSSO, *op. cit.*, 157.

system in order to facilitate the granting of credit to the member companies.

That said, over the following pages we will examine confidi, paying attention to the structure and form as required by law and, in particular, to their governance.

ACCOLLO E COMPENSAZIONE: FRA VECCHI E NUOVI INTERROGATIVI

AMELIA C. C. SPOLIDORO

Dottoranda

nell'Università di Milano

SOMMARIO: – 1. Accollo. – 1.1. Sulla natura dell'accollo. – 1.2. Sul regime delle eccezioni nell'accollo. – 2. Compensazione. – 3. Sui rapporti fra compensazione e accollo. – 3.1. Sulla possibilità per l'accollato di opporre in compensazione all'accollatario i propri controcrediti. – 3.2. Sulla possibilità per l'accollante di porre in compensazione all'accollatario crediti propri dell'accollato. – 3.3. Sulla possibilità di compensazione con crediti propri dell'accollante verso l'accollatario. – 3.4. Sulla compensazione fra accollante e accollato.

1. – I rapporti fra accollo e compensazione sono stati in parte oggetto di disciplina da parte del legislatore, in parte sono stati approfonditi dalla dottrina. Rimangono tuttavia alcune questioni aperte, che talvolta emergono in giurisprudenza, soprattutto per quanto riguarda l'opponibilità in compensazione di un credito proprio dell'accollante nei confronti dell'accollatario.

1.1. – Secondo l'opinione comune, l'accollo¹ esterno è un accordo fra due parti, accollato (debitore originario) e accollante (nuovo debitore) per l'assunzione del debito² del primo nei confronti dell'accollatario (creditore)³.

¹ La definizione che segue è quella più diffusa fra gli interpreti, su tutti v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1955, 103; in giurisprudenza fra le prime a consolidare tale insegnamento v. Cass., 22 agosto 1964, n. 2362, in *Foro it. Rep.*, 1964, voce *Obbl. e contr.*, n. 369; Cass., 14 maggio 1962, n. 998, in *Banca*, 1963, 18; Cass., 15 giugno 1960, n. 1578, in *Foro it. Rep.*, 1960, voce *Obbl. e contr.*, n. 314; Cass., 2 marzo 1957, n. 738, *ivi*, 1957, voce *cit.*, n. 322; Cass., 7 maggio 1953, n. 1271, *ivi*, 1953, voce *cit.*, n. 377.

² Il debito assunto può anche essere un debito futuro, v. Cass., 23 settembre 1994, n. 7831, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1018 ss. e in *Dir. banca e mercato fin.*, 1995, 573 ss.; Cass., 21 aprile 2016, n. 8090, in *Ilfallimentarista.it*, 2016, 22 aprile e in *Ilsocietario.it*, 2016, 26 aprile; v. anche S. ACETO DI CARPIGLIA, *Accollo del debito futuro: riflessioni e speculazioni in una prospettiva futurista*, in *Corti salernitane*, 2018, 3.

³ La terminologia indicata, ormai associata fra gli interpreti, non è sempre stata indiscussa. Per esempio, cfr. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 9ª ed.,

Esso si dice cumulativo quando il debitore originario rimane obbligato congiuntamente al nuovo debitore e liberatorio quando, in seguito all'accollo, interviene liberazione del debitore originario da parte del creditore⁴.

L'accollo esterno è un contratto a tutti gli effetti⁵: più nello specifico, è un contratto a favore di terzi. La qualificazione dell'accollo esterno come contratto di favore di terzi è pressoché unanime fra gli interpreti⁶, sebbene

Milano, 1959, 236, che indica come accollante il debitore originario, come accollato il nuovo debitore e come accollatario il creditore.

⁴ L'accollo come figura complessiva del diritto italiano, non ha un corrispondente vero e proprio all'estero. Per una ricostruzione completa del panorama europeo per i mezzi di sostituzione del debitore si v. N. JANSEN – R. ZIMMERMANN, *Chapter 12 Substitution of New Debtor; Transfer of Contract: Substitution of New Debtor*, in *Commentaries on European Contract Law*, Oxford, 2018, 1728 ss.

⁵ In dottrina si v. D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, Torino, 1962, 209; E. BETTI, *op. loc. ult. cit.* e 106; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1955, 415; G. GORLA, *Sull'intervento di un nuovo debitore nel rapporto di debito*, in *Temi emil.*, 1933, I, 87; F. MESSINEO, *op. cit.*, 236; R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 269 ss., spec. 275; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, Milano, 1958. In giurisprudenza, fra le prime, Cass., 25 maggio 1955, n. 1557, in *Foro it. Rep.*, 1955, voce *Obbl. e contr.*, n. 384; Cass., 23 luglio 1952, n. 2322, *ivi*, 1952, voce cit., n. 378; Cass., 22 aprile 1950, n. 1078, *ivi*, 1950, voce cit., n. 440.

⁶ Già la Relazione del Guardasigilli al Codice Civile (n. 589) riconduce l'accollo al contratto a favore di terzo. In giurisprudenza, fra le prime pronunce si v. Cass., 3 agosto 1942, n. 2391, in *Foro it. Rep.*, 1942, voce *Obbl. e contr.*, n. 431; Cass., 5 aprile 1949, n. 790, *ivi*, 1949, voce cit., n. 368, Cass., 22 aprile 1950, n. 1070, *ivi*, 1950, voce cit., n. 440; Cass., 15 giugno 1960, n. 1578, *ivi*, 1960, voce cit., n. 166; fra le più recenti: Cass., 8 febbraio 2012, n. 1758, in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Obbl. in gen.*, n. 77; Cass., 24 maggio 2004, n. 9982, in *Foro it.*, 2004, I, 304 ss.; in *Corr. giur.* 2004, 1173 ss., con nota di A. PALMA; in *Guida al dir.*, 2004, fasc. 24, 41 ss., con nota di G. BRUNO; in *Dir. e giustizia* 2004, fasc. 26, 24 ss., con nota di P. PERINU; in *Contratti*, 2005, 253 ss., con nota di M. PECORARO; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 523 ss., con nota di R. D'ANDREA, in *Riv. Not.* 2005, 322 ss., con nota di M. MANULI; Cass., 11 aprile 2000, n. 4604, in *Foro it. Rep.*, 2000, voce *Obbl. in gen.*, nn. 57-58; Cass., 9 agosto 1996, n. 6936; Cass., 23 febbraio 1979, n. 1217, in *Foro it. Rep.*, 1979, voce *Fallimento*, n. 373; voce *Obbl. in gen.*, n. 54.; in dottrina, v. E. BETTI, *op. cit.*, 106 ss.; C. M. BIANCA, *L'obbligazione*, in *Trattato di diritto civile*, Milano, 2019, 3^a ed., 677 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato Iudica Zatti*, Milano, 1991, 835 ss.; E. BRIGANTI, in D. VALENTINO – E. BRIGANTI, *Le vicende dell'obbligazione, La circolazione del credito e del debito*, in P. PERLINGIERI, *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2007, 343 ss.; G. F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 3; R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi sull'obbligazione e le sue vicende*, Napoli, 2001, 81 ss.; ID., in *Recensione a Rescigno, Studi Sull'accollo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1420 ss.; D. FARACE, in CUFFARO, *Delle obbligazioni*, in GABRIELLI, *Commentario del codice civile*, Torino, 2012, 927 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *L'accollo nella recente dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1123 ss.; G. SACCO, *Delegazione, espromissione e accollo*, art. 1269-1276, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2011, 98 ss.; U. LA PORTA, *L'assunzione del debito altrui*, in

un'autorevole⁷ e fortemente controversa dottrina si sia espressa diversamente. Secondo tale dottrina, l'accollo è un negozio autonomo dotato di causa propria, consistente nell'assunzione di un debito altrui⁸. Esso avrebbe come funzione principale liberare l'accollato dal peso del debito nei confronti dell'accollatario. Il vantaggio che l'accollatario riceve dall'accollo esterno sarebbe secondo questa prospettiva meramente accidentale, tant'è che si richiede l'accettazione del terzo. Non è quindi sorprendente che questa dottrina ricostruisca la figura dell'accollo a partire dall'accollo interno, che viene da essa considerato il vero e proprio contratto di accollo. Il rapporto fra il terzo creditore e l'accollato sarebbe di conseguenza un negozio a sé, in sostanza un'espromissione, che è il mezzo con cui l'accollante adempie al contratto di accollo stipulato con l'accollato.

I critici⁹ di questa impostazione, negano che l'accollo possa essere considerato un contratto autonomo dotato di causa propria¹⁰. L'accollo è infatti sempre funzionale alla realizzazione, almeno parziale, di un assetto di interessi complesso, di cui quello descritto dalla dottrina minoritaria sarebbe solo un caso fra molti. Ciò si comprende facilmente se si pensa al caso classico di accollo, sicuramente considerato dal legislatore nel dettarne la disciplina: l'accollo di un mutuo contratto per l'acquisto di un immobile. Tale accollo si innesta spesso nell'ambito di un contratto di compravendita dell'immobile gravato da mutuo. L'acquirente si accolla l'estinzione del mutuo e la cifra corrispondente viene decurtata dal prezzo. È chiaro come qui l'accollo non sia affatto un contratto autonomo, ma sia anzi una pattuizione (una vera e propria clausola) causalmente dipendente dal

CICU – MESSINEO, *Trattato di dritto civile e commerciale*, Milano, 2009; P. LAZZARA, *Accollo e liberazione del debitore originario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1296 ss.; U. MAJELLO, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, *Contratto a favore del terzo*, IV, Torino, 1989, 248 ss.; ID., *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, 4^a ed., Napoli, 1962, 103 ss.; T. MATERIA, *L'accollo*, in N. LIPARI – P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, III, Milano, 2009, 384 ss.; R. SACCO, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Obbligazioni e Contratti*, II, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, X, Torino, 2018, 493 ss.

⁷ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 1 ss.

⁸ In precedenza si era espresso a favore dell'autonomia negoziale dell'accollo anche R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., 279 ss.

⁹ R. CICALA, *Recensione a Rescigno*, cit., 1420 ss.; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit., 103 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1131; P. SCHLESINGER, *Recensione a Rescigno*, *Studi sull'Accollo*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 648 ss.; per una ricostruzione recente si v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 211 ss. e 223 ss.

¹⁰ P. SCHLESINGER, *Recensione*, cit., 653: «lungi dal costituire un autonomo tipo negoziale, l'accollo può in concreto assumere la configurazione di una donazione (assunzione del debito altrui animo liberalità), di un contratto di scambio (assunzione del debito altrui come corrispettivo di una controprestazione), di un contratto di mandato (assunzione del debito con obbligo a carico del mandante di somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato)».

contratto di compravendita. In modo simile si può ragionare quando l'accollo sia frutto di un atto di liberalità. In tal caso, infatti, l'accollo non è altro che il mezzo di realizzazione dell'atto di liberalità, che ha causa nello spirito di liberalità¹¹. Secondo i critici, dunque, l'accollo non avrebbe una propria autonomia, ma sarebbe sempre accessorio a un'altra pattuizione, cui si può fare esplicito riferimento o meno.

Si possono trarre elementi a favore dell'appartenenza dell'accollo al genere del contratto a favore di terzi dal valore da attribuire alla dichiarazione del creditore. Secondo alcuni orientamenti il perfezionamento dell'accollo avviene solo una volta che sia intervenuta l'accettazione del creditore. Si nota, tuttavia, che l'adesione del creditore non è affatto condizione di esistenza del negozio. Essa ha come unico effetto quello di rendere irrevocabile la stipulazione in favore del creditore e i diritti con essa assegnati¹². Per arrivare a tale conclusione, basta applicare le norme sul contratto a favore di terzi. Non si possono che condividere le parole di Bianca¹³, che afferma: «L'obbligazione dell'assuntore non richiede un atto di consenso del creditore. L'adesione di quest'ultimo non attiene alla perfezione dell'accollo, e vale solo a rendere irrevocabile la stipulazione a suo favore». Secondo questo autore, tuttavia, non si può considerare contratto a favore di terzi l'accollo liberatorio, perché esso implica un effetto sfavorevole per il creditore. Tale rilievo non pare però condivisibile, considerato che spesso i contratti a favore di terzo implicano svantaggi per il terzo beneficiario, che può sempre rifiutare la stipulazione qualora non sia convinto della convenienza dell'operazione. Bianca sembra aderire alla teoria per cui in caso di accollo liberatorio è sempre necessaria l'approvazione del creditore. La sua impostazione dipende probabilmente dal fatto che egli condivida la c.d. teoria dispositiva, teoria espressamente accolta dal codice tedesco con riferimento alla figura, là prevista, dell'assunzione di debito (*Schuldübernahme*)¹⁴. In diritto tedesco regola infatti il solo accollo esterno liberatorio e di conseguenza ritiene sempre necessaria la ratifica del creditore. Il paragrafo 415 del BGB¹⁵ prevede che l'accollo

¹¹ Nel caso in cui l'accollo realizzi una donazione, ne dovrà rispettare la forma. Cfr. in tal senso Cass., 30 marzo 2006, n. 7507, in *Vita not.* 2007, 188.

¹² V. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 270, per cui la dichiarazione del creditore non contribuisce al perfezionarsi dell'accollo, «ma solo a fissare definitivamente uno dei suoi effetti giuridici, che era destinato a proiettarsi all'esterno». V. anche L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1133 ss.; P. LAZZARA, *op. cit.*, 1306 ss.

¹³ C. M. BIANCA, *op. cit.*, 677 e 678.

¹⁴ Par. 415 BGB: *Dispositivtheorie* o *Verfügungstheorie*, come la chiamava F. REGELSBERGER, in *Jherings Jahrbücher*, XXXIX (1898), 704 ss.

¹⁵ «(1) Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab. Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem

abbia effetto solo in seguito ad autorizzazione da parte del creditore (v. anche par. 185 BGB), non essendo il debitore autorizzato a disporre di un diritto (il credito) altrui. In modo simile al diritto italiano, in mancanza di ratifica da parte del creditore il negozio continua a produrre effetti fra accollante e accollato, diventando un acollo interno.

Anche la dottrina minoritaria, che ritiene che l'acollo non sia un contratto a favore di terzo o un contratto dispositivo di un diritto altrui¹⁶, bensì un contratto plurilaterale aperto all'accettazione del creditore, ha avuto la sua prima elaborazione in Germania. Essa nasce con il nome di *Angebots-theorie*, ovvero teoria dell'offerta¹⁷, in quanto l'accordo fra l'accollante e l'accollato darebbe luogo ad una proposta contrattuale rivolta al creditore. La teoria dell'offerta attribuisce all'adesione del creditore carattere costitutivo, con la principale conseguenza che l'acollo si perfezionerebbe solo a seguito di tale intervento. L'idea va tuttavia respinta. Nell'acollo cumulativo va esclusa perché l'obbligazione dell'accollante prescinde dall'adesione del creditore. Nell'acollo liberatorio, pur essendo vero che l'adesione del creditore si rende necessaria, essa non lo rende certo parte del contratto. Egli rimane estraneo ai reciproci obblighi assunti dalle parti e si limita ad accertare il mutamento della persona del debitore¹⁸.

In definitiva è preferibile la tesi che considera l'acollo esterno, sia esso cumulativo o liberatorio, un contratto a favore di terzi. Tale impostazione non solo è conforme al dettato legislativo, ma evita una serie di limiti ed equivoci che caratterizzano le tesi concorrenti. L'accollatario acquista il suo diritto per l'effetto della stipulazione in suo favore fra accollato e accollante, da cui il suo diritto è causalmente dipendente. Anche la disciplina delle

Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat. Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben.

(2) Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt. Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablauf der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert.

(3) Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert.»

¹⁶ P. RESCIGNO, *Studi sull'acollo*, cit., 184: l'acollo non è affatto un negozio dispositivo, è soltanto un negozio obbligatorio, che tende a fondare il rapporto fra creditore e terzo.

¹⁷ V. BLUME, *Novation, Delegation und Schuldübertragung*, Göttingen, 1895, 101; *Jherings Jahrbücher*, XXXIX, Jena, 1898, 416, il quale ravvisava il fulcro dell'operazione diretta alla liberazione del debitore nell'accordo tra creditore e assuntore e intendeva quest'ultimo il vero autore dell'offerta. In Italia aderiscono alla teoria dell'offerta P. Rescigno, *Studi sull'acollo*, cit., 1 ss. e FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 2011, 1 ss..

¹⁸ L'accollatario è estraneo agli obblighi fiscali gravanti sulle parti.

eccezioni, che verrà esaminata nel prossimo paragrafo, conferma che l'accollo è un contratto a favore di terzi.

Prima di passare al regime delle eccezioni, bisogna esaminare l'accollo interno. A differenza dell'accollo esterno, l'accollo interno – una figura di elaborazione dottrina¹⁹ – non attribuisce alcun diritto al creditore e produce i suoi effetti esclusivamente nei rapporti fra accollato e accollante. Il creditore può addirittura rimanere del tutto all'oscuro del negozio di accollo, con la conseguenza, fra le altre cose, che l'accollo interno è sempre revocabile dal momento che non attribuisce alcun diritto al creditore²⁰. Le caratteristiche dell'accollo interno sono tali che in dottrina vi è chi ritiene che rispetto ad esso non si possa parlare di assunzione del debito altrui²¹. L'assenza di rilevanza esterna esclude, infatti, che l'accollo interno produca modificazione soggettiva passiva del rapporto obbligatorio rispetto al creditore. Senza entrare nel merito di queste teorie, pare da condividere l'opinione per cui l'accollo interno comunque appartiene al genere accollo. Ciò perché, in applicazione del terzo comma dell'art. 1411 c.c., l'accollo rifiutato o non accettato dal creditore continua a produrre effetti a vantaggio dello stipulante, che qui è l'accollato²². L'obbligazione assunta dall'accollante consiste nel tenere indenne il debitore originario e la prestazione può essere

¹⁹V. anche G. F. CAMPOBASSO, voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1; R. CICALA, voce *Accollo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 282 ss.; MANCINI, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Obbligazioni e contratti*, I, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984, 422; P. RESCIGNO, voce *Accollo*, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, I, Torino, 1987, 41. In dottrina vi è anche chi è critico rispetto all'appartenenza dell'accollo interno al genere "accollo". Secondo tale dottrina l'accollo interno non ha alcun contatto con espromissione e delegazione perché non comporta modificazione del soggetto del rapporto giuridico originario. I suoi effetti si esauriscono infatti nei rapporti fra accollato e accollante. Il primo (con riguardo al codice civile previgente) a esprimersi in tal senso è stato M. GIORGI, in *Teoria delle obbligazioni*, VI, Firenze, 1883, 58. Sulle origini dell'accollo interno nel diritto comune si v. E. BETTI, *op. cit.*, 104 ss.

²⁰ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Accollo*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 43. Non è escluso che però l'accollatario possa agire verso l'accollante in via surrogatoria ex art. 2900, come tradizionalmente si riteneva già sotto l'impero del vecchio codice civile: così N. COVIELLO, *Della successione ne' debiti a titolo particolare*, in *Arch. giur.*, 1896, 42 o tramite cessione della relativa azione da parte del debitore, R. DE RUGGIERO, voce *Accollo*, in *Diz. pratico del dir. priv.*, I, Milano, s.d., 10 ss. Infine, vi è chi anche in questo caso ritiene ammissibile l'adesione del creditore, v. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 29^a ed., Padova, 1988, 588.

²¹ Sulle applicazioni del meccanismo dell'art. 1411, comma 3, c.c. all'accollo si v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 205;

²² Tale opinione, che è piuttosto diffusa, ha le sue radici in P. RESCIGNO, *L'accollo semplice*, in *Banca*, 1957, I, 325 ss., per cui anche l'accollo esterno produce effetti meramente economici fino a quando non interviene l'accettazione del creditore. Cfr. anche U. LA PORTA, *op. cit.*, 296 ss.

adempita in tre diversi modi²³. In primo luogo l'accollante può adempiere saldando il debito direttamente nelle mani del creditore per conto dell'accollato, in qualità di terzo adempiente *ex art.* 1180 c.c.; in secondo luogo l'accollante può fornire all'accollato i mezzi necessari al suo adempimento nei confronti del creditore; infine, l'obbligazione dell'accollato può consistere nel reintegrare l'accollato di quanto prestato nei confronti del creditore.

1.2. – L'art. 1273, comma 4, c.c., prevede che l'accollante sia obbligato verso l'accollatario «nei limiti in cui ha assunto il debito» e che possa opporre all'accollatario «le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta», ovvero quelle eccezioni che rispetto a tale contratto egli avrebbe potuto opporre all'accollato. Egli può quindi eccepire l'invalidità e l'annullabilità dell'accollo, giovandosi dei rimedi contrattuali contro l'inadempimento dell'accollato²⁴ e far valere le clausole del contratto di accollo, nei limiti del quale egli è obbligato²⁵. Ciò significa che l'accollante può delimitare attentamente la sua obbligazione, ampliando il numero di eccezioni opponibili all'accollatario, che ne terrà conto quando deciderà se aderire o meno alla stipulazione²⁶.

²³ Cfr. Cass., 1 agosto 1996, n. 6936; Cass., 26 agosto 1997, n. 8044; Cass., 11 aprile 2000, n. 4604; Cass., 20 settembre 2002, n. 13746, in *Danno e resp.*, 2003, 399 ss..

²⁴ Cfr. U. LA PORTA, *op. cit.*, 249 ss. Tale autore conclude per l'inopponibilità all'accollatario dell'eccezione fondata sull'inadempimento dell'accollatario, mentre ritiene opponibile l'eccezione di avvenuta risoluzione del contratto. In giurisprudenza cfr. Cass., 29 luglio 2011, n. 16733, *Foro it. Rep.*, 2011, voce *Obbl. in gen.*, n. 66, che rispetto all'accollo liberatorio afferma che al venir meno del contratto base fra accollante e accollato a causa di un inadempimento, si ha reviviscenza del rapporto originale. L'accollante potrà rivalersi sull'accollato delle somme oggetto di accollo solo qualora abbia già eseguito la sua prestazione verso l'accollatario.

²⁵ Si noti che il codice tedesco dichiara al contrario inopponibili le eccezioni relative al rapporto accollante- accollato (par. 417). Con ciò il codice tedesco rispecchia una posizione che aveva già riscontro in F. REGELSBERGER, in *Archiv der civilistische Praxis*, LXVII, 1884, 31, il quale però ammetteva la rilevanza della nullità del contratto in base al quale il nuovo debitore si obbliga dal momento che il nuovo vincolo ha fonte proprio in tale contratto.

²⁶ Per un esempio pratico di cosa ciò significhi si v. Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, in *Foro it. Rep.*, 2008, voce *Credito Fondiario*, n. 11, la cui massima recita: «Il frazionamento del mutuo fondiario, in quanto atto unilaterale di rinuncia all'indivisibilità dell'ipoteca, avente carattere dichiarativo, non può costituire fonte di nuove obbligazioni per il terzo acquirente che non vi abbia partecipato, il quale rimane obbligato nei confronti del mutuante nei limiti in cui si è accollato il debito, e può opporre al creditore le eccezioni fondate sul contratto in base al quale l'assunzione è avvenuta. Ne consegue l'illegittimità della suddivisione che non abbia rispettato le quote di accollo pattuite dal mutuatario con i terzi acquirenti, aumentandone l'ammontare».

L'accollante può inoltre opporre al creditore le eccezioni che a quest'ultimo potrebbe o avrebbe potuto opporre il debitore originario²⁷. Ciò non è previsto espressamente dalla disciplina normativa, ma si desume dal contenuto stesso dell'accollo quale contratto col quale una parte assume la posizione debitoria dell'altra quanto meno nei rapporti interni fra accollato e accollante. Aggravare la posizione debitoria uscirebbe da tale contenuto²⁸.

L'accollante non può opporre all'accollatario le eccezioni personali del debitore originale, né quelle basate su fatti sopravvenuti all'accollo, né può opporgli in compensazione i crediti del debitore originario verso l'accollatario (salvo che vi sia stata assunzione generica di debiti)²⁹.

Tradizionalmente si afferma che l'opponibilità da parte dell'accollante nei confronti dell'accollatario delle eccezioni che avrebbe potuto opporre l'accollato, deriva dall'applicazione analogica delle norme sull'espromissione (art. 1272, comma 3, c.c.). In realtà il vero motivo è un altro, ben sintetizzato da La Porta³⁰. Questo autore afferma che «L'accollante, in quanto successore per trasferimento del debitore originario, subentra nella sua stessa situazione soggettiva passiva verso il creditore, al quale può opporre tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre l'accollato oltre alle eccezioni di cui all'art. 1273, ult. comma, c.c.». Insomma, è il fatto di essere successore del debitore a permettere all'accollante di opporre all'accollatario le eccezioni che sarebbero state opponibili dall'accollato.

Infine, l'accollante non può opporre all'accollatario eccezioni riguardanti altri rapporti intercorrenti fra lui e l'accollato. In primo luogo non può perché il codice parla di eccezioni fondate sul contratto di assunzione. Se ciò non bastasse, troverebbe comunque applicazione l'art. 1413 c.c., che prevede l'inopponibilità da parte del promittente delle eccezioni «fondate su altri rapporti tra promittente e stipulante». Il terzo non può infatti informarsi su tali rapporti³¹. Ovviamente le eccezioni derivanti da altri rapporti fra accollato e accollante potranno essere opposte

²⁷ L. DISTASO, *Modificazioni soggettive ed oggettive dell'obbligazione*, in *Banca*, 1967, I, 581; A. MANCINI, *Delegazione, espromissione e accollo*, in *Obbligazioni e contratti*, I, in P. RESCIGNO, *Trattato di diritto privato*, IX, 2ª ed., Torino, 1999, 427.

²⁸ In modo analogo già C. M. BIANCA, *op. cit.*, 682, che giustificava l'opponibilità all'accollatario tanto delle eccezioni derivanti dal rapporto di provvista, quanto di quelle derivanti dal rapporto di valuta, dicendo che «una più grave posizione debitoria andrebbe al di là» del contenuto dell'accollo.

²⁹ P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 161 ss., è dell'avviso che l'opponibilità delle eccezioni derivanti dal rapporto di provvista e da quello di valuta dovrebbe essere stabilita convenzionalmente. L'art. 1273, comma 4, c.c. avrebbe l'unica funzione di rendere opponibili all'accollatario i vizi del volere e l'incapacità che invalidino il rapporto fra accollato e accollante.

³⁰ U. LA PORTA, *op. cit.*, 265.

³¹ L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1140.

all'accollatario se ciò è stato espressamente previsto dall'accollo cui l'accollatario ha aderito. In tal caso, infatti, egli ha aderito all'accollo conoscendone i limiti.

2. – Chiarito qual è la tesi che si accetta come valida quanto alla natura dell'accollo, si può ora accennare alla compensazione limitandosi alla sola disciplina codicistica. Ciò sarà sufficiente per perseguire l'obiettivo che qui ci si prefigge, ovvero esaminare alcune fra le numerose tematiche connesse all'eventualità che uno fra accollante e accollato voglia opporre la compensazione alla sua controparte o all'accollatario³².

La compensazione è regolata tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento. Pur non essendo adempimento, essa comporta soddisfazione dell'interesse del creditore, che consegue tramite la compensazione ciò che a lui spetta, nei limiti in cui la compensazione estingue il credito.

Il codice civile, agli articoli 1243 e seguenti, detta tre ipotesi di compensazione fra crediti e debiti reciproci. La prima ipotesi è quella della compensazione legale. Essa necessita di tre requisiti per poter operare: il credito deve avere ad oggetto denaro o altre cose fungibili appartenenti allo stesso genere e deve essere liquido ed esigibile. La compensazione legale può essere invocata nel corso del giudizio, oppure, in presenza di determinati requisiti, stragiudizialmente. La compensazione legale viene considerata un diritto potestativo e la sentenza che ne accerti l'operare è una sentenza dichiarativa.

La seconda ipotesi di compensazione è quella giudiziale. Essa opera quando il credito, certo ed esigibile, non sia liquido ma sia di «pronta e facile» liquidazione. La pronuncia giudiziale avrà in tal caso valore costitutivo.

L'ultima ipotesi codicistica è quella della compensazione volontaria. Essa permette alle parti di accordarsi per la compensazione di crediti reciproci, anche in assenza di tutti e tre i requisiti codicistici.

È opportuno soffermarsi rapidamente sulla reciprocità. La reciprocità, più che essere un requisito della compensazione, è un suo vero e proprio presupposto. L'art. 1241 si riferisce infatti al caso in cui "due persone sono obbligata l'una verso l'altra". Sul significato di reciprocità non vi è tuttavia unanimità fra gli interpreti: alcuni ritengono che sia sufficiente la dualità di patrimoni, potendo il credito e il debito appartenere a due patrimoni distinti dello stesso soggetto³³; altri sostengono invece che vi debba essere diversità

³² L'analisi non ha pretese di completezza, ma intende aprire nuovi spunti di riflessione per gli interpreti.

³³ P. PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1988, 258 ss.; A.

tanto dei soggetti, quanto dei patrimoni³⁴. La giurisprudenza ha optato per la seconda tesi³⁵.

3. – Fatte tutte queste premesse si possono ora considerare i rapporti fra i due istituti. Come si vedrà fin da subito essi sono assai complicati e sono ancora numerosi gli aspetti non esaminati dagli interpreti.

3.1. – Il primo caso è quello della compensazione fra un credito dell'accollato e un credito dell'accollatario. Essa è sicuramente sempre possibile, dal momento che, come il pagamento del debitore, realizza l'interesse del creditore e libera il debitore nei confronti del creditore: quindi, la compensazione soddisfa in questo caso ogni funzione concettualmente attribuibile all'accollo. Alcuni problemi si potrebbero tuttavia porre con riguardo ai rapporti fra accollante e accollato. Può infatti accadere che l'accollante abbia interesse a estinguere il credito dell'accollatario, eventualmente tramite compensazione (sul tema della compensazione dei controcrediti dell'accollante nei confronti dell'accollatario, v. anche *infra*). Si pensi per esempio al caso in cui l'accollante, debitore nei confronti dell'accollato di 100, si accolli un debito di pari ammontare dell'accollato nei confronti dell'accollatario. Si immagini poi che l'accollante abbia un controcredito sempre pari a 100 nei confronti dell'accollatario e che quest'ultimo sia un soggetto economicamente poco affidabile. In tal caso l'accollante ha sicuramente interesse all'esecuzione dell'accollo, vale a dire a pagare (sia pure per mezzo della compensazione). Egli, infatti, vedrebbe interamente realizzato il suo proprio credito nei confronti dell'accollatario e al contempo estinguerebbe il suo debito nei confronti dell'accollato. Se però l'accollato estinguesse il suo debito nei confronti dell'accollatario in modo autonomo, malgrado l'accollo, l'accollante resterebbe deluso nella misura in cui resterebbe creditore dell'accollatario insolvente senza ottenere alcun vantaggio dall'accollo. Tuttavia, l'interesse dell'accollante a conseguire un vantaggio tramite l'accollo non appartiene alla funzione tipica dell'accollo, che non realizza di per sé un interesse dell'accollante: necessariamente, se l'accollante intende soddisfare l'interesse a compensare un suo ipotetico controcredito nei confronti dell'accollatario, deve proteggere questo suo interesse con un'apposita clausola del contratto di accollo. Tale clausola, ovviamente, vincola il debitore accollato, ma non il creditore accollatario

ZACCARIA, *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e discipline di attuazione*, Torino, 1994, 64 e 65.

³⁴ M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996, 223; M. FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 109 e ss.

³⁵ Questo orientamento è consolidato almeno a partire da Cass., 27 maggio 1960, n. 1371, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1601, con rarissime pronunce in senso opposto.

(indipendentemente dal fatto che l'accollante possa opporgli un proprio controcredito in compensazione, su cui v. oltre). Perché il creditore sia vincolato dalla pattuizione che obbliga l'accollato a non pagare il creditore per permettere all'accollante di compensare il suo controcredito verso il creditore accollatario, occorre che questi partecipi al contratto come contraente. La mera dichiarazione del creditore di voler approfittare dell'accollo ai sensi dell'art. 1411 c.c. non potrebbe considerarsi sufficiente, poiché il terzo, per effetto di essa, rende irrevocabile la promessa, senza per questo assumere la posizione di contraente.

Tornando all'ipotesi contemplata sopra, supponiamo ora che l'accollato (in violazione della clausola attributiva del diritto ad adempiere all'accollante) abbia compensato il debito con un suo controcredito, ma che l'accollante esegua comunque il pagamento. In tal caso, ricorrerebbe la fattispecie oggettiva della restituzione dell'indebito. Quale sia il soggetto cui spetta l'azione è però dubbio. Per risolvere la questione è opportuno procedere per gradi e per categorizzazioni. Per prima cosa bisogna distinguere il caso dell'accollo interno da quello dell'accollo esterno.

In caso di accollo interno bisogna ulteriormente distinguere tre ipotesi, tenendo sempre presente che vi sia espressa clausola che costituisca un diritto ad adempiere in capo all'accollante.

Nella prima, l'accollante è ignaro del fatto che il debitore originario abbia già adempiuto personalmente, tramite compensazione. In questo caso, che è identico a quello in cui il debitore originario abbia adempiuto nelle mani del creditore all'insaputa dell'accollante, la legittimazione alla restituzione dell'indebito spetterebbe al debitore originario. Egli, infatti, pur sapendo che ad adempiere avrebbe dovuto essere l'accollante, ha adempiuto verso l'accollatario. Se dunque l'accollante, ignaro dell'infedeltà dell'accollato, dovesse adempiere a sua volta nei confronti dell'accollatario, potrà comunque far valere le sue pretese nei confronti dell'accollato nei termini del contratto di accollo e sarà l'accollato ad avere l'azione di ripetizione dell'indebito nei confronti del creditore soddisfatto due volte. Nel caso in cui invece l'accollante sia al corrente dell'adempimento ovvero dell'estinzione del debito tramite compensazione da parte dell'accollato, la questione si fa più complicata. Se da un lato parrebbe equo che a subire il rischio della mancata restituzione sia chi era consapevole di eseguire una prestazione non dovuta, dall'altro parrebbe giusto che a subire tale rischio sia chi ha vanificato il diritto all'adempimento della sua controparte contrattuale. Qualsiasi tentativo di soluzione in questo caso si espone a ovvie critiche. Chi scrive preferisce però sostenere che a subire il rischio della mancata restituzione sia il soggetto che avrebbe potuto evitare tale rischio, ovvero l'accollante. Egli avrà comunque diritto al risarcimento del

danno (secondo criteri che verranno illustrati più avanti) nei confronti del contraente infedele.

La seconda ipotesi è quella in cui l'accollante fornisca all'accollato i mezzi necessari per l'adempimento. In tal caso, non si pone alcun problema: l'accollante, se non ha ancora adempiuto, dovrebbe limitarsi a non adempiere, mentre se ha già adempiuto potrebbe scegliere se rivolgere le sue pretese all'accollato (secondo il contratto di accollo) o ripetere quanto prestato. Anche tornando al caso del controcredito dell'accollante nei confronti dell'accollatario non si pongono problemi. L'accollante potrà mantenere il suo credito nei confronti dell'accollatario o costringere l'accollato all'esecuzione del contratto. In questo caso l'accollante potrà cedere all'accollato il suo credito nei confronti dell'accollatario e pretendere l'esecuzione del contratto di accollo.

L'ultimo scenario possibile è quello in cui l'accollante si sia impegnato a tenere indenne l'accollato di quanto prestato al creditore. In tal caso il problema non esiste nemmeno, poiché ciò significa che il contratto è stato eseguito correttamente: l'accollato ha pagato il creditore e ora l'accollante deve tenerlo indenne.

Passando al caso dell'accollo esterno, si deve distinguere l'ipotesi dell'accollo cumulativo da quella dell'accollo liberatorio.

Nulla quaestio sull'accollo liberatorio. In questa fattispecie, il debitore originario non è più legato in alcun modo al creditore originario e non può dunque eseguire la prestazione in luogo del nuovo debitore. Se ciò avvenisse, il nuovo debitore avrebbe tutto il diritto di eseguire l'accollo e di pretenderne l'esecuzione da parte dell'accollato. Nel caso l'accollato rimanesse inadempiente nei suoi confronti, l'accollante potrà inoltre esercitare azione surrogatoria per la ripetizione dell'indebito nei confronti dell'accollatario, che ha ricevuto una prestazione non dovuta (come del resto potrebbe fare qualunque altro creditore del debitore originario) e potrà inoltre invocarne la mala fede.

Il discorso si fa più difficile quando l'accollo è cumulativo. In tale fattispecie il creditore, non avendo liberato il debitore originario, può indifferentemente ricevere dall'uno o dall'altro debitore. Il suo unico limite potrebbe essere il dover prima escutere il nuovo debitore e solo successivamente il debitore originario³⁶. In dottrina sono però state fatte

³⁶ Sull'argomento si v. U. BRECCIA, *op. cit.*, 838; R. CICALA, *Accollo*, cit., 288 ss. ID., *Negoziato di cessione del contratto*, Napoli, 1962, 211 ss.; G. F. CAMPOBASSO, *Obbligazione cambiaria e solidarietà diseguale*, Napoli, 1904, 246 ss.; ID., voce *Accollo*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 5 ss.; U. LA PORTA, *op. cit.*, 17 ss., 207 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, 1148 ss., nota 87; U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzo*, cit., 209 e 199, nota 22; P. RESCIGNO, *Studi sull'accollo*, cit., 63 ss., che sostiene che anche all'accollo si applichi l'art. 1268, comma 2, c.c.; D. RUBINO, *Delle obbligazioni*, in A.

alcune precisazioni in merito. Vi è chi, tramite un'argomentazione basata sulla possibilità di coesistenza fra sussidiarietà e solidarietà³⁷, ha chiarito come la sussidiarietà possa essere disposta solo per legge o per espresso accordo fra le parti. Nel caso dell'accollo è la sussidiarietà a essere conseguenza dell'adesione del creditore, non l'efficacia dell'accollo³⁸. In caso di accollo esterno cumulativo, dunque il creditore, in mancanza di espressa accettazione dell'accollo, può scegliere a quale debitore rivolgersi. Il creditore potrà inoltre sempre rifiutare l'assunzione del debito. In definitiva, il creditore, in mancanza di espressa adesione all'accollo, non ha vincoli di preventiva richiesta, ma può comunque invocare gli effetti della stipulazione³⁹. In senso conforme si v. la sentenza della Corte di cassazione n. 1758 del 2012⁴⁰, in cui la Corte ha affermato che in mancanza di accettazione non si ha degradazione a sussidiaria dell'obbligazione del debitore originario. Se dunque il debitore originario volesse adempiere spontaneamente, non vi sarebbe nulla che impedirebbe al creditore di ricevere la prestazione: la solidarietà è infatti una garanzia del creditore e non un ostacolo. Il problema a questo punto si porrebbe solo nei rapporti fra il debitore originario e il nuovo debitore. Come si è visto, infatti, può esservi un forte interesse dell'accollante all'esecuzione dell'accollo. A questo punto si potrebbe fare una differenza fra il caso in cui tale interesse sia noto al debitore originario, che lo frustra scientemente e il caso in cui tale interesse non sia noto al debitore originario, che adempia in buona fede. La distinzione sarebbe inutile se fosse stato pattuito tra accollante e accollatario il diritto del primo di eseguire l'accollo. A ogni modo, in mancanza di

SCIALOJA – G. BRANCA, *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1957, sub art. 1292, 135-136; G. TAMBURRINO, *Appunti sull'art. 1273 c.c.*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, 246 ss., nota a Cass., 19 maggio 1951, n. 1260; *contra* U. STEFINI, *Obbligazioni solidali a interesse unisoggettivo e sussidiarietà*, in *Contratto impr.*, 2014, I, 266 ss.; *La solidarietà nella delegazione, nell'espromissione e nell'accollo cumulativi*, in *Contratto impr.*, 2014, I, 674 ss. Fortemente contrario alla degradazione a sussidiaria dell'obbligazione dell'accollato nell'accollo cumulativo F. MESSINEO, *op. cit.*, 238-239.

³⁷ Secondo tale autore esse possono coesistere quando si è in presenza di *beneficium ordinis* e non di *beneficium excussionis*.

³⁸ L'efficacia (esterna) dell'accollo è però esclusa da un espresso rifiuto del creditore accollatario.

³⁹ Per un'attenta ricostruzione sui motivi per cui l'adesione del creditore non sia elemento perfezionativo del contratto di accollo, si v. U. LA PORTA, *op. cit.*, 213 ss.

⁴⁰ Sentenza 8 febbraio 2012, n. 1758 in *Foro it. Rep.*, 2012, voce *Obbl. in gen.*, n. 77. La Suprema Corte si era espressa diversamente con le sentenze 9982 del 24 maggio 2004 e 4482 del 24 febbraio 2010, in cui aveva affermato che per il perfezionarsi dell'accollo esterno è necessario che intervenga l'accettazione del creditore. In entrambe le sentenze, la Corte ha ritenuto che in caso di accettazione si applichi per analogia l'art. 1268, comma 2, c.c., con conseguente imposizione al creditore del *beneficium ordinis*.

espressa pattuizione l'unico rimedio a disposizione dell'accollante sarebbe probabilmente solo risarcitorio e avrebbe fonte nella violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto.

In definitiva si ritiene che, una volta stipulato il contratto di acollo con clausola che attribuisca all'accollante il diritto di eseguire l'acollo, l'accollato non possa estinguere il suo debito nei confronti dell'accollatario senza il consenso dell'accollante. Nel caso lo faccia, sarà responsabile nei confronti dell'accollante.

3.2. – Esaurita questa prima parte di discussione, si può ora passare al caso in cui a voler opporre in compensazione un credito dell'accollato sia l'accollante. Questa ipotesi è quella considerata e regolata dall'art. 1272, comma 3, c.c. con riferimento all'espromissione (il terzo può opporre al creditore «le eccezioni che al creditore avrebbe potuto opporre il debitore originario, se non sono personali a quest'ultimo e non derivano da fatti successivi all'espromissione. Non può opporgli la compensazione che avrebbe potuto opporre il debitore originario, quantunque si sia verificata prima dell'espromissione»). Tale articolo, che (come si ripete) è stato dettato in tema di espromissione, si applicherebbe tuttavia anche all'acollo o per analogia, o perché (come ritiene Rescigno) l'acollo vale nei confronti del creditore come un'espromissione⁴¹. Il caso previsto dall'art. 1272, comma 3, c.c. è una delle ipotesi di incompetibilità dovuta a mancanza di reciprocità dei crediti e, quindi, di identità dei soggetti i cui crediti dovrebbero estinguersi. A risultati analoghi si perviene peraltro anche rigettando la tesi dell'applicazione analogica e adottando la tesi per cui l'opponibilità delle eccezioni derivanti dal rapporto di valuta dipenda dall'avvenuta successione "interna" nel debito⁴². Ciò perché il riferimento al rapporto di valuta permette solo di far valere eccezioni derivanti da tale rapporto e non anche eccezioni ad esso estranee, come la compensazione⁴³. Del resto, anche la *ratio* dell'art. 1272, comma 3, c.c. non ha nulla a che vedere con ragioni logiche o sistematiche, ma discende da una valutazione di praticità: se si ragionasse diversamente si ammetterebbe che un soggetto possa disporre di un diritto altrui per estinguere una sua obbligazione.

Problemi di raccordo sono stati evidenziati da alcuni autori che hanno notato come l'espromittente sia un obbligato solidale. Da ciò si potrebbe dedurre l'applicabilità dell'art. 1302 c.c., che permette a ciascuno dei co-

⁴¹ In tal senso, per primo, U. NATOLI, *In tema di compensazione legale*, in *Foro it.*, 1948, IV, 63 ss.. In senso opposto si v. Cass., 2 dicembre 1993, n. 11956, in *Riv. dir. comm.*, 1994, 195 ss. e in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1794 ss.

⁴² Si v. il paragrafo 1.2.

⁴³ P. SCHLESINGER, voce *Compensazione*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1952, 728 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Compensazione*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 25.

obbligati solidali di opporre in compensazione al creditore comune un controcredito di un altro condebitore. Secondo Ragusa-Maggiore⁴⁴ il contrasto risulta ancor più evidente se si considera che l'espromittente, come debitore in solido e di regola assumente il debito nell'interesse esclusivo del debitore originario, ha diritto di regresso anche per l'intero verso quest'ultimo (e quindi dovrebbero essere consentiti tutti i mezzi con cui si può realizzare il regresso, compensazione compresa⁴⁵). Quest'ultimo problema rispetto all'accollo non si pone. Nell'accollo, infatti, vi è traslazione (almeno interna) del debito. In questa prospettiva, il debito dell'accollante è un debito proprio che è entrato definitivamente nel patrimonio dell'accollante ed è quindi con tale patrimonio che deve essere soddisfatto⁴⁶. Diversamente ancora argomentano altri interpreti⁴⁷, con una tesi applicabile sia all'espromissione che all'accollo. Secondo questa tesi l'art. 1272, comma 3, c.c. non fa altro che confermare la disegualianza di interessi fra espromesso ed espromittente rispetto al creditore originario. Non si applica dunque l'art. 1302 del codice civile, che si fonda viceversa sull'eguaglianza delle posizioni dei debitori in solido verso il creditore⁴⁸. Un simile ragionamento non pare tuttavia applicabile *tout court* al contratto di accollo. In esso l'accollato non deve necessariamente degradare a garante dell'obbligazione. Il contratto di accollo vede come parti accollato e accollante. Rispetto al creditore, dunque, l'accollato non cambia necessariamente posizione. Nell'accollo cumulativo, per esempio, il creditore, se si accetta la tesi esposta nel paragrafo precedente⁴⁹, può semplicemente trovarsi ad avere due debitori. Bisogna tuttavia dar conto del fatto che per la maggior parte degli interpreti l'accollo esterno comporta necessariamente sussidiarietà dell'obbligazione dell'accollato. Seguendo una siffatta impostazione, la tesi che si fonda sulla disegualianza fra l'obbligazione dell'accollante e dell'accollato, acquisisce forza. Nell'accollo liberatorio si potrebbe invece propendere per la posizione di garante⁵⁰. Egli

⁴⁴ G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, 24.

⁴⁵ Nello stesso senso anche E. GIULIANO, *La compensazione, spec. per procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 12, nota 13.

⁴⁶ In tal senso depone anche la disciplina in materia di bilancio. L'accollante dovrà infatti inserire il debito derivante dall'accollo fra le passività effettive, mentre l'accollato fra i rischi.

⁴⁷ R. CICALA, voce *Espromissione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 8 secondo cui l'inopponibilità dell'eccezione di compensazione spettante all'espromesso si spiega anche a motivo della posizione di garante che l'espromesso assume nel nuovo rapporto; U. LA PORTA, *op. cit.*, 147 ss.

⁴⁸ Così F. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa*, Milano, 1974, 61; U. LA PORTA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ V. par. 3.1.

⁵⁰ V. par. 3.1.

infatti rimane obbligato nei confronti del creditore per tutto ciò che ecceda l'obbligazione assunta dall'accollante, o per il totale in caso di insolvenza dell'accollante già al momento dell'assunzione o in generale se così previsto dal contratto. Si è tuttavia osservato che la giustificazione della norma è data da ragioni pratiche di non frustrazione dell'interesse dell'accollato, sicché è inutile sottolineare il contrasto. Egli infatti, non ha opposto la compensazione pur potendo, non avendone evidentemente convenienza. Non avrebbe dunque senso che l'accollante potesse opporre in compensazione un credito dell'accollato, superando la volontà dello stesso. Tale osservazione pare decisamente condivisibile, perché ad un tempo chiarifica la fattispecie e semplifica la disciplina, secondo le esigenze comuni del traffico commerciale.

3.3 – Ferma l'osservazione già fatta incidentalmente nel paragrafo 3.1, rimane ora da considerare la possibilità per il nuovo debitore di opporre in compensazione al creditore crediti propri. Ancora una volta bisogna trattare in modo differenziato il caso dell'accollo interno (figura che, si ribadisce, non è direttamente disciplinata dal codice civile) da quello dell'accollo esterno.

Per ragioni di praticità si parte dall'accollo esterno. L'accollo esterno presuppone che il creditore abbia aderito incontrovertibilmente alla stipulazione. Ebbene, in presenza di adesione del creditore e di tutti i presupposti necessari per l'operare della compensazione, egli non potrà certamente opporvisi. L'unica possibile deroga potrebbe avvenire a livello pattizio. Nulla esclude che al momento dell'adesione al contratto di accollo il creditore subordini la sua accettazione all'esclusione della compensazione. Un simile patto potrebbe però nascondere risvolti problematici quanto agli interessi di terzi creditori. In caso di crisi economica dell'accollatario (ma volendo anche dell'accollante), infatti, l'accollato non potrebbe sfruttare gli effetti positivi – ovviamente solo quegli effetti positivi che rientrino nei limiti consentiti dalla legge (v. anche sotto) – della compensazione.

In mancanza di adesione del creditore, non si potrà invece certo opporre in compensazione alcunché. Nel momento in cui l'accollatario non abbia aderito all'accollo viene infatti meno la reciprocità dei due crediti che si vorrebbero porre in compensazione, il che rende impossibile l'operare di tale istituto. Infatti, se l'accollante non ha validamente assunto il debito dell'accollato nei confronti del debitore, egli non ha un debito da compensare con il suo credito, ma ha solo il suo credito nei confronti dell'accollatario.

Se ciò è già evidente nel caso in cui il creditore non si pronunci né in favore, né contro l'accollo, il tutto è ancora più indubbio se si considera il caso del rifiuto espresso. In caso di rifiuto espresso, infatti, il comma 3 dell'art. 1411 c.c. elimina qualunque possibile discussione. Secondo tale

norma, in caso di mancata adesione o di rifiuto del beneficiario di profittare della stipulazione a suo favore, il contratto produce effetti solo fra stipulante e promissario (salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto). Si faccia attenzione, la mancata adesione del creditore o il suo rifiuto, non dipendono necessariamente da un capriccio (che comunque sarebbe lecito), come risulta evidente dall'esempio che segue. Si pensi al caso in cui l'accollatario sia un soggetto che si trovi in un momento di crisi economica e che non sia in grado di soddisfare completamente i crediti dei suoi creditori, ma solo al 70%. Se l'accollante opponesse in compensazione al 100 che deve versare all'accollatario in conseguenza dell'accollo un 100 di cui l'accollatario è debitore nei suoi confronti, egli finirebbe per essere soddisfatto al 100%, mentre dalla massa patrimoniale che è posta a soddisfazione dei creditori dell'accollatario uscirebbe 100, con pregiudizio di 30 per i creditori. È quindi chiaro che qui il rifiuto dell'accollatario non solo non sarebbe un capriccio, ma sarebbe esattamente l'atteggiamento che l'accollatario deve tenere secondo l'obbligo di buona fede che lo vincola nei confronti delle sue singole controparti contrattuali, che nell'insieme sono i suoi creditori. Prima di illustrare meglio quando tale rifiuto sia effettivamente necessario per impedire pregiudizi per la massa dei creditori è necessario fare una breve digressione sulla compensazione in ambito fallimentare.

A norma dell'art. 56 della legge sul fallimento⁵¹: «I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento. Per i crediti non scaduti, tuttavia, la compensazione non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto fra vivi o nell'anno anteriore». La norma prevede nel primo comma la compensabilità fra crediti del creditore *in bonis* verso il fallito e crediti del fallito verso il creditore *in bonis*, la cui genesi⁵² sia anteriore alla dichiarazione di fallimento⁵³, anche nel caso in cui per il credito nei confronti del fallito manchi il requisito dell'esigibilità alla data di dichiarazione del fallimento. In passato è stato proposto di

⁵¹ La legislazione previgente escludeva l'applicabilità della compensazione nei confronti del fallito; la compensazione verso il fallito era invece ammessa dagli usi mercantili (v. D. AZUNI, *Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile*, voce *Compensazione*, n. 14, p. 536).

⁵² In alcune sentenze, a partire dalla Cass., Sez. Un., 16 novembre 1999, n. 775, la Suprema Corte ha sostenuto che l'unico requisito che deve sussistere prima della dichiarazione di fallimento sia l'antiorità del fatto genetico del credito e del controcredito, ben potendo gli altri presupposti realizzarsi successivamente. In senso contrario, v. da ultima Cass., 30 dicembre 2014, n. 27441.

⁵³ Si noti che alcuni interpreti (M. Foschini, op. cit., p.108) ritengono che sia ammissibile la compensazione con un credito del creditore *in bonis* verso il fallimento e un credito del fallito verso il creditore *in bonis*.

estendere la deroga anche al credito del fallito nei confronti del creditore *in bonis*, in considerazione del fatto che il termine per l'adempimento è normalmente posto a tutela del debitore⁵⁴. Tale proposta è stata respinta sulla base di due osservazioni. La prima è che la compensazione fallimentare costituisce una deroga agli artt. 1243 e 2917 c.c.: pertanto al di fuori della fattispecie espressamente regolata, rimane applicabile la regola generale. Il secondo argomento è che la rinuncia al termine di cui all'art. 1184 c.c. inciderebbe negativamente sul patrimonio del fallito, il che non è ammissibile⁵⁵.

Al comma 2 dell'articolo viene esclusa la compensazione nel caso in cui il credito non scaduto nei confronti del fallito sia stato acquistato per atto *inter vivos* notificato al fallito o al fallimento in un tempo successivo all'anno antecedente la dichiarazione di fallimento⁵⁶. Ciò significa che qualora l'acquisto sia successivo a tale momento, ma abbia a oggetto un credito già scaduto, la norma non si applica⁵⁷. Ovviamente ciò ha sollevato molte critiche⁵⁸. Una dottrina risalente ha sostenuto che l'acquisto del credito scaduto nei confronti del fallito debba comunque avvenire prima della dichiarazione di fallimento perché un acquisto successivo determinerebbe la mancanza del requisito della reciprocità.

Tornando al caso dell'accollo esterno, quando esso abbia a oggetto un debito verso il fallito sono opportune alcune considerazioni aggiuntive. Se è ammissibile l'acquisto del credito scaduto nei confronti del fallimento anche successivamente alla dichiarazione di fallimento, a maggior ragione lo sarà l'accollo di debito scaduto nei confronti del fallito. È evidente che questa soluzione comporta notevoli pregiudizi per i creditori, come del resto quella adottata esplicitamente dal secondo comma dell'art. 56. Nel caso dell'accollo vi è però per il curatore la possibilità di evitare questi pregiudizi non aderendo alla stipulazione. Un esempio può chiarire il discorso. A, debitore di 100 nei confronti del fallito, si rivolge a C, creditore di un credito scaduto nei confronti del fallito per 100, proponendogli di pagargli 50 perché C si accoli il suo debito. In questo modo A si libera del suo debito pagando 50 in luogo di 100, mentre C ottiene 50 in luogo della cifra a cui il suo credito sarebbe stato liquidato, cifra che sarebbe probabilmente stata molto inferiore, per ipotesi 10. La massa dei creditori del fallito, viceversa,

⁵⁴ F. FERRARA, *Il fallimento*, 5ª ed., Milano, 1995, 350.

⁵⁵ Su queste circostanze si v. B. INZITARI, *op. cit.*, 170-171.

⁵⁶ La compensazione è però ammessa se l'acquisto derivi da rapporti fideiussori.

⁵⁷ La Corte Costituzionale, con sentenza del 20 ottobre del 2000, n. 431, in *Foro it.*, 2000, c. 3387, con nota di M. FABIANI; in *Dir. fall.*, 2001, 5 ss. con nota di I. SCALERA; in *Corr. giur.*, 2001, 1041, con nota di R. MURONI, ha ritenuto tale differenza di disciplina legittima.

⁵⁸ R. PROVINCIALI, *Trattato*, cit., 935.

incasserebbe 0 in luogo di 100 e spenderebbe 0 anziché 10, con una perdita netta di 90. Si comprende dunque che in un caso simile il rifiuto dell'accollatario (il fallimento) è di importanza cruciale.

A completamento della discussione del tema, va esaminato il caso dell'accollo interno. Per esso la soluzione è molto semplice: nell'accollo interno l'accollante non può opporre la compensazione all'accollatario perché egli è un terzo rispetto all'accollatario e non ne è debitore. Manca quindi il presupposto indefettibile della compensazione, cioè la reciprocità del rapporto debito/credito.

3.4. – Rimane solo un'ultima ipotesi da indagare. L'ipotesi in cui, una volta stipulato il contratto di accollo, nel rapporto interno l'accollante opponga in compensazione all'accollato un suo controcredito.

Se si ammettesse la possibilità per l'accollante di opporre in compensazione all'accollato un suo controcredito, l'operazione di accollo sarebbe del tutto vanificata e priva di causa. Il debitore originario si troverebbe nuovamente ad essere debitore (o l'unico debitore) nei confronti dell'accollatario, tornando alla stessa situazione che lo aveva portato a stipulare l'accollo.

Vi è poi da aggiungere che, se anche si ammettesse il diritto di compensazione da parte dell'accollante nei confronti dell'accollato, esso non potrebbe produrre effetti nei confronti dell'accollatario. Nessun problema per quanto riguarda l'accollo interno. L'accollatario non ne è parte (può addirittura ignorarlo) e non ha una posizione qualificata da difendere. La conclusione è diversa per l'accollo esterno. In tal caso, infatti, la compensazione avrebbe in alcuni casi effetto fra accollato e accollante, pur non avendone anche nei confronti dell'accollatario. Accettando l'accollo cumulativo, il creditore ha acquisito diritti nei confronti di un nuovo soggetto, dovendo però rinunciare alla possibilità di escutere per primo il debitore originario⁵⁹. Se dunque l'accollante venisse meno, egli sarebbe pregiudicato, perché perderebbe uno dei due debitori che potevano soddisfare il suo credito. Ciò equivarrebbe a una revoca del beneficio, inefficace ai sensi dell'art. 1411 c.c.. Egli poi ha magari trascurato di concentrare le sue energie sul debitore originario e sulle operazioni da questi compiute e che potrebbero aver nel frattempo pregiudicato le sue possibilità di soddisfazione. Tuttavia, in caso di accollo titolato rispetto al rapporto di provvista, si potrebbe pensare che il creditore non abbia riparo. Si potrebbe infatti ritenere che l'aver fatto riferimento al rapporto di provvista permetta di opporre tutte le eccezioni che si sarebbero potute opporre al debitore originario, fra queste la compensazione. Tuttavia questa è una falsa

⁵⁹ V. par. 3.1.

impressione, esclusa tanto dall'art. 1273, comma 4, c.c., che parla solo dell'opponibilità delle eccezioni derivanti dal contratto di assunzione, sia dall'art. 1413 c.c. in tema di contratti a favore di terzi in generale. La disciplina generale del contratto di terzo prevede, come si è visto sopra (par. 1.2), che il promittente non possa opporre al terzo creditore le eccezioni che derivino da "altri rapporti" con lo stipulante. L'eccezione di compensazione, infatti, non inciderebbe sulla validità o meno del contratto di accollo, che è il vero tema cui ci si riferisce quando si dice che se l'accollo fa riferimento al rapporto di provvista, l'accollante può opporre all'accollatario le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'accollato. Il ragionamento è analogo a quello già sviluppato da importanti Autori per il rapporto di valuta. Secondo il loro insegnamento, il riferimento espresso al rapporto di valuta permette di opporre solo le eccezioni che riguardano *quel* rapporto e non anche qualsiasi altra eccezione che il delegante (o l'accollato) avrebbe potuto opporre in base ad altri suoi rapporti con il delegatario (o l'accollante), come per l'appunto la compensazione. Lo stesso ragionamento si può fare appunto con il rapporto di provvista. L'aver fatto riferimento al rapporto di provvista permette di opporre eccezioni derivanti da patologie del rapporto di provvista, non ogni altra eccezione riguardante i rapporti fra accollante e accollato. Nel caso della compensazione non si parla di un contratto nullo o annullabile e di una esigenza di certezza e praticità del sistema, ma si parla di una questione meramente pecuniaria fra due singoli soggetti. Se ciò non bastasse, la *ratio* dell'art. 1273, comma 2, depone in tal senso. Così come l'accollante non può opporre in compensazione all'accollatario crediti dell'accollato, allo stesso modo non potrebbe opporgli una compensazione avvenuta fra sé e l'accollato. In definitiva, per l'accollo esterno, sia che si segua la tesi di Bianca, sia che si ammetta l'efficacia della compensazione *inter partes*, si deve concludere per l'inefficacia della compensazione nei confronti del creditore.

Abstract

"ACCOLLO" AND DEBT COMPENSATION: OLD AND NEW QUESTIONS

L'articolo offre nuove prospettive sul rapporto fra accollo e compensazione. Dopo aver ripercorso i tratti caratterizzanti dell'accollo e illustrato le tesi principali sulla sua natura, l'articolo si concentra sui suoi rapporti con la compensazione, individuando alcune problematiche tradizionalmente non esaminate dagli interpreti.

The paper offers new perspectives on the relationship between offset and accollo, a form of debt transfer in which the debtor and a third party agree for the third party to take the debt upon himself. After discussing "accollo", its main features and the main opinions on its nature, the paper focuses on its relationship with offset pointing at issues, which have traditionally not been examined by scholars.

Corte di cassazione, Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093 (Pres. Amendola – Est. Ferro)

Il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art. 161 l. fall., sia stata funzionale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'art. 163 l. fall., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria.

(Omissis) RITENUTO IN FATTO

1. S.M. impugna il decreto Trib. Mantova 30.11.2016, n. 2531/2016 in R.G. 4745/2015 che ne ha rigettato l'opposizione allo stato passivo avverso il decreto del giudice delegato del FALLIMENTO (OMISSIS) S.A.S., nonché di R.I. (FALLIMENTO) che, a sua volta, aveva respinto la insinuazione al passivo del proprio credito professionale, per come avanzata in prededuzione;

2. ha premesso il decreto impugnato che: a) l'opponente, dottore commercialista, aveva domandato in via principale l'ammissione al passivo in prededuzione per Euro 38.064 e, in subordine, per Euro 31.200 con il privilegio dell'art. 2751-bis c.c., n. 2 e Euro 6.864 in chirografo per IVA; b) l'ammissione al passivo era stata disposta per la minor somma di Euro 15.000 (per attività professionale non conclusa e finalizzata alla predisposizione della proposta e del piano di concordato mai formulata), oltre a Euro 600 per contributo previdenziale, in privilegio e Euro 3.432 per IVA in chirografo; c) l'esclusione della prededuzione si fondava sull'inammissibilità della proposta di concordato, aggiungendosi la reiezione della restante parte del credito (non riconosciuto per Euro 19.032); d) l'attività dedotta – svolta tra febbraio e marzo 2014 e dunque durante la pendenza di domanda prenotativa l. fall., ex art. 161, comma 6 – aveva titolo nel richiamo ad un contratto di consulenza professionale di advisor contabile, in assistenza alla società e al relativo legale incaricato degli atti

preparatori necessari per predisporre proposta e piano di un concordato preventivo; e) la società, venuta meno la disponibilità della famiglia di riferimento ad apportare nuova finanza, aveva poi (ed in realtà) rinunciato al concordato, conseguendone la dichiarazione di fallimento;

3. il tribunale, nel rigettare l'opposizione, ha ritenuto che: a) a chiarimento della svista in cui era incorso il giudice delegato, il riferimento normativo corretto doveva intendersi alla l. fall., art. 162, poiché alla omessa presentazione della proposta e del piano era seguita la rinuncia ad una domanda divenuta inammissibile; b) il diniego della prededuzione derivava dalla mancanza di un beneficio, arrecato alla procedura concorsuale come accrescimento dell'attivo e salvaguardia della sua integrità, del tutto assenti nella prestazione professionale resa prima del fallimento da un professionista quando ormai la domanda era inammissibile, per mancata integrazione dei suoi elementi costitutivi di completamento ovvero, come nel caso, rinuncia, essendosi accertata la impossibilità di formulare qualsiasi ipotetica proposta; c) la rinuncia interrompeva il carattere funzionale (ovvero di concreta funzionalità) della prestazione, facendo sì che la proposta di concordato preventivo cui ineriva non era utile ai fini dell'accesso ad una soluzione della crisi d'impresa alternativa al fallimento; d) l'attività professionale era stata peraltro resa nella vigenza del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, art. 11, comma 3-*quater*, norma interpretativa comma 2 in relazione ai concordati con riserva, esplicitandosi che, per essi, la prededuzione spettava alla condizione che proposta, piano e documentazione di cui alla l. fall., art. 161, commi 2 e 3, fossero presentati nel termine dato dal giudice e che la procedura venisse aperta in continuità con la domanda ai sensi della l. fall., art. 163, senza che potesse avere rilevanza la successiva abrogazione disposta con il D.L. 24 giugno 2014, n. 91, art. 22, comma 7, anzi confermativa della ricostruzione restrittiva seguita;

4. il ricorso è su tre motivi, avendo ad esso resistito il fallimento con controricorso, illustrato da memoria; a seguito di richiesta del Procuratore generale in vista della Camera di consiglio dell'11 marzo 2021, la Prima Sezione civile, all'esito e dunque con ordinanza 23 aprile 2021, n. 10885, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite, poi disposta;

5. il primo mezzo solleva la violazione della l. fall., art. 161, comma 7 e art. 111, per aver il tribunale, in caso di domanda di concordato poi rinunciata, erroneamente negato la prededuzione al credito dei compensi per prestazioni professionali (convenute dopo il deposito di ricorso per concordato l. fall., *ex* art. 161, comma 6, e) rese anteriormente alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, sul presupposto dell'assenza di un'effettiva loro utilità, mentre invece sarebbe estraneo all'istituto il riscontro di un risultato, come confermato proprio dall'abrogazione della

citata norma interpretativa, più restrittiva, di cui al D.L. 23 dicembre 2013, n. 145, art. 11, comma 3-*quater* (convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 9) e dall'essere sorto il credito del terzo da atti legalmente compiuti;

6. nel secondo motivo si denuncia la nullità del provvedimento per violazione dell'art. 112 c.p.c., in ragione della mancata decisione sul quantum debeatur, per la parte di credito non ammessa, cioè il compenso ridotto dal giudice delegato con statuizione su cui il decreto impugnato avrebbe omesso di pronunciare;

7. il terzo motivo denuncia l'omesso esame di fatti decisivi ai fini della utilità della prestazione e del pieno adempimento, avendo trascurato il tribunale che l'opera richiesta al ricorrente non era quella di attestatore o di redattore della proposta o del piano, bensì di *advisor*, un autonomo incarico per la sola verifica contabile circa l'attendibilità delle scritture e l'aggiornamento delle stesse, tant'è che proprio grazie all'attività così espletata (ricostruzione corretta dell'attivo e del passivo aziendale, pag. 13) la società si era indotta a non procedere oltre nel concordato (per carenza di numeri minimali) e i creditori non avevano dovuto sopportare i costi di una procedura irrealizzabile (pag. 14);

8. con la citata ordinanza interlocutoria la Prima Sezione civile, constatata la non sedimentazione di un univoco indirizzo e ravvisata l'esigenza di ricostruire un quadro interpretativo chiaro, ha chiesto di sottoporre alle Sezioni Unite i seguenti testuali quesiti: *i*) se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della "prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" condivide la medesima ratio che è posta a fondamento della prededuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria; *ii*) se debba essere ribadito che la prededuzione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale; *iii*) se debba essere ribadito che il criterio della funzionalità va scrutinato *ex ante*, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista; *iv*) se la previsione legale si riferisca al solo professionista attestatore o anche agli altri professionisti cui si è fatto cenno; *v*) se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale; *vi*) se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente; *vii*) se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato; *viii*) se l'esigenza di contrastare il danno inferto ai creditori per effetto del depauperamento dell'attivo derivante da una gestione preconcordataria produttiva di debiti

prededucibili possa essere soddisfatta attraverso la verifica dell'esatto adempimento, e del carattere non abusivo e/o fraudatorio, della prestazione richiesta al professionista in vista dell'accesso alla procedura concordataria.

9. Il pubblico ministero ha depositato conclusioni scritte *ex art.* 378 c.p.c., con le quali ha chiesto che il ricorso sia dichiarato inammissibile per i motivi secondo e terzo e rigettato quanto al primo, confermando la richiesta in udienza; il ricorrente ha depositato memoria.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. l'ampia articolazione degli otto quesiti sottoposti a queste Sezioni Unite esige che alcuni essenziali nodi problematici ivi descritti (per evidenza offerta ai contrasti censiti) siano separati dai punti di solo minor chiarezza pur rimessi a definizione nomofilattica (quali oggetto di contestuale questione di massima di particolare importanza); la vicenda di causa, infatti, è agilmente identificabile nei suoi elementi fattuali, con l'interrogativo circa la spettanza o meno della prededucazione al credito del professionista per prestazione (non normativamente imposta dalla disciplina dell'istituto) resa al debitore dopo la domanda di concordato con riserva di cui alla l. fall., art. 161, comma 6, senza che l'istanza al giudice si sia evoluta in concordato ammesso, in quanto – alla scadenza del termine, già prorogato – non sussistevano adempimenti, anche minimi, svolti dal ricorrente quanto a piano, proposta e documenti, mentre la stessa volontà di procedere era oggetto di ritiro della domanda ancora per iniziativa unilaterale dello stesso debitore; si tratta di un duplice riscontro di circostanze le quali danno conto dell'accostamento, nel decreto impugnato, di una sostanziale sovrapponibile qualificazione della domanda "divenuta inammissibile" con la "rinuncia" alla stessa (pag. 2); in ogni caso, è pacifico che il tribunale non ha emesso alcun decreto di ammissione al concordato preventivo ai sensi della l. fall., art. 163, per un concorrente difetto di requisiti condizionanti lo stesso giudizio sull'apertura, mancando un corredo documentativo e di prospettiva ristrutturativa da esaminare e, al pari, nemmeno volendo più il debitore accedere a tale scrutinio giudiziale e dunque conseguire un provvedimento di merito;

2. l'esigenza di ricomposizione dei diversi indirizzi riepilogati anche nell'ordinanza interlocutoria, a sua volta, muove dal rilievo assunto dalla intensa conflittualità che, nell'evoluzione d'insuccesso dei concordati, conduce a contrapporre, all'interno della successiva procedura liquidatoria (specie fallimentare), ingenti crediti reclamanti un pagamento preferenziale,

anche oltre il sistema delle cause legittime di prelazione, e cioè indipendentemente dalla rispettiva collocazione nel catalogo dei privilegi, laddove il fatto genetico di tali pretese sia riconducibile ad iniziative o condotte del debitore assunte all'inizio del percorso concorsuale, prima o dopo la domanda, ma al di fuori dell'operato di controllo degli organi delle procedure precedenti, ancora non nominati o privi di raggio d'azione tutorio sugli atti; in particolare, vengono a confronto le norme d'incentivo all'instaurazione volontaria di strumenti di regolazione della crisi d'impresa o della sua insolvenza con il principio di adeguatezza selettiva dei costi che essi implicano allorché le prestazioni che li hanno prodotti o agevolati debbano essere rivalutate in una procedura diversa da quella d'origine e verso cui erano protesti;

3. per omologa premessa espositiva, va posto in preliminare risalto che l'assetto delle procedure concorsuali domestiche ha assunto da tempo una originale fisionomia polivalente, nel diritto dell'economia, già con l'ingresso accentuato della correlativa disciplina tra gli strumenti di ordinario intervento periodico sulla legislazione sociale e le politiche di incentivazione dell'impresa e di non dispersione della ricchezza produttiva ad essa propria e collegata; si tratta di un fenomeno espansivo (un tempo tipico del diritto tributario e della finanza pubblica) non dissimile da quello che ha coinvolto altresì settori come il diritto del lavoro e della previdenza; la ridefinizione del quadro ordinamentale appare così attraversata sia da frequenti innovazioni, sia dalla gradualità del ridisegno di riforma dell'intera crisi d'impresa e insolvenza, segnata ora, dopo la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, dalla solo parziale entrata in vigore (il 30 giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) del principale corpo normativo di cui al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (CCII), il quale tuttavia ha subito non solo plurimi differimenti (il prossimo al 16 maggio 2022 con il D.L. 24 agosto 2021, n. 118) ma altresì consistenti anticipazioni (principalmente con il D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 e poi con la L. 21 ottobre 2021, n. 147 di conversione del D.L. n. 118 del 2021); analoga gradualità attuativa e dunque critico confronto concerne il recepimento (entro il 17 luglio 2022) della Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che, per quanto qui di rilievo, oltre a riferirsi ai quadri di ristrutturazione preventiva, indica anche misure incrementative dell'efficacia delle procedure d'insolvenza;

4. la cennata instabilità non impedisce tuttavia il riconoscimento dell'avvenuto allargamento dell'area della concorsualità, in una contaminazione crescente con soluzioni riorganizzative delle relazioni conflittuali fra debitore e creditori pur configurate in istituti di originaria matrice privatistica, secondo forme contrattuali incise da elementi pubblicistici di parziale ed eventuale eterodirezione o regolazione anche

giudiziaria; è così accaduto che, nel pur vasto settore delle procedure concorsuali di cui alla presente legge, cioè del R.D. n. 267 del 1942 e di cui fa parola proprio il suo art. 111, comma 2, la considerazione dei crediti prededucibili s'impone se essi risultino così qualificati da una specifica disposizione di legge ovvero sorti in occasione o in funzione di esse, ma il richiamo – per questa seconda parte – involge modelli nel tempo del tutto riscritti rispetto alla originaria vocazione e struttura esecutiva, in quanto ora per lo più orientati a premiare le iniziative di ristrutturazione dei debiti assunte in via volontaria dal debitore e perseguite mediante tentativi che possono non mettere capo a pieno successo; l'ordinamento concorsuale ha operato nelle stesse procedure l'innesto di taluni effetti protettivi del patrimonio che invece in precedenza scaturivano solo da un vaglio giudiziario di merito della domanda e pertanto, in un siffatto contesto anticipato, sempre più si originano costi inediti e disputabili; la dimensione temporale ed organizzativa della concorsualità si è in tali termini assai dilatata; così, prima ancora dell'ammissione al concordato preventivo, non ancora aperto ai sensi della l. fall., art. 163, la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, inclusa quella di cui alla l. fall., art. 161, comma 6, già determina per i creditori la preclusione all'esercizio delle azioni esecutive (Cass. 13514/2021 o alla loro prosecuzione: Cass. 25802/2015) e cautelari, nonché l'impedimento all'acquisto di diritti di prelazione e salvo autorizzazione giudiziale ai sensi della l. fall., art. 168, con effetti sostanziali interruttivi su prescrizione e non verifica di decadenza; l'imprenditore, per parte sua, non subisce alcuno spossessamento, non viene allestita ancora una procedura concorsuale affidata ad un giudice delegato e alla sorveglianza del commissario giudiziale, né i creditori sono chiamati ad esprimersi, mentre il termine concesso dal tribunale in attesa del deposito della proposta, del piano e della documentazione (o, a discrezione alternativa del richiedente, della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione), può essere interrotto solo in presenza di specifici inadempimenti informativi (della l. fall., art. 161, comma 8) o ridotto in caso di attività manifestamente inidonea a predisporre positivamente lo scioglimento della riserva, ma è soggetto alla sospensione feriale (a meno che il procedimento non sia riunito all'istruttoria prefallimentare, solo così partecipando di una regola concorsuale: Cass. 15435/2018, 25602/2018); nelle stesse circostanze, anche la dichiarazione di fallimento resta preclusa, nei limiti di pendenza della l. fall., art. 161, comma 10, fatta salva la improcedibilità della domanda nei casi di condotte fraudatorie (in generale, Cass. 13596/2020) segnalate dall'eventuale commissario giudiziale (l. fall., art. 161, comma 6) e di ipotesi di abuso dello strumento (Cass. 3836/2017, 7117/2020, 8982/2021);

5. fuori dallo stretto campo delle tradizionali procedure (della legge fallimentare ovvero delle amministrazioni straordinarie di cui al D.Lgs. n. 270 del 1999 e del D.L. n. 347 del 2003 o del sovraindebitamento della L. 27 gennaio 2012, n. 3), egualmente la concorsualità ha investito nuovi istituti, come la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa; in essa, insieme alla domanda di cui del cit. D.L. 24 agosto 2021, n. 118, art. 2, comma 1, il debitore può chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con domanda successiva, l'applicazione delle misure protettive del patrimonio (art. 6), i cui effetti – al pari di quelli propri della pubblicazione della domanda di concordato con riserva – si producono automaticamente, in questo caso però esigendo la successiva sottoposizione ad un necessario intervento giudiziale di conferma, revoca o modifica, salvo concessione anche delle misure cautelari ove richieste al tribunale (art. 7); si tratta di un istituto che pacificamente non integra una procedura concorsuale, ma egualmente implica, con la scelta unilaterale del regime protettivo ed il controllo del tribunale, preclusioni alle azioni di tutela del credito così come alla dichiarazione di fallimento o insolvenza, esemplificando l'assunzione di regole di autentica concorsualità, come cennato, nella più recente accezione di estensione parziale di taluni effetti del concorso, normativamente assegnati in forma piena solo al debitore che abbia però fatto ingresso in una procedura concorsuale ed ai creditori che vi siano organizzati;

6. può dunque dirsi che la sottoposizione a regole concorsuali non è patrimonio esclusivo delle procedure concorsuali in senso stretto, le quali a propria volta sono state riconfigurate mediante robuste anticipazioni di taluni loro effetti tipici, all'insegna, istituti e procedure, di una complessiva esigenza di riorganizzare in un quadro ordinato e protetto le relazioni problematiche del diritto del debito, incentivando la conservazione dei complessi produttivi, la continuità del loro nucleo identitario aziendale, la reversione dei fenomeni di crisi, la prevenzione dell'insolvenza e pertanto l'accesso precoce alle soluzioni compositive proponibili dallo stesso debitore; si tratta di una visione, assecondata dalla giurisprudenza e parzialmente codificata poi nella disciplina domestica regolativa della consecutività, per il caso d'insuccesso, con sopravvenienza di altra procedura concorsuale e però conservazione di taluni effetti secondo progressività sin dal primo di essi ai sensi della l. fall., art. 69-bis; l'evoluzione normativa della prededuzione ne è uno dei segni testimoniali;

7. secondo il testo della l. fall., art. 111, anteriore alla riforma del D.Lgs. n. 5 del 2006, la prededuzione indicava una specifica modalità prioritaria di pagamento delle spese afferenti all'attività degli organi fallimentari e dei debiti contratti dalla relativa amministrazione, inclusi quelli dell'esercizio provvisorio, mediante uno svincolo solutorio rispetto alla fase del riparto, posto che era essenzialmente il giudice delegato a disporre il pagamento con

decreto, individuandone la consistenza di crediti verso la massa (o debiti di massa); la formula della preferenza era ripresa dall'art. 2777 c.c. (relativo alle spese di giustizia di cui agli artt. 2755 e 2770 c.c.), riconoscendo alla funzione distributiva, ivi regolata per il processo esecutivo individuale, un'identità di ratio rispetto a quello fallimentare, appunto un'esecuzione collettiva; la sottrazione, per tale aspetto, al regime del concorso e alla regola della *par condicio*, finì con l'evidenziare, peraltro, la difficoltà di conciliare una semplice nozione contabile di mero "costo della procedura" con il riconoscimento della medesima preferenza di pagamento progressivamente invocata per tutte le obbligazioni sorte sì dopo l'apertura del fallimento ma per effetto di "atti utili" o comunque "condotte oggettivamente riferibili ai suoi organi", in relazione cioè alle attività, solo perché funzionali alla liquidazione dei beni; in seguito, accertata la continuità della stessa crisi economico-finanziaria dapprima regolata con l'amministrazione controllata, la prededuzione fu riconosciuta nel successivo fallimento anche quanto ai debiti contratti prima, sussistendo "l'identità delle cause del dissesto che ha dato luogo alle varie procedure, dovendo sussistere tra (esse) non solo un nesso di consecutività, ma anche di interdipendenza" (Cass. 8164/1999), premiandosi in tal modo la conservazione del valore economico nell'interesse dei creditori; la medesima esclusione di una soluzione di continuità ha in parallelo sorretto l'estensione delle azioni d'inefficacia per gli atti revocabili così che "il computo a ritroso del cosiddetto "periodo sospetto", l. fall., ex art. 67, inizia a decorrere dal decreto di ammissione alla prima procedura" (Cass. 12536/1998, 11210/2000);

8. nel presupposto che la prosecuzione dell'attività d'impresa non costituisse una delle finalità del concordato (anzi estranea ed eventuale: Cass. 11216/1995, 6352/1997), per esso la prededuzione era invece concessa con assoluta parsimonia, secondo il principio per cui i crediti relativi alla gestione e all'esercizio dell'impresa in tale regime "non sono prededucibili nella ripartizione dell'attivo relativa al successivo fallimento, stante il carattere solutorio che assume tale procedura, per la quale non è prevista una gestione provvisoria nell'interesse della massa dei creditori", salvo che per le spese dell'ufficio preposto, perché "sia il commissario giudiziale sia il liquidatore, nel caso di cui alla l. fall., art. 182, agiscono proprio nell'interesse della massa" (Cass. 5753/1983, 3325/1988, 8013/1992); l'eccezione era però costituita da una domanda che avesse fatto della continuazione un elemento essenziale della proposta di concordato (Cass. 1513/2014), cioè "oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori e... dell'omologazione finale" (Cass. 7140/1996);

9. per le liquidazioni coatte amministrative, il rinvio alla l. fall., art. 111, per come disposto nella l. fall., art. 212, si limitava ad un mero richiamo, come tale non additivo di alcun peculiare significato definitorio, mentre del

D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, art. 20, sulle amministrazioni straordinarie sostanzialmente la citata formula adattandola alla peculiarità dinamica della nuova procedura, così prevedendo che i crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza sono soddisfatti in prededuzione, a norma della l. fall., art. 111, comma 1, n. 1);

10. al di fuori delle ipotesi descritte, i debiti assunti autonomamente nel proprio interesse dal soggetto insolvente, prima dell'instaurazione del concorso ovvero anche dopo, nei limitati ambiti di amministrazione consentitagli, erano esclusi dal perimetro della prededuzione, conciliandosi rigorosamente la preferenzialità con i soli atti diretti a realizzare l'obiettivo della conduzione ottimale della procedura e del miglior soddisfacimento dei creditori, prerogativa di azione riservata alle competenze degli organi;

11. la riscrittura della l. fall., artt. 111 e 111-*bis*, ad opera del D.Lgs. n. 5 del 2006 (e del D.Lgs. n. 169 del 2007) ridefinisce il contesto delle regole e si compendia in primo luogo in: *a*) una definizione espressa e per clausole generali dei crediti prededucibili; *b*) la sottoposizione alle modalità di accertamento dello stato passivo, salvo quelli non contestati per collocazione e consistenza o sorti da liquidazione dei compensi dei soggetti ingaggiati l. fall., *ex* art. 25; *c*) la previsione del pagamento integrale anche per gli accessori e sino al saldo, con preferenza sul ricavato della liquidazione dell'attivo, tenuto conto delle cause di prelazione e preservando le somme provenienti dai beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai rispettivi creditori; *d*) l'esplicitazione di una regola di graduazione e proporzionalità, conformemente alla natura dei crediti stessi, in caso d'insufficienza di attivo; la norma definitoria ha cura di precisare che tutti i crediti sono considerati prededucibili (l. fall., art. 111, comma 2), poi distinguendo quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, da quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare e dunque confermando che il processo identificativo dell'istituto non promana da una ricognizione fattuale in senso stretto, bensì da una particolare relazione, posta direttamente dall'intervento legislativo ovvero, nel sintagma, rimessa ai due criteri cronologico o teleologico affidati all'interprete;

12. secondo un'acquisizione condivisa si è intanto chiarito che nelle procedure concorsuali, compresa quella di concordato, la prededuzione attribuisce non una causa di prelazione "ma una precedenza processuale, in ragione della strumentalità dell'attività, da cui il credito consegue, agli scopi della procedura, onde renderla più efficiente, atteso che, mentre il privilegio, quale eccezione alla "*par condicio creditorum*", riconosce una preferenza ad alcuni creditori e su certi beni, nasce fuori e prima del processo esecutivo, ha natura sostanziale e si trova in rapporto di accessorietà con il credito

garantito poiché ne suppone l'esistenza e lo segue" (da ultimo Cass. 36755/2021, sulla scia di Cass. s.u. 5685/2015, per la non retroattività della norma istitutiva), la prededuzione semmai può aggiungersi alle cause legittime di prelazione nei rapporti interni alla categoria dei debiti di massa, in caso di insufficienza di attivo e se necessario procedere ad una gradazione pure nella soddisfazione dei creditori prededucibili, in quanto essa "attribuisce una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore e ha natura procedurale, perché nasce e si realizza in tale ambito e assiste il credito di massa finché esiste la procedura concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, venendo meno con la sua cessazione" (Cass. 15724/2019, 3020/2020, 10130/2021);

13. pur sorta come (e ancora atteggiandosi a modalità preferenziale di pagamento, la prededuzione, in un sistema che ora promuove l'ingresso del debitore nelle procedure concorsuali d'iniziativa propria e a vocazione conservativa o di continuità aziendale, ha tuttavia subito una inedita persistenza, divenendo da più evidente funzione retributiva dei costi della procedura (canalizzati entro subprocedimenti ovvero di agile imputazione alle condotte, anche non negoziali, dei suoi organi) ad incentivo per la concorsualità anticipata; essa si ritrova dunque accostata al medesimo credito, ove non pagato in precedenza, ogni qual volta il nesso con la stabilizzazione concorsuale sia riconosciuto, anche se la procedura, in funzione od in occasione della quale il credito è sorto, si sia nel frattempo esaurita, trascorrendo però in altra a vocazione liquidatoria ma alla prima collegata; la nozione unificante i tre titoli di prededuzione è pertanto la strumentalità agli scopi della procedura d'esordio che, nel concordato preventivo, coincidono con la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma, ai sensi della l. fall., art. 160, comma 1, lett. a), e in una essenziale destinazione della proposta ai creditori, deputati al suo esame e a deciderne le sorti, laddove in sé la mera instaurazione della procedura concorsuale ovvero l'anticipazione dei suoi effetti, frutto di un atto unilaterale del debitore (come nella l. fall., art. 161, comma 6), ha suscitato l'interrogativo di conformazione in fattispecie meritevole del requisito ogni qual volta, e per definizione, quel tentativo di soluzione della crisi o insolvenza non abbia avuto successo, trascorrendo in fallimento o altra procedura omologa e dunque, in apparenza, quella strumentalità sia stata *ex post* sconfessata;

14. l'indagine volta a collocare la fattispecie di causa appare meno problematica – e con esito negativo (quesito ii) – ove condotta ricostruendo in primo luogo il perimetro della prededuzione di fonte legale, imponendo la lettera della disposizione, con il suo richiamo ad una specifica disposizione, un prudente discernimento selettivo, come riconosciuto – tra gli altri e quanto al fallimento nelle norme che bilanciano una condotta

dell'organo concorsuale rispetto a controprestazioni mancate o da riequilibrare, così assolvendo la l. fall., art. 80, comma 4, artt. 79, 103, art. 104, comma 8, ad una ridefinizione di aggiornati costi della procedura; nel concordato preventivo, le disposizioni in tema di prededucibilità afferiscono, ai sensi della l. fall., art. 182-*quater*, ai crediti per finanziamenti in esecuzione (comma 1) o erogati in funzione della presentazione della domanda, se previsti dal piano e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento di ammissione (comma 2) o dei soci (nei limiti del comma 3); a sua volta la l. fall., art. 182-*quinquies*, disciplina i finanziamenti-ponte che, se autorizzati dal tribunale e attestati da un esperto di funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori (comma 1), conseguono la prededuzione, al pari di quelli urgenti e giustificati, anche in assenza del piano, dall'evitare, nell'esercizio dell'attività, un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda (comma 3); per parte loro, le autorizzazioni concesse dal tribunale al debitore in composizione negoziata per la contrazione di finanziamenti (da terzi, lett. *a*); dai soci, lett. *b*); alle società di un gruppo, del D.L. n. 118 del 2021, art. 10, comma 1, lett. *c*)), producono la conservazione di effetti se successivamente intervengano un concordato preventivo omologato o anche un fallimento (oltre che una liquidazione coatta amministrativa o un'amministrazione straordinaria) ai sensi del D.L. n. 118 del 2021, art. 12, comma 1; si tratta di ipotesi unificate, nonostante la diversità di presupposti, dalla partecipazione giudiziale preventiva alla qualificazione della necessità ed inerenza del credito agli scopi della procedura concorsuale (o dell'istituto con effetti concorsuali), con un *iter* procedimentale necessario che integra l'iniziativa del debitore volta ad assumere un'obbligazione;

15. in questo senso, la formula della l. fall., art. 161, comma 7, per cui, nel concordato con riserva, i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi della l. fall., art. 111, induce ad una lettura di richiamo in primo luogo delle attività di amministrazione dell'impresa, ampiamente consentite al debitore – ad altri fini assolvendo peraltro il disposto della l. fall., art. 167, relativo all'amministrazione dei beni durante la procedura – dal deposito della domanda e sino all'omologazione, tuttavia perseguibili senza controllo preventivo del tribunale solo se di ordinaria amministrazione ed invece soggette a regime autorizzatorio se straordinarie, fermi gli obblighi periodici discrezionalmente fissati con la concessione del termine e le relazioni mensili sulla situazione finanziaria (comma 8); la norma si palesa pertanto come un esempio di prededuzione di fonte legale, accentuando – per il preciso riferimento alla gestione – un profilo distinto e più circoscritto rispetto agli altri due parametri, invece orientati ad una relazione con le procedure concorsuali; essa opera a tutela dei terzi che, davanti ad un imprenditore con

domanda iscritta al registro delle imprese, sono incentivati a fornirgli beni o servizi non tanto funzionali all'accesso o al rafforzamento del concordato, bensì alla sopravvivenza della sua attività commerciale;

16. il che non giova a censire un credito sorto per effetto non di un atto d'impresa in senso proprio o commerciale, bensì compiuto dal debitore con riguardo all'instaurazione o al rafforzamento del concordato, ottica che sfugge del tutto ad un'esigenza autorizzatoria (trattandosi di scelte discrezionali, gestionali e difensive, del debitore) e ancor più classificatoria (apparendo anche *ex ante* non predeterminabile, e quindi inutile, stabilire se l'ingaggio di un professionista, come nella specie, sia attività di amministrazione ordinaria o straordinaria);

17. ed infatti, condivisibilmente, per Cass. 14713/2019 la stessa disposizione inquadra gli atti di gestione dell'impresa finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio, riproducendo (ed anticipando) il criterio previsto dalla l. fall., art. 167; ne deriva che la citata distinzione tra atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione s'incentra sulla "idoneità a pregiudicare i valori dell'attivo compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, tenuto conto esclusivamente dell'interesse di questi ultimi e non dell'imprenditore insolvente", essendo quindi possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione, se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato nell'ambito di una procedura concorsuale; tant'è che la stessa pronuncia ha ritenuto necessario che il debitore fornisca informazioni sul tipo di proposta o sul contenuto del piano che intende presentare, laddove, in difetto, "l'atto che si riveli idoneo a incidere negativamente sul patrimonio dell'impresa, deve essere considerato come di straordinaria amministrazione"; la commercialità dell'atto, pertanto, ne connota il perimetro, per cui la procedura concorsuale è il mero contesto in cui esso viene adottato, mentre i relativi effetti, con riguardo alla sola prededuzione (e non ad altri fini di validità od efficacia), sono condizionati dal rispetto delle regole di compimento nel regime di osservazione cui è nella fase assoggettato l'imprenditore;

18. ancora a titolo esemplificativo, per Cass. s.u. 10080/2020 l'imprenditore che abbia presentato istanza di ammissione al concordato preventivo e sia tuttora nella fase della riserva l. fall., *ex art.* 161, comma 7, non perde la capacità di stare in giudizio, per cui la mancata autorizzazione del tribunale alla proposizione di una domanda giudiziale non incide sull'ammissibilità della domanda stessa, restando irrilevante, ai predetti fini, la possibile appartenenza della citata iniziativa giudiziale tra gli atti di straordinaria amministrazione che, per la norma citata e se urgenti, dovrebbero essere preceduti dall'autorizzazione giudiziale; in realtà, la mancanza della previa autorizzazione del tribunale "spiega effetti sul piano

dei rapporti sostanziali, a partire dalla non prededucibilità dei crediti di terzi che da tale atto derivino”, ma non sul piano processuale;

19. ad analogo esito qualificatorio negativo conduce la ricerca in base al secondo parametro, in ordine all’insorgenza del credito in occasione della procedura concorsuale (quesito ii); esso ha assunto ben presto nella giurisprudenza di legittimità un connotato autonomo rispetto alla funzionalità (per la rilevanza della congiunzione disgiuntiva nel testo: Cass. 5098/2014, 10130/2021, 22670/2021), così declinandosi sia sul piano cronologico, sia per l’imputazione del rispettivo titolo all’attività degli organi della procedura stessa; il punto appare acquisito con chiarezza sin da Cass. 1513/2014 per la quale il criterio, per avere un senso compiuto, va integrato con il citato implicito elemento soggettivo, altrimenti apparendo esso “palesamente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa”; ne consegue che, almeno tendenzialmente, gli impegni assunti dagli organi concorsuali, così come le obbligazioni geneticamente scaturenti dalla rispettiva attività, di per sé assorbono la funzionalità agli scopi della procedura cui accedono, quali costi gravanti sulla stessa in quanto intrinsecamente sostenibili in vista delle sue finalità concorsuali;

20. la funzionalità, a sua volta e come terzo parametro, esprime un’attitudine di vantaggio per il ceto creditorio, compendiato nella stessa procedura concorsuale in cui esso è organizzato, così attenendo a crediti maturati in capo a terzi, per prestazioni svolte anche prima dell’inizio della procedura (quesito vii) e perciò al di fuori di un diretto controllo dei relativi organi ma comunque in una relazione di inerenza necessaria allo scopo dell’iniziativa, più che al risultato; essa appare più appropriata ad ospitare la fattispecie di causa (quesito ii), poiché l’atto originante il credito risulta essere stato espletato proprio in vista del concordato o del suo successo, altra questione restando il trattamento della pretesa che, non adempiuta dal debitore nella zona concorsuale in cui era venuta ad esistenza, venga infine insinuata come credito nel successivo fallimento; ne deriva, condividendo una riflessione dottrinale, l’opportuno riconoscimento che la nozione relazionale in esame non può sussistere di per sé e indifferentemente rispetto a più procedure concorsuali; la prestazione, come nella vicenda, risulta infatti essere stata commessa dal debitore che, anche attraverso quell’apporto, intendeva accedere al concordato e non al fallimento; né, a sua volta, il professionista, in questo e nell’antologia dei casi variamente affrontati nella vasta giurisprudenza sul tema, ha mostrato di operare per l’ingresso del debitore nel fallimento, pur successivamente dichiarato; si tratta di acquisizione di rilievo poiché dà subito conto della necessità di sostanziare la funzionalità armonizzando la prestazione allo scopo per il

quale è stata compiuta, non bastando di per sé che ad una procedura fenomenicamente ne segua altra, né infatti tale sequenza trovando alcun riferimento normativo diretto e specifico;

21. detta relazione, pur superando un primo approccio utilitaristico in concreto e dunque della prospettiva di una verifica *ex post* del citato vantaggio (Cass. 8534/2013), ha assunto – nella varietà delle formule definitorie – un sostanziale assestamento entro una qualità strumentale riconoscibile *ex ante* e per quanto con oscillazioni sulla rappresentazione più o meno presunta e dunque automatica nel nesso con il prosieguo concorsuale, specie se ad esito infausto; la funzionalità può dirsi sussistente allora quando l'attività originante il credito sia ragionevolmente assunta, nella prospettazione delle circostanze ad essa coeve, proprio per assecondare, con l'instaurazione o lo svolgimento della specifica procedura concorsuale cui è volta, le utilità (patrimoniali, aziendali, negoziali) su cui può contare tipologicamente, cioè secondo le regole del modello implicato, l'intera massa dei creditori, destinati a prendere posizione sulla proposta del debitore; ciò ne permette l'assimilazione ad una nozione di costo esterno sostenibile al pari di quelli prodotti dalle attività interne degli organi concorsuali, se e quando potranno operare (quesito iii); si tratta di precisazione che, in tal modo, induce a superare la polivalenza assunta invero in altre decisioni dal primo parametro (Cass. 25471/2019), laddove anche la prestazione del professionista (nella specie, l'attestatore) era stata fatta refluire nella cerchia degli "atti legalmente compiuti" dal debitore (perché prestazione necessitata dall'*iter* normativo richiesto per procedere secondo la l. fall., art. 161, comma 6) e al contempo assimilando il credito così scaturito tra quelli sorti "in occasione" del concordato;

22. il parametro della funzionalità, in realtà, proprio per la sua nozione intrinsecamente relazionale e la sua autonomia (con chiarezza, da ultimo, in motivazione, anche Cass. 10130/2021 e 22670/2021) esige che se ne scolpiscono i confini in una prospettiva di tripartizione più netta, e senza sovrapposizioni rispetto agli altri due (quesito ii); lo sforzo disgiuntivo – cui con travaglio è comunque giunta questa Corte, nonostante accenti diversi – merita infatti di non essere abbandonato, sembrando disorientante un'alternativa sincretistica che, pur corroborata dall'osservazione fenomenica del modo di porsi delle prestazioni originanti i crediti di terzi, sovrapponga sempre l'occasionalità agli altri parametri; il contesto di una procedura concorsuale (iniziata o aperta e fino alla sua chiusura) solo in via di fatto descrive invero negozi o condotte assunti sia direttamente dal debitore che, quando insediati, dagli organi della procedura stessa, in funzione codeterminativa; ipostatizzando allora la constatazione, inesorabilmente però l'occasionalità sarebbe destinata a mescolarsi alla categoria degli atti legalmente compiuti (dal debitore) che, per come

collocati nel concordato con riserva, costituiscono solo una voce del più ampio catalogo delle (fonti di) prededuzioni qualificate da una disposizione di legge; al contempo, la stessa occasionalità, ove riferita più in generale agli atti del debitore in procedura, genererebbe comunque un bisogno di filtro per evitarne che, appunto, de plano, ogni sua condotta generi la precedenza processuale solutoria, con effetti anche nella eventuale procedura successiva, sottraendo significato proprio a quelle ipotesi ben specifiche (come per i finanziamenti l. fall., ex artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*) per le quali la legge concorsuale impone più severamente la sussistenza di fattori sostanziali, prospettici e autorizzatori; a seguire la tesi congiuntiva dei due parametri, se ne avrebbe così, da un lato, la duplicazione ambigua, se normativamente ricorra, del criterio a questo punto meramente delimitativo del compimento di atti secondo legalità ed invece il rinvio a regole di coerenza istituzionali del tutto incerte (perché spostate sul piano del regime autorizzatorio dell'efficacia) ove un altro criterio non soccorra (come ad esempio nell'amministrazione dei beni e l'esercizio dell'impresa dopo l'ammissione al concordato l. fall., ex art. 163, o a seguito del deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi del comma 1 o dell'istanza sospensiva per le trattative pendenti secondo il comma 6 della l. fall., art. 182-*bis*);

23. ne consegue che proprio la funzionalità ben si presta ad includere i crediti di terzi per prestazioni eseguite a favore del debitore in termini di preparazione ed allestimento delle procedure concorsuali anche minori (quesito iv); il parametro ricorre pertanto, a volerne assicurare autonomia, laddove per esse la coadiuvazione non riguardi in senso stretto la conservazione dell'impresa in sé (cioè gli atti di amministrazione, cui hanno diverso riguardo ad esempio nel corso del concordato – il descritto della l. fall., art. 161, comma 7, ovvero le varie ipotesi di finanziamento in esecuzione, in funzione o interinale), bensì la ristrutturazione del passivo e i progetti di soddisfacimento dei creditori proprio per come organizzati nelle forme e con gli atti necessari (per legge) o parimenti indispensabili (secondo il tenore dell'iniziativa attivata) all'instaurazione e all'ordinato svolgimento della procedura cui sono strumentali; la nozione, in tal senso, intercetta in primo luogo il mutamento della causa del concordato dopo il tramonto della sua vocazione liquidatoria, potendosi ribadire che, accanto alla verifica – nelle varie fasi di ammissione, revoca ed omologazione – dell'effettiva realizzabilità della causa concreta, cioè dell'obiettivo specifico perseguito dal procedimento, che non ha contenuto fisso e predeterminabile, ma inerisce al tipo di proposta formulata, resta comune ad ogni procedura il “generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro” (Cass. s.u. 1513/2013); né il citato riferimento appare mutato, anzi essendosi irrobustito

per effetto dell'integrazione con la soglia di pagamento dei creditori chirografari del 20 per cento dopo il D.L. L. 27 giugno 2015, n. 83 (convertito nella L. 6 agosto 2015, n. 132), mentre la regola della significatività dell'apprezzamento senza limite minimo è sopravvissuta per il concordato con continuità aziendale della l. fall., art. 186-*bis*, ed è stata istituita nel concordato semplificato liquidatorio, conseguente alla composizione negoziata, del D.L. n. 118 del 2021, art. 18;

24. è così possibile, in secondo luogo, neutralizzare l'eventuale insuccesso della procedura concorsuale minore senza ignorare con il rispettivo arrestarsi la qualità di servizio della prestazione resa al debitore, e dunque l'aspirazione alla prededuzione nel pagamento, evitando per un verso il collegamento tra funzionalità e utilità concreta (per definizione assente, così da non ricercare, secondo Cass. 1182/2018, anche per gli accordi di ristrutturazione, quesito iii), ma al contempo dubitando che la prestazione in sé reclaims de plano il relativo credito alla esaminata qualità; non può invero sostenersi che l'accesso (su mera domanda) alla procedura di concordato realizzi in quanto tale, sempre e comunque, un vantaggio per i creditori, apparendo fallace l'argomento della cristallizzazione della massa passiva e della retrodatazione del periodo sospetto, ove segua il fallimento (o equivalente procedura d'insolvenza) ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie; vale sul punto e piuttosto l'osservazione che anche la regola giuridica della continuità fra procedure non assicura alcuna portata preservativa, dal punto di vista economico, al valore dell'impresa debitrice in prospettiva liquidatoria, a fronte del differimento così ancora protratto del soddisfacimento dei creditori, cui si applica dalla domanda del debitore anche il blocco degli interessi l. fall., *ex* art. 55, mentre già dalla pubblicazione nel registro delle imprese essi perdono la possibilità di agire *in executivis* e per converso il rischio di devalorizzazione della stessa consistenza della massa attiva appare anzi crescere all'incremento di crediti prededuttivi che non trovino corrispettivo in altrettante addizioni patrimoniali;

25. il superamento della tesi della utilità in concreto e del suo riscontro *ex post* quale criterio attributivo della funzionalità della prestazione ad una procedura concorsuale seguita ad un'altra, diversa da quella per la quale il terzo ha effettuato la propria attività o ceduto beni o erogato servizi, richiede a sua volta, per gli interrogativi che hanno investito queste Sezioni Unite, altresì l'aggiornamento della variegata trama con cui la consecuzione tra procedure è venuta alimentando indirizzi non coincidenti; il presupposto comune è che la prededuzione, per sua natura accordata ad un credito nel contesto processuale in cui il relativo titolo trae origine (includendone l'area preparatoria), sopravvive in una procedura concorsuale diversa che segua la precedente solo se sussista una consecuzione fra le stesse; la precedenza di

pagamento così riservata al credito di massa permane anche al di fuori del perimetro procedurale d'insorgenza, ed in rapporto ai cui scopi l'attività sia stata prestata, se la finale regolazione della procedura di sbocco disciplini un fenomeno giuridico unitario, per identità di soggetti e di requisito oggettivo;

26. la divergenza d'indirizzo non riguarda la nozione organizzativa della consecuzione tra procedure, cui questa Corte, in più pronunce, ha offerto elementi di identificazione univoci, in via interpretativa e poi con il supporto della codificazione del canone nella l. fall., art. 69-*bis*; così, la retrodatazione dei termini di cui alla l. fall., art. 67, trova applicazione anche ove la prima sia un'amministrazione controllata e l'ultima una procedura il cui presupposto oggettivo sia costituito dallo stato d'insolvenza, poiché "la continuità non si risolve, in questi casi, in un mero dato temporale, ma si configura come fattispecie di effettiva consecuzione per effetto del negativo sviluppo della condizione di temporanea difficoltà denunciata dall'imprenditore che chiede il beneficio dell'amministrazione controllata, laddove si riveli erronea la prognosi di risanamento alla base di questa" (Cass. 4482/2021, 24861/2015); si è poi ripetuto che la consecuzione tra procedure concorsuali è "un fenomeno (di) collegamento tra procedure di qualsiasi tipo, volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa, che trova nella l. fall., art. 69-*bis*, una sua particolare disciplina nel caso in cui esso si atteggi a consecuzione fra una o più procedure minori e un fallimento finale" (Cass. 15724/2019); parimenti, nemmeno è decisivo l'intervallo temporale in sé tra la chiusura di una procedura e la dichiarazione di fallimento, "purché si tratti di un intervallo di estensione non irragionevole, tale cioè da non costituire esso stesso elemento dimostrativo dell'intervenuta variazione dei presupposti delle due procedure" (Cass. 6290/2018, 33402/2021);

27. la più significativa divergenza è invece sorta ove la descritta regola della consecutività, essenziale ai fini di verificare la persistenza prededuttiva di un credito oltre il contesto concorsuale in cui sia maturato, è stata fatta propria da un indirizzo che, pur accogliendone la nozione sostanziale, l'ha applicata oltre le esplicite previsioni normative dettate in tema di periodo sospetto per le azioni revocatorie e decorrenza degli accessori del credito; per tale opzione, accertata la consecutività fra concordato e procedura successiva, in difetto di "una discontinuità nell'insolvenza", la sovrapponibilità del presupposto oggettivo basterebbe a determinare anche il carattere prededucibile del credito maturato dal professionista (nella specie, incaricato dal debitore che abbia depositato domanda di concordato con riserva di redigere l'attestazione di cui alla l. fall., art. 161, comma 3), pure se la domanda, dichiarata inammissibile l. fall., ex art. 162, non sia sfociata in un'apertura della relativa procedura, stante la pronuncia del fallimento (Cass. 25471/2019); in questa lettura, la presentazione della

domanda di concordato innescherebbe un segmento dell'unico procedimento, che può evolvere in una mera fase ove segua il deposito degli atti a scioglimento della riserva, mentre la prededuzione promanerebbe dall'automatismo dell'effetto protettivo per gli atti legalmente compiuti nel periodo interinale della l. fall., art. 161, comma 7, almeno ove sia mancato l'accertamento di un abuso nella rispettiva produzione dei debiti;

28. all'opposto si situano le pronunce che, raffinando un principio già esposto dal 2015 (con l'ordinanza n. 25589) e ponendo in discussione che la fase preconcordataria sia assimilabile ad ogni effetto al regime pieno del concordato preventivo, oltre cioè i riferimenti normativi estensivi (come la l. fall., art. 168), dubitano dell'esistenza di una nozione unica di continuità, la quale esigerebbe invece – oltre all'identico elemento oggettivo – anche una evoluzione formale della procedura, almeno ammessa ai sensi della l. fall., art. 163 (Cass. 639, 640 e 641 del 2021 e poi Cass. 4710 del 2021); per contro, la collocazione del credito del professionista che abbia assistito il debitore non richiamerebbe la l. fall., art. 161, comma 7 (circoscritto alla gestione dell'impresa), ma proprio la funzionalità della l. fall., art. 111, comma 2, a sua volta assente, stante la discontinuità formale tra concordato e fallimento quando, come nel caso, il primo non sia stato ammesso;

29. ritengono queste Sezioni Unite che la descritta, seconda, opzione interpretativa possa essere condivisa, con alcune precisazioni, potendo in essa la regola relazionale alla base della funzionalità assumere maggiore coerenza, proprio perché costruita come clausola generale, rispetto all'apprezzamento di tutte le prestazioni collegate all'attività – negoziale o non – del debitore direttamente strumentali agli scopi della procedura concorsuale, rendendola cioè possibile, dunque agevolandone l'instaurazione o la prosecuzione in termini di adeguatezza (quesiti v e vi); la nozione può ricevere soccorso dalle norme (ove la prestazione sia tipizzata quale necessaria per la procedura stessa) e comunque deve sostanzarsi in un accertamento di strumentalità, per quanto detto, sussistente *ex ante* rispetto alle predette finalità (quesito iii);

30. la funzionalità, infatti, come parametro direttamente attributivo, appare per un verso antitetica al riconoscimento de plano di un credito solo perché afferente ad una prestazione che si sia inserita fenomenicamente nell'*iter* che ha condotto ad una procedura ovvero ne sia stata coeva, esigendo piuttosto – a necessario elemento integrativo – che il rapporto di inerenza alle finalità della procedura al cui vantaggio è stata rivolta trovi un apprezzamento anche nella transizione verso altra procedura che segua la prima, specie quando ne sia la conferma d'insuccesso del relativo progetto ristrutturativo; a tale requisito assolve la consecutività dei procedimenti, con l'avvertenza che il primo di essi, per quanto ad esito infausto, sia progredito oltre il mero accesso, raggiungendo almeno gli obiettivi minimali che lo

caratterizzano tipologicamente, cioè possa dirsi, quanto al concordato, procedura concorsuale pervenuta alla fase di possibile coinvolgimento dei creditori;

31. in questo senso, la consecutività – ove la questione riguardi la prededuzione e dunque in assenza di una norma più specifica – non si limita a postulare l'identità dell'elemento oggettivo su cui sono fondate le procedure in sequenza, ma esige che tra di esse non vi sia discontinuità anche organizzativa, ricorrente invece quando la prima non sia avanzata oltre la domanda del debitore ed infatti nemmeno sia stata aperta, così non raggiungendo lo scopo per il cui realizzo abbia cooperato un terzo, ingaggiato dal debitore (quesito v); per converso, la medesima consecutività, con pienezza dei suoi effetti, coinvolge principio o postulato che sia – in primo luogo le sole zone concorsuali per le quali è stata espressamente dettata, come avvenuto con la l. fall., art. 69-*bis*, al culmine di un percorso tutto orientato alla tutela della massa dei creditori, e non del singolo, esito agevolmente desumibile dalla ratio che sorregge la retrodatazione del periodo sospetto (Cass. 25728/2016), per la quale è stato precisato che il fatto stesso che un'ammissione vi sia stata impone di considerare la successiva dichiarazione di fallimento come conseguenza di quel medesimo stato d'insolvenza che ha costituito il fondamento oggettivo del concordato preventivo (Cass. 8439/2012, 7324/2016); mentre per l'amministrazione controllata occorre dimostrare l'assenza di soluzione di continuità rispetto al fallimento (Cass. 1300/2013); identica considerazione è stata ribadita in punto di computo degli interessi dei crediti insinuati al passivo, fatto decorrere dalla prima procedura, quale iniziata con domanda (Cass. 18437/2010);

32. posto che, per altro verso, la successione fra procedure non è di ostacolo, ancora di per sé, al riconoscimento della utilità per i creditori di una prestazione esaurita nel contesto della prima di esse, la conferma dello smarcamento dalla relativa valutazione *ex post* (che condurrebbe a negare sempre, con il fallimento, l'utilità in concreto) esige che comunque sussista un meno incerto indice di collegamento tra il fatto genetico sopravvissuto come titolo del credito alfine avanzato in prededuzione e la persistenza, riconoscibile anche nella nuova procedura, della adeguatezza della prestazione all'intera vicenda concorsuale, iniziata con un progetto e terminata con esito del tutto diverso da quello per il quale l'ingaggio delle prestazioni di terzi era avvenuto ad opera del debitore e così voluto da entrambe le parti; non appare dunque sufficiente che, meccanicamente, l'apporto di terzi abbia permesso l'instaurazione in sé sola considerata della prima procedura se poi essa, interrotta giudizialmente o comunque non proseguita per scelta dello stesso debitore, non realizzi alcun integrale continuum con la procedura seguente, omettendo di attuarvi altresì una

riconoscibile traslazione di risorse e valori aziendali alla cui riorganizzazione in funzione concorsuale (cioè con una conduzione secondo le rispettive regole ed effetti pieni) l'apporto del terzo era stato ingaggiato e al cui obiettivo la relativa prestazione non abbia affatto contribuito; diversamente, la consecuzione tra procedure, pur sussistente quale rinnovata prosecuzione di un regime concorsuale, si evidenzerebbe come consegna programmaticamente ritardata alla procedura finale liquidatoria di un'impresa per la quale l'originario istituto concordatizio ha acquisito apporti di terzi ma non li ha trasformati in un innesto strumentale agli scopi della prima procedura, mai raggiunti e la cui finalità essenziale è quella di far decidere ai creditori, cui la proposta è diretta (come ripetono inequivocamente la l. fall., art. 160, comma 1, art. 171, comma 2, art. 175, comma 1 (e comma 5), art. 177, comma 1, art. 178 (rubrica)), la convenienza o meno di una ristrutturazione fondata su un piano realizzabile; ciò giustifica la necessità che il concordato sia stato almeno aperto (quesito vi), evitando che crediti ad esso meramente adiacenti trovino pari trattamento rispetto a crediti invece già interni al concorso pieno;

33. in questa prospettiva, come anticipato, la previsione normativa di specifiche prestazioni necessarie per la descritta maturità di fase del concordato (come, ad esempio, il ministero del professionista legale per la proposizione della domanda, l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, la perizia estimativa giurata sul valore dei beni oggetto di prelazione) senz'altro agevola una positiva valutazione *ex ante* della strumentalità; mentre esige un più intenso dettaglio la ricostruzione dell'apporto cd. atipico, cui abbia fatto ricorso il debitore, senza esserne specificamente obbligato *ex lege*, esattamente come avvenuto nella vicenda di causa con riguardo all'advisor contabile, professionista all'evidenza aggiuntivo rispetto alle attività di indispensabile allestimento della domanda, così come del piano, della proposta e dei documenti, senza che in fatto risulti alcun deposito di atti e dunque – almeno per questa via – con spostamento ancora più accentuato, in capo al creditore, della rappresentazione e prova di quale sia stata l'adeguatezza del suo ingaggio rispetto all'iniziativa del debitore; tuttavia, la scelta del legislatore di ricorrere ad una qualificazione generale, con l'insorgenza del credito in funzione della procedura, suggerisce di permettere all'apprezzamento del giudice di merito il più attendibile discernimento della utilità prospettica cui si presti la singola prestazione; possono infatti darsi le ipotesi di piano concordatario che esiga prestazioni specialistiche ulteriori rispetto a quelle prescritte per il suo perfezionamento formale; al contrario, una minore complessità del progetto giustifica meno – nella presente chiave di strumentalità – apporti eccedenti gli effettivi bisogni tecnici espressi, anche se effettuati (e dunque titolo per l'ammissione del credito) e conformi al

patto concluso con il debitore (così da resistere ad un'eccezione di inadempimento), perdendo in tal caso solo la prededuzione;

34. la valutazione *ex ante*, per parte sua e poiché antagonista di ogni criterio automatico, rende superfluo il confronto con la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi, quale resta quella del professionista e obbligazione di risultato, posto che l'esclusa prededuzione non discende in modo diretto dall'insuccesso della domanda, bensì dall'inidoneità causale dell'apporto del terzo alle finalità istituzionali della procedura, avendo egli configurato la propria opera, in caso di concordato non ammesso o rinunciato, verso elementi di un progetto non consegnato alle valutazioni dei creditori, cui invece – per finalità tipica dell'istituto – la proposta del debitore dev'essere diretta; si può altresì aggiungere, come emerso in dottrina, che l'approccio all'interrogativo – in uno scrupolo di non penalizzazione anche *ex art. 3 Cost.*, del diritto di credito – non può prescindere da una valutazione della posizione di ciascun fornitore di beni o di servizi, collocandosi il professionista della crisi – rispetto all'incarico ricevuto dal debitore – in una condizione di vicinanza alle informazioni sullo stato dell'impresa e, tendenzialmente, di più spiccata potenzialità percettiva dei margini di reale contribuzione causale dell'apporto richiestogli rispetto alla possibile instaurazione od ottimizzazione della procedura concorsuale;

35. in realtà, la focalizzazione del principio già rinvenibile in molteplici pronunce della Corte, ricognitive di una prededuzione che può discendere da un rapporto di funzionalità, o strumentalità, del credito (o meglio dell'attività da cui il credito si origina Cass. 10130/2021) rispetto alla procedura concorsuale (Cass. 5098/2014, 7579/2016), secondo una valutazione da operare *ex ante*, quando le prestazioni erogate dal terzo – si è ripetuto – per il momento e il modo con cui sono assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, si coordinino razionalmente con il quadro operativo da questi attivato o di imminente riconoscibile adozione, così da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria, di una procedura concorsuale tra quelle della l. fall., e sempre che non ne sia provato il carattere eccedentario, superfluo o abusivo rispetto all'iniziativa adottata (Cass. 24791/2016, 220/2020, 10130/2021, 22670/2021); si deve trattare di un'inerenza necessaria, rinvenibile quando le prestazioni si atteggiino secondo indispensabilità rispetto alle finalità istituzionali della procedura cui accedono, senza cioè che, in loro difetto, quel coordinamento potesse essere prospettato;

36. in questo senso, va condivisa la limitata simmetria tra la funzionalità di cui alla l. fall., art. 111, comma 2, e la strumentalità dei servizi le cui prestazioni siano state remunerate in periodo sospetto ai sensi della l. fall., art. 67, comma 3 lett. g), (quesito i); non a caso la non assoggettabilità alla

revocatoria fallimentare dei pagamenti di debiti liquidi ed esigibili intervenuti alla scadenza per conseguire tali opere, viene fatta dipendere dall'aver esse agevolato l'accesso alle procedure concorsuali, incluso il concordato preventivo, rilevando così un'identità di ratio delle due norme (Cass. 5098/2014, 6031/2014, 1217/2018, 27538/2019, 220/2020); significativamente, proprio nelle menzionate pronunce, viene ripreso dalla cit. Cass. s.u. 1521/2013 il rivisto scopo del concordato quale "strumento di composizione della crisi idonea a favorire la conservazione dei valori aziendali", per cui l'indagine commessa al giudice di merito attiene al "profilo della funzionalità dell'attività professionale prestata alle esigenze di risanamento proprie della procedura minore" (Cass. 30114/2018, 27537/2019); infatti, la prededuzione è stata negata al credito vantato a titolo di corrispettivo per lo svolgimento dell'incarico di predisposizione di un piano di risanamento l. fall., ex art. 67, comma 3, lett. d), (Cass. 9026/2020), posto che la l. fall., art. 111, comma 2, prescrive che il credito possa qualificarsi funzionale sulla base di un rapporto di strumentalità esistente non con il patrimonio del debitore, ma con una procedura concorsuale prevista dalla legge fallimentare quale non è l'atto di programmazione dell'impresa funzionale al suo risanamento (Cass. 1895/2018); mentre lo specifico della procedura concordataria si compone di elementi patrimoniali ed al contempo organizzativi, i primi da conservare od incrementare, i secondi da declinare favorendo la partecipazione dei soggetti decidenti cui la proposta è diretta;

37. la comune attitudine relazionale delle due disposizioni, tuttavia, non può condurre a sovrapporne ogni aspetto, così da rinvenire in ciascuna gli elementi integrativi delle reciproche fattispecie astratte; oltre alla latitudine diversa e più generica che la nozione di "servizi" (presente nella definizione dell'impresa estrapolabile dall'art. 2082 c.c.) assume rispetto alle "attività professionali" (che, nell'accezione in cui si è posta la questione della prededucibilità, attengono alle professioni intellettuali, non necessariamente ordinistiche, né coincidenti sempre con prestatori persone fisiche), sostenere infatti che se i crediti sorti per ottenere servizi professionali strumentali all'accesso al concordato vanno esenti da revocatoria ai sensi della l. fall., art. 67, comma 3, lett. g), vuol dire che quegli stessi crediti, ove impagati, diventano prededucibili nel successivo fallimento, a prescindere dall'apertura del concordato, appare il frutto di una petizione di principio; la tesi, come efficacemente annotato in alcuni studi, dovrebbe invero procedere dalla dimostrazione che anche la salvezza dalla revocatoria dei pagamenti operi a prescindere dall'apertura del concordato, presupposto contraddittorio con la constatazione che della strumentalità (quale prius della prestazione da cui sorge il credito) si può predicare la possibile sussistenza anche come fattispecie pienamente compiuta e dunque proprio

per il caso di concordato ammesso, cui cioè il debitore abbia acceduto, pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale; non va nemmeno sottaciuto che l'esenzione da revocatoria ha riguardo a debiti liquidi e già esigibili pagati alla scadenza, mentre l'ampia gamma delle prestazioni d'ausilio al concordato (e non solo) ben è compatibile con adempimenti parziali, anticipati, in acconto;

38. ciò permette di concentrare, per entrambi gli schemi relazionali, l'esigenza di una prestazione che non solo si correli causalmente al concordato ovvero al suo procedere ma che si declini altresì indispensabilmente coerente, come anticipato, con le sue descritte finalità istituzionali, altrimenti risultando l'assegnazione della preferenzialità nel pagamento al creditore tanto automatica quanto astratta, se ridotta ad un mero dato temporale d'inserzione nell'*iter* che conduce al concordato; il punto, in effetti, è meno chiaro in quelle pronunce che, pur condividendo la citata premessa ed anzi ergendola a presupposto distintivo rispetto al controllo giudiziale sull'utilità in concreto procurata dall'attività del creditore all'impresa ovvero anche alla sua persistenza a fallimento dichiarato (ininfluenti ai fini della prededuzione), finiscono per evitare il confronto con la stabilizzazione degli effetti del concordato, limitando il perimetro della clausola generale al mero contributo dato dalla prestazione del terzo all'accesso in sé al concordato (nel frattempo revocato nel caso di Cass. 12017/2018) ovvero rimettendo i vizi che hanno minato l'iniziativa di risanamento e l'ascrivibilità degli stessi alla prestazione del creditore ad un'indagine circa l'esattezza dell'adempimento (e la conseguente nozione di utilità in concreto che la prestazione era in grado di procurare), piano del tutto diverso rispetto a quello della mera funzionalità (Cass. 27538/2019);

39. quanto premesso osta invero all'adesione ad uno scenario per cui le prestazioni svolte in funzione di un concordato preventivo siano equiparate sempre e comunque a quelle di cui lo stesso debitore ben potrebbe avvalersi direttamente preparando, anche con professionisti, il proprio fallimento, così instando per la relativa dichiarazione; proprio per esse, infatti, questa Corte ha chiarito che il credito del professionista che abbia assistito il debitore nella preparazione della documentazione per la proposizione dell'istanza di fallimento in proprio – sebbene sia attività che può essere svolta personalmente dal debitore ma che lo stesso ha scelto di affidare ad un esperto di settore – costituisce un credito sorto in funzione della procedura fallimentare, prededucibile ai sensi della l. fall., art. 111, comma 2, trattandosi appunto di norma generale, applicabile a tutte le procedure concorsuali (Cass. 18922/2014, 17596/2019); più di recente Cass. 25313/2021, meglio emancipandosi da ogni riconoscimento de plano, ha più efficacemente richiamato l'accertata strumentalità e funzionalità alla procedura fallimentare dell'iniziativa del debitore, che aveva allestito – dopo

aver rinunciato al concordato preventivo avviato – la presentazione dell’istanza di fallimento in proprio con esercizio provvisorio, tramite costituzione di una cooperativa tra dipendenti ed acquisto del marchio e degli impianti, permettendo il proseguimento dell’attività caratteristica e dei posti di lavoro, cioè quella aggregazione di risorse che avrebbe reso adeguata, almeno secondo il confermato giudizio *ex ante* rimesso al giudice di merito, la scelta di instaurare e appunto preparare anche con l’apporto del terzo l’accesso alla procedura fallimentare, infatti oggetto di domanda accolta nei termini richiesti;

40. la risposta alla domanda di prededuzione impone pertanto il ricorso al parametro della funzionalità ove la prestazione di terzi impatti sul difetto di norme che già qualificano il credito alla stregua di disposizioni specifiche di legge, l. fall., *ex art.* 111, comma 2, prima parte (come da ultimo intervenuto ai sensi del D.L. n. 118 del 2021, art. 16, comma 11, per il compenso dell’esperto nella composizione negoziata); e si tratta di risposta necessaria, sin dalla constatazione letterale che è la stessa legge fallimentare, compiuta con il D.Lgs. n. 5 del 2006, la scelta di emancipazione della prededuzione dal ristretto ambito dei debiti di massa generati dagli organi fallimentari, a sovraimporre nella novella un criterio normativo di secondo grado alla nozione (sono considerati crediti prededucibili) rispetto all’ordinario statuto che ciascun credito comunque non perde anche nel concorso, se vero ed esistente, oltre che opponibile;

41. nel caso di specie, non è innanzitutto praticabile una generale soluzione attributiva o denegativa della prededuzione del professionista sulla scorta di una norma positiva, per l’abrogazione – con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. *e)-bis*, n. 3 (conv. nella L. 7 agosto 2012, n. 134) – della l. fall., art. 182-*quater*, comma 4, che pur la prevedeva e però ne limitava l’ambito solo al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui alla l. fall., art. 161, comma 3 e art. 182-*bis*, comma 1, esigendo altresì un espresso riconoscimento con il decreto di ammissione al concordato (o di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti); l’abrogazione, pertanto, in sé ha portata neutra, per nulla escludendo tra gli altri – uno statuto preferenziale di vantaggi anche per professionisti diversi dall’attestatore o comunque un pari trattamento per tutti (quesito iv);

42. pari sorte è assegnabile alla L. 21 febbraio 2014, n. 9, art. 11, comma 3-*quater* (di conversione del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145), pur invocato anche nella presente sede e trattato nel decreto del tribunale mantovano, sul presupposto che l’attività del professionista era stata svolta nella vigenza della citata norma (qualificata) di interpretazione autentica l. fall., art. 111, comma 2, in relazione ai crediti sorti in occasione o in funzione del concordato aperto ai sensi della l. fall., art. 161, comma 6, da intendersi conferente la prededuzione solo a condizione che la proposta, il piano e la

documentazione di cui del citato art. 161, commi 3 e 3, siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163 del medesimo R.D., e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato art. 161, comma 6; la disposizione infatti è stata abrogata dal D.L. 24 giugno 2014, n. 91, art. 22, comma 7 (convertito dalla L. 11 agosto 2014, n. 116) e lo stesso decreto impugnato ha finito con l'ammettere che tale evento ha reso la norma *inutiliter data*, così dovendosi, anche in questa sede, condividere la tesi per cui la sopravvenuta espunzione non ha come conseguenza né quella di fissare, per il suo tempo di vigenza, il significato enunciato tra quelli propri della norma, né parimenti quella di sottrarlo, per lo stesso periodo e pro futuro, tra quelli perseguibili;

43. d'altronde, accedendo al metodo ricognitivo della norma d'interpretazione, si può scorgere che il precetto prima introdotto e poi espunto corrispondeva proprio ad uno dei possibili significati della disposizione, secondo l'insegnamento dei giudici costituzionali per i quali è "necessario e sufficiente che la scelta ermeneutica imposta dalla legge interpretativa rientri tra le possibili varianti di senso... compatibili col tenore letterale del testo interpretato, cioè stabilisca un significato che ragionevolmente poteva essere ascritto alla legge anteriore" e perfino a fronte di un indirizzo omogeneo della Corte di Cassazione, in questo caso operando lo strumento "per rimediare a un'opzione interpretativa consolidata nella giurisprudenza in un senso divergente dalla linea di politica del diritto (dal legislatore) giudicata più opportuna" (Corte Cost. 480/1992); Corte Cost. 94/1995 ha a sua volta chiarito che la predetta qualificazione va attribuita a quelle norme obiettivamente dirette a chiarire il senso di norme preesistenti ovvero a escludere o a enucleare uno dei sensi fra quelli ragionevolmente ascrivibili alla norma interpretata, "allo scopo di imporre l'applicazione della variante., prescelta da parte di coloro che dovranno dare esecuzione alla norma interpretata" così che "la natura di legge interpretativa va desunta da un rapporto fra norme – e non fra disposizioni – tale che il sopravvenire della norma interpretante non fa venir meno la norma interpretata, ma l'una e l'altra si saldano fra loro dando luogo a un precetto normativo unitario" (conf. Corte Cost. 70/2020); per converso, Corte Cost. 73/2017 ha puntualizzato che se i valori costituzionali in gioco sono quelli dell'affidamento dei consociati e della certezza dei rapporti giuridici, "l'esegesi imposta dal legislatore, assegnando alle disposizioni interpretate un significato in esse già contenuto, riconoscibile come una delle loro possibili varianti di senso, influisce sul positivo apprezzamento sia della sua ragionevolezza, sia della non configurabilità di una lesione dell'affidamento dei destinatari";

44. l'esclusione della prededuzione già apparteneva pertanto alla lettura possibile della norma, tant'è che questa Corte aveva avuto modo di affermarne l'autonomia portata anche rispetto alla L. n. 9 del 2014, art. 11, comma 3-*quater*, proprio in una fattispecie di attività difensiva inerente ad una domanda di concordato preventivo l. fall., ex art. 161, comma 6, "dichiarata inammissibile per mancato deposito della proposta, del piano e della relativa documentazione", non prededucibile perché "non arrecando alla procedura concorsuale alcun beneficio in termini di accrescimento dell'attivo o salvaguardia della sua integrità, non può dirsi collegato occasionalmente o funzionalmente con la stessa., indipendentemente dalla presenza o meno di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura" (in motivazione, Cass. 25589/2015, conf. Cass. 16224/2019);

45. il citato carattere interpretativo, oltre che derivare dal testo della legge, era desumibile dall'intento di chiarire la combinazione della l. fall., art. 111, comma 2 e della l. fall., art. 161, comma 6, con riguardo ai crediti sorti nella corrispondente fase interinale, "enucleando uno dei significati astrattamente ascrivibili alla norma interpretata" (secondo il metodo ricostruito anche in Cass. 13319/2006); così che, successivamente, Cass. 4859/2019 ha statuito che, come la norma interpretativa aveva natura retroattiva, "così la successiva norma abrogativa della norma interpretativa aveva analoga efficacia e retroagiva anch'essa al tempo della norma anteriore interpretata; la pari efficacia temporale di tali norme ha quindi fatto sì che la loro concatenazione" ne abbia reso improduttiva la sequenza, dovendosi perciò escludere che la norma abrogativa abbia avuto l'effetto di fissare per il tempo della vigenza della norma interpretativa il significato da essa specificato tra quelli ragionevolmente ascrivibili alla norma anteriore e piuttosto restituendo inalterata la prospettiva interpretativa tra diversi possibili significati attribuibili alla norma rilevante (Cass. n. 13119/2016).

46. nonostante l'esclusione di una norma specifica ora vigente si deve tuttavia prendere atto che, pur nella mutevolezza del regime del codice della crisi e dell'insolvenza, la questione oggi in esame ha ivi conseguito, allo stato, una regolazione identica a quella enunciata in un indirizzo – qui condiviso – del quale l'ordinanza interlocutoria ha chiesto l'approfondimento, posto che, all'art. 6, comma 1, lett. c) CCII, accanto alla restrizione della misura di riconoscimento della prededuzione (pari al 75% di quanto accertato), i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda maturano la prededuzione stessa a condizione che la procedura sia aperta (ai sensi del successivo art. 47), con identica cautela – secondo la lett. b) art. cit. – per le prestazioni rese in funzione della omologazione, altrettanto necessaria, degli accordi di ristrutturazione dei debiti;

47. l'art. 6, comma 1, lett. c) ed a), a superamento delle incertezze proprie di una prededuzione funzionale generica, ne riscrive il perimetro in modo saldamente ancorato, con l'apertura della procedura (dell'art. 47 CCII) o l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, ad una condizione cioè che irrobustisce a ritroso tutta l'attività già compiuta e strumentale al concorso, perché essa fa conseguire al relativo credito la preferenza processuale in esame sempre che l'instaurazione della concorsualità, per iniziativa volontaria, si protragga sino ad un provvedimento giudiziale positivo; l'apertura del concordato o l'omologazione degli accordi assumono così, al contempo, il significato di una conferma di adeguatezza delle prestazioni ingaggiate dal debitore rispetto alla specifica procedura concorsuale cui siano state dirette e di stabilizzazione degli stessi effetti concorsuali, solo iniziati con la domanda; la norma, come noto, è diretta attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155 che, nei principi generali dell'art. 2, ha affidato alla legislazione delegata la realizzazione della riforma per ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure (lett. l) e riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti dalla presente legge (lett. m);

48. la legge delega ha pertanto espresso un univoco indirizzo restrittivo e perequativo sulla latitudine delle prededuzioni, tanto per la norma ad hoc che fissa la misura di riconoscimento del credito ovviamente già accertato (scelta discrezionale interna ai margini della delega e innovativa), quanto per l'adozione di un criterio di condizionalità direttamente desunto dalla giurisprudenza di questa Corte ed apparso come il più idoneo non solo ad attuare il descritto principio generale contenitivo ma altresì, può aggiungersi, a permetterne l'operatività in ogni caso di domanda di pagamento e, contestualmente, a realizzare anche il superamento dei contrasti cui fa cenno la lett. m) dell'art. 2; se infatti la questione qui interroga le Sezioni Unite per il caso di consecuzione di procedure, da concordato non ammesso a fallimento, cionondimeno essa si pone, fisiologicamente e in primo luogo, allorché sia da regolare la vicenda solutoria a prima procedura ancora in corso, trattandosi di fronteggiare un costo innanzitutto ad essa proprio; in questo, il CCII, all'art. 98, formalizza un canone – pur meno indagato nel conflitto giurisprudenziale e semmai attinente alle iniziative recuperatorie di tipo revocatorio – per cui i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto; parimenti, con l'abbandono del sintagma in

occasione o in funzione delle procedure concorsuali, l'art. 99 CCII segna il tramonto della prededuzione degli stessi finanziamenti in funzione della domanda di ammissione al concordato di cui alla l. fall., art. 182-*quater*, comma 2, pur attualmente condizionati a requisiti sostanziali prima (la previsione nel piano) e di vaglio processuale specifico dopo (il tribunale dispone la preferenzialità in sede di ammissione), prefigurando una necessaria autorizzazione preventiva giudiziale; altrettanto chiarisce il CCII all'art. 172, comma 3, che, per le ipotesi in cui sia scelta nella liquidazione giudiziale la prosecuzione del contratto, sono prededucibili soltanto i crediti maturati nel corso della procedura quali costi diretti di essa, con riconfinamento nell'alveo dei comuni crediti concorsuali, da soddisfare previo accertamento e secondo le regole e nei contesti della distribuzione, delle pretese rimaste inadempite;

49. l'attingimento dalla scelta del CCII che, a riforma vigente, di per sé risolverebbe in modo diretto la controversia di causa laddove subordina la prededuzione all'apertura della procedura (art. 6, comma 1, lett. c), si potrebbe allora porre in termini di continuità regolativa sia con le descritte divaricazioni della concorsualità a cerchi concentrici (più ristretti quanto al perimetro delle procedure concorsuali, più estesi nella anticipazione degli effetti e nella loro persistenza anche dopo la chiusura in senso stretto della procedura, quesito v), sia con una nozione non universalistica del fenomeno della consecuzione delle procedure, sia infine con i precisi precedenti in tema;

50. la possibilità di utilizzo del codice della crisi e dell'insolvenza – parte integrante dell'ordinamento positivo nonostante la lunga *vacatio legis* prevista è stata fissata nei suoi canoni da queste Sezioni Unite nella sentenza 12476 del 2020 ove si è riconosciuto che il citato testo “in generale non applicabile – per scelta del legislatore – alle procedure... aperte anteriormente alla sua entrata in vigore (art. 390, comma 1, C.c.i.i.), e la pretesa di rinvenire in esso norme destinate a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della l. fall., potrebbe essere ammessa se (e solo se) si potesse configurare nello specifico segmento – un ambito di continuità tra il regime vigente e quello futuro”; a tale indicazione ermeneutica si sono poi conformate altre due pronunce delle Sezioni Unite, resolvendo contrasti interpretativi attorno ad istituti dell'attuale ordinamento concorsuale positivo proprio attingendo alle soluzioni dettate più specificamente dal codice della crisi, dopo averne riconosciuto la continuità o addirittura la piena identità rispetto ad indirizzi già presenti nel formante giurisprudenziale; Cass., S.U., n. 8504/2021, in un giudizio concernente l'impugnazione del rigetto della proposta di trattamento dei crediti tributari avanzata nell'ambito di un accordo di ristrutturazione dei debiti l. fall., *ex artt.* 182-*bis* e 182-*ter*, ha affermato la sussistenza di tale continuità fra l. fall.,

artt. 180,182-*bis* e 182-*ter*, nel testo anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 14 del 2019, applicabile nel caso e gli stessi della l. fall., artt. 180, 182-*bis* e 182-*ter*, come successivamente modificati dall'art. 63 del citato codice della crisi e del D.L. n. 125 del 2020, art. 3, comma 1-*bis* (convertito nella L. 27 novembre 2020, n. 159); la più recente Cass., S.U., n. 35954/2021 ha confermato il principio in materia di concordato preventivo; a propria volta Cass., S.U., n. 12154/2021 ha chiarito che la regola fissata nell'art. 143, comma 3 CCII non esprime un dato di assoluta novità enunciativa, “mostrando all'evidenza di coincidere con uno degli assetti ermeneutici sedimentati presso questa Corte e, in ciò, limitandosi a selezionare un'interpretazione possibile, tra le più, finora seguite, dunque ed obiettivamente delimitando la portata dell'istituto e pertanto, per quel che qui rileva, non assumendo una radicale natura anche legislativamente innovativa; a tale versante si può attribuire rilievo... apparendo l'opzione positiva prescelta già oggi idonea ad indicare una complessiva linea di condivisibile semplificazione ermeneutica”, così che l'interruzione del processo è automatica ai sensi del vigente l. fall., art. 43, comma 3, ma il termine per la relativa riassunzione o prosecuzione, per evitare gli effetti di estinzione di cui all'art. 305 c.p.c. e al di fuori delle ipotesi di improcedibilità ai sensi della l. fall., artt. 52 e 93, per le domande di credito, decorre dal momento in cui la dichiarazione giudiziale dell'interruzione stessa sia portata a conoscenza di ciascuna parte, come solo esplicitato dal codice della crisi; risulta dunque evidente che, per questa via, l'adozione dell'indirizzo già ora sintonico con il precetto dell'art. 6, comma 1, lett. c) CCII contribuisce a ricondurre a sistema, come osservato dal Procuratore Generale, una soluzione presente nel formante giurisprudenziale e che diverrebbe armonizzata rispetto ad un assetto normativo destinato a compiersi nella sua interezza con la prossima entrata in vigore integrale del D.Lgs. n. 14 del 2019;

51. quanto poi alla distinzione tra area effettuale della concorsualità e ambito, più ristretto, delle singole procedure concorsuali, dalle semplificazioni sopra riportate, relative al regime protettivo della composizione negoziata di cui al D.L. n. 118 del 2021, si evince sia la rispettiva anticipazione (artt. 6 e 7) che la sua persistenza (art. 12) rispetto ad un'eventuale procedura concorsuale, senza coincidere con essa; al pari, la giurisprudenza di questa Corte ha anche circoscritto i primi effetti prodotti dalla pubblicazione della domanda di concordato con riserva ai sensi della l. fall., art. 161, comma 6, restringendone il campo agli istituti di espressa menzione normativa e nel presupposto di un pieno dispiegamento della procedura, come chiarito da Cass. n. 8996/2021 la quale ha precisato che della l. fall., art. 168, comma 3, ove dispone l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo rispetto ai creditori anteriori,

non si applica qualora, rinunciata la domanda di concordato prima della sua ammissione, sia stato in un momento successivo dichiarato il fallimento dell'imprenditore, trovando l'inefficacia degli atti nell'ambito della procedura fallimentare la propria disciplina nella l. fall., art. 69-bis, caso diverso da quello in cui dopo l'apertura del concordato segua il fallimento (Cass. n. 6381/2019); parimenti, dopo la chiusura della liquidazione coatta amministrativa, per Cass., S.U., n. 2608/2021 il credito IRES da eccedenza di imposta versata a titolo di ritenuta d'acconto, pur nascendo a seguito del compimento delle attività di liquidazione, di modo che la dichiarazione concernente il maxiperiodo concorsuale comporta soltanto la rilevazione di un credito già sorto, determina la validità ed efficacia, tra cedente e cessionario, della cessione di quel credito operata dal commissario liquidatore antecedentemente alla cessazione della procedura, "laddove il contratto stipulato dopo la cessazione della procedura... si traduce in una riproduzione contrattuale... adempimento dovuto, funzionale a consentire al cessionario di far valere nei confronti del fisco il credito che gli è stato ceduto"; in materia di concordato, la chiusura della procedura non osta a che, per effetto del rinvio compiuto dalla l. fall., art. 165, comma 2, l. fall., art. 39 – il cui comma 3, prevede che la liquidazione del compenso finale avvenga al termine della procedura – il tribunale competente sulla regolazione del concorso abbia ancora il potere di provvedere alla liquidazione del compenso dovuto al commissario giudiziale, una volta che tutte le sue attività si siano concluse, così esercitando poteri relativi alla concorsualità (ad iniziare dai parametri remunerativi) pur quando la procedura in senso stretto non sia più pendente (Cass. nn. 15789/2021, 20762/2021, 20948/2021);

52. una nozione differenziata della consecutività, per parte sua, oltre a dipendere da singoli rimandi di effetti quali precisamente fissati nella legge fallimentare, mette in evidenza che lo stesso istituto, d'insorgenza prima giurisprudenziale e poi a delimitata codificazione, è sempre stato inteso siccome di vantaggio per il ceto creditorio, unificando sotto il medesimo presupposto sostanziale, come visto, procedure instaurate in sequenza; ma altrettanto diffusa è la consapevolezza, presso la giurisprudenza di legittimità, che, "per quanto possano essere considerate unitariamente a taluni effetti le diverse procedure concorsuali succedutesi, non pare discutibile che siano significativamente diverse le attività cui sono tenuti, rispettivamente, il commissario giudiziale nella procedura di concordato preventivo, che può prescindere dalla liquidazione dei beni del debitore, ed il curatore fallimentare, che deve sempre procedere alla liquidazione dell'attivo" (così, da ultimo, Cass. n. 33364/2021); tant'è che perfino all'interno del concordato preventivo con cessione dei beni, o ad esso assimilabile, la nomina a liquidatore della persona già in carica come

commissario giudiziale collide con il requisito (desumibile dalla l. fall., art. 182, comma 2 e art. 28, comma 2) che il liquidatore sia immune da conflitto di interessi, anche potenziale, ipotesi, invece, configurabile laddove nella sua persona si cumulino la funzione gestoria con quella di sorveglianza dell'adempimento del concordato, di cui alla l. fall., art. 185, comma 1; si tratta di regole di funzionamento le quali, presidiando i compiti degli organi concorsuali, ne svelano l'inerenza, come già più volte detto, a finalità specifiche, autonome e non sovrapponibili delle singole procedure concorsuali, così da doversi riflettere nel giudizio di coerenza che le attività preparatorie o di sostegno gestionale delle stesse implicano alla stregua di una categoria tipica di relazione, come la funzionalità in esame;

53. infine, quanto ai precedenti cui correlare la scelta di superamento dei contrasti interpretativi (secondo la Legge Delega n. 115 del 2017, art. 2, lett. m)), si osserva che già per Cass. n. 5254/2018 il credito del professionista per l'attività svolta in favore di un imprenditore e diretta a verificare la praticabilità dello strumento concordatario, quale mezzo di superamento del suo stato di crisi o di insolvenza, non ha sempre natura prededucibile, cioè non prescinde in assoluto "dall'esito dell'incarico: il l. fall., art. 111, comma 2 l. fall., nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti in "funzione" di una procedura concorsuale, presuppone... che la procedura sia stata aperta (e dunque, quanto al concordato, che l'opera prestata sia sfociata nella presentazione della relativa domanda e nell'ammissione dell'impresa alla procedura minore, dimostrandosi in tal modo "funzionale", cioè strumentalmente utile, al raggiungimento quantomeno dell'obiettivo minimale perseguito dal cliente)"; il precedente si riferiva ad un incarico che nemmeno era collegato alla presentazione effettiva di una domanda di concordato, mentre già nella fattispecie della successiva Cass. n. 16224/2019, prima ancora della scadenza del termine concesso dal tribunale per l'integrazione della domanda, era stata presentata dalla società istanza di fallimento in proprio, non potendosi allora ritenere "lo stesso credito collegato occasionalmente o funzionalmente con il fallimento, per mancata dimostrazione di un effettivo beneficio alla procedura concorsuale, emergendo, anzi, che era stato ritardato un fallimento di cui sussistevano già i presupposti"; nelle vicende esaminate da Cass. nn. 639, 640 e 641 del 2021 la prestazione professionale (di redazione e preparazione dell'atto) accedeva ad una domanda di concordato proposta, ma dichiarata inammissibile dal tribunale e, nel caso, infine, di Cass. n. 4710/2021, ad una domanda rinunciata, così formulandosi il principio, per questa parte qui condiviso, per cui l. fall., citato art. 111 comma 2, allorquando stabilisce che sono considerati prededucibili i crediti sorti in funzione di una procedura concorsuale, suppone che "una tale procedura sia stata aperta, e non la semplice presentazione di una domanda di concordato... Il credito del

professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la presentazione della domanda... dichiarata inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda”;

54. il citato orientamento è peraltro stato da ultimo solo portato a compimento, saldandosi, come premesso, all’autonoma ratio decidendi con cui, sin da Cass. n. 25589/2015 e quando vigeva la riportata norma interpretativa (poi abrogata), l’invocazione della prededuzione implica che il credito “dev’essere accertato non soltanto con riferimento al nesso tra l’insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, risponda agli scopi della procedura stessa, per i benefici arrecati in termini di accrescimento dell’attivo o di salvaguardia della sua integrità, indipendentemente dalla presenza o meno di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura”; proprio nel concordato con riserva, infatti, si riscontra una domanda del debitore diretta al conseguimento potestativo di uno *spatium deliberandi*, che può essere messo a frutto – in una progressione della concorsualità solo parzialmente e provvisoriamente instaurata – ovvero, su iniziativa altrettanto unilaterale, fatto spirare senza conseguenze;

55. si tratta di un’opzione interpretativa che, solo in parte condizionata dalla riportata concezione duale e progressiva del regime concordatario indicata nella terna dei precedenti del 2021, assume in realtà e più persuasivamente in modo pregiudiziale e così necessario un nesso funzionale forte tra la prestazione acquisita dal debitore (comunque generatrice di un credito) e l’accesso indefettibile alla concorsualità verso cui l’atto dovrebbe cooperare indispensabilmente, solo così potendo resistere la relativa qualità del credito anche ove alla procedura-obiettivo ne segua altra, come il fallimento, in un avvicendamento d’insuccesso della prima; il paradigma, in tal modo riassunto, prescinde dal diverso litigio sull’adempimento della prestazione professionale, la cui effettività è invece presupposta (quesito viii); mentre, infatti, ove l’eccezione ricorra e ne sia accertato il fondamento, l’esito è la non ammissione al passivo del credito ovvero la sua considerazione solo parziale in termini quantitativi, quando faccia difetto unicamente la citata funzionalità la reale esecuzione della prestazione dà comunque titolo, in alternativa alla prededuzione, all’ammissione in privilegio, se normativamente qualificante la causa del credito, come avvenuto (almeno in parte) nel procedimento in esame;

56. la soluzione adottata, a composizione dei diversi indirizzi, permette altresì la riassegnazione di una prospettiva meno radicale alla menzionata eccezione di inadempimento, la quale presuppone un’iniziativa di contrasto,

che, quando sviluppata nella sede dell'accertamento del passivo, dunque allorché vi sia già stata l'evoluzione d'insuccesso dalla prima procedura (cui la prestazione originante il credito era rivolta) al successivo fallimento (o procedura d'insolvenza equivalente), coinvolge un organo terzo, in grado di elevare contestazioni non soltanto attinenti al merito dell'opera; al rimedio civilistico viene così affidato frequentemente l'intento di evitare che pretese di credito sproporzionate o improduttive, a formazione negoziale non controllata né dai creditori, né dal giudice, gravino sull'attivo della procedura liquidatoria finale, nonostante la manifesta inutilità della prima procedura o della sua prosecuzione o anche il carattere fraudatorio dell'iniziativa del debitore, cui non era estraneo chi l'assisteva (Cass. n. 13596/2020); non casualmente, al di là delle premesse sulla funzionalità come adeguatezza dell'opera del terzo rispetto alla procedura e alle sue finalità istituzionali, le stesse pronunce che hanno patrocinato l'ammissione del piano del credito che ha permesso l'accesso in particolare al concordato preventivo (e che qui ora si intendono superare), rinviando la verifica dell'utilità in concreto al diverso contenzioso in cui si controverta sull'inadempimento dell'obbligazione (in particolare del professionista) e la sua prova; il curatore è dunque (il solo) legittimato ad eccepire, ai sensi degli artt. 1218 e 1460 c.c. (Cass. n. 15807/2021), che il prestatore ha causalmente contribuito all'allestimento di un concordato in realtà privo della sua causa concreta, cioè inidoneo al superamento della crisi d'impresa attraverso la regolazione cui è vocata la procedura, in tal modo giustificando la non ammissione al passivo, totale o parziale, essendosi interrotto il nesso funzionale tra prestazione professionale e procedura stessa;

57. il curatore, secondo i canoni diretti a far valere la responsabilità contrattuale, avrà l'onere di allegare e provare l'esistenza del titolo negoziale, contestando la non corretta esecuzione della prestazione o anche la sua inutilità per la massa o la sola parziale utilità (con riduzione del quantum ammissibile: Cass. n. 14050/2021) o l'incompleto adempimento (sulla base del criterio di corrispettività ed essendo parzialmente nulle le clausole di insindacabilità del compenso a forfait: Cass. n. 7974/2018); per contro, a carico del professionista al di fuori di una obbligazione di risultato, pari al successo pieno della procedura – ricade l'onere di dimostrare l'esattezza del suo adempimento, per rispondenza della sua condotta al modello professionale e deontologico richiesto in concreto dalla situazione su cui è intervenuto con la propria opera ovvero l'imputazione a fattori esogeni, imprevisi e imprevedibili dell'evoluzione dannosa della procedura, culminata nella sua cessazione (anticipata o non approvata giudizialmente) e nel conseguente fallimento;

58. così è stato precisato che la funzionalità *ex ante* delle prestazioni rese dal professionista al debitore che presenti una domanda di concordato

preventivo “non può restare inficiata da successivi inadempimenti del debitore che conducano – come in caso di mancato deposito delle somme *pro expensis* l. fall., ex art. 163, comma 2, n. 4 – alla revoca dell’ammissione ai concordato preventivo, a meno che la condotta del debitore integri atti di frode e ad essi abbia partecipato (o almeno di essi sia stato pienamente consapevole) il professionista” (Cass. n. 13596/2020); in questi casi, non solo la prestazione svolta non è stata, appunto, di alcuna utilità per la procedura, ma si è rivelata addirittura potenzialmente dannosa per i creditori, “tenuto conto della erosione del patrimonio a disposizione della massa per effetto della continuazione dell’attività di impresa” (Cass. n. 3218/2017), evidentemente non bilanciata da un’adeguata conservazione dei valori aziendali ed anzi peggiorata dalle obbligazioni contratte in vista o a seguito della proposizione della domanda;

59. quanto premesso dà conto delle ragioni per cui il professionista al quale sia stato negato, a causa di carenze nella dovuta diligenza, il compenso per la redazione della relazione di cui alla l. fall., art. 161, comma 3, non possa invocare, a fondamento del credito, la mera ammissione del debitore che lo ha designato (poi dichiarato fallito) alla procedura concordataria (quesito viii); non costituendo – a questi fini – il decreto emesso dal tribunale l. fall., ex art. 163, comma 1, “approvazione della relazione, né un apprezzamento di competenza esclusiva del tribunale in ambito concordatario, in quanto l’ammissione a detta procedura non assevera definitivamente, con valore di giudicato, l’esattezza dell’adempimento del professionista” la stessa valutazione può essere, “in seguito, smentita dal medesimo tribunale, in sede di procedura fallimentare, all’esito di un più approfondito controllo” (Cass. n. 22785/2018); il che illustra la differenza di presupposti della prededuzione rispetto al riconoscimento del credito nella sua opponibilità e sussistenza, anche tenuto conto dell’evoluzione dei criteri di imputazione della responsabilità tendenti a collocare le prestazioni del professionista della crisi non oltre una zona di specialismo tecnico, ma senza alcuna assimilazione *ex se* – invero non prevista in alcuna norma – alla competenza necessaria per la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, per gli effetti attenuativi della responsabilità dell’art. 2236 c.c., dovendo semmai la parte, nel caso concreto, dimostrare “quel particolare grado di complessità tecnico-redazionale che, per l’incarico affidatogli, la relazione di consulenza avrebbe richiesto, non potendo certo essa di per sé, nemmeno per presunzione, rientrare in una corrispondente e obbligatoria tipologia codicistica, e tantomeno concorsuale a carattere speciale” (Cass. n. 30295/2021 in motivazione);

60. così, è stata ascritta al consulente contabile incaricato di assistere le parti in un’operazione di cessione di ramo di azienda una diligenza qualificata ma con responsabilità anche per colpa lieve (Cass. n. 13828/2019);

in ogni caso, resta a carico dell'obbligato l'onere di provare l'esatto adempimento, con la conseguenza che la distinzione fra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà non vale come criterio di ripartizione dell'onere della prova, ma rileva soltanto ai fini della valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, spettando al professionista la prova della particolare difficoltà della prestazione, in conformità con il generale favor per il creditore danneggiato cui l'ordinamento è informato (Cass. nn. 15732/2018, 16254/2012); nel campo concorsuale è stato precisato che, al pari di quanto previsto per il più ampio genus degli imprenditori (artt. 2082 e 2083 c.c., per l'esercizio professionale dell'attività economica) e dei professionisti intellettuali (art. 2229 c.c. e art. 33 Cost., comma 5), trova applicazione l'art. 1176 c.c., comma 2, secondo il quale nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata, in aggiunta a quella generica e comune di cui al comma 1, che già impone a qualunque debitore di adempiere l'obbligazione dovendo usare la diligenza del buon padre di famiglia; la diligenza esigibile presuppone pertanto la perizia, consistente nella conoscenza e attuazione delle regole e dei mezzi tecnici propri di una determinata arte o professione, da cui la collettività si attende e può esigere una nozione di attività professionale diretta espressione di un catalogo di regole attinenti in modo specifico a una determinata materia e, conseguentemente, concorrenti ad integrare la diligenza media propria della singola opera e vicenda; ne consegue che se quello che l'art. 2236 c.c., sanziona secondo un parametro meno rigoroso appare l'errore tecnico, almeno nelle ipotesi in cui la perizia richiesta dalla prestazione sia superiore al livello medio corrente nell'attività professionale esercitata dal debitore e considerato che la stessa norma appare specificativa dell'art. 1176 c.c., comma 2, ciò conduce ad affermare che la perizia esigibile dal professionista della crisi sia quella della completezza informativa e proporzionalità dell'apporto rispetto alle finalità specifiche della procedura concorsuale cui il debitore intende accedere o che si propone di completare, in tale limite consistendone la qualità media, andando esente da responsabilità ove quella richiestagli sia eccedente, ma dovendo egli a sua volta dimostrare tale circostanza di ingaggio (Cass. n. 10752/2018);

61. infine, la Direttiva Insolvency (UE) 2019/1023 non prende diretta posizione sulla prededuzione dei crediti professionali, trattando del "professionista nel campo della ristrutturazione" quale soggetto nominato dall'autorità pubblica e sia pure in assistenza alle parti e per la vigilanza sulla ristrutturazione (art. 2, comma 1, n. 12, lett. a-c), mentre la diversa figura del professionista ausiliario del debitore e da questi nominato trova una considerazione indiretta nel riferimento alla stabilità che gli onorari

percepiti da tali soggetti debbono conservare anche nel caso di successiva insolvenza a certe condizioni di ragionevolezza e necessità immediate che le operazioni che ne costituiscono il titolo abbiano assunto; l'art. 18 prescrive così agli Stati di escludere la caducazione (per invalidità o inefficacia) delle operazioni (comma 4) condotte per le trattative sul piano di ristrutturazione (comma 1), pur potendo le legislazioni nazionali – oltre che per altre ragioni – derogare alla conservazione degli effetti quando non vi sia stato un controllo *ex ante* dell'autorità, avente ad oggetto il piano o le operazioni singole (comma 2) oppure le operazioni siano state effettuate allorché il debitore era divenuto incapace di pagare i propri debiti in scadenza (comma 3); posto che allora l'art. 17, comma 4, descrive solo la categoria dei fornitori di finanza utili alla ristrutturazione che, come tali, nelle successive procedure di insolvenza, possono essere pagati in via prioritaria; in tale contesto, tenuto conto, tra gli altri, del Considerando (15) il quale pone la necessità di ridurre i costi di ristrutturazione a carico di debitori e creditori, si può constatare l'assenza nel riferimento unionale più prossimo di un sicuro incentivo a riconoscere proprio al professionista del debitore una peculiare posizione di vantaggio e preferenza, ciò rassicurando ogni profilo di diritto domestico più centrato sulle regole ordinarie della *par condicio* fra creditori;

62. ne deriva che, quanto al primo motivo, esso è infondato, avendo accertato il tribunale che, per effetto del mancato corredo da parte del debitore di proposta, piano e documentazione entro il termine concessogli l. fall., ex art. 161, comma 6, ed anzi chiedendo egli la non emanazione di una pronuncia di merito, con la rinuncia alla domanda stessa, la prestazione professionale, pur nei limiti del suo accertamento positivo, non risulta in alcuna relazione strumentale con il concordato preventivo, mai ammesso e dunque esula dagli scopi per cui era stata acquisita; il terzo motivo è inammissibile, apparendo l'invocata distinzione tra attività di ausilio legislativamente prevista e mero incarico di verifica contabile sull'attendibilità delle scritture ed il loro aggiornamento (l'unica prestazione del ricorrente), irrilevante ai fini del motivato diniego della prededuzione del professionista, non essendo stata l'opera così rappresentata assunta a circostanza decisiva a supporto del non accoglimento, su questo punto, dell'insinuazione al passivo; il secondo motivo e', infine, inammissibile apparendo la questione ivi dedotta enunciata per la prima volta con il ricorso, senza che la sua conseguente novità (Cass., S.U., n. 9138/2016; Cass., S.U., n. 15279/2017; Cass. nn. 32804/2019, 30044/2019, 2038/2019, 15430/2018, 27568/2017, 8206/2016) – mancandone traccia nel decreto impugnato – si possa ritenere superata mediante il generico richiamo alla contestazione introduttiva dell'opposizione allo stato passivo, nella quale – a tenore invece di quanto riportato in controricorso – la richiesta era nel senso di riconoscere

ancora e solo la prededuzione per il credito maggiore o per quanto oggetto di riduzione già disposta e al diverso rango privilegiato;

63. la conclusione viene perciò assunta sulla base del principio, reso a soluzione del contrasto dedotto con l'ordinanza di questa Corte n. 10885/2021, per cui "il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui alla l. fall., art. 161, sia stata funzionale, ai sensi della l. fall., art. 111, comma 2, alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio *ex ante* rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi della l. fall., art. 163, ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria". (*Omissis*).

**LA CASSAZIONE A SEZIONI UNITE SI PRONUNCIA SUI
PRESUPPOSTI PER IL RICONOSCIMENTO DELLA PREDEDUZIONE
AL CREDITO DEI PROFESSIONISTI CHE ABBIANO ASSISTITO IL
DEBITORE (POI FALLITO) NELL'ACCESSO AL CONCORDATO
PREVENTIVO**

ELENA MARINUCCI
*Professore associato
nell'Università di Milano*

1. – L'ultimo giorno del 2021, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, hanno enunciato un principio di diritto che traccia i requisiti per riconoscere la prededucibilità, nel successivo fallimento, al credito del professionista che abbia assistito il debitore nell'accesso al concordato preventivo¹. La questione affrontata nella pronuncia riguardava il trattamento del credito di un "*advisor* contabile" che aveva assistito

¹ Per un primo commento, v. M. GREGGIO, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?*, in *Diritto della crisi*.

un'impresa nella c.d. fase in bianco di un concordato preventivo, al quale il debitore non era stato ammesso, per aver rinunciato alla domanda.

La Prima Sezione civile della S.C. che, con ordinanza del 23 aprile 2021, n. 10885 – constatata l'esistenza di un contrasto in sede di legittimità quanto al trattamento da assegnare in sede fallimentare a quel credito – aveva rimesso la questione al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. La sezione semplice, manifestando l'esigenza della enunciazione di un principio di diritto in funzione nomofilattica, aveva formulato otto articolati quesiti volti a sollecitare la individuazione dei requisiti della 'funzionalità' alle procedure concorsuali. Il riferimento è alla nozione di funzionalità di cui all'art. 111 l. fall. (come riformulato, dopo la riforma del 2006) a norma del quale, sono prededucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge" e quelli che, al di là di una espressa previsione siano sorti "in occasione o in funzione di una procedura concorsuale".

Questi, in sintesi i quesiti: se il criterio della 'funzionalità' debba essere valutato *ex ante*, ossia a prescindere dalla concreta utilità della prestazione del professionista e possa sussistere rispetto alla prestazione di qualsiasi professionista di cui si avvalga il debitore per la presentazione di una domanda di concordato preventivo; se il c.d. concordato in bianco possa considerarsi una procedura concorsuale a prescindere dal provvedimento di ammissione al concordato; se i presupposti per il riconoscimento della prededuzione al credito del professionista per "funzionalità" coincidano con quelli della esenzione dalla revocatoria del pagamento del credito sorto per la "prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" a norma dell'art. 67, comma 3, lettera g), l. fall.; e, infine, quale sia il rapporto tra la assenza di funzionalità e l'inesatto adempimento (o la collusione in attività fraudolenta del debitore) che consente di non ammettere al passivo del fallimento il credito del professionista.

In risposta ai predetti quesiti la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio: "Il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art. 161 l. fall., sia stata funzionale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio *ex ante* rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'art. 163 l. fall., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di

prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria".

2. – Il principio è stato enunciato a valle di una ampia ricostruzione della disciplina positiva della prededuzione (ivi compresa quella dettata nel Codice della crisi), di cui la Suprema Corte 'fotografa' la progressiva evoluzione da istituto con "funzione retributiva dei costi della procedura" a "incentivo per la concorsualità anticipata"; una evoluzione che, ad avviso delle Sezioni Unite, rispecchia quella del diritto concorsuale caratterizzato da una progressiva 'esportazione' delle sue regole al di fuori delle procedure concorsuali in senso stretto, al fine di incentivare la prevenzione della insolvenza irreversibile e la conservazione dei complessi produttivi.

La Suprema Corte esclude anzitutto che, nel caso sottoposto alla sua decisione, la prededuzione discenda da una "specificità disposizione di legge": secondo le Sezioni Unite l'art. 161, comma 7, l. fall., là dove assegna il rango della prededuzione ai crediti sorti dopo il deposito della domanda in bianco è norma volta a incentivare i terzi a contribuire "alla sopravvivenza della sua attività commerciale". Per queste ragioni la disposizione avrebbe una portata circoscritta ai crediti sorti per effetto di atti d'impresa in senso stretto; per contro essa non si riferirebbe invece quelli sorti a seguito di atti del debitore "funzionali all'accesso o al rafforzamento del concordato".

Quanto alla nozione di 'funzionalità' di cui all'art. 111, comma 2, l. fall., che per la Suprema Corte è requisito autonomo rispetto a quello della occasionalità, la pronuncia in commento esclude che essa sussista per il solo fatto della presentazione di una domanda (in bianco o piena) di concordato preventivo "apparendo fallace l'argomento della cristallizzazione della massa passiva e della retrodatazione del periodo sospetto, ove segua il fallimento (o equivalente procedura d'insolvenza) ai fini dell'esercizio delle azioni revocatorie".

La funzionalità suppone sempre quantomeno la ammissione alla procedura², perché essa può sussistere solo se il concordato è "progredito oltre il mero accesso, raggiungendo almeno gli obiettivi minimi che lo caratterizzano tipologicamente, cioè possa dirsi, quanto al concordato,

² Così da ultimo, Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, in *Giur. it.*, 2021, 619, con nota di L. BOGGIO, *Concordato preventivo. Non dire "concordato" finché non è pronunciato il decreto ex art. 163 l. fall.*; in *Fall.* 2021, 478, con nota favorevole di G.B. NARDECCHIA, *Le mobili frontiere della prededuzione*; in *Diritto della crisi*, con nota di A. NAPOLITANO, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*; in *Il fallimentarista*, con nota di G. BENVENUTO, *Prededuzione del credito del professionista sorto ante fallimento: nuovo arresto della Cassazione*, ai quali tutti si rinvia anche per le citazioni di dottrina e giurisprudenza.

procedura concorsuale pervenuta alla fase di possibile coinvolgimento dei creditori”. In assenza di ammissione, la presentazione della domanda di concordato non fa altro che ritardare la tutela dei creditori³.

3. – Le Sezioni Unite traggono una indicazione in tal senso anche dal codice della crisi e dell’insolvenza, il cui art. 6, comma 1, lett. c), oltre a circoscrivere la prededuzione solo al 75% dei crediti professionali sorti “in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda”, subordina la prededuzione alla apertura del concordato⁴ a conferma della “adeguatezza delle prestazioni ingaggiate”⁵.

Ciò non significa – precisano le Sezioni Unite – che la funzionalità vada verificata *ex post*, perché altrimenti, in caso di consecuzione tra procedure, la prededuzione andrebbe sempre negata⁶.

³ Nel senso, invece, della irrilevanza della ammissione: cfr., tra le altre, Cass. 28 gennaio 2021, n. 1961; Cass. 25 novembre 2019, n. 30694; Cass. 21 dicembre 2018, n. 33358; Cass., 30 marzo 2018, n. 7974; Cass. 5 dicembre 2016, n. 24791; Cass. 30 gennaio 2015, n. 1765 e, in dottrina, L. BOGGIO, *I “tormenti” della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)*, in *Giur. it.*, 2014, 1652.

Il contrasto interpretativo in seno alla Suprema Corte (v. altresì la nota che precede) si registrava in termini analoghi anche nella giurisprudenza di merito, come evidenziato dall’ordinanza di rimessione del 23 aprile 2021, n. 10885, la quale dà conto (§ 4.9) dell’esistenza di un orientamento della giurisprudenza di merito volto a riconoscere la prededuzione al credito del professionista all’esito di un’indagine sul nesso di funzionalità, che sarebbe da escludere se il concordato non giunga ad una determinata fase di sviluppo, vuoi l’ammissione, vuoi l’omologazione, passando dunque attraverso una verifica *ex post* dell’utilità della prestazione, in presenza di una proposta concordataria che non soddisfi i requisiti di fattibilità giuridica o economica: cfr. Trib. Rimini 12 novembre 2018, n. 12420, in *Dejure*; Trib. Padova, 2 marzo 2015, in *Dejure*. L’indirizzo, però, non era pacifico neppure nella giurisprudenza di merito: in senso contrario, cfr. Trib. Milano, 6 settembre 2019, n. 8012, in *Dejure*; Trib. Larino, in *Dejure*.

⁴ Similmente prevede l’art. 6, comma 1, lett. b) CCII in relazione ai crediti sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, condizionando la prededuzione all’omologazione dell’accordo.

⁵ E ciò a prescindere dal fatto che, dopo l’ammissione, intervengano vicende negative della procedura, quali la revoca o la risoluzione del concordato: in argomento, v. S. PACCHI, *Le prededuzioni dei professionisti nel concordato preventivo*, in *Diritto della crisi*, 2021.

⁶ Nel senso della necessità di una valutazione *ex post*, in passato: Cass. 10 settembre 2014, n. 19013 che espressamente parlava di necessario “*accrescimento dell’attivo o di salvaguardia dell’integrità del patrimonio*”; Trib. Roma 2 aprile 2013, in *Fallimento* 2014, 70 con nota di G.B. NARDECCHIA, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*; Cass. 8 aprile 2013, n. 8534: “Da ciò discende che al credito

Viceversa, secondo la Suprema Corte, premesso che vi è una “limitata simmetria tra la funzionalità di cui all’art. 111, comma 2 l. fall. e la strumentalità dei servizi le cui prestazioni siano state remunerate in periodo sospetto ai sensi dell’art. 67 co. 3 lett. g) l. fall.” che non può condurre a sovrapporre ogni aspetto⁷, in ogni caso, anche la nozione di “strumentalità” suppone la ammissione al concordato preventivo “pena la riduzione a mera intenzionalità della commentata attitudine causale”.

Secondo la Cassazione, l’ammissione al concordato preventivo non sarà comunque sufficiente per il riconoscimento della prededuzione al credito del professionista: quest’ultimo dovrà dimostrare l’adeguatezza del proprio “ingaggio rispetto all’iniziativa del debitore”; un onere della prova che sarà peraltro più gravoso per le figure professionali diverse da quelle ‘essenziali’, come l’avvocato o l’attestatore.

Resta in ogni caso impregiudicato – precisano le Sezioni Unite – il potere per il curatore di sollevare eccezione di inadempimento che, se fondata (il che è possibile quand’anche il debitore sia stato ammesso al concordato), implica la esclusione del credito dal passivo o in tutto o in parte.

La assenza di funzionalità comporterà invece l’ammissione del credito, ove possibile, in via privilegiata⁸. Sul punto le Sezioni Unite si premurano di precisare che questa soluzione non implica la trasformazione della prestazione del professionista in un’obbligazione di risultato.

4. – Partiamo da quest’ultima considerazione della Suprema Corte. L’impressione è invero tutt’altra: l’obbligazione del professionista viene a

dei professionisti può essere riconosciuta la collocazione in prededuzione nella misura in cui le relative prestazioni si pongano in rapporto di adeguatezza funzionale con le necessità risanatorie dell’impresa e siano state nel concreto utili per i creditori”; nello stesso senso Cass. 9 maggio 2014, n. 10110; Cass. 10 settembre 2014, n. 19013; Cass. 8 aprile 2013, n. 8534.

⁷ Diversamente cfr., *ex multis*, Cass., 30 marzo 2018, n. 7974.

⁸ Il privilegio del credito del professionista trova fondamento nell’art. 2751-bis c.c., seppure va segnalato che in tanto il credito potrà essere insinuato al privilegio, in quanto di esso sia titolare il singolo professionista. Se per conto la domanda di insinuazione sia proposta da un’associazione professionale l’orientamento prevalente tende a non riconoscere il privilegio. a meno che l’istante non dimostri che il credito si riferisce ad una prestazione svolta personalmente dal professionista, in via esclusiva o prevalente, e sia di pertinenza dello stesso professionista, pur se formalmente richiesto dall’associazione professionale: cfr., da ultimo, Cass. 26 aprile 2021, n. 10977. Per le associazioni professionali che abbiano assistito l’imprenditore nella domanda di concordato preventivo e che, alla luce dei principi sanciti dalle Sezioni Unite, non possano vedere riconosciuto al credito il rango di prededucibile, vi è il rischio elevato che all’esclusione della prededuzione segua l’ammissione del credito in via chirografaria.

mio avviso trattata dalla Cassazione come obbligazione di mezzi, ai fini dell'ammissione al passivo del credito (e dunque del riconoscimento del diritto al concorso) e come obbligazione di risultato per il riconoscimento della prededuzione: anzi, a ben vedere, un'obbligazione di risultato 'al cubo' perché il risultato cui si guarda non è quello della prestazione del professionista ma quello della procedura in sé⁹.

La decisione resa dalle Sezioni Unite è certamente in linea con la soluzione adottata nel CCII per il credito dei professionisti: solo così si spiega, per esempio, la lettura restrittiva della portata dell'art. 161, comma 7, l. fall.

Del principio enunciato quindi non resta che prendere atto, nella consapevolezza che la 'severità' che la connota costituisce il frutto di un frequente abuso nell'accesso al concordato (soprattutto quello "in bianco") con conseguente ritardo nella apertura di fallimenti 'carichi' di passività corrispondenti a compensi di professionisti.

Guardando però al futuro, da un lato, i professionisti saranno disincentivati dall'indurre l'imprenditore insolvente alla presentazione di domande di concordato quando la soluzione migliore sia l'istanza in proprio di fallimento (*rectius*: della liquidazione giudiziale), dall'altro lato, però, resteranno senza tutela i crediti maturati da quei professionisti (come l'attestatore) i quali abbiano condotto uno studio di (non) fattibilità del piano o della proposta concordataria. In altri termini, assegnare rilevanza ai fini della prededuzione di questo credito al decreto di apertura del concordato significa penalizzare il professionista serio (soprattutto l'attestatore) che, dopo un lungo, serio e faticoso studio dal quale emerga che il concordato non ha *chance* di successo, persuadea l'imprenditore a presentare un'istanza in proprio di fallimento anziché una domanda di concordato preventivo, facendo così emergere lo stato di insolvenza.

Né la soluzione a questo problema potrebbe essere quella del pagamento di quel compenso prima della presentazione della domanda, perché la Cassazione lascia chiaramente intendere che, anche ai fini della esenzione dalla revocatoria, occorrerà comunque la ammissione al concordato preventivo.

In definitiva, il rischio che l'imprenditore in crisi trovi professionisti pronti ad assisterlo solo in presenza di un terzo disponibile a pagarne il compenso sarà in futuro molto elevato.

⁹ Per simili considerazioni, v. F. DI MARZIO, *Credito professionale e prededuzione*, in *Giusiziacivile.com*, 2021, 9. In arg., v. altresì S. PACCHI, *Le prededuzioni dei professionisti*, cit., 19 per la quale la distinzione fra obbligazione di mezzi e di risultato dovrebbe rilevare in tema di responsabilità per inadempimento, mentre sarebbe ragionevole che i professionisti che operano "dalla parte del debitore" per il perseguimento di un obiettivo vedano riconosciuta la prededuzione solo ove l'obiettivo sia raggiunto.

Abstract

**THE ITALIAN SUPREME COURT OF CASSATION RULES ON THE
CONDITIONS FOR THE RECOGNITION OF PREDEDUCTION TO THE
CREDIT OF PROFESSIONALS WHO HAVE ASSISTED THE DEBTOR (THEN
BANKRUPT) IN ACCESSING THE COMPOSITION AGREEMENT**

L'A. annota criticamente una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che, per il riconoscimento (nel successivo fallimento) della prededuzione al credito del professionista che abbia assistito il debitore nella fase di accesso al concordato, considera necessarie l'apertura della procedura e l'adeguatezza delle prestazioni ingaggiate.

The author notes critically a ruling of the Italian supreme Court which, for the recognition (in the subsequent bankruptcy) of the prededuction to the credit of the professional who assisted the debtor in the phase of access to the arrangement, considers necessary the opening of the procedure and the adequacy of the services engaged.

**LA CONDANNA EX ART. 96, COMMA 3, C.P.C.
E I SUOI PRESUPPOSTI APPLICATIVI**

Corte di cassazione, Sez. III, 30 settembre 2021, n. 26545 (Pres. Graziosi - Rel. Gorgoni)

L'ordinanza in rassegna contiene una densa e articolata serie di riflessioni sul disposto del 3° comma dell'art. 96 c.p.c., che come noto prevede che, *«in ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata»*. In particolare, la Suprema Corte si interroga su «quali presupposti debbano ricorrere perché il giudice condanni officiosamente la parte soccombente».

Il percorso argomentativo della pronuncia prende le mosse dal rilievo per cui la norma in esame «continui a subire gli effetti, nelle applicazioni concrete, della sua formulazione alquanto generica, la quale lascia trapelare il difetto di una presa di posizione chiara, da parte del legislatore» (per un riferimento, in dottrina, al carattere “assolutamente indeterminato” della norma, v. per tutti F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, 435). In particolare, la Corte dà atto della «tendenza a ravvisare un'anfibologia finalistica dell'istituto», che si è concretizzata nel riscontrare nella condanna *ex art. 96, comma 3, c.p.c.*, talora, «un'ipotesi ulteriore – suggestivamente definita di temerarietà attenuata, al confronto con quelle di cui ai commi 1 e 2 – di sanzione risarcitoria per lite temeraria», e, talaltra, «uno strumento del tutto nuovo e, soprattutto, autonomo rispetto alla temerarietà della lite, da impiegare per sanzionare specificamente l'abuso del processo».

L'ordinanza osserva quindi che la richiamata dicotomia traspare dalla stessa giurisprudenza della Consulta (Corte Cost., 23 giugno 2016, n. 152, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 498 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Sulla «ragionevolezza» dell'art. 96, comma 3°, c.p.c.*, e Corte Cost., 6 giugno 2019, n. 139, in *Giur. it.*, 2020, 578 ss., con nota di M.F. GHIRGA, *Corte costituzionale e «sanzioni» processuali*, che hanno escluso l'illegittimità costituzionale della norma *de qua*): «La stessa Corte Costituzionale, riconoscendo natura ibrida alla suddetta condanna – insieme, riparatoria e indennitaria – alimenta la pluralità delle opzioni ermeneutiche circa le finalità della misura, da cui dipende, in ultima analisi, la risposta all'interrogativo da cui si è partiti».

La dissertazione prosegue rilevando come anche le pronunce della Suprema Corte risentano del descritto pendolarismo. Dopo una serie di decisioni tese ad accreditare «l'applicabilità della disposizione a tutte le ipotesi di soccombenza, a prescindere da ogni valutazione circa la mala fede

o la colpa grave della parte» (Cass., 21 novembre 2017, n. 27623, in *Foro it.*, 2018, 6, I, 2159; e, nello stesso senso, *ex multis*, Cass., 10 settembre 2018, n. 21943, in *Guida dir.*, 2018, 41, 54), in alcune pronunce è «tornata in auge l'interpretazione verticale e sistematica che estende al comma 3 la rilevanza dei presupposti di cui al comma 1 e che fa leva sulla necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata della condanna, al fine di garantire il rispetto del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost.» (in quest'ordine di idee, Cass., 30 marzo 2018, n. 7901, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, seguita da plurime ulteriori pronunce; in dottrina, per un richiamo dei diversi orientamenti, soprattutto avuto riguardo alla rilevanza dell'elemento soggettivo, cfr. D. PADUANO, *Le spese e i danni processuali*, in *Diritto processuale civile*, vol. I, diretto da L. Dittrich, Milano, 2019, 808-809).

In questo quadro, caratterizzato da una non trascurabile fluidità – che peraltro la pronuncia ritiene «più formale, in verità, che sostanziale», posto che anche l'orientamento che espunge dai presupposti della condanna l'elemento soggettivo «più che concretizzarsi in un'effettiva irrilevanza della colpevolezza, sottende la ricorrenza di una oggettiva e manifesta conoscenza della condotta pretestuosa del soggetto agente» – tassello significativo è rappresentato da Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601 (in *Foro it.*, 2017, 9, I, 2613), che ha posto l'accento sulla polifunzionalità della responsabilità civile («Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile»), e, mutuando ancora le parole dell'ordinanza, ha annoverato l'istituto in esame «tra le ipotesi vigenti nel nostro ordinamento in cui si attua un uso della responsabilità risarcitoria che trascende lo scopo di dare una diversa allocazione alla perdita subita dalla vittima» per sanzionare invece «un comportamento *non iure*, il quale reclama una reazione in chiave punitiva da parte dell'ordinamento».

Il punto di caduta, e la risposta all'interrogativo posto agli esordi dell'indagine, è quindi quello per cui, se da un lato il giudice può prescindere dalla verifica circa la sussistenza dell'elemento psicologico (mala fede o colpa grave, secondo i dettami del 1° comma dell'art. 96 c.p.c.), dall'altro lato si impone un'analisi della dimensione “oggettiva” del comportamento *non iure*: «La condanna può essere pronunciata ogni volta che «oggettivamente» risulti che si è agito o resistito in giudizio in modo pretestuoso, con abuso dello strumento processuale», «proprio perché la condanna è disposta officiosamente e altresì considerato che la sanzione può essere irrogata anche dal giudice di legittimità, al quale e morfologicamente e funzionalmente estraneo ogni accertamento di fatto, è sufficiente – *rectius*: è necessario – che esso emerga in termini oggettivi dagli atti processuali».

Di qui il principio di diritto affermato dall'ordinanza in rassegna: «La condanna *ex art. 96*, comma 3, c.p.c. deve giungere all'esito di un accertamento che il giudicante è chiamato a compiere caso per caso, anche tenendo conto della fase in cui si trova il giudizio e del comportamento complessivo della parte soccombente, onde verificare se essa abbia esercitato le sue prerogative processuali in modo abusivo, cioè senza tener conto degli interessi confliggenti in gioco, sacrificandoli ingiustificatamente o sproporzionatamente in relazione all'utilità effettivamente conseguibile. Detto abuso del processo non richiede che il giudice indaghi, nel senso che normalmente si attribuisce a tale espressione, la eventuale riprovevolezza del comportamento del soggetto agente, ma non lo esonera dalla necessità di ricavare detta riprovevolezza in termini oggettivi dagli atti del processo perché la colpa o il dolo rilevanti sono quelli che si manifestano proprio attraverso il compimento dei suddetti atti processuali o attraverso l'adozione di certe condotte processuali e non sono percepibili separatamente da essi. Deve escludersi, pertanto, che il giudizio sulla anti giuridicità della condotta processuale possa farsi derivare automaticamente dal rigetto della domanda o dalla inammissibilità o dall'infondatezza della impugnazione. L'esercizio delle prerogative processuali, costituendo esplicazione del diritto costituzionalmente garantito del diritto di azione e di difesa, merita la sanzione di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. quando il suo concreto atteggiarsi, nonostante il rispetto in senso stretto della legge processuale, a seguito di una indefettibile valutazione secondo correttezza, si connoti in concreto in termini di anti giuridicità». Il tutto con l'ulteriore rilievo per cui, nel caso di specie, il giudice di appello, che aveva irrogato la condanna *ex art. 96*, comma 3, c.p.c. richiamando «un astratto uso strumentale e dilatorio dell'appello», non si sarebbe attenuto a tale principio.

A prescindere dalla collocazione sistematica dell'istituto scrutinato (appare invero maggioritaria la lettura per cui la condanna *de qua* non sia *de plano* riconducibile al risarcimento da fatto illecito, nell'alveo del paradigma dell'art. 2043 c.c., ma integri piuttosto una sanzione civile volta al ristoro del pregiudizio subito dalla parte vittoriosa per l'ingiusto coinvolgimento nel giudizio: cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 12^a ed., Torino, 2019, 648, ove anche il richiamo in questo senso a Corte Cost., 6 giugno 2019, n. 139, cit.; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, 327; F.P. LUISO, *op. cit.*, 436; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 85 ss.; F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile. I principi*, Milano, 2021, 259 ss.; nonché, *si vis*, A. VILLA, *Il giudizio per l'applicazione delle sanzioni pecuniarie civili*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 199 ss.; in giurisprudenza, cfr. da ultimo Cass., 4 agosto 2021, n. 22208, in *Dejure*; Cass., 23 febbraio 2021, n. 4905, in *Dejure*; per la prospettazione di «una sorta – se

così si può dire – di *temerarietà attenuata* che legittima l'applicazione di una misura a carattere sanzionatorio, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 27ª ed., Torino, 2019, 395; nel senso che si tratti di misura risarcitoria, cfr. G. SCARSELLI, *Il nuovo art. 96, 3° comma c.p.c.: consigli per l'uso*, in *www.judicium.it*), la pronuncia appare rilevante per l'articolato percorso ricostruttivo e per il tentativo di perimetrazione dei presupposti applicativi dell'art. 96, comma 3, c.p.c. e, insieme, di individuazione di un limite alla discrezionalità del giudice nell'utilizzo dell'istituto. In quest'ottica, sembrano significative (e, non ultimo, sufficientemente chiare dal punto di vista operativo) indicazioni quali quelle secondo le quali va escluso che la valutazione circa l'antigiuridicità della condotta processuale possa farsi discendere *sic et simpliciter* dal rigetto della domanda, come pure l'espunzione della necessità dell'indagine del profilo soggettivo (nello stesso senso, in dottrina, F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile*, cit., 260, ove l'univoca indicazione per cui l'elemento soggettivo è "irrilevante"; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo*, cit., 86, ove il rilievo per cui «non è richiesto quel requisito soggettivo particolarmente qualificato della mala fede o della colpa grave»), a vantaggio di uno scrutinio – effettivo e risultante in motivazione, essendo per contro inidonee affermazioni di principio o meramente astratte – del contenuto degli atti processuali.

Resta peraltro il fatto che, pur in questa cornice, la clausola di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c. dovrebbe auspicabilmente mantenere (alla luce del testo e della collocazione della disposizione e, si crede, della stessa evoluzione normativa) un margine di flessibilità sul fronte applicativo, non potendosi escludere *a priori* la possibilità di rinvenire, anche in relazione alle specificità del caso concreto, eventuali ulteriori situazioni rivelative della condotta *non iure* (a titolo esemplificativo, si è prospettato che, «in assenza di limitazioni espresse, la norma potrebbe altresì essere utilizzata al fine di sanzionare comportamenti indebiti della parte non necessariamente endoprocessuali, bensì anche anteriori al giudizio o comunque preparatori a tale scopo, ciò che purtroppo si può verificare sovente, prima di un intervento regolatore da parte del giudice»: F. DANOVI, L. SALVANESCHI, *Diritto processuale civile*, cit., 260; al riguardo cfr. anche l'ampia casistica riferita da P. NAPPI, sub *Art. 96*, in *Codice di procedura civile. Commentario*, diretto da C. Consolo, 6ª ed., Milano, 2018, p. 1079 s.).

ALBERTO VILLA

IL TARDIVO PAGAMENTO DEL PREMIO ASSICURATIVO

Corte di cassazione, Sez. VI, 3 dicembre 2021, n. 38216 (Pres. Cirillo – Est. Rossetti)

Con la pronuncia segnalata, la Corte di cassazione è tornata nuovamente sulle conseguenze del tardivo pagamento del premio assicurativo, facendo chiarezza e argomentando le ragioni per cui il contrario orientamento, volto a imputare all'assicuratore le conseguenze dell'accettazione senza riserve del tardivo pagamento del premio, non deve essere seguito (in materia di pagamento del premio assicurativo si vedano, ove ulteriori citazioni, F. PECCENINI, sub art. 1901 cod. civ., in F. GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca. Libro quarto: Obbligazioni art. 1882-1932. Assicurazione*, Bologna – Roma, 2011, 92 ss.; L. BUTTARO, *Assicurazione (contratto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 448 ss.; A. BRACCIODIETA, sub art. 1901 cod. civ., in P. SCHLESINGER (fondato da) – F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il contratto di assicurazione. Disposizioni generali. Artt. 1882-1903*, Milano, 2012, 189 ss.; M. ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, in G. ALPA (a cura di), *Le assicurazioni private*, Torino, 2006, 1024 ss.; G. CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, Torino, 1970, 216 ss.; A. DE GREGORIO – G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Milano, 1987, 94 ss.; A. DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, II, Milano, 1956, 294 ss.; G. FANELLI, *Conclusione ed efficacia del contratto di assicurazione ed emissione della polizza. Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1971, 107 ss.; V. SALANDRA, sub art. 1901 cod. civ., in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Obbligazioni. Artt. 1861-1932. Assicurazione*, 3ª ed., Bologna – Roma, 1969, 251 ss.; G. SCALFI, *I contratti di assicurazione. L'assicurazione danni*, Torino, 1991, 143 ss.; ID., *Manuale delle assicurazioni private*, Milano, 1994, 110; L. FARENGA, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Torino, 2019, 191 ss.).

Il tema è di sicuro interesse posto che attiene sia all'operatività delle polizze (e al passaggio dei rischi in capo all'assicuratore) sia alle regole di "comportamento" richieste (o, meglio, non richieste) in capo all'assicuratore in coerenza con la disciplina prudenziale in materia di patrimonializzazione di vigilanza.

A tal proposito, bisogna ricordare che l'art. 1901 cod. civ., rubricato proprio "mancato pagamento del premio", rappresenti da un lato una deroga al principio generale in materia di inadempimento di cui agli artt. 1453 ss. in quanto il legislatore, in materia di assicurazione, ha previsto un'automatica sospensione di operatività della polizza in conseguenza dell'inadempimento dell'assicurato (a prescindere dal fatto che venga sollevata o meno alcuna eccezione di inadempimento) e, dall'altro, sia una previsione inderogabile a danno del soggetto assicurato come espressamente previsto dall'art. 1932 cod. civ..

È proprio nel quadro appena delineato che si può apprezzare appieno la sentenza della Suprema Corte in data 3 dicembre 2021, n. 38216, che si sta

segnalando, in quanto la Cassazione, attraverso l'illustrazione delle ragioni per discostarsi dal contrario orientamento (rinvenibile in Cass., Sez. III, 19 dicembre 2006, n. 27132; Cass., Sez. III, 26 gennaio 2006, n. 1698; Cass., Sez. III, 19 luglio 2004, n. 13344; Cass., Sez. III, 19 dicembre 2006, n. 27132; Cass., Sez. Lav., 2 dicembre 2000, n. 15407; Cass., Sez. I, 9 febbraio 1987, n. 1372) prende posizione su alcuni punti nodali che contribuiscono a fare chiarezza in materia di conseguenze del tardivo pagamento del premio assicurativo e che paiono pienamente condivisibili.

La Cassazione, infatti, (i) ricorda che la Corte costituzionale si è già pronunciata sulla piena costituzionalità dell'art. 1901 cod. civ. e della normativa speciale in caso di inadempimento ivi prevista ed (ii) evidenzia la necessità di equamente contemperare gli interessi coinvolti nel quadro generale della stabilità e della sana e prudente gestione.

Partendo dal primo dei punti sopra evidenziati, la Cassazione evidenzia come la fattispecie speciale di cui all'art. 1901 cod. civ. e la regola generale in materia di inadempimento di cui all'art. 1460, comma 2, cod. civ. non siano sovrapponibili. Ciò in coerenza con la speciale natura e funzione attribuita dal legislatore alla previsione di cui all'art. 1901 cod. civ. già riconosciuta dalla Corte costituzionale nella famosa sentenza n. 18 del 5 febbraio 1975 (confermata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza in data 15 gennaio 1976, n. 11, con la Sentenza in data 10 maggio 1979 n. 14, con l'ordinanza in data 14 luglio 1982 n. 137, con l'ordinanza in data 12 dicembre 1984 n. 284 e con l'Ordinanza in data 31 maggio 1988 n. 602; si veda anche A. KOHLER, *La Corte costituzionale e l'assicurazione privata*, in *Assicurazioni*, 1983, I, 169 ss.) con cui è stata esclusa una qualsiasi violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione proprio riconoscendo la specificità della disposizione in quanto il rischio viene assunto dall'assicuratore a fronte del pagamento del premio senza il quale il contratto di assicurazione non avrebbe un "equilibrio tecnico ed economico" perché comporterebbe per l'assicuratore l'assunzione di rischi "impropri" a danno degli altri soggetti assicurati.

Il ragionamento svolto dalla Corte di cassazione conduce quindi ad evidenziare le sostanziali differenze funzionali tra l'eccezione generale di inadempimento di cui all'art. 1460 cod. civ. in cui, nei contratti corrispettivi, viene demandato al giudice un sindacato sulla buona fede del soggetto che rifiuta l'esecuzione della prestazione in quanto la controparte è inadempiente e la speciale norma dell'art. 1901 cod. civ. che prevede *sic et simpliciter* l'inoperatività della polizza in caso di mancato o ritardato (ultra quindicinale) pagamento del premio (così discostandosi dal differente orientamento giurisprudenziale in precedenza ricordato).

La sentenza è ulteriormente degna di segnalazione poiché si sofferma sulla necessità di equamente contemperare gli interessi coinvolti nel quadro

generale della stabilità e della sana e prudente gestione di cui all'art. 3 del Codice delle assicurazioni private. Nel settore assicurativo, infatti, bisogna ricordare che i flussi sono invertiti: prima l'assicuratore incassa i premi e successivamente (e solo eventualmente) è chiamato a corrispondere gli indennizzi agli assicurati, sicché è altresì necessario prevedere specifiche regole volte a garantire una patrimonializzazione effettiva ed adeguata ai rischi assunti per il tramite, *inter alia*, della disciplina prudenziale in materia di patrimonializzazione di vigilanza per la determinazione del requisito patrimoniale di solvibilità di cui al regime di Solvency II previsto dalla Direttiva Quadro 2009/138/UE e dal Regolamento 2015/35/UE (modificato dal Regolamento delegato UE 2016/467).

Si comprende dunque come non possa essere condiviso quell'orientamento giurisprudenziale che vorrebbe attribuire all'assicuratore il potere di scegliere se indennizzare o meno un sinistro occorso durante il periodo di sospensione della polizza per il sol fatto di non aver espresso riserve nell'accettazione tardiva del pagamento del premio: come evidenziato dalla Cassazione nella sentenza segnalata, nel caso in cui l'assicuratore potesse rinunciare a far valere, semplicemente perché non ha espresso riserve (cfr. nello stesso senso Cass., 1° luglio 2002, n. 9554), il mancato pagamento del premio vi sarebbe un'impropria assunzione di rischio a danno degli altri soggetti assicurati.

PAOLO MANZONI

Corte di cassazione, Sez. Un., 25 novembre 2021, n. 36596

Processo civile – Termini assegnati ex art. 190 c.p.c. – Deliberazione della sentenza anteriore alla scadenza – Conseguenze – Nullità

Articoli di riferimento: artt. 190, 352 c.p.c.

La parte che proponga l'impugnazione della sentenza d'appello deducendo la nullità della medesima per non aver avuto la possibilità di esporre le proprie difese conclusive ovvero per replicare alla comparsa conclusionale avversaria non ha alcun onere di indicare in concreto quali argomentazioni sarebbe stato necessario addurre in prospettiva di una diversa soluzione del merito della controversia; la violazione determinata dall'aver il giudice deciso la controversia senza assegnare alle parti i termini per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, ovvero senza attendere la loro scadenza, comporta di per sé la nullità della sentenza per impedimento frapposto alla possibilità dei difensori delle parti di svolgere con completezza il diritto di difesa, in quanto la violazione del principio del contraddittorio, al quale il diritto di difesa si associa, non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma implica che il contraddittorio e la difesa si realizzino in piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo.

Corte d'Appello di Torino, 3 novembre 2021, n. 1179

Requisiti di non fallibilità ex art. 1, comma 2, l. fall. – Onere probatorio a carico del debitore – Mezzi di prova alternativi al bilancio – Dichiarazioni fiscali – Ammissibilità

Articoli di riferimento: artt. 1 e 18 l. fall.

L'onere della prova della sussistenza dei requisiti di non fallibilità può essere assolto dall'imprenditore individuale, non tenuto al deposito dei bilanci d'esercizio, con documentazione equivalente, e quindi con la produzione del Modello unico relativo ai redditi corredato da altra documentazione sottoposta alla valutazione del giudice di merito.

Tribunale Roma 20 ottobre 2021

Contratto di mutuo – natura usuraria – spese di assicurazione – Rilevanza

Articoli di riferimento: art. 644 c.p.

Ai fini della valutazione dell'eventuale natura usuraria di un contratto di mutuo devono essere conteggiate anche le spese di assicurazione sostenute per ottenere il credito, in conformità a quanto previsto dall'art. 644, comma 4, c.p., essendo all'uopo sufficiente che le stesse risultino collegate alla concessione del credito e la sussistenza del collegamento può essere dimostrata con qualunque mezzo di prova ed è presunta nel caso di contestualità tra la spesa di assicurazione e l'erogazione del mutuo.

Hanno contribuito al fascicolo:

Andrade, Érico – Professore adjunto nell'Università Federale di Minas Gerais (Brasile)

Manzoni, Paolo – Ricercatore nell'Università di Milano

Marinucci, Elena – Professore associato nell'Università di Milano

Passaniti, Paolo – Professore associato nell'Università di Siena

Policaro, Giuseppe Antonio – Ricercatore nell'Università di Torino

Spolidoro, Amelia C.C. – Dottoranda di ricerca nell'Università di Milano

Vanzetti, Michelle – Ricercatore nell'Università di Milano

Villa, Alberto – Professore associato nell'Università di Milano-Bicocca