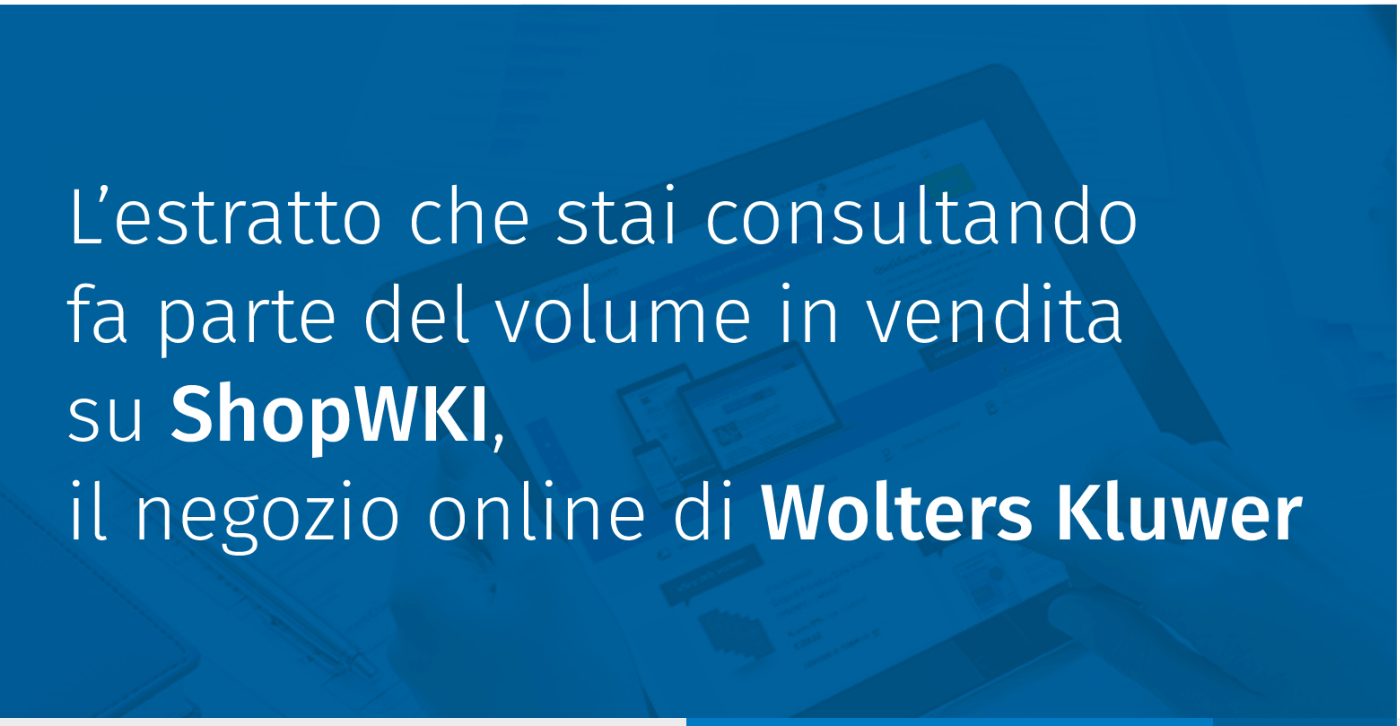
Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

dal 1849

edicolaprofessionale.com/giurit

Gennaio 2025

Direzione

Adolfo Angeletti - Luigi Balestra
Oreste Cagnasso - Claudio Consolo
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Mariano Protto
Pietro Rescigno - Giorgio Spangher

Efficacia delle c.d. clausole di stile

Responsabilità dell'alienante per debito successivo alla cessione d'azienda

Appalti verdi: continuità tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici

Mancata supervisione delle attività ludiche e responsabilità della struttura balneare

Percorsi di giurisprudenza

Responsabilità degli amministratori di s.r.l.

Dottrina e attualità giuridiche

Famiglia e impresa al cospetto del passaggio generazionale

Poste Italiane s.p.a. - spedizione in abb. post. - D.L. 353/2003 conv. in L. 27/2/2004, n. 469 art. 1, comma1, DCB/MI - ISSN 1125-3029

00269528

Wolters Kluwer

UTET GIURIDICA

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, EVOLUZIONE DIGITALE E DIRITTO

NAVIGARE L'EUROPEAN AI ACT

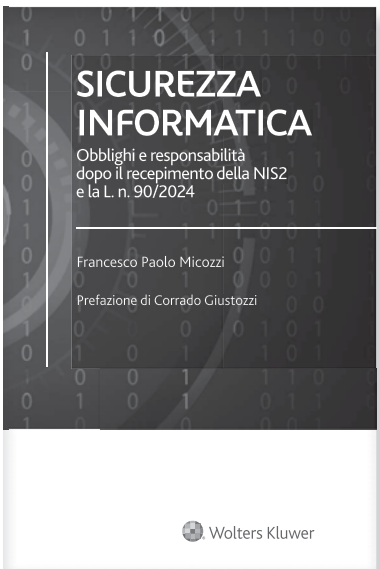
A cura di: ***AIRIA Associazione per la Regolazione dell'Intelligenza Artificiale***

Fornisce un'**analisi approfondita** dell'**AI Act**, guidando i lettori attraverso le sue **complessità** e le sue **implicazioni**.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, BLOCKCHAIN E CRIPTOVALUTE

Fulvio Sarzana di S. Ippolito, Massimiliano Nicotra

Una guida alla scoperta della **AI**, della **Blockchain**, delle **cripto-attività** e del loro impatto nel **mondo finanziario**.



SICUREZZA INFORMATICA

Francesco Paolo Micozzi

Offre una panoramica completa e approfondita sugli aspetti della **sicurezza informatica** e sulle più recenti normative in materia, con un focus specifico sulla **Direttiva NIS 2** e la **Legge n. 90 del luglio 2024**.

DIRITTO DEL FINTECH

A cura di: ***Marco Cian, Claudia Sandei***

Esamina i diversi fenomeni derivanti dall'**applicazione delle nuove tecnologie** alle **attività**, ai **servizi** e ai **prodotti finanziari**.

Y52ORBN

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Luigi Balestra - Oreste Cagnasso - Claudio Consolo - Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Mariano Protto - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher

Comitato di Direzione

Gian Marco Baccari - Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Salvatore Boccagna - Guido Bonfante - Mauro Bove - Marina Brollo - Mia Callegari - Roberto Caranta - Franco Carinci - Antonio Carratta - Raffaele Caterina - Stefano A. Cerrato - Maria Francesca Cortesi - Pasquale Costanzo - Donatella Curtotti - Elena D'Alessandro - Marco Dell'Utri - Eva Desana - Madia D'Onghia - Fiorella Lunardon - Valerio Maio - Antonella Marandola - Michel Martone - Enrico Minervini - Vincenzo Mongillo - Marcella Negri - Fabrizio Piraino - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Alberto A. Romano - Achille Saletti - Marcella Sarale - Marco Sica - Gianluca Sicchiero - Marcello Stella - Antonio Vallini - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Nicolò Amore - Daniele Amoroso - Laura Baccaglini - Stefania Baiona - Sara Barone - Giovanni Barrocu - Francesca Bartolini - Pierfrancesco Bartolomucci - Ettore Battelli - Riccardo Bencini - Angelo Bertolotti - Emanuele Birritteri - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Maria Novella Bugetti - Luigi Cameriero - Tilde Cavaliere - Maurizio Cavanna - Marco Cecchi - Marta Cenini - Maria Luisa Chiarella - Daniela Chinnici - Emiliana Cicatelli - Donatello Cimadomo - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Claudio Contessa - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Maria Di Sarli - Amalia Diurni - Edoardo Ferrante - Paola Ferrari - Emanuela Fiata - Arianna Finessi - Elena Fregonara - Giorgio Frus - Gaetano Galluccio Mezio - Fabrizio Galluzzo - Giulia Garesio - Filippo Giunchedi - Federica Godio - Francesco Grieco - Irene Grossi - Rossella Guercio - Lucia Iandolo - Silvia Ingegnatti - Claudia Irti - Emanuele La Rosa - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Marco Martino - Francesco Mezzanotte - Alessia Mignozzi - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Francesco Mosetto - Daniela Noviello - Filippo Olivelli - Luciano Olivero - Antonello Olivieri - Massimo Francesco Orzan - Luca Paladini - Maria Lucia Passador - Francesco Paolo Patti - Paolo Patrito - Luca Penasa - Barbara Petrazzini - Pier Francesco Poli - Irene Pollastro - Francesco Porcu - Angela Procaccino - Federico Riganti - Rossella Rivaro - Nicola Rizzo - Carmela Robustella - Natalia Rombi - Alberto Ronco - Matteo Rubera - Marco Russo - Riccardo Russo - Fabrizia Santini - Roberto Senigaglia - Benedetta Sirgiovanni - Anna Scotti - Marina Spiotta - Leonardo Suraci - Marco Torre - Andrea Francesco Tripodi - Silvia Turatto - Davide Turroni - Diego Volpino - Angelo Zampaglione

Recentissime

Daniele Amoroso - Claudio Contessa - Francesco Antonio Genovese - Massimo Francesco Orzan - Giuseppe Santalucia

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Fabio Addis - Annarosa Adiutori - Giuseppe Amarelli - Angelo Barba - Andrea Barenghi - Elena Bargelli - Roberto Bartoli - Amedeo Bassi - Alessandro Bellavista - Alberto Benedetti - Massimo Bianca - Emanuele Bilotti - Carlo Bonzano - Emanuele Boscolo - David Brunelli - Alberto Cadoppi - Roberto Calvo - Lucia Calvosa - Piera Campanella - Guido Canale - Francesco Caprioli - Lisia Carota - Gian Franco Cartei - Angelo Castagnola - Giuseppe Cataldi - Maria Cristina Cataudella - Massimo Ceresa Gastaldo - Alessandro Ciatti - Silvia Cipollina - Nicola Cipriani - Gian Domenico Comporti - Carlotta Conti - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Cristiano Cupelli - Domenico Dalfino - Alessandra D'Accò - Giovanni D'Amico - Giovanni De Cristofaro - Marco De Cristofaro - Giovannangelo De Francesco - Maria Vita De Giorgi - Nicola De Luca - Stefano Delle Monache - Francesco Delfini - Maria Valeria Del Tufo - Pierpaolo Dell'anno - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Marcello Di Filippo - Giuseppe Fauceglia - Rocco Favale - Angelo Federico - Fiorenzo Festi - Franco Fichera - Valeria Filì - Leonardo Filippi - Francesco Fimmanò - Luigi Fiorillo - Giovanni Flora - Enrico Follieri - Gabriele Fornasari - Novella Galantini - Paolo Gallo - Alberto Gargani - Pietro Gargiulo - Domenico Garofalo - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Andrea Giussani - Enrico Gragnoli - Clelia Iasevoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Maurizio Irrera - Alberto Jorio - Katia La Regina - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Sergio Lorusso - Francesco Luiso - Vincenzo Maiello - Andrea Maltoni - Marino Marinelli - Renato Marini - Giuliana Martina - Enrico Marzaduri - Fabiana Massa Felsani - Maria Rosaria Mauro - Agostino Meale - Emanuele Menegatti - Elena Merlin - Fabio Merusi - Giuseppe Miccolis - Paolo Montalenti - Salvatore Monticelli - Paolo Morozzo della Rocca - Paolo Moscarini - Gaetano Edoardo Napoli - Luca Nivarra - Mario Notari - Maurizio Onza - Andrea Orestano - Ilaria Pagni - Mauro Paladini - Giuseppina Panebianco - Nino Paolantonio - Lucia Parlato - Paolo Pascucci - Federica Pasquariello - Salvatore Patti - Marco Pelissero - Luca R. Perfetti - Michele Perrino - Federico Maria Putaturo Donati - Gabriele Racugno - Tommaso Rafaraci - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Antonio Rizzi - Rita Rolli - Alessandra Rossi - Francesco Rossi - Francesca Ruggieri - Giuseppe Ruffini - Carlo Ruga Riva - Ugo Salanitro - Laura Salvaneschi - Fabio Santangeli - Davide Sarti - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Paola Spagnolo - Alessandro Spena - Marco Spolidoro - Mario Stella Richter - Giovanni Strampelli - Giuliano Tabet - Andrea Tina - Umberto Tombari - Paolo Tosi - Giuseppe Tropea - Giovanni Maria Uda - Alberto Venturelli - Vincenzo Verdicchio - Francesco Vergine - Costantino Visconti - Piera Maria Vipiana - Tiziana Vitarelli - Elena Zucconi Galli Fonseca

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Procedura di Revisione

I contributi inviati per la pubblicazione alla Rivista *Giurisprudenza Italiana*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".
La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.
La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.
I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.
Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.
Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.
Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.
In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.
In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.
La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

Policy Open access per ricerca finanziata con fondi pubblici

Per i contributi che documentano i risultati di ricerca finanziata con fondi pubblici (art. 4, L. n. 112/2013), l'Editore si riserva di valutare le richieste di pubblicazione in Open access (O.A.) entro il limite massimo del 5% degli articoli annualmente pubblicati sulla Rivista.
La richiesta di pubblicazione in O.A. deve essere contestuale all'invio dell'articolo alla redazione e corredata dall'apposita scheda di progetto fornita dall'Editore.
Una volta ottenuta l'autorizzazione, è consentito esclusivamente il caricamento in archivi elettronici istituzionali o disciplinari aperti (es. Iris-Cineca, repository di Ateneo, repository del MiUR) della sola versione post-print* dopo un periodo di embargo di 6 mesi.
* Post-print" (= Authors' Accepted Manuscript) è la versione definitiva del contributo inviata dall'Autore all'Editore, post-referaggio, e deliberata dall'Autore in bozza word prima dell'impaginazione definitiva in pdf per la stampa.

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.
Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato via e-mail a domenica.distefano@wolterskluwer.com.
Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.
Per informazioni in merito a contributi e articoli telefonare al seguente numero: 02.82476881.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

DIRETTORE RESPONSABILE
Antonella Loporchio

Passaggio registro SICID n. 1297/18 n. 3 del 17 gennaio 2018. Registro stampa già n. 321/1948.

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via Bisceglie, 66 - 20152 Milano

REDAZIONE
Nadia D'Antoni, Domenica Distefano
Via Bisceglie, 66 - 20152 Milano

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE
Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA
GECA s.r.l.
via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI)

MISTO
Carta | A sostegno della gestione forestale responsabile
FSC
FSC® C007287

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a:
domenica.distefano@wolterskluwer.com

UFFICIO ABBONAMENTI
Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., telefonare o scrivere a:
WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02824761 – e-mail:
servizio.clienti@wolterskluwer.com

ABBONAMENTO 2025

ITALIA
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 335,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 320,00 + IVA 4%

ESTERO
Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione € 670,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:
€ 320,00 (esente IVA)

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO
Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza, a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia, Via Bisceglie, 66 - 20152 Milano, oppure a mezzo PEC all'indirizzo: contact@wkicert.it.
I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro e non oltre un mese dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine saranno spediti contro rimessa dell'importo.
Il prezzo dell'abbonamento carta comprende la consultazione digitale della rivista.
Le versioni digitali sono consultabili online su www.edicolaprofessionale.com/giurit.

Le richieste potranno essere inoltrate alle Agenzie operanti sul territorio nazionale oppure a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Il pagamento potrà essere effettuato con un versamento intestato a Wolters Kluwer Italia Srl - Via Bisceglie, 66 - 20152 Milano - utilizzando le seguenti modalità:
– Conto Corrente Postale 54738745
– Conto corrente Bancario 615222314167
INTESASANPAOLO - AG. ROMA
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
IBAN IT32K0306905070615222314167
Importante: indicare la causale del versamento

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)", La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita.
Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.
L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. – Via Bisceglie, 66 - 20152 Milano.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile

Negozi complessi o collegati: l'operazione economica sottostante
Cassazione civile, Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29288 1
Promessa di pagamento e ricognizione di debito
Cassazione civile, Sez. III, 11 novembre 2024, n. 29078 5
Responsabilità del cessionario di azienda per i debiti litigiosi
Cassazione civile, Sez. III, 11 novembre 2024, n. 29071 6
Riserva mentale di uno dei coniugi: è fonte di danni?
Cassazione civile, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 28390 8
Estinzione del reato per prescrizione: vincolo per il giudice civile?
Cassazione civile, Sez. III, 18 ottobre 2024, n. 27055 11
Ingiustificato arricchimento: domanda di uno dei coniugi verso l'altro
Cassazione civile, Sez. III, 18 ottobre 2024, n. 27008 12

Cassazione penale

Diffamazione, aggravante del mezzo della pubblicità, impiego di chat whatsapp
Cassazione penale, Sez. I, 21 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42783 13
Ordinanza con esigenza cautelare diversa da quella prospettata dal p.m. - Legittimità
Cassazione penale, Sez. I, 8 novembre 2024 (ud. 31 ottobre 2024), n. 41179 14
Imputato detenuto: necessità della traduzione in udienza, anche di abbreviato
Cassazione penale, Sez. II, 5 novembre 2024 (ud. 25 ottobre 2024), n. 40520 15

Consiglio di Stato

Controversie risarcitorie fra soggetti privati e giurisdizione del G.A.
Consiglio di Stato, Sez. II, 20 novembre 2024, n. 9333 17
Processo amministrativo e limiti dell'annullamento con rinvio
Consiglio di Stato, Ad. plen., 20 novembre 2024, n. 16 18
Limiti dell'intervento volontario nel processo amministrativo
Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 ottobre 2024, n. 15 19
Contenzioso in materia di appalti e *dies a quo* per l'impugnativa
Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352 21

Corti Europee

Vendita abbinata e pratiche commerciali c.d. di "incorniciamento"
Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, 14 novembre 2024, causa C-464/22 22
Modifiche concessorie senza gara: la CGUE si pronuncia sul caso del Ponte Morandi
Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 7 novembre 2024, causa C-683/22 25
Contenzione meccanica dei pazienti psichiatrici e art. 3 CEDU
Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 7 novembre 2024, ricorso n. 8436/21 27
Immunità diplomatiche ed equo processo
Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 5 novembre 2024, ric. n. 26760/22 . 28
Tutela civile della "vittima del reato" e art. 6 CEDU: la rettifica della Grande Camera
Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 settembre 2024, ricorsi nn. 6319/21 e altri 30

Diritto Civile

Retroattività

Corte costituzionale, 23 aprile 2024, n. 70 35
Retroattività della legge civile: note a margine di una recente pronuncia della Consulta, di Tommaso Sica

Vizi della cosa venduta

Cassazione civile, Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214 42
Vendita di *aliud pro alio*: natura, funzione e regime giuridico, di Cecilia De Luca

Contratto – Clausola

Cassazione civile, Sez. II, 4 aprile 2024, n. 8940 52
Efficacia delle c.d. clausole "di stile", di Gianluca Sicchiero

Contratto

Cassazione civile, Sez. II, 20 marzo 2024, n. 7447 56
La meritevolezza della clausola atipica, di Enrico Minervini

Diritto Processuale Civile e ADR

Translatio iudicii intergiurisdizionale

Cassazione civile, Sez. un., 4 settembre 2024, n. 23712 (ordinanza) 61
Rinvio *ex* art. 383 c.p.c. VS *translatio iudicii*: due concetti da non sovrapporre
di Claudio Consolo e Federica Godio

Legittimazione sostanziale e processuale

Cassazione civile, Sez. I, 29 febbraio 2024, n. 5478 64
Cassazione civile, Sez. III, 18 marzo 2024, n. 7243 67
Cartolarizzazioni, legittimazione ad agire e titolarità dei crediti nell'apolidia finanziaria, di Alberto M. Tedoldi e Paolo Cagliari

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Riforma Cartabia — Tribunale Bologna, Sez. II civile, 6 maggio 2024, n. 5065 (decreto) 80
La lettera e lo spirito della Riforma Cartabia, di Marcella Negri

Esecuzione civile — Tribunale Brindisi, g.e., 6 maggio 2024 (ordinanza) 84
Misure coercitive e obbligo di concludere il contratto *ex* art. 2932 c.c.
di Carlo Vittorio Giabardo

Diritto Commerciale

Successione nei debiti dell'azienda ceduta
Cassazione civile, Sez. III, 23 aprile 2024, 10902 (ordinanza) 93
Responsabilità dell'alienante per debito successivo alla cessione d'azienda
di Federico Raffaele e Alessia Caravetta

Responsabilità degli amministratori
Corte d'Appello Firenze, Sezione Specializzata in materia di Imprese, 27 aprile 2023 101
La responsabilità degli amministratori: "il danno incrementale" ed "il danno da *mala gestio*", di Cristina Fucilitti

Recesso dalla s.p.a. — Tribunale Milano, Sez. specializzata in materia di imprese, 28 maggio 2024 (decreto) 110
Accertamento della causa di recesso e decreto di nomina dell'esperto
di Oreste Cagnasso

Liquidazione delle azioni di società *in house*
Tribunale Milano, Sez. XV specializzata in materia di impresa, 27 marzo 2024 ... 114
Società *in house*, recesso dell'ente pubblico socio e liquidazione della partecipazione, di Veronica Filippi

Diritto del Lavoro

Licenziamento disciplinare — Cassazione civile, Sez. lav., 29 agosto 2024, n. 23318 (ordinanza) 121
Le limitazioni alla tutela della conservazione del posto di lavoro delle quali non si parla a sufficienza, di Mattia Persiani

Contratto collettivo di diritto comune
Cassazione civile, Sez. lav., 18 marzo 2024, n. 7203 (ordinanza) 127
Il delicato equilibrio tra l'art. 2070 c.c. e il contratto collettivo di diritto comune
di Giuseppe Paone

Licenziamento disciplinare – Giusta causa
Cassazione civile, Sez. lav., 20 febbraio 2024, n. 4502 (ordinanza) 133
Ancora sul licenziamento disciplinare per mancanza di fiducia a seguito di condotta extralavorativa, di Filippo Olivelli

Sciopero - Servizi pubblici essenziali
T.A.R Lazio, 28 marzo 2024, n. 6084 140
Sul riparto di competenze tra Commissione di garanzia e Pubblica Autorità in caso di precettazione, di Pietro Pozzaglia

Diritto Amministrativo

Arbitrati e appalti — Consiglio di Stato, Sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789 146
Il difficile equilibrio tra i principi di risultato, legalità, concorrenza e autoresponsabilità, di Alessandro Mazza

Appalti verdi — Consiglio di Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701 152
Il Consiglio di Stato tiene dritta la barra sugli appalti verdi, di Roberto Caranta

Diritto Penale

Obbligo di controllo/colpa omissiva
Cassazione penale, Sez. IV, 5 luglio 2024 (ud. 19 giugno 2024), n. 26553 157
Mancata supervisione delle attività ludiche e responsabilità della struttura balneare
di Simona Raffaele

Sospensione condizionale della pena
Cassazione penale, Sez. I, 30 maggio 2024 (ud. 20 febbraio 2024), n. 21603 163
Il rapporto tra estinzione del reato e revoca della sospensione condizionale della pena, di Fabio Fasani

Reati contro la p.a. — Cassazione penale, Sez. un., 15 maggio 2024 (ud. 29 febbraio 2024), n. 19357 ... 169
Millantato credito e traffico di influenze illecite dalle Sezioni unite alla legge Nordio: un tramonto parallelo?, di Vincenzo Mongillo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Processuale Penale

Corrispondenza informatica — Cassazione penale, Sez. VI, 30 luglio 2024 (ud. 21 maggio 2024), n. 31180 178
Chat SMS whatsapp: serve il provvedimento dell'autorità giudiziaria
di Antonella Marandola

Citazione diretta a giudizio — Cassazione penale, Sez. VI, 12 giugno 2024 (14 maggio 2024), n. 23639 182
Udienza predibattimentale e prosecuzione del processo mediante decreto
di Gian Marco Baccari

Percorsi di giurisprudenza

S.R.L.- Responsabilità amministratori
La responsabilità degli amministratori di s.r.l.
a cura di Tilde Cavaliere 192

Dottrina e attualità giuridiche

Famiglia e impresa — **Famiglia e impresa al cospetto del passaggio generazionale**
a cura di Luigi Balestra 208

Amministrazione e transizione generazionale
Luigi Salamone 208
Le operazioni straordinarie e il passaggio generazionale dell'impresa
Giovanni Capo 212
***Holding* e "casseforti" di famiglia**
Sabrina Masturzi 217
La collazione di azienda
Ugo Minneci 223
Patto di famiglia
Maria Novella Bugetti 226
Donazione e testamento nel passaggio generazionale di imprese
Giuseppe Giorgi 230
La fiscalità del passaggio generazionale delle società di mero godimento
Cecilia Benzi 234
Il passaggio generazionale, la pianificazione ereditaria e il trust
Diletta Giunchedi 236

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indice degli autori

Gian Marco Baccari, *Udienza predibattimentale e prosecuzione del processo mediante decreto*, 183.

Cecilia Benzi, *La fiscalità del passaggio generazionale delle società di mero godimento*, 234.

Maria Novella Bugetti, *Patto di famiglia*, 226.

Paolo Cagliari (e Alberto M. Tedoldi), *Cartolarizzazioni, legittimazione ad agire e titolarità dei crediti nell'apolidia finanziaria*, 68.

Oreste Cagnasso, *Accertamento della causa di recesso e decreto di nomina dell'esperto*, 111.

Giovanni Capo, *Le operazioni straordinarie e il passaggio generazionale dell'impresa*, 212.

Roberto Caranta, *Il Consiglio di Stato tiene dritta la barra sugli appalti verdi*, 153.

Alessia Caravetta (e Federico Raffaele), *Responsabilità dell'alienante per debito successivo alla cessione d'azienda*, 94.

Tilde Cavaliere, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l*, 192.

Claudio Consolo (e Federica Godio), *Rinvio* ex *art. 383 c.p.c. VS* translatio iudicii*: due concetti da non sovrapporre*, 62.

Cecilia De Luca, *Vendita di* aliud pro alio*: natura, funzione e regime giuridico*, 44.

Fabio Fasani, *Il rapporto tra estinzione del reato e revoca della sospensione condizionale della pena*, 165.

Veronica Filippi , *Società* in house*, recesso dell'ente pubblico socio e liquidazione della partecipazione*, 115.

Cristina Fucilitti, *La responsabilità degli amministratori: "il danno incrementale" ed "il danno da* mala gestio*"*, 104.

Carlo Vittorio Giabardo, *Misure coercitive e obbligo di concludere il contratto* ex *art. 2932 c.c*, 85.

Giuseppe Giorgi, *Donazione e testamento nel passaggio generazionale di imprese*, 230.

Diletta Giunchedi, *Il passaggio generazionale, la pianificazione ereditaria e il trust*, 236.

Federica Godio (e Claudio Consolo), *Rinvio ex art. 383 c.p.c. VS* translatio iudicii*: due concetti da non sovrapporre,*, 62.

Antonella Marandola, *Chat SMS whatsapp: serve il provvedimento dell'autorità giudiziaria*, 180.

Sabrina Masturzi, Holding *e "casseforti" di famiglia*, 217.

Alessandro Mazza, *Il difficile equilibrio tra i principi di risultato, legalità, concorrenza e autoresponsabilità*, 146.

Enrico Minervini, *La meritevolezza della clausola atipica*, 57.

Ugo Minneci, *La collazione di azienda*, 223.

Vincenzo Mongillo, *Millantato credito e traffico di influenze illecite dalle Sezioni unite alla legge Nordio: un tramonto parallelo?*, 169.

Marcella Negri, *La lettera e lo spirito della Riforma Cartabia*, 81.

Filippo Olivelli, *Ancora sul licenziamento disciplinare per mancanza di fiducia a seguito di condotta extralavorativa*, 135.

Giuseppe Paone, *Il delicato equilibrio tra l'art. 2070 c.c. e il contratto collettivo di diritto comune*, 129.

Mattia Persiani, *Le limitazioni alla tutela della conservazione del posto di lavoro delle quali non si parla a sufficienza*, 124.

Pietro Pozzaglia, *Sul riparto di competenze tra Commissione di garanzia e Pubblica Autorità in caso di precettazione*, 140.

Federico Raffaele (e Alessia Caravetta), *Responsabilità dell'alienante per debito successivo alla cessione d'azienda*, 94.

Simona Raffaele, *Mancata supervisione delle attività ludiche e responsabilità della struttura balneare*, 158.

Luigi Salamone, *Amministrazione e transizione generazionale*, 208.

Tommaso Sica, *Retroattività della legge civile: note a margine di una recente pronuncia della Consulta*, 35.

Gianluca Sicchiero, *Efficacia delle c.d. clausole "di stile"*, 54.

Alberto M. Tedoldi (e Paolo Cagliari), *Cartolarizzazioni, legittimazione ad agire e titolarità dei crediti nell'apolidia finanziaria*, 68.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indice dei provvedimenti

Corti europee

		n.	pag.
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA			
Sez. V	14 novembre 2024	C-464/22	22
Sez. V	7 novembre 2024	C-683/22	25
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO			
Sez. I	7 novembre 2024	8436/21	27
Sez. II	5 novembre 2024	26760/22	28
Gr. Cam.	24 settembre 2024	6319/21	30

Corte costituzionale

	n.	pag.
23 aprile 2024	70	35

Cassazione civile

		n.	pag.
Sez. III	13 novembre 2024	29288	1
Sez. III	11 novembre 2024	29078	5
Sez. III	11 novembre 2024	29071	6
Sez. III	5 novembre 2024	28390	8
Sez. III	18 ottobre 2024	27055	11
Sez. III	18 ottobre 2024	27008	12
Sez. un.	4 settembre 2024	23712 (ord.)	61
Sez. lav.	29 agosto 2024	23318 (ord.)	121
Sez. II	14 maggio 2024	13214	42
Sez. III	23 aprile 2024	10902 (ord.)	93
Sez. II	4 aprile 2024	8940	52
Sez. II	20 marzo 2024	7447	56
Sez. III	18 marzo 2024	7243	67
Sez. lav.	18 marzo 2024	7203 (ord.)	127
Sez. I	29 febbraio 2024	5478	64
Sez. lav.	20 febbraio 2024	4502 (ord.)	133

Cassazione penale

		n.	pag.
Sez. I	21 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024)	42783	13
Sez. I	8 novembre 2024 (ud. 31 ottobre 2024)	41179	14
Sez. II	5 novembre 2024 (ud. 25 ottobre 2024)	40520	15
Sez. VI	30 luglio 2024 (ud. 21 maggio 2024)	31180	178
Sez. IV	5 luglio 2024 (ud. 19 giugno 2024)	26553	157
Sez. VI	12 giugno 2024 (14 maggio 2024)	23639	182
Sez. I	30 maggio 2024 (ud. 20 febbraio 2024)	21603	163
Sez. un.	15 maggio 2024 (ud. 29 febbraio 2024)	19357	169

Consiglio di Stato

		n.	pag.
Sez. II	20 novembre 2024	9333	17
Ad. plen.	20 novembre 2024	16	18
Ad. plen.	29 ottobre 2024	15	19
Sez. V	18 ottobre 2024	8352	21
Sez. VII	1° luglio 2024	5789	146
Sez. III	27 maggio 2024	4701	152

Corte d'Appello

		n.	pag.
Firenze	27 aprile 2023		101

Tribunali

		n.	pag.
Milano	28 maggio 2024	(decr.)	110
Bologna	6 maggio 2024	5065 (decr.)	80
Brindisi	6 maggio 2024		84
Milano	27 marzo 2024		114

T.A.R.

		n.	pag.
Lazio	28 marzo 2024	6084	140

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Indice analitico

Amministrazione pubblica
– Contratti pubblici – Criteri ambientali minimi – CAM – Mancato inserimento nei documenti di gara – Illegittimità (Cons. di Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701); 152.

Amministrazione pubblica (delitti contro)
– Traffico di influenze illecite – Contestuale abrogazione del millantato credito "corruttivo" di cui all'art. 346, 2° comma, c.p. ad opera della L. n. 3/2019 – Continuità normativa – Esclusione – Condotte già integranti gli estremi dell'abolito millantato credito corruttivo – Delitto di truffa – Configurabilità – Condizioni (Cass. pen., Sez. un., 15 maggio 2024 (ud. 29 febbraio 2024), n. 19357); 169.

Arricchimento (senza causa)
– Ingiustificato – Carattere sussidiario – Sussidiarietà *ex* art. 2042 c.c. – Presupposti – Domanda di un coniuge mutuatario verso l'altro (Cass. civ., Sez. III, 18 ottobre 2024, n. 27008); 12.

Azienda
– Cessione d'azienda – Stipulata nel corso del processo – Relativo a contratto d'impresa non esaurito – Responsabilità del cessionario anche per quel debito – Art. 2560, 2° comma, c.c. – Sussistenza – Fondamento (Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2024, n. 29071); 6.
– Responsabilità per i debiti – Effetti (Cass. civ., Sez. III, 23 aprile 2024, 10902); 93.
– Successione nei contratti – Contratti a prestazione continuativa o periodica in corso – Debiti successivi alla successione nel contratto – Responsabilità dell'acquirente (Cass. civ., Sez. III, 23 aprile 2024, 10902); 93.
– Successione nei contratti – Sottoscrizione del contratto – Sufficienza (Cass. civ., Sez. III, 23 aprile 2024, 10902); 93.

Cause di estinzione del reato e della pena
– Estinzione del reato per prescrizione dichiarata dal giudice penale – Contestuale condanna generica al risarcimento del danno in favore della parte civile – Efficacia vincolante nel successivo giudizio civile risarcitorio – Sussistenza – Limiti (Cass. civ., Sez. III, 18 ottobre 2024, n. 27055); 11.
– Sospensione condizionale della pena – Beneficio concesso dal giudice della cognizione in violazione dell'art. 164, 4° comma, c.p. per l'esistenza di cause ostative non documentalmente note – Revoca da parte del giudice dell'esecuzione ex art. 168, comma terzo, c.p. – Possibilità – Condizioni (Cass. pen., Sez. I, 30 maggio 2024 (ud. 20 febbraio 2024), n. 21603); 163.

Contratti della P.A.
– Contenzioso in materia di appalti (art. 120 c.p.a.) – Individuazione del *dies a quo* per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione – Decorrenza dal momento in cui gli atti sono messi concretamente a disposizione del concorrente (art. 120, 2° comma) (Cons. di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352); 21.

Contratto in genere
– Clausola di stile – Interpretazione – Principio di conservazione (Cass. civ., Sez. II, 4 aprile 2024, n. 8940); 52.
– Contratti collegati – Negozi complessi o collegati – Distinzione – Nesso teleologico – Rilevanza – Criterio della c.d. operazione economica – Previsione di clausola di risoluzione per mutuo consenso – Estensione (Cass. civ., Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29288); 1.

Corte costituzionale
– Retroattività – Interpretazione autentica – Demanio marittimo (Corte cost., 23 aprile 2024, n. 70); 35.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)
– Divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) – Contenzione meccanica – Privazione della libertà – Rispetto della dignità umana (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 7 novembre 2024, ricorso n. 8436/21); 27.
– Familiari del personale tecnico e amministrativo delle missioni diplomatiche – Immunità diplomatiche e loro limiti – Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche – Diritto a un equo processo (art. 6 CEDU) – Difetto di motivazioni nell'esclusione delle immunità – Violazione (Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 5 novembre 2024, ric. n. 26760/22); 28.
– Vittima del reato non costituita parte civile – Indagini preliminari – Archiviazione per intervenuta prescrizione – Diritto al giusto processo (art. 6 CEDU) a tutela dei diritti di carattere civile della "vittima" – Applicabilità – Esclusione – Vittima del reato costituita parte civile – Mancata pronuncia sulle pretese di carattere civile nell'ambito del processo penale – Diritto di accesso al giudice (art. 6 CEDU) a tutela dei diritti di carattere civile della "vittima" – Violazione – Condizioni (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 settembre 2024, ricorsi nn. 6319/21 e altri*); 30.*

Danni in materia civile e penale
– Giurisdizione del Giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie insorte nell'ambito della sua giurisdizione (art. 7 c.p.a.) – Controversia risarcitoria insorta fra soggetti privati nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico – Insussistenza della giurisdizione del G.A (Cons. di Stato, Sez. II, 20 novembre 2024, n. 9333); 17.
– Riserva mentale di uno dei coniugi sulla possibilità di dissoluzione del matrimonio – Comunicazione al coniuge prima della celebrazione del matrimonio – Fatto costitutivo di responsabilità risarcitoria – Esclusione (Cass. civ., Sez. III, 5 novembre 2024, n. 28390); 8.

Esecuzione civile
– Esecuzione indiretta ex art. 614-bis c.p.c. – Obbligo di concludere un contratto – Azione costitutiva ex art. 2932 c.c. – Cumulo potenziale dei due rimedi – Ammissibilità (Tribunale Brindisi, g.e., 6 maggio 2024 (ordinanza); 84.

Impresa familiare
– Luigi Salamone, *Amministrazione e transizione generazionale*; 208.
– Giovanni Capo, *Le operazioni straordinarie e il passaggio generazionale dell'impresa*; 212.
– Sabrina Masturzi, Holding *e "casseforti" di famiglia*; 217.
– Ugo Minneci, *La collazione di azienda*; 223.
– Maria Novella Bugetti, *Patto di famiglia*; 226.
– Giuseppe Giorgi, *Donazione e testamento nel passaggio generazionale di imprese*; 230.
– Cecilia Benzi, *La fiscalità del passaggio generazionale delle società di mero godimento*; 234.
– Diletta Giunchedi, *Il passaggio generazionale, la pianificazione ereditaria e il trust*; 236.

Impugnazioni in materia penale
– Appello – Abbreviato – Udienza – Richiesta di trattazione orale – Imputato detenuto – Richiesta dell'imputato di presenziare – Rinuncia espressa alla presenza – Mancanza – Traduzione dell'imputato in udienza – Necessità – Ragioni (Cass. pen., Sez. II, 5 novembre 2024 (ud. 25 ottobre 2024), n. 40520); 15.

Lavoro (rapporto)
– Contratto collettivo applicabile – Perdurante vigenza art. 2070 c.c. – Contrattazione di diritto comune – Volontà delle parti contraenti – Interpretazione – Adesione alle clausole contrat-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tuali – Comportamento concludente delle parti – Onere della prova (Cass. civ., Sez. lav., 18 marzo 2024, n. 7203); 127.

Lavoro subordinato
– Licenziamento disciplinare – Fiducia del datore di lavoro – Irrilevanza delle conseguenze dannose dell'inadempimento (Cass. civ., Sez. lav., 29 agosto 2024, n. 23318); 121.
– Licenziamento disciplinare – Giusta causa – Condotta extralavorativa – Sentenza di condanna penale irrevocabile – Inadempimento – Assenza – Mancanza di fiducia – Legittimità (Cass. civ., Sez. lav., 20 febbraio 2024, n. 4502); 133.

Misure cautelari personali
– Ordinanza applicativa – Esigenza cautelare – Diversa da quella prospettata con la domanda – Legittimità – Ragioni (Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 2024 (ud. 31 ottobre 2024), n. 41179); 14.

Obbligazioni e contratti
– Meritevolezza – Clausola atipica (Cass. civ., Sez. II, 20 marzo 2024, n. 7447); 56.
– Promessa di pagamento e ricognizione di debito – Provenienza da un terzo – Ammissibilità – Condizioni – Legittimazione sostanziale del dichiarante a disporre del relativo patrimonio – Necessità (Cass. civ., Sez. III, 11 novembre 2024, n. 29078); 5.

Processo amministrativo
– Annullamento con rinvio della sentenza di primo grado (art. 105 c.p.a.) – Tassatività ed eccezionalità delle relative ipotesi – Applicabilità nel caso di sentenza di primo grado che deve essere dichiarata nulla per avere palesemente errato nell'escludere la legittimazione e l'interesse del ricorrente (Cons. di Stato, Ad. plen., 20 novembre 2024, n. 16); 18.
– Contratti pubblici – Offerte – Piattaforme informatiche – Esclusione – Principio di risultato – Illegittimità (Cons. di Stato, Sez. VII, 1º luglio 2024, n. 5789); 146.
– Intervento volontario in giudizio (art. 28 c.p.a.) – Tipologie di intervento esperibili – Intervento adesivo-dipendente e intervento litisconsortile – Limiti all'ammissibilità dell'intervento per il cointeressato decaduto dall'impugnativa – Limiti all'intervento da parte dell'interessato che abbia impugnato il medesimo atto di cui al giudizio principale in altro giudizio, ancora pendente (Cons. di Stato, Ad. plen., 29 ottobre 2024, n. 15); 19.

Processo civile
– Cessione di crediti in blocco – Conferimento dell'incarico alla riscossione a soggetto non iscritto nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. (D.Lgs. n. 385/1993) – Invalidità – Insussistenza (Cass. civ., Sez. III, 18 marzo 2024, n. 7243); 67.
– Cessione di credito – Notificazione al debitore ceduto – Efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto – Prova della cessione – Insufficienza – Cessione di crediti in blocco ai sensi dell'art. 58 t.u.b. – Pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale – Prova del trasferimento della titolarità del credito – Inidoneità (Cass. civ., Sez. I, 29 febbraio 2024, n. 5478); 64.
– Opposizione a decreto ingiuntivo – Decreto ex art. 171-bis c.p.c. – Poteri del giudice – Fissazione udienza – Rimessione anticipata in decisione – Decorso dei termini ex art. 171-ter – Esclusione (Trib. Bologna, Sez. II civile, 6 maggio 2024, n. 5065 (decreto)); 80.

Prova in genere (in materia penale)
– Mezzi di ricerca della prova – In genere – Sequestro probatorio di telefoni cellulari annullato dal tribunale del riesame – Ordine di restituzione della "copia forense" dei dati acquisiti – Decreto di ispezione informatica adottato dal pubblico ministero prima della restituzione – Illegittimità – Sussistenza – Conseguenze – "Inutilizzabilità patologica" dei dati – Ragioni (Cass. pen., Sez. VI, 30 luglio 2024 (ud. 21 maggio 2024), n. 31180); 178.

Reati contro la persona
– Rapporto di causalità – Posizione di garanzia – Obbligo di controllo – Struttura pericolosa – Omicidio e lesioni personali colpose (Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2024 (ud. 19 giugno 2024), n. 26553); 157.

Reato in genere
– Diffamazione – Contenuti diffamatori diffusi in chat whatsapp – Aggravante del mezzo della pubblicità – Insussistenza – Ragioni (Cass. pen., Sez. I, 21 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42783); 13.

Ricorso per cassazione
– Ex art. 111, 8º comma, Cost. – Cassazione della sentenza del Cons. di Stato per difetto di giurisdizione – *Translatio iudicii* intergiurisdizionale – Giudice ordinario competente (Cass. civ., Sez. un., 4 settembre 2024, n. 23712); 61.

Rinvio pregiudiziale
– Dir. 2014/23/UE – Procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione – Art. 43 – Modifica di una concessione, durante il periodo della sua validità, senza apertura alla concorrenza – Concessione di autostrade – Crollo del ponte Morandi a Genova (Italia) – Procedimento nazionale per grave inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia della rete autostradale – Nuovi obblighi a carico del concessionario – Obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di esprimersi preliminarmente sulla necessità di organizzare una nuova procedura di aggiudicazione – Obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di esaminare preliminarmente l'affidabilità del concessionario (Corte di giust. dell'Unione europea, Sez. V, 7 novembre 2024, Causa C-683/22); 25.
– Tutela dei consumatori – Dir. 2005/29/CE – Art. 2, lett. j), artt. 5, 8 e 9 – Nozione di "consumatore medio" – Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori – Nozione di "pratica commerciale aggressiva"– Vendita abbinata di un finanziamento personale e di un prodotto assicurativo non collegato a tale finanziamento – Orientamento delle informazioni fornite al consumatore – Nozione di "framing" (incorniciamento) – Pratica commerciale consistente nel proporre simultaneamente a un consumatore un'offerta di finanziamento personale e un'offerta di un prodotto assicurativo non collegato a tale finanziamento – Assenza di un periodo di riflessione tra la sottoscrizione del contratto di finanziamento e quella del contratto assicurativo – Dir. (UE) 2016/97 – Art. 24 (Corte di giust. dell'Unione europea, Quinta Sezione, 14 novembre 2024, causa C-464/22); 23.

Sciopero
– Servizi pubblici essenziali – Precettazione – Urgenza e grave necessità – Illegittimità – Eccesso di potere (T.A.R Lazio, 28 marzo 2024, n. 6084); 140.

Società
– Scioglimento – Danno incrementale per perdite (Corte d'App. Firenze, Sezione Specializzata in materia di Imprese, 27 aprile 2023); 101.
– Scioglimento – Impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale – Nozione (Corte d'App. Firenze, Sezione Specializzata in materia di Imprese, 27 aprile 2023); 101.
– Società a partecipazione pubblica – Dismissione delle partecipazioni – Recesso – Liquidazione della quota – Rapporto sinallagmatico (Trib. Milano, Sez. XV specializzata in materia di impresa, 27 marzo 2024); 114.
– Società di capitali – Società per azioni – Recesso – Accertamento *incidenter tantum* – Ammissibilità (Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di imprese, 28 maggio 2024 (decreto)); 110.
– Società di capitali – Società per azioni – Recesso – Cambiamento dell'oggetto sociale (Trib. Milano, Sez. specializzata in materia di imprese, 28 maggio 2024 (decreto)); 110.
– Società a partecipazione pubblica – Dismissione delle partecipazioni – Recesso – Liquidazione della quota – Trasferimento di proprietà delle azioni – Pronuncia costitutiva – Necessità

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(Trib. Milano, Sez. XV specializzata in materia di impresa, 27 marzo 2024); 114.
– Tilde Cavaliere, *La responsabilità degli amministratori di s.r.l.*; 192.

Udienza predibattimentale
– Provvedimento che dispone la prosecuzione del giudizio dibattimentale – Natura giuridica – Indicazione – Conseguenze (Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2024 (14 maggio 2024), n. 23639; 182.

Vendita
– Compravendita – Vizi della cosa venduta – *Aliud pro alio* – Regime giuridico di "cosa radicalmente diversa" (Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214); 42.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Negozi complessi o collegati: l'operazione economica sottostante

Cassazione civile, Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29288 – Pres. De Stefano – Est. Guizzi – P.G. Celentano (conf.) – P.Pa. – Nokia Solutions and Networks Italia S.P.A., già Alcatel Lucent Italia S.p.a. e altri.

Contratto in genere – Contratti collegati – Negozi complessi o collegati – Distinzione – Nesso teleologico – Rilevanza – Criterio della c.d. operazione economica – Previsione di clausola di risoluzione per mutuo consenso – Estensione

La questione: qual è la differenza tra il negozio complesso, qual è quello plurilaterale, e il collegamento negoziale? E quale portata ha in essi, alla luce del criterio della c.d. operazione economica, una clausola di risoluzione del "negozio" per mutuo consenso?

Il fatto. P. Pa. ricorre, sulla base di sei motivi, per la cassazione della sentenza n. 1268/20, del 14 maggio 2020, della Corte di Appello di Bologna, che – respingendone il gravame avverso la sentenza n. 651/17, del 19 aprile 2017, del Tribunale di Bologna, accogliendo, invece, quello della società Alcatel– Lucent S.p.a. (incorporata, in corso di causa, da Nokia Solution e Network Italia S.p.a.; d'ora in poi, "Nokia Solution" o "Nokia") – ha, per quanto qui ancora d'interesse, rigettato la domanda proposta dal Pa. stesso, volta a conseguire la declaratoria di inadempimento, da parte della società Alcatel-Lucent S.p.a. e di G. Vi., agli obblighi nascenti dal contratto preliminare del 2 settembre 2009 e dal c.d. "Addendum" del 28 gennaio 2010, nonché agli obblighi di buona fede e correttezza, e, per l'effetto, la risoluzione del contratto e del predetto "Addendum", con condanna di entrambi i soggetti inadempienti, in solido, al risarcimento dei danni cagionati. Riferisce, in punto di fatto, l'odierno ricorrente di aver sottoscritto – in data 2 settembre 2009 – un contratto preliminare con la società Alcatel-Lucent (d'ora in poi, "Alcatel"), in virtù del quale essa si impegnava a vendere, e il Pa. ad acquistare, la partecipazione di quote societarie, in misura non inferiore al 64% del capitale sociale, della società di nuova costituzione BTP Tecno, alla quale veniva trasferito, mediante conferimento di ramo d'azienda, un sito produttivo di Alcatel esistente in Battipaglia. Il contratto, inoltre, prevedeva che tali G. D. S., G. C., V. D.U., F. G. e F. R. (indicati anche come "i managers") potessero acquistare una partecipazione di minoranza non superiore al 36%. Tuttavia, nei mesi successivi alla conclusione del preliminare, avendo le rappresentanze sindacali dei lavoratori manifestato la loro opposizione alla c.d. "esternalizzazione del sito" (per il timore di uno smantellamento dei livelli occupazionali), venivano instaurate nuove trattative – anche su sollecitazione del Ministero per lo Sviluppo Economico e delle Istituzioni locali – destinate a culminare nella sottoscrizione del c.d. "Addendum" del 28 gennaio 2010. In base ad esso, il Pa. accettava l'ingresso del Vi. – quale socio di minoranza – nell'operazione commerciale, prevedendosi, infatti, che la partecipazione del primo alla neocostituita società fosse ridotta al 51% del capitale sociale, così come quella dei "managers" al 14% stabilendoli, nel contempo, che il Vi. acquisisse una partecipazione del 30% e che Alcatel ne conservasse una pari al restante 5%. Persistendo, tuttavia, l'ostilità delle rappresentanze sindacali nei confronti del Pa., Alcatel prendeva in considerazione un nuovo progetto industriale sottopostole dal Ministero dello Sviluppo Economico (d'ora in poi, anche soltanto "MISE"), che contemplava l'esclusione dell'odierno ricorrente (e dei "managers") dall'operazione, tanto che il 10 maggio 2010 la società concludeva un accordo di risoluzione del contratto, peraltro non sottoscritto dal Pa. e dal C., al quale ne seguiva altro di analogo tenore, intervenuto tra la società e il Vi. Successivamente, tra costui e Alcatel – all'esito di trattative proseguite anche con il coinvolgimento del MISE e le Istituzioni locali – interveniva, il 17 giugno 2010, la sottoscrizione di un verbale con il quale veniva trasferito al Vi., per il tramite della società Telerobot Ipa S.r.l., l'acquisizione del 90% del capitale sociale della "newco" BTP Tecno. Su tali basi, il Pa. conveniva in giudizio Alcatel e il Vi. (nonché i già indicati "managers"), chiedendo, inizialmente, che all'accertamento dell'inadempimento, da parte dei convenuti, agli obblighi nascenti dal concluso preliminare e dal c.d. "Addendum", oltre che a quelli di buona fede e correttezza, seguisse la pronuncia di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c., nonché la condanna al risarcimento dei danni, domanda, quest'ultima, proposta, comunque, anche in via di subordine. Costituitisi in giudizio tutti i convenuti, spiegava intervento adesivo nello stesso il C., concludendo anch'egli per la pronuncia di sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c., ovvero, in alternativa, per la declaratoria di risoluzione del contratto in ragione dell'inadempimento di Alcatel. Il giudice di prime cure, qualificato il contratto intercorso tra le parti come "plurilaterale", da tale premessa faceva discendere lo scioglimento dello stesso solo con il consenso di tutti i contraenti (evenienza non verificatasi nella specie), dichiarando, tuttavia, risolto lo stesso per l'inadempimento di Alcatel, rigettando, però, la domanda risarcitoria, sul rilievo che il danno – del quale era stato richiesto il ristoro – non fosse stato "nemmeno allegato e, quindi, neppure provato". Esperito gravame in via principale dal Pa., per censurare la statuizione relativa al rigetto della domanda di risarcimento del danno, nonché, in via incidentale, da Alcatel, al fine di contestare la decisione di risolvere il contratto per proprio inadempimento, il giudice di appello rigettava il primo mezzo e accoglieva il secondo, ravvisando, nella specie,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non un contratto plurilaterale, bensì la fattispecie del collegamento negoziale. Su tali basi, pertanto, riteneva che gli accordi risolutori raggiunti dalla società con tre dei quattro "managers" (e con il Vi.), avendo inciso sulla concreta attuabilità del programma negoziale, unitariamente inteso, ne avevano compromesso la sopravvivenza, sulla scorta del principio "*simul stabunt, simul cadent*". La Corte territoriale, infatti, riteneva "sussistente l'interdipendenza tra le obbligazioni dedotte non solo tra le singole cessioni, ma anche tra le cessioni complessivamente considerate e i contratti strumentali all'attuazione del prospettato piano industriale emergente dal contratto preliminare". Avverso la sentenza della Corte felsinea ha proposto ricorso per cassazione il Pa., sulla base – come detto – di sei motivi. Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1218 e 1256 c.c., nonché degli artt. 1453 e 1463 c.c., anche nel loro combinato disposto, "per avere la Corte di appello di Bologna ritenuto incolpevole l'inadempimento di Alcatel". Premesso che neppure il giudice di appello ha messo in discussione l'esistenza di un inadempimento in capo ad Alcatel, il ricorrente evidenzia che lo stesso – anche a prescindere dalla ritenuta sussistenza, nel caso di specie, di un fenomeno di collegamento negoziale in luogo di un unico contratto plurilaterale (ciò che forma, peraltro, oggetto della censura proposta con il secondo motivo di ricorso) – non poteva ritenersi giustificato né giustificabile, non essendosi verificata alcuna causa di impossibilità sopravvenuta non imputabile al venditore, essendo l'inadempimento, invece, dipeso dalla volontà di Alcatel. Inoltre, anche ad ammettere – nuovamente – che l'operazione posta in essere da Alcatel realizzasse un'ipotesi di collegamento negoziale, la responsabilità della stessa per l'illecito contrattuale, posto in essere volontariamente e scientemente, andrebbe affermata in ragione del fatto che essa avrebbe potuto offrire al Pa. un adempimento parziale. Il secondo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., anche nel loro combinato disposto, "per avere la Corte d'Appello di Bologna negato la natura di contratto plurilaterale – e non aver conseguentemente applicato la relativa disciplina – agli accordi intercorsi tra Alcatel, il dott. Pa. e gli altri managers". Assume il ricorrente che la distinzione tra il contratto plurilaterale e il collegamento negoziale viene tradizionalmente individuata nel fatto che il primo è caratterizzato da uno "scopo comune", mentre il secondo è caratterizzato da un "nesso teleologico" tra i vari negozi. Orbene, sul presupposto che tra tali nozioni non vi sarebbe "differenza alcuna", il ricorrente assume come la distinzione "debba essere fatta in base ad altri criteri, primo fra tutti la contestuale partecipazione" – sussistente nella specie – "di tutte le (medesime) parti alla conclusione di un unico documento contrattuale", ciò che deporrebbe per la natura plurilaterale del contratto, con piena responsabilità di Alcatel per il suo inadempimento nei confronti di esso Pa., atteso che la risoluzione consensuale, in questo caso, presupporrebbe il consenso di tutte le parti dell'unico contratto. Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1367 c.c., anche nel loro combinato disposto e con riguardo al principio "in claris non fit interpretatio", nonché violazione e falsa applicazione dell'art. 1372 c.c., con specifico riferimento alla pattuizione di cui all'art. 10.1 punto (i) del contratto. Assume il ricorrente che detta clausola (secondo cui il contratto per cui è causa poteva essere "risolto per mutuo consenso del Venditore e del Compratore") non poteva che essere interpretata – diversamente da quanto ritenuto dall'impugnata sentenza – nel senso che "la risoluzione per mutuo consenso fosse stata volontariamente, specificamente ed espressamente limitata al solo caso di accordo congiunto ovvero di tutte le parti", e dunque secondo il significato per cui "ciascuna delle parti" avrebbe "rinunciato espressamente al proprio diritto di risolvere il contratto se non congiuntamente". Diversamente opinando, ovvero ritenendo che tale clausola – come statuito dalla Corte territoriale – abbia inteso affermare "la liceità di "singole" risoluzioni contrattuali", si determinerebbero almeno "due intollerabili conseguenze". Per un verso, si verrebbe a snaturare la lettera del contratto, dal momento che nella intestazione dello stesso – come modificato dalla lettera a) del successivo "Addendum" – il Pa., i "managers" e il Vi. Erano "congiuntamente indicati come 'compratore'". Per altro verso, l'interpretazione accolta dal giudice di appello finirebbe con il configurare la clausola come giuridicamente "inutile", dal momento che – con riguardo a ciascuno dei contratti collegati – non farebbe che ripetere il disposto dell'art. 1372 c.c., secondo cui il (singolo) contratto non ha effetti se non tra le parti. Il quarto motivo denuncia violazione dell'art. 1375 c.c., nonché nullità della sentenza, in relazione all'art. 360, 1° comma, n. 4), c.p.c., oltre a violazione dell'art. 132, 2° comma, n. 4), c.p.c. e dell'art. 111, 6° comma, Cost., per vizio radicale di motivazione. Si censura la sentenza impugnata per avere omesso di considerare che il comportamento di Alcatel è stato, in ogni caso, contrario a buona fede e, in quanto tale, autonomamente idoneo a costituire fonte di responsabilità risarcitoria nei confronti di esso Pa. Il quinto motivo denuncia e falsa applicazione "di tutte le norme di legge ed i principi richiamati nei precedenti motivi di ricorso" (ovvero, sub 1, 2, 3 e 4), per avere la Corte d'appello escluso la sussistenza della responsabilità risarcitoria in capo a G. Vi. (...) Il Procuratore Generale presso questa Corte, in persona di un suo Sostituto, ha depositato requisitoria scritta, chiedendo il rigetto del ricorso. (...).

La decisione. Il ricorso va rigettato. Nello scrutinarlo, pregiudiziale risulta la disamina del suo secondo motivo, giacché ove lo stesso fosse ritenuto fondato, qualificata l'operazione negoziale oggetto di giudizio come contratto "complesso", il suo scioglimento per mutuo consenso presupporrebbe una conforme manifestazione di volontà di tutte le parti, nella specie, invece, mancata. Il motivo, tuttavia, non è fondato. È, infatti, da disattendere l'assunto da cui muove il ricorrente, il quale sostiene che l'elemento caratterizzante il contratto plurilaterale – e ciò, a suo dire, nell'impossibilità di distinguere tra "scopo comune" e "nesso teleologico", giacché essi non presenterebbero "differenza alcuna" – dovrebbe ravvisarsi nella "contestuale partecipazione di tutte le (medesime) parti alla conclusione di un unico documento contrattuale". Per contro, la differenza tra le due nozioni deve individuarsi nel fatto che, mentre "lo scopo comune" rileva direttamente sul piano della causa concreta del contratto plurilaterale, che resta però unica, il "nesso teleologico" è l'elemento che consente l'emersione di quella "causa del collegamento", dotata di autonomia e destinata a sovrapporsi a quella propria dei singoli contratti collegati. Detto in altri termini, mentre "il negozio complesso" – quale è certamente quello plurilaterale – è contrassegnato da una causa unica", nel collegamento negoziale, "distinti ed autonomi negozi si riannodano ad una fattispecie complessa pluricausale, della quale ciascuno realizza una parte, ma pur sempre in base ad interessi immediati ed autonomamente identificabili" (così, in motivazione, Cass. civ., Sez. V, ord. n. 15774/2017). Sotto questo profilo, è da richiamare l'inquadramento – di recente operato da questa Corte – del fenomeno del collegamento negoziale nella nozione di "operazione econo-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mica", come non manca, del resto, di sottolineare la controricorrente Nokia nella propria memoria. Invero, l'affermazione dottrinaria che ravvisa nella "operazione economica" una "autonoma categoria concettuale", la quale "identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano", non risulta estranea agli approdi ai quali è pervenuta la più recente giurisprudenza di questa Corte (si vedano, entrambe in motivazione, Cass. civ., Sez. III, ord. n. 7185/2022, non massimata sul punto, nonché, soprattutto, Cass. civ., Sez. II, ord. n. 28324/2023, del pari non massimata sul punto). Questa Corte, infatti, nel ribadire che "le espressioni "collegamento negoziale" o "negozi collegati" – estranee al codice civile del '42 e richiamate solo negli anni Novanta dalla legislazione speciale di impronta europea – non designano un insieme di disposizioni volte a disciplinare una determinata materia, ma rappresentano un concetto di elaborazione dottrinale e un criterio di impiego giurisprudenziale diretti alla descrizione di fenomeni contrattuali complessi ed alla soluzione dei conflitti ad essi relativi", ha sottolineato che nel "collegamento negoziale "atipico" si esprime invero in pieno l'esercizio dell'autonomia privata, la quale soddisfa esigenze delle parti utilizzando dinamiche negoziali articolate che generano operazioni negoziali composte da plurimi contratti, volte solitamente a realizzare operazioni economiche complesse" (così, testualmente, Cass. civ., Sez. II, ord. n. 28324/2023, cit.). Su tali basi, dunque, si è evidenziato che la "dottrina più moderna si è anche spinta a considerare se possa attribuirsi valenza di autonoma categoria concettuale alla nozione di operazione economica, intesa come una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, la quale a sua volta concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata" (cfr. nuovamente, Cass. civ., Sez. II, ord. n. 28324/2023, cit.). In quest'ottica, pertanto, deve ribadirsi che il collegamento tra i contratti "è funzionale quando i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio della loro autonomia negoziale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia", fenomeno "che incide direttamente sulla causa dell'operazione contrattuale che viene posta in essere, risolvendosi in una interdipendenza funzionale dei diversi atti negoziali rivolta a realizzare una finalità pratica unitaria" (così, del pari, Cass. civ., Sez. II, ord. n. 28324/2023, cit., che richiama Cass. civ., Sez. II, sent. n. 3645/2007). Fatta, dunque, applicazione di tali principi al caso di specie, deve condividersi il rilievo del Procuratore Generale presso questa Corte, secondo cui la sentenza impugnata, "escludendo che la contestualità delle previsioni contrattuali in un unico atto giuridico" rilevasse, se non altro di per sé sola, "al fine di ritenere sussistente una disciplina di plurimi rapporti di futura cessione" quale contratto plurilaterale, ha valorizzato, per l'appunto, "lo scopo comune, inteso come finalità pratica economica da conseguire con la regolamentazione degli interessi reciproci". Si legge, invero, nella sentenza impugnata (pag. 16) che le "articolate previsioni" – poste in essere da tutti i soggetti partecipi dell'unitaria "operazione economica" – si caratterizzavano per "l'interdipendenza tra le obbligazioni dedotte non solo tra le singole cessioni, ma anche tra le cessioni complessivamente considerate e i contratti strumentali all'attuazione del prospettato piano industriale emergente dal contratto preliminare", al punto persino da determinare "la compagine sociale della BTP Tecno". Ciò che equivale, dunque, a ritenere (come osserva il Procuratore Generale) che i soggetti coinvolti nell'unitaria operazione negoziale – o meglio, "economica" – "intendevano porre in essere, non solo i negozi in concreto posti in essere, ma anche il loro coordinamento al fine della realizzazione di quello scopo pratico (nesso teleologico) autonomo dal punto di vista causale". Orbene, su tali basi – che comportano il rigetto del secondo motivo di ricorso – può procedersi pure allo scrutinio degli altri motivi oggetto della presente impugnazione. Quanto, infatti, al primo motivo, una volta evidenziato che "l'operazione economica" – o, se si preferisce, il collegamento negoziale – si caratterizzava, per dirla nuovamente con il Procuratore Generale, per "una interdipendenza (comune alle parti) fra le singole obbligazioni, la cessione complessivamente considerata (del 95 % della partecipazione) e l'attuazione del piano industriale (determinato dagli atti di concertazione pubblici che erano intervenuti)", l'impossibilità di concretizzare tale assetto complessivo, operando al riguardo il principio del "*simul stabunt, simul cadent*", esclude che possa addebitarsi ad Alcatel non solo di essere inadempiente, ma anche di non aver offerto al Pa. almeno un adempimento parziale. Infatti, non sono neppure evidenziati particolari profili di colpa da parte di Alcatel nella gestione della vicenda, fortemente influenzata dalle pressioni esterne contrarie alla divisata operazione economica. Il motivo, dunque, non è fondato. Il terzo motivo è, del pari, infondato. Al riguardo, deve ribadirsi – a titolo di premessa – il consolidato orientamento di questa Corte a mente del quale "l'interpretazione delle clausole contrattuali rientra tra i compiti esclusivi del giudice di merito ed è insindacabile in cassazione se rispettosa dei canoni legali di ermeneutica ed assistita da congrua motivazione, potendo il sindacato di legittimità avere ad oggetto non già la ricostruzione della volontà delle parti, bensì solo l'individuazione dei criteri ermeneutici del processo logico del quale il giudice di merito si sia avvalso per assolvere la funzione a lui riservata, al fine di verificare se sia incorso in vizi del ragionamento o in errore di diritto" (così, tra le molte, in motivazione, Cass. civ., Sez. III, sent. n. 28625/2019, non massimata sul punto; in senso analogo, tra le molte, sempre in motivazione, Cass. civ., Sez. III, sent. n. 15763/2016). Affinché, tuttavia, una censura siffatta possa dirsi ritualmente proposta, risulta necessario che "la parte che, con il ricorso per cassazione, intenda denunciare un errore di diritto o un vizio di ragionamento nell'interpretazione di una clausola contrattuale", non si limiti "a richiamare le regole di cui agli artt. 1362 e ss. cod. civ., avendo invece l'onere di specificare i canoni che in concreto assuma violati, ed in particolare il punto ed il modo in cui il giudice del merito si sia dagli stessi discostato, non potendo le censure risolversi nella mera contrapposizione tra l'interpretazione del ricorrente e quella accolta nella sentenza impugnata, poiché quest'ultima non deve essere l'unica astrattamente possibile ma solo una delle plausibili interpretazioni, (cfr. Cass. civ., Sez. III, sent. n. 28319/2017; in senso analogo, più di recente, Cass. civ., Sez. I, ord. n. 9461/2021). Nel caso di specie, il ricorrente censura la sentenza impugnata sul rilievo che essa avrebbe disatteso il criterio dell'interpretazione letterale, riferendo la qualità di "compratore" non alla parte promissaria acquirente, bensì ad ogni singolo soggetto – esso Pa., il Vi. e "i manager" – destinato ad acquisire quote sociale della "newco". Orbene, posto che – come si dirà meglio di seguito – l'interpretazione della Corte felsinea non è affatto implausibile, il ricorrente mostra di attribuire

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

al criterio del "senso letterale delle parole" un significato (o meglio, una portata) che non gli è propria. Difatti, come evidenziato anche dalla più recente giurisprudenza di questa Corte, sebbene "il criterio del senso letterale delle parole (art. 1362, comma 1, cod. civ.)", si ponga "quale primo momento del processo di interpretazione", donde la necessità di "valutarne la portata assorbente di eventuali, ulteriori e successivi criteri ermeneutici" (così, in motivazione, Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 30135/2021), resta, nondimeno, fermo che "nell'interpretazione del contratto il carattere prioritario dell'elemento letterale non va inteso in senso assoluto, in quanto il richiamo contenuto nell'art. 1362 cod. civ. alla comune intenzione delle parti impone di estendere l'indagine ai criteri logici, teleologici e sistematici laddove si registri, pur nella chiarezza del testo dell'accordo, una incoerenza con indici esterni che rivelino una diversa volontà dei contraenti" (così Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 24483/2021, non massimata). Dunque, ove sussista tale incoerenza, nella "applicazione dei criteri interpretativi, bisogna allora avviare l'esame dall'elemento letterale, il quale assume funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, dovendo tuttavia essere verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale", giacché, per un verso, "per senso letterale delle parole va intesa tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni sua parte ed in ogni parola che la compone", nonché dovendo, per altro verso, aversi "riguardo allo scopo pratico che le parti abbiano inteso realizzare con la stipulazione del contratto" (così, in motivazione, Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 24699/2021). Tale indagine, d'altra parte, investe, oltre al "contesto negoziale integrale ai sensi dell'art. 1363 cod. civ., anche i criteri di interpretazione soggettiva stabiliti dagli artt. 1369 e 1366 cod. civ., rispettivamente volti a consentire l'accertamento del significato dell'accordo in coerenza con la relativa ragione pratica o causa concreta (in conformità agli interessi che le parti abbiano inteso tutelare mediante la stipulazione negoziale), ed altresì ad escludere, mediante un comportamento improntato a lealtà e salvaguardia dell'altrui interesse, interpretazioni cavillose che depongano per un significato in contrasto con gli interessi che le parti abbiano inteso tutelare mediante la stipulazione negoziale", il tutto, dunque, nella prospettiva di una "circolarità del percorso ermeneutico", che "impone all'interprete, dopo aver compiuto l'esegesi del testo, di ricostruire in base ad essa l'intenzione delle parti e quindi di verificare se quest'ultima sia coerente con le restanti disposizioni del contratto e con la condotta delle parti medesime" (così, sempre in motivazione, Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 24699/2021, cit.; nello stesso, sempre in motivazione, anche Cass. civ., Sez. VI-3, ord. n. 32786/2022). Resta dunque confermato – anche nella più recente giurisprudenza di legittimità – quanto da questa Corte affermato, in passato, con riferimento al principio "in claris non fit interpretatio" (in relazione al quale, peraltro, si era già precisato che anche quando "la comune intenzione delle parti risulti in modo certo ed immediato dalla dizione letterale del contratto", essa è pur sempre da apprezzare "attraverso una valutazione di merito che consideri il grado di chiarezza della clausola contrattuale mediante l'impiego articolato dei vari canoni ermeneutici", in quanto essi risultano "legati da un rapporto di implicazione necessario"; cfr. Cass. civ., Sez. lav., sent. n. 12360/2014), vale a dire, che esso "non trova applicazione nel caso in cui il testo negoziale sia chiaro, ma non coerente con ulteriori ed esterni indici rivelatori della volontà dei contraenti" (Cass. civ., Sez. III, sent. n. 25840/2014; cfr. pure, sempre in motivazione, Cass. civ., Sez. VI-3, ord. n. 32786/2022, cit.). Infine, questa Corte ha pure chiarito come nell'utilizzazione di tali ulteriori criteri – oltre quello letterale – diretti alla "ricerca della reale volontà delle parti", posizione centrale è destinato ad assumere "quello funzionale, che attribuisce rilievo alla "ragione pratica" del contratto, in conformità agli interessi che le parti hanno inteso tutelare mediante la stipulazione negoziale" (Cass. civ., Sez. III, sent. n. 23701/2016; in senso analogo anche Cass. civ., Sez. III, sent. n. 17718/2018, nonché, in motivazione, Cass. civ., Sez. un., sent. n. 6882/2019, non massimata, e, di recente, Cass. civ., Sez. lav., ord. n. 2173/2022). Ciò detto, l'interpretazione che la Corte felsinea ha dato della pattuizione di cui all'art. 10.1 punto (i) del contratto, riguardata proprio alla luce del criterio dell'interpretazione "funzionale" e riferita alla regolamentazione negoziale peculiarmente complessa di un'operazione economica particolarmente articolata, non risulta affatto implausibile, allorché essa ha ritenuto che la previsione per cui il contratto oggetto di causa potesse essere "risolto per mutuo consenso del Venditore e del Compratore" debba intendersi nel senso che la risoluzione per mutuo consenso è "stata volontariamente, specificamente ed espressamente limitata al solo caso di accordo congiunto ovvero di tutte le parti". Infatti, non può sostenersi che un'interpretazione siffatta sia in contrasto con il canone di cui all'art. 1367 c.c., dovendosi rilevare, anzi, che, così intesa, la clausola ha proprio lo scopo di stabilire che la risoluzione del singolo contratto incide sull'intera operazione negoziale, ribadendo l'operatività del principio "*simul stabunt, simul cadent*", ovvero – per dirla con le esatte parole della Corte di merito – "l'interdipendenza tra le obbligazioni dedotte non solo tra le singole cessioni, ma anche tra le cessioni complessivamente considerate e i contratti strumentali all'attuazione del prospettato piano industriale emergente dal contratto preliminare". Quanto appena osservato comporta l'infondatezza anche del quarto motivo di ricorso. Invero, il carattere non implausibile dell'interpretazione dell'art. 10.1 punto (i) del contratto preliminare, secondo cui il "compratore" legittimato a recedere era ciascuno dei diversi soggetti – il Pa., il Vi. e i "managers" – coinvolti nell'operazione economica, comporta che in presenza di un atto di recesso compiuto da uno di essi non vi era alcun "affidamento" in ordine alla stabilità della pattuizione, e dunque l'impossibilità di considerare il legittimo esercizio del diritto di sciogliersi dall'operazione come atto contrario a buona fede. Del pari non è fondato il quinto motivo del ricorso. Esclusa la fondatezza dei motivi dal primo al quarto, analogo esito si deve pervenire pure per il motivo in esame, che reitera le stesse censure di quelli precedenti, sebbene con riferimento alla posizione del Vi.: alla quale i medesimi argomenti possono agevolmente estendersi. (...). In conclusione, il ricorso va rigettato. Le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

In conclusione. La differenza tra il negozio complesso, quale quello plurilaterale, e il collegamento negoziale va individuata nel fatto che, mentre il primo è caratterizzato da una causa unica, nel secondo distinti negozi sono riconducibili ad una fattispecie pluricausale in cui il nesso teleologico assume rilevanza al fine di far emergere la "causa del collegamento", dotata di autonomia e destinata a sovrapporsi a quella propria dei singoli contratti collegati. (In relazione ad una clausola, apposta ad uno dei contratti di una articolata fattispecie di collegamento negoziale, per la quale esso poteva essere risolto "per mutuo consenso del venditore e del compratore", la Cassazione ha confermato l'interpretazione del giudice di merito, secondo cui la risoluzione per mutuo consenso era limitata al solo caso di accordo congiunto di tutte le parti, in quanto funzionale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla ricerca della ragione pratica del contratto e coerente con le restanti disposizioni pattuite).

Gli effetti. La Corte rigetta il ricorso, condannando P. Pa. a rifondere, alla società Nokia Solution e Network Italia S.p.a. e a G. Vi., le spese del presente giudizio di legittimità.

Promessa di pagamento e ricognizione di debito

Cassazione civile, Sez. III, 11 novembre 2024, n. 29078 – Pres. Scarano – Est. La Battaglia – Casa di cure C. s.r.l. – Azienda Sanitaria Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione civico di C. B.

Obbligazioni e contratti – Promessa di pagamento e ricognizione di debito – Provenienza da un terzo – Ammissibilità – Condizioni – Legittimazione sostanziale del dichiarante a disporre del relativo patrimonio – Necessità

La questione: la ricognizione di debito e la promessa di pagamento possono provenire da soggetto terzo rispetto al debitore?

Il fatto. Con decreto ingiuntivo n. 631/2014 il Tribunale di Palermo condannò la società Casa di cure C. s.r.l. al pagamento in favore dell'ARNAS Civico di C. B. (d'ora innanzi, semplicemente "Ospedale Civico" o "Civico") della somma di euro 100.043,00 (oltre interessi), a titolo di corrispettivo dei servizi di medicina trasfusionale resi da quest'ultimo, in regime convenzionale, in favore della prima. C. propose opposizione, contestando l'omessa prova dell'an e del quantum del credito consacrato nel suddetto decreto. Il Tribunale rigettò l'opposizione, ritenendo che il debito di C. fosse stato riconosciuto in seno ad una proposta transattiva avanzata, per suo conto, dalla società mandataria Probus s.r.l. nei confronti del Civico. La Corte d'appello di Palermo confermò la sentenza di primo grado, osservando come, oltre che dal tenore della proposta transattiva suddetta (che prevedeva il pagamento della somma di euro 55.000,00, a fronte di un credito complessivo indicato in euro 93.202,49), la sussistenza del credito emergesse anche dal provvedimento con cui il Tribunale aveva respinto una proposta di ristrutturazione dei debiti avanzata dalla C. La nota della Probus, ad ogni modo, integrava – secondo i giudici di secondo grado – un pieno riconoscimento di debito il quale, ai sensi dell'art. 1988 c.c., scaricava su C. l'onere di provarne l'inesistenza o l'avvenuta estinzione. Ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di unico complesso motivo, la società Casa di cure C. s.r.l. Resiste con controricorso e memoria *ex* art. 380-*bis*.1 c.p.c. l'Ospedale Civico. Il ricorso è imperniato su un unico complesso motivo, articolantesi in diversi profili di censura.(...) Il secondo profilo di censura attiene alla violazione e falsa applicazione dell'art. 1988 c.c., sul presupposto che non potesse attribuirsi alla proposta della Probus la natura di "vero e proprio riconoscimento di debito per l'intera somma indicata nel decreto ingiuntivo, trattandosi di una proposta transattiva, ovvero di una indicazione di un dato contabile da parte di un soggetto terzo, che non è il debitore e in assenza di sottoscrizione della stessa nota de qua da parte del debitore" (pag. 19 del ricorso).

La decisione. La doglianza è infondata. È indubbio, infatti, che la ricognizione di debito e la promessa di pagamento, possano provenire da soggetto terzo rispetto al debitore, purché "legittimato dal punto di vista sostanziale a disporre del patrimonio su cui incide l'obbligazione dichiarata" (Cass. civ., n. 6473/2012). Orbene, nel caso di specie, a fronte della qualificazione della Probus (contenuta nella sentenza di merito) come "mandataria della Casa di cure", il motivo non deduce la carenza, in capo a quest'ultima, di potere rappresentativo, limitandosi ad asserire che la mancata sottoscrizione del debitore renderebbe la dichiarazione de qua in radice inidonea ad integrare il riconoscimento del debito. D'altra parte, non può trascurarsi di notare come la valenza confessoria della suddetta proposta transattiva s'inscriva nella complessiva valutazione, da parte del giudice di merito, di un compendio probatorio più ampio (siccome comprendente la convenzione sottoscritta tra le parti, il decreto del Tribunale di Palermo del 5 gennaio 2012, nonché la circostanza della "mera contestazione delle fatture, non seguita dalla dimostrazione dell'assunto"), non attinto dalle censure della ricorrente per i profili ulteriori rispetto alla scrittura della quale s'è detto. (...) Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo in favore della parte controricorrente, seguono la soccombenza. La ricorrente va altresì condannata al pagamento di somme *ex* art. 96, 3° e 4° comma, c.p.c., liquidate come in dispositivo, sussistendone i rispettivi presupposti di legge.

In conclusione. La ricognizione di debito e la promessa di pagamento possono provenire da soggetto terzo rispetto al debitore, purché legittimato dal punto di vista sostanziale a disporre del patrimonio su cui incide l'obbligazione dichiarata. (Conferma della sentenza di merito che aveva ravvisato il riconoscimento di debito nella dichiarazione formulata, in seno ad una proposta transattiva, per conto del debitore, da una società sua mandataria, non essendo stata dedotta la carenza di potere rappresentativo).

Gli effetti. La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente: delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in complessivi (...); della somma di (...) *ex* art. 96, 3° comma, c.p.c. Condanna la ricorrente al pagamento, in favore della Cassa delle ammende, della somma di (...) *ex* art. 96, 4° comma, c.p.c.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Responsabilità del cessionario di azienda per i debiti litigiosi

Cassazione civile, Sez. III, 11 novembre 2024, n. 29071 – Pres. Frasca – Est. Iannello – M. E. Ca. – S. Co. e altre.

Azienda – Cessione d'azienda – Stipulata nel corso del processo – Relativo a contratto d'impresa non esaurito – Responsabilità del cessionario anche per quel debito – Art. 2560, 2° comma, c.c. – Sussistenza – Fondamento

La questione: allorché la cessione d'azienda avvenga nel corso di un processo, relativo a un contratto d'impresa non ancora esaurito, vi è responsabilità del cessionario quale successore a titolo particolare anche per quel rapporto controverso?

Il fatto. M. C. Ci. e le figlie S., M., D. e V. Co. convennero in giudizio, nel 2016, davanti al Tribunale di Lecce, M. E. Ca. chiedendone la condanna al pagamento del credito vantato dal loro dante causa, dott. C. L. Co., nei confronti del dott. G. Ca., padre della convenuta, giusta sentenza della Corte d'Appello di Lecce n. 2394/2013, a titolo di compensi per l'attività svolta in qualità di collaboratore della Farmacia gestita dal dott. Ca. Premesso che con atto di donazione del 18 settembre 1997 G. Ca. aveva donato alla figlia, M. E. Ca., l'azienda esercente l'attività di farmacia della quale egli era titolare, dedussero che la donataria era tenuta a rispondere del credito predetto, essendo subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi già facenti capo all'azienda ceduta. Il Tribunale rigettò la domanda, avendo ritenuto, da un lato, insussistente la responsabilità solidale della cessionaria per mancata iscrizione del debito in questione nei libri contabili obbligatori, così come disposto dall'art. 2560, 2° comma, c.c., e, dall'altro, non applicabile nella specie l'art. 2112 c.c. poiché il dott. Co. non era alle dipendenze dell'azienda ceduta al momento del trasferimento. In riforma di tale decisione la Corte d'appello di Lecce, con sentenza n. 718/2021, resa pubblica il 16 giugno 2021, ha condannato M. E. Ca. alla corresponsione in favore delle appellanti della somma di "Euro 116.256,86 oltre accessori, come determinati nell'ordinanza emessa in data 15 gennaio 2015 dal GE del Tribunale di Roma a chiusura della procedura esecutiva RGE n. XXX/13, detratte le somme nelle more percepite in ragione del predetto provvedimento", avendo ritenuto – sulla scorta della giurisprudenza successiva a quella richiamata dal primo giudice e in particolare del precedente di Cass. n. 32134/2019 – che l'art. 2560 c.c. non potesse essere invocato in senso opposto alla finalità di protezione creditoria propria della norma. Ciò in quanto una serie di convergenti circostanze (l'avere M. E. Ca., a far data dal 1987, fatto parte in veste di collaboratrice dell'impresa familiare con cui il padre gestiva la farmacia; la conseguente presumibile conoscenza, anche in ragione delle ridotte dimensioni dell'azienda, nella quale il Co. aveva lavorato fino al 1992, delle relative dinamiche e l'altrettanto presumibile partecipazione alla sua gestione; il rapporto di stretta parentela con il cedente; l'essere stata essa chiamata a testimoniare nel giudizio promosso dal Co. per ottenere il riconoscimento dei propri crediti) giustificavano il convincimento che la cessionaria avesse piena consapevolezza, già al momento della donazione, dei debiti contratti nei confronti del predetto collaboratore, ancorché non iscritti nei libri contabili. Avverso tale decisione M. E. Ca. ha proposto ricorso per cassazione affidato ad un solo motivo, cui hanno resistito S., M., D. e V. Co., anche quali eredi di M. C. Ci., nelle more deceduta, depositando controricorso. (...) Con l'unico motivo la ricorrente denuncia, "violazione e falsa applicazione dell'articolo 2560, 2° comma, cod. civ., come interpretato dalla Corte di legittimità per avere la Corte di merito ritenuto sussistente la responsabilità solidale della cessionaria pur mancando l'iscrizione del debito in questione nei libri contabili dell'azienda ceduta". Rileva che l'orientamento giurisprudenziale posto a fondamento della interpretazione dell'art. 2560, 2° comma, c.c. accolta dalla Corte d'appello è stato disatteso dalla successiva pronuncia di Cass. n. 21561/2020 (le cui motivazioni vengono pressoché interamente trascritte in ricorso), che torna ad attribuire preferenza al prevalente orientamento che attribuisce all'iscrizione dei debiti nei libri contabili rilievo di elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente, la cui mancanza non è superabile con la prova della conoscenza effettiva del debito da parte del cessionario.

La decisione. Il motivo è infondato. Esso pone la questione se, per gli effetti dell'art. 2560, 2° comma, c.c., ai fini della responsabilità solidale dell'acquirente dell'azienda (o del ramo di azienda) per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta (o del ramo di azienda trasferito) anteriori al trasferimento, l'iscrizione del debito nei libri contabili obbligatori abbia sempre valore costitutivo o se, quanto meno in talune fattispecie, possa essere surrogato da requisiti equipollenti (quali, in particolare, la conoscenza dell'esistenza del debito acquisita *aliunde* da parte dell'acquirente dell'azienda), avuto riguardo alla natura e al fondamento della norma, nonché alla specifica finalità dell'operazione di cessione posta in essere nel caso concreto. Come s'è detto, identica questione ha di recente indotto, in altra controversia, questa stessa Sezione a fissarne la trattazione in pubblica udienza, in vista della quale è stata anche richiesta e ottenuta dall'Ufficio del Massimario una relazione descrittiva dello stato complessivo della giurisprudenza e della riflessione dottrinale (Cass. civ., Sez. 3 ord. interlocutoria n. 36195 del 12 dicembre 2022). La sentenza che in quella occasione è stata resa (Cass. civ., Sez. III, 13 settembre 2023, n. 26450, alle cui ampie motivazioni per brevità qui si rimanda), ricordate le ragioni addotte dai contrapposti orientamenti (uno risalente e tuttora prevalente di cui è più recente espressione Cass. civ. n. 21561/2020, evocata in ricorso; l'altro, minoritario, di cui è espressione Cass. civ. n. 32134/2019, citata in sentenza) ed evidenziati i rispettivi fondamenti dogmatici (da un lato, per il primo indirizzo, l'idea che il puro debito non fa parte della organizzazione aziendale e, di conseguenza, nel caso di trasferimento dell'azienda, non transita automaticamente con essa e non si trasferisce al cessionario, ma resta debito del cedente, ai sensi dell'art. 2560, 1° comma, c.c., salva l'eccezione di cui al capoverso dello stesso articolo; dall'altro, per l'indirizzo minoritario, il rilievo che la cessione di azienda, prima di essere, oggettivamente, un trasferimento di beni e di rapporti, integra, soggettivamente, una successione nell'attività di impresa, la quale non può che coinvolgere anche i debiti), ha ritenuto di individuare il "presupposto fondamentale della fattispecie regolata dall'art. 2560 cod. civ., in entrambi i capoversi in cui esso si articola" nella esistenza di "una reale dualità di soggetti". Ha osservato infatti che

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"la fattispecie – sia che si ricostruisca, in termini soggettivi, come successione nell'impresa, sia che la si ricostruisca, in termini oggettivi, come trasferimento di beni e di rapporti giuridici (nella prima ipotesi, coinvolgente tutti i debiti di cui si provi che il cessionario abbia conoscenza; nella seconda ipotesi, coinvolgente i soli debiti risultanti dai libri contabili obbligatori) – postula, in ogni caso, una reale dualità di soggetti e, dunque, una effettiva alterità tra il cedente e il cessionario". In ciò detto arresto ha tratto conforto anche in quanto in tal senso incidentalmente affermato nella pronuncia di Cass. civ., Sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5054, che, pur osservando, in linea generale, che la responsabilità solidale del cessionario di azienda va ricondotta "nell'alveo dell'evidenza diretta, risultante dai libri contabili obbligatori dell'impresa, a tutela del suo legittimo affidamento, essenziale per il corretto svolgimento della circolazione di beni di particolare rilievo commerciale", ha affermato, sia pure in *obiter dictum*, che l'operatività dell'art. 2560, 2° comma, c.c. "incontra un limite solo nella carenza di un'effettiva alterità soggettiva delle parti titolari dell'azienda". Quanto poi alla identificazione dei casi in cui una tale "effettiva alterità" possa ritenersi mancare e debba conseguentemente escludersi l'applicazione della norma codicistica in esame, Cass. civ. n. 26450/2023 ha osservato che: – le Sezioni Unite, nel precedente citato, ne hanno riscontrato il difetto nel caso di trasformazione, anche eterogenea, della forma giuridica del soggetto e nel caso del conferimento dell'azienda di una impresa individuale in una società unipersonale; – si tratta di indicazione però meramente esemplificativa e non tassativa, dovendo ritenersi che "il difetto di dualità soggettiva ... sussista in tutti i casi in cui, in seguito al trasferimento dell'azienda, al di là della diversa forma o denominazione giuridica, la compagine sociale dell'impresa e gli organi amministrativi della stessa siano rimasti immutati, poiché in tali casi il trasferimento dell'azienda è solo formale"; – "in queste ipotesi, non vi è spazio per l'applicazione dell'art. 2560, 2° comma, cod. civ., poiché la norma non potrebbe esplicare la funzione che si riconduce alla sua ratio, ovverosia la salvaguardia dell'interesse dell'acquirente dell'azienda, quale accollante dei relativi debiti, ad avere precisa conoscenza degli stessi; interesse che si correla a quello, superindividuale, alla certezza dei rapporti giuridici e alla facilità di circolazione dell'azienda". Sulla base di queste premesse la S.C., nella sentenza che si sta richiamando, ha ritenuto che correttamente, nel caso esaminato, la Corte di merito avesse affermato la responsabilità della società acquirente dell'azienda pur in mancanza di iscrizione dei debiti nei libri contabili, essendo stato accertato che la stessa persona che rivestiva il ruolo di socio di maggioranza ed amministratore unico della società era anche amministratore unico della cessionaria, nonché socio di maggioranza e presidente del consiglio d'amministrazione di altra società, a sua volta socia unica della cessionaria. Reputa il Collegio che la ricostruzione del fondamento e dei limiti di applicabilità della norma di cui all'art. 2560, 2° comma, c.c., quale operata da Cass. civ., Sez. III, n. 26450/2023 – ma condivisa di recente da Cass. civ., Sez. I, 29 aprile 2024, n. 11503 (pronuncia, questa, anch'essa come la prima citata in memoria dalle controricorrenti, ma non considerata da Cass. civ., Sez. I, ord. interl. 13 giugno 2024, n. 16587, che ha rinviato a nuovo ruolo, per trattazione in pubblica udienza, un ricorso in cui si pone analoga questione) – meriti piena condivisione e che, anche nel caso di specie, debba portare a ritenere inoperante il limite di responsabilità previsto dal 2° comma dell'art. 2560 c.c., in mancanza di una effettiva alterità soggettiva tra cedente e cessionaria, per essere in realtà anche questa, secondo accertamento di fatto congruamente motivato e insindacabile in questa sede, già partecipe della gestione dell'azienda prima della sua formale cessione a titolo gratuito. Non può dubitarsi, invero, che anche in questo caso "la norma non potrebbe esplicare la funzione che si riconduce alla sua *ratio*, ovverosia la salvaguardia dell'interesse dell'acquirente dell'azienda, quale accollante dei relativi debiti, ad avere precisa conoscenza degli stessi; interesse che si correla a quello, superindividuale, alla certezza dei rapporti giuridici e alla facilità di circolazione dell'azienda". Poste tali premesse non può dubitarsi che nel contesto fattuale univocamente emergente da vari passi della sentenza – e in particolare da pag. 4, in fine, là dove si rimarca che, al momento della donazione dell'azienda, nel 1997, "il credito "aziendale" rivendicato dal Corsano era in corso di accertamento giudiziale", giudizio poi definito nel 2013 con sentenza che dette ragione al creditore – la responsabilità del cessionario trovi titolo nella sentenza emessa nei confronti del cedente per gli effetti che essa spiega anche nei confronti dell'avente causa, *ex* art. 111 c.p.c., quale successore a titolo particolare del rapporto controverso. Deve in tal senso darsi continuità al principio, costantemente affermato nella giurisprudenza di questa Corte, secondo cui "in tema di cessione di azienda, alla stregua del regime fissato dall'art. 2560, 2° comma, cod. civ., con riferimento ai debiti inerenti l'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, allorché la cessione sia avvenuta nel corso di un processo al cui esito sia stata pronunciata una sentenza poi azionata in via esecutiva, è opponibile al cessionario il titolo conseguito dal ceduto nei confronti del cedente, relativo ad un rapporto contrattuale d'impresa non del tutto esaurito" (Cass. civ., 12 marzo 2013, n. 6107, Rv. 625361). Le considerazioni che precedono valgono a correggere in via integrativa la motivazione della sentenza d'appello, il cui dispositivo è conforme a diritto (art. 384, ultimo comma, c.p.c.), con conseguente rigetto del ricorso. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

In conclusione. In tema di cessione di azienda, alla stregua del regime fissato dall'art. 2560, 2° comma, c.c., allorché la cessione sia avvenuta nel corso di un processo relativo a contratto d'impresa non ancora esaurito, la responsabilità del cessionario trova titolo nella sentenza emessa nei confronti del cedente per gli effetti che essa spiega anche nei confronti dell'avente causa, *ex* art. 111 c.p.c., quale successore a titolo particolare nel rapporto controverso. (Conferma della sentenza che aveva ritenuto il cessionario responsabile di un debito in corso di accertamento giudiziale al momento della cessione).

Gli effetti. La Corte dichiara il ricorso inammissibile e condanna i ricorrenti, in solido, al pagamento, in favore dei controricorrenti delle spese del giudizio di legittimità; condanna, altresì, i ricorrenti, in solido, al pagamento dell'ulteriore somma di euro 3.000,00 in favore dei controricorrenti, ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.; nonché della somma di euro 3.000,00, ai sensi dell'art. 96, 4° comma, c.p.c., in favore della cassa delle ammende.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Riserva mentale di uno dei coniugi: è fonte di danni?

Cassazione civile, Sez. III, 5 novembre 2024, n. 28390 – Pres. Travaglino – Est. Scoditti – S. Ra. – F. L. R.

Danni in materia civile e penale – Riserva mentale di uno dei coniugi sulla possibilità di dissoluzione del matrimonio – Comunicazione al coniuge prima della celebrazione del matrimonio – Fatto costitutivo di responsabilità risarcitoria – Esclusione

La questione: se dia luogo a responsabilità risarcitoria l'omessa comunicazione, da parte di uno dei due coniugi e prima della celebrazione, dello stato psichico d'incertezza circa la permanenza del matrimonio e della scelta di contrarlo con la riserva mentale di sperimentare la possibilità che esso non si dissolva.

Il fatto. S. Ram. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Torino F. L. R. chiedendo il risarcimento del danno per avere la convenuta, *ex* moglie dell'attore, celato a quest'ultimo la determinazione di sposarsi per prova e per il deliberato accanimento, soprattutto processuale, dalla L. R. realizzato in diversi ambiti giudiziari. Espose, in particolare, quanto segue. Dopo circa sei mesi dalla celebrazione delle nozze avvenuta in data 13 aprile 2010, la convenuta aveva instaurato avanti al Tribunale ecclesiastico piemontese un giudizio volto a far dichiarare la nullità del vincolo matrimoniale, asserendo di avere escluso il bene della indissolubilità e di essersi sposata con l'intenzione di rimanervi (sposata) per lo stretto tempo necessario a fare una "prova" onde verificare se l'unione potesse reggere, intendimento totalmente sottaciuto al Ram., che ne era venuto a conoscenza soltanto in occasione della citata causa canonica, conclusasi con sentenza del 28 novembre 2011 di nullità del matrimonio religioso. Era stata successivamente rigettata dalla competente Corte d'Appello l'istanza di delibazione della decisione ecclesiastica proposta dalla convenuta per contrarietà all'ordine pubblico della caducazione del vincolo matrimoniale per effetto della riserva unilaterale di una parte e ciò a tutela dell'affidamento dell'altro coniuge. La convenuta aveva dato corso a svariati altri procedimenti ai danni del marito connessi e conseguenti al loro matrimonio e, segnatamente, alla causa giudiziale di separazione dei coniugi, a un procedimento penale, ad un procedimento disciplinare in relazione alla qualità di avvocato dell'attore ed aveva altresì contrastato, senza validi motivi, le richieste del marito di divisione dei beni in comunione dei coniugi e di divorzio. Il Tribunale adito rigettò la domanda, con condanna al risarcimento del danno per responsabilità aggravata. Avverso detta sentenza propose appello il Ram. Con sentenza di data 7 aprile 2022 la Corte d'appello di Torino rigettò l'appello, con condanna al risarcimento del danno per responsabilità aggravata. Premise la corte territoriale che l'appellante in sede di gravame aveva formulato conclusioni istruttorie chiedendo che venisse ammessa la prova dedotta nel primo grado di giudizio, facendo rinvio ai capitoli di prova orale dedotti nella seconda memoria *ex* art. 183 c.p.c., non espressamente tuttavia ricapitolati in appello, per cui l'istanza, per come formulata, non poteva essere esaminata nel merito alla luce di Cass. n. 5812/2016 ("in osservanza del principio di specificità dei motivi di appello, anche la riproposizione delle istanze istruttorie, non accolte dal giudice di primo grado, deve essere specifica, sicché è inammissibile il mero rinvio agli atti del giudizio di primo grado") e che comunque le istanze istruttorie erano irrilevanti alla luce della successiva motivazione. Osservò quindi quanto segue, per quanto qui rileva. La sentenza di primo grado non era stata impugnata nella parte in cui il Tribunale aveva affermato l'irrilevanza per l'ordinamento dell'esistenza di una causa di invalidità del matrimonio religioso, sicché, alla luce di tale giudicato, la deduzione secondo la quale F. L. R. si fosse sposata con il dichiarato intento di violare gli obblighi derivanti dal matrimonio era inammissibile ove con la stessa si avesse voluto fare riferimento al proposito di disattendere l'indissolubilità del vincolo matrimoniale e comunque si trattava di deduzione generica non essendo stato chiarito quale ulteriore specifico obbligo matrimoniale la parte avesse l'intimo proposito di disattendere ed avesse poi effettivamente disatteso. Peraltro, l'appellante era al corrente dei dubbi della L. R., avendone questa parlato con il primo e da questi ricevuto assicurazioni, e comunque non poteva ragionevolmente ritenersi sussistente un dovere giuridico di buona fede esteso sino al punto da imporre di condividere gli stati prettamente soggettivi, i dubbi, in altri termini la serietà dell'impegno matrimoniale. Errato era l'assunto di fondo dell'intero gravame, ovverosia l'esistenza di un obbligo giuridico di comunicazione all'altro coniuge delle "intenzioni" matrimoniali, obbligo sanzionato con la responsabilità risarcitoria secondo l'appellante, posto che nel matrimonio, a differenza del contratto, venivano in rilievo diritti della personalità, incoercibili, da cui la libertà della "scelta matrimoniale", pur se non adeguatamente soppesata e pur in mancanza di una compiuta condivisione con il futuro coniuge dei motivi intimi di tale scelta, senza le compromissioni derivanti da una qualche responsabilità risarcitoria (diverse erano la responsabilità anche risarcitoria di cui all'art. 129-*bis* c.c., la pronuncia di addebito nella separazione personale e l'eventuale condanna risarcitoria conseguente alla violazione di obblighi matrimoniali, relative a fatti storici e non ad intenzioni). Era, inoltre, presuntivamente dimostrato, alla luce delle rassicurazioni fatte dal Ram. circa le criticità del futuro matrimonio, che questi, ove informato, si sarebbe ugualmente sposato (né un ostacolo in tale direzione poteva essere la fede cattolica del Ram., non costituendo la detta fede un impedimento all'iniziativa di far cessare gli effetti civili del matrimonio). Infine, la breve durata del matrimonio di per sé non consentiva di ritenere provato che il fallimento del matrimonio era dipeso dal comportamento reticente dell'appellata. Aggiunse la corte territoriale che corretta era la valutazione del Tribunale di temerarietà della lite, quanto meno con riferimento alla colpa grave (ed in particolare: l'avere posto a fondamento della domanda una questione – reticenza sulla riserva mentale concernente all'indissolubilità del matrimonio – irrilevante nell'ordinamento giuridico italiano; i fatti che avevano dato luogo ai dubbi sulla scelta matrimoniale erano stati pacificamente discussi tra le parti prima del matrimonio; era temeraria la pretesa di ritenere dimostrata la calunnia e la diffamazione per il solo fatto che fosse stata richiesta l'archiviazione per insostenibilità dell'accusa in giudizio, a fronte di fatti in parte pacifici, in parte dimostrati e controvertibili solo in considerazione della litigiosità delle parti). Aggiunse inoltre che non vi era vizio di ultrapetizione, avendo la convenuta chiesto la condanna ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., e non potendo la generica pronuncia ai sensi dell'art. 96 essere intesa come richiesta in base al primo comma,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

anziché il 3° comma (peraltro l'applicazione del 3° comma era resa palese dalle seguenti circostanze: non erano state richiamate specifiche allegazioni attoree circa il danno in ipotesi causato dall'azione temeraria; il Tribunale si era pronunciato in accoglimento della domanda di F. L. R.; non erano stati richiamati specifici criteri di liquidazione equitativa diversi da quelli desumibili dalle Tabelle di Milano, dettanti per l'appunto criteri orientativi per la liquidazione ai sensi dell'art. 96, 3° comma) e che per la motivazione si era attinto alle Tabelle del Tribunale di Milano. Osservò, infine, che anche in riferimento al giudizio di appello ricorrevano i presupposti della responsabilità aggravata ai sensi del 3° comma dell'art. 96, ed in particolare l'appello era consistito, secondo la corte territoriale: "in buona parte nella generica (in quanto tale inammissibile) negazione della correttezza della decisione del primo giudice non accompagnata dalla formulazione di censure afferenti al percorso motivazionale illustrato dal Tribunale; nella negazione che in primo grado sia stata posta a fondamento della domanda risarcitoria (anche) la mancata comunicazione da parte di F. L. R. della riserva mentale dell'esclusione dell'indissolubilità del matrimonio; nell'aver posto a fondamento della domanda la mera mancata comunicazione da parte del futuro coniuge delle intenzioni, dei propositi e delle volizioni interne in maniera dissociata dai fatti materiali che le avevano determinate". Ha proposto ricorso per cassazione S. Ram. sulla base di sei motivi e resiste con controricorso la parte intimata. (...) Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2697 e 2729 c.c., 115 c.p.c., 24 e 111 Cost., ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3 e n. 4, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che sono presenti tutti gli elementi dell'illecito civile di cui all'art. 2043 c.c., desumibili in via presuntiva, avuto riguardo al comportamento omissivo prenuziale di natura dolosa ed all'ingannevole reticenza della donna su circostanze rilevanti e significative per il matrimonio come lo sposarsi solo per prova, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, nonché all'accanimento, anche processuale, della donna nei confronti del marito, tali da integrare sia il requisito soggettivo che il nesso di causalità con i danni, patrimoniali e non patrimoniali, denunciati con l'originaria domanda. Aggiunge che alle medesime conclusioni dovrebbe giungersi nel caso di responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c. Osserva ancora che l'intimata non solo non ha assolto il proprio onere probatorio, ma ha sollevato altresì generiche e tardive contestazioni, limitate peraltro ai documenti, e che, sul piano probatorio, non è determinante la circostanza che l'intimata abbia manifestato al ricorrente criticità circa il futuro matrimonio. Aggiunge inoltre che la sentenza di primo grado è stata impugnata nella sua totalità, senza che possa essere ravvisato un giudicato interno. Osserva ancora che un fatto, e non una mera intenzione, è pure la dolosa reticenza e che non è vero che è rimasto indimostrato che il marito, ove informato, non si sarebbe sposato, come pure censurabile è l'affermazione, contenuta nella sentenza, della irrilevanza della fede cattolica del ricorrente. Osserva inoltre che costituiscono voci di danno sia le spese sopportate in vista della celebrazione del matrimonio, che le spese legali cui il ricorrente si è dovuto sottoporre. Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2043, 2059, 1175, 1337, 143 e 160 c.c., 2, 29, 31 e 111 Cost., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3, n. 4 e n. 5, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che giammai l'attore ha inteso applicare all'istituto matrimoniale i principi della materia contrattuale, ma ha fatto solo riferimento all'applicazione analogica dei principi in materia di buona fede e correttezza, dovendo anche in materia matrimoniale essere salvaguardata la massima libertà circa la scelta di sposarsi o meno. Aggiunge che ad essere violata è stata la libertà di autodeterminazione dell'ignaro promesso sposo di buona fede e che illecito civile è la condotta dello sposarsi per prova, integrante un inganno nei confronti della controparte, da assimilare al contegno della simulazione. Aggiunge che deve presumersi che il promesso sposo, ove al corrente della reale volontà della futura sposa, non si sarebbe sposato, sicché il comportamento della donna aveva ingenerato un vizio determinante nella formazione del consenso al matrimonio dell'ignaro coniuge di buona fede, ed in particolare un errore sulla persona dell'altro coniuge. Osserva ancora che la libertà di contrarre matrimonio deve essere tutelata, ma non a discapito della medesima libertà dell'altro coniuge di buona fede, e che il fatto che la rottura immotivata della promessa di legge stabilisce un risarcimento nei limiti di cui all'art. 81 c.c. dimostra la rilevanza delle circostanze della fase prenegoziale del matrimonio. Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1175, 1337, 1338, 1440, 143 e 160 c.c., 116 c.p.c., 2, 29, 31 e 111 Cost., nonché omesso esame del fatto decisivo e controverso, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3, n. 4 e n. 5, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che il matrimonio è assoggettato per analogia ai principi ed alle regole contrattuali, ed in particolare i principi di buona fede e correttezza e che nella specie tali doveri siano stati violati dalla dolosa reticenza prenuziale. Aggiunge che tale contegno di inganno comporta l'applicazione dei principi in materia di responsabilità contrattuale, ed in particolare un vizio incompleto della volontà consistente in un'anomalia che, pur non integrando una causa di invalidità, è fonte di responsabilità, alla stessa stregua del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c., per l'affidamento incolpevole ingenerato nella controparte e per la lesione della libertà di autodeterminazione dell'altra parte.

La decisione. Il secondo, il terzo ed il quarto motivo sono infondati. Assorbente, negli stessi termini che sono stati rilevati dalla Corte territoriale quale assunto di fondo dell'intera impugnazione, è l'assenza di un comportamento che possa essere configurato quale produttivo di un danno ingiusto, o altrimenti pregiudizievole sulla base di una sorta di responsabilità pre-negoziale. L'assunto di fondo dell'odierna impugnazione è la denuncia della portata dannosa della mancata comunicazione da parte di uno dei coniugi, prima della celebrazione del matrimonio, della riserva mentale di contrarre quest'ultimo per prova, ossia quale esperimento derivante dalla condizione di incertezza della nubenda circa la possibilità dell'insorgenza di fatti che avrebbero potuto rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza (cfr. art. 151 c.c.). Come è pacifico, ed accertato nei vari gradi di merito, è stata dichiarata la nullità del matrimonio dal Tribunale ecclesiastico, essendo la riserva mentale in ordine alla dissolubilità del matrimonio causa di nullità del medesimo secondo il diritto canonico. Non è stata accolta la domanda di riconoscimento della sentenza ecclesiastica, stante la contrarietà all'ordine pubblico derivante dalla necessità di protezione dell'affidamento incolpevole del coniuge ignaro della riserva mentale, la quale è estranea al regime della nullità del matrimonio previsto dall'ordinamento civile. L'assenza di una nullità rilevante per l'ordinamento civile sgombra subito il campo dalla responsabilità del coniuge in mala fede ai sensi dell'art. 129-*bis* c.c. (come anche alla tipologia dell'errore di cui all'art. 122 c.c. della denunciata lesione dell'affidamento). Residua la questione della responsabilità risarcitoria per la mancata comunicazione della riserva mentale sulla possibile dissolubilità del matrimonio a causa del ravvisato concreto rischio di emersione di fatti che avrebbero potuto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, rischio che la nubenda si era rappresentata al punto di contrarre il matrimonio "per prova". In entrambi i gradi di merito tale responsabilità risarcitoria è stata esclusa sulla base di una motivazione, in particolare da parte della corte territoriale, per quanto concerne il sindacato di legittimità, che il Collegio non può che condividere. Al riguardo, deve rammentarsi quanto affermato, in generale, dalla fondamentale pronuncia n. 500/1999 delle Sezioni Unite civ. di questa Corte: "ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex* art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato". La necessità della comparazione, che l'ordinamento giuridico stabilisce, deriva dalla circostanza che nella nozione di ingiustizia di cui all'art. 2043, la quale indubitabilmente qualifica il danno (contra ius), deve tuttavia essere altresì considerato il comportamento del danneggiante, il quale deve essere non iure (privo di giustificazione per il diritto) ai fini dell'integrazione della fattispecie di responsabilità. La comparazione si risolve nella prevalenza dell'interesse della vittima, reputato rilevante dall'ordinamento giuridico, che è la sfera dove si colloca il danno, laddove tuttavia manchi un interesse normativamente protetto in capo al soggetto che, chi promuove l'azione di responsabilità, identifica come danneggiante. La responsabilità risarcitoria discende dall'ingiustizia del danno, non dalla antigiuridicità della condotta, alla luce dell'atipicità dell'illecito aquiliano quale protezione della situazione soggettiva rilevante per l'ordinamento giuridico, ma l'interesse non riceve la protezione derivante dalla clausola generale del danno ingiusto se ciò che per l'ordinamento deve essere tutelato, in base alla sua valutazione di prevalenza, è l'interesse dell'autore della condotta asseritamente pregiudizievole, in realtà non produttiva di un danno ingiusto, proprio per la prevalenza dell'interesse di chi agisce. Ciò premesso, deve considerarsi che la libertà matrimoniale è un diritto della personalità, sancito anche dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Benché il matrimonio sia un atto di autonomia privata, non può esservi attribuito l'effetto impegnativo del vincolo di cui all'art. 1372 c.c. alla luce del diritto di chiedere la separazione giudiziale al cospetto di un fatto tale da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza. Come affermato da Cass. civ. n. 18853/2011: "nel vigente diritto di famiglia, contrassegnato dal diritto di ciascun coniuge, a prescindere dalla volontà o da colpe dell'altro, di separarsi e divorziare, in attuazione di un diritto individuale di libertà riconducibile all'art. 2 Cost., ciascun coniuge può legittimamente far cessare il proprio obbligo di fedeltà proponendo domanda di separazione ovvero, ove ne sussistano i presupposti, direttamente di divorzio. Con il matrimonio, infatti, secondo la concezione normativamente sancita del legislatore, i coniugi non si concedono un irrevocabile, reciproco ed esclusivo "*ius in corpus*" – da intendersi come comprensivo della correlativa sfera affettiva – valevole per tutta la vita, al quale possa corrispondere un "diritto inviolabile" di ognuno nei confronti dell'altro, potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge". Si tratta del diritto strettamente personale ed irrinunciabile, riconosciuto ai coniugi dall'ordinamento italiano, di far cessare gli stessi effetti civili, in attuazione di un diritto individuale di libertà riconducibile all'art. 2 Cost. Con riferimento ad altro profilo, ha affermato Cass. civ. n. 6598/2019 che "l'ordinamento non tutela il bene del mantenimento della integrità della vita familiare fino a prevedere che la sua violazione di per sé possa essere fonte di una responsabilità risarcitoria per dolo o colpa in capo a chi con la sua volontà contraria o comunque con il suo comportamento ponga fine o dia causa alla fine di tale legame. L'ammissione di una tale affermazione incondizionata di responsabilità potrebbe andare a confliggere con altri diritti costituzionalmente protetti, quali la libertà di autodeterminarsi ed anche la stessa libertà di porre fine al legame familiare, riconosciuta nel nostro ordinamento fin dal 1970". L'atto di impegno matrimoniale è rimesso alla libera e responsabile scelta del soggetto, quale espressione della piena libertà di autodeterminarsi al fine della celebrazione del matrimonio. Tale libertà non può essere limitata da un obbligo giuridico di comunicare alla propria controparte uno stato soggettivo quale l'incertezza circa la permanenza del vincolo matrimoniale, avvertendo il soggetto il rischio concreto della sua dissoluzione ed effettuando la scelta matrimoniale nella consapevolezza di tale rischio, ciò che in altri termini comporta un tentativo o prova di convivenza matrimoniale. Affinché tale libertà non sia compromessa dall'incombenza di una conseguenza quale la responsabilità risarcitoria derivante dall'inottemperanza ad un dovere giuridico, la comunicazione in discorso, in quanto relativa alla sfera personale affettiva, può comportare esclusivamente un dovere morale o sociale. Alla luce della libertà della scelta matrimoniale non emergono, dalla mancata comunicazione dello stato d'animo di incertezza in questione, un interesse della controparte meritevole di tutela da parte dell'ordinamento con il riconoscimento del rimedio risarcitorio e, dunque, un danno ingiusto. La riserva mentale circa la concreta possibilità della dissoluzione del matrimonio è così improduttiva di effetti per l'ordinamento italiano, sia dal lato del coniuge portatore della riserva, che non può avvantaggiarsene fino a conseguire la nullità del matrimonio (in conformità del resto alla generale irrilevanza della riserva mentale in materiale negoziale), sia dal lato dell'altro coniuge, che non è titolare di un interesse meritevole di tutela risarcitoria per l'ordinamento, per avere fatto affidamento sulla mancanza di quella riserva. Va in conclusione enunciato il seguente principio di diritto: "non rappresenta fatto costitutivo di responsabilità risarcitoria l'omessa comunicazione da parte di uno dei due coniugi, prima della celebrazione del matrimonio, dello stato psichico di concreta incertezza circa la permanenza del vincolo matrimoniale e della scelta di contrarre matrimonio con la riserva mentale di sperimentare la possibilità che il detto vincolo non si dissolva". L'infondatezza dei motivi scrutinati determina l'assorbimento del primo motivo. (...) Le spese

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

In conclusione. Non dà luogo a responsabilità risarcitoria l'omessa comunicazione, da parte di uno dei due coniugi e prima della celebrazione, dello stato psichico d'incertezza circa la permanenza del matrimonio e della scelta di contrarlo con la riserva mentale di sperimentare la possibilità che esso non si dissolva, trattandosi di comunicazione derivante da opzione rimessa alla sfera personale e affettiva, valevole a determinare l'insorgenza di un dovere esclusivamente morale o sociale e non di un obbligo giuridico.

Gli effetti. La Corte Rigetta il ricorso, con l'assorbimento del primo motivo. Condanna il ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità.

Estinzione del reato per prescrizione: vincolo per il giudice civile?

Cassazione civile, Sez. III, 18 ottobre 2024, n. 27055 – Pres. Travaglino – Est. Scoditti – P. Or. Gi. – Sterilgarda Alimenti SPA e altri.

Cause di estinzione del reato e della pena – Estinzione del reato per prescrizione dichiarata dal giudice penale – Contestuale condanna generica al risarcimento del danno in favore della parte civile – Efficacia vincolante nel successivo giudizio civile risarcitorio – Sussistenza – Limiti

La questione: qualora il giudice penale, nel dichiarare estinto il reato per prescrizione, pronunci condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno in favore della parte civile, a tale statuizione deve riconoscersi efficacia vincolante per il giudice civile?

Il fatto. Sterilgarda Alimenti s.p.a. convenne in giudizio innanzi al Tribunale di Mantova P. Or. Gi., F. M. P., F. S., C. T. e M. T. chiedendo il risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, in termini di perdita del fatturato e di danno all'immagine e reputazione, che, quale società operante nel settore alimentare, aveva subito a causa della costante adulterazione del latte che aveva acquistato e successivamente commercializzato, adulterazione posta in opera dai convenuti con il concorso di P. Or. Gi., dipendente dell'ufficio acquisti della società attrice. Espose inoltre che in primo grado era intervenuta sentenza di condanna degli imputati per associazione a delinquere e frode in commercio, con riconoscimento di provvisionale corrisposta da P. Or. Gi., e che in sede di appello era stata dichiarata l'estinzione dei reati per prescrizione con conferma delle statuizioni civili (decisione cui aveva fatto seguito l'inammissibilità del ricorso per cassazione). Il Tribunale adito accolse la domanda, condannando i convenuti in solido al pagamento della somma di Euro 4.316.876,71, oltre rivalutazione e interessi, a titolo di danno patrimoniale ed al pagamento della somma di Euro 1.000.000,00, all'attualità, a titolo di danno non patrimoniale. Avverso detta sentenza proposero distinti appelli, poi riuniti, C. T. e M. T. da una parte, e P. Or. Gi. dall'altra. Con sentenza di data 14 febbraio 2022 la Corte d'appello di Brescia rigettò gli appelli. Osservò la corte territoriale, per quanto qui rileva, che, stante il giudicato di accoglimento della domanda della parte civile con la condanna generica al risarcimento del danno, era precluso al giudice civile l'indagine sull'*an*, dovendo solo accertare l'esistenza di conseguenze pregiudizievoli ai sensi dell'art. 1223 c.c. e che, sulla base del quadro probatorio, ed in particolare la scarsa vigilanza esercitata dalla società attrice sul latte in entrata, non vi era stato un ruolo causale rilevante della creditrice ai sensi dell'art. 1227 c.c., poiché, anche qualora i controlli fossero stati più incisivi, essa non sarebbe mai riuscita ad avvedersi dell'adulterazione del latte per via della sostituzione dei campioni e la falsificazione dei documenti relativi alla tracciabilità del prodotto, operati da P. Or. Gi. Aggiunse che le censure mosse da P. Or. Gi. con riferimento al riconoscimento e quantificazione del danno patrimoniale erano "inammissibili perché formulate in modo del tutto generico e privo di qualsiasi correlazione con le argomentazioni della pronuncia impugnata". Osservò ancora che del pari inammissibili erano le censure sollevate nell'altro appello, dovendosi comunque ritenere corretto il metodo seguito dal CTU e che, come rilevato da quest'ultimo in risposta alle osservazioni del consulente dei Tellini, le osservazioni del consulente di parte erano del tutto irrilevanti, dovendosi guardare al mancato conseguimento di ricavi nel breve periodo e non alle oscillazioni di lungo periodo. Ha proposto ricorso per cassazione P. Or. Gi. sulla base di tre motivi. con il primo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 652 c.p.p., 578 c.p.c., 2043 e 2049 c.c., ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che alla sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato a seguito di prescrizione non può essere riconosciuta vincolante nel giudizio civile risarcitorio.

La decisione. Il motivo è inammissibile ai sensi dell'art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c. Al riguardo è sufficiente richiamare i seguenti arresti della giurisprudenza di questa Corte, cui il Collegio intende dare continuità con riferimento alla presente fattispecie di estinzione del reato per prescrizione, dichiarata in sede di appello con conferma della condanna generica al risarcimento del danno in favore della parte civile. Qualora, in sede penale, sia stata pronunciata in primo o in secondo grado la condanna, anche generica, alle restituzioni e al risarcimento dei danni cagionati dal reato a favore della parte civile, e la Corte di cassazione, nell'annullare senza rinvio la pronuncia per essere il reato estinto per prescrizione, tenga "ferme le statuizioni civili, attesa la sentenza di condanna in primo grado e l'assenza di impugnazione sul punto", una tale decisione dà luogo alla formazione del giudicato sulla statuizione resa dal giudice penale, a norma dell'art. 578 c.p.p., sulla domanda civile portata nella sede penale, come tale vincolante in ogni altro giudizio tra le stesse parti in cui si verta sulle conseguenze, anche diverse dalle restituzioni o dal risarcimento, derivanti dal fatto (Cass. civ. n. 11467/2020). La sentenza del giudice penale che, nel dichiarare estinto per amnistia il reato,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

abbia altresì pronunciato condanna definitiva dell'imputato al risarcimento dei danni in favore della parte civile, demandandone la liquidazione ad un successivo e separato giudizio, spiega, in sede civile, effetto vincolante in ordine all'affermata responsabilità dell'imputato che, pur prosciolto dal reato, non può più contestare in sede civile i presupposti per l'affermazione della sua responsabilità, quali, in particolare, l'accertamento della sussistenza del fatto reato e l'insussistenza di esimenti ad esso riferibili, nonché la "declaratoria iuris" di generica condanna al risarcimento ed alle restituzioni, ma può contestare soltanto l'esistenza e l'entità in concreto di un pregiudizio risarcibile (Cass. civ. n. 2083/2013). (...) Nulla per le spese del giudizio di cassazione, in mancanza di partecipazione delle parti intimate.

In conclusione. Qualora il giudice penale, nel dichiarare estinto il reato per prescrizione, pronunci condanna generica dell'imputato al risarcimento del danno in favore della parte civile, a tale statuizione deve riconoscersi efficacia vincolante, in ordine all'affermata responsabilità dell'imputato, nel successivo giudizio civile risarcitorio, che resta deputato unicamente all'accertamento dell'esistenza ed entità in concreto di un pregiudizio risarcibile *ex* art. 1223 c.c.

Gli effetti. La Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso.

Ingiustificato arricchimento: domanda di uno dei coniugi verso l'altro

Cassazione civile, Sez. III, 18 ottobre 2024, n. 27008 – Pres. Travaglino – Est. Valle – L. No. – C. Ca.

Arricchimento (senza causa) – Ingiustificato – Carattere sussidiario – Sussidiarietà *ex* art. 2042 c.c. – Presupposti – Domanda di un coniuge mutuatario verso l'altro

La questione: è proponibile la domanda di ingiustificato arricchimento avanzata da un mutuatario nei confronti dell'altro (fattispecie relativa a controversia tra coniugi in sede di separazione personale)?

Il fatto. Nel corso di una causa per la separazione giudiziale tra i coniugi L. No. e C. Ca., il primo conveniva in giudizio la moglie per: sentire accertata l'efficacia e validità ad una missiva inviata via fax tramite i rispettivi avvocati, nella quale egli chiedeva fosse riconosciuto che per le sessantatré rate di mutuo scadute dal 2005 al 2010 pagate dal conto cointestato (alimentato dai suoi soli stipendi), nonché accertarsi che la Ca. si era arricchita senza giusta causa e, per l'effetto, fosse condannata al pagamento risultante dagli estratti conto bancari e in via subordinata, che fosse accertato e dichiarato che l'acconto di cinquantamila euro (euro 50.000,00) versato nel preliminare di vendita per l'acquisto della casa coniugale di M. fosse riconosciuto come sborsato da una liquidazione anticipata del suo trattamento di fine rapporto, e che quindi la Ca. fosse condannata alla restituzione di tale somma. Il Tribunale di Lecce, istruita la causa, con sentenza non definitiva, rigettava tutte le domande di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7 dell'atto di citazione e rimetteva la causa in istruttoria per la domanda volta ad ottenere la metà del valore locativo dell'abitazione acquistata in M. In particolare, il Tribunale motivava il rigetto, della domanda del No. di indennizzo per la correlativa diminuzione patrimoniale ai sensi dell'art. 2041 c.c., affermando che il No. avrebbe dovuto esperire l'azione dell'art. 2033 c.c., di indebito oggettivo, e non quella prevista dall'art. 2041 c.c. A seguito dell'appello del No., la Corte di appello di Lecce, nel ricostituito contraddittorio con C. Ca., con sentenza n. 12020 del 4 novembre 2019, ha confermato la sentenza non definitiva del Tribunale della stessa sede. Avverso la sentenza della Corte territoriale proponeva ricorso per cassazione L. No., con atto affidato a un unico motivo. Risponde con controricorso C. Ca. L. No. impugna la sentenza della Corte territoriale con un unico motivo, per violazione e (o) falsa applicazione, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3 c.p.c., degli artt. 2041, 2042 e 2033 c.c. per avere la Corte territoriale ritenuto che nella fattispecie non potesse essere utilmente esperita l'azione ai sensi dell'art. 2041 c.c., in quanto il mutuo doveva essere rimborsato, ma lo fu con denaro proveniente dal solo No. e non anche della Ca., che invece era la debitrice, almeno in senso formale, cosicché veniva effettuato un pagamento dovuto (alla banca mutuante) ma da parte di un soggetto che non vi era obbligato (il No.) con conseguente arricchimento privo di causa della Ca.

La decisione. Il motivo è fondato. La Corte d'appello di Lecce ha escluso la proponibilità da parte di L. No. dell'azione generale di arricchimento senza causa, di cui all'art. 2041 c.c. sulla base dell'assunto che lo stesso avrebbe potuto esperire l'azione di indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c., poiché l'azione di arricchimento senza causa secondo la motivazione della Corte territoriale, "non è legittimamente esperibile qualora il danneggiato abbia la facoltà di esercitare un'altra azione tipica nei confronti dell'arricchito onde evitare il pregiudizio economico paventato". Il Collegio ritiene l'affermazione della Corte territoriale errata in quanto la residualità dell'azione di arricchimento senza causa deve essere valutata alla stregua della più recente giurisprudenza di questa Corte in argomento Sez. un. n. 33954/2023 secondo la quale "la domanda di arricchimento (avanzata autonomamente ovvero in via subordinata rispetto ad altra domanda principale) è proponibile ove la diversa azione – sia essa fondata sul contratto ovvero su una specifica disposizione di legge ovvero ancora su clausola generale – si riveli carente ab origine del titolo giustificativo, restando viceversa preclusa ove quest'ultima sia rigettata per prescrizione o decadenza del diritto azionato o per carenza di prova del pregiudizio subito o per nullità derivante dall'illiceità del titolo contrattuale per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico". Nella specie la Corte territoriale ha escluso la residualità dell'azione di cui all'art. 2041 c.c., così non ritenendola proponibile, ritenendo che era esperibile, da parte del No., un'azione tipica, di indebito oggettivo, ai sensi dell'art. 2033 c.c., senza accertare che l'azione di indebito fosse stata ritenuta infondata per le dette ragioni individuate da ultimo dalle Sezioni Unite (per intervenuta decadenza o prescrizione, per carenza di prova o, infine, per nullità radicale del titolo per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico). Sul punto, e con riferimento alla fattispecie con-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

creta in esame occorre osservare che non risulta, dalla sentenza impugnata, che sia rimasta priva di prova la circostanza dell'avvenuto esborso di denaro, proveniente dagli stipendi e dal trattamento di fine rapporto, da parte del No. per provvedere al rimborso del mutuo contratto per l'acquisito, in capo alla Ca., della villa di M. Ritiene, quindi, il Collegio che, non potendo il No. esperire l'azione di indebito oggettivo, di cui all'art. 2033 c.c., in quanto comunque il pagamento delle rate di mutuo era dovuto alla banca mutuante e dunque ricorrendo un'ipotesi di esclusione originaria dell'esperibilità di un'azione tipica, l'unica azione esperibile dall'odierno ricorrente per recuperare in parte quanto sborsato mediante il pagamento delle dette rate, è l'azione di cui all'art. 2041 c.c. A tanto consegue la fondatezza del ricorso, in accoglimento dell'unico motivo proposto. La sentenza impugnata è, pertanto, errata in diritto e deve essere cassata. La causa, in quanto sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, in ordine all'ammontare dell'eventuale indennizzo e in ogni caso preclusi in questa sede di legittimità, deve essere rinviata alla Corte di appello di Lecce, che in diversa composizione, si atterrà a quanto in questa sede statuito e alla quale è demandato di provvedere anche sulle spese di questo giudizio di legittimità.

In conclusione. Ai fini del rispetto della regola di sussidiarietà di cui all'art. 2042 c.c., la domanda di ingiustificato arricchimento è proponibile ove la diversa azione si riveli carente *ab origine* del titolo giustificativo, restando viceversa preclusa ove quest'ultima sia rigettata per prescrizione o decadenza del diritto azionato o per carenza di prova del pregiudizio subito o per nullità derivante dall'illiceità del titolo contrattuale per contrasto con norme imperative o con l'ordine pubblico. (Fattispecie relativa a un contratto di mutuo le cui rate erano state addebitate su un conto cointestato, alimentato dai versamenti di uno solo dei mutuatari: cassazione con rinvio della sentenza di merito che ha dichiarato improponibile la domanda di ingiustificato arricchimento avanzata da un mutuatario nei confronti dell'altro, in ragione dell'impossibilità, per il ricorrente, di esperire l'azione di indebito oggettivo *ex* art. 2033 c.c., essendo comunque dovuti i pagamenti in favore della banca mutuante).

Gli effetti. La Corte accoglie il ricorso; rinvia la causa alla Corte di appello di Lecce in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Recentissime
Cassazione penale

a cura di Giuseppe Santalucia

Diffamazione, aggravante del mezzo della pubblicità, impiego di chat whatsapp

Cassazione penale, Sez. I, 21 novembre 2024 (ud. 11 settembre 2024), n. 42783 – Pres. Di Nicola – Est. Magi – P.M. Flamini (diff.) – Ric. Sa. Ri.

Reato in genere – Diffamazione – Contenuti diffamatori diffusi in chat whatsapp – Aggravante del mezzo della pubblicità – Insussistenza – Ragioni

La questione: se ricorra l'aggravante del mezzo della pubblicità del delitto di diffamazione nel caso in cui i contenuti offensivi di uno scritto siano trasmessi in una chat whatsapp.

Il fatto. Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale Militare di Roma ha assolto Sa.Ri. dalla contestazione di diffamazione aggravata, ritenendo applicabile la causa di esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p.

A Sa.Ri. viene contestato – in fatto – di aver inoltrato un commento nella chat dell'applicativo WhatsApp denominata ... cui erano iscritti 156 utenti (il che secondo l'accusa concretizza la circostanza aggravante di aver commesso il fatto con mezzo di pubblicità, con correlata procedibilità di ufficio).

Il commento è ritenuto – dal giudice del merito – lesivo della reputazione di altro militare (Ri.Ro.), atteso che si ironizza circa il possibile accostamento della persona del militare (che aveva ricevuto un encomio solenne) con altra persona (omonima) di cui erano state pubblicate, da altro utente; immagini in abiti succinti. Secondo il Giudice, il fatto è, pur se conforme al tipo e sostenuto dal dolo, di particolare tenuità sia in ragione della non elevata qualità dell'elemento psicologico che in ragione dei comportamenti immediatamente successivi tenuti dall'imputato.

La Corte Militare di Appello ha confermato la prima decisione. Ha ribadito che il messaggio ha un contenuto oggettivamente diffamatorio e che l'invio sulla chat cui era iscritto l'imputato rappresenta una condotta punibile e procedibile di ufficio (essendo sussistente la circostanza aggravante del mezzo di pubblicità, in ragione del numero degli iscritti alla *chat*).

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione – nelle forme di legge – Sa.Ri. e ha denunciato, tra

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'altro, erronea applicazione di legge in ragione della natura "privata" dei messaggi scambiati in una *chat* chiusa.

La decisione. La Corte di cassazione ha ritenuto la fondatezza del ricorso per le ragioni di seguito esposte. In particolare, ha ritenuto la fondatezza del motivo prima esposto, non in ragione del lamentato deficit di tipicità – posto che all'interno di una chat si realizza la comunicazione tra più persone richiesta dalla norma incriminatrice –, quanto relativamente al profilo della circostanza aggravante del "mezzo di pubblicità", aggravante che determina (come si è ricordato in sede di merito) la procedibilità di ufficio. Da qui l'assenza di detta circostanza aggravante e la conseguente improcedibilità per mancanza della richiesta di procedimento.

Si dà in tal modo continuità a Cass, pen., Sez. I, 19 maggio 2023, n. 37618, rv. 285248, di cui si condividono i contenuti.

Nella citata decisione si è affermato che: (...) la *ratio* della aggravante va individuata nella "particolare diffusività" del mezzo utilizzato (caratteristica obiettiva della stampa), sicché l'offesa tende, in virtù delle particolari modalità realizzative, a raggiungere un numero cospicuo e indeterminato di persone. Indubbiamente l'evoluzione tecnologica ha consentito di ampliare le forme di comunicazione tramite la rete internet, da ritenersi tendenzialmente uno strumento che rientra nella previsione di legge ove si evocano altri mezzi di pubblicità.

Ciò avviene quando un contenuto lesivo viene reso "pubblico" su un qualsiasi sito internet ad accesso libero.

La libertà dell'accesso al sito che contiene la comunicazione diffamatoria è esattamente parificabile alla scelta di consultazione di una stampa cartacea, sicché nessuna questione può porsi in tema di rispetto del principio di tassatività.

Tuttavia, gli strumenti di comunicazione digitale non sono tutti uguali e non funzionano tutti nel medesimo modo. In particolare, una chat dell'applicativo *Whatsapp* è, per le sue caratteristiche, uno strumento di comunicazione di certo "agevolante" ma al contempo "ristretto", nel senso che il messaggio (di testo o immagine che sia) raggiunge esclusivamente i soggetti iscritti (e reciprocamente accettatisi) alla medesima *chat*.

La giurisprudenza della Corte di legittimità ha ritenuto che la pubblicazione di post lesivi sulla piattaforma *social Facebook* integri l'aggravante del mezzo di pubblicità. Vanno in tal senso indicate Cass. pen., Sez. I, n. 55142/2014 e Cass. pen., Sez. V, 25 gennaio 2021, n. 13979, rv 281023, ove si pone l'accento sulla oggettiva potenzialità che, in tal caso, ha il testo lesivo di raggiungere un numero indeterminato o comunque quantitativamente apprezzabile di persone. Tuttavia, vi è una rilevante diversità – esclusivamente ai fini della integrazione della particolare aggravante – tra l'utilizzo di un *social* (strumento che si rivolge – per definizione – ad una ampia platea di persone previamente abilitate dal titolare della pagina a consultarne i contenuti, con possibilità di riproporre i testi o le immagini sulla propria bacheca, sì da dare luogo di fatto ad una forma di diffusione incontrollata) e l'utilizzo di una *chat* di messaggistica ristretta. Ad essere rilevante, invero, non è il numero di iscritti alla *chat* quanto la "conformazione tecnica" del mezzo, tesa a realizzare uno scambio di comunicazioni che resta – in tutta evidenza – riservato. La diffusione del messaggio a più soggetti – gli iscritti alla chat – avviene, in altre parole, in un contesto informatico che se da un lato consente la rapida divulgazione del testo, dall'altro non determina la perdita di una essenziale connotazione di riservatezza della comunicazione, destinata ad un numero identificato e previamente accettato di persone. La tensione con il principio di tassatività in ambito penale, ove si voglia realizzare una equiparazione tra i diversi strumenti comunicativi, in rapporto ad una previsione di legge ove si evoca un "mezzo di pubblicità", appare del tutto evidente (...).

In conclusione. La Corte di cassazione ha escluso che, ai fini dell'aggravante dell'uso del mezzo della pubblicità nel reato di diffamazione, abbia rilievo l'impiego, per veicolare l'offesa, di una chat dell'applicativo whatsapp, perché essa è comunque riservata ad un numero ristretto di persone.

Gli effetti. La Corte di cassazione ha annullato senza rinvio la decisione impugnata, previa esclusione della circostanza aggravante di cui all'art. 227, 2° comma, c.p. mil. pace, essendo il reato improcedibile ab origine per assenza della richiesta di procedimento.

Ordinanza con esigenza cautelare diversa da quella prospettata dal p.m. - Legittimità

Cassazione penale, Sez. I, 8 novembre 2024 (ud. 31 ottobre 2024), n. 41179 – Pres. De Marzo – Est. Centofanti – P.M. Tampieri (conf.) – Ric. Bl. Gi.

Misure cautelari personali – Ordinanza applicativa – Esigenza cautelare – Diversa da quella prospettata con la domanda – Legittimità – Ragioni

La questione: se il giudice, una volta ricevuta la domanda cautelare del pubblico ministero, abbia il potere di riconoscere la sussistenza di una esigenza cautelare diversa da quella prospettata con la domanda o sia invece stretto nell'alternativa tra confermare quella indicata in domanda o, di contro, negarne la sussistenza.

Il fatto. Il Tribunale di Catania, nell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 309 c.p.p., ha confermato la misura della custodia cautelare in carcere, applicata dal locale G.i.p. a carico di Bl.Gi., accusato dell'omicidio di Ra.An.

In sede di convalida di arresto Bl.Gi. si era difeso asserendo di avere colpito Ra.An. con le forbici per legittima difesa.

Il Tribunale del riesame ha reputato inverosimile il narrato dell'indagato, non esistendo alcun elemento a sostegno della tesi che potesse essere stato Ra.An. il vero aggressore.

In punto di esigenze cautelari, il Tribunale ha ritenuto che la doppia presunzione di legge non risultasse vinta e che emergessero in positivo, in ogni caso, ragioni di eccezionale rilevanza sia di prevenzione del pericolo di recidiva, sia di prevenzione del pericolo di inquinamento probatorio.

Bl.Gi. ha proposto ricorso per cassazione, con il ministero del suo difensore di fiducia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Tra l'altro ha denunciato vizio di motivazione in ordine al rilievo delle esigenze cautelari. Il pericolo di inquinamento probatorio sarebbe stato introdotto, arbitrariamente e inopinatamente, dallo stesso Tribunale del riesame; né il Pubblico Ministero, né il G.i.p. vi avevano fatto cenno. Il pericolo di reiterazione del reato sarebbe stato desunto da elementi illogicamente apprezzati e comunque non riscontrati. Si tratterebbe di un pericolo né concreto, né attuale.

La decisione. La Corte di cassazione ha ritenuto l'infondatezza del ricorso, e specificamente il motivo appena sopra riassunto, per le ragioni di seguito esposte. Il ricorrente non ha considerato che, in relazione al contestato reato di omicidio volontario, vige, ai sensi dell'art. 275, 3° comma, c.p.p., la duplice presunzione, relativa, di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza della sola custodia in carcere; e, in tal caso, il giudice non ha l'onere di dimostrare in positivo la ricorrenza della pericolosità sociale dell'indagato e degli altri *pericula libertatis*, essendo dette presunzioni anche idonee a comprendere i caratteri di attualità e concretezza di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p. (Cass. pen., Sez. II, 25 gennaio 2022, n. 6592, F., Rv. 282766; Cass. pen., Sez. 5, 24 luglio 2020, n. 26371, C., Rv. 279470; Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2016, n. 33051, B., Rv. 268664), come pure i medesimi caratteri riferiti al rischio di compromissione della prova (Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 2023, n. 24375, V., Rv. 284845), ed essendo sufficiente che il giudice medesimo dia convincentemente atto, assieme ai gravi indizi di colpevolezza, dell'inidoneità a vincere le presunzioni stesse degli elementi eventualmente evidenziati dalla difesa, o comunque risultanti dagli atti.

Ciò posto, l'ordinanza impugnata individua in modo esaustivo, a fronte dell'attenuato standard motivazionale legale, testé delineato e sul quale il ricorso è solo nominalisticamente calibrato, gli indici che qualificano l'esigenza cautelare special-preventiva del caso concreto, rapportabile tanto al rischio di recidiva delittuosa che a quello di inquinamento probatorio, e il corrispondente grado di intensità, non superati né scemati per effetto di conducenti elementi di prova contraria.

Il ricorrente si è lamentato poi, in modo specifico, del fatto che il tema dell'inquinamento probatorio sarebbe stato introdotto, *ex officio*, dal Tribunale del riesame, in violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (posto che la domanda cautelare del pubblico ministero non avrebbe prospettato una siffatta esigenza).

La doglianza è infondata, alla luce del principio secondo cui, in materia di misure restrittive della libertà personale, le esigenze cautelari rappresentano un paradigma unitario, sia pure articolato in distinte sottofattispecie (corrispondenti ai diversi *pericula libertatis* previsti dall'art. 274 c.p.p.) e la loro valutazione non può che attenere alla loro globalità.

Ne consegue che il principio della domanda (art. 291 c.p.p.) non è violato nel caso in cui il giudice della cautela, cui spetta l'esercizio del potere limitativo della libertà personale, ritenga sussistente un pericolo diverso da quello indicato dal titolare dell'azione cautelare, e neppure nel caso in cui, come sarebbe avvenuto nella specie, ad un pericolo prospettato dal pubblico ministero il giudice ne aggiunga un altro (Cass. pen., Sez. III, 8 settembre 2016, n. 43731, B., Rv. 267935).

Detto giudice non incorre per questo nel vizio di ultrapetizione, perché non è applicabile alla materia cautelare il principio dettato dall'art. 521 c.p.p.: il giudice, una volta che sia stato investito della domanda da parte del titolare dell'azione cautelare e che quindi sia stato rispettato il principio *ne procedat iudex ex officio*, è funzionalmente competente ad esercitare i poteri più ampi sia in tema di valutazione degli indizi di colpevolezza, sia in tema di apprezzamento delle esigenze cautelari.

Tale conclusione è valida, a maggior ragione, in presenza di reati rispetto ai quali operino le presunzioni, soggette a rilievo officioso, di cui al par. 3.1.

In conclusione. La Corte di cassazione ha riconosciuto al giudice della cautela il potere di apprezzare l'esistenza di una esigenza cautelare diversa da quella prospettata dal pubblico ministero, atteso che, una volta proposta la domanda, il giudice ha i più ampi poteri di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza e di riconoscimento di una o più delle esigenze cautelari.

Gli effetti. La Corte di cassazione ha conseguentemente rigettato il ricorso, con condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Imputato detenuto: necessità della traduzione in udienza, anche di abbreviato

Cassazione penale, Sez. II, 5 novembre 2024 (ud. 25 ottobre 2024), n. 40520 – Pres. De Santis – Est. Borio – P.M. Romano (parz. diff.) – Ric. Pi. Li.

Impugnazioni in materia penale – Appello – Abbreviato – Udienza – Richiesta di trattazione orale – Imputato detenuto – Richiesta dell'imputato di presenziare – Rinuncia espressa alla presenza – Mancanza – Traduzione dell'imputato in udienza – Necessità – Ragioni

La questione: se si verifichi una nullità, d'ordine generale a regime intermedio, per il caso in cui il giudice dell'appello, pur consapevole dello stato di restrizione carceraria dell'imputato, non ne disponga la traduzione in udienza di abbreviato, da svolgersi con trattazione orale come da tempestiva richiesta, benché l'imputato non abbia fatto domanda di presenziare all'udienza ma non abbia neanche rinunciato alla partecipazione personale.

Il fatto. La Corte di appello di Napoli ha confermato la sentenza con cui il Giudice per l'udienza preliminare presso il Tribunale di Nola, all'esito di rito abbreviato, ha dichiarato Pi.Li. responsabile dei delitti di rapina aggravata, illegale detenzione e ricettazione di un'arma da sparo con matricola abrasa, condannandolo alla pena di anni sei mesi sei di reclusione ed Euro 2.4000,00 di multa.

Ha proposto ricorso per cassazione il difensore fiduciario dell'imputato articolando un unico motivo con il quale si deduce violazione dell'art. 606, 1° comma lett. C), c.p.p.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

con riferimento agli artt. 178 e 179 codice di rito per omessa traduzione dell'imputato all'udienza di appello, ancorché ristretto in carcere per i fatti oggetto di giudizio.

Rileva il ricorrente che Pi.Li., tramite il difensore fiduciario, aveva chiesto la celebrazione del secondo grado di giudizio alla presenza delle parti e, contestualmente, la traduzione in aula per potervi partecipare personalmente. Alla prima udienza la Corte di appello rilevava la mancata traduzione e disponeva un primo differimento e poi – per analoga ragione – altri due successivi; all'ultima udienza non veniva disposta la traduzione e, tuttavia, l'imputato era dichiarato assente e il processo era definito con condanna.

Si è dunque verificata una nullità assoluta ed insanabile, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, che attinge sia la dichiarazione di assenza che l'udienza celebrata dai giudici di appello e il provvedimento conclusivo.

La decisione. La Corte di cassazione ha ritenuto la fondatezza del ricorso per le ragioni di seguito esposte. Dall'esame degli atti processuale emerge la seguente sequenza processuale:

– a seguito di proposizione di appello avverso la sentenza del Tribunale nei confronti di Pi.Li., era emesso decreto di citazione nel quale si dava atto dello stato di detenzione dell'imputato, ristretto presso la casa circondariale di P.;

– successivamente il difensore fiduciario di Pi.Li. avanzava tempestiva richiesta di trattazione orale del processo;

alla prima udienza, celebrata nella forma della trattazione scritta poiché il Collegio non era venuto a conoscenza della richiesta di cui sopra, era disposto rinvio del giudizio per tardiva comunicazione alle parti delle conclusioni scritte depositate dal Procuratore Generale;

– alla udienza di rinvio era disposto ulteriore differimento, dandosi atto della tempestiva richiesta di trattazione orale avanzata dal difensore fiduciario e disponendosi la celebrazione del giudizio in tale forma;

– alla successiva udienza il giudizio era nuovamente rinviato, atteso che non risultava notificato al legale di fiducia il verbale con il quale era stata disposta la trattazione in forma orale; in tale sede si rappresentava, inoltre, che si verteva in caso di rito abbreviato e che l'imputato, detenuto in carcere, non aveva chiesto di presenziare al processo;

– all'udienza ancora successiva Pi.Li. era dichiarato assente e si procedeva alla discussione orale delle parti, con conseguente deliberazione in camera di consiglio e lettura del dispositivo di conferma della sentenza di primo grado.

Dalla sequenza processuale sopra richiamata, seppure diversa da quella illustrata nel ricorso, emerge pacificamente che all'atto della instaurazione del giudizio di appello l'imputato si trovava in regime di detenzione carceraria che permaneva per tutta la durata del processo, celebrato nella forma della trattazione orale a seguito di richiesta del difensore di fiducia; tale *status* era perfettamente conosciuto dalla Corte di appello sin dal momento della emissione del decreto di citazione e alcuna espressa rinuncia a presenziare si rinviene agli atti.

Nel verbale dell'udienza si attestava che non era stata disposta la traduzione in aula dell'imputato, trattandosi di processo celebrato in abbreviato e non avendo questi formulato espressa richiesta di presenziare personalmente.

La verifica degli atti processuali porta ad affermare che il giudizio di appello è stato celebrato senza assicurare la presenza dell'imputato il cui *status* detentivo era conosciuto. Risulta, pertanto, erronea la dichiarazione di assenza, atteso il legittimo impedimento a comparire del ricorrente che precludeva la trattazione del processo di merito, la cui celebrazione risulta di conseguenza radicalmente viziata per effetto della mancata, rituale, instaurazione del contraddittorio.

L'interpretazione a cui pare far riferimento la Corte territoriale, secondo cui la traduzione in udienza non andava disposta vertendosi in giudizio abbreviato e non avendo Pi.Li. chiesto di presenziare, è in contrasto con i principi affermati da Cass. pen., Sez. un, 30 settembre 2021, n. 7635, dep. 2022, C., Rv. 282806, la quale, pur riguardando una ipotesi diversa (la restrizione domiciliare per altra causa portata a conoscenza del decidente dall'imputato senza chiedere al giudice della misura l'autorizzazione *ex* art. 22 disp. att. c.p.p.), in motivazione ha fornito delle indicazioni di principio destinate ad estendersi in termini inequivoci anche alla fattispecie qui in esame.

In tale pronuncia si è infatti affermato che, qualora l'imputato sia detenuto o agli arresti domiciliari o comunque sottoposto a limitazione della libertà personale che non gli consente la presenza in udienza (casi nei quali il legittimo impedimento è *in re ipsa*), il giudice, in qualunque modo ed in qualunque tempo venga a conoscenza dello stato di restrizione della libertà, anche in assenza di una richiesta di costui, deve disporre la sua traduzione, salvo che univocamente risulti una libera rinuncia ad esercitare tale diritto. Incombe quindi sul giudice procedente l'obbligo di esercitare, di ufficio e senza ulteriori sollecitazioni, tutti i poteri che l'ordinamento gli conferisce al fine di assicurare la partecipazione dell'imputato non rinunciante, dovendosi escludere la legittimità di una interpretazione fondata sulla configurazione della partecipazione dell'imputato come un interesse perseguibile su sua iniziativa, e non un diritto, e su esigenze di funzionalità e celerità del processo.

Nel caso di specie, la condizione di restrizione carceraria di Pi.Li. era perfettamente conosciuta dalla Corte di appello sin dal momento della emissione del decreto di citazione e nessuna espressa rinuncia a presenziare si rinviene agli atti, sicché il giudice di merito era tenuto ad adottare il provvedimento autorizzatorio necessario ad assicurare la partecipazione dell'imputato non rinunciante. Conseguenza della mancata traduzione è l'avvenuta celebrazione del giudizio al di fuori delle condizioni legittimanti.

In conclusione. La Corte di cassazione ha così affermato che, anche nel giudizio abbreviato di appello, ove il giudice sia a conoscenza dello stato di restrizione carceraria dell'imputato, deve disporre la traduzione per l'udienza pur quando questi non abbia fatto richiesta di essere tradotto, sempre che non risulti in atti una espressa rinuncia alla partecipazione personale all'udienza.

Gli effetti. Per le ragioni esposte, la Corte di cassazione ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata, con trasmissione degli atti ad altra sezione della Corte di Appello di Napoli per l'ulteriore corso.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Recentissime
Consiglio di Stato

a cura di Claudio Contessa

Controversie risarcitorie fra soggetti privati e giurisdizione del G.A.

Consiglio di Stato, Sez. II, 20 novembre 2024, n. 9333 – Pres. Poli – Rel. Addesso – soc. S.R.C. – Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA).

Danni in materia civile e penale – Giurisdizione del Giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie insorte nell'ambito della sua giurisdizione (art. 7 c.p.a.) – Controversia risarcitoria insorta fra soggetti privati nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico – Insussistenza della giurisdizione del G.A.

La questione: può ritenersi che rientri nell'ambito della giurisdizione del G.A. una controversia risarcitoria che tragga origine da un rapporto e da una vicenda di diritto pubblico (in particolare: dall'annullamento in sede giurisdizionale di un atto regolatorio di un'Autorità indipendente) ma che sia stato proposto da un soggetto privato nei confronti di un altro soggetto privato?

Il fatto. Nell'aprile del 2009 la soc. Esperia, *trader* del settore dell'energia elettrica, sottoscrive con Enel Distribuzione s.p.a. (in seguito: E-Distribuzione s.p.a.) un contratto per il servizio di trasporto di energia elettrica per conto dei clienti finali.

L'art. 22 delle condizioni generali di contratto prevede il diritto di Enel di risolvere il contratto in caso di inadempimento del venditore (*trader*) agli obblighi di costituzione e di adeguamento della garanzia in suo favore prevista dall'art. 6 del medesimo contratto.

Nel corso del 2015 l'Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente (ARERA) adotta un generale atto di regolazione del settore elettrico (Del. 268/2015/R/Eel) per effetto del quale viene imposto che gli utenti del servizio di trasporto e vendita dell'energia (c.d. "*traders*") prestino specifiche garanzie alle imprese distributrici di energia elettrica.

In sostanza, l'atto di regolazione in questione conferma l'obbligo di costituzione della garanzia già previsto a carico della soc. Esperia (nella sua qualità di *trader*) dal contratto dell'aprile 2009.

Nel febbraio del 2015 E-Distribuzione (dopo aver contestato alla soc. Esperia gravi e ripetuti inadempimenti - *inter alia* - rispetto ai suoi obblighi di costituzione della garanzia contrattuale) dichiara la risoluzione del contratto avente ad oggetto il servizio di trasporto di energia.

Con sentenza n. 787/2019 il Tribunale di Roma respinge la domanda giudiziale proposta dalla soc. Esperia al fine di ottenere il ristoro del danno asseritamente patito per effetto della risoluzione del contratto (il *petitum* risarcitorio era pari ad oltre 65 milioni di euro).

Nel corso del 2020 viene dichiarato il fallimento della soc. Esperia e i curatori del fallimento vengono autorizzati a cedere alla soc. S.R.C. gli *asset* attivi del fallimento (ivi compresa, ai fini che qui interessano, la titolarità del diritto controverso conseguente alla richiamata risoluzione contrattuale.

Medio tempore era accaduto che il T.A.R. della Lombardia, con sent. 238/2017 (confermata in appello dal Cons. di Stato con sent. 5619/2017) avesse annullato, in quanto illegittima, la Delibera ARERA n. 268/2015/R/Eel (i.e.: l'atto di regolazione che aveva confermato l'obbligo per la società fallita di costituire l'onerosissima garanzia – e la cui mancata attivazione aveva determinato la risoluzione del contratto e il fallimento della società –).

A questo punto della vicenda la soc. S.R.C. adisce il T.A.R. della Lombardia e chiede (*inter alia*) la condanna di ARERA e di E-Distribuzione al risarcimento del danno dalla stessa (*rectius*: dalla sua dante causa) patito a causa delle illegittime prescrizioni della Delibera ARERA del 2015 in tema di obbligo di costituzione della garanzia.

Il T.A.R. (dopo aver disatteso un'eccezione formulata da E-Distribuzione e finalizzata alla declinatoria di giurisdizione della domanda risarcitoria) dichiara comunque il ricorso risarcitorio inammissibile nel merito per difetto di legittimazione attiva della soc. S.R.C. nella proposizione della domanda risarcitoria (sent. 1915/2022).

La sentenza in questione viene impugnata in appello dalla soc. S.R.C. la quale ne chiede l'integrale riforma.

La decisione. La Seconda Sezione del Cons. di Stato esamina in primo luogo l'eccezione (già formulata in primo grado da E-Distribuzione e dichiarata assorbita dal T.A.R.) secondo cui il ricorso dovrebbe essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del G.A. (quanto meno, per la parte della domanda risarcitoria articolata dalla S.R.C. nei confronti della soc. E-Distribuzione).

Si tratta, in sintesi, di stabilire se possa affermarsi la giurisdizione del G.A. a fronte di una controversia risarcitoria la quale tragga origine da una vicenda di diritto pubblico (nel caso in esame: dagli obblighi rinvenienti da un atto di regolazione adottato dall'Autorità indipendente di settore) ma che sia stata proposta da un soggetto privato (nel caso in esame: la S.R.C.) nei confronti di un altro soggetto privato (nel caso in esame: la E-Distribuzione)

Il Collegio risponde al quesito in senso negativo.

Con il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio S.R.C. ha infatti agito nei confronti di E-Distribuzione per il risarcimento del danno derivante dall'illegittima risoluzione del contratto di trasporto.

Si tratta di azione risarcitoria – promossa da un operatore privato nei confronti di un altro operatore privato per sov-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

venire al ristoro dei danni asseritamente derivati dalla illegittima risoluzione del contratto di trasporto di energia elettrica – la cui *causa petendi* consiste nella lesione di una situazione soggettiva di fonte negoziale: essa è estranea all'ambito della giurisdizione amministrativa, sia esclusiva che di legittimità (Cons. di Stato, Ad., plen., n. 2/2017).

La conclusione sopra richiamata non muta anche ove si volesse qualificare E– Distribuzione quale concessionario di pubblico servizio poiché la fonte costitutiva del diritto controverso (e la correlata *causa petendi*) rimane schiettamente privatistica (il contratto a suo tempo stipulato fra le due società e poi risolto da Enel), e rientra, di conseguenza, nella cognizione del giudice ordinario (da ultimo Cass. civ., Sez. un., n. 26109/2024).

Va, quindi, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo – in favore di quello ordinario ex art. 11, 1° comma, c.p.a. – sulla domanda proposta da Esperia nei confronti di E-Distribuzione, con conseguente riforma sul punto della sentenza di primo grado (che aveva omesso di pronunziarsi sulla relativa eccezione).

Dopo aver dichiarato il difetto di giurisdizione del G.A. in relazione alla domanda risarcitoria (in quanto proposta *anche* nei confronti di un soggetto privato in forma societaria) il Collegio esamina il ricorso principale per la parte in cui lo stesso è stato proposto avverso una pubblica Autorità (l'ARERA).

Tuttavia il Cons. di Stato conferma sotto questo aspetto la sentenza di primo grado che già aveva dichiarato tale parte della domanda risarcitoria inammissibile per difetto di legittimazione attiva in capo alla soc. S.R.C.

In conclusione. Il Cons. di Stato, facendo applicazione di princìpi piuttosto consolidati, nega che possa essere devoluta alla giurisdizione del G.A. una controversia risarcitoria la quale tragga origine da una vicenda e da un rapporto di diritto pubblico (in particolare: dall'annullamento in sede giurisdizionale di un atto regolatorio di un'Autorità indipendente) ma che sia stata proposta da un soggetto privato nei confronti di un altro soggetto privato.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in esame viene accolto l'appello incidentale di E-Distribuzione e viene conseguentemente dichiarato il difetto di giurisdizione del G.A. sulla controversia risarcitoria (almeno, per la parte relativa ai rapporti fra due soggetti privati). Viene invece respinto l'appello principale proposto dalla soc. S.R.C. avverso la sfavorevole sentenza di primo grado che aveva comunque dichiarato inammissibile il ricorso risarcitorio dalla stessa proposto.

Processo amministrativo e limiti dell'annullamento con rinvio

Consiglio di Stato, Ad. plen., 20 novembre 2024, n. 16 – Pres. Maruotti – Est. De Nictolis – G.M. – Comune di Catania.

Processo amministrativo – Annullamento con rinvio della sentenza di primo grado (art. 105 c.p.a.) – Tassatività ed eccezionalità delle relative ipotesi – Applicabilità nel caso di sentenza di primo grado che deve essere dichiarata nulla per avere palesemente errato nell'escludere la legittimazione e l'interesse del ricorrente

La questione: deve forse essere superato il tradizionale orientamento secondo cui, anche dopo l'entrata in vigore del c.p.a. del 2010, le ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado (art. 105) hanno carattere tassativo e non sono suscettibili di interpretazione estensiva? Fra le ipotesi di annullamento con rinvio può farsi rientrare quella di riforma di una sentenza di primo grado che abbia dichiarato il ricorso inammissibile errando in modo palese in ordine alla sussistenza in capo al ricorrente della legittimazione e dell'interesse a ricorrere?

Il fatto. Nel corso del 2017 vengono completati alcuni lavori (autorizzati dal Comune di Catania) di rimozione di un impianto di carburanti in ambito cittadino.

Nel corso del 2022 l'avv. G.M. (il cui studio professionale affaccia proprio sull'area un tempo occupata dall'impianto di carburanti e che si è avvantaggiato della rimozione dello stesso) apprende che il Comune ha rilasciato alla soc. Petrol Company s.r.l. un'autorizzazione finalizzata al ripristino dell'impianto.

Il legale impugna quindi dinanzi al T.A.R. della Sicilia (Sezione staccata di Catania) gli atti con cui il Comune etneo ha autorizzato il ripristino dell'impianto, lamentandone sotto diversi aspetti l'illegittimità.

Tuttavia il Tribunale amministrativo adìto, accogliendo un'eccezione processuale sollevata dal Comune, dichiara il ricorso dell'avv. G.M. inammissibile per difetto di legittimazione ad agire e di interesse al ricorso (sent. 1108/2023).

La sentenza in questione viene impugnata dinanzi al CGARS dall'avv. G.M. il quale lamenta, in primo luogo, che il T.A.R. abbia commesso un macroscopico errore di giudizio nel negare proprio a lui (in quanto frontista dell'area in cui è previsto il ripristino dell'impianto) la legittimazione e l'interesse all'impugnativa.

Il CGARS, investito dell'appello, rimette all'Ad. plen. una questione interpretativa in ordine ai limiti applicativi dell'istituto dell'annullamento con rinvio nella vigenza del nuovo c.p.a. (decisione n. 652/2024).

In particolare il Collegio palermitano domanda se la c.d. "regressione processuale" di cui all'art. 105 c.p.a. possa essere ammessa anche nel caso – che qui ricorre – in cui il Giudice di primo grado abbia dichiarato il ricorso inammissibile, palesemente errando nel negare la sussistenza in capo al ricorrente della legittimazione e dell'interesse al ricorso.

A tal fine, il Giudice rimettente auspica un (almeno parziale) *revirement* dei princìpi di diritto già enunciati dal'Ad. plen. con le sentenze numm. 10 e 11 del 2018 proprio in ordine alla portata applicativa dell'art. 105 del c.p.a.

In particolare, il CGARS rimette all'Ad. plen. il seguente quesito interpretativo "se l'annullamento della sentenza di inammissibilità (o di improcedibilità) del ricorso, disvelando che l'omessa trattazione del merito della causa in primo grado ha determinato una ingiusta compressione e dunque una "lesione del diritto di difesa" del ricorrente – lesione che verrebbe ulteriormente perpetrata, per la sottrazione alla sua disponibilità di un grado di giudizio, ove la causa fosse trattata (nel merito) direttamente dal giudice d'appello – non determini la necessità di rimettere la causa, ai sensi dell'art. 105, comma 1, c.p.a., al giudice di primo grado: e

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ciò, quantomeno, allorché la declaratoria di inammissibilità (o di improcedibilità) del ricorso, nella sua interezza, sia avvenuta ex ante e a prescindere dall'esame, seppur parziale, dei motivi dedotti dalla parte".

La decisione. L'Adunanza plenaria sottolinea in primo luogo che – come rilevato dallo stesso Giudice rimettente – il punto di diritto sottoposto dal CGARS è stato in realtà già esaminato con le sentenze numm. 10 e 11 del 2018 le quali hanno fornito dell'art. 105 c.p.a. un'interpretazione letterale e sostanzialmente restrittiva.

In particolare, le sentenze del 2018 hanno escluso che l'istituto della c.d. "regressione processuale" al Giudice di primo grado a seguito della riforma in appello possa trovare applicazione nel caso (in effetti, non contemplato dall'art. 105, cit.) di sentenza che abbia erroneamente dichiarato l'inammissibilità o l'irricevibilità del ricorso di primo grado.

Tali decisioni hanno infatti stabilito che "L'erronea dichiarazione di irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso di primo grado non costituisce, di per sé, un caso di annullamento con rinvio, in quanto la chiusura in rito del processo, per quanto erronea, non determina, ove la questione pregiudiziale sia stato oggetto di dibattitto processuale, la lesione del diritto di difesa, né tanto meno un caso di nullità della sentenza o di rifiuto di giurisdizione".

L'Ad. Plen sottolinea che ciò che chiede il CGARS non è un'integrale rimeditazione dei princìpi affermati nel 2018, quanto – piuttosto – una lettura in senso ampliativo delle ipotesi di radicale nullità della sentenza di primo grado (ipotesi, questa, espressamente richiamata dall'art. 105, cit.), sì da ricomprendervi il caso – che qui ricorre – in cui la declaratoria di inammissibilità del ricorso sia conseguita da un macroscopico errore nell'individuazione dei presupposti e delle condizioni dell'azione.

L'Ad. plen., in particolare non intende rimettere in discussione le richiamate sentenze del 2018 le quali (nell'interpretare e applicare l'art. 105 c.p.a.) hanno sancito il principio della tassatività delle ipotesi previste da tale disposizione (e quindi, l'insuscettibilità di una interpretazione di carattere analogico).

D'altra parte – osserva il Collegio – le erronee sentenze di primo grado di mero rito non sono solo sentenze "ingiuste" (e come tali appellabili), ma, nella misura in cui l'ordinamento non consentisse mai una regressione del giudizio, recherebbero anche un *vulnus* al principio del giusto processo.

Si impone quindi un'applicazione delle categorie già delineate dalle più volte richiamate decisioni del 2018 la quale, pur facendone salvi i princìpi, risulti adeguatamente ispirata ai princìpi costituzionali del giusto processo (art. 111 Cost.), nonché della pienezza ed effettività della tutela (art. 24 Cost.).

Impostati in tal modo i termini concettuali della questione il Collegio osserva che l'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di una condizione dell'azione – con il consequenziale mancato esame della totalità dei motivi di ricorso – ben può integrare la "nullità della sentenza", in armonia con i principi enunciati dalle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 10 e 11/2018, sia pure con alcune precisazioni.

Del resto, la regressione del processo per nullità della sentenza di primo grado rappresenta un'ipotesi espressamente contemplata dall'art. 105 c.p.a., senza che si rendano necessarie a tal fine operazioni interpretative di carattere analogico o estensivo.

In conclusione, l'Adunanza plenaria, ad integrazione (e non in contrasto) rispetto a quanto statuito con le sentenze sopra citate del 2018, enuncia il seguente principio di diritto in ordine alle ipotesi di nullità della sentenza:

"l'art. 105, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado se dichiara la nullità della sentenza, si applica anche quando la sentenza appellata abbia dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado, errando palesemente nell'escludere la legittimazione o l'interesse del ricorrente".

Dopo aver enunciato il principio di diritto, per la sua applicazione al caso concreto, il Collegio restituisce gli atti alla Sezione rimettente.

In conclusione. L'Ad. plen. del Cons. di Stato torna sulla questione (già esaminata con le sentenze numm. 10 e 11 del 2018) dell'individuazione delle ipotesi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado ex art. 105 del c.p.a.

L'Ad. plen. (pur non operando il *revirement* richiesto dal CGARS, il quale chiedeva di ampliare le richiamate ipotesi includendovi anche l'errata declaratoria di inammissibilità del ricorso) perviene in sostanza alla medesima conclusione, dichiarando la nullità della sentenza di primo grado che abbia dichiarato l'inammissibilità del ricorso con palese errore nell'individuazione della legittimazione e dell'interesse al ricorso.

Gli effetti. Il Supremo Organo nomofilattico amministrativo enuncia il principio di diritto interpretativo dell'art. 105 del c.p.a. ma non definisce il giudizio, demandandone la decisione finale al CGARS.

Limiti dell'intervento volontario nel processo amministrativo

Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 ottobre 2024, n. 15 – Pres. Maruotti – Est. Simeoli – Autorità di Regolazione per energia reti e ambiente (ARERA) – Acquedotto Pugliese s.p.a.

Processo amministrativo – Intervento volontario in giudizio (art. 28 c.p.a.) – Tipologie di intervento esperibili – Intervento adesivo-dipendente e intervento litisconsortile – Limiti all'ammissibilità dell'intervento per il cointeressato decaduto dall'impugnativa – Limiti all'intervento da parte dell'interessato che abbia impugnato il medesimo atto di cui al giudizio principale in altro giudizio, ancora pendente

La questione: nel giudizio amministrativo è consentito l'intervento volontario in giudizio (art. 28 c.p.a.) da parte di un soggetto qualificabile come co-interessato rispetto all'impugnazione principale il quale sia, tuttavia, *medio tempore* decaduto dall'impugnativa? Nel medesimo giudizio è consentito l'intervento volontario in un giudizio di impugnazione avverso un atto da parte di un soggetto il quale abbia contestualmente impugnato il medesimo atto dinanzi ad altro Giudice, con giudizio allo stato pendente?

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il fatto. L'Autorità di Regolazione per energia reti e ambiente (ARERA), con la delibera n. 664 del 28 dicembre 2015, approva il metodo tariffario idrico per il secondo periodo regolatorio "MTI-2", relativo agli anni 2016-2019 (si tratta di un metodo tariffario che ha quali destinatari finali l'attività della vendita dell'acqua ai gestori del servizio idrico integrato).

Con ricorso proposti dinanzi al T.A.R. della Lombardia, la Acqualatina s.p.a. impugna tale delibera, chiedendone l'annullamento.

Il Tribunale amministrativo accoglie il ricorso, con la sentenza n. 2493/2022, la quale viene appellata da ARERA (con il ricorso n. 537 del 2023).

Nel corso del giudizio d'appello:

– la Seconda Sezione del Cons. di Stato, con l'ordinanza n. 2054/2024, ai sensi dell'art. 99 del c.p.a., rimette all'Adunanza plenaria la causa (in relazione alla disciplina regolatoria all'origine dei fatti di causa);

– prima dell'udienza di discussione, la soc. Acquedotto Pugliese s.p.a. (esponendo un interesse analogo a quello dell'appellante) chiede di intervenire del giudizio al fine di aderire alle conclusioni dell'appellata Acqualatina s.p.a. Rappresenta, inoltre, di aver già impugnato la medesima delibera AGCOM n. 580/2019 dinanzi al T.A.R. della Lombardia con un ricorso allo stato non definito.

Con la successiva delibera n. 580 del 27 dicembre 2019, l'ARERA approva il metodo tariffario idrico per il terzo periodo regolatorio "MTI-3", in relazione al successivo quadriennio.

Con il ricorso di primo grado, la Siciliacque s.p.a. impugna tale delibera, chiedendone l'annullamento.

Il T.A.R. per la Lombardia (Sede di Milano) respinge il ricorso, con la sentenza n. 499 del 2022, la quale viene appellata dalla s.p.a. Siciliacque (con ricorso n. 4939 del 2023).

Nel corso del giudizio d'appello:

– la Seconda Sezione del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 2054 del 2024, ai sensi dell'art. 99 del c.p.a. rimette all'Adunanza plenaria la causa;

– prima dell'udienza di discussione, la soc. Acquedotto Pugliese s.p.a. (esponendo anche in questo caso un interesse analogo a quello dell'appellante) chiede di intervenire del giudizio al fine di aderire alle conclusioni dell'appellata Acqualatina s.p.a.

La decisione. L'Adunanza plenaria si sofferma sui presupposti per ammettere l'intervento volontario in giudizio nel rito amministrativo (art. 28 del c.p.a.), prendendo spunto dall'istanza in tal senso presentata dalla Acquedotto Pugliese s.p.a. Tale (approfondita) analisi rappresenta senz'altro la parte principale della decisione in esame.

Al contrario, l'esame di merito dell'impugnativa avverso le delibere regolatorie di AGCOM non viene definito dal Collegio, il quale si limita al riguardo a disporre una consulenza tecnica d'ufficio (CTU).

Il Collegio viene quindi chiamato a pronunciarsi sulle due istanze di intervento in giudizio formulate dalla Acquedotto Pugliese s.p.a. (d'ora in poi: AQP):

la prima, nell'ambito del giudizio di appello n. 4939/2023 proposto da Siciliacque (nell'ambito di tale giudizio la AQP chiede di spiegare un intervento adesivo-dipendente nei confronti della posizione di Siciliacque, rispetto alla quale manifesta una posizione di co-interessata)

la seconda, nell'ambito del giudizio di appello n. 537/2023 proposto da ARERA (nell'ambito di tale giudizio la AQP chiede di spiegare un intervento nella sua qualità di soggetto co-interessato il quale ha, altresì, impugnato i medesimi atti con un distinto ricorso giurisdizionale, allo stato non ancora definito).

Il Collegio osserva, quindi, che il deposito degli atti di intervento pone due ordini di questioni:

i) con riferimento al primo dei richiamati giudizi, si pone la questione se – in pendenza del secondo grado di un giudizio amministrativo avente per oggetto la legittimità di un atto generale, avente effetti nei confronti di una intera categoria di operatori economici – sia ammissibile l'intervento adesivo-dipendente proposto dal cointeressato, che non abbia impugnato a sua volta il medesimo atto generale (in tal modo prestandovi acquiescenza);

ii) con riferimento al secondo di essi, si pone la questione se – in pendenza del secondo grado di un giudizio amministrativo avente per oggetto la legittimità di un atto generale, avente effetti nei confronti di una intera categoria di operatori economici – sia ammissibile, dopo la rimessione della causa all'esame dell'Adunanza plenaria, l'intervento del cointeressato, che abbia impugnato lo stesso atto generale con un autonomo ricorso, il cui giudizio, pendente ancora in primo grado, sia stato sospeso (o comunque rinviato) in attesa della decisione dell'organo nomofilattico.

L'esame delle due questioni consente al Collegio di svolgere un'approfondita disamina sulle ragioni storiche e sull'attuale disciplina dell'istituto dell'intervento volontario nel giudizio amministrativo (un istituto oggi disciplinato dall'art. 28 c.p.a.).

In particolare, il Collegio richiama le due tipologie di intervento volontario conosciute dal c.p.a.: i) l'intervento adesivo-dipendente (proposto dal soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente rispetto a quella dedotta nel processo *inter alios* – ovvero la cui nascita, esistenza o contenuto dipendano dalla nascita, esistenza o contenuto di un rapporto sostanziale altrui –); ii) l'intervento litisconsortile (proposto dal soggetto titolare di un interesse direttamente inciso dall'azione pubblica – già oggetto di altra impugnazione – e che quindi potrebbe essere fatto valere autonomamente).

Ebbene, partendo dalla prima delle richieste di intervento volontario, il Collegio ne dichiara l'inammissibilità.

La giurisprudenza maggioritaria ritiene infatti (con orientamento condiviso dall'Ad. plen.) che il cointeressato il quale sia decaduto dall'azione di annullamento, così come non può spiegare intervento litisconsortile, neppure può fare intervento in forma adesivo-dipendente (cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. III, sent. 3442/2023).

Il Collegio passa quindi all'esame della seconda delle richiamate richieste di intervento volontario (se, cioè, possa intervenire volontariamente in un giudizio dinanzi all'Ad. plen. colui che chieda l'affermazione di un principio di diritto a sé favorevole, da invocare poi in separato giudizio) e, allo stesso modo, ne dichiara l'inammissibilità.

Del resto, già con la sentenza n. 17/1971 l'Ad. plen. aveva dichiarato inammissibile l'intervento di chi – dopo l'ordinanza di rimessione – intenda "conseguire un precedente giurisprudenziale dell'Adunanza plenaria", "da invocare poi nel separato e distinto giudizio" da egli proposto.

Il Collegio individua prevalenti ragioni per riconoscere continuità a tale orientamento e conclude, quindi, per l'inammissibilità della richiesta di intervento formulata dalla AQP.

In conclusione, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti princìpi di diritto:

"L'art. 28, comma 2, del codice del processo amministrativo va interpretato nel senso che – nel giudizio proposto da altri avverso un atto generale o ad effetti inscindibili per una pluralità di destinatari – è inammissibile l'intervento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

adesivo-dipendente del cointeressato che abbia prestato acquiescenza al provvedimento lesivo".

"Qualora sia pendente innanzi all'Adunanza plenaria un giudizio nel quale si faccia questione di profili di illegittimità di un atto generale regolatorio, avente effetti nei confronti di una intera categoria di operatori economici, è inammissibile l'intervento – innanzi alla medesima Adunanza plenaria – di chi abbia impugnato il medesimo atto con un ricorso ancora pendente innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale".

Enunciato il principio di diritto in questione, il Collegio passa all'esame puntuale dell'impugnativa dei sistemi regolatori impugnati in primo grado ma decide di disporre una consulenza tecnica d'ufficio (CTU) e rinvia a tal fine la completa definizione del giudizio.

In conclusione. L'Ad. plen. del Cons. di Stato definisce i presupposti e le condizioni per ammettere l'intervento volontario in giudizio nel rito amministrativo (art. 28 c.p.a.), nella duplice declinazione dell'intervento adesivo-dipendente e dell'intervento litisconsortile.

Viene chiarito *in primis* che è inammissibile l'intervento volontario in giudizio (art. 28 c.p.a.) da parte di un soggetto qualificabile come co-interessato rispetto all'impugnazione principale il quale sia, tuttavia, nel frattempo decaduto dall'impugnativa.

Viene affermato, in secondo luogo, che è inammissibile l'intervento volontario in un giudizio di impugnazione da parte di un soggetto il quale abbia contestualmente impugnato i medesimi atti amministrativi dinanzi ad altro Giudice, con giudizio allo stato pendente

Gli effetti. L'Adunanza plenaria dichiara inammissibile l'istanza di intervento volontario spiegata dalla Acquedotto Pugliese s.p.a. e, dopo essere passata all'esame del merito della controversia, dispone una C.T.U. al fine di acquisire ulteriori elementi conoscitivi ai fini del giudizio.

Contenzioso in materia di appalti e *dies a quo* per l'impugnativa

Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2024, n. 8352 – Pres. Caringella – Rel. Maggio – soc. Arcasensa Agostino s.a.s. – Acquedotto Lucano s.p.a.

Contratti della P.A. – Contenzioso in materia di appalti (art. 120 c.p.a.) – Individuazione del *dies a quo* per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione – Decorrenza dal momento in cui gli atti sono messi concretamente a disposizione del concorrente (art. 120, 2° comma)

La questione: nel caso in cui uno dei concorrenti di una pubblica gara di appalto impugni gli esiti della gara (e quindi l'aggiudicazione in favore di altro concorrente), il termine dimidiato di 30 giorni per la proposizione dell'impugnativa decorre in ogni caso dalla comunicazione dell'aggiudicazione ovvero decorre dal (diverso e successivo) momento in cui gli atti relativi all'offerta risultata aggiudicataria sono messi concretamente a disposizione degli altri concorrenti?

Il fatto. Nel settembre del 2023 la Centrale Unica di Committenza Tito (C.U.C. Tito) indìce, per conto della Acquedotto Lucano s.p.a., una procedura aperta telematica, suddivisa in quattro lotti funzionali, finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei lavori concernenti la realizzazione di camerette e la sostituzione di condotte idriche nel territorio della Regione Basilicata.

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito delle operazioni di gara, con riguardo al lotto B, si classifica al primo posto la costituenda A.T.I. "Marottoli Costruzioni e Servizi s.r.l.", al secondo posto l'A.T.I. "Telesca s.r.l." e al terzo posto la "Arcasensa Agostino s.a.s." (d'ora in poi: A.A.).

La società Acquedotto Lucano, pertanto, adotta la determina di aggiudicazione del 31 ottobre 2023, che viene pubblicata sulla piattaforma telematica di negoziazione in data 17 novembre 2023.

A questo punto della vicenda la soc. "A.A." formula, in data 24 novembre 2023, istanza di accesso agli atti (con particolare riguardo ai documenti dell'offerta della prima classificata), alla quale la stazione appaltante dà riscontro, con l'ostensione della documentazione richiesta, il successivo 21 dicembre.

Alla luce dei documenti ottenuti la "A.A." ritiene illegittima l'aggiudicazione del lotto B alla prima classificata, per cui la impugna con ricorso al T.A.R. Basilicata, notificato in data 22 gennaio 2024.

Con la sentenza n. 217/2024 il T.A.R. della Basilicata dichiara il ricorso irricevibile per tardività, per essere lo stesso stato proposto ben oltre il termine – dimidiato – di 30 giorni decorrenti dalla comunicazione di aggiudicazione fatta dalla stazione appaltante il 27 novembre 2023.

Il T.A.R. osserva inoltre che la tardività del ricorso dovrebbe essere comunque dichiarata anche nel caso in cui si ritenesse di defalcare dal computo dei termini per l'impugnativa i giorni impiegati dalla stazione appaltante per evadere la domanda di accesso: anche in questo caso – osserva il T.A.R. – il termine processuale di 30 giorni per la proposizione del ricorso risulterebbe comunque superato.

La sentenza in questione viene quindi impugnata in appello dalla soc. "A.A.", la quale chiede in primo luogo che la sentenza del T.A.R. sia riformata sotto il profilo della tempestività dell'impugnativa e, nel merito, ne chiede l'accoglimento ai fini dell'aggiudicazione della gara in proprio favore.

La decisione. La Quinta Sezione del Cons. di Stato, investita dell'appello, esamina in primo luogo la questione della tempestività del ricorso di primo grado.

La questione – osserva il Collegio – deve essere esaminata sulla base delle previsioni del nuovo "Codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. n. 36/2023), trattandosi di gara indetta dopo la data di acquisto dell'efficacia del nuovo "Codice" (1° luglio 2023).

Trovano quindi applicazione al caso in esame: i) il nuovo art. 90 (che onera la stazione appaltante di dare tempestiva comunicazione ai concorrenti dell'avvenuta aggiudicazione); ii) il nuovo art. 36 (il quale indica le modalità con cui l'offerta della prima classificata debba essere messa a

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disposizione degli altri concorrenti); iii) il rinovellato art. 120 c.p.a. (il quale chiarisce come computare il *terminus a quo* per il decorso del termine di 30 giorni per l'impugnativa degli atti conclusivi delle pubbliche gare).

In base alla disciplina (sostanziale e processuale) appena richiamata, il *dies a quo* del termine decadenziale stabilito per l'impugnazione degli atti di gara coincide, dunque, con quello in cui l'interessato acquisisce, o è messo in grado di acquisire, piena conoscenza degli atti che lo ledono.

Tale normativa, che persegue l'obiettivo di evitare i c.d. ricorsi "al buio", si pone in linea con l'orientamento espresso dalla CGUE, la quale ha confermato la compatibilità con il diritto UE della stringente disciplina processuale italiana in materia di impugnativa degli atti delle pubbliche gare, ma a condizione che il ricorrente sia posto in condizione di proporre un ricorso in modo consapevole e documentato (Sez. IV, ord., 14 febbraio 2019, in causa C-54/18 – *Coop. Animazione Valdocco*).

Nel caso di specie, non risulta che la stazione appaltante abbia messo a disposizione dell'appellante tutti gli atti del procedimento di gara, se non a seguito della richiesta di accesso da quest'ultima avanzata.

Ne consegue che il termine per impugnare l'aggiudicazione in favore della controinteressata non poteva iniziare a decorrere se non dall'ostensione della documentazione oggetto dell'istanza di accesso, avvenuta in data 21 dicembre 2023.

Il ricorso di primo grado, notificato in data 22 gennaio 2024 doveva, quindi, considerarsi tempestivo, tenuto conto che il giorno 20 gennaio cadeva di sabato.

A questo punto il Collegio aggiunge (per così dire: in modo "tuzioristico") che il motivo di appello relativo alla tempestività del primo ricorso sarebbe fondato anche laddove alla procedura di che trattasi fosse stata applicabile la disciplina vigente precedentemente alle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 36/2023 (i.e.: le previsioni di cui al Codice 50/2016).

In particolare, nella vigenza del "Codice 50", la giurisprudenza aveva già chiarito che laddove – come nel caso in esame – la stazione appaltante non consenta l'immediata conoscenza degli atti di gara reclamati, in specie mediante tempestiva risposta alla (anch'essa tempestiva) domanda d'accesso, da evadere entro il termine di quindici giorni, si farà applicazione dell'ordinario termine d'impugnazione di trenta giorni, decorrente dalla effettiva ostensione dei documenti richiesti (in tal senso, *ex multis*: Cons. di Stato, Ad. plen. 12/2020).

Pertanto il Collegio riforma *in parte qua* la sentenza e dichiara tempestivo il ricorso di primo grado (ricorso che erroneamente il T.A.R. ha omesso di esaminare nel merito).

Tuttavia, passando all'esame nel merito del ricorso, il Collegio ne dichiara l'infondatezza (*rectius*: l'inammissibilità per carenza di interesse alla sua proposizione).

Ciò, in quanto la ricorrente (terza classificata all'esito della gara di appalto per cui è causa) ha concentrato le sue doglianze sulla posizione della concorrente prima classificata, ma non ha fornito alcuna prova in ordine all'illegittimità del posizionamento della seconda classificata (la quale, anche in caso di fondatezza dell'appello, finirebbe comunque per prevalere nell'aggiudicazione rispetto alla ricorrente).

L'appello viene dunque respinto nel merito, nonostante l'accertata tempestività del ricorso di primo grado.

In conclusione. Il Cons. di Stato, facendo applicazione della nuova formulazione dell'art. 120 c.p.a. introdotta dal "Codice dei contratti pubblici" del 2023, chiarisce che il termine – dimidiato – di 30 giorni per la proposizione dell'impugnativa decorre in via ordinaria dalla comunicazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 90 del nuovo "Codice". Tuttavia, nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – la stazione appaltante non abbia tempestivamente provveduto a fornire tale comunicazione, il *dies a quo* per l'impugnativa decorre dal (diverso e successivo) momento in cui gli atti relativi all'offerta infine risultata aggiudicataria sono stati concretamente posti a disposizione degli altri concorrenti.

Gli effetti. Per effetto della sentenza in esame viene riformata la sentenza di primo grado per la parte in cui aveva dichiarato l'irricevibilità per tardività del ricorso di primo grado. Tuttavia il ricorso della terza classificata viene comunque dichiarato infondato (*rectius*: inammissibile) per non avere essa provato che fosse illegittimo il punteggio attribuito alla seconda classificata.

Recentissime
Corti europee

a cura di Daniele Amoroso e Massimo Francesco Orzan*

Vendita abbinata e pratiche commerciali c.d. di "incorniciamento"

Corte di giustizia dell'Unione europea, Quinta Sezione, 14 novembre 2024, causa C-464/22 – Pres. Jarukaitis – Rel. Regan – Avv. Gen. Emilou – Compass Banca SpA c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

---

* Le opinioni espresse sono personali e non riflettono il punto di vista della Corte di giustizia.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Rinvio pregiudiziale – Tutela dei consumatori – Dir. 2005/29/CE – Art. 2, lett. j), artt. 5, 8 e 9 – Nozione di "consumatore medio" – Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori – Nozione di "pratica commerciale aggressiva"– Vendita abbinata di un finanziamento personale e di un prodotto assicurativo non collegato a tale finanziamento – Orientamento delle informazioni fornite al consumatore – Nozione di "framing" (incorniciamento) – Pratica commerciale consistente nel proporre simultaneamente a un consumatore un'offerta di finanziamento personale e un'offerta di un prodotto assicurativo non collegato a tale finanziamento – Assenza di un periodo di riflessione tra la sottoscrizione del contratto di finanziamento e quella del contratto assicurativo – Dir. (UE) 2016/97 – Art. 24

La questione: la Corte di Giustizia è stata chiamata a valutare, in particolare nella seconda delle cinque questioni pregiudiziali sottoposte dal Consiglio di Stato (Italia), se una pratica commerciale c.d. di "incorniciamento" possa essere inclusa in una delle fattispecie previste nell'elenco dell'Allegato I alla Dir. 2005/29/CE e, dunque, definita come pratica commerciale "in ogni caso aggressiva" o, quanto meno, "in ogni caso sleale". In particolare, tali pratiche sono di per sé in violazione del diritto UE e, pertanto, non richiedono l'avvio di un procedimento interno volto all'accertamento del loro carattere.

Il fatto. Tra il gennaio 2015 e il luglio 2018, la Compass Banca SpA (Compass) ha proposto ai suoi clienti contratti di finanziamento personale in abbinamento a contratti di prodotti assicurativi non legati al credito. Come evidenziato nell'ordinanza di rinvio, tale polizza assicurativa non costituiva una precondizione per la stipula del contratto di finanziamento, nonostante la firma dei due contratti fosse prevista contestualmente. A tal riguardo, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) ha avviato un procedimento per accertare se tale pratica commerciale – consistente nell'abbinamento di finanziamenti personali a prodotti assicurativi non collegati – potesse essere qualificata come "sleale" ai sensi della Dir. 2005/29. Nel corso del procedimento, la Compass ha accettato una serie di misure, proposte dall'AGCM, per chiarire ai propri consumatori il carattere opzionale del contratto di polizza assicurativa e, pertanto, la sua autonomia rispetto alla sottoscrizione del contratto di finanziamento. Da un lato, la società ha acconsentito all'estensione del periodo di diritto di recesso alla totalità dei clienti e, dall'altro, ha respinto la misura che imponeva di concedere un periodo di riflessione di sette giorni tra la data di sottoscrizione del contratto di finanziamento e quello assicurativo. Successivamente, la società ha presentato una nuova proposta di impegni con effetti analoghi alla misura respinta, che prevedeva l'obbligo di chiedere ai propri clienti, trascorsi sette giorni dalla sottoscrizione del contratto assicurativo, di confermare la loro volontà di mantenere il contratto. In caso di mancata conferma, la società si sarebbe fatta carico degli oneri del premio assicurativo per il periodo corrispondente.

L'AGCM, dopo aver respinto la misura in questione, ha qualificato la pratica commerciale della vendita abbinata di Compass come pratica commerciale "aggressiva" e, quindi, "sleale" ai sensi della Dir. 2005/29. La pratica consisteva, come sostenuto dall'AGCM, nell' "abbinamento forzoso" di prodotti assicurativi non collegati al credito al momento della stipula di contratti di finanziamento personale. Pertanto, con decisione del 2 aprile 2019, l'Autorità ha vietato detta pratica e irrogato una sanzione pecuniaria pari a EUR 4 700 000. Avverso tale decisione, la Compass ha agito dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (T.A.R. Lazio) eccependo che l'AGCM non avesse fornito la prova effettiva per qualificare tale vendita abbinata come "aggressiva". La società ha aggiunto che tale accertamento avesse invertito l'onere di prova e, inoltre, le avrebbe imposto di dimostrare il carattere non aggressivo di tale pratica. L'AGCM, di contro, ha sostenuto che il mancato riferimento alla natura opzionale del contratto assicurativo avrebbe potuto indurre un consumatore medio a credere di dover sottoscrivere obbligatoriamente i due contratti nell'ambito della vendita abbinata, provocando, quale conseguenza, una distorsione c.d. di "incorniciamento".

Tuttavia, la società ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, giudice di rinvio, che ha deciso di sospendere il giudizio e sottoporre cinque questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia (CG). Con la prima questione, il giudice ha chiesto se la nozione di "consumatore medio" – ai sensi della Dir. 2005/29 – debba comprendere non soltanto la definizione di *homo oeconomicus* ma, altresì, la teoria della "razionalità limitata". Ulteriormente, la CG è stata chiamata a valutare se possa considerarsi "in ogni caso aggressiva" o, comunque, "in ogni caso sleale" una pratica commerciale c.d. di "incorniciamento" ai sensi della direttiva. In terzo luogo, il Consiglio di Stato ha chiesto se l'autorità nazionale potesse imporre un periodo di riflessione tra la firma dei contratti di finanziamento e di assicurazione, una volta accertato il carattere sleale di tale pratica. Ancora, se l'autorità potesse subordinare tale obbligo all'inclusione della pratica commerciale come aggressiva. Da ultimo, con la quinta questione, la CG è stata chiamata a definire ove l'accertamento della natura aggressiva della vendita abbinata comporti l'inversione dell'onere della prova, si intende, il dovere della società di dimostrare il carattere non aggressivo di tale pratica.

La decisione. Nell'affrontare la prima questione, la Corte ha preliminarmente riconosciuto che la nozione del "consumatore medio", ai sensi della Dir. 2005/29, debba riferirsi a un consumatore normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, ossia, in termini economici, un *homo oeconomicus*. Tale definizione, seppur oggettiva, non può ignorare un insieme di limitazioni che potrebbero falsare la capacità decisionali del consumatore medio, quali le distorsioni cognitive. In particolare, la possibilità di indurre un consumatore a ritenere che la sottoscrizione contestuale di un contratto di assicurazione sia obbligatorio per ricevere un finanziamento potrebbe ricadere nella nozione di distorsione cognitiva. Pertanto, come chiarito al punto 57 della sentenza, gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero tenere in considerazione tali distorsioni purché venga debitamente dimostrato che tale pratica alteri in maniera considerevole le scelte economiche di un individuo normalmente informato, nonché ragionevolmente attento ed avveduto. In linea con la sentenza *Trento Sviluppo e Centrale Adriatica* (C-281/12), la CG ha dunque confermato che "un consumatore medio può essere indotto in errore e che, di conseguenza, non possa effettuare le sue scelte

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

commerciali né in modo consapevole né in modo efficiente".

Di particolare rilievo risulta essere la seconda questione pregiudiziale, dove la CG ha chiarito se una pratica commerciale c.d. di "incorniciamento" – quale la distorsione cognitiva di cui trattasi nel procedimento principale – debba essere qualificata come pratica commerciale "in ogni caso aggressiva" o, quanto meno, "in ogni caso sleale" ai sensi della Dir. 2005/29. Nel caso di specie, l'AGCM ha definito la vendita abbinata di un contratto di finanziamento con un contratto assicurativo non legato al credito una pratica commerciale "aggressiva" per l'assenza di un periodo di riflessione tra la sottoscrizione dei due contratti. Pertanto, il mancato riferimento al carattere opzionale del contratto assicurativo è idoneo a generare una distorsione cognitiva sulla capacità decisionale di un "consumatore medio", così come definito nella direttiva. In primo luogo, la Corte ha rilevato che le pratiche commerciali "in ogni caso aggressive" o "in ogni caso sleali" sono tassativamente previste in un elenco completo ed esaustivo dell'Allegato I alla direttiva e, pertanto, non necessitano di alcuna valutazione amministrativa ulteriore. In particolare, la pratica commerciale di "incorniciamento" non può essere qualificata quale pratica commerciale "in ogni caso aggressiva" o, quanto meno, "in ogni caso sleale" dal momento in cui non corrisponde a nessuna delle condizioni elencate in tale allegato. La Corte, successivamente, ha valutato ove tale pratica di "incorniciamento" potesse essere inclusa in una delle due categorie di pratica commerciale "sleale" prevista dall'art. 5 della direttiva: la pratica commerciale "aggressiva" di cui all'art. 8 della direttiva e, in caso di esclusione, la pratica commerciale "ingannevole" disciplinate agli artt. 6 e 7 della direttiva. Le pratiche commerciali aggressive sono definite come pratiche idonee a limitare la libertà di scelta del consumatore medio e, pertanto, ad indurlo a adottare una decisione inconsapevole mediante "molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento". Da un lato, la Corte ha definito che l'incorniciamento delle informazioni non corrispondesse al concetto di molestie o coercizione come generalmente definito nel linguaggio corrente. Dall'altro lato, la Corte ha escluso lo sfruttamento della posizione di potere da parte della società al momento della stipula dei contratti e, pertanto, che questa abbia effettivamente esercitato un "indebito condizionamento" – così come definito dall'art. 2, lettera j, della direttiva – sulla volontà del consumatore. Con riferimento alle pratiche ingannevoli, la Corte ha ricordato che tali pratiche corrispondono alla volontà di un professionista di omettere, occultare, presentate in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo informazioni che consentano di adottare decisioni consapevoli. A tal riguardo, la CG ha escluso che la pratica di "incorniciamento" del procedimento principale potesse rientrare nella definizione di pratica commerciale "ingannevole" in quanto la Compass ha chiarito ai propri consumatori, nella fase precontrattuale, il mancato collegamento giuridico tra il contratto assicurativo e il credito, nonché ha fornito i documenti rilevanti per consentire loro una scelta consapevole. Tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che spetta al giudice nazionale valutare ove tale pratica sia idonea a indurre un consumatore medio a credere che non fosse possibile sottoscrivere il contratto di finanziamento senza provvedere, in maniera contestuale, alla firma del contratto assicurativo.

Alla luce della risposta al secondo quesito, la Corte ha successivamente chiarito che gli Stati membri possono introdurre obblighi più dettagliati nel settore dei servizi finanziari armonizzato dalla Dir. 2002/65, purché tali misure siano specifiche, precise e nel rispetto del principio di certezza del diritto. Tuttavia, la sentenza ha precisato che un'autorità nazionale non può imporre al professionista un periodo di riflessione tra la stipula di un contratto assicurativo e uno di finanziamento se tale obbligo non è previsto dalla normativa nazionale. È consentito un simile intervento solo qualora l'autorità abbia qualificato tale pratica commerciale come aggressiva o sleale e accertato che sia necessario imporre un periodo di riflessione per porre fine a tale pratica. Di conseguenza, tale periodo è necessario soltanto laddove non vi siano ulteriori mezzi meno lesivi in grado di porre fine al carattere aggressivo o sleale della pratica, e in assenza di alternative meno restrittive per la libertà di impresa e di prestazione dei servizi. In tale contesto, la Corte ha chiarito che l'autorità nazionale può imporre un periodo di riflessione tra la sottoscrizione di due contratti collegati ai sensi dell'art. 24, paragrafo 3, della Dir. 2016/97, se ha effettivamente accertato tale pratica come sleale o aggressiva secondo i criteri previsti dalla Dir. 2005/29.

Da ultimo, i giudici di Lussemburgo hanno definito che, a seguito della qualificazione di una pratica commerciale come "in ogni caso aggressiva" o "in ogni caso sleale", spetta all'autorità nazionale dimostrare che la distorsione cognitiva subita dal consumatore medio sia una conseguenza diretta di tale pratica. Pertanto, la CG ha dichiarato che l'onere probatorio non può ricadere in capo alla società che ha adottato una pratica commerciale relativa alla stipula contestuale di un contratto di finanziamento e di assicurazione non connesso al credito e che non ha offerto un periodo di riflessione tra la stipula dei due contratti. Di conseguenza, la Corte ha chiarito che tale qualificazione automatica, così come previsto dall'Allegato I, non comporti un'inversione dell'onere probatorio in quanto tale qualificazione si basi su un'analisi rigorosa delle circostanze fattuali.

In conclusione. Come emerso dalla risposta alla seconda questione pregiudiziale, la CG ha stabilito che una pratica commerciale di "incorniciamento", oggetto del procedimento principale, non costituisce né una pratica "in ogni caso aggressiva" né una pratica commerciale "in ogni caso sleale", così come tassativamente disciplinate nell'Allegato I alla Dir. 2005/29. Altresì, i giudici di Lussemburgo hanno sancito – a seguito di un'attenta valutazione dei criteri imposti dal diritto UE – che tale pratica non rientra in alcuna delle due categorie di pratiche commerciali sleali previste ai sensi dell'art. 5, ossia le pratiche commerciali "aggressive" di cui agli artt. 8 e 9 e le pratiche commerciali "ingannevoli" di cui agli artt. 6 e 7.

Si ritiene, alla luce di quanto rilevato nella quarta e quinta questione pregiudiziale, che la normativa nazionale può consentire all'autorità amministrativa di imporre un periodo di riflessione tra la stipula di un contratto di finanziamento e un contratto assicurativo previsti nell'ambito di una vendita abbinata, purché siano soddisfatte due condizioni. In primo luogo, l'autorità deve accertare il carattere aggressivo della pratica secondo i criteri stabiliti dalla Dir. 2005/29. In secondo luogo, tale misura deve rappresentare un rimedio di *extrema ratio*, da adottare esclusivamente quando non siano disponibili strumenti alternativi meno restrittivi della libertà di impresa e della libertà di prestazione dei servizi del professionista.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Gli effetti. La sentenza in esame, trattando due tematiche di particolare rilevanza, risulta significativa sotto due aspetti principali. In primo luogo, conferma i criteri per l'accertamento amministrativo del carattere aggressivo o comunque sleale di una pratica commerciale da parte dell'autorità nazionale competente, come l'AGCM; in secondo luogo, ribadisce l'allineamento della definizione di "consumatore medio" alla teoria della "razionalità limitata", in continuità con la prassi consolidata della Corte di Lussemburgo.

Per quanto riguarda la prima implicazione tematica, la CG ha chiarito che una vendita abbinata di un contratto di finanziamento e uno assicurativo non può essere qualificata come pratica commerciale "aggressiva" laddove la società abbia adeguatamente informato i propri clienti del carattere opzionale del contratto assicurativo e ha, in alternativa, previsto un periodo di riflessione. Tuttavia, la Corte non ha specificato se tali informazioni debbano essere fornite nella fase preliminare di conclusione del contratto o se sia possibile, per la società, fornirle successivamente. Questa precisazione avrebbe potuto agevolare l'autorità nazionale nel determinare se, in uno dei due scenari, tale pratica commerciale possa comunque essere qualificata come quanto meno ingannevole e, pertanto, sleale ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva. In ogni caso, quanto emerge dalla sentenza è che l'AGCM, in futuro, non potrà considerare automaticamente aggressiva una pratica semplicemente per la presenza di un abbinamento contrattuale. Tale qualificazione sarà possibile qualora l'autorità riesca a dimostrare che il consumatore è stato indotto a ritenere obbligatoria la sottoscrizione del contratto assicurativo.

Per quanto riguarda la seconda implicazione tematica, la Corte ha confermato l'inclusione della teoria della "razionalità limitata" nella definizione di "consumatore medio", riconoscendo che tale soggetto, pur essendo normalmente informato, ragionevolmente attento e avveduto, può comunque essere soggetto a limitazioni che alterano le sue scelte economiche, inducendolo a prendere decisioni "irragionevoli". In questo contesto, la Corte ha ribadito l'attenzione che gli organi nazionali devono impiegare nel proteggere il consumatore da possibili pratiche sleali. Di conseguenza, l'autorità nazionale preposta alla tutela dei consumatori dovrà valutare, caso per caso, se e in che misura tali limitazioni, come le distorsioni cognitive, abbiano effettivamente influenzato la decisione del consumatore, tenendo conto della specificità del prodotto o servizio in questione. Questo approccio si allinea con la prassi giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo in materia di marchi, dove i giudici hanno chiarito che l'attenzione del consumatore medio può variare a seconda del settore di riferimento (sentenza *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, del 22 giugno 1999).

Infine, per quanto riguarda le implicazioni pratiche, si ritiene che il Consiglio di Stato possa procedere all'annullamento del provvedimento dell'AGCM. In tal senso, l'AGCM non ha fornito prove sufficienti per dimostrare che la Compass abbia effettivamente cercato di indurre in errore i propri consumatori. Inoltre, l'imposizione di un periodo di riflessione come un obbligo "dettagliato e vincolante" dovrebbe essere previsto da una normativa nazionale che ne preveda l'applicazione, nel rispetto della certezza del diritto. Infine, il periodo di riflessione potrebbe risultare privo di un adeguato riferimento normativo e non adottato come misura di *extrema ratio*. In particolare, l'AGCM avrebbe potuto considerare la misura alternativa proposta dalla Compass, ovvero l'obbligo per il professionista di ottenere la riconferma della volontà del consumatore di sottoscrivere il contratto assicurativo trascorsi sette giorni dalla stipula. [Oriana Balsamo]

Modifiche concessorie senza gara: la CGUE si pronuncia sul caso del Ponte Morandi

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, 7 novembre 2024, causa C-683/22 – Pres. I. Jarukaitis, della Quarta Sezione, ff di presidente della Quinta Sezione – Rel. D. Gratsias ed E. Regan – Adusbef c. Presidenza del Consiglio dei ministri e a.

Rinvio pregiudiziale – Dir. 2014/23/UE – Procedura di aggiudicazione dei contratti di concessione – Art. 43 – Modifica di una concessione, durante il periodo della sua validità, senza apertura alla concorrenza – Concessione di autostrade – Crollo del ponte Morandi a Genova (Italia) – Procedimento nazionale per grave inadempimento agli obblighi di manutenzione e custodia della rete autostradale – Nuovi obblighi a carico del concessionario – Obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di esprimersi preliminarmente sulla necessità di organizzare una nuova procedura di aggiudicazione – Obbligo dell'amministrazione aggiudicatrice di esaminare preliminarmente l'affidabilità del concessionario

La questione: la Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte giust. UE) è stata chiamata a rispondere ai tre quesiti ad essa posti dal T.A.R. Lazio-Roma riguardanti: (i) il dovere dell'Amministrazione concedente di motivare adeguatamente la scelta di modificare, soggettivamente ed oggettivamente, una concessione autostradale senza indire una nuova procedura ad evidenza pubblica; (ii) il dovere dell'Amministrazione concedente di valutare, nel procedere a tale modificazione, l'affidabilità di un concessionario gravemente inadempiente; (iii) la necessarietà di risolvere il rapporto in caso di risposta affermativa a uno dei due precedenti quesiti.

Il fatto. Nonostante la grande rilevanza mediatica, e la conseguente notorietà, dei fatti da cui scaturiscono le questioni giuridiche oggetto della sentenza in commento, appare comunque necessario fornire un inquadramento dei primi, in modo da comprendere meglio le seconde. La vicenda trae origine dal procedimento – avviato il 18 agosto 2018 dal Ministero per le infrastrutture e i trasporti per l'accertamento del grave inadempimento di ASPI agli obblighi nascenti dalla concessione del tratto autostradale interessato da crollo del Ponte Morandi avvenuto il 16 agosto del 2018 – nel cui ambito, ed a seguito del confronto avviato fra le parti a decorrere dal 10 luglio 2019, si perveniva in data 14 ottobre 2021 alla definizione su proposta di Autostrade per l'Italia (ASPI) di un accordo transattivo,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fra quest'ultima e il Ministero per l'infrastruttura e la mobilità sostenibile (MIMS), che prevedeva: (i) l'impegno di ASPI a versare l'importo di 3.400.000.000 euro a titolo di *interventi strutturali compensativi*; (ii) il rafforzamento degli standard di sicurezza della rete autostradale oggetto della sua concessione e (iii) *la cessione del controllo di ASPI* da Mundys S.p.A. (già Atlantia S.p.A.) a Cassa Depositi e Presiti S.p.A., nonché ad altri investitori. Tale transazione veniva poi approvata attraverso una delibera del CIPE e un decreto interministeriale (adottato congiuntamente dal MIMS e dal MEF), ai sensi dell'art. 43 del D.L. n. 201/2011. Nel giudizio conseguente all'impugnazione di tali atti da parte dell'Associazione difesa utenti bancari e finanziari (Adusbef) veniva quindi disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia *ex* art. 267 TFUE, deciso con la sentenza in esame. Più in particolare, il giudice amministrativo adito ha deciso di investire la Corte giust. UE di alcune questioni riguardanti la conformità della modifica della concessione contenuta nell'accordo transattivo con le disposizioni della Dir. 2014/23/UE e, in particolare, con: (i) l'art. 43, 1° comma, lett. c) della direttiva, nella parte in cui stabilisce che è possibile modificare la concessione senza procedere a nuova gara solo quando la modifica sia necessaria per ragioni non prevedibili da parte di un aggiudicatore diligente e purché questa non alteri la natura generale della concessione; (ii) l'art. 43, 1° comma, lett. d) della direttiva, nella parte in cui detta le condizioni in base alle quali la sostituzione di un nuovo concessionario a quello originale non richiede una nuova gara e (iii) l'art. 38, paragrafi 7 e 9, nella parte in cui sanciscono i requisiti di affidabilità che è necessario possedere per partecipare a una concessione.

La decisione. Con sentenza del 7 novembre 2024, la Quinta Sezione della Corte giust. UE ha risposto ai primi due dei tre quesiti pregiudiziali formulati dal giudice del rinvio, avendo dichiarato l'irricevibilità del terzo, per difetto di rilevanza rispetto giudizio *a* quo. Ai fini della soluzione della prima questione pregiudiziale, la Corte giust. UE ha considerato separatamente due distinti profili implicati dalla medesima. Da un lato, quello attinente alla possibilità della amministrazione aggiudicatrice di modificare una concessione senza indire una nuova gara e, dall'altro, quello relativo alla possibilità di non motivare espressamente tale scelta. La Corte giust. UE ha risolto il primo profilo della questione escludendo, innanzi tutto, che la vicenda oggetto del giudizio *a quo* – configurandosi come modifica della compagine azionaria del concessionario e non come successione nel rapporto concessorio – potesse rientrare nella nozione di modificazione soggettiva della concessione con conseguente inapplicabilità della disciplina relativa alle modifiche della concessione *tout court* (ivi inclusa, ovviamente, la regola di esclusione prevista dall'art. 43, paragrafo 1, lett. d).Viceversa, e con riferimento alla disciplina delle modificazioni oggettive, la Corte giust. UE – senza svolgere alcuna specifica valutazione in ordine alla qualificazione della vicenda operata dal giudice del rinvio – si è preoccupata di fornire al T.A.R. talune prescrizioni in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 43, paragrafo 1, lett. c) stabilendo, per un verso, che la *ratio* della disposizione di esonero dovesse ravvisarsi nel riconoscimento di un corretto margine di flessibilità rispondente all'esigenza delle amministrazioni aggiudicatrici di poter adattare il rapporto concessorio (per sua natura complesso e di lunga durata) alle sopravvenienze non prevedibili al momento della sua instaurazione e precisando, per l'altro verso, che l'inadempimento non può mai considerarsi quale circostanza non prevedibile per un'amministrazione diligente. Infine, la Corte giust. UE ha indicato al giudice *a quo* che, ai fini dell'esclusione dall'obbligo di nuova gara previsto dall'art. 43, paragrafo 1, lett. e) per le modifiche non aventi carattere sostanziale, non può operare la presunzione di sostanzialità di cui all'art. 43, paragrafo 4, lett. b) la quale riguarda solo le alterazioni dell'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario, là dove, nel caso di specie, la modifica era stata esclusivamente sfavorevole. Venendo, poi, al secondo profilo della questione pregiudiziale, relativo all'obbligo di motivazione, la Corte giust. UE ha stabilito che, in ossequio al principio generale ad una buona amministrazione e al principio di trasparenza *ex* art. 3, paragrafo 2 della Direttiva, è di fondamentale importanza che le amministrazioni nazionali osservino l'obbligo di motivare le loro decisioni, in modo da non pregiudicare il diritto di difesa di tutti i soggetti interessati.

In risposta alla seconda questione pregiudiziale, la Corte di Giustizia, al fine di valutare la compatibilità con il diritto europeo di una normativa nazionale che non obbligasse l'amministrazione aggiudicatrice a rinnovare la valutazione di affidabilità di un concessionario gravemente inadempiente in caso di modifica di una concessione, ha operato una distinzione di massima fra due diverse situazioni. Da un lato, nei casi di modifica di una concessione in cui sia effettivamente richiesta una nuova gara, essa ha confermato l'assoluta necessità che siano soddisfatti tutti i requisiti di selezione e di valutazione qualitativa disciplinati dal titolo II della Direttiva e, segnatamente, dall'art. 38. Dall'altro lato, la Corte giust. UE ha precisato, invece, che, ove ricorra una delle eccezioni al principio dell'evidenza pubblica contenute nei paragrafi 1 e 2 dell'art. 43 della Direttiva, non vi è alcuna norma che imponga la rinnovazione della valutazione di affidabilità dei concessionari, salvo quanto previsto dall'art. 43, paragrafo 1, lett. d), ii) per i successori della concessione, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie.

In conclusione. La Corte di Giustizia ha risposto alle questioni pregiudiziali, dichiarando che: (a) l'art. 43 della Dir. 2014/23/UE non osta a una disciplina nazionale che consente la modificazione senza gara di una concessione, purché questa rientri nelle ipotesi tassative contenute nella norma e l'amministrazione motivi la sua scelta; (b) l'art. 43 della direttiva non osta a una normativa nazionale che consente, nei casi di modifica di una concessione senza gara, all'amministrazione di non rinnovare la valutazione di affidabilità del concessionario.

Gli effetti. Al di là dell'indubbia rilevanza delle vicende di cronaca da cui trae origine l'intera vicenda giurisprudenziale, la decisione annotata si segnala per i principi espressi in ordine alla nozione generale di "modifica della concessione" e alla sua disciplina, sia sul piano soggettivo che su quello oggettivo. Anzitutto, la sentenza ribadisce e riafferma la validità dei principi stabiliti nella precedente giurisprudenza della Corte giust. UE in relazione alla nozione di modifica della concessione. Da un lato, infatti, la Corte distingue fra una modifica soggettiva della concessione, che richiede la successione nella gestione fra due soggetti giuridici distinti, e una mera riformulazione della compagine azionaria di uno stesso soggetto giuridico, conformandosi dunque a quanto già sancito in *Pressetext,* nella causa C-454/06, in cui si affermava come "gli appalti pubblici sono di regola attribuiti a persone giuridiche. Se una persona giuridica è costituita in forma di società per azioni quotata in Borsa, per sua stessa natura il suo azionariato

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

è suscettibile di mutare in ogni momento". Dall'altro lato, inoltre, nell'interpretare l'art. 43, paragrafo 1, lett. e), la Corte giust. UE ha di fatto posto la presenza di un *favor* per il concessionario come limite oggettivo all'esistenza di una "modifica sostanziale", in ossequio a principi già consolidati nella sua prassi decisionale in materia di appalti– e recentemente riaffermati in *Sisal* e *Stanleybet Malta*, cause riunite C-721 e C-722/19.

Vi sono, tuttavia, due aspetti che avrebbero meritato, a nostro avviso, un ulteriore approfondimento. Da un lato, la Corte di Giustizia non ha colto l'occasione per offrire un contributo al chiarimento della differenza esistente fra una "modifica sostanziale" e una modifica della "natura generale della concessione" *ex* art. 43, paragrafo 1, lett. c), ancora non espressamente definita nella giurisprudenza UE. Dall'altro lato, se è vero che, secondo l'impostazione generale dei giudizi pregiudiziali, la Corte si limita a recepire acriticamente le qualificazioni sostanziali prospettate dal giudice del rinvio, è tuttavia anche vero che, nel caso di specie, la nozione di "modifica" è propria della disciplina unionale, cosicché non sarebbe stato improprio che la Corte – proprio come ha fatto per la nozione di "modifica soggettiva" – ne chiarisse anche il profilo oggettivo chiarendo se, in tale nozione, è possibile ricomprendere anche gli interventi negoziali diretti a rimediare a patologie del rapporto o, come riferisce la stessa Corte, aventi una funzione "compensativa" o rimediale rispetto a precedenti inadempimenti. Sembrerebbe di poter affermare, in altri termini, che l'accento a tratti tautologico proprio delle principio di diritto enunciato con riguardo all'art. 43, paragrafo 1, lett. c) appare come la conseguenza di un approccio della Corte al tema delle modificazioni oggettive meno netto di quello dalla stessa utilizzato (giustamente e correttamente) al fine di arginare l'implicita sollecitazione, proveniente dal giudice del rinvio, di assumere come un dato di fatto la sussistenza di una modificazione soggettiva. Nondimeno, al seguito della presente pronuncia della Corte giust. UE il teorema prospettato dal giudice del rinvio appare fortemente ridimensionato rispetto alle sue originarie pretese. Come sempre accade, tuttavia, la soluzione concreta del caso sarà rimessa al giudice *a quo* che dovrà correttamente applicare alla fattispecie concreta l'interpretazione fornita dai giudici del Lussemburgo. [Giuseppe Fransoni]

Contenzione meccanica dei pazienti psichiatrici e art. 3 CEDU

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. I, 7 novembre 2024, ricorso n. 8436/21 – Pres. Jelić – L. – Italia

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) – Contenzione meccanica – Privazione della libertà – Rispetto della dignità umana

La questione: l'uso prolungato della contenzione meccanica, a scopo precauzionale, presso un ospedale psichiatrico è compatibile con il rispetto della dignità umana e con il divieto di trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU)?

Il fatto. Nel 2014 M. L., cittadino italiano affetto da un disturbo psicotico, era stato destinatario di un trattamento sanitario obbligatorio per alcune condotte aggressive ed era stato pertanto ricoverato presso il Servizio Psichiatrico di Diagnosi e Cura (SPDC) dell'Ospedale di Melzo. Durante la sua degenza, il sig. L. veniva sottoposto sia a contenzione fisica, restando legato al letto con polsi e caviglie, per più di otto giorni sia a sedazione farmacologica per ventuno giorni. In un primo momento, la contenzione era stata disposta come misura precauzionale, motivata da presunte aggressioni verso familiari e personale sanitario, nonché da una segnalazione di pericolosità sociale presentata da due psichiatri. Nonostante il protocollo interno del centro ospedaliero stabilisse l'eccezionalità della restrizione meccanica e la necessità di rivalutazioni periodiche, in quanto lesiva della libertà personale, non veniva eseguita nessuna rivalutazione terapeutica della condizione clinica di ML.

Nel novembre del 2015, il sig. L. presentava denuncia contro due medici dell'Ospedale di Melzo, con accuse di maltrattamenti, coercizione e negligenza nel valutare la necessità di prolungare la contenzione meccanica, essendo il trattamento subito sproporzionato rispetto alla situazione. A suo avviso, la contenzione non solo era stata abusiva e priva di giustificazione, ma aveva causato sofferenze fisiche e psicologiche ingiustificate. Inoltre, il ricorrente aveva sostenuto l'inadeguatezza del personale medico a gestire la sua situazione. Nonostante l'apertura di un'indagine penale, le autorità italiane non avevano svolto indagini approfondite né avevano intrapreso azioni concrete nei confronti dei medici tanto è vero che nel 2020 il caso veniva archiviato. La Corte di Milano, infatti, aveva affermato che i medici non avevano commesso alcun errore di pratica terapeutica, ma che al contrario il ricorso alla contenzione meccanica era stato necessario e legittimo.

Pertanto, il 29 gennaio 2021 il ricorrente proponeva ricorso alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 3 CEDU.

La decisione. Preliminarmente, la Corte ha dichiarato il ricorso ammissibile, avendo ritenuto sufficiente, ai fini dell'esaurimento dei mezzi di ricorso interni, l'avvio (e l'archiviazione) del procedimento a carico dei medici dell'Ospedale di Melzo.

Nel merito la Corte ha sottolineato che, sebbene la decisione di applicare inizialmente la contenzione fosse giustificata dalla necessità di evitare che il ricorrente facesse del male a sé stesso o ad altri, la durata eccessiva di tale misura non era proporzionata né rispettosa della dignità umana e che il ricorrente era stato privato della sua libertà.

La Corte, richiamando la Corte di cassazione italiana nel caso *M.* (Sezione V, n. 50497 del 20 giugno 2018), ha ribadito che l'applicazione di restrizioni meccaniche su base precauzionale non è una pratica ammissibile in quanto lesiva della libertà personale, ma che tale misura può essere considerata lecita solo se sono soddisfatte le condizioni stabilite nell'art. 54 c.p. (*stato di necessità*) e dunque applicata solo nel caso in cui è presente un "pericolo attuale di un danno grave alla persona".

Secondo la Corte, spettava allo Stato dimostrare che la contenzione prolungata fosse necessaria, non essendo suf-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ficiente a tale scopo, vista la natura particolarmente invasiva della misura, un pericolo solo "potenziale". La nozione di pericolo imminente deve infatti essere definita in modo specifico, concreto e dimostrabile (*Aggerholm c. Danimarca*, sentenza del 15 settembre 2020).

La Corte ha inoltre fatto riferimento agli standard del CPT (Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti) per ribadire la necessità di una valutazione continua da parte del personale medico, al fine di apprezzare l'imminenza del pericolo e per decidere sul prolungamento della contenzione.

Infine, i giudici di Strasburgo hanno posto l'accento sulla mancanza di una legislazione specifica in grado di stabilire limiti chiari sull'uso della contenzione meccanica in contesti psichiatrici. Ad oggi, infatti, tali limiti sono stabiliti attraverso l'esimente dello stato di necessità *ex* art. 54 c.p., la quale – come osservato anche dal CPT – sarebbe stata interpretata dalle autorità italiane in modo eccessivamente ampio, soprattutto in riferimento alla nozione di "pericolo attuale".

Passando al *volet* procedurale del ricorso, la Corte ha ricordato l'obbligo dello Stato di condurre indagini efficaci in merito ad accuse di maltrattamenti che possono integrare una violazione dell'art. 3 CEDU, intendendosi per "efficace" un'indagine che sia in grado tanto di accertare i fatti quanto di identificare e punire i presunti responsabili. Ad avviso dei giudici europei, le autorità giudiziarie non avrebbero soddisfatto questi requisiti, non essendo stata fornita prova dello svolgimento di indagini accurate sulla denuncia del sig. L. in merito alla non necessarietà del trattamento subito.

La Corte ha pertanto accertato la violazione dell'art. 3 CEDU, nei suoi profili sostanziali e procedurali, condannando l'Italia al pagamento della somma di 41.600 euro per i danni non pecuniari e di 8.000 euro per i costi e le spese sostenute.

In conclusione. La contenzione meccanica può essere utilizzata solo come soluzione estrema e il tempo strettamente necessario. Non essendo stato sufficientemente dimostrato che l'uso prolungato della contenzione fosse necessario, il trattamento riservato al ricorrente risulta incompatibile con il rispetto della dignità umana e con il divieto di trattamenti disumani e degradanti sancito dall'art. 3 CEDU.

Gli effetti. La sentenza in esame sollecita una riflessione sul rispetto della dignità umana e della libertà personale nel contesto psichiatrico. In particolar modo, la Corte ha posto l'attenzione sull'applicazione di misure restrittive nei confronti di individui fragili e vulnerabili, sollecitando un cambiamento normativo che vada oltre la regolamentazione delle pratiche mediche.

La Corte segna un passo decisivo volto a garantire una maggiore tutela dei diritti individuali ed un controllo maggiore sulle procedure eseguite nei contesti ospedalieri psichiatrici, così da scongiurare pratiche illegittime. Inoltre, considerando l'assenza di una legislazione precisa e un approccio eccessivamente generico sull'utilizzo della contenzione meccanica e farmacologica, questa sentenza rappresenta un significativo punto di riferimento per il sistema giuridico italiano, riaffermando l'importanza di porre la dignità umana al centro delle politiche sanitarie e giuridiche. [Anna Ruggiero]

Immunità diplomatiche ed equo processo

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 5 novembre 2024, ric. n. 26760/22 – Pres. Bårdsen – Z. c. Macedonia del Nord.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Familiari del personale tecnico e amministrativo delle missioni diplomatiche – Immunità diplomatiche e loro limiti – Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche – Diritto a un equo processo (art. 6 CEDU) – Difetto di motivazioni nell'esclusione delle immunità – Violazione

La questione: la Corte è stata chiamata a valutare se la condotta degli organi giudiziari dello Stato convenuto, in materia di mancato riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione penale al familiare di un membro del personale tecnico-amministrativo di una missione diplomatica, fosse in linea con quanto previsto dall'art. 6 CEDU in tema di equo processo, con particolare riguardo al difetto di motivazioni delle decisioni in materia di esclusione dell'immunità.

Il fatto. La vicenda riguarda un cittadino bulgaro ("il ricorrente") impiegato, dal 2004 al 2009, quale direttore finanziario di una società di telecomunicazioni nella Macedonia del Nord. A partire dal 2007, la moglie acquisiva lo *status* di dipendente dell'Istituto di cultura e informazione bulgara presso l'ambasciata di Bulgaria in Macedonia del Nord.

Nel 2012 il giudice istruttore macedone avviava, nei confronti del ricorrente, un'indagine per i reati di abuso d'ufficio ed evasione fiscale commessi nel 2008 e, nel 2013, veniva emesso dal pubblico ministero un avviso di garanzia ("an indictment"). Il ricorrente e il suo avvocato informavano tempestivamente il tribunale nazionale competente del possesso, da parte del ricorrente, di una "special identity card", rilasciata dal Ministero degli Esteri bulgaro, che gli garantiva l'immunità dalla giurisdizione penale nonché da provvedimenti di arresto e custodia cautelare nello Stato convenuto. Fra il 2013 e il 2015, il tribunale di primo grado di Skopje teneva diverse udienze sul caso in questione, nelle quali, in più occasioni, l'avvocato del ricorrente informava il tribunale che il suo assistito non avrebbe partecipato alle udienze fino al momento in cui non fosse stata esaminata l'eccezione di immunità dalla giurisdizione penale. Durante il suddetto procedimento, il Ministero degli Esteri bulgaro informava con una lettera il tribunale macedone che l'immunità giurisdizionale del ricorrente derivava dal fatto che, all'epoca dei fatti di rilievo penale per il ricorrente, la moglie fosse una funzionaria dell'istituto di cultura bulgara. Nella lettera, si segnalava in particolare che, ai sensi dell'art. 37, 2° comma, della Convenzione di Vienna del 14 aprile 1961 sulle relazioni diplomatiche, i familiari dei membri del personale tecnico e amministrativo della missione diplomatica godono di immunità diplomatica, che tuttavia, secondo il Ministero, non si applicherebbe

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

agli atti "performed outside their official functions". L'esclusione dell'immunità giurisdizionale penale per gli atti commessi al di fuori delle funzioni dell'avente diritto all'immunità veniva tempestivamente contestata dal ricorrente.

Nel 2015 il ricorrente veniva condannato in contumacia dal tribunale di primo grado, che escludeva la sussistenza dell'immunità dalla giurisdizione penale, affermando che le condotte del ricorrente riguardassero atti commessi al di fuori delle sue funzioni. Il successivo appello del ricorrente veniva parzialmente accolto, con riguardo alla necessità di riconsiderare l'argomentazione fondata sull'immunità dalla giurisdizione nazionale, in relazione alla quale il ricorrente aveva richiamato il noto caso del *Mandato di arresto dell'11 aprile 2000* (*Repubblica democratica del Congo* c. *Belgio*), in cui la Corte internazionale di giustizia, con sentenza del 14 febbraio 2002, ha affermato il principio dell'immunità dalla giurisdizione penale dell'individuo-organo (nell'affare in questione il Ministro degli Esteri congolese) titolare di "immunità personale", che concerne gli atti privati commessi dal soggetto in questione, anche nell'ipotesi in cui l'individuo sia accusato di crimini internazionali. Il caso era quindi riesaminato dal tribunale di prima istanza, che, nell'ambito del nuovo procedimento, acquisiva una seconda lettera inviata dal Ministero degli Esteri bulgaro, che chiariva i profili temporali dello *status* diplomatico "derivato" del ricorrente. Il tribunale procedeva altresì all'esame della testimonianza di un rappresentante del medesimo Ministero, il quale, pur confermando che i familiari del personale tecnico e amministrativo delle missioni diplomatiche godono di immunità diplomatiche, aggiungeva che essi possono perdere tale *status*, fra l'altro, nel caso di esercizio da parte dell'interessato di attività professionale o commerciale nello Stato accreditatario, citando al riguardo gli artt. 31, 1° comma, lett. *c*, e 42 della citata Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche. Sulla base di queste considerazioni, il rappresentante ministeriale concludeva che il ricorrente non poteva invocare l'immunità (par. 17).

Soltanto nel 2019 e dopo avere confermato l'insussistenza dell'immunità dalla giurisdizione penale a partire dal momento in cui aveva assunto incarichi lavorativi, il tribunale di primo grado condannava il ricorrente per abuso d'ufficio, mentre era dichiarato prescritto il reato di evasione fiscale. Nei successivi gradi di giudizio, il ricorrente riproponeva la questione dell'immunità dalla giurisdizione penale, che a suo parere non era sottoposta a eccezioni, a differenza dell'immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa, che verrebbe meno in caso di attività professionale o commerciale del titolare dell'immunità. I giudici di appello confermavano l'assenza di immunità a favore del ricorrente, sia facendo riferimento allo svolgimento di attività lavorative, sia richiamando la limitazione dell'immunità per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni dell'interessato. Nel 2021 la Corte suprema macedone confermava in via definitiva la condanna del ricorrente.

Nel 2022 veniva quindi presentato il ricorso alla Corte EDU per violazione dell'art. 6, 1° comma, CEDU, nel quale si sostiene che i tribunali dello Stato convenuto non hanno fornito "[an] appropriate reasoning" in relazione alle argomentazioni del ricorrente riguardanti la sussistenza dell'immunità giurisdizionale al momento dell'emissione dell'avviso di garanzia.

La decisione. La Corte ha anzitutto tracciato il perimetro del suo giudizio, precisando che, da un lato, spetta agli Stati parte interpretare e applicare le norme nazionali, anche laddove esse richiamino norme di diritto internazionale; d'altro lato, che non è compito della Corte evidenziare errori di diritto o di fatto commessi dalle autorità nazionali nell'applicazione delle norme interne e internazionali. La Corte può tuttavia verificare se le anzidette attività degli organi nazionali causino un pregiudizio all'equità dei procedimenti giudiziari nazionali, in termini di arbitrarietà della decisione giudiziaria, laddove essa sia priva di motivazione o le argomentazioni fornite siano basate su "a manifest factual or legal error" (par. 42).

La Corte ha quindi chiarito che la sua competenza è limitata all'interpretazione delle norme della CEDU e dei protocolli addizionali e non si estende alla verifica della sussistenza dell'immunità del ricorrente alla luce del diritto internazionale. Nello stesso tempo, ha però osservato che spetta alla Corte valutare se la decisione dei tribunali nazionali in materia di immunità del ricorrente abbia implicato la violazione delle regole in tema di equo processo.

Pur accogliendo l'obiezione del governo macedone secondo cui il ricorrente non avrebbe precisato ai tribunali nazionali di non essere un agente diplomatico dello Stato di invio, con relativa inapplicabilità dell'art. 42 della Convenzione di Vienna, che, riferendosi specificamente all'agente diplomatico, stabilisce il divieto di svolgere attività professionale o commerciale, la Corte ha affermato che i giudici interni non hanno fornito motivazioni a sostegno della decisione di negare l'immunità al ricorrente a partire dal momento dell'assunzione di incarichi lavorativi.

La Corte ha dunque accertato la violazione dell'art. 6, 1° comma, CEDU, stabilendo, quale riparazione più appropriata al caso di specie, la mera constatazione della violazione, che costituisce, come è noto, una delle forme di riparazione previste dal diritto internazionale e talora utilizzate dalla stessa Corte europea nel quadro delle violazioni della CEDU.

In conclusione. L'assenza di adeguate motivazioni, da parte degli organi giudiziari dello Stato convenuto, circa l'insussistenza per il ricorrente dell'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato ricevente, implica l'iniquità del procedimento giudiziario nazionale e quindi la violazione dell'art. 6, 1° comma, CEDU.

Gli effetti. La sentenza qui richiamata merita sia alcune considerazioni riguardanti specificamente il sistema della CEDU, sia alcune osservazioni più generali concernenti la portata dell'immunità dei familiari del personale tecnico e amministrativo impiegato presso la missione diplomatica.

Dal punto di vista del sistema della CEDU, la decisione si iscrive nel quadro della tendenza della Corte a ridurre progressivamente il margine di apprezzamento degli Stati parte in materia di contegni giudiziari rilevanti ai fini dell'accertamento dell'arbitrarietà e quindi dell'iniquità del procedimento giudiziario nazionale. Secondo la Corte, ogni singola argomentazione del ricorrente in tema di equità processuale deve essere specificamente valutata dai giudici nazionali. È verosimile ritenere che la decisione della Corte sia dovuta anche alla circostanza che il caso di specie riguardi un profilo particolarmente rilevante nel diritto internazionale, concernente l'estensione di alcune immunità diplomatiche a favore dei familiari del personale tecnico-amministrativo, la cui applicazione è suscettibile di avere un impatto significativo non soltanto sul diritto a un processo equo ma anche sulla libertà personale dell'individuo oggetto del procedimento giudiziario. Nel caso in questione, pertanto, la riduzione del margine di apprezzamento statale in tema di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

condotte che incidono sull'equità del processo nazionale si fonda su un'esigenza di stretto coordinamento fra la CEDU e alcune regole internazionali di particolare importanza, che rileva sia ai fini di un corretto andamento delle relazioni internazionali fra gli Stati, sia in merito ai diritti individuali della persona interessata.

Quanto appena affermato è confermato dal fatto che la Corte, pur dichiarando che non è suo compito interpretare le norme internazionali sulle immunità rilevanti nel caso di specie, sembrerebbe tuttavia favorevole alla tesi della sussistenza dell'immunità a favore del ricorrente. Essa ha infatti osservato che il ricorrente ha invocato l'immunità sin dalle prime fasi del procedimento giudiziario al quale è stato sottoposto e che tale argomentazione è stata sollevata nel periodo di validità della "special identity card" rilasciata dal Ministero degli esteri bulgaro, attestante sia lo svolgimento di attività lavorative della moglie del ricorrente presso l'Istituto di cultura bulgaro, sia il godimento dell'immunità a favore dello stesso ricorrente. La Corte si spinge a sottolineare che il ritardo nella decisione definitiva dei giudici macedoni sul riconoscimento dell'immunità nei confronti del ricorrente ha reso di fatto irrilevante la protezione assicuratagli dal diritto internazionale (par. 51).

Veniamo agli aspetti generali della questione relativa al godimento delle immunità diplomatiche da parte dei familiari del personale tecnico-ammnistrativo presso la missione diplomatica. Come rilevato, il regime rilevante al riguardo è stabilito dall'art. 37, 2° comma, della Convenzione di Vienna, secondo cui "[i] membri del personale amministrativo e tecnico della missione e i membri delle loro famiglie, che convivono con loro, godono, sempreché non siano cittadini dello Stato accreditatario o non abbiano in esso la residenza permanente, dei privilegi e delle immunità menzionati negli articoli 29 a 35, salvo che l'immunità giurisdizionale civile e amministrativa dello Stato accreditatario, menzionata nel paragrafo 1 dell'articolo 31, non si applichi agli atti compiuti fuori dell'esercizio delle loro funzioni".

La disposizione in questione garantisce pertanto ai membri del personale tecnico-amministrativo e ai loro familiari, a condizione che siano conviventi e non abbiano la cittadinanza (o residenza permanente) dello Stato accreditatario, le immunità riconosciute agli agenti diplomatici nelle norme espressamente richiamate da tale disposizione (artt. 29-35 della Convenzione), fra cui rientra l'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato ricevente (art. 31, 1° comma). Una deroga espressa è prevista nel citato art. 37 per le immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa, che tuttavia non è rilevante nella fattispecie in esame.

È controverso in dottrina e nella prassi se la disposizione esaminata corrisponda al diritto internazionale generale codificato dalla Convenzione di Vienna, ma sia la Bulgaria, sia la Macedonia del Nord, quest'ultima per successione rispetto alla Repubblica federativa socialista di Iugoslavia, sono parti della Convenzione, che costituisce quindi il quadro giuridico internazionale da applicare al caso di specie. Sono ovviamente fatti salvi accordi bilaterali, o altre intese vincolanti, fra i due Stati interessati, che spesso riducono proprio la portata delle immunità del personale tecnico-amministrativo e dei loro familiari, ma non esiste un accordo bilaterale o altra intesa fra Bulgaria e Macedonia del Nord che regoli tale questione.

Pertanto, posto che, all'epoca dell'avvio delle indagini giudiziarie e dello stesso inizio del procedimento a carico del ricorrente, la moglie risultava in servizio presso l'Istituto di cultura bulgaro, ne consegue che il ricorrente aveva diritto al riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato convenuto.

Rimane il dubbio se, anche alla luce dei documenti forniti e della dichiarazione testimoniale del rappresentante del Ministero bulgaro di fronte al tribunale di primo grado, la Bulgaria avesse rinunciato all'immunità del ricorrente. Per quanto la condotta delle autorità bulgare non sia stata affatto coerente e anzi risulti in contrasto con quanto espressamente indicato nella "special identity card", che sembra pacificamente interpretabile nel senso della sussistenza dell'immunità, riteniamo che una rinunzia esplicita e inequivocabile non sia certamente avvenuta e non vi siano nemmeno prove evidenti di una rinunzia implicita ad opera degli organi competenti dello Stato di invio, ma semmai alcune interpretazioni discutibili provenienti da singoli soggetti, verosimilmente motivate da ragioni di buona collaborazione fra i due Paesi. Pertanto, anche da questo punto di vista, non può essere a nostro avviso messo in discussione il godimento dell'immunità dalla giurisdizione penale a favore del ricorrente. [Pietro Pustorino]

Tutela civile della "vittima del reato" e art. 6 CEDU: la rettifica della Grande Camera

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 24 settembre 2024, ricorsi nn. 6319/21 e altri – Pres. O'Leary – F. e altri c. San Marino.

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – Vittima del reato non costituita parte civile – Indagini preliminari – Archiviazione per intervenuta prescrizione – Diritto al giusto processo (art. 6 CEDU) a tutela dei diritti di carattere civile della "vittima" – Applicabilità – Esclusione – Vittima del reato costituita parte civile – Mancata pronuncia sulle pretese di carattere civile nell'ambito del processo penale – Diritto di accesso al giudice (art. 6 CEDU) a tutela dei diritti di carattere civile della "vittima" – Violazione – Condizioni

La questione: l'art. 6 CEDU (diritto ad un giusto processo) è applicabile con riguardo ai diritti di carattere civile della vittima del reato che non è costituita parte civile, nel rispetto delle condizioni e delle forme previste dal diritto processuale nazionale? In caso di formale costituzione di parte civile, nel rispetto delle condizioni e delle forme previste dal diritto processuale nazionale, la mancata pronuncia sulle pretese civilistiche fatte valere nell'ambito del processo penale può integrare (ed eventualmente a che condizioni) una violazione del diritto di accesso al giudice, ai sensi dell'art. 6 CEDU?

Il fatto. Nell'aprile del 2016, i primi due ricorrenti presentarono querela contro una persona, esattamente individuata, per il reato di lesioni personali asseritamente commesso nell'ambito di un litigio di strada. Nella querela essi elesse-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ro domicilio presso un avvocato, si riservarono di costituirsi parte civile e chiesero di essere informati dell'eventuale decisione di chiusura in rito del procedimento penale. Mentre il primo ricorrente rimase totalmente inerte, la seconda ricorrente, alcuni giorni dopo la presentazione della querela, chiese al giudice istruttore di fissare la data per l'adempimento previsto dall'art. 28 c.p.p. di San Marino, cioè la prestazione di un giuramento volto ad escludere che la sua querela fosse mossa da *animus calumniandi*; ella reiterò tale richiesta circa un anno più tardi, evidenziando il tempo già trascorso dalla data di presentazione della querela. Il giudice istruttore, malgrado ciò, non fissò la data per il giuramento *de quo* e non compì alcun atto di indagine. Nel 2020, il procedimento penale venne definitivamente chiuso a cagione dell'intervenuta prescrizione del reato e della mancata assunzione di elementi di prova entro tale termine.

La vicenda del terzo ricorrente trae origine da presunti atti di bullismo che sarebbero stati perpetrati a suo danno nel luglio 2015, in occasione di una gita scolastica, da due compagni di classe; i genitori avevano accusato di omessa vigilanza l'insegnante accompagnatore, che, però, aveva ottenuto una condanna per diffamazione contro di essi. In virtù delle risultanze di tale procedimento, nel 2018 era stato, però, aperto d'ufficio un ulteriore procedimento penale a carico dei suddetti compagni di classe, per i reati di violenza privata e minaccia; nel febbraio 2019 la madre del terzo ricorrente, in rappresentanza di quest'ultimo (ancora minore), vi depositò una formale dichiarazione di costituzione di parte civile, secondo le disposizioni dell'ordinamento sanmarinese. Il giudice istruttore non compì alcun atto d'indagine. Nel 2020, il procedimento penale venne definitivamente chiuso a cagione dell'intervenuta prescrizione del reato e della mancata assunzione di elementi di prova entro tale termine.

Tutti e tre i ricorrenti si rivolsero, quindi, alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo allegando che la definizione in rito del procedimento penale, esclusivamente imputabile all'inerzia del giudice istruttore, e la conseguente omessa pronuncia sulle loro pretese civilistiche (scaturenti dai reati di cui asserivano di esser stati vittima) integrava violazione del diritto di accesso al giudice, ai sensi dell'art. 6, 1° comma, CEDU.

Con sentenza del 18 ottobre 2022, una Camera, costituita in seno alla Seconda Sezione della Corte, dichiarava ricevibili i tre ricorsi e accertava, seppur con una risicata maggioranza, la violazione del diritto di accesso al giudice denunciata dai ricorrenti; tali conclusioni, combattute da un'accesa opinione dissenziente, si fondavano, per l'essenziale, su due precedenti relativi all'Italia (*Arnoldi c. Italia*, sentenza del 7 dicembre 2017, e *Petrella c. Italia*, sentenza del 18 marzo 2021) nonché sull'interpretazione che l'ultimo di questi aveva offerto della pronuncia resa dalla Grande Camera nel caso *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* (sentenza del 25 giugno 2019). Su richiesta del Governo sanmarinese *ex* art. 43 CEDU, il caso è stato, quindi, rinviato alla Grande Camera; in questa fase della procedura è intervenuto, ai sensi dell'art. 36 CEDU, il Governo italiano.

La decisione. Dopo aver rilevato che la possibilità, prevista nella maggior parte dei Paesi europei (eppure non discendente necessariamente dalla CEDU), di far valere pretese civilistiche nell'ambito del procedimento penale è all'origine di una cospicua giurisprudenza concernente l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, la Grande Camera ritiene opportuno chiarire i criteri pertinenti per pervenire ad un approccio coerente e ben calibrato sul tema. Ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU Innanzi tutto, (*a*) la vittima del reato deve potersi affermare titolare, secondo l'ordinamento nazionale, di un diritto di carattere civile (quale, ad es., il diritto al risarcimento dei danni cagionati dal reato) che (*b*), sempre secondo l'ordinamento nazionale, ella ha diritto (un diritto, dunque, di carattere processuale) di far valere nell'ambito e nella fase appropriata del procedimento penale. Tenuto, poi, conto dell'importanza (anche per la CEDU) delle regole procedurali, è necessario (*c*) che la vittima del reato faccia valere tale diritto di carattere civile nelle forme e nei termini previsti dall'ordinamento nazionale, sicché (*ca*), se l'ordinamento nazionale prevede l'istituto della "parte civile", l'art. 6 CEDU sarà applicabile dal momento della formale costituzione di parte civile mentre (*cb*), se nell'ordinamento considerato non esiste una formale costituzione di parte civile, l'art. 6 CEDU sarà applicabile dal momento in cui la vittima ha fatto valere in maniera chiara ed inequivoca il suo diritto di carattere civile. Ancora (*d*) l'art. 6 non sarà applicabile nel procedimento penale, per quanto concerne il suo *volet* civilistico, se la vittima ha intrapreso una "via parallela" davanti a un'altra giurisdizione (cioè un procedimento non sospeso per effetto della contemporanea pendenza di quello penale) o se la pretesa civilistica ha già costituito oggetto di una decisione o di un accordo transattivo. Infine (*e*) il procedimento penale deve essere determinante per il diritto di carattere civile della vittima del reato, il che si verifica se (*ea*) il giudice penale deve statuire, in tutto o in parte, sulle pretese civilistiche oppure in pratica l'abbia fatto comunque o, ancora, se (*eb*) il procedimento penale condiziona quello civile, vuoi nel senso dell'inammissibilità di una separata azione civile (o della sospensione necessaria del processo civile) in pendenza del procedimento penale vuoi nel senso dell'autorità del giudicato penale nel processo civile.

Alla luce dei criteri enunciati – e soprattutto di quello riassunto *retro*, *sub* (*ca*) – la Grande Camera osserva che i primi due ricorrenti non avevano affatto formulato la "dichiarazione di costituzione di parte civile", prevista dall'ordinamento sanmarinese (che avrebbe potuto aver luogo sia durante le indagini preliminari sia dopo il rinvio a giudizio, fino alla prima udienza del processo) e che, in queste condizioni, essi non avevano diritto ad una statuizione sulla domanda risarcitoria da parte del giudice penale; pertanto, l'art. 6 CEDU non si applicava, nel suo *volet* civilistico, al procedimento penale in questione e il ricorso, volto a denunciare la violazione di tale disposizione, è dichiarato inammissibile per incompatibilità *ratione materiae*. Per quanto concerne, invece, il terzo ricorrente, dopo aver rilevato che gli si era costituito formalmente parte civile (rappresentato, all'epoca, dalla madre) e che egli aveva, quindi, agito secondo le linee guida dell'ordinamento nazionale per fare valere in sede penale un diritto di carattere civile (al risarcimento danni, e dunque non soltanto l'interesse ad ottenere la condanna degli accusati), la Grande Camera rileva che egli non aveva tentato di intraprendere alcuna altra procedura parallela (criterio di cui si è detto *retro*, *sub d*) e che, anzi, il procedimento penale *de quo* condizionava la tutela civile del suo diritto (criterio di cui si è detto *retro*, *sub e*) giacché nell'ordinamento sanmarinese ogni separata azione davanti al giudice civile avrebbe dovuto attendere la definizione del procedimento penale. Per questi motivi (e, dunque, alla luce della positiva verifica di tutti gli indici riassunti *retro*), si ritiene che l'art. 6 CEDU sia applicabile, nel suo *volet* civilistico, al procedimento penale in questione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Venendo, così, all'esame del merito della doglianza formulata dal terzo ricorrente, la Grande Camera registra la sussistenza di due orientamenti in seno alla giurisprudenza della Corte. Per il primo (al quale viene decisamente ascritto il precedente intervento della Grande Camera nel caso *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, cit.), quand'anche non si addivenga in seno al processo penale ad una pronuncia sulle pretese civilistiche della parte civile (da intendersi, questa, nel senso sopra chiarito), non vi è mai violazione del diritto di accesso al giudice *ex* art. 6 CEDU se la vittima del reato (che aveva scelto, per l'appunto, la costituzione di parte civile nel processo penale) disponeva di altre vie di ricorso accessibili ed effettive per ottenere tutela dei propri diritti di carattere civile. Per il secondo orientamento (cui è ascritta la citata sentenza nel caso *Petrella c. Italia*) è violato il diritto di accesso al giudice qualora l'omessa pronuncia sulle pretese civilistiche fatte valere in sede penale derivi da omissioni o ritardi delle autorità, senza che rilevi, in senso contrario, la possibilità di agire in sede civile prima, durante il o successivamente all'instaurazione del procedimento penale.

Nella pronuncia qui segnalata la Grande Camera conferma, per ampi tratti, il primo orientamento: il fatto che, a cagione di una *défaillance* delle autorità nazionali, non vi sia pronuncia sulle pretese civilistiche fatte valere in sede penale, vuoi nella fase delle indagini vuoi nella fase del processo, non è di per sé costitutivo di una violazione del diritto di accesso al giudice. Invero, sottolinea la Grande Camera, se la vittima del reato sceglie la via penale a tutela dei suoi diritti di carattere civile, beneficiando dei vantaggi in punto di costi ed oneri processuali, si espone al rischio di non ottenere una pronuncia in sede penale sulle proprie pretese civilistiche, il che può dipendere da svariati motivi (quali, ad es., la prescrizione del reato o il patteggiamento) che non hanno nulla di arbitrario. In tale contesto – vale a dire qualora l'omessa pronuncia non derivi da un'applicazione arbitraria delle regole nazionali, ad es. in tema di prescrizione o patteggiamento – il diritto di accesso al giudice *ex* art. 6 CEDU potrà ritenersi rispettato se la vittima disponeva, sin dal principio, di un'altra via per ottenere tutela dei suoi diritti di carattere civile.

Si può, poi, verificare il caso in cui l'omessa pronuncia in sede penale sulle pretese civilistiche derivi solo in parte da un grave disfunzionamento del sistema nazionale e la vittima abbia colposamente contribuito a tale esito; ebbene anche qui, è sufficiente che la vittima potesse adire le giurisdizioni civili, prima o dopo la definizione del procedimento penale, per escludere la violazione del diritto di accesso al giudice (impregiudicata, peraltro, in tale scenario la distinta violazione del *délai raisonnable* ai sensi dell'art. 6 CEDU).

In via eccezionale – conclude la Grande Camera – se la definizione del procedimento penale senza pronuncia sulle pretese civilistiche (fatte valere e coltivate diligentemente dalla parte civile) è imputabile essenzialmente ad un grave malfunzionamento del sistema nazionale, si potrebbe, però, considerare che lo Stato non abbia assicurato l'accesso effettivo a un tribunale, e ciò nonostante la disponibilità *ab initio* della via civile e la possibilità di percorrerla successivamente alla definizione del procedimento penale.

Nel caso di specie, la Grande Camera osserva come, per un verso, vi era stata la totale inattività del giudice istruttore, che non poteva dirsi episodica ma era anzi il frutto di un problema sistemico (di sproporzione tra reati denunciati e risorse disponibili). Per altro verso, tuttavia, il terzo ricorrente non aveva fatto valere i suoi diritti di carattere civile contro i suoi compagni di classe in alcuna sede (civile o penale) a far tempo dai presunti atti di bullismo (luglio 2015) e fino alla costituzione di parte civile (febbraio 2019) nell'ambito del procedimento penale che, nel marzo 2018, era stato aperto d'ufficio; la costituzione di parte civile era, peraltro, intervenuta, pochi giorni prima il maturare della prescrizione dei reati in questione e un mese prima lo spirare del termine massimo di durata delle indagini preliminari. Tenuto conto che il ricorrente avrebbe potuto proporre un'azione civile a tutela dei propri diritti prima dell'instaurazione del procedimento penale oppure successivamente alla definizione di quest'ultimo (e malgrado l'ordinamento sanmarinese configuri la sospensione necessaria del giudizio civile in pendenza di quello penale), la Grande Camera esclude, dunque, che il diritto di accesso al giudice del terzo ricorrente sia stato violato. Infine, la Grande Camera ricorda che, ai sensi dell'art. 6 CEDU, non vi è un obbligo di indagare sulle infrazioni penali al fine di identificare e punire gli autori, e ancor meno per facilitare in tale sede la tutela delle pretese civilistiche delle (presunte) vittime, mentre altre disposizioni sostanziali della CEDU (in particolare, gli artt. 2, 3 e 4) sono, invece, fonte autonoma di obblighi positivi in capo alle autorità nazionali, di indagine e repressione penale.

In conclusione. L'art. 6 CEDU (diritto ad un giusto processo) non è applicabile con riguardo ai diritti di carattere civile della vittima del reato che non è costituita parte civile, nel rispetto delle condizioni e delle forme previste dal diritto processuale nazionale, o, comunque, se la vittima abbia intrapreso una "via parallela" davanti a un'altra giurisdizione o se il procedimento penale non sia determinante per il diritto di carattere civile della vittima. In caso di formale costituzione di parte civile, nel rispetto delle condizioni e delle forme previste dal diritto processuale nazionale, la mancata pronuncia sulle pretese civilistiche fatte valere nell'ambito del processo penale non integra – salvo casi eccezionali – una violazione del diritto di accesso al giudice (art. 6, par. 1, CEDU), qualora l'omessa pronuncia non sia arbitraria e la vittima disponga di una via alternativa per ottenere tutela dei suoi diritti di carattere civile.

Gli effetti. Come ben evidenziato dall'opinione concorrente della giudice Schembri Orland, la pronuncia qui segnalata rappresenta una chiara correzione di rotta – già auspicata in altra sede da chi scrive – rispetto all'approccio metodologico seguito nonché alle conclusioni raggiunge dalla Corte nei citati casi *Arnoldi* e *Petrella*, riguardanti direttamente l'ordinamento italiano. Lo è, senz'altro, circa le condizioni di applicabilità dell'art. 6 CEDU, a beneficio della vittima del reato, nell'ambito delle indagini preliminari. Per detti precedenti, si poteva (ed anzi doveva) prescindere dal riconoscimento dello statuto formale di "parte" ad opera del diritto nazionale, sicché si affermava che i diritti e le facoltà di sollecitazione probatoria e di impulso processuale attribuiti alla persona offesa dal reato dalla legge processuale penale italiana fossero funzionali ad assicurare una piena ed effettiva tutela di diritti di carattere civile, in vista della futura e formale costituzione di parte civile; in tal modo, anche alla luce dell'obbligatorietà dell'azione penale *ex* art. 112 Cost., si concludeva che le indagini preliminari fossero procedimento determinante per i diritti di carattere civile della vittima del reato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 CEDU. A nulla rilevava, per le sentenze *Arnoldi* e *Petrella*, che l'ordinamento italiano distinguesse tra persona offesa dal reato (i cui poteri processuali nel

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

corso delle indagini sono volti a coadiuvare il pubblico ministero ai fini dell'esercizio dell'azione penale, dunque al fine di pervenire alla giusta punizione del colpevole) e parte civile (che fa valere nel processo penale le pretese civilistiche risarcitorie e/o restitutorie scaturenti dal reato) né che l'ordinamento italiano fosse ispirato – come emerge chiaramente dalla norma di sistema di cui all'art. 75 c.p.p. – al principio di autonomia e separazione (in luogo dell'unità-prevalenza) tra processo civile e penale, nell'auspicio che le pretese risarcitorie (o restitutorie) del soggetto danneggiato dal reato confluiscano nella sede propria, cioè il processo civile. Tali dati positivi, per quanto efficacemente compendiati da Corte cost. n. 249/2020, in ideale replica alla sentenza *Arnoldi*, venivano tenuti in non cale anche dalla successiva sentenza *Petrella*; sfuggiva, così, alla Corte come vi fossero solide ragioni per distinguere l'ordinamento italiano dall'ordinamento francese (nel quale esiste la querela con costituzione di parte civile e vige il principio della unità-prevalenza del processo penale rispetto al processo civile) e, dunque, per distinguere i casi *Arnoldi* e *Petrella* dai precedenti della Corte di Strasburgo riguardanti la Francia e gli altri ordinamenti che a tale sistema si ispirano. Al contrario, per la sentenza della Grande Camera qui segnalata – non insensibile alle argomentazioni del Governo italiano interveniente – la questione dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU, nel suo *volet* civile, alla fase delle indagini preliminari dipende dalle forme e dai termini previsti dalla legge processuale nazionale, in specie se essa prevede un atto formale di costituzione di parte civile, e, poi, dal fatto che il procedimento penale condizioni o meno la tutela dei diritti in sede civile, ad esempio tramite la sospensione necessaria del processo civile in pendenza di quello penale o l'autorità di giudicato della sentenza penale.

La correzione di rotta è ravvisabile, ed è di sicuro rilievo per l'ordinamento italiano, anche circa le condizioni per ritenere integrata una violazione del diritto di accesso al giudice *ex* art. 6, 1° comma, CEDU in tale contesto. In primo luogo, se è vero che, per il codice di rito penale italiano, la costituzione di parte civile non è configurabile nel corso delle indagini preliminari: bisogna concludere che (salvo casi del tutto eccezionali) l'archiviazione o altre formule definitorie del procedimento penale che precedano la fase in cui è ammessa la costituzione di parte civile (precludendola definitivamente) non integrerà una lesione del diritto di accesso al giudice a detrimento della vittima del reato, in virtù della duplice (ed assorbente) considerazione che quel procedimento non è (ancora) vertente sui suoi diritti di carattere civile, ai sensi dell'art. 6 CEDU, e che, in parallelo, la vittima può agire in sede civile. Per concludere diversamente, bisognerebbe ritenere che, ai sensi dell'art. 6 CEDU, vi sia un obbligo di diligente svolgimento delle indagini preliminari volto a favorire la futura costituzione di parte civile e, quindi, la tutela delle pretese civilistiche nell'ambito del processo penale (nell'ordinamento italiano definitivamente preclusa dall'archiviazione)... il che è quanto espressamente negato dalla Grande Camera, al di fuori dell'ambito di operatività delle obbligazioni procedurali *ex* artt. 2-4 CEDU. Si mantiene, insomma, un salutare approccio selettivo rispetto alla richiesta di dispiegamento dell'apparato repressivo statuale.

In secondo luogo, l'omessa pronuncia sulle pretese civilistiche fatte valere in sede penale con la costituzione di parte civile viene vista, dalla Grande Camera, come un risultato non necessariamente deplorevole (in virtù di quella che il giurista italiano definirebbe accessorietà della parte civile nel processo penale), in specie se la pretesa civilistica poteva o può ancora esser fatta valere nella sede propria. Viene lasciata, certo, aperta la possibilità, eccezionale, che una violazione del diritto di accesso al giudice si possa ravvisare, a seguito della costituzione di parte civile, laddove l'omessa pronuncia sulle pretese civilistiche in sede penale sia da imputarsi alla negligenza delle autorità, in assenza di concorso colposo di chi è costituito parte civile. Sotto questo profilo, vi è, probabilmente, un ammorbidimento rispetto all'orientamento di cui era espressione, in anni recenti, la cit. pronuncia di Grande Camera nel caso *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* (in sintesi: la disponibilità della via civile escludeva in radice la violazione del diritto di accesso al giudice, quand'anche l'omessa pronuncia in sede penale fosse derivata dalla negligenza delle autorità). Ed è alla luce di questo ammorbidimento che dovrà valutarsi, in futuro, la compatibilità con l'art. 6 CEDU del novellato art. 578, comma 1°-*bis*, c.p.p., che accompagna la declaratoria di improcedibilità dell'impugnazione, per superamento dei termini massimi di durata dei giudizi di appello e cassazione previsti dalla stessa riforma Cartabia, con la previsione che sarà il giudice civile a pronunciarsi, a quel punto, sulle residue questioni civili. Ma siamo lontani dalle scorciatoie argomentative della sentenza *Petrella*, che, del resto, del suddetto "precedente rumeno" offriva una discutibile lettura (e vedasi in proposito la *dissenting opinion* del giudice Sabato, a corredo della stessa sentenza *Petrella*).

Resta un'ultima considerazione, relativa al profilo degli effetti delle pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel nostro ordinamento. A fronte delle sentenze *Arnoldi* e *Petrella*, Corte cost. n. 203/2021 affermava che per "giurisprudenza consolidata" della Corte di Strasburgo "il termine di durata del procedimento che conduce all'accertamento della pretesa della vittima al risarcimento del danno decorre dal momento in cui la vittima stessa denuncia il fatto all'autorità giudiziaria, manifestando l'interesse di chiedere, al momento opportuno, una riparazione per la violazione del suo diritto di carattere civile alla riparazione dei pregiudizi che ha subito", ravvisandosi quindi nel nostro ordinamento "un problema effettivo [...] concernente il riconoscimento di un diritto della persona offesa [...] a un sollecito svolgimento delle indagini preliminari in vista di una altrettanto sollecita decisione sulla pretesa di risarcimento del danno da reato" o, addirittura, l'esigenza "di migliore protezione e potenziamento delle prerogative della vittima del reato sin dall'avvio del procedimento, in maniera che le stesse siano funzionali alla giusta punizione del colpevole, a prescindere dal perseguimento degli obiettivi risarcitori". Pochi anni più tardi, la sentenza della Grande Camera qui segnalata illustra che quella giurisprudenza non era troppo solidamente argomentata né consolidata e che, sul terreno dell'art. 6 CEDU, le cose stanno in maniera almeno parzialmente diversa. Sembra, allora, che le cautele con cui Corte cost. n. 49/2015 circondava l'efficacia *lato sensu* conformativa delle sentenze della Corte di Strasburgo rispetto al dettato della CEDU (rilevanti essenzialmente *sub specie* di misure generali che lo Stato deve adottare *ex* art. 46 CEDU) non siano radicalmente prive di fondamento, in specie se sulla base di tali sentenze si deve pervenire all'annullamento, con effetti *erga omnes*, di norme "di sistema", frutto di meditate scelte del legislatore. [Francesco De Santis di Nicola]

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

DIRITTO COMMERCIALE

Vol. 2. Diritto delle società

Gian Franco Campobasso

Undicesima edizione
curata da Mario Campobasso

L'Opera, di indiscussa chiarezza e autorevolezza, costituisce ormai un **punto di riferimento imprescindibile per studenti, professionisti e studiosi nel campo del diritto societario**. Testo e note sono stati interamente rivisti ed aggiornati, tenendo conto delle molteplici novità legislative intervenute nella materia, fra cui quelle introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019. n. 14 e successive modifiche), nonché dalla legge 5 marzo 2024, n. 21 ("Interventi a sostegno della competitività dei capitali").
Il volume fornisce inoltre **ampi riferimenti sui più recenti orientamenti giurisprudenziali e della prassi notarile.**

Y37ORBN

Wolters Kluwer

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Civile

a cura di Pietro Rescigno, Enrico Gabrielli e Luigi Balestra

con Raffaele Caterina, Marco Dell'Utri, Enrico Minervini, Fabrizio Piraino e Gianluca Sicchiero

Retroattività

Corte costituzionale, 23 aprile 2024, n. 70 – Pres. Barbera – Rel. Sciarrone Alibrandi – G.S. (avv. Arieta) – Pres. Consiglio dei Ministri (avv. Meloncelli).

Corte costituzionale – Retroattività – Interpretazione autentica – Demanio marittimo

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, 257° comma, secondo periodo, L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007), che ha introdotto, in via retroattiva, nuovi e più gravosi criteri di computo degli indennizzi per le occupazioni illegittime di aree demaniali marittime, qualora siano state realizzate anche opere abusive inamovibili.
L'intervento innovativo retroattivo è infatti fondato su interessi, quali la valorizzazione economica dei beni demaniali, la tutela del paesaggio e dell'ambiente marino, che prevalgono rispetto all'affidamento dei destinatari della disposizione.

Per il testo della sentenza *v. www.cortecostituzionale.it.*

Retroattività della legge civile: note a margine di una recente pronuncia della Consulta

Tommaso Sica*

Con la decisione n. 70 del 23 aprile 2024, la Corte costituzionale torna a pronunciarsi in materia di retroattività della legge civile. La sentenza si connota per la dettagliata ricostruzione dei limiti entro i quali la retroattività di un intervento regolatorio può essere legittimamente configurata nonché per l'analisi della distinzione tra norme di interpretazione autentica e norme a contenuto innovativo. In tale prospettiva, il presente contributo, muovendo dalla vicenda sottesa alla pronuncia, intende svolgere talune considerazioni sul problema e sulle conseguenze della retroattività della legge civile, argomento idoneo a generare un notevole impatto sui consociati ma non sempre indagato a sufficienza.

Il caso

La vicenda trae origine dall'impugnazione di un provvedimento comunale di ingiunzione di pagamento di talune somme determinate ai sensi dell'art. 1, 257° comma, della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. "Legge finanziaria 2007") per una concessione demaniale marittima scaduta e relativa al mantenimento di una cabina balneare a uso residenza estiva su un'area demaniale marittima[1]. In particolare, con tale atto amministrativo, il Comune contestava non solo l'occupazione illegittima dell'area, ma anche la realizzazione su di essa di opere inamovibili in totale assenza di titolo abilitativo.

Il ricorrente chiedeva al Tribunale l'annullamento del provvedimento impugnato nonché, in via subordinata, la riduzione dell'importo dell'indennizzo, alla luce del principio di irretroattività applicabile alla L. n. 296/2006, posta a fondamento della quantificazione operata dal Comune, in quanto entrata in vigore successivamente al periodo di occupazione abusiva individuato dall'amministrazione comunale.

Sia il Tribunale sia la Corte di Appello di Roma rigettavano la domanda, ritenendo invece sussistente l'illegittimità dell'occupazione e l'abusività, insuscettibile di sanatoria, della costruzione realizzata, idonea a incidere in maniera irreversibile sull'assetto edilizio-ur-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Pare opportuno riportare testualmente le principali disposizioni su cui si fonda la vicenda in esame. In primo luogo, l'art. 1, 257° comma, della L. n. 296/2006 statuisce: "Le disposizioni di cui all'articolo 8 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 1993, n. 494, e successive modificazioni, si interpretano nel senso che le utilizzazioni ivi contemplate fanno riferimento alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze.

Qualora, invece, l'occupazione consista nella realizzazione sui beni demaniali marittimi di opere inamovibili in difetto assoluto di titolo abilitativo o in presenza di titolo abilitativo che per il suo contenuto è incompatibile con la destinazione e disciplina del bene demaniale, l'indennizzo dovuto è commisurato ai valori di mercato, ferma restando l'applicazione delle misure sanzionatone vigenti, ivi compreso il ripristino dello stato dei luoghi".

Di contro, l'art. 8, D.L. n. 400/1993, relativo alla determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime, dispone: "A decorrere dal 1990, gli indennizzi dovuti per le utilizzazioni senza titolo dei beni demaniali marittimi, di zone del mare territoriale e delle pertinenze del demanio marittimo, ovvero per utilizzazioni difformi dal titolo concessorio, sono determinati in misura pari a quella che sarebbe derivata dall'applicazione del presente decreto, maggiorata rispettivamente del duecento per cento e del cento per cento".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

banistico dell'area. I giudici di primo e secondo grado ritenevano altresì legittima l'applicazione retroattiva dell'art. 1, 257° comma, L. n. 296/2006, attribuendo a tale norma una mera natura interpretativa.

L'ingiunto proponeva quindi ricorso per Cassazione, contestando le conclusioni della Corte territoriale circa l'abusività insanabile delle opere realizzate sull'area demaniale e riproponendo il tema dell'inapplicabilità retroattiva della previsione normativa summenzionata. Nello specifico, per il ricorrente l'art. 1, 257° comma, L. n. 296/2006, lungi dal rivestire carattere interpretativo, presenterebbe in realtà natura innovativa, dunque contrastante con il divieto di retroattività previsto dall'art. 3, L. 27 luglio 2000, n. 212 (recante "Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente") o dall'art. 1, L. 24 novembre 1981, n. 689 (recante "Modifiche al sistema penale"), a seconda che si riconosca all'indennizzo natura tributaria oppure sanzionatoria. Sicché, sarebbe stato necessario applicare, in sostituzione di quelli introdotti dall'art. 1, 257° comma, della L. n. 296/2006, i criteri di computo in precedenza dettati dall'art. 8, D.L. n. 400/1993, convertito, con modificazioni, nella L. 4 dicembre 1993, n. 494.

Secondo il Collegio rimettente, il secondo periodo del 257° comma dell'art. 1, L. n. 296/2006, in vigore dal 1° gennaio 2007, contrariamente a quanto postulato dal Tribunale e dalla Corte d'appello, avrebbe natura innovativa, come tale applicabile solo a decorrere da tale ultima data, a differenza del 1° comma, pacificamente ritenuto di natura interpretativa dalla stessa giurisprudenza di legittimità. Ciò in quanto la formulazione della disposizione "non avrebbe creato nessun dubbio di legittimità", ove ne fosse stata prevista l'applicazione solo "a partire dal momento della sua entrata in vigore", non potendosi sindacare il merito delle scelte legislative in ordine alla "congruità delle determinazioni patrimoniali indennitarie"[2].

Il Collegio rimettente escludeva inoltre che l'indennizzo richiesto dal Comune costituisse sanzione tributaria o amministrativa, dovendo invece ravvisarsi la natura di entrata patrimoniale riconducibile a una prestazione di tipo privatistico, accessoria e collegata al conseguimento di un canone di occupazione, come tale involgente diritti soggettivi a contenuto patrimoniale. Il che giustifica talune riflessioni sulla retroattività della legge civile.

Sulla base dei presupposti sin qui delineati, la seconda sezione civile della Corte di Cassazione sollevava questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, 257° comma, secondo periodo, L. n. 296/2006, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 1° comma, 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Veniva, in sostanza, denunciata la lesione degli artt. 3 e 23 Cost., soprattutto con riguardo alla violazione del principio di affidamento e all'assenza di un equo bilanciamento "tra la sorpresa cui sono sottoposti gli utilizzatori esclusivi di beni pubblici (seppure fruitori di manufatti abusivi ovvero difformi rispetto all'originaria concessione) e l'opportunità della collettività di trarre – anche a ritroso – dai beni del demanio marittimo la redditività dinamica del mercato". Al contempo, l'ordinanza di rimessione sottolineava la violazione degli artt. 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, atteso che i soli motivi finanziari indicati non costituirebbero ragione sufficiente a giustificare un intervento legislativo idoneo a produrre conseguenze sui giudizi in corso.

La decisione della Corte costituzionale

La Corte costituzionale era dunque chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 1, 257° comma, secondo periodo, L. n. 296/2006, nella parte in cui dispone l'applicazione retroattiva dei nuovi criteri di determinazione dell'indennizzo per realizzazione abusiva, ovvero difforme, di opere inamovibili sul demanio marittimo, parametrati ai valori di mercato e non ai criteri legislativi espressi nel precedente D.L. n. 400/1993, in riferimento agli artt. 3, 23, 24, 1° comma, 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU[3].

Per quel che rileva in questa sede, con riferimento alle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 e 23 Cost., la Consulta, con la decisione n. 70 del 23 aprile 2024, pur non condividendo il presupposto ermeneutico dell'ordinanza di rimessione, non esclude l'ammissibilità delle questioni sollevate, ritenendo di poter attribuire al secondo periodo del 257° comma dell'art. 1, L. n. 296/2006 un'efficacia retroattiva, sebbene secondo un diverso itinerario esegetico. Segnatamente, secondo la Corte costituzionale, la disposizione interpretata dal legislatore – l'art. 8, D.L. n. 400/1993 – si limitava a distinguere tra utilizzazioni difformi dalla concessione e utilizzazioni totalmente prive di titolo e, per il calcolo del relativo indennizzo, utilizzava come parametro il solo canone di concessione, differenziando nelle due ipotesi le maggiorazioni in percentuale. L'originaria disciplina non operava, invece, alcuna distinzione esplicita tra mere occupazioni di beni demaniali marittimi e abusi di maggiore gravità, consistenti nella realizzazione di opere inamovibili abusive sulle aree già illegittimamente occupate.

In questo contesto sarebbe allora intervenuto il primo periodo del 257° comma dell'art. 1, L. n. 296/2006, con il fine di chiarire la portata della disposizione, prevedendo che il citato art. 8 va interpretato "nel senso che le utilizzazioni ivi contemplate fanno

[2] Cass. civ., ord., 13 ottobre 2023, n. 155, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it.*

[3] G. Taccogna, *Sull'applicazione delle norme in tema di indennizzo per l'occupazione abusiva del demanio marittimo*, in *Foro Amm.*, 2008, I, 2447 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

riferimento alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze"[4].

A seguito di tale novità legislativa, e in virtù dell'ontologica retroattività delle norme di interpretazione autentica, le occupazioni di beni demaniali che, oltre a essere *sine titulo* o non conformi alla concessione rilasciata, siano anche caratterizzate dalla realizzazione sulle aree occupate di opere inamovibili abusive sono state espunte dall'ambito applicativo dei criteri di quantificazione dell'indennizzo postulati dall'interpretato art. 8, D.L. n. 400/1993, come convertito.

Siffatte tipologie di occupazioni illegittime, che si connotano per una maggiore gravità discendente dalla trasformazione irreversibile dell'area demaniale, sono invece oggetto del secondo periodo del citato 257° comma, ove è previsto un indennizzo più oneroso, al fine di scoraggiare il fenomeno dell'abusivismo[5].

Secondo la pronuncia in esame, il legislatore ha inteso qualificare come norma di interpretazione autentica soltanto il primo periodo del 257° comma e, segnatamente, attribuendo uno specifico significato al termine "utilizzazioni" contenuto nell'art. 8, D.L. n. 400/1993. Siffatto lemma va segnatamente riferito alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze e non già alle occupazioni con opere inamovibili. Ad avviso della Consulta, l'operazione di interpretazione autentica non può essere estesa anche al secondo periodo del 257° comma, considerato che siffatta disposizione esprime un significato non riconducibile alla previsione interpretata, con la conseguenza dell'innovatività dell'intervento. L'intenzione del legislatore sarebbe stata quella di introdurre un sistema di indennizzi commisurato ai valori di mercato, e dunque più severo del meccanismo precedentemente previsto dall'art. 8, D.L. n. 400/1993, per le occupazioni del demanio marittimo caratterizzate dalla compromissione irreversibile dell'area.

Ciò posto, secondo la Corte, la natura innovativa di una norma non esclude il suo carattere retroattivo, atteso che, come si avrà modo di descrivere nel paragrafo seguente, il divieto di retroattività della legge civile non è dotato di tutela costituzionale, a differenza dell'analogo divieto per la legge penale, che è invece postulato dall'art. 25 Cost.[6].

In definitiva, per la Consulta, il legislatore è intervenuto al fine di disciplinare *ab initio* le modalità di calcolo degli indennizzi, anche per le più gravi condotte di occupazione su beni demaniali.

Chiarito, dunque, che anche la norma innovativa può avere efficacia retroattiva, la Corte si sofferma sui limiti alla retroattività, la quale deve sempre trovare adeguata giustificazione secondo un giudizio formato su criteri quali la ragionevolezza dell'intervento, la tutela dell'affidamento, la prevedibilità della modifica retroattiva, la proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti, le circostanze di fatto e di contesto entro cui l'intervento legislativo è maturato[7].

Applicando tali parametri al caso *de quo*, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale. Nello specifico, la decisione evidenzia che i soggetti destinatari della disposizione censurata sono fruitori di manufatti abusivi o comunque difformi rispetto all'originaria concessione.

Sicché l'affidamento maturato in capo ai fruitori abusivi di beni pubblici, che abbiano altresì costruito manufatti idonei a modificare in modo irreversibile il demanio marittimo, è ritenuto recessivo rispetto agli ulteriori interessi in gioco, correlati sia alla valorizzazione dei beni demaniali, al fine di ricavare da essi una maggiore redditività, sia alla tutela del paesaggio e dell'ambiente marino, intesi come interessi costituzionalmente tutelati.

In tale prospettiva, l'intervento regolatorio retroattivo avrebbe financo eliminato una situazione di disparità, atteso che prima della modifica apportata dalla L. n. 296/2006, l'art. 8, D.L. n. 400/1993 non distingueva tra l'occupazione "semplice" di aree demaniali marittime e l'occupazione "aggravata" dalla trasformazione irreversibile, con la conseguenza dell'identità della misura degli indennizzi dovuti sia dagli autori di opere inamovibili sia da coloro che, pur occupando le aree demaniali, non avessero realizzato opere. In sostanza, l'innovatività dell'intervento e la sua legittima retroattività consisterebbero proprio nella differenziazione di posizioni caratterizzate da un'oggettiva diversa gravità delle condotte.

La Consulta prosegue precisando che la norma retroattiva non poteva considerarsi imprevedibile, atteso che la giurisprudenza costituzionale aveva riconosciuto la costante variazione in aumento dei canoni riferiti all'utilizzazione dei beni appartenenti al demanio marittimo. Allo stesso tempo, la tendenza all'aumento dei canoni demaniali e dei relativi indennizzi per le occupazioni illegittime delle aree è ritenuta conforme agli artt. 3 e 97 Cost., in quanto volta a consentire allo Stato una maggiorazione delle entrate e a rendere i canoni più equilibrati rispetto a quelli pagati in favore di locatori privati, con conseguente rispetto della proporzionalità dell'intervento.

Sulla base delle motivazioni appena tratteggiate, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, 257° com-

---

[4] Sul punto in giurisprudenza Cass. civ., 8 maggio 2023, n. 12154, in *Giust. Civ. Mass.*, 2023 e Cass. civ., 5 luglio 2017, n. 16491, in *Foro It.*, 2017, I, 3036.

[5] Per un approfondimento sulle concessioni demaniali marittime si v.no C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi.it*, 28 dicembre 2016; S. Agusto, *Gli incostanti approdi della giurisprudenza amministrativa sul tema delle concessioni del demanio marittimo per finalità turistico-ricreative*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2018, 27 e segg.

[6] La soluzione è conforme a diversi precedenti, tra cui Corte cost., 11 gennaio 2024, n. 4, in *Foro It.*, 2024, I, 1382; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73, in *Foro Amm.*, 2017, II, 1974.

[7] Al riguardo già Corte cost., 10 giugno 2016, n. 132, in *Giur. Cost.*, 2016, 1027; Corte. cost., 4 luglio 2013, n. 170, in *Giur. Cost.*, 2013, 2523; Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 26 e Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Foro It.*, 2012, I, 2585, con nota di A. Palmieri.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ma, secondo periodo, L. n. 296/2006, sollevate, in riferimento agli artt. 24, 1° comma, 102, 1° comma, 111, 1° e 2° comma, e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, 257° comma, secondo periodo, L. n. 296/2006, sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 23 Cost., dalla Corte di Cassazione.

Nozione di "norma retroattiva" e irretroattività della legge civile

L'analisi della pronuncia deve necessariamente muovere da una premessa in merito al concetto di norma retroattiva e al principio di irretroattività della legge civile[8].

Il sintagma "norma retroattiva" è volto a identificare le ipotesi in cui una norma attribuisce conseguenze ed effetti giuridici a una fattispecie formatasi precedentemente alla sua entrata in vigore[9]. Nello specifico, l'elaborazione sul punto, seguendo una distinzione fondata sul grado di intensità della retroattività, è giunta a identificare almeno due tipologie di norme retroattive:

(i) le norme retroattive in senso debole, intendendosi per tali le norme che incidono su controversie sorte anteriormente alla disposizione, ma non ancora decise in sede giurisdizionale, ovvero su diritti non ancora consolidatisi in capo al loro titolare;

(ii) le norme retroattive in senso forte, idonee a incidere su controversie non soltanto nate precedentemente alla norma ma anche già decise in via definitiva ovvero su diritti definitivamente consolidatisi in capo al titolare[10].

Siffatta distinzione acquisisce rilevanza in ciò, che le norme *sub* (ii) sarebbero costituzionalmente illegittime, atteso che si porrebbero in contrasto sia con il principio della *res iudicata* sia con la riserva di funzione giurisdizionale di cui all'art. 102, 1° comma, Cost., sia ancora con il rispetto dei diritti quesiti[11].

Una simile ricostruzione, che aveva rappresentato un approdo sicuro per l'interprete sino alla prima metà del secolo scorso, è andata gradualmente erodendosi in seguito all'avvento della Costituzione, in quanto l'irretroattività della legge è prevista da tale fonte, all'art. 25, 2° comma, soltanto con riguardo alla legge penale e non già a quella civile[12]. In particolare, oltre alla disposizione appena richiamata, il principio di irretroattività è rintracciabile anche nell'art. 2, 1° comma, c.p. (secondo cui "Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato") e, in ambito civilistico, nell'art. 11, 1° comma, disp. prel. c.c. (a mente del quale "La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo")[13].

In sostanza, la mancata riproduzione all'interno della Carta costituzionale del divieto di retroattività della legge civile ha consolidato l'idea che il principio di irretroattività sia, per un verso, un principio generale dell'ordinamento giuridico ed elemento essenziale di civiltà giuridica, ma, per l'altro, abbia rango costituzionale soltanto con riferimento alla legge penale[14]. Gli è che le leggi civili retroattive, a differenza di quelle penali, non possono essere considerate incostituzionali per la mera circostanza secondo cui producono effetti su fattispecie anteriori alla loro entrata in vigore. Vale a dire che il legislatore, entro il suo prudente apprezzamento e i limiti su cui si dirà *infra*, è abilitato dall'ordinamento a introdurre leggi retroattive in materia civile[15].

A livello europeo, è opportuno segnalare che il principio di irretroattività è codificato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), sebbene anche in tale Carta esso sia espressamente statuito esclusivamente per la legge penale, e, segnatamente, attraverso la previsione della possibilità di introdurre soltanto leggi penali più favorevoli e inidonee ad aggravare il trattamento sanzionatorio per una data fattispecie[16].

Nonostante siffatta previsione non sia estesa alla materia civile, i formanti giurisprudenziale e dottrinario

---

[8] R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1974, 36 e segg.; V. Onida-E.Crivelli, *Efficacia della legge nel tempo*, in A. Barba-S.Pagliantini (a cura di), *Delle Persone. Disposizioni sulla legge in generale. Codice civile artt. 1-10*, in *Comm. C.C.* a cura di Gabrielli, Milano, 2012, 202 e segg.; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, I, II ed., Torino, 1999, 470 e segg.

[9] Esemplarmente R. Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. Cost*., 1990, 1332 e segg.; R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.* a cura di Cicu, Messineo, I, 1, Milano, 1998, 177 e segg.

[10] R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2010, 287 e segg.

[11] La prima definizione di "diritto quesito" si deve a C.F. Gabba, *Teoria della retroattività*, I, Torino, 1884, 191, secondo cui è quesito il diritto "che è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benché l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione della legge nuova intorno al medesimo". Gli scritti del Gabba riprendono e implementano quanto esposto da F. Lassalle, *Die theorie der erworbenen Rechte und der Collision der Gesetze unter besonderer Berücksichtigung des Römischen, Französischen und Preußischen Rechts dargestellt*, Leipzig, l880.

[12] L'art. 25, 2° comma, Cost., testualmente prevede: "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Sul punto si v., ad esempio, P. Perlingieri, *Commento alla costituzione italiana*, II ed., Napoli, 2001, 142 e segg.

[13] Il disposto dell'art. 11 disp. prel. c.c. è conforme a quanto già postulato dall'art. 2 tit. prel. c.c. del 1865, a sua volta riproduttivo dell'art. 2 Code Napoleon. G. Pace, *Il diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*, Milano, 1944, spec. 26 e segg.

[14] G. Grottanelli De' Santi, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970; G. Azzariti, *Il principio della irretroattività della legge e i suoi riflessi di carattere costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 1955, 622 e segg.; A. Cerri, *Leggi retroattive e Costituzione. Spunti critici e ricostruttivi*, in *Giur. Cost*., 1975, 520 e segg.; L. Paladin, *Appunti sul principio di irretroattività*, in *Foro Amm*., 1959, I, 946 e segg.; M. Nigro, *In tema di irretroattività della legge e principi costituzionali*, *ivi*, 35 e segg.; A.M. Sandulli, *Il principio della retroattività delle leggi e la Costituzione*, *ivi*, 1947, II, 73 e segg.

[15] Si tratta di un'interpretazione consolidata sin da Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, in *Giur. Cost*., 1957, 1067.

[16] L'art. 7 CEDU prevede, infatti, che "nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sono giunti a rintracciare l'irretroattività della legge civile nell'art. 6 CEDU, che sancisce il diritto ad un equo processo e alla parità di condizioni all'interno dello stesso[17]. In particolare, la lettera d) del 3° comma dell'art. 6 CEDU, la quale afferma che ciascuno ha il diritto di "esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico", pur essendo certamente riferibile al processo penale, è pacificamente ritenuta espressione di un principio generale, valevole anche in ambito civilistico[18].

Di qui un'interpretazione costante della giurisprudenza europea nel senso dell'incompatibilità con la CEDU degli interventi normativi con efficacia retroattiva tale da alterare la parità delle armi all'interno dei giudizi in corso[19].

Al contempo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sovente utilizzato l'art. 1, Protocollo 1 della CEDU, in materia di diritto di proprietà, come referente a fondamento dell'irretroattività della legge civile, allorquando l'intervento del legislatore si riveli idoneo a incidere sugli interessi patrimoniali individuali di uno o più consociati, per un verso, e sulla finanza pubblica, per l'altro, generando conseguenze negative di tipo patrimoniale nei confronti dei consociati[20].

Con riferimento a tale diritto, l'irretroattività della legge civile è ingiustificata laddove non realizzi "un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona" ovvero "un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito da qualsiasi misura che privi una persona della sua proprietà"[21].

Le due disposizioni di derivazione euro-unitaria appena menzionate sono state utilizzate dalla giurisprudenza domestica mediante il ricorso all'art. 117 Cost., quale referente normativo atto a valorizzare i vincoli gravanti sul legislatore in seguito all'adesione dell'Italia alla CEDU[22].

Retroattività e norme di interpretazione autentica

L'*iter* argomentativo utilizzato dalla Consulta nella pronuncia in esame muove dalla ricognizione dei tratti del primo periodo del 257° comma dell'art. 1, L. n. 296/2006, che ha inteso chiarire la portata dell'art. 8, D.L. n. 400/1993, prevedendo che quest'ultimo va interpretato nel senso che le utilizzazioni ivi contemplate fanno riferimento alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze. Tale norma viene considerata dalla Corte alla stregua di una norma di interpretazione autentica, con la conseguenza della legittima configurazione di un effetto retroattivo della stessa[23].

Siffatta qualificazione, unitamente alla circostanza per cui le leggi di interpretazione autentica rivestono una posizione peculiare all'interno delle leggi retroattive, impone talune riflessioni in merito al rapporto tra leggi di interpretazione autentica e retroattività[24].

Pare opportuno premettere che con il lemma "leggi di interpretazione autentica" si fa comunemente riferimento agli interventi normativi che si connotano per il contenuto consistente nell'attribuzione di significato a una legge precedente[25]. Si tratta, dunque, di un'attività che non può che esser riservata al solo legislatore[26].

Ciò posto, nella giurisprudenza costituzionale si registra un indirizzo consolidato che propende per l'esclusione dell'illegittimità costituzionale delle leggi in-

---

cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso". Si v. R. Rordorf, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo fra Corti supreme europee*, in *Foro It*., 2017, I, 95 e segg.

[17] A. Tamietti, *Art. 6* in S. Bartole-P. De Sena-V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012, 173 e segg.

[18] R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le corti*, in *Giur. Cost*., 2011, 3753 e segg.; A. Valentino, *Il principio d'irretroattività della legge civile nei recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv. AIC*, 2012, 1 e segg.

[19] Tra le altre, Corte EDU, 27 ottobre 1993, *Dombo Beheer B.V. contro Paesi Bassi*; Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreatis c. Grecia*; Corte EDU, 22 ottobre 1997, *Papageorgiou c. Grecia.*

[20] Corte EDU, 12 luglio 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Germania*, Corte EDU, 10 luglio 2002, *Gratzinger et Gratzingerova c. Repubblica Ceca*; Corte EDU, 6 ottobre 2006, *Maurice c. France*; Corte EDU, 29 novembre 2011, *Pine Valley Developments Ltd. e altri c. Irlanda*.

[21] Virgolettato tratto da Corte EDU, 7 giugno 2011, *Agrati e altri c. Italia.*

[22] Si tratta di una ricostruzione adottata a partire da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 347 e 348, in *Giur. It.*, 2008, 831, nelle quali la Consulta ha interpretato l'art. 117 Cost. ai sensi di un "parametro interposto" che impone al legislatore nazionale di conformarsi alla CEDU in quanto rientrante tra gli obblighi internazionali menzionati dall'art. 117 Cost. Sulla teoria dell'interpretazione nella "struttura multilivello delle fonti" si v. A. Zoppini, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea (Principî e problemi della* Drittwirkung *nel mercato unico)*, in *Riv. Dir. Civ.,* 2016, 712 e segg. e ora anche in Id*., Il diritto privato e i suoi confini,* Bologna, 2020, 129 e segg.

[23] Si v., al riguardo, R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, cit., 36 e segg.; V. Onida-E.Crivelli, *Efficacia della legge nel tempo*, cit., 202 e segg.; A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 470 e segg.; G. Parodi, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2012, 103 e segg.

[24] A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, *Disposizioni sulla legge in generale, Artt. 1-9*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1977, 229 e segg.; A. Gentili, *Sulla retroattività delle leggi civili*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, 781 e segg.; L. Nivarra, *La retroattività della legge civile*, in *Eur. Dir. Priv*., 2017, 1217 e segg.; M. Semeraro, *Interpretazione autentica, retroattività e ragionevolezza*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2011, 1200 e segg.; A. Ciatti Caimi, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Napoli, 2008, spec. 39 e segg.; F. Cammeo, *L'interpretazione autentica* in *Giur. It.*, 1907, 321 e segg.

[25] A. Falzea, voce "Efficacia giuridica", in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 492 e segg.; R. Tarchi, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?) fra parlamento e giudici*, in *Foro It.*, 1988, I, 1343 e segg.

[26] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 185 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

terpretative, avendo esse il mero scopo di delimitare il significato delle disposizioni a quanto voluto dal legislatore, obbligando gli interpreti e i consociati a conformarsi alla soluzione ermeneutica prescelta[27].

Di conseguenza, la portata retroattiva delle leggi interpretative appare pacifica sul presupposto che queste, pur incidendo su fattispecie preesistenti, non introdurrebbero nuove disposizioni ma si limiterebbero a chiarire quelle già esistenti[28].

Preme tuttavia precisare che, ai fini della qualificazione di una legge come interpretativa, non è sufficiente il richiamo all'interpretazione nel titolo della legge ovvero nei lavori preparatori. Piuttosto occorre verificare in concreto l'effettiva portata delle disposizioni[29]. Non a caso, la giurisprudenza si è tradizionalmente approcciata con particolare cautela all'interpretazione autentica. Tale diffidenza risiede in una pluralità di ragioni, tra cui innanzitutto il rischio che il legislatore attribuisca alla disposizione un significato incompatibile con il suo testo ovvero difforme rispetto a quello proposto sino a quel momento dal formante giurisprudenziale[30].

In secondo luogo, soprattutto nel caso di difformità rispetto al testo della disposizione, il legislatore attuerebbe un uso illegittimo dello strumento della legge interpretativa anche con riguardo al divieto di retroattività, giungendo, di fatto, a regolare in modo diverso fattispecie pregresse e senza che tale novità ermeneutica sia sufficientemente suffragata da criteri oggettivi e ragionevoli[31].

Da ultimo, vi è il tema della separazione dei poteri, alla stregua del quale l'interpretazione della legge è operazione di regola riservata al potere giurisdizionale, il quale, in presenza della legge interpretativa, assisterebbe a un'ingerenza nella propria sfera di competenza[32].

Di qui l'adozione da parte della giurisprudenza di due criteri il cui rispetto è condizione necessaria affinché una legge possa essere considerata di natura interpretativa[33].

In primis, è opportuno che le disposizioni siano riferibili esclusivamente a un previo intervento normativo, rivelandosi cioè non idonee ad acquisire un campo applicativo autonomo, che prescinda dalla legge interpretata[34].

Ulteriore parametro è quello della sussistenza di un contrasto giurisprudenziale circa l'interpretazione della norma, con soluzioni oscillanti e difformi, tali da richiedere l'intervento chiarificatore del legislatore ovvero la prevalenza in giurisprudenza di un orientamento consolidato che sia tuttavia fortemente contrario alla *ratio* con cui il legislatore aveva introdotto la legge[35].

Nell'ambito del quadro appena delineato, la Consulta, nel caso *de quo*, ha chiarito che la qualifica di norma di interpretazione autentica è senz'altro attribuibile al primo periodo del 257° comma dell'art. 1, L. n. 296/2006, avendo tale norma specificato il significato dell'art. 8, D.L. n. 400/1993 "nel senso che le utilizzazioni ivi contemplate fanno riferimento alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze"[36].

Pertanto, le occupazioni di beni demaniali che, oltre a essere *sine titulo* o non conformi alla concessione rilasciata, siano anche caratterizzate dalla realizzazione, sulle aree occupate, di opere inamovibili abusive sono state espunte dall'ambito applicativo degli illustrati criteri di quantificazione dell'indennizzo richiamati dall'interpretato art. 8, D.L. n. 400/1993, come convertito.

La Corte, tuttavia, segnala che l'autoqualificazione in termini di norma d'interpretazione autentica è compiuta dal legislatore solo con espresso riferimento alla attribuzione di significato – operata dal primo periodo del più volte citato 257° comma – al termine "utilizzazioni" contenuto nell'art. 8, D.L. n. 400/1993. Tale termine si riferisce alla mera occupazione di beni demaniali marittimi e relative pertinenze, con esclusione dal suo perimetro delle occupazioni con opere inamovibili.

Ad avviso della Corte non appare plausibile attribuire al legislatore l'intenzione di estendere l'autoqualificazione anche al secondo periodo del 257° comma, soprattutto alla luce del contenuto precettivo di tale ultima previsione normativa. Dunque, proprio tenendo conto dei criteri utilizzabili per l'individuazione della norma interpretativa, precedentemente tratteggiati, la Consulta decodifica il secondo periodo del 257° comma alla stregua di una norma innovativa.

Nel caso di specie, per le occupazioni del demanio marittimo caratterizzate dalla compromissione irreversibile dell'area, il legislatore ha introdotto un siste-

---

[27] Tra le altre Corte cost., 8 luglio 1957, n. 118, cit. e Corte cost., 1° luglio 1986, n. 167, in *Foro It.*,1986, I, 1741.

[28] R. Caponi, *La nozione di retroattività della legge*, cit., 1332 e segg.

[29] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 186 menziona al riguardo il caso in cui il legislatore attribuisce alla legge precedente un significato che quest'ultima non poteva assumere secondo il significato delle parole utilizzate e dei criteri interpretativi codicistici. In tale ipotesi, dunque, la legge, pur qualificandosi come interpretativa, è di fatto innovativa.

[30] E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 190 e segg.; A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali*, Milano, 2003.

[31] G.U. Rescigno, *Leggi di interpretazione autentica e leggi retroattive non penali incostituzionali*, in *Giur. Cost*., 1964, 780 e segg.

[32] A. Pugiotto, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, cit., 343.

[33] R. Sacco, *L'interpretazione*, in AA.VV., *Le fonti del diritto italiano, II, Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 1999, 173 e segg.

[34] A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 470 e segg.

[35] Sul punto, tra le altre, Corte cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Giur. Cost*., 2000, 4107 e segg.

[36] La giurisprudenza di legittimità ha più volte interpretato il primo periodo del 257° comma ai sensi di una disposizione di natura interpretativa e retroattiva. Si v., ad esempio, Cass. civ., ord., 8 maggio 2023, n. 12154, cit. e Cass. civ., ord., 5 luglio 2017, n. 16491, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ma indennitario basato su un criterio – la commisurazione ai valori di mercato – del tutto diverso da quelli che si potrebbero definire "tabellari" (in quanto basati sulla maggiorazione in misura percentuale fissa dei canoni dovuti per le concessioni demaniali) previsti dall'art. 8, D.L. n. 400/1993, ossia dalla disposizione interpretata[37].

La regola che impone il riferimento al valore di mercato, quindi, non rientra in alcuna delle possibili varianti di senso già evincibili dall'art. 8, che rinvia a criteri governati da logiche affatto differenti; l'incompatibilità generatasi esclude la possibilità di considerare parte integrante dell'operazione di interpretazione autentica anche il secondo periodo del 257° comma.

Atteso dunque che la Consulta attribuisce a tale ultima disposizione la qualifica di norma avente carattere innovativo, l'attenzione va posta sull'individuazione dei limiti entro i quali una legge avente carattere innovativo possa acquisire efficacia retroattiva[38].

Leggi a contenuto innovativo ed effettività del divieto di retroattività della legge civile

Pur non avendo riconoscimento costituzionale, la retroattività della legge civile a contenuto innovativo è ammessa nel nostro ordinamento, secondo la costante interpretazione della giurisprudenza costituzionale, entro limiti precisi[39].

Per un verso, la norma retroattiva deve sempre trovare adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza, attraverso un puntuale bilanciamento tra le ragioni che ne hanno motivato la previsione e i valori costituzionalmente tutelati e potenzialmente lesi dall'efficacia a ritroso della norma[40]. Ciò implica il divieto, ad esempio, di introdurre ingiustificate disparità di trattamento[41].

Per altro verso, è necessario valorizzare la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei consociati, quale principio ontologicamente riconnesso allo Stato di diritto. Segnatamente, siffatto principio delinea i connotati del rapporto tra autorità e libertà, imponendo al legislatore di tenere in considerazione le istanze di coloro che hanno impostato il proprio agire all'interno dell'ordinamento sulla base delle conseguenze derivanti da una determinata disposizione, confidando sulla sussistenza di quest'ultima nel sistema giuridico[42].

Da ciò discende anche un ulteriore parametro di riferimento, ossia quello della coerenza e della certezza dell'ordinamento giuridico, che potrebbe esser violato allorquando l'intervento retroattivo conduca a problemi di coordinamento tra differenti discipline[43].

Nondimeno, un argine alla retroattività è stato sovente rinvenuto nel già citato rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, soprattutto al fine di evitare che il legislatore, attraverso l'introduzione di una norma atta a produrre effetti su fattispecie già *sub iudice*, vanifichi, di fatto, le funzioni giurisdizionali, annullando gli effetti del giudicato, ovvero al fine di scongiurare che la norma retroattiva, in luogo della previsione di un compendio di regole volte a regolare una pluralità di rapporti e situazioni, incida su contenziosi pendenti, sterilizzando gli approdi della giurisprudenza di legittimità[44].

La pronuncia in esame rivela profili di interesse anche per i chiarimenti operati dalla Consulta rispetto ai suddetti parametri. Difatti, la Corte, ben consapevole dei limiti alla retroattività, ricorda che la portata del divieto impone di considerare il grado di consolidamento della situazione soggettiva originariamente riconosciuta e poi travolta dall'intervento retroattivo, nonché la prevedibilità della modifica retroattiva, in modo da tutelare le ipotesi di affidamento generato da una situazione normativa "sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento", con la conseguenza che la modifica intervenuta con effetto retroattivo giunga del tutto inaspettata[45]. Inoltre, la decisione in commento attribuisce rilevanza al criterio della proporzionalità tra le situazioni su cui incide l'intervento e il perseguimento di interessi e obiettivi pubblici sopravvenuti[46].

Da ultimo, la Consulta rappresenta che lo scrutinio va effettuato anche tenendo conto di un minimo *quantum* di discrezionalità che può essere attribuito al legislatore allorquando, secondo il suo prudente ap-

---

[37] Sulla legittimità della variazione dei canoni in aumento Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302, in *Urb. e Appalti*, 2010, 1424. V. altresì E. Campagnano, *La concorrenza nel settore delle concessioni demaniali marittime dopo le sentenze dell'adunanza plenaria e della Corte di Giustizia: l'Italia all'ultima spiaggia*, in *Contratto e Impresa*, 2024, 518 e segg.

[38] A. Amorth, *Leggi interpretative e leggi di sanatoria nei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, 657 e segg.; M. Patrono, voce "Legge (vicende della)", in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 927 e segg.

[39] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., 176 e segg.

[40] F. Maisto, *Diritto intertemporale*, in *Tratt. Dir. Civ. Cons. naz. not.* a cura di Perlingieri, Napoli, 2007, 17 e segg. Sul tema della ragionevolezza nel diritto civile, si v., per tutti, G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

[41] Si esprimono in questi termini Corte cost., 22 aprile 2022, n. 104; Corte cost., 24 aprile 2020, n. 70; Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108; Corte cost., 12 aprile 2017, n. 73; Corte cost., 4 luglio 2013, n. 173, tutte in *cortecostituzionale.it.*

[42] Corte cost., 11 dicembre 2023, n. 216, in *Giur. Cost.*, 2023, 2537 e Corte cost., 5 novembre 2021, n. 210, in *Riv. Giur. Edil.*, 2021, I, 1849; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 16, in *Giur. Cost.*, 2017, 85 e segg.

[43] Corte. cost., 14 dicembre 2017, n. 267, in *Foro It.*, 2018, I, 412 e Corte cost., 4 luglio 2017, n. 154, in *Foro It.*, 2018, I, 92.

[44] Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, cit. e Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209, in *Giur. Cost.*, 2010, 2417.

[45] Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89, in *Foro It.*, 2018, I, 2302 e segg. e Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56, in *Foro It.*, 2015, 1903 e segg.; Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108, cit.; Corte cost., 2 marzo 2017, n. 49, in *Giur. Cost.*, 2017, 619.

[46] Corte cost., 5 luglio 2022, n. 169, in *Foro It.*, 2022, I, 2545; Corte cost., 5 novembre 2021, n. 210, cit.; Corte cost., 9 maggio 2019, n. 108, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prezzamento e valorizzando le circostanze di fatto e di contesto nelle quali l'intervento normativo è stato attuato, abbia ravvisato l'iniquità degli effetti prodotti dalle norme preesistenti sull'assetto di rapporti, anche già definiti[47].

In sintesi, la retroattività della legge civile con portata innovativa è legittimamente configurabile soltanto laddove sia fondata su ragioni rientranti in una ben qualificata e circoscritta concezione di motivi di interesse generale, tali da risultare preminenti rispetto alle istanze costituzionali, per come intese nella giurisprudenza della Consulta[48].

Considerazioni conclusive

Il tema della retroattività della legge civile, nonostante l'impatto che è idoneo a generare nella sfera giuridica dei consociati, risulta tuttora non sufficientemente approfondito dalla dottrina italiana.

In tale prospettiva, la pronuncia che si annota presenta almeno un duplice pregio. In primo luogo, essa chiarisce i criteri da utilizzare per il rinvenimento di limiti all'indiscriminata efficacia retroattiva della legge civile; e difatti la legittimità costituzionale dell'intervento normativo in questione è dichiarata soltanto previa verifica del rispetto da parte della novella di parametri come quello della prevedibilità, della ragionevolezza, della tutela dell'affidamento dei consociati[49].

Per altro verso, la sentenza coglie l'occasione per ricostruire i tratti della legge di interpretazione autentica, con particolare attenzione alla distinzione tra legge di interpretazione autentica in senso stretto e legge a contenuto innovativo.

Al contempo, pare invece opportuno accogliere con maggior cautela l'automatica efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica, atteso che quest'ultima può presentare profili di rischio, soprattutto se si considera che, selezionando uno dei possibili significati di una data disposizione, consente alla norma interpretata di produrre effetti nell'ordinamento in una veste rinnovata[50]. In quest'ottica, l'intervento regolatorio, protetto dallo "scudo" della qualifica alla stregua di legge di interpretazione autentica e della asserita conseguente retroattività illimitata, supera agevolmente il controllo di costituzionalità, pur rivelandosi idoneo a compromettere interessi costituzionalmente rilevanti[51].

In definitiva, occorre essere edotti che il dato normativo non può essere ontologicamente preordinato a modificare il dato reale e che il potere legislativo può ricomprendere il potere di interpretare solo entro limiti precisi[52].

Vizi della cosa venduta

Cassazione civile, Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214 – Pres. Bertuzzi – Rel. Trapuzzano – la Fallimento (*omissis*) S.r.l. c. (*omissis*) S.r.l. *La Corte, ritenendo fondato l'unico motivo, accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e cassa la sentenza impugnata, rinviando la causa alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione*.

Vendita – Compravendita – Vizi della cosa venduta – *Aliud pro alio* – Regime giuridico di "cosa radicalmente diversa"

Sussiste consegna di aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promesso e, quindi, a fornite l'utilità presagita.*

Omissis – 1. Con l'unico articolato motivo svolto la ricorrente denuncia, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c., la violazione dell'art. 111, sesto comma, Cost., in combinato disposto con l'art. 132, primo comma (*recte* secondo comma), n. 4, c.p.c., per avere la Corte di merito adottato una motivazione apparente nel confermare la sentenza di primo grado quanto alla integrazione di una ipotesi di vendita di *aliud pro alio* per la fornitura di calcestruzzo di minor resistenza, inidoneo all'uso previsto, sulla scorta del rinvio agli accertamenti peritali eseguiti.

Al riguardo, l'istante obietta: a) che, nella specie, la Fallimento (*omissis*) S.r.l. non avrebbe assolto all'onere probatorio in ordine alla dimostrazione della inidoneità del calcestruzzo fornito, perché la consulenza tecnica d'ufficio non aveva valore percipiente; b) che l'obbligazione assunta riguardava esclusivamente la fornitura di conglomerato cementizio e non anche la sua posa in opera; c) che i difetti riscontrati sul pavimento dovevano essere imputati ad un momento succedaneo rispetto alla fornitura, ossia alla posa in opera con aggiunta di acqua, con il conseguente difetto del nesso causale tra la fornitura eseguita e i danni lamentati; d) che gli altri fattori considerati dall'ausiliario del giudice, quali l'inadeguatezza dello spessore del calcestruzzo, l'insuf-

[47] Corte cost., 23 febbraio 1989, n. 56 in *DeJure* e Corte cost., 25 luglio 1989, n. 432, in *Foro It.*, 1990, I, 380.

[48] G. Passagnoli, *La retroattività tra leggi e sentenze*, in *Pers. Merc.*, 2017, 133 e segg.

[49] Più in generale, sui tratti dei "principi" si v. F. Addis, *Il valore normativo dei principi*, in C. Cicero-G. Perlingieri (a cura di), Liber amicorum *per Bruno Troisi,* I, Napoli, 2017, 1 e segg.

[50] Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte da L. Nivarra, *La retroattività della legge civile*, cit., 1225 e segg.

[51] Ricorda A. Gentili, *Sulla retroattività delle leggi civili*, cit., 795: "Il diritto è un gioco articolato, che si svolge nel tempo. È perciò possibile anche mutarne le regole nel corso della partita, dando alle carte un valore diverso. Ma non dopo che la carta sia stata giocata".

[52] R. Quadri, *Applicazione della legge in generale*, cit., 153, nt. 37.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ficiente armatura metallica del getto di calcestruzzo e l'inidoneità dei giunti tecnici, avevano avuto un ruolo determinante nella causazione delle fratture del pavimento industriale, anche per la carenza di uno studio del sottofondo; e) che la quantità di calcestruzzo di cui era stata richiesta la fornitura era insufficiente a coprire tutta l'area destinata a pavimentazione; f) che la richiesta di risarcimento danni non era stata preceduta da alcuna preliminare richiesta di adempimento ovvero di risoluzione contrattuale; g) che il cedimento della struttura del pavimento si era manifestato solo nell'autunno 2004, a distanza di molto tempo dalla fornitura del settembre 2000; h) che una concorrente responsabilità doveva essere imputata al direttore dei lavori, il quale aveva il compito di vigilare sulla corretta posa in opera del calcestruzzo; i) che le 8 prove effettuate dal consulente tecnico d'ufficio non rappresentavano in modo completo e corretto la vera capacità di resistenza del calcestruzzo; l) che non era riscontrabile un'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*; m) che il teste B. non aveva affatto confermato che la (*omissis*) S.R.L. si era impegnata, oltre che alla fornitura, anche alla posa in opera del calcestruzzo, essendosi limitato ad affermare di aver provveduto alla mera "gettata" del calcestruzzo fornito e non già alla sua stesura.

– Il motivo è fondato nei termini che seguono.

In via principale, tale doglianza aggredisce, sotto il profilo della motivazione apparente, i rilievi della Corte di merito, che ha confermato sul punto la sentenza del Tribunale, secondo cui le fratture rilevate del pavimento industriale dovevano essere imputate alla fornitura di calcestruzzo (RCK 200) con "minore resistenza" rispetto a quello commissionato (RCK 250) e, come tale, "inidoneo all'uso" programmato.

Più precisamente, a pag. 2 della sentenza impugnata, si afferma testualmente "... le due C.T.U. espletate sui luoghi e sul calcestruzzo fornito, che risultano esenti da vizi ed irrazionalità e le cui conclusioni vengono condivise da questo Collegio, hanno accertato che il calcestruzzo fornito non corrispondeva per caratteristiche a quello commissionato essendo di classe RCK 200 quindi con minore capacità di resistenza a quello RCK 250 commissionato ed inidoneo all'uso".

Orbene, in termini astratti, è dato riscontrare l'esistenza di una fattispecie di consegna di *aliud pro alio*, alla stregua della richiamata inidoneità del calcestruzzo fornito ad assolvere alla funzione per la quale era stato richiesto, solo allorché si affermi che tale inidoneità abbia inciso sulla stessa funzione economico-sociale del bene, determinandone l'estraneità dal genere.

Solo allorché le caratteristiche riscontrate del calcestruzzo fornito abbiano inciso sull'*an* della natura della res, determinando la funzionale e assoluta inidoneità del bene ad assolvere la destinazione economico-sociale promessa e, quindi, a fornire l'utilità richiesta, tanto da escludere che le condizioni del calcestruzzo fornito potessero far degradare le irregolarità dedotte a meri vizi redibitori o a mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata, si realizza la fattispecie dell'*aliud pro alio datum*.

Cosicché, in tema di compravendita, il vizio redibitorio (art. 1490 c.c.) e la mancanza di qualità promesse o essenziali (1497 c.c.), presupponendo l'appartenenza della cosa al genere pattuito, differiscono dalla consegna di *aliud pro alio*, che si determina quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella ritenuta essenziale dalle parti (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8649 del 02/04/2024; Sez. 2, Sentenza n. 23604 del 02/08/2023; Sez. 2, Ordinanza n. 36360 del 13/12/2022; Sez. 2, Ordinanza n. 28069 del 14/10/2021; Sez. 2, Sentenza n. 7557 del 23/03/2017; Sez. 2, Sentenza n. 6596 del 05/04/2016; Sez. 1, Sentenza n. 2313 del 05/02/2016; Sez. 2, Sentenza n. 28419 del 19/12/2013; Sez. 2, Sentenza n. 10916 del 18/05/2011; Sez. 3, Sentenza n. 18859 del 10/07/2008; Sez. 2, Sentenza n. 5202 del 07/03/2007; Sez. 1, Sentenza n. 11018 del 21/12/1994).

A) Si ricade nel campo di operatività della garanzia edilizia in senso tecnico per vizi redibitori (rilevante sul piano oggettivo), con riferimento alla cosa consegnata, qualora questa presenti imperfezioni che la rendano inidonea all'uso cui dovrebbe essere destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore.

B) Si ha, invece, mancanza di qualità essenziali quando – in ragione delle alterazioni subite – la cosa appartenga, per sua natura o per gli elementi che la caratterizzano, ad un tipo o ad una specie diversa da quella pattuita, pur rimanendo nell'ambito dello stesso genere.

C) Per contro, sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita.

La vendita di *aliud pro alio*, la quale dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione contrattuale, svincolata dai termini e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., presuppone, infatti, che la causa concreta che aveva giustificato l'atto traslativo non sia realizzabile in modo irrimediabile (in ragione dell'accertamento del fatto che le caratteristiche del calcestruzzo fornito non fossero, a monte, assolutamente adatte a realizzare la pavimentazione industriale, per l'appartenenza della cosa fornita ad altro genere merceologico, alla stregua della minore capacità di resistenza dedotta), tanto da pregiudicare la stessa identità della cosa acquistata (e i connessi interessi sottesi al programma negoziale), e non già che vi sia la mera carenza di requisiti sanabili, non costituenti un elemento di identificazione del bene e senza un definitivo pregiudizio della idoneità rispetto alla categoria merceologica cui il compratore intendeva destinare la cosa.

Nella fattispecie, secondo le scarne risultanze valorizzate dalla pronuncia impugnata, il bene alienato – stante la sua ridotta resistenza rispetto a quella richiesta – non era comunque sfruttabile (*recte* "idoneo") per la sua destinazione (tanto da richiedere la nuova realizzazione della pavimentazione), senza che sia stato precisato il *quomodo* della genericamente richiamata inidoneità e senza che sia emerso che, in conseguenza della sua natura, sia stata comunque compromessa la ratio giustificativa per la quale il negozio era stato stipulato.

Solo l'esistenza di deficienze strutturali del conglomerato cementizio, tali da non consentire che esso assolvesse alla funzione per la quale era stato richiesto, integrerebbe la consegna di *aliud pro alio* (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 16559 del 06/08/2015; Sez. 2, Sentenza n. 9313 del 17/04/2009; Sez. 2, Sentenza n. 1530 del 12/02/1988).

Sull'esistenza di tali deficienze strutturali del calcestruzzo, tali da pregiudicare l'appartenenza al *genus*, e non già semplicemente tali da implicare la degradazione delle irregolarità denunciate a vizi redibitori piuttosto che a mancanza di qualità essenziali, le laconiche argomentazioni esposte sono perplesse, in quanto non è dato comprendere se l'appartenenza alla classe RCK 200 – e la conseguente

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"minore" capacità di resistenza rispetto al calcestruzzo commissionato, appartenente alla classe RCK 250 –, con la succedanea affermazione della inidoneità all'uso, abbiano comportato la consegna di un bene a monte non qualificabile come calcestruzzo e, dunque, incapace di assolvere alla sua intrinseca funzione.

In conseguenza, non emerge dalla motivazione contestata il grado di incidenza della "minore" resistenza evocata sulla capacità del calcestruzzo fornito di assolvere alle sue funzioni, alla luce della sua definizione quale miscela di legante (cemento), acqua di impasto (acqua aggiunta) e aggregati (granulometria inerte) che allo stato fresco ha una consistenza plastica, dopo la posa e con il tempo indurisce e, a seconda della quantità percentuale dei singoli componenti, raggiunge caratteristiche litoidi (solidità, durevolezza, ecc.), analoghe a quelle di un conglomerato naturale.

Aspetti, questi, che dovranno essere approfonditi in sede di rinvio.

1.2. – Tanto esposto, con riferimento agli ulteriori aspetti prospettati nella doglianza, ben poteva essere richiesto il risarcimento dei danni alla stregua dell'inadempimento grave e imputabile dedotto, senza la preliminare domanda di risoluzione del contratto di fornitura.

Ed invero, la domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, giacché l'art. 1453 c.c., facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto (Cass. Sez. 3, Ordinanza n. 22277 del 25/07/2023; Sez. 1, Sentenza n. 11103 del 11/06/2004; Sez. 3, Sentenza n. 10741 del 23/07/2002; Sez. 3, Sentenza n. 5774 del 10/06/1998; Sez. 2, Sentenza n. 6887 del 23/07/1994).

Secondo il dettato normativo, il contraente adempiente ha diritto di chiedere il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento o all'inesatto adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, ai sensi dell'art. 1453, primo comma, ultima parte, c.c., "in ogni caso".

E ciò vale anche ove si tratti di meri vizi, ai sensi dell'art. 1494 c.c., posto che in questa evenienza la tutela risarcitoria può essere invocata pure qualora il compratore rinunci a proporre l'*actio redhibitoria* ovvero l'*actio aestimatoria* (o *quanti minoris*), sempre che, in tal caso, ricorrano tutti i presupposti dell'azione di garanzia e, quindi, siano dimostrate la sussistenza e la rilevanza dei vizi ed osservati i termini di decadenza e di prescrizione ed, in genere, tutte le condizioni stabilite per l'esercizio di tale azione (Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 1218 del 17/01/2022; Sez. 2, Sentenza n. 15481 del 06/12/2001; Sez. 2, Sentenza n. 15104 del 22/11/2000; Sez. 2, Sentenza n. 5541 del 19/05/1995; Sez. 2, Sentenza n. 3527 del 24/03/1993).

1.3. – Ancora, a fronte della espressa deduzione della minore resistenza del calcestruzzo fornito rispetto a quello commissionato, la relativa verifica del fatto allegato ben poteva essere dimostrata attraverso una consulenza tecnica d'ufficio di natura percipiente.

Infatti, in tema di risarcimento del danno, è possibile assegnare alla consulenza tecnica d'ufficio ed alle correlate indagini peritali funzione "percipiente" quando essa verta su elementi già allegati dalla parte, ma che soltanto un tecnico sia in grado di accertare per mezzo delle conoscenze e degli strumenti di cui dispone (Cass. Sez. 6-3, Ordinanza n. 13736 del 03/07/2020; Sez. 2, Sentenza n. 1190 del 22/01/2015; Sez. 1, Sentenza n. 20695 del 10/09/2013; Sez. 3, Sentenza n. 6155 del 13/03/2009).

Nella fattispecie, l'accertamento delle caratteristiche del calcestruzzo fornito richiedeva specifiche cognizioni tecniche e, dunque, giustificava il ricorso ad un'indagine tecnica allo scopo di verificare l'effettiva natura di tale bene.

1.4. – Gli ulteriori aspetti prospettati con riferimento alla valutazione della prova sono assorbiti dall'accoglimento della censura principale, la quale importa che il giudicante dovrà rivalutare gli esiti istruttori.

2. – In definitiva, il ricorso deve trovare accoglimento, nei sensi di cui in motivazione. La sentenza impugnata deve, dunque, essere cassata, con rinvio della causa alla Corte d'appello di Perugia, in diversa composizione, che deciderà uniformandosi al seguente principio di diritto e tenendo conto dei rilievi svolti, provvedendo anche alla pronuncia sulle spese del giudizio di cassazione.

"Sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della *res* promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita".

Vendita di *aliud pro alio*: natura, funzione e regime giuridico

Cecilia De Luca*

Nella sentenza 14 maggio 2024, n. 13214 la Suprema Corte di cassazione ha avuto modo di prendere posizione in relazione alla fattispecie dell'*aliud pro alio*, cogliendo, ancora una volta, l'occasione per sottolineare le differenti caratteristiche rispetto ad istituti che vengono in rilievo contestualmente sebbene aventi una diversa natura e, dunque, un eterogeneo regime giuridico.

Il fatto

Con atto di citazione notificato il 15 febbraio 2006 la Fallimento (*omissis*) S.r.l. conveniva, davanti al Tribunale di Perugia la (*omissis*) S.r.l., al fine di sentire accertare gli inadempimenti della (*omissis*) S.r.l. alle obbligazioni assunte nei confronti della Fallimenti (omissis) S.r.l., consistenti nella predisposizione e fornitura del calcestruzzo per la realizzazione del massetto di sostegno del pavimento industriale dello stabilimento dell'istante non idoneo al fine previsto, con la conseguente condanna al risarcimento dei danni subiti e subendi.

Si costituiva in giudizio la (*omissis*) S.r.l., la quale

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

eccepiva, in via pregiudiziale, l'intervenuta prescrizione del diritto rivendicato dall'attrice e, nel merito, chiedeva comunque il rigetto della domanda, in ragione della infondatezza della pretesa azionata.

Quindi, il Tribunale adito, con sentenza n. 944 del 2016, depositata il 28 aprile 2016, accoglieva per quanto di ragione le domande proposte da parte attrice e per l'effetto: a) accertato l'inadempimento della (omissis) S.r.l. all'obbligazione assunta nei confronti dell'attrice di vendita del calcestruzzo di classe RCK 250, in ragione della fornitura di un tipo di calcestruzzo di classe inferiore, in contrasto con quanto affermato nelle bolle di consegna, con la relativa sussistenza di un'ipotesi di vendita di *aliud pro alio*; b) accertato altresì che le fratture riscontrate sul pavimento industriale non erano attribuibili esclusivamente alla fornitura di calcestruzzo di minore resistenza rispetto a quella espressamente richiesta e che l'importo dei lavori di ripristino della funzionalità della pavimentazione addebitabile al calcestruzzo di classe inferiore era quantificabile nella misura dell'80% dell'importo totale dei lavori di ripristino; condannava la (*omissis*) S.r.l. al pagamento, in favore della Fallimento (*omissis*) S.r.l., a titolo di risarcimento danni, della somma complessiva dovuta.

Con atto di citazione del 23 novembre 2016, proponeva appello la (*omissis*) S.r.l., la quale lamentava: 1) l'erronea qualificazione dell'inadempimento quale consegna di *aliud pro alio* in ordine al calcestruzzo di minore resistenza; 2) il criterio di liquidazione dei danni.

Si costituiva nel giudizio di impugnazione il Fallimento (*omissis*) S.r.l., il quale instava per la declaratoria di inammissibilità dell'appello ovvero per il rigetto del gravame. Decidendo sul gravame interposto, la Corte d'appello di Perugia accoglieva per quanto di ragione l'appello e, per l'effetto, in parziale riforma della pronuncia impugnata, riduceva il *quantum* del risarcimento del danno limitatamente all'importo indicato dal Tribunale.

A sostegno dell'adottata pronuncia la Corte di merito rilevava per quanto di interesse in questa sede: a) che le due consulenze tecniche d'ufficio espletate sui luoghi e sul calcestruzzo fornito avevano accertato che il calcestruzzo oggetto della fornitura non corrispondeva per caratteristiche a quello commissionato, essendo di classe RCK 200 e, quindi, con minore capacità di resistenza rispetto a quello commissionato RCK 250, e – pertanto – inidoneo all'uso convenuto; b) che tali conclusioni erano esenti da vizi e, dunque, dovevano essere condivise; c) che l'inadempimento dell'appellante era annoverabile nella fattispecie della vendita di *aliud pro alio* e, dunque, era svincolato dalla prescrizione e decadenza dei termini ai fini di far valere la relativa garanzia; d) che la responsabilità della società appellante, in ragione delle concause dedotte, doveva operare nei limiti dell'80% rispetto al totale fissato dal consulente tecnico d'ufficio, quale importo destinato a cantierare le zone di intervento del ripristino.

Avverso la sentenza d'appello ha proposto ricorso per cassazione, affidato ad un unico articolato motivo, la (*omissis*) S.r.l.

Vizio, mancanza di qualità e *aliud pro alio datum*: premesse introduttive

Le norme sulla garanzia per i vizi, *ex* artt. 1490-1496 e 1511 c.c., e sulla mancanza di qualità, *ex* art. 1497 c.c., completano la tutela del compratore contro l'inattuazione e l'inesatta attuazione dell'attribuzione traslativa.

Le innovazioni introdotte dal Codice del '42, rispetto alla disciplina previgente, *ex* artt. 1498 c.c. 1865, e 70 cod. comm., intese a unificare il trattamento dei vizi e della mancanza di qualità, nonostante le "lodevoli intenzioni" dei compilatori, non hanno risolto in realtà se non in piccola parte i problemi che il tema solleva. La materia, come da altri è stato notato, appare ancora oggi tutt'altro che semplificata e chiarita[1]; anzi, a seguito dell'emanazione della disciplina di derivazione europea, *ex* artt. 128-135-*septies* c. cons., sulle vendite di beni di consumo, i problemi costruttivi e di coordinamento sistematico si sono moltiplicati, sia pur sotto aspetti differenti da quelli tradizionali.

A distanza di oltre settant'anni dall'emanazione del codice, gli interrogativi di fondo rimangono ancora; non solo, ma le trasformazioni sociali ed economiche e l'arricchirsi della casistica giurisprudenziale[2] hanno acuito i problemi vecchi e ne hanno posti di nuovi[3],

[1] G.B. Ferri, *La vendita in generale (La vendita in generale. Le obbligazioni del venditore. Le obbligazioni del compratore)*, nel *Trattato di dir. priv.* diretto da Rescigno, 11, Torino, 2000, II edizione, 556 e segg.; A. Lepri, *La r.c. in materia di vendita*, in AA.VV., *La responsabilità civile – Responsabilità contrattuale*, III, Torino, 1998, 36 e segg.; A. Luminoso, *La compravendita*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2022, 509-544.

[2] Sulla casistica emergente dalla giurisprudenza, si veda in particolare L. Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 168 e segg., 185 e segg.; AA.VV., *La vendita*, a cura di Bin, vol. IV, Padova, 1, 1994-1996, 443-896; A. Lepri, *op. cit.*, 36 e segg.; C. Fadda, *L'aliud pro alio, in Codice della vendita*[4], a cura di Buonocore, Luminoso e Fauceglia, Milano, 2018, *sub* artt. 1490-1491, 823 e segg.; P. Corrias, *La garanzia in generale, in Codice della vendita*[4], a cura di Buonocore, Luminoso, Fauceglia, Milano, 2018, *sub* artt. 1492, 1493, 839 e segg.; A. Mastrolilli, *La garanzia per vizi nella vendita*, Milano, 2004; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[3] Sui problemi generali che la garanzia per vizi solleva, si veda D. Rubino, *La compravendita*[2], nel *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1971, 757 e segg., 888 e segg.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*[2], nel *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, Torino, 1993, 884 e segg.; G. Gorla, voce "Azione redibitoria", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 795; V. Angeloni, *Consegna di cose mancanti di qualità pattuite o essenziali e consegna di cose diverse ("aliud pro alio")*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1959, 795; A. Amorth, *Errore e inadempimento nel contratto*, Milano, 1967; Id., *Mancanza di qualità e consegna di aliud pro alio. Limiti di una distinzione che non esiste*, in *Temi*, 1959, 172; De Martini, *Consegna di aliud pro alio e mancanza di qualità della cosa venduta*, in *Giust. Civ.*, 1952, II, 91; G.B. Ferri, *La vendita*, cit., 556 e segg.; P. Greco-G. Cottino, *Della vendita*[2],

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tra i quali gli interrogativi posti dalle discontinuità esistenti tra la disciplina interna, la disciplina di fonte comunitaria e quella di diritto internazionale.

I temi attorno ai quali maggiormente si coagula la discussione, a parte quello della natura della garanzia per vizi con i relativi corollari applicativi, sono: la distinzione, tra vizi, mancanza di qualità e *aliud pro alio datum*; la determinazione del trattamento della mancanza di qualità alla luce della formula normativa che compare nell'art. 1497 c.c.; la disciplina applicabile alla figura, di conio giurisprudenziale, dell'*aliud pro alio datum*; l'ammissibilità di una "tutela specifica", e segnatamente dell'azione di esatto adempimento, in favore del compratore della cosa viziata o difettosa.

Nuovi temi di indagine, oltre che non semplici problemi di ordine sistematico e costruttivo, solleva la normativa comunitaria, dir. n. 1999/44 CE, attuata con D.Lgs. 2 febbraio 2022 n. 24, sostituita di recente dalla Dir. 2019/771 UE, attuata con D.Lgs. 4 novembre 2021, n. 17, sulle vendite di beni di consumo.

Della natura della garanzia vi è da sottolineare che è proprio con riguardo alla garanzia per i vizi che sono state prospettate le costruzioni che, in varia guisa, hanno ricondotto l'istituto all'errore o alla presupposizione[4]; opinioni che, per le ragioni indicate, non sembra possano trovare accoglimento.

Deve perciò ribadirsi che anche l'espressione "garanzia per vizi" designa un profilo del vincolo giuridico la cui violazione è fonte di una speciale responsabilità contrattuale del venditore, il cui fondamento è costituito dalla oggettiva imperfetta realizzazione del risultato traslativo dipendente da una inidoneità materiale, *ex* art. 1490 c.c., della cosa venduta, preesistente, alla conclusione del contratto o, meglio, al trasferimento. Responsabilità che si traduce nella soggezione del venditore alla risoluzione del contratto, c.d. azione redibitoria, o alla riduzione del prezzo, c.d. azione estimatoria o *quanti minoris*, *ex* artt. 1492 e 1493 c.c., e inoltre, in caso di colpa del venditore, ossia di conoscenza o negligente ignoranza del vizio da parte dello stesso, al risarcimento dei danni, *ex* art. 1494 c.c.

Le difficoltà che l'interprete incontra in questa materia sono accresciute dal fatto che il diritto interno conosce non un'unica categoria di anomalie materiali, ma una varietà di sottospecie: vizi della cosa, *ex* art. 1490 c.c., mancanza delle qualità promesse, *ex* art. 1497 c.c., mancanza delle qualità essenziali per l'uso cui la cosa è destinata, *ex* art. 1497 c.c., cattivo funzionamento del bene, *ex* art. 1512 c.c. Non solo, ma posti di fronte a carenze e difformità di particolare gravità, gli interpreti e soprattutto la giurisprudenza, al fine precipuo di sottrarre la relativa tutela alle strettoie dei brevissimi termini di decadenza e prescrizione posti dal codice civile per l'esercizio dei rimedi contro i vizi e la mancanza di qualità, *ex* art. 1495 e 1497 c.c., hanno ravvisato la necessità di creare un'ulteriore categoria giuridica di anomalie della cosa, quella, appunto, della prestazione di "cosa radicalmente diversa", detta anche "*aliud pro alio datum*"[5], che non poteva non oscurare ancora di più il campo, già di per sé "infido"[6].

Vizi, mancanza di qualità e *aliud pro alio*: caratteri e differenze

Individuare, anche sul terreno empirico, i criteri per distinguere tra loro le singole sottospecie di anomalie e coglierne i profili di rilevanza sul piano del trattamento normativo si è rivelata, per studiosi e giudici, un'impresa ardua. Perciò dottrina e giurisprudenza si sono mosse nelle direzioni più diverse sia sul primo che sul secondo piano.

Alcuni scrittori[7] hanno ritenuto di poter distinguere ontologicamente il vizio, inteso come difetto strutturale, e la mancanza di qualità, intesa come inesistenza dei requisiti che nella cosa dovrebbero sussistere o di

---

nel *Commentario del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Art. 1470-1547, Bologna-Roma, 228 e segg.; L. Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità* ecc., cit., 168 e segg., 185 e segg.; Carnelutti, *Errore o inadempimento?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, I, 259 e seg.; F. Carnelutti, *Errore o inadempimento?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, 259; L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1953, I, 3 e segg.; F. Martorano, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959; G. Mirabelli, *Dei singoli contratti*[3], nel *Commentario del Cod. Civ.* della Utet, Libro IV, Tomo 3, Torino, 1991; C. Consolo, *Il concorso di azioni nella patologia della vendita. Diritto e processo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, I, 765 e seg.; G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 155 e segg.; E. Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, Napoli, 1987; C.G. Terranova, voce "Redibitoria", in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991; Id., La garanzia per vizi e difetti di qualità della cosa venduta, in I contratti di vendita a cura di Valentino, II, cit., 1081 e segg.; L. Garofalo, La tutela del compratore: tra vizi del bene e difetto di conformità al contratto, in AA.VV., Strutture e forme di tutela contrattuali a cura di Mancino, Padova, 2004, 123 e segg.; R. Calvo, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, I, *Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007, spec. 183 e seg. R. Calvo, *La tutela per vizi e difetti qualitativi*, in Vendita e Vendite, nel *Trattato dei contratti* diretto da Roppo, Milano, 2014, 521 e segg.; Id., *Diritto civile*, III, 1, *La vendita*, Bologna, 2016, 298 e segg.; U. Grassi, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore. Il problema dell'inesatto adempimento*, Napoli, 1996; B. Agostinis, *La garanzia per vizi della cosa venduta. Le obbligazioni del compratore*, nel *Codice civile Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Artt. 1490-1499, Milano, 2012; G. D'Amico, *La compravendita*, I, nel *Trattato di diritto civile* del Consiglio Nazionale del Notariato, Napoli, 2013; A. Luminoso, *La compravendita*[10], Torino, 2021; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[4] V. G. Mirabelli, *op. loc. ultt. citt.*; F. Martorano, *La tutela del compratore* ecc., loc. cit.; U. Grassi, *I vizi della cosa venduta nella dottrina dell'errore*, loc. cit.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[5] Sull'*aliud pro alio*, v. spec., E. Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, cit.; per un quadro di sintesi di dottrina e giurisprudenza, v. C. Fadda, *L'aliud pro alio*, in *Codice della vendita*[4], cit., 904 e segg.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[6] G. Gorla, *La compravendita e la permuta*, nel *Trattato di dir. priv. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1937, 121; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[7] V. G. Mirabelli, *op. loc. ultt. citt.*; P. Greco-G. Cottino, *Della vendita*, cit., 238 e segg.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quelli che caratterizzano il tipo e la specie pattuita, da un lato e l'*aliud pro alio*, inteso come bene appartenente ad un genere diverso da quello pattuito, dall'altro. Altri considerano indistinguibili tra loro i vizi e la mancanza di qualità essenziali[8], mentre riconoscono autonoma consistenza alle qualità promesse; categorie che vengono tutte contrapposte alla consegna di cosa radicalmente diversa, che si ritiene sussistere nei casi in cui la cosa attribuita abbia una destinazione economico-sociale differente da quella convenuta[9]. Altri studiosi ancora[10] preferiscono accomunare vizi e mancanza di qualità essenziali, contrapponendo ad essi l'*aliud pro alio* nel quale confluirebbe anche la mancanza di qualità promesse.

Non sembra, innanzi tutto, che sia possibile e soprattutto utile distinguere, sul piano ontologico, i vizi dalla mancanza delle qualità essenziali all'uso della cosa, identificandosi entrambe le ipotesi in un'anomalia strutturale o una imperfezione funzionale ovvero nella mancanza di requisiti che rendono la cosa, considerata nella sua materialità, inidonea o meno idonea all'uso convenuto.

Una sua autonomia concettuale possiede invece l'ipotesi della mancanza di qualità promesse, che consiste in una difformità tra i requisiti descritti nel contratto e quelli che la cosa effettivamente possiede[11].

La categoria dell'*aliud pro alio*, che può considerarsi definitivamente penetrata nel diritto vivente, dovrebbe invece abbracciare, oltre alle ipotesi in cui viene consegnata una cosa diversa, nella sua identità fisica, da quella specifica dedotta in contratto, soprattutto le fattispecie nelle quali la cosa, sia generica che specifica, attribuita in proprietà con la vendita, non tanto appartenga ad un genere diverso – considerato che ciascun genere può costituire specie di un genere più ampio e ogni specie può essere vista come genere in rapporto ad una sottospecie[12] – in quanto "si riveli funzionalmente incapace di assolvere la destinazione economico-sociale della *res vendita*, o quell'altra funzione che le parti abbiano negozialmente assunta come essenziale, e quindi di soddisfare quei concreti bisogni che indussero l'acquirente ad effettuare l'acquisto"[13].

Non costituisce un ostacolo a configurare un *aliud pro alio* il fatto che la "diversità", rilevante per l'ordinamento, investa non la cosa nella sua materialità ma il diritto, di proprietà, o, se si preferisce, il bene, che ne forma oggetto, in un suo attributo squisitamente giuridico. Devesi osservare, a questo riguardo, che nel diritto applicato l'*aliud pro alio* è una categoria patologica destinata a raccogliere tutte le ipotesi in cui tra l'attribuzione traslativa promessa e quella in concreto attuatasi vi sia una difformità di grado così elevato da rendere quest'ultima inidonea ad assolvere la destinazione economico sociale che sarebbe propria della attribuzione promessa; difformità che, a sua volta, può dipendere da una diversità dei caratteri materiali della cosa venduta o da una diversità degli attributi giuridici del bene che ne costituisce oggetto.

D'altro canto, se si tengono presenti i motivi per i quali la figura dell'*aliud pro alio* è stata forgiata dalla giurisprudenza, ci si rende conto che la figura deve poter essere impiegata per regolare in modo più adeguato sia quei casi particolarmente gravi di inidoneità materiale del bene in ordine ai quali ripugna l'applicazione delle regole sulla garanzia per vizi o per mancanza di qualità, *ex* artt. 1490-1497 c.c. sia quei casi di inesattezza o difformità giuridica per i quali appaia inadeguata la disciplina dell'art. 1489 c.c.[14]. Occorre però riconoscere che il bisogno di enucleare la nozio-

---

[8] Così ad esempio, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 762; C.M. Bianca, *La vendita*, ecc., cit., 891, v. pure G.B. Ferri, *La vendita* ecc., cit., 559; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[9] V. spec. C.M. Bianca, *La vendita*, ecc., cit., 899 e segg. Nello stesso senso si esprime, con riguardo all'*aliud pro alio*, la giurisprudenza: cfr., tra le tante, Cass. civ., Sez. II, 31 marzo 1987, n. 3093, in *Rep. Foro It.*, 1987, voce "Vendita", n. 73; Cass. civ., Sez. II, 12 febbraio 1988, n. 1530, in *Rep. Foro It.*, 1988, voce "Vendita", n. 76. V. pure Cass. civ., 20 aprile 1973, n. 1141, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 1944; Cass. civ., Sez. II, 13 gennaio 1997, n. 244, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce "Vendita", n. 58 che propongono la seguente definizione dei tre tipi di anomalie: "In tema di compravendita, il vizio redibitorio, *ex* art. 1490 c.c., e la mancanza di qualità promesse o essenziali, *ex* art. 1497 c.c., pur presupponendo entrambi l'appartenenza della cosa al genere pattuito, si differenziano in quanto il primo riguarda le imperfezioni ed i difetti inerenti al processo di produzione, fabbricazione, formazione e conservazione della cosa medesima, mentre la seconda è inerente alla natura della merce e concerne tutti gli elementi essenziali e sostanziali che, nell'ambito del medesimo genere, influiscono sulla classificazione della cosa in una specie, piuttosto che in un'altra; vizi redibitori e mancanza di qualità si distinguono, a loro volta, dall'ipotesi della consegna di *aliud pro alio*, la quale ricorre quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso, o presenti difetti che le impediscono di assolvere alla sua funzione naturale o a quella concreta assunta come essenziale dalle parti – la c.d. idoneità ad assolvere la funzione economico-sociale, facendola degradare in una sottospecie del tutto diversa da quella dedotta in contratto"; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[10] G.B. Ferri, *La vendita* ecc., cit., 559 e seg.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[11] C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 890 e seg.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[12] Così L. Cabella Pisu, *op. cit.*, 198; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[13] A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544. V., in tal senso, la giurisprudenza dominante: Cass. civ., Sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712, *Rep. Foro It.*, 1999, voce "Vendita", n. 67; Cass. civ., 14 gennaio 1998, n. 272, in *Giur. It.*, 1998, I, 1, c. 2045; Cass. civ., Sez. II, 9 luglio 1982, n. 4085, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce "Vendita", n. 78; Cass. civ., 19 gennaio 1995, n. 593, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, c. 1679. La giurisprudenza adotta un criterio discretivo di natura prevalentemente funzionale e ritiene sussistente *aliud pro alio* non solo nel caso in cui la cosa consegnata appartenga ad un genere del tutto diverso, ma anche nei casi in cui la diversità incide sulla destinazione economico-sociale della cosa di guisa che la cosa alienata è del tutto inidonea ad assolvere alla funzione propria della cosa pattuita – si veda App. Salerno, 4 agosto 2017, in *Corriere Giur.*, 2018. È tuttavia da registrare un eccessivo allargamento, da parte della giurisprudenza, dell'area dell'*aliud pro alio*, con applicazioni non sempre persuasive. In senso parzialmente critico, v. anche E. Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, cit., 171 e segg.

[14] A riprova di quanto rileviamo nel testo deve osservarsi che la

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ne di *aliud pro alio* si pone in modo più pressante per le qualità materiali del bene, quale unica strada per evitare le strettoie dei brevi termini, di decadenza e prescrizione, per l'esercizio dei rimedi di cui agli artt. 1495 e 1497, secondo comma, c.c.

Giova notare che le distinzioni tra vizi, mancanza di qualità, difettoso funzionamento, *aliud pro alio* e responsabilità ordinaria sono state superate dalla Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita mobiliare internazionale tra imprenditori, che prevede, *ex* artt. 35-41, un apparato di tutela del compratore pressoché omogeneo per tutti i casi di difformità della cosa consegnata rispetto a quella pattuita.

Nella stessa direzione si è mossa la Dir. 1999/44 CE attuata con il D.Lgs. n. 24/2002 e la successiva dir. 2019/771 UE attuata con il D.Lgs. n. 170/2021 in materia di vendita di beni di consumo, la quale configura, a carico del venditore professionale, un'unitaria garanzia legale per tutti i casi di "difetto di conformità" del bene al contratto, che legittima compratore-consumatore a domandare, a sua scelta, la riparazione o la sostituzione del bene, e in via sussidiaria la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto[15]. Soluzione, questa, che, per la sua semplicità ed efficacia, avrebbe dovuto essere estesa a tutte le vendite o quanto meno alle vendite di impresa per rimpiazzare la disciplina codicistica che continua ad applicarsi alle vendite diverse da quelle di beni di consumo, e che appare tanto sofisticata e intricata quanto scarsamente protettiva della posizione del compratore.

(Segue) La disciplina applicabile alla prestazione di "cosa radicalmente diversa"

Per quanto attiene all'*aliud pro alio*, la creazione di questa figura ha trovato una delle spinte più forti nell'esigenza di sottrarre al regime normativo dei vizi redibitori ipotesi di difformità della cosa talmente gravi da poter essere considerate casi di trasferimento o consegna di una cosa "radicalmente diversa". Ciò soprattutto allo scopo di svincolare la tutela del compratore dai brevi termini di decadenza e prescrizione di cui all'art. 1495 c.c. È perciò opinione comune che i rimedi spettanti al compratore siano quelli ordinari: l'azione di risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c., che, secondo la *communis opinio*, richiede la colpa del venditore ed è soggetta alla prescrizione decennale; l'azione di adempimento, prevista dal medesimo, *ex* art. 1453 c.c.; l'eccezione di inadempimento, *ex* art. 1460 c.c.; il risarcimento del danno[16].

Con tale insegnamento tradizionale una parte della dottrina sembra tuttavia non poter concordare.

Questa ritiene che già a primo sguardo, non può non colpire la stranezza, anzi la contraddittorietà esistente tra la particolare gravità dell'*aliud pro alio* – che postulerebbe una tutela a favore del compratore più "forte" di quella accordata dalla garanzia per vizi – e la subordinazione della risoluzione alla colpa del venditore, a differenza di quanto si verifica per la risoluzione fondata sui vizi redibitori o su difetti di qualità, che dalla colpa prescinde. In realtà, stando alla natura e ai caratteri sostanziali della fattispecie in esame, una siffatta contraddittorietà non potrebbe potersi dare. E si ritiene che la strada per eliminarla vi sia.

Limitando il discorso all'essenziale, vorremmo notare che nel concetto di *aliud pro alio* possono farsi rientrare due ordini di ipotesi.

I casi in cui, nelle alienazioni di cosa di specie, il venditore consegni un bene avente identità diversa da quella su cui si era formato l'accordo.

I casi nei quali venga attribuita al compratore la proprietà di un bene incapace di assolvere la destinazione economico-sociale della cosa dedotta in contratto. Quest'ultima ipotesi può darsi non solo nelle vendite di cose generiche, ma anche nelle vendite di cose specifiche.

Non sembra contestabile che nelle ipotesi del primo tipo si è in presenza di un inadempimento, del venditore, dell'obbligazione contrattuale di consegna della cosa[17], non di una difformità tra il risultato traslativo programmato e quello realizzatosi. Inadempimento soggetto, in tutto e per tutto, alle normali regole sulla responsabilità contrattuale che legittimerà il compratore all'ordinaria azione di risoluzione del contratto o, in alternativa, a quella di adempimento, *ex* art. 1453 c.c., all'azione di danni, *ex* artt. 1218 e 1453 c.c., e all'eccezione di inadempimento, *ex* artt. 1460 c.c.

Nella fattispecie del secondo tipo, che costituiscono le ipotesi classiche e più frequenti di *aliud pro alio*, l'addebito che può essere mosso al venditore è invece altro, e precisamente di aver fatto acquistare al compratore la proprietà di una cosa, funzionalmente difforme, e perciò, radicalmente diversa da quella dedotta in contratto.

Come nei casi di vendita di cosa viziata o difettosa,

---

concreta esperienza giurisprudenziale e dottrinale conferma la rilevata tendenza a ricomprendere nella figura dell'*aliud pro alio* anche le ipotesi di inesattezza giuridica dell'attribuzione traslativa – quantunque tale capacità espansiva della figura non abbia ricevuto, forse, fino ad oggi una adeguata attenzione ed elaborazione da parte della dottrina. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[15] Giova tuttavia rilevare fin d'ora che è controverso se nella nozione di difetto di conformità al contratto di cui all'art. 2 della direttiva e all'art. 129 c. cons. rientri anche l'*aliud pro alio*, e i c.d. vizi giuridici della cosa. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[16] Così fra gli altri, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 914; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 949; G.B. Ferri, *La vendita*, cit., 559 e seg.; E. Gabrielli, *op. ult. cit.*, 5; G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 458; C.G. Terranova, *La garanzia per vizi* ecc., cit., 1127. Per la giurisprudenza, v. Cass. civ., 19 ottobre 1994, n. 8537, in *Arch. Circ.*, 1995, 391; Cass. civ., 28 gennaio 1997, n. 884; Cass. civ., 3 febbraio 1998, n. 1038; Cass. civ., 25 ottobre 2002, n. 13925; Cass. civ., 16 gennaio 2006, n. 686; Cass. civ., 30 marzo 2006, n. 7561, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 146; Cass. civ., 10 luglio 2008, n. 18859; Trib. Cagliari, 15 febbraio 2008, in *Riv. Giur. Sarda*, 2009, 679. Per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza, v. C. Fadda, *L'aliud pro alio*, in *Codice della vendita*[4], cit., 904 e seg.

[17] D. Rubino, *La compravendita*, cit., 910 e segg.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non si riscontra in questi casi, e in particolare nella vendita di cosa specifica, l'inadempimento, da parte del venditore, di un'obbligazione nascente dalla vendita, ma la realizzazione di un risultato traslativo difforme da quello programmato, che dipende dalle caratteristiche della cosa preesistenti, alla vendita, o meglio, al trasferimento del diritto.

Con una differenza però rispetto ai vizi e al difetto di qualità, che ora la difformità è talmente radicale da poter essere equiparata, ai fini del trattamento normativo degli effetti della lesione giuridica subita dal compratore, ad una inattuazione totale. Il che spiega perché ai fini della determinazione della disciplina da applicare debba farsi ricorso al modello della responsabilità per inattuazione, totale, dell'effetto reale, *ex* art. 1479 c.c., e non a quello della garanzia per vizi.

In forza delle considerazioni svolte in precedenza, sembra che in presenza di una "non conformità", in senso lato della cosa, preesistente al contratto, o meglio al momento traslativo, non possa concepirsi altra responsabilità del venditore che quella speciale per inattuazione dell'effetto reale; e per le ragioni appena chiarite, nel caso dell'*aliud pro alio*, per inattuazione totale del risultato traslativo promesso, non per inesatta realizzazione dello stesso.

Di qui una serie di corollari in ordine alla disciplina da applicare a tale speciale responsabilità.

Al compratore spetterà l'azione di risoluzione a prescindere dalla colpa del venditore, con le restituzioni e i rimborsi previsti nell'art. 1479, conforme sul punto all'art. 1493, 1° comma, c.c.

Tali rimedi spetteranno anche al compratore che, al momento della conclusione della vendita, o della individuazione della cosa, fosse a conoscenza della diversità tra cosa pattuita e cosa trasferitagli[18].

In caso di dolo o colpa del venditore, ossia quando costui, all'atto della conclusione del contratto o della individuazione della cosa generica, conosceva o doveva conoscere, con l'uso della ordinaria diligenza, che la cosa trasferita in proprietà era funzionalmente difforme da quella promessa, il compratore potrà richiedere anche il risarcimento del danno, per l'interesse positivo, *ex* art. 1479, primo comma, c.c. e 1223 c.c. Risoluzione e risarcimento sono soggetti alla prescrizione decennale ordinaria e il loro esercizio non è subordinato al rispetto di particolari decadenze.

Devesi rilevare che qualora la cosa mancante delle qualità materiali o degli attributi giuridici promesso o comunque "dovuti" assuma, in concreto, anche i caratteri dell'attribuzione di una "cosa radicalmente diversa" da quella pattuita, ai fini della disciplina applicabile potrà considerarsi assorbente il tipo di imperfezione più grave, ossia di massima, l'*aliud pro alio*[19]. In tal modo il compratore, in queste ipotesi, potrà agire contro il venditore anche se conosceva la diversità della cosa al momento della conclusione del contratto, diversamente da quanto prevedono gli artt. 1489 e 1491 c.c., e non sarà soggetto ai termini brevi, di decadenza e di prescrizione, di cui agli artt. 1495 e 1497 c.c.

La recente posizione della giurisprudenza di legittimità in merito alla fattispecie in analisi

Alla luce di quanto appena illustrato, nella pronuncia in analisi, i giudici di legittimità hanno riscontrato l'esistenza della fattispecie di consegna di *aliud pro alio*, alla stregua della richiamata inidoneità del bene fornito ad assolvere alla funzione per la quale era stato richiesto, solo allorché si affermi che tale inidoneità abbia inciso sulla stessa funzione economico-sociale del bene, determinandone l'estraneità dal genere.

In particolare, è stato sottolineato che allorché le caratteristiche riscontrate del bene fornito abbiano inciso sull'*an* della natura della *res*, determinando la funzionale e assoluta inidoneità del bene ad assolvere la destinazione economico-sociale promessa e, quindi, a fornire l'utilità richiesta, tanto da escludere che le condizioni del bene medesimo fornito potessero far degradare le irregolarità dedotte a meri vizi redibitori o a mancanza di qualità essenziali della cosa consegnata, si realizza la fattispecie dell'*aliud pro alio datum*.

Come già sopra statuito, in tema di compravendita, il vizio redibitorio, *ex* art. 1490 c.c., e la mancanza di qualità promesse o essenziali, *ex* art. 1497 c.c., presupponendo l'appartenenza della cosa al genere pattuito, differiscono dalla consegna di *aliud pro alio*, che si determina quando la cosa venduta appartenga ad un genere del tutto diverso o presenti difetti che le impediscano di assolvere alla sua funzione naturale o a quella ritenuta essenziale dalle parti[20].

---

[18] A questa conclusione perviene larga parte della dottrina sebbene con motivazioni diverse: v. D. Rubino, *La compravendita*, cit., 914 e seg., che fa leva sull'inapplicabilità dell'art. 1491; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 902, secondo il quale l'acquiescenza del compratore non può essere presunta; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544; C.G. Terranova, *La garanzia per vizi della cosa venduta*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1989, 1148. L'esclusione dei rimedi di tutela per il compratore richiederà quindi che venga provata dal venditore una vera e propria rinuncia ai rimedi spettanti all'acquirente o un'acquiescenza inequivoca da parte del compratore alla dazione della cosa diversa. In quest'ordine di idee. Trib. Ivrea, 1° giugno 2001, in *Giur. di Merito*, 2002, 1236. Cfr. pure la giurisprudenza in tema di tutela dell'acquirente di immobile privo di certificato di abitabilità.

[19] A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544. Particolarmente frequente è, in giurisprudenza, il caso in cui l'area venduta difetti dell'edificabilità espressamente garantita dall'alienante; ipotesi nella quale potrà applicarsi anche la disciplina dell'*aliud pro alio*, oltre alla disposizione di cui all'art. 1489, salva l'eventuale configurabilità di una presupposizione: sulla fattispecie in discorso, v. Cass. civ., 17 maggio, n. 1738, in *Foro It.*, 1976, I, c. 2399; Cass. civ., 21 novembre 1983, n. 6933, *ibidem*, 1984, I, c. 456; v. pure, Cass. civ. 1° luglio 1997, n. 5900, *in Foro It.*, 1997, I, c. 3217. Altrettanto può ripetersi in relazione alle ipotesi di vendita di immobile privo di certificato di abitabilità.

[20] Cass. civ., Sez. II, 2 agosto 2023, 23604, in *Rep. Foro It.*, 2023, voce "Vendita", n. 56; Cass. civ., ord., Sez. II, 14 ottobre 2021, n. 28069, in *Rep. Foro It.*, 2021, voce "Vendita", n. 36; Cass. civ., Sez. II, 23 marzo 2017, n. 7557, in *Rep. Foro It.*, 2017, voce "Contratto in genere, atto e negozio giuridico", n. 405.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sussiste consegna di *aliud pro alio*, infatti, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della *res* promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita.

La vendita di *aliud pro alio*, la quale dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione contrattuale, svincolata dai termini e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., presuppone, infatti, che la causa concreta che aveva giustificato l'atto traslativo non sia realizzabile in modo irreparabile – in ragione del fatto che le caratteristiche del calcestruzzo fornito non fossero, a monte, assolutamente adatte a realizzare la pavimentazione industriale, per l'appartenenza della cosa fornita ad altro genere merceologico, alla stregua della minore capacità di resistenza dedotta, tanto da pregiudicare la stessa identità della cosa acquistata, e i connessi interessi sottesi al programma negoziale, e non già che vi sia la mera carenza di requisiti sanabili, non costituenti un elemento di identificazione del bene e senza un definitivo pregiudizio della idoneità rispetto alla categoria merceologica di cui il compratore intendeva destinare la cosa.

Nella fattispecie, secondo le scarne risultanze valorizzate dalla pronuncia impugnata, il bene alienato, stante la sua ridotta resistenza rispetto a quella richiesta, non era comunque sfruttabile, *recte* idoneo, per la sua destinazione, tanto da richiedere la buona realizzazione della pavimentazione, senza che sia stato precisato il *quomodo* della genericamente richiamata inidoneità e senza che sia emerso che, in conseguenza della sua natura, sia stata comunque compromessa la *ratio* giustificativa per la quale il negozio è stato stipulato.

Solo l'esistenza di deficienze strutturali del conglomerato cementizio, tali da non consentire che esso assolvesse alla funzione per la quale era stato richiesto, integrerebbe la consegna di *aliud pro alio*[21].

Proseguono i giudici di legittimità affermando che sull'esistenza di tali deficienze strutturali del bene venuto in rilievo nel caso di specie, tali da pregiudicare l'appartenenza al *genus*, e non già semplicemente tali da implicare la degradazione delle irregolarità denunciate a vizi redibitori piuttosto che a mancanza di qualità essenziali, le laconiche argomentazioni esposte sono perplesse, in quanto non è dato comprendere se l'appartenenza ad una determinata tipologia di classe, e la conseguenze minore capacità di resistenza rispetto al bene commissionato, appartenente ad altra classe, con la succedanea affermazione dell'inidoneità all'uso, abbiano comportato la consegna di un bene a monte non qualificabile come "calcestruzzo" e, dunque, incapace di assolvere alla sua intrinseca funzione.

Alla luce di ciò è stato concluso che non emerge dalla motivazione contestata il grado di incidenza della "minore" resistenza evocata sulla capacità del calcestruzzo fornito di assolvere alle sue funzioni, alla luce della sua definizione quale miscela di legante, acqua di impasto e aggregati che allo stato fresco ha una consistenza plastica, dopo la posa e con il tempo indurisce e, a seconda della quantità percentuale dei singoli componenti, raggiunge caratteristiche litoidi, analoghe a quelle di un conglomerato naturale.

Cenni sulla garanzia per vizi, mancanza di qualità e diversità della cosa: presupposti

Per quanto concerne la garanzia per vizi o per mancanza di qualità, essa si riferisce ad imperfezioni materiali, c.d. vizi di fatto, della cosa venduta, in tal modo differenziandosi dalla garanzia per evizione e dagli istituti ad essa connessi, *ex* art. 1479 e segg., spec. artt. 1482 e 1489 c.c., che invece riguardano i c.d. vizi giuridici o del diritto.

Appunto per questo la relativa disciplina non può trovare applicazione nella vendita di situazioni giuridiche soggettive diverse dalla proprietà e da altri diritti reali, come pure nella vendita di partecipazioni sociali.

A norma dell'art. 1490 c.c., il vizio assume rilevanza se rende inidonea – in modo apprezzabile[22] – in tutto o in parte, la cosa all'uso cui è destinata o ne diminuisce in modo apprezzabile il valore.

Esso consiste in un'imperfezione strutturale o in una anomalia funzionale, in ogni caso di natura materiale, derivante da difetti di fabbricazione o conservazione della cosa[23].

Anche le qualità che la cosa deve avere ai sensi dell'art. 1497 c.c., attengono alla struttura materiale e alla funzionalità della cosa[24]. La deficienza quantitativa della cosa integra difficilmente un difetto di qualità promessa e dà luogo normalmente ad una mancanza parziale, *ex* art. 1181 c.c., della prestazione, come tale sottratta al regime della decadenza e della prescrizione breve degli artt. 1495 e 1497[25].

---

[21] Cass. civ., Sez. II, 12 febbraio 1988, n. 1530, in *Rep. Foro It.*, 1988, voce "Vendita", n. 76.

[22] Deve ritenersi che anche l'"inidoneità all'uso" debba essere apprezzabile, benché la norma non lo preveda esplicitamente (v. G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 441). A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[23] Sulla nozione di vizio secondo la dottrina e la giurisprudenza, v. C. Fadda, in *Codice della vendita*[4], cit., 823 e segg.; L. Delogu, *Le garanzie*, in *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, nel *Tratt. Dir. Comm. Galgano*, XXXI, Padova, 2003, 503; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544; M.G. Falzone Calvisi, *La risoluzione del contratto e la riduzione del prezzo*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, nel *Tratt. Dir. Comm. Galgano*, XXXI, Padova, 2003, 420 e segg.; A. Mastrolilli, *La garanzia per vizi nella vendita*, Milano, 2004, 98 e segg.

[24] A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544. Sulla nozione di mancanza di qualità, secondo la dottrina e la giurisprudenza, v. C. Fadda, in *Codice della vendita*[4], cit., 890 e segg. (anche la poca sicurezza del bene o la scomodità dell'uso di esso, possono costituire difetto di qualità essenziale).

[25] V. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.; D. Rubino, *La compravendita*, cit., 904; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 889; Cass. civ., 6 novembre 1991, n. 11834, in *Giust. Civ.*, 1992, I, c. 684.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le qualità che la cosa deve possedere sono non soltanto quelle promesse, ma anche quelle essenziali all'uso del bene, ossia gli attributi di materia, struttura e funzione che la cosa, di quel tipo, deve possedere in quanto necessari all'uso normale di essa[26]. Una rilevanza particolare rivestono i requisiti di sicurezza che i prodotti devono possedere secondo la disciplina comunitaria, la quale prevede anche particolari certificazioni di qualità e l'apposizione sui prodotti del marchio "CE" a garanzia del consumatore[27].

La promessa di una qualità, che può concernere qualsiasi attributo strutturale, anche di natura quantitativa, o funzionale del bene, può essere esplicita[28] ma può anche risultare – oltre che dal modo di essere esteriore del bene, le c.d. qualità apparenti – implicitamente dalle previsioni contrattuali, ad esempio, dalla indicazione dello specifico uso o della destinazione che il compratore intende dare al bene, dalle comunicazioni pubblicitarie[29] o dalle concrete circostanze[30].

Secondo alcune sentenze può costituire oggetto di promessa anche una qualità giuridica del bene, come, ad esempio, la realizzabilità nell'area edificabile compravenduta di una determinata volumetria o la capacità edificatoria, in sé e per sé considerata, del terreno alienato. Sembra tuttavia corretto circoscrivere l'ambito di operatività della garanzia per mancanza di qualità, *ex* art. 1497 c.c., alle sole ipotesi di qualità materiali, e ricondurre invece la mancanza di qualità giuridiche, promesse, alla fattispecie, della "mancanza di vantaggi giuridici promessi" soggetta all'applicazione analogica dell'art. 1489 c.c.

Se esistono usi in materia, il difetto di qualità riveste rilevanza solo se eccede i limiti di tolleranza stabiliti dagli stessi, *ex* art. 1497 c.c., e 8 disp. prel. c.c. Nella vendita di genere, in mancanza di diversa pattuizione, le qualità devono essere non inferiori alla media, arg. *ex* art. 1178 c.c.

La garanzia si riferisce ai soli difetti, vizi o mancanza di qualità, preesistenti alla stipulazione del contratto e, nella vendita di genere, alla individuazione della cosa[31]. I vizi che sopravvengano dopo il trasferimento del diritto, e anteriormente alla consegna, se derivanti da caso fortuito costituiscono un rischio del compratore, *ex* art. 1465 c.c.; se imputabili al venditore configurano un inadempimento dell'obbligazione di consegna e di custodia, *ex* artt. 1477, primo comma, e 1177 c.c., e i relativi rimedi della tutela contrattuale ordinaria a disposizione del compratore non sono soggetti, ovviamente, ai termini di decadenza e prescrizione degli artt. 1495 e 1497[32].

(Segue) Esclusione della garanzia per vizi e mancanza di qualità conosciuti o riconoscibili

La garanzia viene esclusa, *ex* art. 1491 c.c., per i vizi conosciuti dal compratore o facilmente riconoscibili al momento della stipulazione del contratto.

La norma deve essere estesa anche alla mancanza di qualità, mentre non trova applicazione nella fattispecie dell'*aliud pro alio*.

Per l'effettiva conoscenza del vizio rileva il momento della conclusione del contratto e non quello della esecuzione[33]: il fondamento della esclusione della tutela contrattuale riposa sulla accettazione della cosa da parte del compratore nello stato in cui essa si manifesta[34]. Nella vendita di cosa generica, la conoscenza dei

---

[26] Sulla nozione dottrinale e giurisprudenziale di mancanza di qualità essenziale, v. C. Fadda, in *Codice della vendita*[4], cit., 890 e segg.

[27] Cfr. sul punto, A. Luminoso, *Certificazione di qualità di prodotto e tutela del consumatore-acquirente*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 27 e segg.

[28] È discusso se la garanzia di autenticità di un bene (ad esempio, un dipinto o altro oggetto d'arte) che si riveli poi non riferibile all'autore o all'epoca dichiarati dal venditore, dia luogo a mancanza di qualità o ad *aliud pro alio*. Nel secondo senso si esprimono la dottrina e la giurisprudenza oramai prevalenti, che invece, nei casi in cui il venditore non abbia formulato implicitamente o esplicitamente alcuna promessa di qualità, configurano un possibile errore bilaterale, rilevante come tale, anche se non riconoscibile, sulle qualità essenziali dell'oggetto del contratto, *ex* art. 1429, n. 2, c.c.: v. Trib. Verona, 22 aprile 1991, in *Nuovo Dir.*, 1991, 1057; Trib. Roma, 22 aprile 1994, in *Dir. Aut.*, 1994, 618; App. Bologna, 4 gennaio 1993, in *Dir. Aut.*, 1993, 487; Cass. civ., 11 marzo 1974, n. 639, in *Giust. Civ.*, 1974, I, 866; Trib. Firenze, 13 ottobre 1992, in *Arch. Civ.*, 1993, 432; Trib. Roma, 28 maggio 2013, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 1563; Cass. civ., 23 marzo 2017, n. 7557, in *Nuova Giur. Comm.*, I, 1329 e segg., con nota di Colaiaro; Cass. civ., ord., II, 14 novembre 2019, n. 29566, in *Rep. Foro It.*, 2019, voce "Vendita", n. 42; Trib. Milano, 31 maggio 2016, in *Rep. Foro It.*, 2017, voce "Vendita", nn. 22 e 23; P. Greco e G. Cottino, *Della vendita*, cit., 244; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 303; E. Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, cit., 40 e segg.

[29] Cfr. Cass. civ., 3 aprile 1997, n. 2885, in *Nuova Giur. Comm.*, 1998, I, 369; Trib. Cagliari, 1° maggio 2005, in *Riv. Giur. Sarda*, 2005, 165, con nota di Dore.

[30] V. Cass. civ., Sez. II, 16 aprile 1992, n. 4681, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce "Vendita", n. 66, che considera qualità implicitamente promessa che la cosa debba essere nuova e non usata; nello stesso senso, Cass. civ., Sez. II, 3 agosto 2001, n. 10728, in *Rep. Foro It.*, 2002, voce "Vendita", n. 55, dove si parla, esattamente, di qualità essenziale.

[31] Vizi preesistenti sono anche quelli che derivano da cause preesistenti al contratto e si manifestano successivamente ad esso: cfr., per tutti, D. Rubino, *La compravendita*, cit., 780 e seg.; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 896; G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 440; per la giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. 4 marzo 1981, n. 1260, in *Rep. Foro It.*, 1981, voce "Vendita", n. 43. Incombe sul compratore la prova che il vizio (la mancanza di qualità o l'*aliud pro alio*) era presente al momento della vendita o – per le cose di genere – della individuazione: Cass. civ., 13 dicembre 1957, n. 4681, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 1102; P. Greco-G. Cottino, *Della vendita*, cit., 780; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 1042 e seg.

[32] V. D. Rubino, *La compravendita*, cit., 780; C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 898; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[33] Così anche D. Rubino, *La compravendita*, cit., 782. Se il compratore è venuto a conoscenza del vizio nel frattempo, la presa in consegna della cosa senza formulare alcuna riserva non comporta di per sé stessa una rinuncia alla garanzia (così G. D'Amico, *La compravendita*, cit., 442 nota 1174; contra D. Rubino, *op. loc. ultt. citt.*). A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[34] Cfr. per la dottrina, C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 911;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vizi, come la loro riconoscibilità, va valutata al momento dell'individuazione della cosa[35].

Vizi facilmente riconoscibili sono quelli rilevabili dal compratore con l'uso di una diligenza minima e quindi "anche ad un esame superficiale del bene"[36]: l'esclusione della tutela riposa sul principio di autoresponsabilità[37]. La norma implica che, se la cosa può essere esaminata dal compratore, questi ha l'onere di procedervi preventivamente. L'onere del compratore non postula una particolare competenza tecnica né il ricorso all'opera di esperti. Ciò non esclude tuttavia che nel valutare la riconoscibilità del vizio si possa tener conto delle qualità professionali e della preparazione specifica del compratore[38].

Nelle vendite concluse tra persone lontane e in ogni altra ipotesi in cui il compratore non abbia la concreta possibilità di esaminare la cosa, ad esempio nei casi in cui la merce sia imballata, confezionata o consegnata ad un terzo, la riconoscibilità del difetto non rileva e il termine per la denuncia decorre dal momento in cui il compratore sia messo in condizione di conoscere l'esistenza dei vizi[39].

Se il venditore ha dichiarato, in qualunque modo anche generico purché non equivoco, che la cosa è esente da difetti, ai sensi dell'art. 1491 c.c., la garanzia è dovuta anche per i vizi facilmente riconoscibili, in quanto l'assicurazione dell'alienante giustifica l'incondizionato affidamento dell'acquirente[40].

Considerazioni conclusive

Alla luce degli istituti venuti in rilievo nella presente analisi e dei differenti regimi giuridici illustrati, la Corte di cassazione ha concluso per la sussistenza di un'ipotesi di consegna di *aliud pro alio*.

In particolare, è stato sottolineato che essa sussiste e dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita.

Infatti, la vendita di *aliud pro alio*, la quale dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione contrattuale, svincolata dai termini e dalle condizioni di cui all'art. 1495 c.c., presuppone che la causa concreta che aveva giustificato l'atto traslativo non sia realizzabile in modo irrimediabile, tanto da pregiudicare la stessa identità della cosa acquistata, e i connessi interessi sottesi al programma negoziale[41], e non già che vi sia la mera carenza di requisiti sanabili, non costituenti un elemento di identificazione del bene e senza un definitivo pregiudizio della idoneità rispetto alla categoria merceologica cui il compratore intendeva destinare la cosa.

Pertanto, viene statuito che "sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della *res* promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita".

Contratto – Clausola

Cassazione civile, Sez. II, 4 aprile 2024, n. 8940 – Pres. Mocci – Est. Varrone – AA (avv. Calvani) – BB (avv. Tommasi) – CC (avv. Pardini). *Conferma App. Genova 7 gennaio 2020.*

Contratto in genere – Clausola di stile – Interpretazione – Principio di conservazione

In tema di contratti, il giudice di merito, anche a fronte di una clausola estremamente generica ed indeterminata, deve comunque presumere che sia stata oggetto della volontà negoziale, sicché deve interpretarla in relazione al contesto (art. 1363 c.c.) per consentire alla stessa di avere qualche effetto (art. 1367 c.c.) e, solo se la vaghezza e la genericità siano tali da rendere impossibile attribuire ad essa un qualsivoglia rilievo nell'ambito dell'indagine volta ad accertare la sussistenza ed il contenuto dei requisiti del contratto (art. 1325 c.c.), ovvero siano tali da far ritenere che la pattuizione in esame non

per la giurisprudenza (unanime), Cass. civ., Sez. II, 18 gennaio 2013, n. 1258, in *Rep. Foro It.*, 2013, voce "Vendita", n. 54, secondo la quale la conoscenza del vizio si ha quanto il compratore abbia acquisito la certezza obiettiva del vizio nella sua manifestazione esterna, ancorché egli non ne abbia individuato la causa. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[35] V. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544; D. Rubino, *La compravendita*, cit., 782; C. Fadda, in *Codice della vendita*[4], cit., 836 e segg.

[36] Così C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 913. A. Luminoso, *La compravendita*, cit., 509-544.

[37] Cfr. Cass. civ., ord. Sez. VI, 6 febbraio 2020, n. 2756, in *Rep. Foro It.*, 2020, voce "Vendita", n. 39. In generale v. V. Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004.

[38] Cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., 784; P. Greco-G. Cottino, *Della vendita*, cit., 258; D'Amico, *La compravendita*, cit., 443 e nota 1177. Contra, C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 915.

[39] V. per tutti C.M. Bianca, *La vendita* ecc., cit., 916 e segg.; F. Bocchini, *La vendita di cose mobili. Vendite con contenuti speciali*[2], nel *Trattato Rescigno*, 11, Torino, 2000, 597 e segg.; Cass. civ., 25 luglio 1984, n. 4347, in *Nuova Giur. Comm.*, 1985, I, 349; Cass. civ., 18 febbraio 2011, n. 4018, *in Giust. Civ.*, 2012, I, 2437.

[40] Cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., 792; Cass. civ., Sez. II, 13 settembre 2004, n. 18352, in *Rep. Foro It.*, 2004, voce "Vendita", n. 68.

[41] In tal senso si era già espresso E. Gabrielli, *La consegna di cosa diversa*, cit., 108 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti, può negare ad essa efficacia qualificandola come clausola di "stile".

Omissis. – 1. A.A. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Massa, B.B., C.C., D.D. e R. V., esponendo: a) di essere proprietaria di un terreno in Montignoso pervenutole in forza di atto di divisione dell'eredità materna stipulato con la sorella B.B. in data 16.11.2007; b) di essere venuta a sapere, solamente dopo la stipula dell'atto pubblico, che il terreno in questione era attraversato dalle tubature dello scarico fognario a servizio dell'immobile assegnato a B.B.; circostanza, questa, appresa in occasione dei lavori di pulitura del fondo, che all'epoca della divisione si presentava ricoperto di detriti e sterpaglie, quando erano stati proprio la sorella e il cognato ad avvertirla di prestare attenzione a non danneggiare con i mezzi le condotte interrate nel suolo; c) di aver scoperto, a seguito delle opportune verifiche, che le tubature correnti nel proprio terreno servivano anche gli appartamenti di proprietà di C.C. e dei coniugi E.E., titolari di unità abitative nel medesimo edificio della sorella; d) che non esisteva alcun titolo che legittimasse l'asservimento così di fatto imposto al proprio fondo. Sulla scorta di tali deduzioni, l'attrice esperiva *actio negatoria servitutis*, chiedendo l'accertamento della libertà del proprio terreno da qualsivoglia peso in favore dei fondi dei convenuti, con condanna di questi ultimi alla rimozione delle tubature.

B.B. resisteva alla domanda, deducendo che l'attrice, la quale era a conoscenza del tracciato dello scarico fognario da prima della stipula dell'atto di divisione, aveva accettato l'immobile in questione nello stato di fatto e di diritto in cui si trovava, con tutte le servitù attive e passive, giusta clausola n. 3 dell'accordo divisorio.

(*Omissis*). Istruita la causa con l'assunzione della prova per testi e l'espletamento di consulenza tecnica d'ufficio, il Tribunale di Massa accoglieva l'*actio negatoria servitutis*, ordinando ai convenuti la rimozione delle tubature dal fondo attoreo: il giudice di prime cure motivava la propria decisione osservando che la clausola di cui all'art. 3 dell'atto di divisione doveva essere ritenuta di mero stile, come tale inidonea a costituire una servitù prediale.

(*Omissis*).

2. Sul gravame interposto da B.B., cui C.C. aderiva e A.A. resisteva, e nella contumacia dei coniugi E.E., la Corte d'Appello di Genova, con la sentenza di cui in epigrafe, n. 10/2020, riformava integralmente la decisione di primo grado e respingeva l'*actio negatoria servitutis*, rilevando che la clausola n. 3 dell'atto notarile, pur nella sua dizione generica, assumeva un particolare significato alla luce delle circostanze di fatto emerse dall'istruttoria, in relazione alle quali doveva ritenersi provato che A.A. avesse avuto effettiva conoscenza già da prima della stipula dell'atto di divisione dell'interramento delle tubature nella porzione di fondo oggetto di giudizio.

(*Omissis*).

2. Il secondo motivo è così rubricato: "Violazione degli artt. 1362 comma 1 e 2 c.c., 1363 c.c. e 1366 c.c. in materia di interpretazione contrattuale relativamente all'interpretazione dell'atto pubblico di divisione del 16.11.2007 N. Rep. 15706 a cura del Notaio Dott. M.M. e specificamente anche dell'art. 3 in cui si prevede che: 'la divisione comprende annessi e connessi, infissi ed impianti, adiacenze e pertinenze, usi e servitù attive e passive attribuendosi reciprocamente le condividenti gli immobili nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano'". La ricorrente deduce che la Corte distrettuale avrebbe disatteso plurimi canoni di ermeneutica contrattuale nel ritenere l'art. 3 dell'atto di divisione, ancorché generico, idoneo alla costituzione di una servitù prediale. In particolare, il giudice di merito avrebbe violato il criterio dell'interpretazione soggettiva letterale, poiché nella fattispecie, dal tenore della clausola, non sarebbe in alcun modo possibile desumere né la manifestazione di una precisa volontà delle parti diretta a costituire la servitù *de qua agitur*, né l'individuazione di tutti gli elementi atti ad individuarla (fondo dominante e servente, natura del peso imposto, relativa estensione). Il Collegio genovese avrebbe inoltre violato il criterio dell'interpretazione sistematica ex art. 1363 cod. civ., in quanto la generica dicitura della clausola in questione, riferita indistintamente alla pluralità di immobili oggetto di divisione e priva di qualsivoglia specifico riferimento al terreno che si vorrebbe gravato dalla servitù di scarico fognario, non sarebbe altro che una formula di chiusura, ricorrente nei rogiti notarili, priva di effettivo contenuto negoziale. Del pari disattesi, infine, sarebbero il canone dell'interpretazione secondo buona fede e il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento dei contraenti, in quanto il giudice di seconde cure avrebbe ignorato il contegno tenuto da B.B., la quale, pur essendone a conoscenza, non avrebbe informato la condividente dell'esistenza delle condotte nel fondo oggetto di divisione.

(*Omissis*).

Il collegio ritiene preliminare esaminare il secondo motivo di ricorso relativo alla violazione delle regole di interpretazione contrattuale. Rileva il Collegio che la clausola di cui all'art. 3 dell'atto di divisione del 16.11.2007, come riportata nella rubrica del motivo, non possa ritenersi avere un contenuto di mero stile e che l'interpretazione che ne ha dato la Corte d'Appello sia plausibile e, in quanto tale, sottratta al sindacato di legittimità. In proposito è utile richiamare i principi consolidati della giurisprudenza di legittimità in tema di ermeneutica contrattuale e, in primo luogo, quello secondo cui: l'interpretazione di un atto negoziale è un tipico accertamento in fatto riservato al giudice di merito, normalmente incensurabile in sede di legittimità, salvo che nelle ipotesi di omesso esame di un fatto decisivo o per violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale, previsti dall'art. 1362 ss. c.c. (Cass. n. 14355 del 2016, in motiv.).

(*Omissis*).

Alla luce dei principi sopra riportati, l'interpretazione della clausola da parte della Corte d'Appello si rivela conforme alle regole ermeneutiche che governano l'interpretazione della volontà negoziale. In particolare il Collegio intende dare continuità al seguente principio di diritto: In tema di contratti, il giudice di merito, anche a fronte di una clausola estremamente generica ed indeterminata, deve comunque presumere che sia stata oggetto della volontà negoziale, sicché deve interpretarla in relazione al contesto (art. 1363 cod. civ.) per consentire alla stessa di avere qualche effetto (art. 1367 cod. civ.) e, solo se la vaghezza e la genericità siano tali da rendere impossibile attribuire ad essa un qualsivoglia rilievo nell'ambito dell'indagine volta ad accertare la sussistenza ed il contenuto dei requisiti del contratto (art. 1325 cod. civ.), ovvero siano tali da far ritenere che la pattuizione in esame non sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti, può negare ad essa efficacia qualificandola come clausola di "stile". (Sez. 1, Sentenza n. 13839 del 31/05/2013, Rv. 626766 – 01). – *Omissis*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Efficacia delle c.d. clausole "di stile"

Il problema della c.d. clausola di stile. Per molto tempo la giurisprudenza ha affermato l'irrilevanza della clausola c.d. di stile. Le indicazioni del S.C. sono state in questi termini: "in tema di interpretazione dell'accordo negoziale, le clausole di stile sono costituite soltanto da quelle espressioni generiche, frequentemente contenute nei contratti o negli atti notarili, che per la loro eccessiva ampiezza e indeterminatezza rivelano la funzione di semplice completamento formale, mentre non può considerarsi tale la clausola che abbia un concreto contenuto volitivo ben determinato, riferibile al negozio posto in essere dalle parti": Cass. civ., 4 aprile 2023, n. 9281 (*Fam. e Dir.*, 2023, 1074; id., 29 settembre 2011, n. 19876). Oppure dicendo che "la clausola di stile si caratterizza per l'assenza di contenuto volitivo rispetto al negozio posto in essere dalle parti e per la sua funzione di mero completamento formale": id., 12 giugno 1997, n. 5266 o che "le cosiddette 'clausole di stile' sono quelle espressioni tradizionali in alcuni atti notarili che, intese a colmare eventuali omissioni, in realtà rimangono prive di qualsiasi significato giuridico a cagione della loro genericità ed indeterminatezza": id., 5 giugno 1984, n. 3398.

Si è arrivati ad indicare che "quando un negozio riveste la forma dell'atto pubblico, le c.d. clausole di stile sono senz'altro escluse *in re ipsa*, considerato che il compito del notaro rogante (diverso da quello del notaro certificante) è quello (c.d. funzione di adeguamento) di cogliere l'esatta volontà negoziale, avuta dalle parti, e di dare ad essa forma compiuta": App. Roma, 3 febbraio 2000, in *Vita Notar.*, 2000, 770.

Queste indicazioni si concretizzano ad es. a proposito di clausole con cui si dichiara la conoscenza dello stato di fatto e di diritto del bene venduto (Cass. civ., 26 settembre 2017, n. 22363; id., 15 ottobre 1983, n. 6062), di esistenza di servitù attive o passive (Cass. civ., 25 ottobre 2012, n. 18349; id., 18 aprile 2001, n. 5699 ecc.), con cui l'investitore in servizi finanziari dichiari di essere stato informato di tutti i rischi riconducibili all'operazione di acquisto (Cass. civ., 6 luglio 2012, n. 11412); sarebbe altresì clausola di stile quella redatta con generico riferimento non ad uno specifico diritto, ma ad uno qualsiasi dei diritti scaturenti dal rapporto di lavoro (Cass. civ., 13 novembre 1997, n. 11248).

Talora la questione è stata posta in relazione all'idoneità concreta della clausola a realizzare la funzione cui è diretta, sicché il tema si pone non a proposito della volontà delle parti di includere il patto ma della sua formulazione concreta. Ad es. in tema di clausola risolutiva espressa, regolata dall'art. 1456 c.c., è stato detto che "ai fini della configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, costituendo una clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto" (Cass. civ., 3 settembre 2021, n. 23879; id., 12 dicembre 2019, n. 32681; id., 26 luglio 2002, n. 11055 ecc.).

Lo stesso orientamento si ha in proposito del termine essenziale (Cass. civ., 15 ottobre 2007, n. 21587; id., 28 ottobre 2004, n. 20867 ecc.).

Questa valutazione esce talora dai confini contrattuali; ad es. le contestazioni che si devono fare negli atti difensivi processuali, per evitare che i fatti allegati dalle controparti siano pacifici ex art. 115 c.p.c., devono essere analitiche e specifiche, essendo altrimenti inidonee, siccome appunto di stile, affermazioni dirette a contestare "espressamente ed in ogni suo punto il contenuto dell'atto di citazione": Cass. civ., 4 novembre 2021, n. 31837; id., 18 maggio 2011, n. 10860.

Una rassegna più datata della giurisprudenza in Braccini, *Le clausole di stile Rassegna critica di dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. Notar.*, 1962, 494 e segg.

Ovviamente è *quaestio facti* "lo stabilire se una determinata clausola contrattuale sia soltanto di stile ovvero costituisca espressione di una concreta volontà negoziale con efficacia normativa del rapporto": Cass. civ., 2 settembre 2009, n. 19104.

La giurisprudenza difforme. Talora il S.C. si è discostato dall'orientamento che afferma l'irrilevanza della clausola di stile, notando più correttamente che la questione è di fatto; così ad es. Cass. civ., 20 novembre 2018, n. 29902, che con miglior attenzione al problema ha detto che "nell'attività di interpretazione del contratto, il giudice di merito, che deve presumere che la clausola sia stata oggetto della volontà negoziale e quindi interpretarla in relazione al contesto, per consentire alla stessa di avere qualche effetto, può negare l'efficacia della clausola, qualificandola di stile, solo se la vaghezza e la genericità siano tali far ritenere che la pattuizione non sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti"; così anche id., 31 maggio 2013, n. 13839.

Le indicazioni della letteratura. L'orientamento negativo della giurisprudenza non ha trovato sempre convergenza in letteratura, che talora segnala sì la mancanza di una nozione certa di clausola di stile, ma comunque non è favorevole alla stessa. Così ad es. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, nel *comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 240; Grassetti, voce "Clausola del negozio", in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 186; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, Torino, 1980, 625; Carresi, *Il contratto*, I, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 224 e segg.; N. Coviello, *Appunti sulla clausola di stile nei contratti*, in *Foro It.*, 1963, IV, cc. 125-126 (che conferma la posizione in *Clausola di stile e clausola di rinvio*, in *Foro Pad.*, 1965, I, 437 e segg.); anche Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2019, 399-400 le individua laddove "esclude che la disposizione sia stata concordata dai contraenti e faccia parte del regolamento contrattuale".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Di conseguenza si è ad es. negato a queste clausole un significato operativo, al punto che si è detto (ma non è chiaro se con riferimento alla giurisprudenza o come pensiero dell'autore) che la loro peculiarità è data dalla "inidoneità della dichiarazione ad esprimere una specifica volontà delle parti": Sacco, *Il contratto*, Milano, 29016, 625. Anche Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2011, 433 e segg. le ritiene prive di valore precettivo, ma con la precisazione che occorrono "cautela e un rigoroso accertamento da condurre in concreto".

Eppure la genesi storica delle clausole di stile depone a favore di una funzione positiva di tali patti, che nascevano dalla necessità di inserire nel documento quel tipo di indicazioni che la prassi aveva segnalato come idonee al perseguimento di determinati risultati voluti dai contraenti, anche in relazione al basso livello culturale ed alla scarsa conoscenza della tecnica giuridica che, un tempo molto più di oggi, impediva alle parti di esprimere in termini adeguati le loro scelte (Bonilini, *Le clausole contrattuali di stile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, 1211; Braccini, cit., 502 e segg.)

La letteratura possibilista. Con maggior rigore di ragionamento si è detto invece da altri che "ciascuno dei contraenti è ammesso a provare che una data clausola del modulo a stampa da lui sottoscritto o dell'atto notarile formato alla sua presenza, sebbene figurante nel documento contrattuale, non era voluta dalle parti" (Galgano, *Trattato di Diritto Civile*, I, Padova, 2010, 181). Questo in ragione anche del fatto che il principio di conservazione del contratto espresso nell'art. 1367 c.c. "non autorizza minimamente il giudice a trascurare una clausola interdicendole la possibilità di generare effetti in quanto si deve ritenere che se essa è stata inserita in contratto un qualche effetto, una qualche utilità si deve presumere che i contraenti con la stessa volessero raggiungere" (Bonilini, cit., 1264).

La letteratura favorevole. Chi scrive sostiene da più di vent'anni che un patto contrattuale fa parte dell'intero accordo ed è dunque rilevante per la semplice ragione che il consenso delle parti viene espresso su tutto il contenuto del contratto, altro essendo ovviamente che la clausola sia costruita in modo tale da produrre i propri effetti (Sicchiero, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, id., *La risoluzione per inadempimento*, nel *Comm. Schlesinger Busnelli*, Milano, 2007, 608 e segg. con riferimento alla clausola risolutiva espressa e 657 e segg. al termine essenziale).

Va da sé che se una clausola non proviene dalle parti, cioè se sia stata inserita di soppiatto nel contratto, saremmo in presenza non di una clausola di stile ma di una interpolazione del testo dell'atto, come tale nemmeno riconducibile alle dichiarazioni dei contraenti. Che questo accada negli atti notarili mi pare francamente solo ipotetico, considerando il compito del notaio previsto dall'art. 47 l.n. e le modalità di stipula, che prevedono l'integrale rilettura dell'atto prima della sottoscrizione; figurarsi se vi partecipino anche i testimoni.

Ma questo è comunque un discorso del tutto diverso dall'affermare che una clausola di stile, pur accettata dalle parti, sarebbe irrilevante perché appunto di stile: questa è una manifesta affermazione autoreferenziale.

Si tratta cioè di accertare la validità intrinseca del patto, cioè la sua concreta formulazione, non di parlare di inidoneità astratta della clausola in quanto di stile.

Dire che un immobile è acquistato "con tutte le servitù attive e passive" non produce l'effetto di rendere opponibile una servitù non trascritta e nemmeno evidente, laddove si discutesse di sua usucapione; se invece la servitù è trascritta, l'acquirente non potrà mai lamentare un ipotetico errore derivante dal non averne compresa l'esistenza.

Talora la giurisprudenza si è resa conto della necessità di applicare la regola *magis valeat quam pereat* (art. 1467 c.c.); ad es. Cass. civ., 2 settembre 2009, n. 19104 ha indicato che, pur essendo rimessa alla valutazione del giudice di merito accertare se la clausola sia di stile o meno, occorre valorizzare anche "il principio di conservazione delle clausole contrattuali", cui si richiama anche id., 27 gennaio 2009, n. 1950. Ed infine, quanto al controllo di legittimità: che una clausola sia stata o meno inserita in contratto contro o in assenza di volontà delle parti è ovviamente questione di fatto, che spetta al giudice di merito accertare. Che una clausola appaia o meno idonea a regolare un effetto è questione di fatto quanto ad analisi concreta del suo contenuto, in relazione alle domande da decidere, mentre è questione di diritto quanto al suo rapporto con le norme di legge, purché davvero si tratti di interpretare le norme di legge e non i patti contrattuali. Che, ad es., la clausola che richiama la violazione di ogni patto del contratto agli effetti previsti dall'art. 1456 c.c. sia inidonea siccome di stile, mi pare soluzione troppo sbrigativamente risolta in senso negativo in sede di legittimità, se non risulti in sede di merito che vi sia una pluralità di patti rispetto ad alcuno dei quali non si possa parlare di inadempimento (es. le clausole dichiarative o l'elezione di domicilio). Ma se in concreto un contratto sia costituito magari di due sole clausole tutte precettive, quella formulazione potrebbe risultare in concreto idonea: è appunto una *quaestio facti*.

Gianluca Sicchiero

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Contratto

Cassazione civile, Sez. II, 20 marzo 2024, n. 7447 – Pres. Di Virgilio – Rel. Amato – A.A. (avv. Maglione) – B.B. e C.C. (avv. Tomasino). *App. Napoli, 10 dicembre 2018, n. 5673.*

Obbligazioni e contratti – Meritevolezza – Clausola atipica

Il giudizio di meritevolezza di una clausola atipica, ex *art. 1322, 2° comma, c.c., non può avere ad oggetto l'equilibrio complessivo tra i contrapposti interessi privati qualora le prestazioni reciproche conservino un contenuto lecito e risulti con chiarezza la ragione che induce le parti allo scambio delle prestazioni (nella specie, la Suprema Corte ha cassato la sentenza impugnata che aveva dichiarato nulla, in quanto priva di causa per il forte squilibrio dell'assetto negoziale, la clausola, apposta ad un contratto di compravendita immobiliare, che obbligava i venditori al pagamento di una penale giornaliera nel caso di ritardo nella consegna delle opere relative al giardino pertinenziale a prescindere dalla circostanza che il ritardo fosse stato determinato da motivi indipendenti dalla loro volontà).*

Omissis. – 2. Con il secondo motivo si deduce violazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1325, 1343, 1346, 1381 cod. civ. e 12 preleggi, falsa applicazione dell'art. 1218 cod. civ., in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3) cod. proc. civ. Il ricorrente censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato nulla la clausola atipica – contenuta nel rogito con cui si prevedeva l'obbligo dei venditori di corrispondere una penale di Euro 100,00 al giorno nell'ipotesi di ritardo nella consegna delle opere relative al giardino, incluso il ritardo nei tempi di rilascio della concessione in sanatoria da parte del Comune – in quanto non supererebbe il vaglio di meritevolezza, *ex* art. 1322 cod. civ., stante il superamento dello squilibrio negoziale tale da implicare la mancanza di causa giustificatrice. Nella ricostruzione del ricorrente si tratta, invece, di clausola di assunzione del rischio perfettamente valida, posto che nel nostro sistema giuridico – che non riconosce il principio di equivalenza del sinallagma – non è consentito il sindacato sull'equivalenza delle prestazioni; né può il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. trasformarsi in un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare (Cass. Sez. 2, n. 36740 del 25.11.2021, richiamata in memoria).

2.1. Il motivo è fondato. Deve preliminarmente rilevarsi l'inconferente riferimento nel mezzo di gravame al principio di diritto enunciato, in *obiter*, da una pronuncia di questa Corte (Cass. n. 36740 del 2021, cit.) con riferimento ad un rapporto intercorso tra un consumatore ed un professionista, mentre nel caso che ci occupa entrambi i soggetti del contratto di compravendita immobiliare sono "parti private": il rapporto è, pertanto, qualificabile come "C2C" (secondo la terminologia comunitaria), rispetto al quale l'allora vigente art. 1469-*bis*, comma 1, cod. civ. non poteva trovare applicazione.

2.2. Tanto premesso, il patto dichiarato nullo dalla Corte distrettuale, inserito nell'atto pubblico di compravendita, così recita: "i venditori si obbligano nel caso in cui i lavori stessi non fossero, sia pure per motivi non dipendenti dalla loro volontà, completati per il 30 aprile 2003, a versare una penale di Euro 100,00 al giorno per i primi 250 giorni di ritardo a partire dal 1° maggio 2003. A tal fine consegnano all'acquirente un assegno di Euro 25.000,00 che l'acquirente metterà all'incasso immediatamente, autorizzandolo, in caso di ritardo nel completamento dei lavori, a trattenere la somma di Euro 100,00 al giorno, con la restituzione della differenza ai venditori entro il periodo di 250 giorni di cui innanzi, salvi gli ulteriori danni in caso di ritardo superiore a 250 giorni nel completamento dei lavori medesimi". La Corte distrettuale – correttamente riferendosi ad un orientamento consolidato di questa Corte che esclude l'applicabilità degli effetti specifici stabiliti dal legislatore per la clausola penale in assenza di inadempimento o ritardo imputabile al debitore (Cass. n. 4603 del 02/08/1984, cit. dalla Corte d'appello, confermata di recente da: Cass. n. 13956 del 2019; Cass. 10/05/2012, n. 7180; 30/01/1995, n. 1097) – ha escluso che la pattuizione in esame possa essere qualificata come clausola penale, trattandosi invece di clausola di contenuto atipico, come tale assoggettabile al vaglio di meritevolezza, *ex* art. 1322, comma 2, cod. civ.

2.2.1. Il Collegio non condivide, tuttavia, né l'opportunità di sottoporre al vaglio di meritevolezza una pattuizione lecita, né le ragioni in virtù delle quali la Corte distrettuale perviene ad un esito negativo di tale giudizio, laddove ritiene che il forte squilibrio dell'assetto negoziale, a tutto vantaggio dell'acquirente, implichi la mancanza di causa giustificatrice.

Deve innanzitutto rilevarsi che la questione relativa allo squilibrio originario nello scambio tra attribuzioni reciproche non è attratta nell'area della causa, poiché opera sul piano degli effetti, e quindi sul piano del rapporto negoziale e della sua esecuzione: eventuali squilibri nelle reciproche attribuzioni patrimoniali non comportano l'invalidità dell'atto di autonomia sotto il profilo della causa, ma postulano un concreto assetto di interessi eminentemente "privati" e, quindi, l'eventuale ricorso a strumenti di tutela di natura risolutoria. Quando, infatti, la prestazione reciproca conserva un significato trasparente e un contenuto lecito, non spetta ad un'autorità esterna alle parti – quale è quella giudiziale, priva dei poteri preventivi e generali del legislatore – il giudizio, singolare e *a posteriori*, sull'equilibrio dei valori scambiati. Del resto, l'interesse non meritevole di tutela si colloca tra il difetto di causa (anche per assenza di serietà di essa) e la causa illecita (per contrasto con norme imperative, con l'ordine pubblico, con il buon costume).

2.2.2. Venendo al caso di specie, i contenuti essenziali che emergono dalla pattuizione sopra riportata possono essere così riassunti: nel regolamento degli opposti interessi, l'obbligo di completamento dei lavori del giardino pertinenziale – assunto dalla parte venditrice anche con precise scadenze temporali, che giungono fino ad includere un maggior danno rispetto a quello forfettariamente pattuito – è sostenuto da un obbligo risarcitorio che assume connotazioni di garanzia nei confronti degli interessi della parte acquirente, tanto da essere onorato in parte in anticipo, e comunque dovuto anche nel caso in cui l'inadempimento, o il ritardo nell'adempimento, si verifichi a prescindere dalla sua imputabilità in capo agli obbligati.

2.2.3. Esclusa l'illiceità di tale pattuizione, un controllo in termini di meritevolezza si imporrebbe ove non risultasse con chiarezza la concreta ragione che induce le parti ad uno

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

scambio. Una volta emerse le ragioni lecite, il patto atipico si pone al di qua del confine con la nullità per difetto del titolo giustificativo dello scambio: solo varcato detto confine troviamo la regola dell'art. 1322 cod. civ. che meriti il costo di una coercizione giudiziale.

Quel che rende meritevole di tutela una situazione fondata su un patto atipico lecito né del tutto irrilevante è un canone di giudizio interno – che spetta al giudice del merito individuare – all'equilibrio complessivo fra i contrapposti interessi privati. Nel caso che ci occupa, la causa giustificatrice del patto atipico lecito sopra riportato non è assolutamente mancante: essa è, invece, rinvenibile nell'intento di garanzia rispetto a rischi (p.e.: la concessione in sanatoria da parte del Comune) dei quali parte acquirente si è del tutto spogliata, e dei quali si è fatta invece interamente carico parte venditrice.

2.3. La pronuncia merita, pertanto, di essere cassata in *parte qua*, e il giudizio rinviato alla medesima Corte d'Appello di Napoli in diversa composizione affinché, alla luce dei criteri sopra definiti, verifichi la persistenza di un equilibrio tra i contrapposti interessi dei venditori e dell'acquirente. – *Omissis.*

La meritevolezza della clausola atipica

Enrico Minervini*

Si esamina il problema del controllo di meritevolezza della clausola atipica inserita in un contratto tipico.

La clausola atipica del contratto tipico

Dottrina[1] e giurisprudenza[2] sono solite parlare, in modo generico ed opinabile[3], del contratto tipico con clausola atipica (ovvero con patto atipico). Si intende fare riferimento alla alterazione dello schema legalmente tipico per sottrazione, ovvero per modificazione o addizione di clausole[4], e così alla clausola che deroga alla disciplina dispositiva del tipo, ovvero che arricchisce il contenuto di un contratto tipico, colmando una lacuna della sua disciplina, senza comportare però la fuoriuscita del contratto stipulato dal tipo stesso[5]. Al riguardo, si discorre: di variazioni e modifiche del contenuto del contratto tipico, mercè l'introduzione di elementi individuali extratipici, e di determinazioni accessorie portate da clausole particolari, purché non vengano superati i limiti di elasticità del tipo[6]; di varianti di contratti tipici[7]; del tipico che viene contaminato dall'atipico, mediante l'inserimento di clausole in schemi contrattuali disciplinati dalla legge[8].

Superfluo sottolineare la difficoltà di distinguere tra clausola che non comporta la fuoriuscita del contratto stipulato dal tipo, e clausola che tale fuoriuscita comporta, e quindi la difficoltà di distinguere tra clausola atipica e contratto atipico[9].

La clausola atipica per cui è causa

Nel quadro sin qui illustrato si inserisce perfettamente l'ordinanza che si commenta. La Cassazione è chiamata a pronunciarsi su di una clausola atipica di un contratto tipico quale la compravendita[10]: infatti, è ampiamente diffusa la tesi[11] secondo cui la clausola che obbliga il debitore a versare una somma a titolo di c.d. penale anche in ipotesi di inadempimento o di ritardo derivanti da cause non imputabili al debitore stesso "non possa essere qualificata come clausola penale trattandosi di clausola dal contenuto atipico, come tale assoggettabile al vaglio di meritevolezza, *ex* art. 1322, 2° comma, c.c."[12]. L'ordinanza ritiene infatti che la clausola in questione prevede "un obbligo risarcitorio che assume connotazioni di garanzia nei confronti della parte acquirente, tanto da essere (...) comunque dovuto anche nel caso in cui l'inadempimento, o il ritardo nell'adempimento, si verifichi a prescindere dalla sua imputabilità in capo agli obbligati"[13], sicché è rinvenibile nella clausola "l'intento di

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Cfr. ad es. Rescigno, *Tipicità ed atipicità dei rapporti: prassi e regole notarili*, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, II, Padova, 1997, 1918; da ultimo, De Lorenzi, *Causa concreta e interesse meritevole di tutela*, in *Arch. Dir. Civ.*, 2024, 66 e seg.; nella manualistica, Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, L ed., Padova, 2022, 214 e seg.

[2] Vedi tra le altre Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro It.*, 2016, I, 2021, con *note* di Pardolesi, Palmieri e Tassone; Cass. civ., 19 gennaio 2018, n. 1465, in *Giur. Comm.*, 2018, II, 498, con *nota* di Mogavero.

[3] Così Breccia, *Art. 1322*, in *Comm. C.C.* Gabrielli, Torino, 2011, 123.

[4] Travan, *Meritevolezza ed equilibrio contrattuale, un binomio che non funziona*, nota a Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Giur. It.*, 2023, 1809.

[5] Minervini, *La "meritevolezza" del contratto, Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, II ed., Torino, 2023, 43.

[6] Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 249 e segg., 294, e *passim*.

[7] Gentili, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, II ed., Torino, 2006, 1522.

[8] Benedetti e Guerrini, *Meritevolezza e arricchimenti (in)giustificati: il "contratto di rivelazione di diritti successori"*, nota a Trib. Genova, 7 novembre 2008, in *Contratti*, 2010, 366.

[9] Cipriani, *Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, 759 e seg., parla di un terreno a dir poco sdrucciolevole, che conosce inevitabili zone grigie. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Giur. It.*, 2023, 1794 e seg., nella motivazione, con *note* di Minervini, Piraino, Travan, Pistelli.

[10] La clausola è riportata nel par. 2.2 della motivazione.

[11] La giurisprudenza è citata nel par. 2.2 della motivazione. In dottrina, cfr. Marini, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 117 e segg.; Mazzarese, *Clausola penale*, in *Codice civile, Commentario Schlesinger*, Milano, 1999, 519 e segg.; De Nova, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, II, III edizione, in *Trattato di diritto civile Sacco*, Torino, 2004, 158.

[12] Par. 2.2 della motivazione.

[13] Par. 2.2.1 della motivazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

garanzia rispetto a rischi (...) dei quali parte acquirente si è del tutto spogliata, e dei quali si è fatta invece interamente carico parte venditrice"[14].

Il controllo di meritevolezza

L'art. 1322, 2° comma, c.c. testualmente limita il controllo di meritevolezza ai soli contratti atipici, con esclusione quindi dei contratti tipici.

Secondo un diffuso orientamento dottrinale, la formulazione letterale della norma non lascia spazio all'estensione del controllo di meritevolezza ai contratti tipici[15]. Infatti, il giudizio di meritevolezza concerne non la causa del singolo concreto contratto, ma lo schema negoziale generale ed astratto (il modello tipico diffuso nella prassi, e quindi il tipo sociale), indipendentemente dalle particolarità del caso di specie, e serve per accertare se i nuovi schemi o modelli o strutture contrattuali entrino o no a far parte dell'ordinamento, ed acquistino quindi rilevanza sul piano giuridico[16]. Insomma, il giudizio di meritevolezza ha natura tipologica e va svolto in chiave tipologica, e cioè va riferito non al singolo concreto contratto, ma allo schema generalizzabile, che è in grado di esprimere una forma di organizzazione dei rapporti economici razionale e giustificata sul piano sociale, e quindi ripetibile e replicabile in futuro, perché suscettibile di assurgere a modello generalizzabile di organizzazione dei rapporti stessi. Infatti, l'ordinamento riconosce tutela soltanto agli atti di autonomia privata destinati ad appagare interessi diffusi e stabili, e non episodici, isolati ed estemporanei[17].

Nello stesso senso si esprime la giurisprudenza, secondo la quale il giudizio di meritevolezza è ancorato al presupposto della atipicità contrattuale, e quindi frutto di un'autonomia privata che, in quel determinato e peculiare esercizio, sebbene abbia già trovato riconoscimento nella realtà socio-economica, non ancora rinviene il proprio referente nel tipo prefigurato dalla legge[18].

La debolezza di siffatta ricostruzione della meritevolezza, che avrebbe ad oggetto il tipo sociale, non può essere sottaciuta[19]. Basti pensare che la giurisprudenza riconnette il giudizio di meritevolezza al tipo sociale, ma sostiene al contempo che lo stesso giudizio concerne la causa concreta[20]: la contraddizione è sin troppo evidente[21].

Sul punto, è inutile indugiare, in quanto nella nozione di contratto atipico, e quindi nell'ambito di applicazione dell'art. 1322, 2° comma, c.c. rientra, secondo l'orientamento che si va criticando, non soltanto lo schema individuale assolutamente originale ed unico, ed il tipo sociale, ma anche la clausola atipica del contratto tipico[22]: pertanto, anche la clausola atipica è soggetta al controllo di meritevolezza, essendo poi dibattuto se a tale controllo sia assoggettata la sola clausola atipica singolarmente considerata, o l'intero regolamento contrattuale nel quale è inserita la clausola atipica, o la clausola atipica come inserita nel concreto assetto contrattuale[23].

La meritevolezza e la liceità

Sul rapporto corrente tra meritevolezza e liceità, o (forse meglio) tra immeritevolezza e illiceità, l'ordinanza che si commenta non è certamente limpida.

L'esordio sul tema è sconcertante, allorquando nell'ordinanza si afferma di non condividere "l'opportunità di sottoporre al vaglio di meritevolezza una pattuizione lecita", laddove è ovvio che se la stessa è illecita è nulla per l'appunto per illiceità, e non per immeritevolezza[24]. Deve trattarsi di un *lapsus calami*, in quanto in altro luogo l'ordinanza parla diffusamente della meritevolezza del "patto atipico lecito"[25]: ed in questo senso si esprime anche la massima ufficiale. Sembra quindi che l'ordinanza voglia prestare adesione all'orientamento, prevalente tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che, sia pure con argomentazioni non sempre coincidenti, distingue, e non identifica, controllo di liceità e controllo di meritevolezza[26].

Di sapore squisitamente classificatorio e dogmatico

---

[14] Par. 2.2.3 della motivazione.

[15] Sicchiero, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, 210.

[16] Cfr. ad es., in termini non del tutto coincidenti, Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 42 e segg.; Eadem, *For you for nothing o immeritevolezza*, nota a Cass. civ., 15 febbraio 2016, n. 2900, ed a Cass. civ., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, 733; Lener, *Il nuovo "corso" giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro It.*, 2018, V, 226 e seg.; Idem, *La meritevolezza degli interessi nella recente elaborazione giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2020, 623 e segg.

[17] Piraino, voce "Meritevolezza degli interessi", in *Enc. Dir., I tematici*, I, *Contratto*, Milano, 2021, 689 e segg.; Idem, *La meritevolezza degli interessi. Genesi, evoluzione, concetto e applicazioni*, in *Storia Metodo Cultura*, 1/2022, *La meritevolezza*, 152 e segg.; Idem, *La causa del contratto e la meritevolezza degli interessi*, in *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, II, Torino, 2024, 1183 e segg.

[18] Cass. civ., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro It.*, 2018, I, 3026, nella motivazione con *nota* di De Luca; Cass., civ., 10 gennaio 2012, n. 65, reperibile nel sito *www.onelegale.wolterskluwer.it*, nella motivazione.

[19] Per una critica a tale ricostruzione cfr. Minervini, *La "meritevolezza" del contratto*, cit., 40 e segg.

[20] Oltre alla giurisprudenza indicata nella nota 18, cfr. Cass. civ., 13 maggio 2020, n. 8881, in *Banca Borsa*, 2022, II, 250, nella motivazione, con *nota* di Confortini; Cass. civ., 20 marzo 2019, n. 7868, in *Giur. It.*, 2019, 1310, nella motivazione, con *nota* di Di Majo.

[21] Minervini, *La "meritevolezza" del contratto*, cit., 51 e seg.

[22] Vedi la giurisprudenza indicata nella nota 2.

[23] Cfr., in vario senso orientati, Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 252; D'Amico, *La meritevolezza del contratto secondo il canone delle Sezioni unite*, nota a Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Contratti*, 2023, 266; Natale, *Le clausole di indicizzazione nei contratti di leasing al vaglio delle Sezioni unite*, nota a Cass. civ., 16 marzo 2022, n. 8603, in *Foro It.*, 2022, I, 1646 e seg.; Palmieri e Pardolesi, *Claims made nel post-diritto*, nota a Cass. civ., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro It.*, 2018, I, 3512 e segg.; Carnevali, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni unite*, nota a Cass. civ., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Contratti*, 2016, 765.

[24] Par. 2.2.1 della motivazione.

[25] Par. 2.2.3 della motivazione.

[26] Per una ricostruzione delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali sia consentito rinviare a Minervini, *La "meritevolezza" del contratto*, cit., 19 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

è poi l'ulteriore assunto dell'ordinanza, secondo cui "l'interesse non meritevole di tutela si colloca tra il difetto di causa (anche per assenza di serietà di essa) e la causa illecita (per contrasto con norme imperative, con l'ordine pubblico, e con il buon costume)"[27]: non può sfuggire l'equivocità del richiamo al difetto di causa, per giunta abbinato all'assenza di serietà della stessa.

Collegato con l'assunto testé trascritto è poi l'ulteriore affermazione dell'ordinanza, in base alla quale "una volta emerse le ragioni lecite, il patto atipico si pone al di qua del confine con la nullità per difetto del titolo giustificativo dello scambio: solo varcato detto confine troviamo la regola dell'art. 1322 c.c. che meriti il costo di una coercizione giudiziale"[28]. Insomma, secondo l'ordinanza, se la causa è lecita il patto atipico non varca il confine della nullità per difetto di causa; se la causa è lecita ma viene varcato detto confine, allora il contratto è immeritevole. Quale sia il confine, non è dato peraltro intendere, sicché la distinzione tra illiceità ed immeritevolezza, fatta propria dall'ordinanza, resta oscura.

La meritevolezza e l'equilibrio

Nemmeno sul rapporto corrente tra meritevolezza ed equilibrio, o (forse meglio) tra immeritevolezza e squilibrio, l'ordinanza che si commenta si dimostra limpida.

L'ordinanza esordisce affermando di non condividere "le ragioni in virtù delle quali la Corte distrettuale perviene ad un esito negativo di tale giudizio [di meritevolezza], laddove ritiene che il forte squilibrio dell'assetto negoziale, a tutto vantaggio dell'acquirente, implichi la mancanza di una causa giustificatrice"[29]. Non avendo a disposizione la motivazione della sentenza della Corte di Appello di Napoli, non è dato intendere in cosa consista siffatto squilibrio, e cioè se si voglia alludere ad uno squilibrio economico, ovvero ad uno squilibrio normativo (ferma restando la difficoltà di distinguere tra l'uno e l'altro, in quanto il secondo si riflette pressoché inevitabilmente sul primo)[30]: secondo un consolidato orientamento tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, solo il secondo, e non il primo, rileva in sede di controllo di meritevolezza. Infatti, la mera convenienza economica del contratto è insindacabile dal giudice, in quanto è rimessa esclusivamente al giudizio delle parti. Insomma, l'equilibrio economico è un profilo di esclusivo dominio dell'autonomia privata: il contratto non può dirsi immeritevole soltanto perché poco conveniente per una delle parti[31]. Non si intende pertanto se l'ordinanza si allinei a siffatto orientamento, oppur no.

Leggendo il prosieguo dell'ordinanza, sembrerebbe che la stessa voglia escludere ogni possibile "contaminazione" tra meritevolezza ed equilibrio economico: si afferma infatti non spettare all'autorità giudiziaria "il giudizio, singolare e *a posteriori*, sull'equilibrio dei valori scambiati"[32]. Pertanto, nel giudizio di meritevolezza non gioca alcun ruolo lo squilibrio economico del contratto.

Sorprendente è l'assunto ulteriore dell'ordinanza, secondo cui "la questione relativa allo squilibrio non è attratta nell'area della causa perché opera sul piano degli effetti, e quindi sul piano del rapporto negoziale e della sua esecuzione: eventuali squilibri nelle reciproche attribuzioni patrimoniali non comportano l'invalidità dell'atto sotto il profilo della causa, ma postulano un concreto assetto di interessi eminentemente "privati" e quindi l'eventuale ricorso a strumenti di tutela di natura risolutoria"[33]. Il riferimento allo squilibrio dello scambio dovrebbe confermare che l'ordinanza intende escludere che l'equilibrio economico giochi un ruolo nel giudizio di meritevolezza. Misteriose sono invece le ulteriori considerazioni trascritte, in base alle quali lo squilibrio originario dello scambio riguarderebbe non la causa ma gli effetti, e quindi l'esecuzione del contratto, con conseguente applicazione di rimedi risolutori: non si comprende cioè come uno squilibrio originario dello scambio possa portare alla risoluzione del contratto.

Peraltro, l'ordinanza non parla mai (né di equilibrio economico né) di equilibrio normativo, ma più genericamente di equilibrio complessivo fra i contrapposti interessi privati: ed in questo senso si esprime anche la massima ufficiale. E così, si afferma che "quel che rende meritevole di tutela una situazione fondata su un patto lecito né del tutto irrilevante è un canone di giudizio interno – che spetta al giudice di merito individuare – all'equilibrio complessivo dei contrapposti interessi privati"[34]; e si rinvia il giudizio alla Corte di Appello di Napoli in diversa composizione affinché, "alla luce dei criteri sopra definiti, verifichi la persistenza di un equilibrio tra i contrapposti interessi dei venditori e dell'acquirente"[35]. A fronte di criteri tracciati in modo così labile, il compito del giudice di rinvio sarà tutt'altro che agevole, chiamato a stabilire l'equilibrio dei contrapposti non meglio definiti interessi.

Per giunta, il Supremo Collegio non chiarisce se il

[27] Par. 2.2.1 della motivazione.
[28] Par. 2.2.3 della motivazione.
[29] Par. 2.2.1 della motivazione.
[30] Minervini, *La "meritevolezza" del contratto*, cit., 34 (trattasi peraltro di una costatazione largamente diffusa in dottrina).
[31] Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, cit., 1791 e seg., nella motivazione, Cass. civ., 18 ottobre 2023 n. 28998, nella motivazione, reperibile nel sito *www.onelegale.wolterskluwer.it;* Cass. civ., 30 ottobre 2023, n. 30063, in *Foro It.*, 2024, I, 939, nella motivazione, con *nota* di Maffeis; Cass. civ., 11 gennaio 2024, n. 1253, in *Foro It.*, 2024, I, 809, nella motivazione, con note di Antolini e Palmieri; Minervini, *Profili della meritevolezza del contratto*, *nota* a Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Giur. It.*, 2023, 1798; Manelli, *Equilibrio giuridico ed economico nell'art. 1322, comma 2, c.c.: la c.d. clausola di rischio cambio nel leasing*, *SS.UU. n. 5657/2023*, in *Contratti*, 2023, 414 e segg.
[32] Par. 2.2.1 della motivazione.
[33] Par. 2.2.1 della motivazione.
[34] Par. 2.2.3 della motivazione.
[35] Par. 2.2.3 della motivazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giudice di rinvio debba valutare l'equilibrio della sola clausola atipica, o del contratto nella sua interezza, o della clausola atipica come inserita nel concreto assetto negoziale (in questo senso potrebbe forse militare il riferimento all'equilibrio "complessivo" dei contrapposti interessi privati): problema esaminato in precedenza, e complicato nel caso di specie dalla possibile qualificazione della clausola per cui si controverte come clausola contratto (o clausola negozio)[36].

La meritevolezza e la trasparenza o chiarezza

Si è detto che l'ordinanza che si commenta non è limpida, per quanto concerne il rapporto corrente da un lato tra meritevolezza e liceità, e dall'altro tra meritevolezzza ed equilibrio. Tuttavia, il vero punto debole dell'ordinanza si rinviene nel fugace cenno che opera al rapporto tra meritevolezza e trasparenza o chiarezza (o meglio tra immeritevolezza e intrasparenza od oscurità).

L'ordinanza afferma che, "quando, infatti, la prestazione reciproca conserva un significato trasparente e un contenuto lecito, non spetta ad un'autorità esterna alle parti – qual è quella giudiziale, priva dei poteri preventivi e generali del legislatore – il giudizio, singolare e *a posteriori*, sull'equilibrio dei valori scambiati"[37]; ed, ancora, che, "esclusa l'illiceità di tale pattuizione [la clausola atipica per cui si controverte], un controllo in termini di meritevolezza si imporrebbe ove non risultasse con chiarezza la concreta ragione che induce le parti ad uno scambio"[38].

Da queste scarne affermazioni sembra di desumere che, secondo il Supremo Collegio, la valutazione di meritevolezza di una clausola atipica non può aver luogo ove la clausola stessa sia, nel contempo, da un lato lecita, e dall'altro trasparente e chiara: ed in questo senso si esprime, in sostanza, anche la massima ufficiale.

Del rapporto corrente tra meritevolezza e liceità si è già trattato: il giudizio di meritevolezza ha necessariamente ad oggetto le sole clausole lecite, e non quelle illecite, sicché sorprende l'insistenza dell'ordinanza sul punto.

In ordine al rapporto corrente tra meritevolezza e trasparenza o chiarezza, l'ordinanza contraddice frontalmente l'insegnamento della Suprema Corte a Sezioni unite, che sin troppo categoricamente[39] statuisce che "una clausola contrattuale astrusa od inintellegibile non rende il contratto nullo o immeritevole *ex* art. 1322 c.c.: dinanzi a clausole contrattuali oscure il giudice deve ricorrere agli strumenti legali di ermeneutica (artt. 1362-1371 c.c.), e non ad un giudizio di immeritevolezza"; "l'equazione (...) per cui macchinosità della clausola = immeritevolezza è dunque erronea in punto di diritto", in quanto la "difficoltà di interpretazione" è una circostanza irrilevante ai fini del giudizio di immeritevolezza[40].

Questi assunti delle Sezioni unite lasciano perplessi, in quanto sottovalutano il problema del rapporto corrente tra interpretazione (in particolare, *ex* art. 1366 c.c.) e giudizio di meritevolezza[41], e quindi il legame corrente tra la conoscenza e la conoscibilità dei termini concreti di un'operazione economica ed il giudizio di meritevolezza sulla stessa[42].

Sorprende, allora, non soltanto che l'ordinanza contraddica frontalmente l'insegnamento delle Sezioni unite, "degradando" in sostanza l'immeritevolezza al rango di mera sanzione dell'oscurità contrattuale, ma che proceda a tanto senza un rigo di argomentazione, teso a criticare tale insegnamento.

Conclusioni

L'ordinanza che si commenta sembra decidere correttamente la vicenda per cui è causa (e non è un merito da sottovalutare): la sentenza della Corte di Appello di Napoli (della quale peraltro non si ha a disposizione la motivazione, sicché non resta che contentarsi dei cenni alla stessa operati dall'ordinanza) viene giustamente cassata. Del pari, l'ordinanza individua correttamente tre importanti nuclei problematici, aventi ad oggetto, rispettivamente, il rapporto corrente tra la meritevolezza, da un lato, e la liceità, l'equilibrio, e la trasparenza o chiarezza, dall'altro. In ordine al primo ed al secondo, l'ordinanza non prende però una posizione limpida; in ordine al terzo, invece, prende una posizione netta, ed "eterodossa", rispetto all'insegnamento delle Sezioni unite, ma purtroppo senza argomentare in proposito.

---

[36] Sulla clausola contratto (o negozio) vedi Sicchiero, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003, 238 e segg.; con specifico riguardo alla clausola penale, cfr. Marini, *La clausola penale*, cit., 65 e segg.; con specifico riguardo alla meritevolezza della clausola contratto, vedi Travan, *Meritevolezza ed equilibrio contrattuale*, cit., 1809.

[37] Par. 2.2.1 della motivazione.

[38] Par. 2.2.1 della motivazione.

[39] Minervini, *Profili della meritevolezza del contratto*, cit., 1797; da un differente angolo visuale, Piraino, *Su causa e meritevolezza, muovendo dal leasing indicizzato a un doppio parametro*, nota a Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, in *Giur. It.*, 2023, 1801 e seg.; Idem, *La causa del contratto come finalità individuale di rilevanza sociale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2023, 755 e segg.

[40] Cass. civ., Sez. un., 23 febbraio 2023, n. 5657, cit., 1790 e segg., nella motivazione. Conforme la successiva giurisprudenza della Suprema Corte: Cass. civ., 18 ottobre 2023, n. 28998, cit., nella motivazione; Cass. civ., 30 ottobre 2023, n. 30063, cit., 939, nella motivazione; Cass. civ., 11 gennaio 2024, n. 1253, cit., 809, nella motivazione. Siffatto insegnamento è condiviso senza riserve da Antolini, *Meritevolezza del contratto di risparmio edilizio (Bausparvertrag) e limiti al giudizio ex art. 1322, comma 2, c.c.*, nota a Cass. civ., 11 gennaio 2024, n. 1253, in *Foro It.,* 2024, I, 817.

[41] Minervini, *Profili della meritevolezza del contratto*, cit., 1797.

[42] Dolmetta, *A margine dell'ammortamento "alla francese"; gravosità del meccanismo e sua difficile intelligenza*, in *Banca Borsa,* 2022, I, 659.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Processuale Civile e ADR

a cura di Claudio Consolo

con Chiara Besso, Salvatore Boccagna, Mauro Bove, Antonio Carratta,
Elena D'Alessandro, Marcella Negri, Alberto A. Romano, Achille Saletti e Marcello Stella

Translatio iudicii intergiurisdizionale

Cassazione civile, Sez. un., 4 settembre 2024, n. 23712 (ordinanza) – Rel. Falabella – Pres. Massa – Pres. agg. D'Ascola – P.G. Cardino (diff.) – Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità Regione siciliana (Avvocatura dello Stato) – C&T s.p.a. (avv.ti Cintioli, Lo Pinto, Astorre). *Accoglie il ricorso e rinvia alla corte di appello*

Ricorso per cassazione – *Ex* art. 111, 8º comma, Cost. – Cassazione della sentenza del Consiglio di Stato per difetto di giurisdizione – *Translatio iudicii* intergiurisdizionale – Giudice ordinario competente

In tema di giurisdizione, a seguito dell'abrogazione dell'art. 353 c.p.c., nel caso in cui la sentenza del giudice amministrativo di appello che abbia ritenuto esistente la giurisdizione del giudice amministrativo sia cassata in ragione dell'accertata giurisdizione del giudice ordinario, il giudizio deve essere riassunto davanti al giudice ordinario di appello, e non avanti a quello di primo grado. (Massima non ufficiale)

Omissis. – L'abrogazione dell'art. 353, con la conseguente riformulazione del terzo comma dell'art. 354, è destinata a spiegare effetti anche con riguardo ai casi in cui sia la Corte di cassazione a riconoscere la giurisdizione ordinaria che nel precedente corso del giudizio sia stata negata, tanto dal giudice di primo grado che da quello di appello. Con riguardo all'ipotesi in cui la giurisdizione sia stata impropriamente esclusa in sede civile è facile osservare che la causa andrà riassunta avanti al giudice di appello, non avendo evidentemente più senso la soluzione del rinvio al primo giudice, coerentemente seguita, prima della riforma, dalla giurisprudenza di questa Corte, e fondata sul disposto dell'art. 383, comma 3, c.p.c., che appunto disciplina la cassazione con rinvio al giudice di primo grado (Cass. Sez. U. 25 gennaio 1985, n. 353; Cass. Sez. U. 1 marzo 1979, n. 1316; Cass. 7 ottobre 2015, n. 20098). Se il giudice di appello non può più rimettere la causa in primo grado per motivi di giurisdizione è giocoforza che tanto non possa fare nemmeno il giudice di legittimità: il presupposto della rimessione della causa al giudice di primo grado da parte della Corte di cassazione è infatti il ricorrere di una delle situazioni in forza delle quali il giudice del gravame avrebbe dovuto restituire le parti al giudice di prima istanza, giusta il cit. art. 383, comma 3, c.p.c.: e tra queste non è più ricompreso il positivo accertamento della giurisdizione del giudice ordinario, precedente negata.

3.4. – Una conclusione non dissimile si impone per il caso in cui la giurisdizione del giudice ordinario sia stata a torto esclusa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, o – è lo stesso – dal Consiglio di Stato, in sede di appello. L'abrogazione dell'art. 353 c.p.c. obbedisce al criterio di delega che ha inteso limitare le ipotesi di rimessione del giudizio al giudice di primo grado ai soli casi di violazione del contraddittorio (cfr. art. un., comma 8, lett. o), L. n. 206/2021). La soluzione risponde all'esigenza di salvaguardare la ragionevole durata del processo, allineando la fattispecie della illegittima declinatoria della giurisdizione del giudice ordinario alle altre ipotesi – escluse quelle di cui all'art. 354, comma 1, c.p.c. – in cui il giudizio di primo grado si chiuda con una sentenza in rito che dia rilievo all'esistenza di condizioni ostative alla decisione di merito che il giudice di appello reputi insussistenti (si pensi all'incompetenza, alle ragioni di improcedibilità, o ancora, a seguito della sostituzione del secondo comma dell'art. 354, all'estinzione del giudizio); nell'un caso come negli altri non vi è regressione del giudizio in primo grado. Il risultato dell'intervento del legislatore delegato non risulta perfettamente allineato alle indicazioni della legge delega, dal momento che è stata esclusa la rimessione della causa al giudice di primo grado per i casi di erronea declinatoria di giurisdizione e di illegittima dichiarazione di estinzione del procedimento, non anche per la fattispecie dell'accertamento, da parte del giudice del gravame, della nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161, comma 2, c.p.c.

Tuttavia, nel complesso, l'assetto normativo risultante dall'abrogazione dell'art. 353 e dalla modifica dell'art. 354 c.p.c. appare segnato dalla volontà legislativa di escludere il rinvio del giudizio in primo grado salvo che in presenza delle anomalie processuali più gravi occorse in quello stadio del procedimento: la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, la mancata integrazione del contraddittorio, l'illegittima estromissione di una parte (fattispecie, queste che danno tutte vita, appunto, alla violazione del contraddittorio) e la mancata sottoscrizione della sentenza da parte del giudice (che si traduce in una nullità assoluta e insanabile della pronuncia e del procedimento).

Ebbene, appare coerente con tale disegno del legislatore la soluzione per cui, anche in caso di mancata declinatoria di giurisdizione da parte del giudice amministrativo di appello, all'accertata giurisdizione del giudice ordinario da parte della Corte di cassazione debba seguire la riassunzione del giudizio avanti al giudice civile di secondo grado. L'anomalia processuale data dalla mancata declinatoria della giurisdizione da parte del giudice amministrativo non è difatti equiparabile alle ipotesi di più grave difformità dal modello legale contemplate dall'art. 354 c.p.c.: essa può

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

piuttosto affiancarsi al caso del giudice civile di appello che illegittimamente neghi di avere giurisdizione.

Deve evitarsi di creare una patente irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi qui in esame e quella in cui la Corte regolatrice cassi la sentenza della corte di appello che abbia declinato la giurisdizione. In entrambi i casi è evidentemente mancato un accertamento di merito da parte del giudice munito di giurisdizione, dal momento che la pronuncia della Corte di cassazione fa seguito a provvedimenti che hanno impropriamente escluso che tale giurisdizione competesse al giudice civile, che invece ne era munito: il giudice amministrativo di appello ha deciso la causa nonostante fosse carente di giurisdizione e quello ordinario di appello, che ne era munito, non l'ha decisa affatto, dando atto di esserne carente. Poiché il procedimento deve essere trattato, istruito e deciso da un giudice civile che non si è ancora pronunciato nel merito, è sensato affermare che nelle due ipotesi l'ulteriore corso del detto procedimento debba seguire lo stesso binario, giustificandosi, per tale via, che l'avvio della nuova fase, conseguente alla cassazione con rinvio, abbia luogo avanti al giudice di secondo grado. Ove così non fosse, alla stessa situazione, marcata dalla mancanza di una decisione di merito da parte del giudice civile dotato di giurisdizione, farebbero irragionevolmente seguito percorsi processuali differenziati (l'uno in unico grado, l'altro in doppio grado).

3.5.– Deve in conclusione enunciarsi il seguente principio di diritto:

"In tema di giurisdizione, a seguito dell'abrogazione dell'art. 353 c.p.c., nel caso in cui sentenza del giudice amministrativo di appello che abbia ritenuto esistente la giurisdizione del giudice amministrativo sia cassata in ragione dell'accertata giurisdizione del giudice ordinario, il giudizio deve essere riassunto avanti al giudice ordinario di appello, e non avanti a quello di primo grado". – *Omissis.*

Rinvio *ex* art. 383 c.p.c. VS *translatio iudicii*: due concetti da non sovrapporre

Il caso. La Società C. impugnava avanti al T.A.R. della Sicilia un atto della Regione che irrogava una penale per l'inadempimento, da parte della Società C., ad alcune obbligazioni assunte con contratto concluso tra la Regione e la Società N., cui era poi subentrata la Società C. Il T.A.R. rigettava l'eccezione della Regione di difetto di giurisdizione amministrativa a favore di quella ordinaria, ed accoglieva il ricorso della Società C. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana respingeva le impugnazioni proposte, e così anche il motivo di gravame svolto dalla Regione e teso a censurare la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo. La Regione proponeva ricorso per cassazione *ex* art. 111, 8° comma, Cost., facendo valere il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. La S.C., a Sezioni unite, accoglieva il ricorso, riconosceva la giurisdizione del giudice ordinario negata per due gradi dai giudici amministrativi, e però affermava che "il giudice ordinario avanti al quale la causa deve essere riassunta va identificato nella corte di appello nel cui distretto si trova il giudice territorialmente competente a conoscere della controversia" (par. 3.1, ord., Sez. un., 4 settembre 2024, n. 23712).

Su questa indicazione del giudice avanti cui riassumere la causa, e sul principio di diritto enunciato ("in tema di giurisdizione, a seguito dell'abrogazione dell'art. 353 c.p.c., nel caso in cui la sentenza del giudice amministrativo di appello che abbia ritenuto esistente la giurisdizione del giudice amministrativo sia cassata in ragione dell'accertata giurisdizione del giudice ordinario, il giudizio deve essere riassunto avanti al giudice ordinario di appello, e non avanti a quello di primo grado": par. 3.5, ord.), si concentra questo commento.

Il ragionamento delle Sez. un. (e una premessa). Vediamo un po' più nel dettaglio l'argomentare seguito dalle Sezioni unite per concludere che la *translatio iudicii* intergiurisdizionale (perché di questo si tratta) andasse effettuata al giudice ordinario di appello anziché a quello di primo grado, e perché su tale argomentare non possiamo convenire.

Prima, però, una doverosa premessa. Se si guarda al caso deciso dalla ord. n. 23712/2024 si può bene comprendere (anche se non avallare) perché la *translatio iudicii* al giudice civile di I grado sia parsa alle Sezioni unite conclusione (corretta ma) ingiusta: la domanda era già stata conosciuta e decisa 'nel merito' in due gradi (seppur avanti alla giurisdizione poi ritenuta sbagliata). Per effetto dell'accoglimento del ricorso della Regione soccombente, e della *translatio iudicii* che segue al rilievo del difetto relativo di giurisdizione, il giudizio avrebbe infatti dovuto riprendere nuovamente in I grado (avanti alla giurisdizione ordinaria competente), con la prospettiva di altri due nuovi gradi di merito, con buone probabilità destinati a durare almeno il doppio dei due gradi di merito inutilmente svoltisi davanti al giudice amministrativo.

Scenario abnorme, ne conveniamo; del resto questa della durata del giudizio è se non la più importante una tra le più importanti variabili sistemologiche del riparto tra giurisdizioni. E tuttavia la soluzione indicata dalle Sezioni unite (applicazione – analogica? – della logica sottesa all'abrogazione dell'art. 353 c.p.c.) può potenzialmente applicarsi a qualsiasi caso di *translatio iudicii* e generare molti più problemi di effettività di tutela di quelli che si sarebbero così voluti risolvere. Come si vedrà.

Questo, comunque, il ragionamento esposto nella ordinanza in commento.

Le Sezioni unite partono da una serie di constatazioni sicuramente condivisibili (par. 3.3, ord.): la riforma del 2022 è intervenuta sul novero delle ipotesi (eccezionali) di rimessione della causa dal giudice di appello a quello di primo grado; per effetto dell'abrogazione dell'art. 353 c.p.c. tra quelle ipotesi eccezionali di rimessione non compare più quella di erronea declinatoria di giurisdizione da parte del giudice di I grado; oggi, dunque, se il giudice di appello riforma la sentenza di I grado di (errata) declinatoria di giurisdizione tratterà la causa presso di sé e la deciderà per la prima volta nel merito. Corrispondentemente, la S.C. che accolga il ricorso contro la sentenza di appello che abbia confer-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mato la declinatoria di giurisdizione del giudice di I grado non rimetterà più la causa al giudice di primo grado *ex* art. 383, 3° comma, c.p.c. (che richiama l'art. 354 c.p.c.), ma la rinvierà al giudice di appello *ex* art. 383, 1° comma, affinché la tratti, istruisca e decida

Sin qui anche per noi tutto condivisibile.

Non lo è invece il passaggio successivo (par. 3.4, ord.), ove le Sezioni unite vorrebbero esportare il descritto regime – che non riguarda una ipotesi di *translatio iudicii*: la erronea declinatoria di giurisdizione, dia o meno luogo in sede di gravame alla rimessione in I grado, non comporta lo spostamento della causa davanti ad un diverso plesso giurisdizionale, poiché era competente la giurisdizione originariamente adita – al diverso caso di *translatio iudicii* intergiurisdizionale che veda la giurisdizione civile quale giurisdizione di approdo.

Si legge nell'ordinanza che poiché il legislatore del 2022, con l'intervento sugli artt. 353 (abrogato) e 354 c.p.c., ha mostrato di voler "escludere il rinvio del giudizio in primo grado salvo che in presenza delle anomalie processuali più gravi occorse in quello stadio del procedimento" (tra cui non rientra l'erronea declinatoria di giurisdizione); e poiché "l'anomalia processuale data dalla mancata declinatoria della giurisdizione da parte del giudice amministrativo non è equiparabile alle ipotesi di più grave difformità dal modello legale contemplate dall'art. 354 c.p.c."; allora, o si ammette che la *translatio iudicii* conseguente alla cassazione della sentenza di II grado dal giudice speciale al giudice ordinario debba avvenire con riassunzione avanti al giudice di appello, oppure si avrebbe una "patente ed irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi qui in esame e quella in cui la Corte regolatrice cassi la sentenza della corte di appello che abbia declinato la giurisdizione".

Gli artt. (383 e) 353 e 354 c.p.c. non operano nel caso di *translatio iudicii*. Le ragioni di dissenso rispetto alla soluzione prospettata dall'ordinanza in commento sono varie; almeno cinque.

Partiamo dall'affermazione da ultimo ricordata, per cui se si riconoscesse che la *translatio iudicii* dal giudice speciale (che per due gradi si è erroneamente ritenuto giurisdizionalmente competente) a quello ordinario dovesse essere effettuata avanti al Tribunale (come sempre si è creduto), ciò determinerebbe una disparità di trattamento con la situazione di colui che, proposta domanda al giudice ordinario e vistosela rigettare in rito per carenza di giurisdizione, con una decisione confermata in appello, si veda infine dare ragione dalla S.C. e rimettere (oggi, per effetto dell'abrogazione dell'art. 353 c.p.c., *ex* art. 383, 1° comma, c.p.c.) la causa avanti al giudice di appello.

A noi pare che nessuna disparità di trattamento vi sia, perché le due situazioni non condividono pressocché nulla: nel primo caso abbiamo una *translatio iudicii*, la lite è incardinata davanti ad una giurisdizione errata e può proseguire avanti a quella giusta; nel secondo caso non c'è alcuna *translatio*, perché la giurisdizione individuata è quella (alfine dichiarata) giusta. Nel primo caso abbiamo due decisioni di merito, seppur rese dalla giurisdizione non competente; nel secondo caso ci sono due decisioni di rito (declinatoria di giurisdizione confermata in appello), sbagliate.

I presupposti per ragionare con il principio della disparità di trattamento tra situazioni omologhe non ci sono; c'è invece, questo sì (l'abbiamo detto noi pure in apertura), la sensazione che due gradi di merito, anche se davanti alla giurisdizione sbagliata, seguiti da altri due gradi di merito avanti alla giurisdizione giusta, siano eccessivi, soprattutto se si considera che il legislatore, con la abrogazione dell'art. 353 c.p.c., ha reputato sufficiente un solo grado di merito. Questa constatazione può certo portare ad un ripensamento dei profili dinamici del riparto tra giurisdizioni non penali, *de iure condendo* però, e non tramite interpretazioni analogiche di previsioni che a tali tipi di interpretazioni certamente non si prestano.

E veniamo alla seconda ragione di dissenso: gli artt. 353 e 354 c.p.c. disciplinano ipotesi eccezionali, da sempre riconosciute non sorrette da una logica d'insieme (v. G. Balena, *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, 47 e segg.). Non è quindi sulla *ratio* di quelle previsioni (o della loro abrogazione) che può essere fondata una nuova costruzione della disciplina della *translatio iudicii* intergiurisdizionale che veda la giurisdizione civile quale approdo.

In ogni caso poi (e siamo alla terza ragione di dissenso), la giurisprudenza – in relazione alla *translatio* per competenza, ma con ragionamento che *a fortiori* deve valere allora per la *translatio* intergiurisdizionale – ha giustamente chiarito che gli artt. 353 (ante sua abrogazione) e 354 c.p.c. non vengono in rilievo quando si tratta di *translatio iudicii*: "in materia di regolamento di competenza non opera il divieto di rimessione al primo giudice fissato dagli artt. 353 e 354 c.p.c.: non si tratta di una rimessione in violazione delle ipotesi, tassative, previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., quanto della individuazione del giudice originariamente competente a decidere, innanzi al quale devono essere rimesse le parti per non privarle del diritto alla celebrazione del processo, fin dal primo grado di giudizio, dinanzi al proprio giudice naturale" (così Cass. civ., 9 novembre 2021, n. 32817).

(Segue): i rischi della 'nuova' interpretazione. Quarta ragione di dissenso. La ord. n. 23712/2024, se troverà seguito, introdurrà una ulteriore differenza circa le modalità della *translatio iudicii* intergiurisdizionale a seconda della giurisdizione di approdo: cassata la decisione che, in due gradi, conferma la giurisdizione, se il plesso giurisdizionalmente competente è quello ordinario, la causa andrà riassunta avanti alla corte di appello; se invece è un giudice speciale, andrà al giudice di I grado (T.A.R.; commissione tributaria provinciale; o sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti). Mentre proprio l'idea della piena

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

comunicabilità tra plessi giurisdizionali imporrebbe di adottare soluzioni il più possibile uniformi quanto alla disciplina della trasmigrazione della lite (v. già Consolo, *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in *Corriere Giur.*, 2011, 351 e segg., spec. 357, in critica alla scelta – questa però positivamente sancita – che vuole diverso il meccanismo della trasmigrazione, riassunzione o invece riproposizione della domanda con retrodatazione degli effetti, a seconda del plesso giurisdizionale di arrivo).

Le Sezioni unite, per vero, non dicono espressamente che d'ora in avanti vi sarà questa ulteriore diversità di disciplina, ma ci pare corollario del loro argomentare: la riassunzione da *translatio iudicii* avanti alla corte di appello è argomentata dalla abrogazione, per effetto della riforma del 2022, dell'art. 353 c.p.c.; mentre la rimessione al giudice di I grado a valle dell'accoglimento del gravame contro la sua declinatoria di giurisdizione resta presso le giurisdizioni speciali: "in tal modo [con l'abrogazione dell'art. 353 c.p.c.] la disciplina del processo civile che segue la declaratoria di giurisdizione del giudice ordinario si distacca da quella dettata per le ipotesi in cui il giudice d'appello e il giudice tributario [ma pure, soggiungiamo, il giudice contabile: art. 199 cod. giustizia contabile] abbiano riconosciuto la giurisdizione (rispettivamente amministrativa e tributaria) che il giudice di primo grado abbia negato. Infatti l'art. 105, comma 1, c.p.a. e l'art. 59, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 546/1992 prevedono tuttora che in tali evenienze la causa sia rimessa al giudice di primo grado" (par. 3.3, ord.).

Infine l'ultimo argomento, quello che però ci pare più importante: così si rischia di aprire la via ad una serie di incertezze (e conseguenti possibilità di errore) circa il giudice *ad quem*, che rendono incerto l'agire processuale delle parti.

Perché se è vero che le Sezioni unite, nel principio di diritto enunciato, riferiscono la *translatio iudicii* direttamente al giudice di appello al caso in cui sia stata cassata la decisione del giudice speciale che per due gradi si sia detto giurisdizionalmente competente; è altresì vero che il loro argomentare (l'abrogazione dell'art. 353 c.p.c. evidenzierebbe la volontà del legislatore di riconoscere un solo grado di merito una volta emendato l'errore sulla giurisdizione) potrebbe trovare applicazione anche ad altre ipotesi.

Per esempio il caso in cui sia il giudice speciale di appello a declinare la giurisdizione (erroneamente affermata in I grado) a favore del giudice ordinario: avanti a chi (tribunale o corte di appello) andrà effettuata la *translatio*? E se per errore la parte riassumesse il processo avanti al giudice ordinario sbagliato (tribunale o corte di appello), quale conseguenza avrebbe il suo errore? Darebbe luogo ad una nuova *translatio iudicii* questa volta intragiurisdizionale, o voterebbe ad inammissibilità l'iniziativa (come accade nel caso di errore nella scelta del giudice del gravame)?

Stessi non marginali problemi si potrebbero poi porre per il caso in cui la declinatoria di giurisdizione da parte del giudice speciale di I grado a favore di quello ordinario sia fatta oggetto di impugnazione: in questo caso, se il Consiglio di Stato dovesse confermare la sentenza del T.A.R. che declina la propria giurisdizione ed individua come giurisdizionalmente competente il giudice ordinario, la riassunzione andrà effettuata in appello o in primo grado? Questa ipotesi, si badi, è quella che più si avvicina al caso dell'accoglimento dell'appello contro l'erronea declinatoria del difetto di giurisdizione ad opera del giudice ordinario di I grado: in tutti e due i casi non c'è stata alcuna decisione sul merito. Eppure, crediamo, qui vi sarebbe una minore ritrosia (ad accantonare l'argomento che fa leva sull'abrogazione dell'art. 353 c.p.c., e) ad ammettere che la causa vada riassunta avanti al giudice ordinario di I grado, per essere ivi finalmente, per la prima volta, decisa nel merito.

Insomma, come abbiamo detto in apertura, il caso concreto deciso dalle Sezioni unite si prestava bene ad una salomonica riassunzione avanti al giudice ordinario di secondo grado (dopo due gradi di merito avanti al giudice amministrativo, dichiarato dalle Sezioni unite giurisdizionalmente incompetente). E tuttavia, la soluzione non trova nessun appiglio positivo, e rischia di ingenerare molti più problemi di tutela, rispetto ai benefici in termini di ragionevole durata per alcune solo ipotesi di *translatio iudicii* intergiurisdizionale.

Claudio Consolo e Federica Godio

Legittimazione sostanziale e processuale

Cassazione civile, Sez. I, 29 febbraio 2024, n. 5478 – Pres. De Chiara – Rel. Campese – Fallimento E. S.r.l. (avv. De Crescenzo) – M. e M. (avv.ti De Crescenzo e Aiuto) – B.P.N. S.p.A. (avv. Patti) – M. SPV S.r.l. (avv. Fioretti). *Cassa con rinvio App. Salerno, 16 ottobre 2018, n. 1577.*

Processo civile – Cessione di credito – Notificazione al debitore ceduto – Efficacia della cessione nei confronti del debitore ceduto – Prova della cessione – Insufficienza – Cessione di crediti in blocco ai sensi dell'art. 58 t.u.b. – Pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale – Prova del trasferimento della titolarità del credito – Inidoneità

In caso di azione promossa da chi si affermi cessionario del credito dedotto in giudizio, la notificazione della cessione al debitore ceduto, ai sensi dell'art. 1264 c.c., rileva al solo fine di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eseguito al cedente. Quando la cessione sia

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

oggetto di specifica contestazione da parte del debitore (e solo in tale caso), il cessionario del credito ha l'onere di fornirne la prova che, di regola, può essere raggiunta anche in base a presunzioni. Tali principi valgono anche in caso di cessione di crediti in blocco da parte di istituti bancari a ciò autorizzati, ai sensi dell'art. 58 t.u.b., D.Lgs. n. 385/1993; in tale ipotesi, la pubblicazione della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale, prevista dal 2° comma della suddetta disposizione, tiene luogo e ha i medesimi effetti della notificazione della cessione ai sensi dell'art. 1264 c.c. e non costituisce di per sé prova della cessione, potendo al più essere valutata, unitamente ad altri elementi, quale indizio (Massima non ufficiale).

Omissis. – Fatti di causa

1. B.P.N. s.p.a. ottenne dal Tribunale di Nocera Inferiore il decreto ingiuntivo n. 2200/2008, in suo favore ed in danno di E. s.r.l. (debitrice principale), A.M. e M.M. (fideiussori), per la somma di euro 496.606,68, oltre interessi e spese della procedura monitoria, dovutale, quanto ad euro 413.778,00, per ricevute bancarie insolute e, per euro 82.828,68, per fatture anticipate insolute.

1.1. Avverso tale decreto E. s.r.l., la M. ed il M. proposero tempestiva opposizione, che, nel contraddittorio con la costituitasi B.P.N. s.p.a., fu respinta dal menzionato tribunale con sentenza n. 293/2011.

2. Analogo esito negativo ebbe pure il gravame dagli stessi promosso contro quella decisione, rigettato dall'adita Corte di appello di Salerno con sentenza del 16 ottobre 2018, n. 15777, pronunciata nel contraddittorio con la banca suddetta ed il Fallimento E. s.r.l. medio tempore dichiarato.

(*Omissis*).

3. Per la cassazione di questa sentenza hanno promosso distinti ricorsi, illustrati anche da unica memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ., il Fallimento E. s.r.l. nonché A.M. e M.M., affidandosi, il primo, a nove motivi e, i secondi, a dodici motivi. La B.P.N. s.p.a., destinataria della notificazione di detti ricorsi, non ha svolto difese in questa sede. Ha resistito, invece, con unico controricorso, riferito ad entrambi i ricorsi predetti, M. SPV s.r.l. (qualificandosi cessionaria del preteso credito di cui si discute), tramite la sua mandataria H.I. s.r.l., a sua volta mandataria di S.S. s.p.a., a propria volta mandataria di M. SPV s.r.l.

Ragioni della decisione

(*Omissis*).

2. Rileva pregiudizialmente il Collegio, quanto all'avvenuta costituzione, in questa sede, con un atto denominato "controricorso", – e benché non destinataria della notificazione dei ricorsi del Fallimento E. s.r.l. e di A.M. e M.M. – della M. SPV s.r.l. (affermatasi cessionaria del preteso credito di cui si discute), tramite la sua mandataria H.I. s.r.l., a sua volta mandataria di S.S. s.p.a., a propria volta mandataria di M. SPV s.r.l., che detta costituzione deve essere qualificata come un intervento ex art. 111 cod. proc. civ., dalla stessa spiegato quale asserita subentrata a B.P.N. s.p.a. nella titolarità (anche) del credito di cui si discute.

2.1. L'ammissibilità di una tale tipologia di intervento in questa sede, benché astrattamente configurabile alla stregua delle argomentazioni tutte rinvenibili in Cass. n. 34562 del 2022 e Cass. n. 7721 del 2023 (alle cui esaustive motivazioni, sui corrispondenti specifici punti, può qui farsi rinvio ex art. 118, comma 1, disp. att. cod. proc. civ.), deve essere valutata, tuttavia, concretamente, tenendo conto, in particolare: i) di quanto rinvenibile nella giurisprudenza di questa Corte con riguardo agli oneri di allegazione e prova gravanti sul soggetto che proponga impugnazione oppure – come avvenuto nella specie – vi resista nell'asserita qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado o fase di giudizio; ii) della condotta processuale mantenuta dalla parte diversa da quella interessata dalla vicenda successoria suddetta, fin da ora rimarcandosi, peraltro, che, nell'odierno giudizio di legittimità, le parti ricorrenti Fallimento E. s.r.l. nonché A.M. e M.M., nella loro unitaria memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. (*omissis*) del 7 dicembre 2023, hanno specificamente contestato l'essere effettivamente M. SPV s.r.l. cessionaria del credito di cui si discute.

(O*missis*).

2.2. Orbene, esigenze di chiarezza impongono di premettere che la legittimazione ad agire serve ad individuare la titolarità del diritto ad agire in giudizio. Ragionando ex art. 81 cod. proc. civ., per il quale "Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui", essa spetta a chiunque faccia valere nel processo un diritto assumendo di esserne titolare. Secondo una tradizionale e condivisibile definizione la "parte" è il soggetto che in proprio nome domanda o il soggetto contro il quale la domanda, sempre in proprio nome, è proposta. Oggetto di analisi, dunque, al fine di valutare la sussistenza della legittimazione ad agire, è la domanda, nella quale l'istante deve affermare di essere titolare del diritto dedotto in giudizio. Ciò che rileva, quindi, è la prospettazione (discorso analogo vale per la simmetrica legittimazione a contraddire, che attiene alla titolarità passiva dell'azione e che, anch'essa, dipende dalla prospettazione nella domanda di un soggetto come titolare dell'obbligo o della diversa situazione soggettiva passiva dedotta in giudizio). Nel caso in cui l'atto introduttivo del giudizio (o, per quanto qui di specifico interesse, l'atto mediante il quale si interviene in un giudizio instaurato da altri) non indichi, quanto meno implicitamente, l'istante medesimo come titolare del diritto di cui si chiede l'affermazione ed il convenuto come titolare della relativa posizione passiva, l'azione (al pari dell'intervento in causa) sarà inammissibile. Naturalmente ben potrà accadere che poi, all'esito del processo, si accerti che la parte non era titolare del diritto che aveva prospettato come suo (o che la controparte non era titolare del relativo obbligo), ma ciò attiene al merito della causa e non esclude la legittimazione a promuovere un processo (oppure ad intervenirvi). L'istante perderà la causa, con le relative conseguenze, ma aveva diritto di intentarla (o di intervenirvi). Da quest'analisi emerge, allora, come una cosa sia la legittimazione ad agire, altra cosa sia la titolarità del diritto sostanziale oggetto del processo. La legittimazione ad agire mancherà tutte le volte in cui dalla stessa prospettazione della domanda emerga che il diritto vantato in giudizio non appartiene all'attore (nella specie, dunque, essa deve considerarsi sussistente in ragione della mera affermazione di M. SPV s.r.l. di aver agito quale cessionaria anche del credito di cui si discute). La titolarità del diritto sostanziale (di cui qui concretamente si discute) attiene, invece, al merito della causa, alla fondatezza della domanda. I due regimi giuridici sono, conseguentemente, diversi. Nella specie, ciò che rileva effettivamente è il secondo di essi, pertanto diviene sufficiente ricordare, in

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

conformità a Cass., SU, n. 2915 del 2016, che: i) la titolarità della posizione soggettiva, attiva o passiva, vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda ed attiene al merito della decisione, sicché spetta a chi la invochi allegarla e provarla, salvo il riconoscimento, o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione ad opera della controparte; ii) le contestazioni, da parte di quest'ultima, della titolarità del rapporto controverso dedotte dall'istante hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti; iii) la carenza di titolarità, attiva o passiva, del rapporto controverso è rilevabile di ufficio dal giudice se risultante dagli atti di causa.

2.3. Fermo quanto precede, rileva il Collegio che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, il soggetto che proponga impugnazione oppure vi resista nell'asserita qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado o fase di giudizio, deve non soltanto allegare la propria legitimatio ad causam per essere subentrato nella medesima posizione del proprio dante causa, ma altresì fornire la prova – la cui mancanza, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase della impugnazione, è rilevabile d'ufficio – delle circostanze costituenti i presupposti di legittimazione alla sua successione nel processo ex artt. 110 e 111 cod. proc. civ.

(*Omissis*).

2.4. Pertanto, alla stregua dell'appena descritto indirizzo ermeneutico, – che il Collegio, condividendolo, intende ribadire – M. SPV s.r.l., onde giustificare la propria legittimazione ad intervenire in questa sede perché subentrata nella titolarità del credito di cui si discute, avrebbe dovuto non soltanto allegare ma anche fornire la dimostrazione della relativa circostanza, la cui mancanza, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase della impugnazione, è, come già anticipatosi, rilevabile d'ufficio.

2.4.1. La menzionata società, in proposito, ha dichiarato di depositare, unitamente al "controricorso", tra l'altro: i) la "G.U. – Parte Seconda – n. 5 del 13 gennaio 2018" (cfr. doc. indicato sub n. 7), recante l'avviso dell'avvenuta cessione, da parte di B.B. s.p.a. (già incorporante per fusione la B.P.N. s.p.a.) a M. SPV s.r.l., di alcuni dei suoi crediti (tra cui quello di cui oggi ancora si controverte, ai sensi degli artt. 1 e 4 della legge n. 130 del 1999 e 58 del d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U.B.); ii) la "Copia comunicazione di cessione credito" (cfr. doc. sub 9).

2.4.2. Così operando, tuttavia, M. SPV s.r.l. ha finito per confondere il requisito della "notificazione" della cessione al debitore ceduto, necessario ai fini dell'efficacia della cessione stessa nei confronti di quest'ultimo e dell'esclusione del carattere liberatorio dell'eventuale pagamento dal medesimo eseguito in favore del cedente, con la prova dell'effettiva avvenuta stipulazione del contratto di cessione e, quindi, del concreto trasferimento della titolarità di quel credito, prova necessaria per dimostrare la reale legittimazione sostanziale ad esigerlo da parte del preteso cessionario, laddove tale qualità sia contestata (come accaduto nella specie per effetto di quanto si è detto in precedenza) dal debitore ceduto.

2.4.3. Invero, in linea generale, ai fini della prova della cessione di un credito, benché non sia di regola necessaria la prova scritta, di certo non può ritenersi idonea, di per sé, la mera notificazione della stessa operata al debitore ceduto dal preteso cessionario ai sensi dell'art. 1264 cod. civ., quanto meno nel caso in cui, sul punto, il debitore ceduto stesso abbia sollevato una espressa e specifica contestazione, trattandosi, in sostanza, di una mera dichiarazione della parte interessata.

2.4.4. Tale principio vale, ovviamente, in qualunque forma sia avvenuta la cessione ed in qualsiasi forma sia avvenuta la relativa notificazione da parte del cessionario al ceduto; quindi, almeno di regola, anche se la cessione sia avvenuta nell'ambito di un'operazione di cessione di crediti individuabili in blocco da parte di istituti bancari a tanto autorizzati e la notizia della cessione sia eventualmente stata data dalla banca cessionaria mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 58 T.U.B.

(*Omissis*).

2.4.5. Fermo quanto precede, rileva il Collegio che, nella recente Cass. n. 17944 del 2023, si legge, tra l'altro (cfr. in motivazione), che "[...] i precedenti di questa Corte in cui pare farsi riferimento alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della notizia della cessione quale prova della stessa, vanno rettamente intesi. Sul punto, si deve certamente condividere, in diritto, quanto già espressamente e ripetutamente affermato nei vari precedenti in cui si è precisato che "una cosa è l'avviso della cessione – necessario ai fini dell'efficacia della cessione – un'altra la prova dell'esistenza di un contratto di cessione e del suo contenuto; di conseguenza la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale esonera sì la cessionaria dal notificare la cessione al titolare del debito ceduto, ma, se individua il contenuto del contratto di cessione, non prova l'esistenza di quest'ultima" (omissis). In tali casi, la questione si risolve in un accertamento di fatto da effettuare in base alla valutazione delle prove da parte del giudice del merito e detto accertamento, come è ovvio, se sostenuto da adeguata motivazione, non sarà sindacabile in sede di legittimità".

2.4.6. La riportata pronuncia ha enunciato, infine, il seguente principio di diritto: "In caso di azione (di cognizione o esecutiva) volta a far valere un determinato credito da parte di soggetto che si qualifichi cessionario dello stesso, occorre distinguere: la prova della notificazione della cessione da parte del cessionario al debitore ceduto, ai sensi dell'art. 1264 c.c., rileva al solo fine di escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eseguito al cedente ed è del tutto estranea al perfezionamento della fattispecie traslativa del credito; quest'ultima, laddove sia oggetto di specifica contestazione da parte del debitore (e solo in tal caso), deve essere oggetto di autonoma prova, gravante sul creditore cessionario, anche se la sua dimostrazione può avvenire, di regola, senza vincoli di forma e, quindi, anche in base a presunzioni. Tali principi valgono anche in caso di cessione di crediti individuabili in blocco da parte di istituti bancari a tanto autorizzati, ai sensi dell'art. 58 T.U.B. In tale ipotesi (e solo per tali specifiche operazioni), la pubblicazione da parte della società cessionaria della notizia dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale, prevista dal secondo comma della suddetta disposizione, tiene luogo ed ha i medesimi effetti della notificazione della cessione ai sensi dell'art. 1264 c.c., onde non costituisce di per sé prova della cessione. Se l'esistenza di quest'ultima sia specificamente contestata dal debitore ceduto, la società cessionaria dovrà, quindi, fornirne adeguata dimostrazione e, in tal caso, la pre-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

detta pubblicazione potrà al più essere valutata, unitamente ad altri elementi, quale indizio. Laddove, peraltro, l'esistenza dell'operazione di cessione di crediti "in blocco" non sia in sé contestata, ma sia contestata la sola riconducibilità dello specifico credito controverso a quelli individuabili in blocco oggetto di cessione, le indicazioni sulle caratteristiche dei rapporti ceduti di cui all'avviso di cessione pubblicato nella Gazzetta Ufficiale potranno essere prese in considerazione onde verificare la legittimazione sostanziale della società cessionaria e, in tal caso, tale legittimazione potrà essere affermata solo se il credito controverso sia riconducibile con certezza a quelli oggetto della cessione in blocco, in base alle suddette caratteristiche, mentre, se tali indicazioni non risultino sufficientemente specifiche, la prova della sua inclusione nell'operazione dovrà essere fornita dal cessionario in altro modo".

2.4.7. Alla stregua dell'appena riportato, e qui condiviso, principio, dunque, e ribadito che il soggetto che proponga impugnazione oppure (come concretamente avvenuto nella specie) vi resista nell'asserita qualità di successore, a titolo universale o particolare, di colui che era stato parte nel precedente grado o fase di giudizio, deve non soltanto allegare la propria legitimatio ad causam per essere subentrato nella medesima posizione del proprio dante causa, ma altresì fornire la prova – la cui mancanza, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase della impugnazione, è rilevabile d'ufficio – delle circostanze costituenti i presupposti di legittimazione alla sua successione nel processo ex artt. 110 e 111 cod. proc. civ. (cfr. tra le più recenti, la già citata Cass. n. 24050 del 2019), ne discende che M. SPV s.r.l., benché gravata del corrispondente onere fin dal momento del deposito del proprio "controricorso", non ha dimostrato adeguatamente la propria qualità di successore a titolo particolare nel diritto controverso di B.P.N. s.p.a., posto che la sola descritta documentazione dalla prima prodotta contestualmente al deposito del suo "controricorso" si rivela affatto inidonea a provare il contratto di cessione in suo favore dei crediti (tra cui quello di cui oggi si discute) già di B.B. s.p.a. (incorporante per fusione B.P.N. s.p.a.). La stessa, infatti, investe il solo requisito della "notificazione" della cessione al debitore ceduto, necessario ai fini dell'efficacia della cessione stessa nei confronti di quest'ultimo e dell'esclusione del carattere liberatorio dell'eventuale pagamento dal medesimo effettuato in favore del cedente, non anche la prova dell'effettiva avvenuta stipulazione del contratto di cessione e, quindi, dell'effettivo trasferimento della titolarità di quel credito.

2.5. Una tale carenza probatoria – rilevabile di ufficio anche da questa Corte, giova nuovamente ricordarlo, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase della impugnazione – nemmeno è stata colmata da una condotta processuale delle parti odierne ricorrenti comportante il riconoscimento o lo svolgimento di difese incompatibili con la negazione della suddetta legittimazione di M. SPV s.r.l. Al contrario, il Fallimento E. s.r.l., la M. ed il M., come pure si è già riferito, con la propria unitaria memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. (nel testo, qui applicabile ratione temporis, risultante dalle modifiche apportategli dal menzionato d.lgs. n. 149 del 2022) ne hanno espressamente contestato la legittimazione ad intervenire in questa sede non avendo la stessa dimostrato il contratto di cessione dei crediti in forza del quale ha affermato di essere titolare del rapporto e/o del credito controverso.

(*Omissis*).

2.6. Resta solo da dire che il menzionato "controricorso" di M. SPV s.r.l. nemmeno offre altri "elementi utili" che permettano a questa Corte di verificare l'esistenza di una prova presuntiva della cessione de qua e dell'inclusione dello specifico credito oggetto del procedimento in esame nel "blocco" dei rapporti ceduti (cfr. Cass. n. 24798 del 2020). Pertanto, essendo mancata la concreta dimostrazione di detta cessione e, conseguentemente, della effettiva titolarità del rapporto controversa in capo a detta società, il suo odierno intervento deve ritenersi inammissibile.

(*Omissis*).

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile l'intervento di M. SPV s.r.l., tramite la sua mandataria H.I. s.r.l., a sua volta mandataria di S.S. s.p.a., a propria volta mandataria di M. SPV s.r.l. – *Omissis.*

Cassazione civile, Sez. III, 18 marzo 2024, n. 7243 – Pres. Travaglino – Rel. Fanticini – O. S.r.l. (avv. Locantore) – P.C.S. S.p.A. (avv. Perlasca). *Cassa Trib. Vercelli, 25 gennaio 2022, n. 362, decidendo nel merito.*

Processo civile – Cessione di crediti in blocco – Conferimento dell'incarico alla riscossione a soggetto non iscritto nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. (D.Lgs. n. 385/1993) – Invalidità – Insussistenza

L'omessa iscrizione all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. (D.Lgs. n. 385/1993) del soggetto incaricato della riscossione di crediti ceduti nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione non è causa d'invalidità del mandato negoziale conferito a tale soggetto e degli atti (anche processuali) compiuti in esecuzione di tale mandato quale servicer, ai sensi della l. 130/1999 sulle cartolarizzazioni (Massima non ufficiale).

Omissis. – Rilevato che:

– O. S.r.l. proponeva opposizione *ex* art. 617 cod. proc. civ. al precetto notificatole il 22/4/2021 da P.C.S. S.p.A., per conto di R.S. SPV S.r.l., cessionaria del credito vantato da B.B. S.p.A. in forza di un mutuo fondiario del 16/12/2011;

– sosteneva l'opponente che l'atto di intimazione non era stato preceduto dalla doverosa notifica del titolo esecutivo e che nel caso non poteva trovare applicazione l'esenzione prevista dall'art. 41, comma 1, D.Lgs. 1/9/1993, n. 385 (T.U.B.) in quanto il Tribunale di Vercelli, con la sentenza n. 120/2021, aveva dichiarato la nullità del mutuo fondiario per superamento del limite di finanziabilità, pur accogliendo la domanda, avanzata dall'opposta, di conversione del mutuo fondiario in mutuo ordinario;

– il Tribunale di Vercelli, con la sentenza n. 362 del 18/7/2022, respingeva l'opposizione; per quanto qui rileva, il giudice di merito affermava che la sentenza n. 120/2021 (che aveva accertato la nullità del mutuo fondiario) era stata appellata e che, dunque, la statuizione con cui si escludeva la riconducibilità del finanziamento all'art. 38 T.U.B. non poteva spiegare effetti prima del passaggio in giudicato; conseguentemente, doveva ritenersi valido il precetto notificato, ancorché non preceduto dalla notificazione del titolo, in forza dell'art. 41, comma 1, T.U.B.;

– avverso tale decisione O. S.r.l. proponeva ricorso per cassazione, affidato ad un unico motivo;

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

– resisteva con controricorso P.C.S. S.p.A., rappresentante di P.C.S. S.p.A., mandataria di R.S. SPV S.r.l.;

(*Omissis*).

Considerato che:

(*Omissis*).

– con la memoria del 7/2/2024, la ricorrente ha eccepito che la "P.C.S. SPA che ha ricevuto la procura per il materiale recupero del credito non è iscritta all'albo di cui all'art. 106 TUB per cui non può procedere alle attività di recupero [...] Da un esame approfondito della normativa emerge che l'attività di recupero dei crediti cartolarizzati è riservata esclusivamente (ex art. 2 comma 6 legge n. 130/1999) in via diretta ai soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 106 TUB [...] Tale eccezione è da inquadrarsi nel difetto di rappresentanza, che non è suscettibile di sanatoria e può essere rilevata di ufficio in ogni grado e stato del procedimento, per cui la detta società non può contraddire al presente ricorso per cassazione trattandosi di attività tesa al recupero del credito";

– ad avviso della O., dunque, dal combinato disposto degli artt. 2, comma 6, della Legge 30 aprile 1999, n. 130, e 106 T.U.B. – secondo cui il servizio di riscossione dei crediti ceduti nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione può essere svolto da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari – si evince che è nullo il conferimento dell'incarico di recupero (anche forzoso) dei crediti ad un soggetto diverso dai predetti e che tale invalidità, che affligge il mandato, si ripercuote sugli atti compiuti nell'esercizio dell'attività;

– l'eccezione – pur avendo trovato riscontro in alcune pronunce di merito – è artificiosa e destituita di fondamento;

– la tesi, infatti, ravvisa nelle citate disposizioni norme imperative inderogabili, in quanto poste a presidio di interessi pubblicistici, con la conseguente nullità, sotto il profilo civilistico, dei negozi intersoggettivi (cessione, mandato, ecc.) e degli atti di riscossione compiuti in loro violazione;

– in proposito si osserva che, in relazione all'interesse tutelato, qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale e astratta, presenta profili di interesse pubblico, ma ciò non basta a connotarla in termini imperativi, dovendo pur sempre trattarsi di "preminenti interessi generali della collettività" o "valori giuridici fondamentali"; il mero riferimento alla rilevanza economica (nazionale e generale) delle attività bancarie e finanziarie non vale di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l'indefinita serie di disposizioni del cd. "diritto dell'economia", contenute in interi apparati normativi (come il T.U.B. o il T.U.F.);

– in particolare, ad avviso del Collegio, le succitate norme non hanno alcuna valenza civilistica, ma attengono alla regolamentazione (amministrativa) del settore bancario (e, più in generale, delle attività finanziarie), la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri (anche sanzionatori) facenti capo all'autorità di vigilanza (cioè, alla Banca d'Italia) e presidiati anche da norme penali;

– conseguentemente, non vi è alcuna valida ragione per trasferire automaticamente sul piano del rapporto negoziale (o persino sugli atti di riscossione compiuti) le conseguenze delle condotte difformi degli operatori, al fine di provocare il travolgimento di contratti (cessioni di crediti, mandati, ecc.) o di atti processuali di estrinsecazione della tutela del credito, in sede cognitiva o anche esecutiva (precetti, pignoramenti, interventi, ecc.), asseritamente viziati da un'invalidità "derivata";

– in altri termini – anche richiamando le argomentazioni e statuizioni di Cass., Sez. U., Sentenza n. 33719 del 16/11/2022, in relazione ad altra speciosa questione (peraltro, agitata in questo giudizio proprio dalla O. S.r.l.) – dall'omessa iscrizione nell'albo *ex* art. 106 T.U.B. del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici (titolo VIII, capo I, del T.U.B.);

– in conclusione, con specifico riferimento all'eccezione qui avanzata, ai fini della validità del controricorso non rileva che la P.C.S. – rappresentante sostanziale di P.C.S., a sua volta mandataria della società veicolo R.S. SPV, cessionaria di credito bancario – sia iscritta (oppure no) nell'albo degli intermediari finanziari;

(*Omissis*).

P.Q.M.

La Corte

accoglie il ricorso;

cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie l'opposizione e dichiara la nullità dell'atto di precetto opposto. – *Omissis.*

Cartolarizzazioni, legittimazione ad agire e titolarità dei crediti nell'apolidia finanziaria

Alberto M. Tedoldi e Paolo Cagliari*

Con le pronunce in epigrafe la Corte di cassazione ha affrontato due questioni di rilevante impatto sul contenzioso riguardante crediti cartolarizzati e ceduti in blocco: la prima attiene alla prova della titolarità del credito in capo al cessionario, a fronte delle contestazioni del debitore ceduto; la seconda riguarda la validità del mandato *ex lege* alla riscossione conferito, in qualità di *servicer*, a soggetto non iscritto all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. Le norme, la giurisprudenza e le prassi applicative in materia di cartolarizzazione dei crediti si collocano nel quadro di attuale predominio dell'economia finanziaria, sovranazionale e apolide, che ha finito per mercificare, spersonalizzare e reificare il tradizionale rapporto socio-economico tra creditore (bancario) e debitore fondato sulla fiducia, sulla *pistis* che indica, a un tempo, il credito e la fede, la quale è "sustanza di cose sperate / e argomento de le non parventi" (Par., XXIV, 64-65).

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il quadro di riferimento: "*business is business*"

Il massiccio ricorso a cessioni in blocco e a operazioni di cartolarizzazione dei crediti deteriorati (*non performing loans*, NPL in acronimo) detenuti dagli istituti di credito cui si è assistito dopo le grandi crisi finanziarie e dei debiti sovrani del 2008 e del 2011 ha fatto emergere una serie di questioni attinenti alla legittimazione sostanziale e processuale delle società cessionarie e dei *servicer* delegati alla riscossione dei crediti ceduti, nel processo di cognizione come in quello di esecuzione forzata.

Nelle teorie monetariste che dominano l'economia finanziaria del nostro tempo, la fatale lentezza di qualunque processo giurisdizionale appare incompatibile con la velocità di circolazione del denaro – pressoché dematerializzato – e più di tutto con gli *animal spirits* dei fondi speculativi che, mercé algoritmi che connettono tempo e denaro ed eseguono "transazioni" in un battito d'ali di colibrì, dominano incontrastati il panorama economico internazionale, solcando inafferrabili ed ectoplasmatici, come *der fliegende Holländer*, i vasti oceani del *business* senza frontiere[1].

Chi sovrintende al controllo dell'"ecosistema di operatori specializzati nella gestione del recupero dei crediti deteriorati", che "rappresenta ormai una componente essenziale della filiera del credito"[2] ha dovuto riconoscere le criticità nel sistema dei controlli sui *servicer* che gestiscono il recupero dei crediti cartolarizzati, soprattutto quando le inerenti attività vengono, come è prassi, affidate a *special servicer*.

Prima di esaminare le due pronunce che formano oggetto della presente nota, par d'uopo accennare, sia pure a grandi linee, ai tratti caratteristici e alle peculiarità delle operazioni sottese a tale tipologia di contenzioso.

In tema di cessione dei crediti, infatti, alla disciplina generale contenuta negli artt. 1260 e seguenti c.c. si sono aggiunte le disposizioni dettate, rispettivamente, nell'art. 58, D.Lgs. n. 385/1993 (t.u.b.), nella L. n. 130/1999 sulla cartolarizzazione dei crediti e nella L. n. 52/1991 sulla cessione dei crediti d'impresa (c.d. *factoring*).

L'art. 58 t.u.b. prevede, in ambito bancario e finanziario (vale a dire, quando a essere cessionari siano banche o soggetti che, per quanto diversi dalle banche, rientrino nel perimetro della cosiddetta vigilanza consolidata *ex* art. 65 t.u.b., nonché gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'art. 107 t.u.b.), la cessione di aziende o di rami d'azienda, nonché di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. Dalle istruzioni emanate dalla Banca d'Italia si evince che deve trattarsi di crediti, debiti e contratti che presentano un comune elemento distintivo, che consenta l'individuazione del complesso dei rapporti ceduti: sicché, esemplificando, può trattarsi della forma tecnica, dei settori economici di destinazione, della tipologia della controparte, dell'area territoriale ecc.

La L. n. 130/1999 disciplina le operazioni di cartolarizzazione, realizzate mediante cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari individuabili in blocco e nelle quali il cessionario è una società costituita *ad hoc*, ai sensi dell'art. 3 l. cit. La cartolarizzazione del credito è una forma di cessione diretta a smobilizzare una serie di crediti pecuniari (presenti o futuri), dei quali sia titolare un'impresa (specialmente bancaria), definita *originator*, attraverso la loro cessione a titolo oneroso – di regola, *pro soluto* – a favore di un soggetto denominato società di cartolarizzazione o *special purpose vehicle* (SPV), la quale provvede, direttamente o tramite una società terza, a emettere titoli, qualificabili come strumenti finanziari soggetti alle disposizioni del t.u.f. (D.Lgs. n. 58/1998) e incorporanti i crediti ceduti, collocandoli sul mercato dei capitali per ricavare la liquidità necessaria a pagare il corrispettivo della cessione e le spese dell'operazione. Il rimborso del capitale e il pagamento degli interessi convenzionali sui titoli emessi vengono garantiti agli investitori dall'ammontare complessivo dei crediti ceduti, da ogni altro credito maturato dalla SPV nel contesto dell'operazione, dai relativi incassi (ossia dai pagamenti, spontanei o coattivi, incassati dai debitori ceduti) e dalle attività finanziarie acquistate con i medesimi titoli. Ai sensi dell'art. 4, L. n. 130/1999, a tali cessioni si applicano le disposizioni contenute nel 2°, 3° e 4° comma dell'art. 58 t.u.b. nonché, quando le parti lo prevedano espressamente, il disposto dei commi 1°, 1°-*bis* e 2° dell'art. 5, L. n. 52/1991 sul *factoring*.

L'art. 7.1, L. n. 130/1999 disciplina specificamente le cessioni dei crediti deteriorati da banche e intermediari finanziari aventi sede legale in Italia e iscritti nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. La cessione in blocco dei crediti o la loro cartolarizzazione ha determinato l'esternalizzazione delle attività di recupero, mediante la creazione di soggetti *ad hoc*, i c.d. *servicer*.

La prassi, peraltro, mostra come tali attività si articolino in più livelli: capita spesso che l'incarico di recupero venga affidato dalla società di cartolarizzazione (SPV) a un *master servicer*, di regola iscritto nell'elenco *ex* art. 106 t.u.b.)[3] che, a propria volta, ne delega lo svolgimento concreto a uno *special servicer* (munito di licenza *ex* art. 115 TULPS, R.D. n. 773/1931[4]): in questo tipo di organizzazione, il *master*

---

[1] Cfr., *si vis*, Tedoldi, *"Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori". Il* Pater noster *secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore*, Bologna, 2021.

[2] Così il Governatore della Banca d'Italia, *Sviluppi economici e politica monetaria nell'area euro*, intervento al 30° Congresso ASSIOM FOREX, Genova, 10 febbraio 2024.

[3] Motivo per cui non è infrequente che la funzione di *servicer* sia affidata allo stesso cedente, quando questo sia una banca o un intermediario finanziario (Campione, *La cartolarizzazione del credito nella prospettiva del rapporto tra* originator *e debitori ceduti: profili civilistici*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2018, 1485).

[4] Art. 115 Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, R.D. n. 773/1931:

"(*Omissis*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

servicer assume il ruolo di responsabile e una funzione istituzionale di garanzia della conformità dell'operazione alle previsioni di legge, mentre allo *special servicer* spettano le funzioni operative direttamente legate alla riscossione dei crediti ceduti e ai servizi di cassa e di pagamento.

Contestazione e prova della cessione in blocco e dell'inclusione del singolo credito azionato

L'art. 58, 2° comma, t.u.b. prescrive che la banca cessionaria di crediti in blocco dia notizia dell'avvenuta cessione mediante iscrizione nel registro delle imprese e pubblicazione in Gazzetta Ufficiale[5].

Il medesimo adempimento è prescritto per le cessioni di crediti poste in essere ai sensi della L. n. 130/1999 sulle cartolarizzazioni, per effetto del richiamo che l'art. 4 l. cit. opera alle disposizioni recate dal 2°, 3° e 4° comma dell'art. 58 t.u.b.

Tale pubblicazione ha funzione sostitutiva della notifica della cessione al debitore ceduto, in relazione al disposto del 2° comma dell'art. 1264 c.c., escludendo l'efficacia liberatoria di eventuali pagamenti effettuati nelle mani del cedente, una volta pubblicata la cessione in Gazzetta Ufficiale.

L'art. 58 t.u.b., quindi, si limita a disporre che venga data notizia dell'avvenuta cessione, stabilendo adempimenti informativi *à forfait* e ridotti ai minimi termini, senza alcuna necessità di dare pubblica contezza delle caratteristiche proprie dei crediti ceduti, salvo che, per scelta delle parti, la pubblicazione non rechi indicazioni analitiche e chiare, tali da individuare con sufficiente grado di determinatezza i crediti inclusi ed esclusi dall'ambito della cessione, non essendo certamente preclusa una pubblicazione che contenga più diffusi e approfonditi dettagli, sia pure "a pacchetto".

In effetti, il mero fatto della cessione in blocco di cui venga data notizia ai sensi dell'art. 58 t.u.b. non è, di per sé, sufficiente ad attestare che proprio e anche il credito che forma oggetto di un'azione giudiziale sia compreso tra quelli ceduti, essendo onere della parte che si affermi cessionaria e, così, successore a titolo particolare dell'originario creditore, fornire prova dell'acquisto del credito azionato, a meno che il debitore ceduto non sollevi alcuna contestazione al riguardo.

In generale, nelle azioni (di cognizione o esecutive) promosse o proseguite dalla cessionaria di crediti in blocco possono essere sollevate due tipologie di contestazioni.

La prima attiene all'intervenuta cessione, vale a dire all'esistenza del titolo di acquisto che legittima il cessionario: in questo caso, è il contratto di cessione a formare oggetto di prova, assumendo valore unicamente indiziario la notificazione della cessione effettuata nei confronti del debitore ceduto o la pubblicazione dell'avviso in Gazzetta Ufficiale[6], trattandosi di adempimento funzionale solo a escludere l'efficacia liberatoria del pagamento eseguito al cedente e che, come tale, resta del tutto estraneo al perfezionamento della fattispecie traslativa del credito.

La seconda questione riguarda l'inclusione o meno del credito azionato nel "blocco" oggetto di cessione; in questo caso, l'indicazione delle caratteristiche dei crediti ceduti contenuta nell'avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale può costituire prova adeguata dell'avvenuta cessione del singolo credito contestato, se e in quanto tali indicazioni siano sufficientemente precise e consentano di ricondurlo con certezza tra quelli compresi nell'operazione di trasferimento in blocco, tenuto conto delle sue caratteristiche concrete.

In mancanza di specifiche contestazioni del debitore costituito in giudizio – l'onere di cui all'art. 115, 1° comma, c.p.c. non si applica al contumace – l'esistenza del contratto di cessione e l'inclusione del credito nel "blocco" ceduto non necessitano di essere provate, mentre occorrerà eventualmente produrre in giudizio il contratto stesso e i suoi eventuali allegati, qualora le indicazioni contenute nell'avviso di cessione

---

Le attività di recupero stragiudiziale dei crediti per conto di terzi sono soggette alla licenza del questore. [*omissis*] la licenza del questore abilita allo svolgimento delle attività di recupero senza limiti territoriali, osservate le prescrizioni di legge o di regolamento e quelle disposte dall'autorità.

(*Omissis*).

Il titolare della licenza è, comunque, tenuto a comunicare preventivamente all'ufficio competente al rilascio della stessa l'elenco dei propri agenti, indicandone il rispettivo ambito territoriale, ed a tenere a disposizione degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza il registro delle operazioni. I suoi agenti sono tenuti ad esibire copia della licenza ad ogni richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza ed a fornire alle persone con cui trattano compiuta informazione della propria qualità e dell'agenzia per la quale operano".

[5] L'art. 58 t.u.b., consentendo la cessione a banche di aziende, di rami d'azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco, detta una disciplina ampiamente derogatoria rispetto a quella ordinariamente prevista dal Codice civile per la cessione del credito e del contratto: *(i)* subordinandone l'efficacia alla notizia data dalla banca cessionaria mediante l'iscrizione della cessione nel registro delle imprese e la pubblicazione di un avviso nella Gazzetta Ufficiale; *(ii)* disponendo che tali adempimenti producono i medesimi effetti dell'accettazione o della notificazione previsti dall'art. 1264 c.c.; *(iii)* attribuendo a coloro che sono parte di contratti ceduti la facoltà di esigere entro tre mesi l'adempimento sia dal cedente sia dal cessionario; *(iv)* disponendo che, trascorso il predetto termine, risponda in via esclusiva il cessionario; *(v)* consentendo ai contraenti ceduti di recedere per giusta causa dal contratto entro il medesimo termine; *(vi)* escludendo la necessità di qualsiasi formalità o annotazione per la conservazione, in favore del cessionario, della validità e del grado dei privilegi o delle garanzie prestate a favore del cedente, nonché delle trascrizioni nei pubblici registri degli atti di acquisto dei beni oggetto di locazione finanziaria compresi nella cessione.

[6] La notifica della cessione può assumere valenza indiziaria, quando sia stata effettuata su iniziativa dello stesso cedente o vi siano altre ragioni che inducano a ritenere l'adempimento particolarmente significativo sotto il profilo della prova dell'esistenza della cessione del credito; l'art. 58, 2° comma, t.u.b., in generale dispone che sia il cessionario a effettuare la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, sostitutiva della notifica al debitore ceduto.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

non siano idonee a ricondurre con certezza il credito azionato tra quelli trasferiti al cessionario.

In caso di specifica contestazione (o di contumacia del debitore, che implica *ficta contestatio*), la prova può essere fornita con ogni mezzo, anche ricorrendo a presunzioni, posto che né l'art. 58 t.u.b. né la L. n. 130/1999 impongono particolari formalità per i contratti di cessione.

La prova fondamentale di acquisto del singolo credito azionato è costituita dal contratto di cessione, da cui possa ricavarsi che lo stesso rientra effettivamente e inequivocabilmente tra quelli costituenti il blocco trasferito, appartenendo *sine ullo dubio* alle categorie oggetto di cessione (quali, ad esempio, la data di instaurazione del rapporto o la qualificazione del credito a sofferenza)[7]. È anche possibile dimostrare, con ogni mezzo, che il singolo credito possiede tutti i requisiti e soddisfa tutti i criteri indicati nell'avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale[8].

Se libera è la forma del contratto, altrettanto libera è la possibilità di provarne l'esistenza; anche la dichiarazione del cedente fornisce elementi indiziari, contribuendo a far presumere l'esistenza della cessione[9].

Ove i criteri identificativi dei crediti ceduti in blocco fossero generici, non solo nell'avviso pubblicato in Gazzetta Ufficiale, ma prima ancora nel contratto[10], si porrebbe anche un problema di possibile invalidità della cessione per indeterminatezza dell'oggetto: in questo caso, anche la produzione in giudizio del contratto potrebbe non essere sufficiente a dimostrare l'appartenenza del credito azionato al blocco oggetto di cessione, mentre l'eventuale dichiarazione di conferma del cedente circa l'inclusione del credito dedotto in giudizio tra quelli oggetto di cessione non potrebbe sopperire.

Legittimazione e titolarità attiva del cessionario

L'ordinanza n. 5478/2024 prende le mosse dai principi affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 2951/2016, giunta finalmente a distinguere tra legittimazione e titolarità[11].

Come noto, la legittimazione ad agire, unitamente all'interesse ad agire, è una condizione dell'azione e consiste nell'allegazione che, in base alle norme giuridiche di riferimento, l'attore è titolare della situazione soggettiva fatta valere in giudizio (c.d. *legittimazione attiva*) e che il convenuto è il soggetto al quale viene imputata la lesione o la contestazione (o il vanto) della situazione soggettiva di cui l'attore afferma di essere titolare (c.d. *legittimazione passiva*).

La legittimazione (attiva e passiva), detta anche *legitimatio ad causam*, non va confusa con l'effettiva *titolarità* (*attiva e passiva*) della situazione soggettiva dedotta in giudizio, che attiene al merito, comportando l'accertamento in concreto che il diritto appartenga all'attore e che il convenuto sia l'autore della lesione o della contestazione (o del vanto).

Il requisito della legittimazione ad agire attiene al processo e il suo difetto comporta il rigetto in rito della domanda, per mancanza di una condizione per la pronuncia sul merito; viceversa, l'accertamento in concreto che l'attore e/o il convenuto non sono titolari, dal lato attivo e/o passivo, della situazione soggettiva dedotta in giudizio è una pronuncia di rigetto della domanda nel merito, idonea alla cosa giudicata sostanziale, ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Il difetto di legittimazione attiva e/o passiva è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado, salvo giudicato interno; il difetto di titolarità attiva o passiva, concernendo il merito, forma oggetto di un onere di specifica contestazione e di una conseguente attività

---

[7] Di norma, per individuare le categorie di crediti appartenenti al blocco ceduto, si fa riferimento a tutti quelli che derivano da rapporti bancari (come prestiti personali, mutui, conti correnti) costituiti in favore di persone fisiche e/o giuridiche, in essere a una certa data, sorti in un determinato periodo, regolati in una determinata valuta, disciplinati da una certa legge, assistiti o non assistiti da garanzia ipotecaria, classificati a sofferenza o deteriorati o a incaglio e via dicendo. Secondo la definizione contenuta nella circolare della Banca d'Italia n. 139 dell'11 febbraio 1991, va ricondotta nella categoria delle sofferenze l'intera esposizione per cassa nei confronti di soggetti in stato d'insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'intermediario; si prescinde, peraltro, dall'esistenza di eventuali garanzie – reali o personali – poste a presidio dei crediti, mentre restano escluse le posizioni nelle quali la situazione di anomalia sia riconducibile a profili attinenti al rischio Paese. L'appostazione a sofferenza implica una valutazione da parte dell'intermediario circa la complessiva situazione finanziaria del cliente e non può originare automaticamente al verificarsi di singoli specifici eventi, quali, ad esempio, uno o più ritardi nei pagamenti o la contestazione del credito da parte del debitore.

[8] Come affermato da Cass. civ., 10 febbraio 2023, n. 4277, se è vero che la pubblicazione dell'avviso di cessione non è, di per sé, prova della cessione, essendo volta a soddisfare l'esigenza di facilitare la circolazione dei crediti e potendo, al più, costituire elemento indicativo dell'esistenza di una vicenda traslativa del credito intervenuta tra due soggetti in un determinato momento, allorché l'indicazione di criteri sufficientemente precisi consenta di individuare i crediti ceduti in blocco, non vi è ragione di negare all'avviso un rilievo probatorio in ordine alla titolarità del credito in capo al cessionario, ferma restando la valutazione del giudice circa la sua idoneità asseverativa.

[9] Cass. civ., 22 giugno 2023, n. 17944, in *Foro It.*, 2023, I, 2420.

[10] Non è infrequente che l'individuazione dei crediti ricompresi nel blocco oggetto di cessione sia affidata a elementi di non facile né immediata comprensione, quali codici interni dell'intermediario finanziario variamente denominati ("Codice pratica" o "NDG"), ma del tutto oscuri e, come tali, di per sé non idonei ad assicurare in modo certo e univoco la riferibilità del credito azionato in giudizio alla posizione del debitore.

[11] Quasi settant'anni dopo il celebre saggio di Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1950, 47 e segg., cui è dovuta la distinzione alfine fatta propria dalle Sezioni Unite soltanto nel 2016, ché in precedenza, sulle orme di Chiovenda, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, rist. 1993, 3 e segg., si tendeva a fare coincidere la legittimazione con l'effettiva titolarità del diritto dedotto in giudizio, in ossequio al concetto di azione in senso concreto. In generale, v. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2023, 597 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

istruttoria per l'accertamento dell'effettiva titolarità, ove contestata. Pertanto:

(i) la titolarità della posizione soggettiva – attiva o passiva – vantata in giudizio è un elemento costitutivo della domanda e attiene al merito della decisione, sicché spetta all'attore allegarla e provarla, salvo il riconoscimento o lo svolgimento di difese incompatibili con la sua negazione da parte del convenuto;

(ii) le contestazioni, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotta dall'attore hanno natura di mere difese, proponibili in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o la tardiva costituzione assumano valore di non contestazione o alterino il riparto degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi della titolarità del diritto non rilevabili d'ufficio *ex actis*;

(iii) la carenza di titolarità – attiva o passiva – del rapporto controverso è rilevabile d'ufficio dal giudice, se risultante dagli atti di causa, con accertamento di merito idoneo al giudicato sostanziale *ex* art. 2909 c.c.

L'ordinanza 5478/2024, muovendosi nel solco delle Sezioni Unite del 2016, concentra l'attenzione in particolare sulla legittimazione a impugnare o a resistere a un'impugnazione da altri proposta in capo a chi assuma di essere successore della parte del precedente grado di giudizio. Secondo un consolidato orientamento, chi propone impugnazione o vi resiste nell'asserita qualità di successore (a titolo universale o particolare) di chi era stato parte nel precedente grado di giudizio, ha l'onere non soltanto di allegare e provare la propria legittimazione ad agire per essere subentrato nella medesima posizione del suo dante causa, ma deve altresì fornire la prova delle circostanze che costituiscono i presupposti della sua successione nel processo, ai sensi degli artt. 110 e 111 c.p.c., la mancanza dei quali, attenendo alla regolare instaurazione del contraddittorio nella fase d'impugnazione, è rilevabile anche d'ufficio[12].

Se chi propone impugnazione o vi resiste afferma di essere successore (a titolo particolare) della parte che aveva partecipato al precedente grado di giudizio, in quanto cessionario del credito azionato, può accadere che:

– la controparte contesti la sua qualità di successore, con il conseguente onere di dimostrare l'acquisto e, con questo, la legittimazione a impugnare o a resistere all'impugnazione avversaria;

– la controparte nulla eccepisca al riguardo, limitandosi a svolgere difese di merito sul credito azionato in giudizio, con conseguente *relevatio ab onere probandi* circa l'effettiva sussistenza della qualità di successore, ai sensi dell'art. 115, 1° comma, c.p.c. e quale riconoscimento implicito della legittimazione del cessionario;

– il giudice sollevi d'ufficio la questione, talché il mancato assolvimento dell'onere di dimostrare la dedotta qualità di successore può condurre alla declaratoria di carenza di legittimazione a proporre l'impugnazione o a resistere a quella da altri proposta nei confronti della parte che aveva partecipato al precedente grado o di legittimazione a intervenire nel giudizio di impugnazione ai sensi dell'art. 111 c.p.c., com'era avvenuto nel caso esaminato nell'ordinanza 5478/2024.

Va da sé che l'onere probatorio gravante su chi afferma di avere acquistato la titolarità del credito dedotto in giudizio e, dunque, di essere succeduto nella posizione di chi aveva partecipato al precedente grado di giudizio sarà calibrato in funzione della contestazione mossa dalla controparte: come segnalato in precedenza, infatti, un conto è mettere in dubbio l'esistenza stessa del contratto di cessione, un conto è negare o disconoscere che nel suo oggetto rientri il credito di cui si controverte.

Riscossione dei crediti cartolarizzati e legittimazione processuale del mandatario incaricato del loro recupero

Con l'ordinanza n. 7243/2024 la Corte di cassazione ha escluso che l'affidamento dell'attività di recupero di crediti cartolarizzati a soggetto non iscritto nell'elenco previsto dall'art. 106 t.u.b. possa comportare un difetto di rappresentanza e la conseguente carenza di legittimazione processuale[13], per effetto della nullità che vizierebbe *ab origine* il conferimento dell'incarico e della rappresentanza: nullità che – secondo la tesi respinta dai giudici di legittimità – deriverebbe dalla violazione di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 2, 6° comma, L. n. 130/1999 e del citato art. 106 t.u.b. (da qualificare alla stregua di norme imperative) e che travolgerebbe tutti gli atti posti in essere dal *servicer* per il recupero dei crediti cartolarizzati.

L'intervento della Suprema Corte ha inteso bloccare sul nascere la proliferazione di pronunce dei giudici di merito, che ritenevano prive di legittimazione processuale le società di recupero dei crediti, munite soltanto della licenza di cui all'art. 115 TULPS, ma non iscritte all'elenco di cui all'art. 106 t.u.b.[14].

---

[12] Si vedano, oltre a Cass. civ., 26 settembre 2019, n. 24050, cit., Cass. civ., 27 gennaio 2011, n. 1943; Cass. civ., 15 dicembre 2010, n. 25344; Cass. civ., 25 giugno 2010, n. 15352; Cass. civ., Sez. un., 25 febbraio 2009, n. 4468; Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22244; Cass. civ., 13 giugno 2006, n. 13685.

[13] La legittimazione processuale (*legitimatio ad processum*) è espressione di sintesi di un presupposto processuale, che include tutto quel che pertiene alla capacità delle parti di stare in giudizio, in quanto abbiano il libero esercizio delle situazioni soggettive che vi si fanno valere (art. 75 c.p.c.). I vizi attinenti alla legittimazione processuale possono essere sanati con efficacia retroattiva, in via di ratifica, entro un termine perentorio che il giudice ha il potere-dovere di assegnare ai sensi dell'art. 182 c.p.c., attivabile anche in appello e in sede esecutiva (Cass. civ., Sez. un., 19 aprile 2010, n. 9217, in *Foro It.*, 2010, I, 2043; v. anche Cass. civ., Sez. un., 4 marzo 2016, n. 4248, in *Giur. It.*, 2017, 361, con nota di Caporusso, *Sul difetto di rappresentanza processuale, tra poteri del giudice e giusto processo*).

[14] Si vedano, per esempio, Trib. Civitavecchia, 27 dicembre 2023; Trib. Monza, 22 gennaio 2024; Trib. Torre Annunziata, 15 febbraio 2024; Trib. Avellino, 28 febbraio 2024.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Queste le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte a fondamento del rigetto di tale impostazione:

(i) la tesi per cui sarebbero nulli i negozi in forza dei quali le società incaricate della riscossione dei crediti cartolarizzati espletano le relative attività poggia sulla qualificazione dell'art. 2, 6° comma, L. n. 130/1999 e dell'art. 106 t.u.b. come norme imperative, dalla violazione delle quali discenderebbe la sanzione della nullità *ex* art. 1418, 1° comma, c.c.;

(ii) la natura imperativa di tali norme si evincerebbe dal fatto che le stesse sono poste a presidio degli interessi pubblicistici sottesi alle operazioni di cartolarizzazione;

(iii) tuttavia, poiché qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale e astratta, presenta profili di interesse pubblico, ciò che consente di attribuirvi natura imperativa è l'inerenza della norma a preminenti interessi generali della collettività o a valori giuridici fondamentali;

(iv) tale caratteristica non connota, indistintamente, tutte le disposizioni contenute nella disciplina dettata in materia bancaria e finanziaria, solo perché si tratta di attività che rivestono un rilevante impatto che si riflette sull'economia nazionale;

(v) da questo punto di vista, l'art. 2, 6° comma, L. n. 130/1999 e l'art. 106 t.u.b. non hanno valenza civilistica, ma attengono alla regolamentazione (amministrativa) del settore bancario e la loro rilevanza pubblicistica trova riscontro nel sistema dei controlli e dei poteri facenti capo all'autorità di vigilanza (cioè, alla Banca d'Italia), nonché nelle norme penali che ne sanzionano la violazione;

(vi) di conseguenza, non è la nullità comminata dall'art. 1418 c.c. la conseguenza delle condotte difformi degli operatori, sicché non è predicabile la caducazione dei contratti e, per derivazione, degli atti processuali posti in essere al fine di recuperare i crediti oggetto di operazioni di cartolarizzazione.

Le argomentazioni spese dalla Corte di cassazione riecheggiano la distinzione – fissata dalle Sezioni Unite in un precedente del 2007[15] e ripresa in una più recente pronuncia del 2022[16], non senza soverchie, precostituite rigidità concettualistiche – tra *norme di validità* (che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti e che, per il fatto di prescrivere un contenuto specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma contrattuale e, come tale, da reputarsi essenziale, attengono alla validità del contratto, sono connotate da inderogabilità e sono qualificabili come imperative) e *norme di comportamento* (che, pur essendo fonte di responsabilità, se violate, esulano dal perimetro di quelle idonee a influire e a incidere sulla validità del contratto).

La pronuncia ha immediatamente suscitato un fervente dibattito, essendosi da più parti sollevate voci di dissenso nei confronti di quella che è stata vista anche come una presa di posizione *lato sensu* politica, diretta a evitare la paralisi del recupero dei crediti cartolarizzati, alla stregua di un'eccezione – rilevabile anche d'ufficio dal giudice, attenendo a un presupposto processuale – che i giudici di legittimità hanno definito artificiosa.

A stretto giro *l'arrêt* in commento ha ricevuto esplicito avallo da Cass. civ., 3 maggio 2024, n. 12007, che, sia pure in un *obiter dictum*, ha dichiarato di condividere la statuizione in base alla quale il conferimento dell'incarico di recupero dei crediti cartolarizzati a un soggetto non iscritto nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. e i conseguenti atti di riscossione non sono affetti da invalidità, in quanto l'art. 2, 6° comma, L. n. 130/1999 non ha immediata valenza civilistica, ma attiene piuttosto alla regolamentazione amministrativa del settore bancario e finanziario, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri, anche sanzionatori, facenti capo all'autorità di vigilanza e presidiati da norme penali, con la conseguenza che l'omessa iscrizione nel menzionato albo può assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con la predetta autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici[17].

Successivamente Cass. civ., Sez. un., 17 maggio 2024, n. 13749, dichiarando inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Brindisi mediante rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 363-*bis* c.p.c.[18], ha ribadito il rigetto di ogni ipotesi di nullità, ritenendo che la decisione – unitamente a quella resa con l'ordinanza n. 4427 del 20 febbraio 2024[19], rispetto alla quale si pone in linea di convergenza e sostanziale continuità – fornisca precise indicazioni di carattere nomofilattico, idonee a orientare la valutazione del giudice di merito per la soluzione del caso, rendendo superflua qualunque ulteriore pronuncia in sede di rinvio pregiudiziale.

---

[15] Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Contratti*, 2008, 229, con nota di Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*.

[16] Cass. civ., Sez. un., 16 novembre 2022, n. 33719, in *Giur. It.*, 2023, 527, con note di Pagliantini, *La validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un* the end *(più) agro (che) dolce* e di Purpura, *La controversa validità del mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità*.

[17] Proprio a seguito dell'indirizzo affermatosi presso la Corte di cassazione, Trib. Modena, 26 marzo 2024, ha disposto la trasmissione degli atti alla Banca d'Italia e alla Procura della Repubblica per le valutazioni di competenza in ordine all'accertamento e alla repressione di eventuali condotte vietate da norme a valenza pubblicistica.

[18] La questione sollevata atteneva, precisamente, alla validità o meno del contratto di cessione di crediti cartolarizzati (e non del mandato alla riscossione di crediti acquistati da una società di cartolarizzazione), stipulato con soggetto non iscritto nel registro di cui all'art. 106 t.u.b.

[19] Pronuncia con la quale i giudici di legittimità hanno affermato che, per qualificare la cessione del credito in termini di attività di finanziamento, soggetta alla disciplina di cui all'art. 106 t.u.b., non è sufficiente che il cessionario operi nei confronti di terzi con carattere di professionalità, ma è necessario che la cessione integri erogazione di un finanziamento, ossia che comporti l'anticipazione di denaro o altre utilità, dovendosi dunque distinguere la semplice operazione di cessione del credito dalla vera e propria prestazione di servizi d'investimento, solo al cospetto della quale sorge l'obbligo di iscrizione all'albo degli intermediari finanziari.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nel volgere di poche settimane, la Corte di cassazione si è fatta tetragona, onde bloccare sul nascere le contestazioni sollevate in ordine alla validità degli atti compiuti dalle società incaricate di recuperare forzosamente i crediti cartolarizzati.

"*The show must go on*": mercificazione dei crediti e patrimoni destinati

Come accennato, non è infrequente e, anzi, accade sempre più spesso che la riscossione del credito venga delegata dalla società cessionaria dei crediti a un soggetto istituito *ad hoc* e che questi, a propria volta, la subdeleghi ad altro soggetto che, a differenza del primo, non è iscritto all'elenco di cui all'art. 106 t.u.b., ma agisce in forza della sola licenza rilasciata ai sensi dell'art. 115 TULPS.

S'impongono, a questo punto, alcune precisazioni in merito a siffatto *modus operandi*, al fine di comprendere se la posizione perentoriamente espressa dalla Corte di cassazione presenti o meno profili di criticità.

La cartolarizzazione consiste nella cessione di crediti, che vengono successivamente convertiti in titoli – il valore dei quali è determinato esclusivamente dai crediti oggetto di cartolarizzazione – negoziabili sul mercato da parte di una cosiddetta società veicolo (SPV), iscritta in un elenco tenuto dalla Banca d'Italia: la SPV, quindi, trasforma il credito cartolarizzato in strumenti finanziari, che vengono posti sul mercato per divenire oggetto di investimento.

Con la cartolarizzazione (*securitization*) si realizza la dematerializzazione e la mercificazione dei crediti, trasformandoli in strumenti finanziari, da distribuire secondo una logica e con metodo industriali. Si cedono attività o passività, beni o debiti di soggetti privati o pubblici, definiti tecnicamente *originators*, "impacchettando" e trasformando i crediti in titoli obbligazionari collocati presso gli investitori e negoziati per lo più *over the counter* (*OTC*), cioè fuori dai mercati regolamentati. La tecnica finanziaria è definita nel modello *originate to distribute*, antitetico alla concezione tradizionale della banca, che tradizionalmente si basava sul modello *originate to hold*. In tale modo, il rischio del credito viene trasferito in capo agli obbligazionisti, acquirenti dei titoli emessi dalla cessionaria, per poi passare di mano infinite volte attraverso molteplici compravendite.

La tecnica è un'elaborazione moderna di un'idea risalente alla metà del Seicento, attribuita al banchiere svedese Johan Palmstruch, direttore del Banco di Stoccolma, che introdusse due importanti novità nella tecnica bancaria. La prima fu quella di utilizzare il denaro depositato nei conti presso la banca per la concessione di prestiti: ciò divenne ben presto un problema, perché i depositi erano di solito a breve termine e i finanziamenti a lungo termine, talché, se il denaro depositato non era disponibile, dovevano essere revocati i prestiti. Palmstruch pensò di potere risolvere tale problema con l'introduzione della *Kreditivsedlar* (carta di credito), il primo esempio europeo di banconota, convertibile in qualsiasi momento con monete d'oro o d'argento. L'innovazione ebbe grande successo, ma la banca iniziò a prestare più di quello che poteva permettersi e stampò cartamoneta senza le necessarie garanzie collaterali, giungendo al collasso (oggi si direbbe *default*, similmente a quello che travolse nel settembre 2008 la banca d'affari statunitense *Lehman Brothers*, facendone il simbolo della crisi dei mutui *subprime*). Il Banco di Stoccolma non fu in grado di rifondere i clienti e Palmstruch venne condannato alla perdita del titolo nobiliare e all'esilio o alla pena di morte, convertita poi in carcere a vita.

Si hanno *variae causarum figurae* di titoli finanziari derivanti da operazioni di cartolarizzazione, endemiche e pandemiche nel tempo nostro. Così, solo per descriverne alcune, l'*asset-backed security* (ABS) è un'obbligazione negoziabile, garantita dagli attivi sottostanti. L'emissione avviene a opera della SPV (*Special Purpose Vehicle*), che acquista a prezzi di saldo dall'*originator* (banche, società o anche lo Stato, gli enti pubblici e gli enti locali) pacchetti di crediti o di attività finanziarie normalmente poco liquide e di difficile recupero (NPLs, *non performing loans*, altrimenti detti "crediti deteriorati"). La SPV emette obbligazioni (ABS), collocabili e negoziabili sui mercati finanziari in base al *rating*.

Il possessore di un titolo ABS può poi dotarsi di un *credit default swap* (CDS), per tutelarsi dal rischio di insolvenza del debitore principale o di insufficienza dei beni che garantiscono il realizzo del credito. Le varie *tranches* che compongono gli ABS possono essere poi "reimpacchettate" a loro volta per formare *collateralized debt obligations* (CDO), cioè obbligazioni aventi come garanzia collaterale un debito. Una CDO è composta da una serie di ABS, cioè da obbligazioni a loro volta garantite da un elevato numero di debiti individuali. Si tratta, dunque, di titoli obbligazionari il rimborso dei quali non si basa sulle prospettive di reddito o sulla liquidazione di cespiti della società emittente, ma esclusivamente su un insieme di *assets* sottostanti, detti "collaterali", consistenti in un bene reale o finanziario posto a garanzia del rimborso.

Le operazioni di cartolarizzazione sono caratterizzate dalla separazione patrimoniale, regolata dall'art. 3, 2° comma, L. n. 130/1999, a mente del quale i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società veicolo e da quello relativo ad altre operazioni, sul quale non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti[20].

[20] La separazione patrimoniale che caratterizza le operazioni di cartolarizzazione – per effetto della quale, ai sensi dell'art. 1, 1° comma, lett. *b*), L. n. 130/1999, il flusso di liquidità che viene generato dall'incasso dei crediti ceduti è funzionale unicamente al rimborso dei titoli emessi dalla SPV per finanziarne l'acquisto, alla corresponsione degli interessi pattuiti e al pagamento dei costi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In altre parole, l'acquisto di crediti in blocco viene finanziato attraverso l'emissione di titoli (che incorporano i medesimi crediti), il rimborso dei quali è destinato ad avvenire con il realizzo dei crediti ceduti, i quali subiscono una metamorfosi: con la cartolarizzazione divengono merci, destinate unicamente allo scambio (per lo più in forme telematiche e su mercati non regolamentati) e ripagate dal denaro versato dai debitori *sua sponte vel obtorto collo* con i beni espropriati. Il prodotto finanziario prende il sopravvento sui rapporti umani e sociali, che si risolvono in puri e semplici nessi economici, strumentali unicamente alla realizzazione del profitto, attraverso il feticismo della merce e la mercificazione di ogni cosa e, più in generale, dell'umana esistenza nella sua interezza.

Ben si comprende la centralità che, in un sistema così delineato, assume chi conduce l'attività di riscossione, che la L. n. 130/1999 sulle cartolarizzazioni prescrive venga affidata a un soggetto diverso dalla SPV, prevedendo uno sdoppiamento *ex lege* tra la società cessionaria dei crediti – dotata di un patrimonio separato e dedicato a ripagare gli investitori – e quella deputata a curarne il recupero, nonché a vigilare sulla regolarità della cartolarizzazione[21].

Per questo motivo, l'art. 2, 6° comma, L. n. 130/1999 prevede che, in presenza di credito cartolarizzato, l'attività di *servicing*, finalizzata al recupero dei crediti e alla gestione dei servizi di cassa e di pagamento debba essere svolta da società iscritte all'albo di cui all'art. 106 t.u.b., preventivamente indicate nell'avviso di cessione pubblicato in Gazzetta Ufficiale e corrispondenti a quelle riportate nei prospetti informativi dei titoli collocati sul mercato[22], mentre il successivo 6° comma-*bis* stabilisce che le società alle quali viene demandata l'attività di *servicing* verifichino anche che le operazioni siano conformi alla legge e al prospetto informativo.

In questo modo, al *servicer* fanno capo sia compiti di natura operativa, sia funzioni di garanzia circa il corretto espletamento delle operazioni di cartolarizzazione, principalmente nell'interesse dei portatori dei titoli emessi nel loro ambito e, più in generale, per il corretto funzionamento dei mercati finanziari. A tali scopi il legislatore ha, dunque, imposto che tali compiti vengano svolti da soggetti, diversi dalla società veicolo cessionaria dei crediti, dotati di determinati requisiti di professionalità e sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia.

È evidente, pertanto, che alla disciplina in esame e alla riserva di attività ivi prevista è sottesa l'esigenza di tutelare il risparmio e la stabilità dei mercati finanziari, in attuazione di quanto stabilito dall'art. 47, 1° comma, Cost. Proprio la Banca d'Italia ha sottolineato come la scelta di rimettere i compiti di *servicing* nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti a soggetti qualificati risponda all'esigenza di assicurare un effettivo presidio di conformità, mediante il coinvolgimento diretto di soggetti vigilati e specializzati nella gestione dei crediti e dei flussi di pagamento[23].

Da questo punto di vista, si è anche ipotizzato che, mentre non è ammessa la delega a soggetti terzi non vigilati del compito di verificare la conformità delle operazioni di cartolarizzazione alla legge e al prospetto informativo, se non, al limite, relativamente ad alcune specifiche attività operative[24], sarebbe invece consentito esternalizzare l'attività di recupero dei crediti a società non iscritte nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. e, dunque, non soggette a vigilanza, ancorché

---

dell'operazione – produce, quale ulteriore conseguenza, l'inopponibilità al cessionario, da parte dei debitori ceduti, di pretese o eccezioni che hanno titolo in vicende relative al rapporto intercorso con il cedente, in danno di coloro che hanno acquistato i titoli (gli investitori), ai quali spetta in via esclusiva il valore del medesimo. I possessori di titoli emessi dalla SPV, infatti, possono essere esposti solo al rischio del mancato incasso dei crediti cartolarizzati (perché non soddisfatti dai debitori o perché inesistenti o, al limite, perché già estinti), ma non anche a quello derivante dal fatto che sul patrimonio alimentato dai flussi di cassa generati dalla riscossione di detti crediti possano soddisfarsi anche altri creditori, pena, altrimenti, la negazione del meccanismo della separazione patrimoniale, come delineato dalla L. n. 130/1999; ciò trova conferma nell'art. 4, 2° comma, L. n. 130/1999, dove è stabilito, da un lato, che dalla data della pubblicazione dell'avvenuta cessione nella Gazzetta Ufficiale o dalla data certa dell'avvenuto pagamento, anche in parte, del corrispettivo della cessione, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti sono ammesse azioni soltanto a tutela dei diritti previsti dall'art. 1, 1° comma, lett. *b*), l. cit. e, dall'altro lato, che, in deroga a ogni altra disposizione, non è esercitabile dai debitori ceduti la compensazione tra i crediti acquistati dalla società di cartolarizzazione e i crediti di tali debitori nei confronti del cedente sorti posteriormente alla medesima data, rispondendo la previsione alla stessa logica di salvaguardia del patrimonio separato a destinazione vincolata cui dà vita l'operazione di cartolarizzazione (Cass. civ., 2 maggio 2022, n. 13735; Cass. civ., 30 agosto 2019, n. 21843, in *Giur. It.*, 2020, 1613, con nota di Scotti, *Cartolarizzazione dei crediti, cessione opponibile al debitore ceduto e interessi protetti*).

[21] L'art. 2, 3° comma, L. n. 130/1999 prescrive che, nel prospetto informativo destinato agli operatori professionali ai quali sono offerti i titoli oggetto dell'operazione di cartolarizzazione, vengano indicati i soggetti incaricati della riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e di pagamento. Osserva Musi, *Il (difficile) recupero del credito cartolarizzato. Conseguenze della mancata iscrizione del soggetto procedente nell'albo* ex *art. 106 TUB*, in *www.inexecutivis.it*, 2024, che la SPV cessionaria dei crediti non è legittimata a svolgere in proprio la loro riscossione coattiva, atteso che, a termini dell'art. 3, 1° comma, L. n. 130/1999, essa ha per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti e non è tenuta a iscriversi nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b., che si pone quale *condicio sine qua* non per l'espletamento delle funzioni indicate dall'art. 2, 3° comma, lett. *c*), L. n. 130/1999, sicché deve necessariamente agire a mezzo di un mandatario (il *servicer*).

[22] Tra le attività affidate al *servicer* possono farsi rientrare: la gestione del portafoglio attivi cartolarizzati secondo i criteri eventualmente stabiliti dal contratto o dal prospetto informativo; il monitoraggio delle scadenze degli attivi cartolarizzati e dei pagamenti; la tempestiva messa in mora dei debitori; l'avvio e lo svolgimento delle azioni giudiziali ed esecutive; il riscadenziamento dei prestiti; la cessione dei crediti inclusi nel portafoglio; il controllo degli incassi.

[23] Si veda la comunicazione della Banca d'Italia dell'11 novembre 2021.

[24] Così la circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pur sempre munite della licenza *ex* art. 115 TULPS[25].

Tuttavia, considerata la stretta connessione tra le due funzioni e tenuto conto del fatto che le somme recuperate dall'escussione dei debitori ceduti vanno impiegate per rimborsare gli investitori che hanno acquistato i titoli emessi dalla SPV, riesce difficile sostenere la possibilità di separare la funzione di recupero in capo a un soggetto che non assicuri il possesso di requisiti volti ad attestarne la sicura professionalità e la subordinazione al controllo e alla vigilanza della Banca d'Italia. In quest'ottica, la riserva di attività prevista dal combinato disposto degli artt. 2, L. n. 130/1999 e 106 t.u.b. trova giustificazione nella necessità di garantire la correttezza e la legalità dell'operato degli operatori finanziari, in funzione non solo di una tutela generale dei mercati finanziari (signori e sovrani del tempo nostro...), ma anche e soprattutto a protezione e salvaguardia degli interessi degli investitori, ossia della platea di coloro che hanno investito o intendono investire nei titoli emessi nelle operazioni di cartolarizzazione, essi stessi portatori di un interesse di rango primario espressamente considerato dall'art. 47 Cost.

Rebus sic stantibus, non dovrebbe essere possibile incaricare dell'attività di riscossione uno *special servicer* non iscritto all'albo di cui all'art. 106 t.u.b., quand'anche il potere di verifica e la responsabilità delle operazioni restino saldamente in capo al *master servicer*. In ragione del fatto che la licenza *ex* art. 115 TULPS legittima lo svolgimento di attività di recupero dei crediti solo in ambito stragiudiziale, lo *special servicer*, da un lato, verrebbe abilitato a concludere accordi con i debitori che potrebbero in realtà rivelarsi pregiudizievoli nell'economia complessiva dell'operazione di cartolarizzazione e che potrebbero interessare anche profili riconducibili allo svolgimento di attività riservata; dall'altro lato, il possesso della suddetta licenza non lo autorizza a svolgere attività di recupero giudiziale, promuovendo azioni di cognizione ed esecutive volte al realizzo coattivo del credito, ferma restando la necessità del patrocinio legale.

Anche volendo sostenere che l'affidamento allo *special servicer* dell'attività di recupero forzoso atterrebbe solo ed esclusivamente all'incasso dei crediti, restando in capo al *master servicer* il potere di negoziare e concludere eventuali accordi con i debitori, risulterebbe preclusa la possibilità per il primo di rappresentare in giudizio il secondo, essendo noto che la rappresentanza processuale compete solo al soggetto che può disporre del diritto oggetto di controversia (cfr. l'art. 77 c.p.c.), per essergli stata attribuita anche la rappresentanza sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, comprensiva del potere di conciliare e transigere la controversia.

In ogni caso, in considerazione del fatto che la disposizione contenuta nell'art. 2, L. n. 130/1999 prescrive un requisito di carattere soggettivo (l'iscrizione nell'elenco previsto dall'art. 106 t.u.b., che comporta anche l'assoggettamento al potere di controllo di un'autorità di vigilanza), non sembra del tutto corretto sostenere – come ha fatto perentoriamente la Corte di cassazione nel torno di poche settimane – che la norma abbia carattere cogente ma non imperativo, escludendo in questo modo che la sua violazione possa comportare l'invalidità dei contratti con i quali viene conferito un mandato a soggetto che la legge non autorizza a svolgere.

Proprio richiamando la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, che fa leva sull'attinenza o meno della norma alla struttura e al contenuto essenziale del negozio, non pare dubitabile che si debba fare rientrare quella dettata dall'art. 2, L. n. 130/1999 tra le regole di validità, proprio perché, oltre a essere diretta a tutelare un interesse non privatistico, ma generale, impone il possesso di un requisito in assenza del quale l'attività che si intende delegare non può essere svolta. Si tratta, dunque, di una regola che interferisce con la fase genetica del contratto, riguardando la qualità soggettiva di una delle parti che lo debbono concludere e la sua stessa legittimazione processuale, ponendosi l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b. quale fatto giuridico costitutivo della stessa, suscettibile di influire anche sulla causa del negozio, essendovi conferimento di un mandato che il mandatario non potrebbe adempiere, in quanto non autorizzato dalla legge a svolgere l'attività demandatagli.

È noto che la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è decisiva al fine di escludere la nullità dell'atto negoziale in conflitto con norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c. (c.d. nullità virtuale, in luogo della c.d. nullità testuale, che si ha quando il legislatore commini testualmente la nullità). Il che trova riscontro già nella Relazione al Codice civile (n. 649), dove si chiarisce *apertis verbis* che "la violazione delle norme imperative della legge è ricordata quale ragione autonoma di nullità del contratto per comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita" per contrarietà all'ordine pubblico.

L'indagine si sposta allora alla verifica in concreto degli indici sintomatici di imperatività della norma, onde consentire di dichiarare la nullità anche nel silenzio del legislatore, non potendosi né dovendosi confondere le norme imperative con quelle inderogabili: se la norma imperativa è per sua natura inderogabile, non è necessariamente vero il contrario, potendosi riscontrare norme inderogabili (dai privati), che non costituiscono espressione di interessi pubblici fondamentali per l'ordinamento. Inoltre, se norma

[25] Cfr. Trib. Catanzaro, 14 febbraio 2024 e Trib. Busto Arsizio, 16 febbraio 2024.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

imperativa fosse sinonimo di norma inderogabile, non si spiegherebbe la possibilità di derogarvi con atti di autonomia privata, nel caso in cui "la legge disponga diversamente", come risulta dall'inciso finale dello stesso art. 1418, 1° comma, c.c., con la previsione di una sanzione diversa dalla nullità e con la possibilità di assicurare l'effettività della norma imperativa attraverso la previsione di rimedi diversi, che non incidono direttamente sul contratto[26].

La giurisprudenza ha individuato le norme imperative, la cui violazione determina la nullità del contratto, essenzialmente in quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti, ravvisando il fondamento della disciplina della nullità nell'idea della incompletezza o imperfezione della fattispecie negoziale per mancanza dei requisiti essenziali[27].

Nondimeno, la stessa giurisprudenza di legittimità ha progressivamente esteso la nullità anche alla violazione di norme che riguardano elementi estranei al contenuto o alla struttura del negozio, ricomprendendosi nell'area delle norme imperative, la violazione delle quali determina nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, 1° comma, c.c., anche quelle che, in assoluto oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive e soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipula stessa del contratto, ponendosi la sua esistenza in contrasto con la norma imperativa[28]: in caso di mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o di clausole concepite in modo da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre[29], o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti[30], oppure, ancora, in caso di contratti le cui clausole siano tali da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti[31].

In definitiva, pur nel polimorfismo che caratterizza le nozioni di norme imperative e di nullità virtuale conseguente alla loro violazione, un elemento unificante nell'evoluzione interpretativa e giurisprudenziale si coglie nella tendenza attuale a utilizzare tali nozioni come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme di programmazione negoziale lesive di valori giuridici fondamentali, senza rigidi schematismi concettuali precostituiti.

Superato l'approccio del Codice civile del 1865, che configurava la nullità del contratto come uno strumento che consentiva di disconoscere gli effetti del negozio, quando la manifestazione di volontà e lo stesso volere negoziale fossero compromessi o quando la fattispecie fosse dissonante rispetto allo schema legale tipico, lo *Schwerpunkt* dell'indagine sull'imperatività della norma violata si appunta ora sulla natura dell'interesse leso, che si individua nei preminenti interessi generali della collettività[32], ennesimo segno questo del passaggio dal dogma della fattispecie al dogma dell'interesse pubblico, concepito peraltro in modo eccessivamente vago e generico, sì da lasciare al singolo giudice la più ampia e incalcolabile discrezionalità[33].

Ed infatti, le Sezioni Unite si sono premurate di chiarire che la nullità virtuale *ex* art. 1418, 1° comma, c.c. deve discendere dalla violazione di norme (tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica, tutelati dalla Costituzione, sia pure entro i limiti dell'utilità sociale (art. 41 Cost.)[34].

Né migliori e più sicuri risultati si ottengono facendo perno sull'ordine pubblico economico, quale insieme di norme, principi e istituti intesi a garantire il corretto svolgimento dei rapporti tra privati in materia economica, che è nozione oltremodo variabile e mutevole, la quale dinamicamente si adatta alle tra-

[26] Cfr., in generale, Cass. civ., 15 gennaio 2020, n. 525; Cass. civ., 5 aprile 2018, n. 8499; Cass. civ., 14 dicembre 2010, n. 25222.

[27] Cfr. Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024.

[28] Cfr., in generale, Cass. civ., 21 aprile 2016, n. 8066; nonché la celeberrima pronuncia di Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e Resp.*, 2008, 525, con note di Roppo e di Bonaccorsi, secondo cui le norme dettate dalla legge che detta la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare hanno carattere imperativo: esse sono, cioè, dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato, ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari e si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti. La violazione di una o più tra dette norme non comporta automaticamente la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario con il cliente, vigendo anche nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.

[29] Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 26 marzo 2012, n. 4853; Cass. civ., 19 settembre 2006, n. 20261; Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9767.

[30] V., tra molte, Cass. civ., 3 agosto 2005, n. 16281; Cass. civ., 18 luglio 2003, n. 11247; Cass. civ., 5 aprile 2001, n. 5052.

[31] Cfr. Cass. civ., 8 luglio 1983, n. 4605, che ha ritenuto nullo il mandato di pagamento all'estero in favore del non residente conferito alla banca da soggetto residente, per contrarietà alle norme imperative sulla disciplina valutaria, ove l'istituto di credito preposto al pagamento non controlli la legittimità valutaria dell'operazione economica nel suo complesso.

[32] Cfr., da ultimo, Cass. civ., 26 gennaio 2022, n. 2316 e Cass. civ., 15 novembre 2017, n. 27120.

[33] V., per tutti, Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

[34] Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 2022, n. 8472, in *Foro It.*, 2022, I, 1650.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sformazioni economiche e sociali. Tale concetto nasce, per eterogenesi dei fini, quando Napoleone, con il *code civil* del 1804, restituiva al *citoyen* in chiave economica e commerciale quella *liberté*, individualistica e borghese, che toglieva sul versante politico.

In ogni caso, la perentoria esclusione, affermata dalla Corte di cassazione con "tripla conforme", della nullità virtuale per difetto di valenza civilistica delle norme sulle cartolarizzazioni dei crediti di cui alla L. n. 130/1999 che demandano a un *servicer* iscritto nell'elenco di cui all'art. 106 t.u.b. lo svolgimento delle attività di riscossione e di controllo dell'operazione, appare giustificata più da ragioni generali di politica del diritto e del processo, che dalla natura, indubbiamente imperativa e di ordine pubblico economico, di tali *regulae iuris*, volte come sono a proteggere l'interesse della platea degli investitori e l'integrità dei mercati finanziari, signori e padroni dell'orbe, che non è più neppure terracqueo, tutto muovendosi nell'etereo e inafferrabile mondo digitale e telematico degli algoritmi.

Conclusioni: crisi permanenti, sovraindebitamento e remissione dei debiti

La Corte di cassazione, nelle due ordinanze in commento, da un lato, ribadisce la propria impostazione in tema di oneri di allegazione, di contestazione e di susseguente prova circa la titolarità dei crediti oggetto di una cessione in blocco, anche con riguardo ai giudizi di impugnazione; dall'altro lato, afferma in termini perentori e categorici che la mancata iscrizione all'albo di cui all'art. 106 t.u.b. del soggetto cui è demandato il recupero del credito cartolarizzato non influisce sulla legittimazione processuale a riscuoterlo.

Come si è visto, se sul primo degli aspetti indicati non vi sono ragioni per dissentire da quello che rappresenta un orientamento ormai ampiamente consolidato, maggiori perplessità suscitano le argomentazioni spese per supportare la linea interpretativa adottata in ordine alla seconda questione.

In ogni caso, dalle due pronunce annotate emerge con sufficiente chiarezza come il settore del recupero dei crediti oggetto di cessioni in blocco o di cartolarizzazioni sottenda questioni di non poco momento e di sicura complessità, che impattano direttamente sulle azioni promosse al fine di riscuoterli, imponendo una doverosa attività di verifica e controllo preliminare, mal tollerata da chi sulle cartolarizzazioni e sulla rapidità di circolazione dei susseguenti titoli finanziaria fonda grandi aspettative di rapidi e assai cospicui guadagni.

Rispetto all'esigenza di assicurare che le azioni recuperatorie dei crediti cartolarizzati siano curate da soggetti professionali e qualificati, nell'ottica di garantirne la concreta efficacia nell'interesse degli investitori che hanno sottoscritto i titoli emessi dalla SPV, nonché e più in generale a salvaguardia dell'integrità dei mercati finanziari, va comunque tenuto presente che, quantomeno con riferimento alle iniziative giudiziali, la necessaria presenza di un difensore abilitato, cui il *servicer* deve conferire procura per farsi rappresentare nel processo (di cognizione o esecutivo che sia), offre qualche forma di garanzia istituzionale. Stupisce anzi che, in contrasto con principî a rilevanza anche costituzionale, l'art. 2, 3° comma, L. n. 49/2023 sull'equo compenso esenti dalla sua applicazione le società veicolo di cartolarizzazione[35]. Ennesimo segno anche questo della colonizzazione finanziaria e, inevitabilmente, politica che la nostra Repubblica sovraindebitata continua a patire da molti decenni.

Invero, crisi ed emergenze permanenti costituiscono – ormai dovrebbe essere chiaro *lippis et tonsoribus* – un dispositivo e un metodo di governo attraverso lo "stato di eccezione": "*There is no alternative*", *TINA*, era già il motto di Margaret Thatcher; tutto s'ha da fare e subire quali docili sudditi, in quanto assolutamente necessario, indifferibile e imprescindibile, imposto da condizioni esogene emergenziali, in gran parte artificiosamente create[36].

Fintanto che il credito deteriorato delle banche era gestito direttamente dalle stesse, la relazione socio-economica tra debitore e creditore era vissuta quale confronto dialettico, regolato dal diritto civile, a tutela del diritto di chi aveva prestato fiduciariamente denaro a qualcuno, che aveva poi l'obbligo di restituirlo nei termini convenuti con un ragionevole saggio di interessi non usurario. Il denaro prestato non è delle banche, ma dei risparmiatori che lo affidano loro, contando sulla gestione sana e prudente del buon

[35] Art. 3, L. n. 49/2023 (Disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali):

"La presente legge si applica ai rapporti professionali aventi ad oggetto la prestazione d'opera intellettuale di cui all'articolo 2230 del codice civile regolati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, delle attività professionali svolte in favore di imprese bancarie e assicurative nonché delle loro società controllate, delle loro mandatarie e delle imprese che nell'anno precedente al conferimento dell'incarico hanno occupato alle proprie dipendenze più di cinquanta lavoratori o hanno presentato ricavi annui superiori a 10 milioni di euro, fermo restando quanto previsto al secondo periodo del comma 3.

Le disposizioni della presente legge si applicano a ogni tipo di accordo preparatorio o definitivo, purché vincolante per il professionista, le cui clausole sono comunque utilizzate dalle imprese di cui al comma 1.

Le disposizioni della presente legge si applicano altresì alle prestazioni rese dai professionisti in favore della pubblica amministrazione e delle società disciplinate dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Esse non si applicano, in ogni caso, alle prestazioni rese dai professionisti in favore di società veicolo di cartolarizzazione né a quelle rese in favore degli agenti della riscossione. Gli agenti della riscossione garantiscono comunque, all'atto del conferimento dell'incarico professionale, la pattuizione di compensi adeguati all'importanza dell'opera, tenendo conto, in ogni caso, dell'eventuale ripetitività della prestazione richiesta".

[36] Sia consentito rinviare sempre a Tedoldi, *Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori*, cit., dove ulteriori riferimenti bibliografici.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

banchiere, l'ormai scomparso *bonus argentarius*, che trae profitto dai differenziali tra interessi a debito e a credito.

L'esplosione delle sofferenze bancarie dopo le crisi del 2008 e del 2011, senza soluzione di continuità, ha prodotto larga sfiducia nella correttezza dei comportamenti delle banche e dell'intero sistema finanziario a matrice statunitense e londinese, che da decenni promuove e diffonde l'indebitamento di famiglie, imprese e Stati, secondo la logica dell'*originate to distribute*, grazie all'avvento e alla diffusione anche in Italia delle cartolarizzazioni, strumenti di creazione di prodotti finanziari mediante reificazione e mercificazione dei crediti, capaci di annichilire completamente ogni rapporto personale e socio-economico tra creditori e debitori.

Si è alfine acquisita consapevolezza che la diffusione dell'indebitamento di massa, finanche a livello di Stati e di enti locali, è *poisoned fruit* degli smodati appetiti speculativi, orientati più all'estrazione di valore per l'azionista (l'ormai famigerato *shareholders'interest*), con benefici spropositati per azionisti e *management* al loro servizio, attraverso *bonus* e *stock options* legati ai risultati piuttosto che alla gestione tradizionale (ritenuta anacronistica) "sana e prudente" di un'infrastruttura come la banca, centrale nel sistema del libero mercato e responsabile verso tutti gli *stakeholders*, secondo il paradigma dei battelli sul Reno e della responsabilità sociale di impresa, risalente a Walther Rathenau.

La finanziarizzazione onnipervasiva ha finito per indebolire il tessuto socio-economico e le strutture imprenditoriali e industriali, mettendo a disposizione risorse e leve finanziarie, il cui venire meno *ex abrupto*, con il susseguente *credit crunch*, ha posto in crisi l'intero sistema produttivo, il Paese e il mercato unico europeo.

In seguito alle crisi finanziarie le banche italiane, per disposizioni dei *Regulators* (leggasi BCE) di "rafforzamento patrimoniale", hanno ceduto in blocco sul mercato i crediti deteriorati (NPL è la formula magica, *non performing loans*, novella pietra filosofale che tutto trasforma in oro), l'Italia è (ri)divenuta terra di conquista e di colonizzazione finanziaria, con formidabile afflusso di capitali esteri alla ricerca di facili e strabilianti profitti.

L'altra faccia della medaglia è stata l'esplosione dell'indebitamento di imprese, famiglie e individui, con la connessa necessità di agevolare strumenti di risoluzione e di composizione delle crisi d'impresa e da sovraindebitamento e con l'introduzione dell'inerente disciplina a partire dal 2012, del tutto nuova nel millenario percorso storico-legislativo italiano[37].

Tali innovazioni, dettate più da pragmatiche esigenze che da nobili intenti, non paiono in grado di superare la strutturale e ormai cronica debolezza del tessuto economico-finanziario. Né alcune (poco pubblicizzate) proposte legislative di definizione generalizzata *ope legis* (a "saldo e stralcio") dei debiti hanno avuto alcun concreto seguito, di fronte alla preponderante potenza finanziaria e, inevitabilmente, politico-lobbistica dei grandi fondi speculativi anglosassoni, acquirenti a man bassa di crediti deteriorati.

Peraltro, se tali proposte legislative fossero state accolte, i primi a farne le spese sarebbero stati proprio i *servicer*, che avrebbero visto dissolversi in un sol colpo la "materia prima" (gli NPL), di cui sono intermediari e "trasformatori" industriali.

Le norme europee e il codice della crisi e dell'insolvenza danno alla *krisis* come dispositivo di governo esplicito suggello normativo, sottoponendo la "nuda vita" e la sudditanza debitoria a un permanente stato di eccezione, che si rinnova senza fine, perpetuato "*sans trêve et sans merci*" attraverso crisi continue e ricorrenti, finanziarie e sanitarie, endemiche e pandemiche, internazionali e geopolitiche, sino alla dissoluzione finale mediante liquidazione del patrimonio (e del sovraindebitato stesso, come si legge per *lapsus* freudiano nel capo IX del titolo V del codice della crisi, "*Liquidazione controllata del sovraindebitato*"), che rievoca l'antica *bonorum venditio*, l'*infamia* e la *sacertas* del *bannum*, salvo rinascita mondana e consumistica mercé esdebitazione, secolarizzato ed eufemistico neologismo che tiene luogo dell'evangelica remissione dei debiti e dei peccati, riabilitati in tale modo a rientrare nell'eterno circuito consumistico-produttivo.

La remissione dei debiti o, come si chiama oggi, l'esdebitazione (*discharge*) passa soltanto attraverso procedure concorsuali di regolazione della crisi e dell'insolvenza o del sovraindebitamento, che consentono al debitore di tornare a consumare e a indebitarsi (*fresh start* viene chiamato), ottenendo l'ambita cancellazione da quelle moderne liste di proscrizione che si trovano nella Centrale Rischi, la quale assegna un *rating* finanziario anche ai singoli individui, come fanno le grandi agenzie di *rating* (Standard & Poor's, Moody's e Fitch) per i titoli finanziari privati e degli Stati e i cui giudizi sono attesi come vaticini della Sibilla cumana, godendo peraltro della medesima attendibilità, ché basta spostare una virgola per sovvertirne il senso ("*ibis, redibis, non morieris in bello*" agevolmente diventa "*ibis, redibis non, morieris in bello*"). *Docet* il *rating* tripla A assegnato alla banca Lehman Brothers nell'imminenza del *crack* nel 2008.

Questo è l'orizzonte temporale e a questo aspira l'*homo oeconomicus*, *videns et consumans*, illiquido, sovraindebitato e incapace di fare fronte ai propri debiti, privato dei beni, liquidati a *pro* dei creditori, o del tutto "incapiente", cioè incapace di offrire ai

[37] V., *si vis*, Tedoldi, *Crisi Insolvenza Sovraindebitamento*, Pisa, 2022, 1 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura (cfr. l'art. 283 CCI): una globale, volontaria e incessante servitù debitoria, che si estende ben oltre l'ambito finanziario, per coinvolgere la legislazione e la giurisprudenza stessa, piegandole alle esigenze dei mercati e annichilendo ogni forma politica, nel senso nobile del termine, ridotta ormai a pura amministrazione contabile e a mera biopolitica.

Nelle civiltà antiche, presso i sumeri, i babilonesi, gli egiziani e gli ebrei, questa condizione servile veniva superata e risolta attraverso un giubileo periodico, imposto per decreto reale; nel diritto romano si provvedeva con le *tabulae novae*, cancellando i debiti e restituendo ai proprietari i beni acquisiti dai creditori con la *missio in bona*[38].

Nel tempo nostro, la *petitio* a Domineddio si banalizza in iterativa invocazione dell'*homo oeconomicus* al "vitello d'oro" del sistema finanziario, implorando di essere cancellato dalle liste di proscrizione, riacquistare affidabilità e credibilità e divenire, così, nuovamente "finanziabile", tenuto sempre però sulla soglia della *polis*, nella condizione inerme e servile della "nuda vita". A codesto *idolum tribus* tutti quanti, individui e famiglie, società e Stati, impetrano clemenza, alte levando le loro dissonanti voci, nella vana e messianica attesa di una salvezza che mai potrà giungere, poiché la condizione debitoria è consustanziale alla postmoderna *religio* del "dio mercato": "E rimetti a noi i nostri debiti, come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori".

Riforma Cartabia

Tribunale Bologna, Sez. II civile, 6 maggio 2024, n. 5065 (decreto) – Z.M. e Z.L. – H.C. s.p.a.

Processo civile – Opposizione a decreto ingiuntivo – Decreto *ex* art. 171-*bis* c.p.c. – Poteri del giudice – Fissazione udienza – Rimessione anticipata in decisione – Decorso dei termini *ex* art. 171-*ter* – Esclusione

*In virtù dell'art. 175 c.p.c., il giudice può fissare una udienza anticipata, rispetto alla data della prima udienza di trattazione di cui all'art. 183 c.p.c., per la discussione e l'immediata rimessione in decisione della causa ai sensi dell'art. 187, 3° comma, c.p.c. sulla base di una questione pregiudiziale di rito decidibile allo stato degli atti, senza che sia necessario attendere il decorso dei termini di cui all'art. 171-*ter *c.p.c.*

Omissis. – Ritenuto che:

– il decreto ingiuntivo opposto è stato emesso su ricorso depositato il 14 settembre 2023: si applicano pertanto le disposizioni processuali in tema di giudizio ordinario di cognizione introdotte dalla c.d. riforma Cartabia;

– è opportuno differire, ai sensi dell'art. 171-bis, comma 3, c.p.c. ed anche in relazione a quanto di seguito disposto, la data della prima udienza regolata dall'art. 183 c.p.c. rispetto alla quale decorrono i termini indicati dall'articolo 171-ter c.p.c. (*omissis*);

– avuto riguardo all'eccezione processuale sollevata in via pregiudiziale dall'opposta, è altresì opportuno sentire i difensori in una udienza anteriore a quella regolata dal novellato art. 183 c.p.c., anche per valutare l'eventualità di una definizione amichevole o comunque più rapida della controversia, con minor dispendio di attività e aggravio di spese (*omissis*);

– in altri termini, la convenuta ha sollevato una questione pregiudiziale attinente al processo di per sé potenzialmente idonea a precludere l'esame del merito (art. 279, comma 2, n. 2, c.p.c., non modificato dalla riforma Cartabia) e così a rendere superfluo il deposito delle tre memorie integrative che le parti "possono" depositare a norma dell'art. 171-ter c.p.c.;

– la questione, di puro diritto e decidibile allo stato degli atti, riguardante la tempestività dell'instaurazione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo va esaminata in via prioritaria rispetto non solo all'istanza di concessione della provvisoria esecuzione ma anche alla questione attinente alla condizione di procedibilità (sul punto, più diffusamente, v. Trib. Bologna, sez. II, 28 dicembre 2023, n. 2865);

– seppur non espressamente prevista dalla nuova disciplina del processo ordinario di cognizione, la fissazione di una udienza anticipata ad opera del giudice, cui spetta la direzione del procedimento al fine di garantirne il più sollecito e leale svolgimento (art. 175 c.p.c.), non è vietata ed anzi può contribuire a raggiungere gli "obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile, nel rispetto della garanzia del contraddittorio" perseguiti dalla riforma Cartabia (art. 1, comma 1, l. 26 novembre 2021, n. 206), in attuazione del generale principio di economia processuale (art. 97 cost.) e del principio del giusto processo (art. 111 cost.): ciò vale anche nel caso di specie, essendo opportuna l'immediata discussione nel contraddittorio delle parti della questione pregiudiziale attinente alla tempestività dell'opposizione a decreto ingiuntivo, la decisione della quale è già possibile allo stato degli atti e potrebbe definire il giudizio, rendendo superfluo il deposito delle memorie integrative; in tale prospettiva, gli artt. 175, 187, commi da 1 a 3, 279, comma 2, n. 2, 80-bis disp. att., c.p.c., rimasti immutati dopo il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 nonostante l'anticipazione delle barriere preclusive ad un momento anteriore all'udienza ex art. 183 c.p.c., paiono suscettibili di una ragionevole rilettura, coerente con le finalità perseguite dalla riforma Cartabia e coi principi costituzionali in tema di processo civile, tale da consentire, ove non sia necessario (come anche nel caso di specie) attendere il deposito delle memorie di cui all'art. 171-ter c.p.c. ma pur sempre dopo un confronto diretto coi difen-

[38] Graeber, *Debito. I primi 5.000 anni*, trad. it. Milano, 2012, 74 e segg.; Manfredini, *Rimetti a noi i nostri debiti. Forme della remissione del debito dall'antichità all'esperienza europea contemporanea*, Bologna, 2012, 52 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sori, l'immediato passaggio della causa in decisione all'esito di una udienza appositamente fissata dal giudice, in data anteriore a quella dell'udienza indicata per la comparizione nell'atto di citazione (art. 163, comma 3, n. 7, c.p.c.) o differita d'ufficio (come nel caso di specie) ex artt. 168-bis, comma 4, e 80, comma 1, disp. att., c.p.c. ed oggi regolata dal novellato art. 183 c.p.c. (così Trib. Bologna, sez. II, decr. 22 dicembre 2023 e, per ragioni attinenti al merito, Trib. Bologna, sez. II, decr. 3 novembre 2023; con riferimento alla discussione sull'istanza ex art. 648 c.p.c., v. Trib. Bologna, sez. II, decr. 21 settembre 2023, Trib. Bologna, sez. II, ord. 15 novembre 2023 e, con riguardo anche alla chiamata del terzo ad opera dell'opponente e alla questione di procedibilità, Trib. Bologna, sez. II, decr. 15 aprile 2024);

– è opportuno assegnare agli opponenti termine per una sintetica memoria sulla sola questione processuale sollevata dall'opposta, in vista della discussione orale che si svolgerà in udienza;

– può ipotizzarsi lo svolgimento dell'udienza in videoconferenza (art. 127-bis, c.p.c.), atteso che il difensore degli opponenti ha studio in Sicilia: sul punto i difensori potranno formulare apposita istanza; – *Omissis.*

La lettera e lo spirito della Riforma Cartabia

Anticipata chiusura in rito del processo? Il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo costituisce un cruciale banco di prova per valutare l'efficienza del nuovo *ordo procedendi* varato dalla riforma Cartabia [pacifica ormai, alla luce di Cass. civ., Sez. un., 13 gennaio 2022, n. 927 l'applicabilità delle disposizioni riformate in ragione della data di deposito del ricorso monitorio]. Sotto non pochi aspetti infatti le rinnovate scansioni temporali della fase preparatoria e della trattazione rischiano di generare tensione con le pressanti esigenze di celere espansione delle garanzie a favore dell'ingiunto e simmetricamente di rapida tutela del credito, proprie della fase oppositoria del rito speciale monitorio [*ex multis*: Rusciano, *Note minime su l'opposizione al decreto ingiuntivo dopo la riforma Cartabia*, in *Dir. Proc. Civ. e Comp.*, 2023, 733 e seg.]. Opportunamente quindi il decreto correttivo (v. *infra*) contempla espressamente, nel nuovo 3° comma dell'art. 648 c.p.c., una decisione anticipata sulla provvisoria esecuzione su istanza della parte interessata che rappresenti le ragioni di urgenza [per la fissazione di un'udienza anticipata onde discutere dell'istanza *ex* art. 648 c.p.c., v. già: Trib. Bologna, Sez. II civ., 15 aprile 2024; id., 21 settembre 2023, in *Giur. it.*, 2024 con osservazioni critiche di A.A. Romano]. La pronuncia in commento attiene però ad un profilo della nuova fase "preparatoria" rispetto alla prima udienza di comparizione e trattazione [suggerisce questa denominazione: (Menchini)-Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al tribunale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 579 e seg., 582], che riveste una rilevanza di ordine generale e che, peraltro, non risulta essere stato lambito né dal correttivo definitivamente varato con il recentissimo d. lgs. 31 ottobre 2024 n. 164 [sullo "Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149", quale approvato dal Consiglio dei ministri il 15 febbraio 2024 ed *in parte qua* invariato: Salvaneschi, *Luci e ombre dello schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, in *www.judicium.it*, 4 aprile 2024; Bove, *La trattazione nel processo ordinario di cognizione di primo gradi tra riforma Cartabia, intervento della Corte costituzionale e annunciato "correttivo"*, in *www.judicium.it*, 13 giugno 2024]; né dalla prima pronuncia della Consulta sul nuovo rito [Corte cost., 3 giugno 2024, n. 96, in *Giur. It.*, 2024, 2092 ss. con i commenti, variamente orientatati, di: A.A. Romano, M. De Cristofaro e una postilla di C. Consolo]. Ci si riferisce alla questione se il giudice, che si avveda già dalla lettura degli atti introduttivi di una questione impediente matura per la decisione, possa troncare il flusso procedimentale chiudendo in rito il giudizio senza attendere il completo esaurimento della trattazione e la data già fissata per la prima comparizione delle parti.

Nel caso di specie, l'opposto in comparsa di risposta eccepisce la tardività dell'opposizione in quanto notificata oltre i 40 giorni [non ci si sofferma qui sul merito della questione, che sembrerebbe piuttosto riguardare gli effetti, per il socio illimitatamente responsabile e tempestivamente opponente, dell'inoppugnabilità del decreto maturata nei confronti della s.n.c.]. Il giudice, reputando l'eccezione plausibilmente fondata, intravede la possibilità di una rapida chiusura in rito del giudizio che renderebbe superflua la trattazione nel merito. Conseguentemente, *rinviata* la prima udienza ai sensi dell'art. 171-*bis*, 3° comma, c.p.c., ne fissa una intermedia da celebrarsi in via telematica ai sensi dell'art. 127-*bis* c.p.c. e finalizzata, previa concessione al solo attore di un breve termine per il deposito di osservazioni scritte, a discutere solo di tale questione in modo da poter rimettere la causa in decisione già all'esito di tale udienza ed auspicabilmente deciderla in via contestuale avvalendosi dell'art. 281-*sexies* c.p.c.

L'architettura della trattazione. Il decreto per le verifiche preliminari rappresenta uno snodo fondamentale del nuovo rito ordinario ed al tempo stesso uno dei punti maggiormente critici, frutto com'è di un compromesso tra l'idea di una trattazione rimessa in toto al libero gioco delle parti, come fu durante la breve stagione del rito societario, e l'esigenza di evitare una troppo tardiva emersione di questioni processuali che ne impongano l'antieconomica rinnovazione. Da qui la previsione di un intervento precoce del giudice chiamato, prima della prima udienza, ad imprimere un parziale orientamento al dialogo processuale: sia anticipando quelle verifiche sulla regolare instaurazione del contraddittorio, che un tempo trovavano spazio in occasione del primo contatto giudice-parti, e

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quindi sollecitando le eventuali attività sananti di cui emerga la necessità già sulle scorta degli atti introduttivi; sia con la segnalazione di questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione, che poi seguirà in forma scritta nelle memorie integrative. Tutto ciò, come è noto, per fare in modo che alla prima udienza il giudice possa senza indugio procedere alla rimessione in decisione ovvero all'avvio della fase istruttoria; ma tutto ciò, come altrettanto noto, in perfetta solitudine e fuori dal contatto diretto con le parti, alle quali dunque il giudice non potrebbe in questa fase chiedere gli opportuni "chiarimenti". Con riguardo alle questioni destinate ad essere decise direttamente con il decreto fuori udienza [nel senso che si tratti di catalogo esaustivo: Rota, *La fase introduttiva e di trattazione pre-udienza*, in *Manuale breve della riforma Cartabia*, a cura di Passanante, Milano, 2024, 79 e segg., 91. *Cfr.* in senso diverso e quindi per la possibilità di adottare in tale sede anche altre misure *ordinatorie*: Dalmotto, *Lezioni sul nuovo processo civile*, a cura di Dalmotto, Bologna, 2023, 68; Russo, in *Il processo civile riformato*, diretto da Ronco, Bologna, 2023, 81 e segg.; con riguardo alla concessione del termine per esperire la mediazione obbligatoria, prevale la tesi per cui *de lege lata* dovrebbe necessariamente attendersi la prima udienza (*ex multis*: Cuomo Ulloa, in *Manuale breve della riforma Cartabia*, cit., 261 e segg.), ma l'inefficienza della soluzione e sottolineata da: Lai, *Le nuove regole per l'introduzione della causa nel rito ordinario di cognizione*, in www.judicium.it, 2023], l'attuale assetto svilisce l'effettività del contraddittorio, comportando un duplice e simmetrico rischio: imporre misure sananti non necessarie ovvero, al contrario e assai più plausibilmente, ignorare vizi che pure esigano il rinvio della prima udienza, dovendosi allora provvedere successivamente con inevitabile ritorno del procedimento sui propri passi e nuovo deposito delle memorie integrative anteriormente alla nuova prima udienza [per tutti: M. De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice civile alla vigilia della riforma del processo civile di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023 199 e seg., 206; Carratta, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. It.*, 2023, 697 e segg., 699]. Non a caso proprio sulle verifiche preliminari si è concentrato il citato intervento correttivo, nel tentativo di fornire una risposta alle disfunzioni ampiamente segnalate da tutti i primi commentatori ed agli interrogativi emersi nelle prime esperienze applicative. Dal canto suo, la ben argomentata rimessione di un giudice di merito [Trib. Verona, 22 settembre 2023, in *Giur. It.*, 2024, 1080 e segg., con nota adesiva di Volpino] ha indotto la Consulta ad una parziale riscrittura, appena dissimulata sotto la specie di sentenza interpretativa di rigetto, dell'art. 171-*bis* c.p.c. Il giudice delle leggi, pur avallando il diverso trattamento tra le questioni destinate ad essere vagliate nel decreto preliminare (in quanto relative a vizi emendabili) e tutte le restanti sulle quali deve svilupparsi il contraddittorio cartolare tra le parti, ha così cercato di porre rimedio additando una duplice via: recuperare *ex ante* il necessario rispetto del diritto di difesa riconoscendo al giudice il potere discrezionale di fissare ai sensi dell'art. 175 c.p.c. apposita udienza "interlocutoria" per richiedere alle parti gli opportuni chiarimenti; ovvero, quando l'interlocuzione si sviluppa solo a posteriori, ingegnandosi di neutralizzare in ogni caso, e quindi *anche in caso di conferma*, le conseguenze negative dell'inottemperanza ad un ordine di sanatoria adottato in solitaria disattendendo le richieste di confronto dialogico. Il che di fatto si traduce, mi pare, nel riconoscimento che la via maestra resta quella di stimolare il contraddittorio *prima* di decidere.

Il tema di queste note è tuttavia diverso. Si tratta in buona sostanza di comprendere *se* ed in che modo nel rito di nuovo conio sia possibile recuperare quel *quantum* di flessibilità che nel contesto previgente avrebbe consentito – a fronte di questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito mature per la decisione ai sensi dell'art. 187, 2° e 3° comma, c.p.c. – la rimessione della causa in decisione già alla prima udienza *senza* concedere i richiesti termini per il deposito di memorie di cui al vecchio art. 183, 6° comma, c.p.c. [in questo senso nell'impero del rito pre-Cartabia: Cass. civ., Sez. II, 23 novembre 2023 n. 32577; Cass. civ., Sez. II, 21 luglio 2021, n. 19792; Cass. civ., Sez. II, 30 maggio 2017 n. 13653; Cass. civ., Sez. I, 23 marzo 2017, n. 7474; Cass. civ., Sez. III, 11 marzo 2016, n. 4767. In dottrina, distinguendo tra rimessione ai sensi del 2° e 3° comma dell'art. 187 c.p.c., ammessa, ovvero ai sensi del 1° comma dell'art. 187, impraticabile a fronte di richiesta dei termini *ex* art. 183, 6° comma, previgente: Muroni, sub art. 183, in *Codice civile commentato*, diretto da Consolo, Milano, 2019, 220, 5 e segg., e ivi ulteriori riferimenti; il potere giudiziale di modulare e in taluni casi escludere la concessione dei termini veniva recepito dalla Proposta sub A formulata dalla Commissione Luiso, *Proposte normative e note illustrative*, 25 maggio 2021, p. 36 e seg.].

Il nuovo rito ordinario infatti vede oggi la sequenza delle memorie integrative immancabilmente dipanarsi *ex lege*, senza che il giudice possa interromperla o alterarla, nei termini decorrenti dalla data di udienza confermata ovvero differita con il decreto preliminare *ex* art. 171-*bis* [in mancanza del decreto, secondo la prevalente dottrina i termini avrebbero cominciato a decorrere *ex lege* dalla data di udienza fissata dall'attore nell'atto di citazione (*ex multis*: Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2023, 229; Trisorio Liuzzi, *La fase introduttiva del giudizio civile di primo grado davanti al tribunale*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2023, 25 e segg., 42; Merlin, *op. cit.*, 586 e 591); il decreto correttivo invece prevede – recependo prassi maturate in alcuni Tribunali, sulle quali criticamente: Luongo, *Note sulla decorrenza dei termini ex art. 171-ter c.p.c.*, in *www.judicium.it*, 24 marzo 2024 – che solo con l'emissione del decreto *ex* art. 171-*bis*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prendano a decorrere, sempre a ritroso dalla data di udienza in tale sede indicata, quei termini; non si dice tuttavia cosa accada se il pur doveroso decreto fosse del tutto omesso e, dato che non si impone in tal caso il rinvio dell'udienza, resta il rischio di compressione degli spazi difensivi in caso di decreto tardivo: Salvaneschi, *op. cit.*, par. 5, la quale rileva inoltre che il correttivo non elimina il rischio di ritorno alla casella iniziale se il decreto viene emesso senza effettivo vaglio della regolarità del contraddittorio; nel senso che con il decreto tardivamente emesso "dovrebbe sempre essere differita la data della prima udienza": Bertoldi, in *Diritto processuale*, II, a cura di Ruffini, Bologna, 2024, 83], L'attuale assetto innesca così potenzialmente uno spreco di attività processuale, mentre il sistema previgente consentiva in talune ipotesi di risparmiare la trattazione scritta [come lamentano: Boccagna, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 1341 e segg., 1360; Trisorio Liuzzi, *op. cit.*, 45; Russo, *op. cit.*, 83 e seg.; v. anche Capponi, *Note sulla fase introduttiva del nuovo rito ordinario di cognizione*, in *www.giustiziacivile.com*, 7 e seg.].

Un'interpretazione troppo creativa? Nella pronuncia in commento correttamente si esclude che il giudice con lo stesso decreto preliminare fuori udienza possa pronunciarsi in via definitiva su di una questione di rito impediente. Una subitanea decisione con decreto sarebbe inammissibile non tanto perché la definizione della causa, sia pure in rito, esige di regola la forma di sentenza, ma soprattutto perché altrimenti ne uscirebbe platealmente conculcato il diritto di difesa delle parti, se la questione fosse rilevata officiosamente, o almeno della parte attrice, se l'impedimento fosse stato evidenziato dal convenuto nella comparsa di risposta [Consolo, *op. cit.*, 250; Merlin, *op. cit.*, 592, nota 38; Bove, *op. cit.*, par. 3].

Per arrivare ad una rapida definizione della controversia sulla base della questione impediente segnalata con il decreto, ancor *prima* che le parti inizino a depositare le memorie integrative di trattazione, ma senza rinunciare all'indispensabile dialogo tra e con le parti, il giudice si avvale quindi dei poteri direttivi che gli sono attribuiti dall'art. 175 c.p.c., fissando una udienza *ad hoc* da tenersi anteriormente alla prima udienza destinata alla comparizione delle parti, la quale viene contestualmente differita. Si tratta di una possibilità oggi esplicitamente avallata, argomentando dagli artt. 127 e 175 c.p.c., ed ampiamente valorizzata da Corte cost. n. 96/2024, par. 8.6, e che era stata già suggerita da attenta dottrina [Merlin, *op. cit.*, p. 590], anche se per vero a diverso fine e segnatamente quale alternativa preferibile alla decisione solitaria con decreto delle questioni attinenti alla regolarità del contraddittorio che esigano misure sananti. Nel caso in esame, invece, il contraddittorio preventivo sulla questione potenzialmente assorbente risulta già ampiamente assicurato *ex lege* tramite le memorie preudienza *ex* art. 171-*ter* c.p.c., che è certo il luogo deputato per prendere posizione sulle questioni segnalate dal giudice con il decreto preliminare [Corte cost. n. 96/2024, par. 8.3]. Il giudice, tuttavia, scommette sulla possibilità di trasformare l'udienza intermedia in quella finale di discussione e decisione contestuale della causa. Si sostiene, quindi, che la rimessione in decisione in occasione di tale udienza intermedia non potrebbe essere a priori esclusa: se l'art. 80-*bis* disp. att. continua a collocare nella "udienza destinata esclusivamente alla prima comparizione delle parti" il potere di rimessione anticipata in decisione ai sensi dell'art. 187 c.p.c., quel riferimento dovrebbe essere oggi ricontestualizzato alla luce dell'inversione di fattori operata dagli artt. 171-*bis* e 171-*ter* c.p.c., per effetto dei quali le attività di trattazione ormai precedono la prima udienza. L'adattamento, con l'*indispensabile* interpolazione dell'udienza *ad hoc*, appare ragionevole nella misura in cui evita il compimento di attività processuale che sarebbe del tutto superflua, in ipotesi di evidente fondatezza allo stato degli atti della questione impediente, ponendosi così in linea con gli obiettivi di "semplicità, concentrazione ed effettività della tutela e la ragionevole durata del processo" dichiaratamente perseguiti dalla riforma. Né può dirsi che un simile *modus procedendi* violi il diritto di difesa delle parti [non sorgono qui i problemi evidenziati da A.A. Romano nel commentare criticamente Trib. Bologna, 23 giugno 2023, in *Giur. It.*, 2023, 2105 e seg.]; infatti, la definizione in rito del giudizio in ragione di un evidente impedimento processuale non sanabile seguirebbe dopo avere stimolato il contraddittorio cartolare ed anche la discussione orale sullo specifico punto, con l'accortezza però che l'udienza *ad hoc* sia fissata in modo da non comprimere lo spazio temporale di almeno 15 gg., di cui normalmente l'attore dispone per replicare alle difese del convenuto o ai rilievi del giudice. Consentendo al giudice di modulare e proporzionare alle esigenze del caso concreto lo sviluppo e le forme di svolgimento del contraddittorio, la prassi in commento mitigherebbe le rigidità del nuovo rito conseguendo un risparmio forse modesto sotto il profilo cronologico, ma nondimeno apprezzabile. La tecnica dell'interpolazione di un'udienza *ad hoc* e la focalizzazione del contraddittorio esclusivamente sulla questione assorbente potrebbe inoltre costituire un modello utile anche a fronte dell'inottemperanza all'ordine di sanatoria impartito con il decreto preliminare, quando in effetti il giudice debba prendere atto dell'avvenuta estinzione [*cfr.* nel senso che *de lege lata* la declaratoria di estinzione del processo dovrebbe necessariamente attendere la prima udienza a valle del completo svolgimento della trattazione: Merlin, *op. cit.*, 591; il decreto correttivo, riscrivendo l'art. 171 *bis*, contempla ora l'adozione di un secondo decreto preliminare appositamente destinato a tali verifiche e da adottarsi almeno 55 gg. prima della nuova udienza di comparizione, senza tuttavia chiarire se in tale occasione possa addirittura già essere dichiarata l'estinzione: in questo se-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

condo senso Salvaneschi, *op. cit.*; cfr., scettico sul punto: Bove, op. cit., il quale ribadisce che solo alla prima udienza e dopo lo scambio delle tre memorie ex art. 171 *bis* il giudice potrebbe definire in rito il giudizio].

La proposta interpretativa in esame si sovrappone con disinvoltura eccessiva al disegno normativo? La lettera dell'art. 171-*bis* non contempla affatto questa scansione procedimentale ed anzi sembra *necessariamente* posticipare la decisione sulle questioni impedienti, e in generale sulle questioni processuali o di merito diverse da quelle menzionate dalla prima parte dell'art. 171-*bis* prima parte c.p.c., al completo esaurimento della trattazione scritta secondo i ritmi scanditi dall'art. 171-*ter* c.p.c. [nel senso che nessuna decisione *definitiva* della controversia possa essere assunta nella fase antecedente la prima udienza *ex* art. 183 c.p.c.: Bove, *op. cit.*]. È appunto alla prima udienza, successiva alla trattazione scritta, che a tutt'oggi istituzionalmente si colloca la rimessione anticipata in decisione ai sensi dell'art. 187 c.p.c., come pure la possibile pronuncia dell'ordinanza di rigetto della domanda *ex* art. 183-*quater* [esclude che tale ordinanza possa adottarsi prima: Turroni, *La definizione anticipata del giudizio*, in *Giur. It.*, 2023, 453 e segg., 458]. Inoltre, la prospettata rilettura degli artt. 187 c.p.c. e 80-*bis* disp. att., non è affatto necessitata posto che la rimessione in decisione all'udienza *ex* art. 183 c.p.c., a seguito del contraddittorio scritto anche sulla questione impediente tempestivamente sollecitato mediante il decreto preliminare, comporta pur sempre il risparmio della fase istruttoria. Conseguentemente, non può dirsi che gli artt. 187 c.p.c. e 80-*bis* disp. att. abbiano perso un utile spazio applicativo. Dovendo comunque assicurarsi un congruo termine alle parti per interloquire sulla questione prospettata come potenzialmente assorbente, e quindi di fatto postulando il differimento della prima udienza, il risparmio di tempo conseguibile per tale via appare relativamente modesto; in ipotesi del genere, in cui si impone all'attenzione una questione potenzialmente decisiva e matura senza bisogno di prove, il giudice potrebbe semplicemente confermare la data indicata in citazione lasciando che le parti prendano posizione sul punto nella prima memoria pre-udienza.

In conclusione, pur se formalmente rispettosa dell'automatismo delle memorie di trattazione collegate alla successiva udienza *ex* art. 183 c.p.c., si tratta senza dubbio di una forzatura interpretativa rispetto allo schema positivizzato e riflesso dalla lettera delle disposizioni codicistiche. Ed è anche corretto osservare che l'art. 175 c.p.c., pur consentendo al giudice istruttore di fissare le udienze "interlocutorie" che reputi opportune, non può essere inteso come norma-grimaldello, sulla quale fare leva per ridisegnare a piacimento l'*iter* procedimentale [M. Stella, *I nuovi riti di cognizione e il ruolo dell'avvocato, in particolare nel rito semplificato*, in *Dir. Proc. Civ. It. Comp.*, 2023, 815 e segg., 817]. Ciononostante, a parere di chi scrive, si tratta a ben vedere di una forzatura accettabile, presentando pur sempre il vantaggio di limitare il numero di scritti scambiati tra le parti senza pregiudicare il diritto di difesa.

Marcella Negri

Esecuzione civile

Tribunale Brindisi, g.e., 6 maggio 2024 (ordinanza) – Est. Natali

Esecuzione civile – Esecuzione indiretta *ex* art. 614-*bis* c.p.c. – Obbligo di concludere un contratto – Azione costitutiva *ex* art. 2932 c.c. – Cumulo potenziale dei due rimedi – Ammissibilità

*È possibile richiedere, davanti al giudice dell'esecuzione, l'applicazione della misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-*bis *c.p.c. nel caso di inadempimento dell'obbligo di concludere un contratto, in aggiunta al rimedio di cui all'art. 2932 c.c.*

Omissis. – Dato atto della regolare notifica del ricorso e della mancata costituzione di parte resistente. Rilevato che allo stato degli atti non risulta che il resistente abbia provveduto alla rinnovazione del rapporto contrattuale alle stesse condizioni di cui a prima dello scioglimento unilaterale del detto rapporto. A ciò la (*omissis*) si era obbligata espressamente in sede di verbale di chiusura della procedura mediatizia. A tal riguardo, come noto, l'esperibilità del rimedio *ex* art. 614 *bis* c.p.c., in presenza della possibilità di adire l'autorità giurisdizionale *ex* art. 2932 c.c., costituisce profilo controverso in via interpretativa. Nondimeno, premessa la generale fruibilità di questo secondo rimedio, qualunque sia la fonte dell'obbligo di contrarre, questo Giudice propende per la soluzione affermativa, ovvero per la cumulabilità dei due rimedi. In tal senso, depongono sia ragioni testuali che ragioni di carattere sistematico. In particolare, sotto il primo profilo, l'art. 614 *bis* c.p.c. non contiene alcuna limitazione del proprio ambito operativo, se non quella testuale derivante dall'impossibilità di azionare il rimedio per le obbligazioni di carattere meramente pecuniario. Ciò, verosimilmente, nella considerazione della generale convertibilità in denaro di ogni bene, con conseguente idoneità della esecuzione ordinaria, mobiliare o immobiliare, a soddisfare la legittima aspettativa di tutela del credito in via coattiva. Sotto il diverso profilo della coerenza della interpretazione con i principi costituzionali, la soluzione del cumulo appare maggiormente idonea a consentire l'inveramento del principio di effettività della tutela giurisdizionale, specie esecutiva, quale valore di rango non soltanto costituzionale ma anche sovranazionale in virtù del combinato disposto degli artt. 24, 113 Cost., 6 e 13 CEDU e 47 CDFUE. D'altronde, diversamente ragio-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nando e quindi ritenendo ammissibile il solo rimedio *ex* art. 2932 c.c., l'istante, per poter conseguire la tutela agognata, dovrebbe attendere la definitività della sentenza di accoglimento che tiene luogo della volontà non manifestata della parte che si era obbligata. Come noto, le sentenze di tipo costitutivo, infatti, richiedono il passaggio in giudicato ai fini della loro esecutività. Rilevato che, dunque, la richiesta di misura coercitiva deve ritenersi pienamente ammissibile, anche nella logica di una interpretazione costituzionalmente orientata della norma processuale; rilevato che, in considerazione del verosimile danno cagionato e cagionando alla parte creditrice, commisurabile agli sconti che sarebbero stati applicati sulle fatture emesse a fronte dell'erogazione del servizio di energia e gas, appare opportuno determinare l'entità della penale in euro 60,00 per ogni giorno di ritardo.

P.Q.M.

Condanna parte resistente al pagamento di euro 60,00 per ogni giorno di ritardo – *Omissis*.

Misure coercitive e obbligo di concludere il contratto *ex* art. 2932 c.c.

Carlo Vittorio Giabardo*

Dopo aver inquadrato il caso di specie nelle coordinate generali – ossia l'astratta possibilità di cumulare la richiesta di misure coercitive per forzare l'adempimento dell'obbligo di contrarre con l'azione costitutiva *ex* art. 2932 c.c. – l'Autore ripercorre per sommi tratti il dibattito attorno alla questione a partire dall'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c., sul testo iniziale del 2009, su quello in seguito modificato nel 2015 e poi su quello del 2022 oggi in vigore (e rilevante, nella vicenda annotata, per la nuova dinamica processuale, che si analizza). La nota commenta la decisione prendendo posizione in senso adesivo, non senza però evidenziare i principali problemi che la soluzione positiva pone, anche con riguardo al regime del contratto concluso sotto minaccia coercitiva in caso di riforma del provvedimento.

L'inquadramento, generale e particolare, della questione

Con una succintamente motivata ordinanza, il giudice dell'esecuzione del Trib. di Brindisi[1] risolve – in senso positivo e a parer nostro correttamente – una questione teoricamente discussa e non secondaria nella pratica, ossia l'ammissibilità della richiesta di condanna a titolo coercitivo *ex* art. 614-*bis* c.p.c., pur in presenza del rimedio "costitutivo-esecutivo" disciplinato dall'art. 2932 c.c. ("esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto"), nel caso in cui colui che è – o si è – obbligato a stipulare un futuro accordo rimanga inadempiente[2].

L'ipotesi più tipica, e forse anche più frequente, in cui questo potenziale cumulo, in astratto, può venire a rilevanza è quella dell'inottemperanza all'obbligo di concludere il contratto definitivo, una volta stipulato quello preliminare. Il problema è però più vasto – come dimostra la vicenda che si annota – ponendosi ogniqualvolta si tratta di costringere una parte a esprimere, suo malgrado, una volontà negoziale che non vuole esprimere, nei vari altri casi in cui questa costrizione è possibile.

Si pensi, per un verso, alle fattispecie in cui l'obbligo di contrarre discende da una previsione di legge, come nel caso di cui all'art. 1032 c.c. (obbligo di costituzione della servitù per il fondo intercluso) o di cui all'art. 2597 c.c. ("obbligo di contrarre in caso di monopolio"); e, dall'altro, a quelle in cui la fonte è invece pattizia, quale ad es. l'art. 1706, 2° comma, c.c. (obbligo del mandatario di ritrasferire la proprietà immobiliare al mandante). O ancora, e per estensione, si

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Il caso è annotato anche da Capponi, *Sugli art. 2932 c.c. e 614 bis c.p.c.,* in *Foro It*., 2024, 1542 e seg.

[2] Diamo fin da subito atto che, in dottrina, la possibilità di cumulare i due rimedi – nell'ambito di uno stesso giudizio e con riferimento all'ipotesi di inadempimento del contratto preliminare – è stata avanzata e argomentata, già a partire dal testo originale dell'art. 614-*bis* c.p.c. del 2009, da Consolo, *Una buona novella: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corriere Giur*., 2009, 737 e seg., ma spec. 740 e seg.; e a maggior ragione sostenuta dopo la modifica ampliativa del 2015, in Id., *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare): gli artt. 2932, 2908 e 2909 c.c. e l'alternativa posta dall'art. 614-bis c.p.c. (ante e post riforma del 2015)*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal Convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli, 2019, 79 e seg.; da ultimo ribadita in Id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2023, Vol. 1 (*Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*), spec. 77 e seg. V. inoltre Consolo-Godio, *La "impasse" del combinato degli artt. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614-bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corriere Giur.*, 2018, 370 e seg. In un senso più dubbioso, e anzi contrario, Venturini, *La misura coercitiva di cui all'art. 614-bis c.p.c. e l'esecuzione dell'obbligo di contrarre*, in *Giur. It*., 2014, 767 e seg. (a partire dalle difficoltà di rimozione del contratto concluso sotto minaccia coercitiva). *Contra* anche Carratta, *L'esecuzione forzata indiretta delle obbligazioni di fare infungibile o di non fare: i limiti delle misure coercitive dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Rass. Forense*, 2009, 721 e seg. Cautamente possibilista Tiscini, *Riflessioni sparse intorno alla tutela costitutiva*, in *Riv. Dir. Proc*., 2021, 1231 e seg., spec. 1244 (e anche in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di Tiscini e Luiso, I, Pisa, 2022, 221 e seg.). Su questa possibilità si sofferma anche Capponi, *Diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2023 (ult. ed.), 16 e seg., poi spec. 40 e seg.; con qualche apertura, Id., *Sugli art. 2932 c.c.*, cit.

Sui nodi processualistici dell'art. 2932 c.c. la dottrina è sterminata. In luogo di molti, ci limitiamo qui a menzionare il recente e ampio contributo di Murioni, *L'azione* ex *art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Milano, 2018, *passim*, ma spec., per il nostro tema, 18 e seg. e 55 e seg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ponga mente a tutta l'ardua e multiforme casistica riguardante gli obblighi di rinegoziazione dei contratti di durata, qualora la controparte si rifiuti di collaborare; ipotesi però nelle quali, se mi pare giustamente invocabile l'art. 614-*bis* c.p.c. per forzare chi non vuole contrattare almeno a "sedersi al tavolo delle trattative", l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. – e quindi l'intervento del giudice in chiave direttamente costitutiva del rapporto (ammesso e non concesso che lo si voglia considerare possibile) – andrebbe assai circoscritta[3].

La vicenda in esame concerne l'inadempimento, da parte di una società, dell'obbligo di rinnovare un contratto di fornitura di energia e gas, che quest'ultima aveva sciolto unilateralmente, alle stesse condizioni del contratto precedente; obbligo che l'impresa debitrice – apprendiamo – aveva negozialmente assunto in un precedente verbale di chiusura di una riuscita mediazione (titolo anche per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, *ex* art. 12 D.Lgs. n. 28/2010 – che "deroga" all'art. 612 c.p.c. – quando tutte le parti sono state assistite da un avvocato).

Il caso è di interesse anche per la novità della dinamica processuale (v. *infra*, ult. par.). Se ben intendiamo, il creditore, munito del titolo stragiudiziale (il verbale di mediazione) adisce direttamente il g.e. competente (senza quindi "passare" attraverso il giudizio di merito) con ricorso *ex* art. 612 *c.p.c.*, chiedendo che venga applicata la misura coercitiva per la prima volta in quella sede: possibilità ora concessa dal nuovo testo del 2° comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. così come positivamente innovato dal D.Lgs. n. 149/2022[4]. Il g.e., verificata la regolarità dell'instaurazione del contraddittorio (l'art. 612 c.p.c. – ora richiamato dal nuovo 2° comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. – vuole che il giudice si pronunci "sentita la parte obbligata"[5]) e preso atto della non costituzione in giudizio della società, condanna quest'ultima (*non già direttamente a stipulare il contratto, ma*) a pagare una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nella conclusione del nuovo accordo alle stesse condizioni pattuite in quello sciolto. Notiamo incidentalmente un piccolo dettaglio: nel provvedimento non viene determinata espressamente la decorrenza della misura coercitiva, come ora richiede obbligatoriamente il 2° comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. novellato (previsione introdotta con l'evidente fine di lasciare all'obbligato un congruo tempo – qualche giorno – per adempiere senza incorrere nella penalità).

La motivazione del provvedimento si basa sull'argomento che il rimedio coercitivo offerto dall'art. 614-*bis c.p.c.* è cumulabile con quello dato dall'art. 2932 c.c. (ricordiamo: la richiesta al giudice della cognizione della tutela costitutiva, ossia, "qualora sia possibile", di una sentenza che "produca gli effetti del contratto non concluso") in virtù del principio di effettività della tutela giurisdizionale, nel senso che questa duplicità di rimedi permette una più pronta e sollecita soddisfazione dell'interesse del creditore, non dovendo egli attendere il passaggio in giudicato del provvedimento per ottenere gli effetti costitutivi (v. *amplius infra*).

In dottrina, la tesi del cumulo è stata teorizzata

---

[3] In presenza di obblighi di rinegoziazione, infatti, si ritiene che il giudice possa pronunciare direttamente la sentenza che concede il nuovo contratto – e questa possibilità, come rilevato nel testo, non è affatto pacifica – solo in limitatissime ipotesi ben specifiche, e cioè laddove egli abbia già tutti gli elementi contenutistici che gli permettano di giungere a una determinazione del regolamento contrattuale degli interessi senza stravolgere la volontà delle parti (o di una di esse). Per il dibattito su questa opzione – nella quale non è possibile qui addentrarci – e per tutti, in dottrina, in senso positivo, Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*. Per un ulteriore approfondimento, che ripercorre attentamente le soluzioni anche con riferimento ai rimedi in caso di inadempimento della parte, Thobani, *Il contenuto dell'obbligo di rinegoziare*, in *Corriere Giur.*, 2020, 631 e seg., ma spec. 637 e seg. In giurisprudenza, ancora in senso positivo, per la condanna in sede cautelare, *ex* art. 700 c.p.c., del soggetto inadempiente (un istituto di credito) ad eseguire la prestazione alla quale sarebbe stato tenuto in virtù della rinegoziazione, assistita dalla misura coercitiva dell'art. 614-*bis* c.p.c., Trib. Bari (ord.), 14 giugno 2011, in *I Contratti*, 2012, 571 e seg., con ampia e articolata nota di F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, alla quale si rimanda anche per la letteratura citata. Con specifico riferimento alla rinegoziazione dei contratti nell'ambito della crisi d'impresa, a favore dell'applicabilità dell'art. 614-*bis* c.p.c. al fine di costringere la parte – come si afferma nel testo – a "sedersi al tavolo delle trattative", Baccaglini, *La rinegoziazione dei contratti di durata e il ruolo del giudice: considerazioni a margine dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021*, in *Il Diritto degli Affari*, 2023, 3 e seg., ma spec. 18 e seg.

[4] Sul testo dell'articolo innovato dalla riforma "Cartabia", Nascosi, *Le misure coercitive indirette rivisitate dalla riforma del 2022*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2022, 1224 e seg.; Cafasso, *Sull'ambito applicativo dell'art. 614*-bis *c.p.c. novellato*, in *Dir. Proc. Civ. It. e Comp.*, 2024, 1066 e seg.; Mondini, *La riforma dell'art. 614-bis c.p.c.*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2023, 1177 e seg.; Metafora, *La "risistemazione" dell'art. 614-bis c.p.c. ad opera del legislatore dell'ultima riforma*, in *Giust. Civ.*, 2023, 481 e seg.; Limongi, *Misure coercitive indirette (art. 614-bis c.p.c.)*, in Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149*, Pisa, 2023, 732 e seg.; Olivieri, *Le misure coercitive indirette riformate*, in *In Executivis, Riv. Telematica Es. Forz.*, 4 luglio 2023 (*online*); Capponi, *L'art. 614-bis c.p.c. (versione 2022) e il giudice dell'esecuzione*, in *Foro It.*, 2024, V, 166 e seg.; Giabardo, *Il* maquillage *all'art. 614-bis c.p.c. e gli altri interventi in tema di poteri coercitivi del giudice civile*, in Ronco (a cura di), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2023, 405 e seg. Nel più ampio quadro della riforma dell'esecuzione, Vincre, *Le nuove norme sul processo esecutivo e sull'esecuzione indiretta*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2023, 700 e seg., ma spec. 731 e seg. Importanti specificazioni anche nell'ultimo aggiornamento del manuale Mandrioli-Carratta, *Diritto processuale civile*, Vol. IV, Torino, 2024, 208 e seg. Per quanto riguarda il potere del g.e. di dotare di misure coercitive un titolo stragiudiziale, notiamo che questa nuova attribuzione va nella direzione dell'affidamento, a quest'ultimo organo, di attività di tipo valutativo, e non puramente esecutive, giacché l'applicazione dell'art. 614-*bis* c.p.c., lungi dal tradursi in un automatismo, richiede la formulazione di più giudizi (ad es., sulla manifesta iniquità, sulla possibilità di fissare un termine di durata, sulla determinazione dell'ammontare) e quindi anche una (seppur minima) attività istruttoria. Rileva bene questo profilo di novità Nascosi, *Le misure coercitive indirette rivisitate*, cit., 1219, in nt. 11; anche Metafora, *op. cit.*, 492.

[5] Ma direi meglio "sentite entrambe le parti".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ipotizzando che la richiesta di applicazione della misura coercitiva venga formulata nell'ambito dello stesso giudizio di merito con il quale, e nel quale, l'attore chiede anche la tutela costitutiva dell'art. 2932 c.c.; ovviamente, *appoggiando* la richiesta dell'esecuzione indiretta a un autonomo *petitum* di condanna, espressa in via non alternativa, contro la parte inadempiente a firmare di suo pugno il contratto, proprio per ovviare alla lentezza dell'attesa del giudicato, momento a partire dal quale si realizzano gli effetti costitutivi[6]. Ma possiamo compiere l'ulteriore passo e ritenere che questo *petitum* condannatorio possa venir formulato persino in via unica ed esclusiva davanti al giudice della cognizione (nella fattispecie sostanziale *de quo*, ma anche in altre analoghe, come ad es. in quella dell'art. 1032 c.c.). Insuperabili difficoltà circa questa possibilità permanevano prima dell'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c. – o comunque prima dell'allargamento del suo alveo d'azione, nel 2015 – perché non era chiaro quale utilità potesse avere una sentenza di condanna a un fare specifico non suscettibile di esecuzione forzata nelle forme dirette (e che – forse – per tale ragione non avrebbe potuto nemmeno qualificarsi come "di condanna"[7]).

Ora invece che l'esecuzione indiretta è possibile, e che l'utilità per il creditore è chiara, la porta può dirsi aperta anche in queste ipotesi.

Prestazione della volontà negoziale e misure coercitive. Brevissimi *flashes* sul dibattito

Il primo punto da sottolineare è che, oggi, l'art. 614-*bis* c.p.c., in virtù prima della modifica apportata quasi un decennio fa dalla L. n. 132/2015 e poi dell'ampliamento realizzato dalla recente riforma del 2022, può assistere qualsiasi titolo esecutivo – provvedimento giurisdizionale di condanna o documento stragiudiziale – che non abbia come contenuto una somma di denaro[8] (e che si situi fuori dal mondo delle controversie di lavoro[9]).

Fin dal 2015 è quindi caduto il limite previgente con il quale l'art. 614-*bis* c.p.c. era nato nel 2009, ossia quello della *infungibilità*, riferita nell'allora rubrica

---

[6] Consolo, nei molteplici lavori cit. in nt. 1. V., su questo punto, *infra*.

[7] Il problema aveva carattere del tutto generale. Si tratta della ben nota tesi della "correlazione necessaria tra condanna ed esecuzione forzata", sostenuta con particolare vigore, tra gli altri, da Mandrioli, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ad esecuzione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*., 1976, 1342 e seg. Secondo tale teoria, sarebbe l'astratta possibilità dell'esecuzione forzata a qualificare una sentenza come "di condanna" in senso proprio (con tutti gli effetti che ne derivano); qualifica che, proprio per questa ragione, si negava alle sentenze inibitorie che non fossero già assistite da misure coercitive speciali. La dottrina tedesca, in relazione a questo tipo di provvedimenti, parla di "sentenze di prestazione" (*Leistungsurteil*), in un senso quindi allargato. Il Chiarloni, da parte sua, le qualificava come "di mero accertamento" (accertamento della pretesa sostanziale ad una prestazione); v. Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, 1980, 132 e seg. La tesi della correlazione necessaria ha certamente sofferto un forte ridimensionamento a seguito dell'entrata in vigore della misura coercitiva generale di cui all'art. 614-*bis* c.p.c., di modo che ora si parla – da più parti e a nostro avviso correttamente – di un suo "superamento". Cfr., già prima di questa introduzione, Vullo, *Obbligazioni infungibili, misure coercitive e superamento del principio di necessaria correlazione tra condanna ed esecuzione forzata*, in *Studium Iuris*, 2003, pag. 305 e seg. Di recente, Corea, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023, spec. 9 e segg.

[8] E quindi – per quanto riguarda i titoli che non sono provvedimenti – solo gli atti pubblici per consegna e rilascio (mai le scritture private autenticate), i verbali di conciliazione giudiziale e gli accordi di mediazione e di negoziazione assistita, nonché i lodi (rituali). È interessante chiedersi se i verbali di conciliazione giudiziale e gli accordi di mediazione e negoziazione possano già prevedere, al loro interno, misure coercitive in caso di inadempimento. La risposta è a mio avviso positiva, per tutti questi atti (v., ad es., l'art. 11, ora 7° comma, D.Lgs. n. 28/2010), ma sempre sulla base di una espressa volontà di tutte le parti in tal senso. Bisogna però ritenere – direi quasi naturalmente – che la previsione di una misura coercitiva "interna" all'accordo impedisca la richiesta al g.e. di ulteriori misure coercitive giudiziali; d'accordo, quindi, con Vincre, *Le nuove norme*, cit., 736 e Metafora, *op. cit*., 491, in nt. 25.

[9] Limiti ad oggi ancora persistenti e sulla cui bontà è lecito esprimere perplessità (e, anzi, fortissime critiche, in quanto al secondo limite dell'esclusione dei conflitti giuslavoristici). Del resto queste barriere sono assenti nella corrispondente misura coercitiva disciplinata dal codice del processo amministrativo nella parte riferita ai poteri del giudice dell'ottemperanza (art. 114, 4° comma, lett. e) c.p.a.), il che può essere visto come una disparità di trattamento nelle tutele. Allargando poi lo sguardo a esperienze molto vicine alla nostra, come quella francese, notiamo parimenti come detti limiti siano assenti, avendo l'*astreinte* un *range* di operatività vastissimo, anche in chiave probatoria (sul modello francese, cfr. le recenti puntualizzazioni di Caruso, *La riforma delle misure di coercizione indiretta* ex *art. 614-bis c.p.c.: spunti comparati con il modello dell'*astreinte *francese*, in *www.judicium.it,* 24 maggio 2023, *online*; Nascosi, *Le misure coercitive indirette nel sistema di tutela dei diritti in Italia e in Francia. Uno studio comparatistico*, Napoli, 2019, spec. 52 e segg. e, *si vis*, Giabardo, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 125 e seg.); ma, successivamente alla riforma Cartabia, per un (piccolo) miglioramento dell'effettività dei provvedimenti ist6ruttori in chiave coercitiva, cfr. i novellati artt. 118 e 210 c.p.c. Con riguardo al primo limite, quello relativo alle somme di denaro, possiamo intuire che il legislatore italiano – che ha sempre mantenuto verso l'uso di strumenti coercitivi una postura molto cauta – abbia voluto evitare la pronuncia di due condanne pecuniarie (quella principale e quella accessoria, eventuale) e quindi un duplice "aggravio monetario" per il debitore e, allo stesso tempo, un duplice arricchimento pecuniario in capo al creditore. Eppure il fatto dell'arricchimento (a dire il vero non sempre pienamente giustificato) del creditore, qualora il debitore persista nel proprio inadempimento, può essere affrontato oggi con maggior distacco, prendendo atto che la condanna coercitiva è una ipotesi (non l'unica) in cui il nostro ordinamento accoglie ora i danni punitivi. Peraltro, proprio per ovviare a questo rischio di arricchimenti esagerati, la riforma Cartabia dà ora al giudice la possibilità di "fissare un termine di durata misura, tenendo conto della finalità della stessa e di ogni circostanza utile" (cosa che, però, il g.e. nel caso di specie non ha fatto, così come non ha determinato la decorrenza iniziale). In quanto, invece, al secondo limite, quello dell'esclusione dei rapporti di lavoro, arduo è trovare una (buona) giustificazione. Sul punto, da ultimo e per tutti, v. le condivisibili critiche di B. De Santis, *Riflessioni sulla (sempre più) irragionevole esclusione dell'art. 614-bis alle controversie di lavoro a margine dei 50 anni del processo del lavoro*, in *www.judicium.it*., 17 aprile 2024 (*online*).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

letteralmente alle sole prestazioni di *fare* (essendo quelle di *non fare* già sempre, e per loro natura, infungibili), quale requisito di ammissibilità della pronuncia[10].

Precisiamo questo punto perché la presenza di quel requisito si riverberava direttamente sulla possibilità di applicare la misura coercitiva al nostro caso. Nonostante questo aspetto del problema non sia più rilevante oggi, non pare inutile dare un rapido sguardo alle ricadute che aveva sulle diverse soluzioni.

La conclusione di un contratto – attività certamente ricompresa nel *facere* – è fungibile o no?[11]

Si potrebbe sostenere, quasi *fenomenologicamente*, che la prestazione del consenso, la manifestazione di una volontà negoziale, è un atto che può provenire solo dalla parte. Da questo punto di vista, ci troveremmo quindi pienamente dentro il recinto del *facere* infungibile (e quindi "forzabile"), giacché nessun soggetto può validamente prestare il consenso al posto di un altro, né tantomeno può farlo il giudice (il quale, difatti, non "conclude" il contratto, ma pronuncia un provvedimento). In accordo con questa lettura, già sotto la prima formulazione dell'art. 614-*bis* c.p.c. sarebbe stato quindi possibile costringere fin da subito la parte recalcitrante alla stipula del contratto *sub poena*, con l'ovvio pregio di non far attendere, per il creditore, il passaggio in giudicato del capo costitutivo della sentenza (v. *infra*)[12].

(Segue). La tesi contraria

D'altro lato, però, si obiettava che proprio la presenza del rimedio costitutivo-esecutivo dell'art. 2932 c.c. era il sintomo più manifesto della piena fungibilità non tanto del *fare* in sé, ma degli *effetti concreti* di questo, che sono gli unici che, alla fine, contano.

La critica, sotto la vigenza del vecchio testo, non ci pare priva di valore.

Conveniamo infatti con l'idea secondo cui la fungibilità dev'essere apprezzata avendo in mente l'attitudine del *risultato concreto* dell'azione a realizzare compiutamente un interesse, economico e giuridico, meritevole di tutela. Ragionando diversamente, ne dovremmo trarre la conseguenza che qualsiasi prestazione, vista nel suo contenuto naturale, cioè nella sua *materialità*, sia *sempre* infungibile[13]. La sentenza *ex* art. 2932 c.c. – dice la norma – *produce gli effetti* sostanziali del contratto non concluso, e tanto basta. La legge, offrendo una via giudiziale per superare la mancanza del consenso, identica *quoad effectum* al contratto che avrebbe dovuto essere stipulato, indica che esiste un'alternativa ugualmente buona, ugualmente efficace, alla conclusione per mano della parte. Di qui quella duplicità, o ambiguità, che caratterizza la sentenza *ex* art. 2932 c.c., tra *atto costitutivo* e *atto d'esecuzione* (esecuzione – se vogliamo usare questa parola – non materiale, ma *giuridica* dell'obbligazione). Per questa ragione, la prestazione del consenso dovrebbe considerarsi atto fungibile. Conseguentemente, l'art. 614-*bis* c.p.c. non sarebbe risultato invocabile, a causa della presenza, allora, del limite letterale dell'infungibilità di cui s'è detto[14].

Senonché questa soluzione aveva il non piccolo difetto pratico di far ritardare assai il bene della vita cui il creditore ha diritto, giacché – secondo l'insegnamento classico e tradizionale (ancorché autorevolmente contrastato) – gli effetti costitutivi delle sentenze si producono (*ex nunc*) solo con il passaggio in giudicato, e non immediatamente[15].

---

[10] A meno che forzare indirettamente la prestazione infungibile non risultasse anche "manifestamente ingiusto". Requisito centralissimo, questo della manifesta ingiustizia, e anzi direi *portante* nell'architettura dell'istituto, ma che va interpretato con adeguato rigore (onde l'avverbio "manifestamente"), ossia limitandone la portata a quei comportamenti personalissimi, manifestazioni di qualità personali inscindibilmente legate all'individuo (ad es., quelle artistiche, ma anche quelle "emotive"; brevemente, Giabardo, *Il* maquillage *all'art. 614-bis c.p.c.*, cit. In giurisprudenza, per un recente caso che afferma l'incoercibilità delle visite da parte del genitore, v. Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. e Dir.*, 2020, 792 e seg., con nota di Vullo, *Non coercibilità del diritto-dovere di visita del figlio minore spettante al genitore non collocatario*).

[11] Si presti attenzione al fatto che, nel testo, si discorre dell'infungibilità del *contrahere in sé*, a prescindere, quindi, dal contenuto dell'accordo, il quale, a sua volta, può avere ad oggetto un bene o una prestazione surrogabile da un terzo oppure no; ma i due piani del discorso vanno tenuti distinti. Per una disamina del requisito dell'infungibilità, che ne mette bene in luce tutti i profili di complessità, e anche per l'introduzione della nozione di "infungibilità processuale" – per identificare tutti quei comportamenti sì fungibili in astratto, ma infungibili in concreto, nell'ottica di una valorizzazione della concreta utilità per il creditore alla luce del "fattore tempo" – poco dopo l'introduzione dell'art. 614-*bis* c.p.c., Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2009, 947 e seg. Per la distinzione e le sovrapposizioni tra l'infungibilità dell'oggetto e l'infungibilità del comportamento, soprattutto dal punto di vista civilistico, Siclari, *Infungibilità: tra il dare e il fare*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, 583 e seg.

[12] Consolo, *Una buona novella*, cit.,740 e nei vari lavori citati in apertura, in nt. 1.

[13] "[L]a infungibilità di una siffatta prestazione [*ndr*, della prestazione del consenso] – scrive il Montesano, nel classico *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, 15 – appare più asserita che dimostrata. [...] [L]a fungibilità o l'infungibilità devono essere riferite alla prestazione in virtù del suo risultato concreto, giacché, se fossero riferite alla prestazione nel suo contenuto, questa sarebbe sempre infungibile".

[14] Sotto la vigenza del primo testo, ad es., Chizzini, *Commento all'art. 614-bis*, in Balena, Capponi, Chizzini, Menchini (a cura di), *La riforma della giustizia civile, commento alle disposizioni della legge n. 69/2009*, Torino, 2009, spec. 167; Gambineri, *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare*, in *Foro It.,* V, 320 e seg.; Tedioli, *Osservazioni critiche all'art. 614-bis cod. proc. civ.*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, 67 e seg., ma spec. 69 in nt. 12.

[15] In chiave del tutto generale, in dottrina, per le autorevoli opinioni contrarie all'insegnamento "tradizionale", cfr. soprattutto Carpi, *La provvisoria esecutività della sentenza*, Milano, 1979 (quindi già prima della modifica dell'art. 282 c.p.c., avvenuta nel 1990), spec. 61 e seg. (ove l'apertura alle sentenze costitutive, ma con importanti specificazioni); in seguito, Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, 2010, I, 303 e seg. e spec. 333 e seg. In giurisprudenza, con riferimento all'inadempimento del

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nonostante l'art. 282 c.p.c. non operi distinzioni in merito ("la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti") – ma anche ponendo mente al fatto che una vera e propria esigenza di esecuzione forzata in senso stretto, dal punto di vista logico, può sorgere solo in riferimento alle sentenze di condanna, le quali sole vanno "eseguite"[16] – subordinare la produzione degli effetti della statuizione costitutiva alla definitività e immodificabilità propria del giudicato consente di evitare scomodi e problematici passaggi di *status* nel caso di riforma, nei vari gradi d'impugnazione, del provvedimento. Forse, de *iure condendo*, sarebbe tempo di ripensare, nella sua assolutezza, questo dogma e adottare un approccio più analitico, distinguendo le ipotesi in cui la certezza sulla situazione è valore più importante della celerità dell'agire, e riservando il differimento della produzione degli effetti con la cosa giudicata soltanto a queste ultime. Ma non è questo l'oggetto delle nostre riflessioni. Quello che è certo è che la condanna a prestare il consenso, qualora ammessa, sarebbe senza dubbio immediatamente esecutiva[17].

Per chiudere su questo punto: se, precedentemente, la soluzione fatta propria dal provvedimento poteva essere accolta solo sostenendo – a nostro parere con qualche difficoltà – l'infungibilità del *contrahere*, oggi che il limite è venuto meno, la decisione merita accoglimento.

Effettività della tutela giurisdizionale e giusto processo civile

L'ordinanza in commento, oltre alla modifica normativa di cui s'è appena detto, valorizza, giustamente, in chiave interpretativa anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale e – precisiamo meglio – un particolare aspetto di questo valore generalissimo dell'ordinamento, ossia l'attribuzione del bene della vita cui il creditore ha diritto in tempi ragionevoli e mediante la procedura più efficiente (il principio di effettività della tutela giurisdizionale consta di molte angolature e inesauribili sono le sue ricadute applicative).

Il punto non è secondario. Non vogliamo correre il rischio di sminuire la portata dirompente dell'ingresso di questo principio nel vocabolario del processualista, il quale rappresenta, prima di tutto, un'evoluzione *di metodo* nel modo di affrontare, e anche studiare, i problemi del processo civile[18].

Il tema richiederebbe un approfondimento teorico a parte. Basti qui rilevare che davvero dobbiamo oggi convenire con l'idea che l'effettività della tutela giurisdizionale non sia solo un principio che deve informare l'attività globale del legislatore (principio di livello sia costituzionale; v. artt. 24 e 111 Cost.[19], sia sovranazionale; v. artt. 6 e 13 della Cv. EDU, e art. 47 della "Carta di Nizza"), e che entra a comporre il più vasto concetto di "giusto processo"; ma anche, in quanto tale, un canone ermeneutico alla luce del quale interpretare le disposizioni processuali vigenti. Ne deriva che il giudice, a fronte di due o più interpretazioni *possibili* di un medesimo enunciato normativo, deve scegliere quella che più sia conforme al principio di effettività, esattamente come accade nell'interpretazione "costituzionalmente orientata" (che correttamente il g.e. del provvedimento richiama), genuino dovere del magistrato[20].

---

preliminare di vendita, l'orientamento secondo il quale gli effetti costitutivi (traslativi della proprietà) si producono solo con il giudicato è ribadito da ultimo da Cass., 28 maggio 2024, n. 14885 (*online*). Circa il problema dell'efficacia della statuizione condannatoria sinallagmaticamente connessa al capo costitutivo (e quindi, nel caso del preliminare di vendita immobiliare, di quella al pagamento del prezzo), a favore dell'inscindibilità degli effetti, nel senso che il capo di condanna segue quello costitutivo, v. la notissima (e condivisibile) Cass. Sez. un. 22 febbraio 2010, n. 4059 (con nota di Impagnatiello, *Esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e provvisoria esecutività della sentenza*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2010, 522 e seg., e anche in *Riv. Esec. Forz.*, 2010, 289 e seg. con nota di Iuorio, *La provvisoria esecutività delle sentenze costitutive e l'art. 282 c.p.c.: ultimissime dalla suprema corte*), con la quale la Corte di cassazione fece marcia indietro rispetto alla discussa e discutibile Cass. civ., 3 settembre 2007, n. 18512, di segno contrario (con nota critica di Guizzi, *Inadempimento a preliminare di compravendita ed effetti della sentenza di accoglimento della domanda* ex *art. 2932 c.c. non ancora coperta dal giudicato: un equilibrio difficile*, in *Corriere Giur.*, 2008, 350 e seg.). Conforme all'orientamento delle Sezioni unite, Cass. civ. 30 gennaio 2019, n. 2537, con nota di Guarnieri, *Sinallagmaticità, corrispettività e dipendenza nei rapporti tra capi condannatori e capi costitutivi. Precisazioni in tema di esecutività provvisoria delle sentenze*, in *www.judicium.it*, 30 ottobre 2020 (*online*). Diverso è il fenomeno della subordinazione espressa degli effetti costitutivi alla condizione del pagamento del prezzo (cd. sentenza "condizionale"); in tema, Donzelli, *Sulla condizione di adempimento nella sentenza* ex *art. 2932 c.c.*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, 815 e seg.

[16] È anche pur vero che, su un piano puramente pratico, dalla costituzione (ma anche dal mero accertamento) possono sorgere *de facto* esigenze esecutive "implicite"; v., a proposito, le affermazioni di Cass., 26 gennaio 2005, n. 1619, in *Riv. Esec. Forz.*, 2005, 855, con commento di Marazia, *L'efficacia esecutiva delle sentenze costitutive e di accertamento*. Sul tema, più in generale, Corea, *Verso la provvisoria "efficacia" della sentenza non passata in giudicato?,* in *Riv. Esec. Forz.*, 2014, 481 e seg.

[17] Nel caso del preliminare di compravendita, conseguenza necessitata sarà quindi che le misure coercitive potranno essere pronunciate solo nei confronti della parte venditrice, ma non di colei che deve pagare il prezzo, dato che le obbligazioni pecuniarie sono escluse dall'ambito operativo dell'art. 614-*bis* c.p.c. (il che comporta una certa disparità, a dire il vero, essendo la relazione sinallagmatica). Per questa ragione Capponi, *Perché in Italia l'*astreinte *non si ama*, in *Giustizia Insieme*, 20 aprile 2021 (*online*) e anche in *Scritti in onore di Bruno Sassani*, cit., Tomo II, 973 e seg. propende, seppur dubitativamente, per l'inammissibilità del cumulo. Se si accoglie l'opzione nel testo, naturalmente anche l'obbligo di pagare il prezzo è immediatamente esecutivo.

[18] Per queste considerazioni, mi sia consentito rinviare a Giabardo, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit. 29 e seg.

[19] Il provvedimento richiama anche l'art. 113 Cost., forse con minor pertinenza, dato che quest'articolo si riferisce alla tutela amministrativa. Indubbia però è la sua rilevanza nel delineare il contenuto del principio nella sua veste generale come valore dell'intero ordinamento giuridico.

[20] Che il giudice sia chiamato a scegliere quell'interpretazione che, tra le varie, sia compatibile con la Costituzione, e che anzi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Validità del contratto concluso sotto coercizione e restituzioni

Sempre ragionando in termini generali, si tratta ancora di immaginare i rimedi, e la loro estensione, a disposizione del debitore il quale – pur non volendo (e pur continuando a sostenere le sue ragioni) – abbia concluso il contratto sotto la minaccia coercitiva al solo fine di non veder aggravata la sua esposizione patrimoniale.

Non mi sembra contestabile il fatto che, nel caso in cui venga meno il provvedimento di condanna, anche il contratto finale deve, in qualche modo, cadere. Nel nostro caso, la conclusione del contratto da parte del debitore è tecnicamente un "atto che dipende dal provvedimento", la cui riforma "estende i suoi effetti" sul primo, *ex* art. 336, 2° comma, c.p.c. ("effetto espansivo esterno"), dato che la parte soccombente ha prestato il consenso *in esecuzione* della condanna. Ma è altresì vero che questo atto esecutivo del debitore è *sui generis*, andando a comporre a sua volta un atto complesso che consiste nell'incontro di *due* volontà[21]. Il contratto che ne risulta è allora, per così dire, una *entità autonoma* che si *astrae* dalle ragioni e dai motivi (a meno di non considerarli come "presupposti" da entrambe le parti; v. tra poco) che hanno portato alla sua perfezione. Mentre una somma di denaro può venir restituita, una cosa ridata, un oggetto disfatto – restituzioni che comunque non operano automaticamente, nel senso che, in difetto di un titolo esecutivo, non possono essere eseguite coattivamente[22] – risulta quantomeno problematica la cancellazione dal mondo giuridico *sic e simpliciter* di un contratto per il venir meno *a posteriori* del dovere di concluderlo di una delle due parti. O almeno, tale soluzione richiede una qualche elaborazione. Insomma, la natura della manifestazione del consenso non come atto di volontà, ma come atto di adempimento deve venir esplicitata.

Il problema mi sembra lungi dal risultare insuperabile, adottando un atteggiamento non formalista. Non resta quindi che richiamare le innovative soluzioni prospettate da chi più si è adoperato per ricostruire il fenomeno.

Ipotizziamo ancora di essere nell'ambito di un medesimo giudizio, nel quale il creditore ha chiesto, cumulativamente e non alternativamente, sia la condanna del debitore a contrarre sia la sentenza costitutiva (il caso studiato in dottrina).

Una prima ipotesi potrebbe essere quella di permettere al debitore soccombente di sostenere in appello, come domanda nuova (eccezionalmente ammissibile – si precisa – in quanto "latamente restitutoria"), anche il vizio della volontà con riferimento al contratto così firmato, *sub species* della violenza morale, o psichica, derivante dall'aver prestato il consenso sotto la minaccia di un male (art. 1434 c.c.) consistente nella penalità[23]. In questa ricostruzione, il requisito dell'*ingiustizia* del male minacciato (che l'art. 1435 c.c. richiede necessariamente) sorgerebbe *ex post* solo nel momento in cui la decisione sull'impugnazione riformasse la prima sentenza e riconoscesse che la parte non doveva contrarre, ma è stata costretta a farlo dal primo giudice, appunto, *ingiustamente*[24].

In alternativa, la medesima dottrina ipotizza più facilmente l'apposizione al contratto definitivo di una condizione risolutiva espressa, dove l'evento risolutivo è l'accoglimento del gravame proposto dal debitore[25]. La necessità che la controparte dia il consenso all'apposizione di una siffatta condizione potrebbe essere, teoricamente, un ostacolo; superabile, però, o immaginando il contratto come "*ex lege* condizionato al

---

l'astratta possibilità di questa interpretazione impedisce la declaratoria di incostituzionalità della disposizione da parte della Corte costituzionale, è un dato acquisito; v. Ruotolo, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018 (*online*). Nel testo si enfatizza l'aggettivo "possibili", a indicare che comunque l'attività interpretativa non deve sconfinare in creazione di diritto.

[21] Afferma Consolo, *Obblighi a contrarre*, cit., 85 e 86: "Certo la riforma della sentenza comporta anche l'obbligo di restituzione di quanto eventualmente ottenuto *medio tempore*, ma ciò non appare sufficiente a ripristinare la situazione originaria, perché comunque – in assenza di apposita statuizione – *il contratto concluso sotto* astreinte *permarrà: nel caso in esame, infatti, il contratto non è surrogato della sentenza, ma è stato concluso dalle parti (anche se, almeno per una di esse, in adempimento di una statuizione di condanna)*". (corsivo nostro).

[22] Posto che, sul piano sostanziale, il diritto alla restituzione sorge semplicemente con la riforma del provvedimento, è pacifico che la sua esecuzione coattiva presupponga una esplicita pronuncia del giudice – cioè un capo condannatorio *ad hoc* - e quindi una esplicita domanda della parte; v. Cass. civ., 2 marzo 2018, n. 4918, in *Riv. Dir. Proc.*, 2018, 1338 e seg., con osservazioni critiche di Capponi, *Restituzioni e titolo «implicito» (artt. 282, 336, comma 2°, 389, 402,, comma 1°, c.p.c.)*, il quale, però, una volta che l'esecuzione provvisoria si sia conclusa, riconduce il problema delle restituzioni al diritto sostanziale (*ex* art. 2033 c.c., cd. indebito oggettivo), con la necessità – secondo l'A. – della formazione di un nuovo "contro-titolo". Sul tema, v. anche S. Caporusso, *Le domande di restituzione conseguenti alla cassazione, tra esecuzione della sentenza e ripetizione dell'indebito*, in *Giusto Proc. Civ*. 2012, 123 e seg.

[23] Nelle prime considerazioni dedicate al tema, Consolo, *Una buona novella*, cit. L'Autore, nei successivi lavori, sembra comunque propendere maggiormente per l'altra soluzione indicata nel testo; v. poi Consolo – Godio, *La "impasse"*, cit. 372; Consolo, *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare),* cit.; Id., *Spiegazioni*, cit., 78.

[24] Consolo, *Una buona novella,* cit., 742. Strada certo non agevolissima da percorrere – si ammette – per la difficoltà di considerare l'ingiustizia nel caso di specie come causa di risoluzione, in quanto "ammantata dall'*imperium* giurisdizionale che innerva il vincolo compulsivo dell'*astreinte*" (così Consolo – Godio, *ibidem*). Una volta ricondotta la domanda nuova a una ipotesi di annullamento del contratto, questa – se richiesto - dovrà esser trascritta, *ex* art. 2652, n. 6 c.c., per scongiurare l'acquisto di terzi in buona fede (sempre Consolo-Godio, *ibidem*).

[25] Nel qual caso – e sempre se necessario - l'esistenza della condizione dovrà essere menzionata nella nota di trascrizione, perché possa poi essere rispettato l'art. 2655 c.c., che richiede che l'avverarsi della condizione venga annotato in margine alla trascrizione dell'atto; Consolo-Godio, *ibidem*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rispetto della condizione"[26], oppure ritenendo che il creditore non possa rifiutarsi a questa apposizione, pena il venir meno al suo dovere di buona fede, che deve essere rispettato anche nel momento della stipula (cosicché, se questi continuasse a rifiutare l'inserimento, il debitore potrebbe validamente rinunciare a concludere l'accordo, senza per ciò risultare inadempiente)[27]. O meglio ancora – precisa lo stesso Autore – potrebbe invocarsi la vicina figura civilistica della "presupposizione"[28]; la quale, a ben vedere, non richiederebbe nemmeno l'esplicitazione nel contratto, essendo ravvisabili in questi casi le circostanze oggettive che le parti stanno implicitamente presumendo (ossia che l'obbligo di concludere l'accordo non venga in seguito riformato dal giudice)[29].

Conclusioni (in punta di procedura)

A chiusura di queste osservazioni, un rilievo critico di carattere spiccatamente processuale. La riforma del 2022 non ha disciplinato le modalità di contestazione del provvedimento del g.e. applicativo delle misure coercitive. Ciò richiede uno sforzo ricostruttivo per rendere coerente la nuova previsione con il sistema delle opposizioni.

Stante il richiamo, operato dal nuovo 2° comma dell'614-*bis* c.p.c, al procedimento di cui all'art. 612 c.p.c. "in quanto compatibile" (*quasi* come se il g.e. stesse determinando "le modalità dell'esecuzione" di un obbligo di fare), direi che contro l'ordinanza del g.e. sono ammesse le consuete opposizioni – opposizione all'esecuzione e opposizione agli atti esecutivi – con l'ampiezza generalmente concessa[30].

In linea con un atteggiamento rigoroso, l'ordinanza del g.e. deve limitarsi ad *applicare* (o a *rigettare*, se non ne sussistono i presupposti o se l'applicazione finisce per essere manifestamente iniqua, o a *rimodulare*) la misura coercitiva richiesta, nel contraddittorio tra le parti, ma non può decidere in contrasto col contenuto materiale del titolo (anche stragiudiziale) né risolvere conflitti relativi al merito della questione sostanziale (si discorre, per descrivere le pronunce che esorbitano da questi confini, di ordinanze "abnormi", con il ben noto problema della loro impugnabilità)[31]. Il solo potere che il nuovo 2° comma dell'art. 614-*bis* c.p.c. attribuisce al g.e. è quello ordinatorio, non decisorio. In altre parole: il g.e., in quanto tale, non *accerta*, nelle forme di un giudizio di cognizione, che la parte deve realizzare una certa condotta, ma *ne prende atto*. Ciò peraltro non significa che, in virtù della nuova previsione, al g.e. non vengano attribuite precise e circoscritte funzioni che pur sono definibili come "di cognizione" circa i presupposti di applicazione delle misure coercitive (funzioni che possono includere anche altrettanto limitati poteri d'istruzione sul punto) e che coprono anche l'esistenza del titolo.

Nella vicenda annotata, risulta che il creditore procedente ha chiesto, davanti al g.e., l'esecuzione indiretta di un verbale di mediazione. L'opposizione all'esecuzione – nel nostro caso, *ex artt.* 615, 2° comma e 616 c.p.c. – potrà quindi avere la stessa estensione contenutistica di un giudizio di merito. Anzi, sarà un vero e proprio giudizio di merito (da "introdursi" – *rectius*: da "riassumersi" – nel termine perentorio fissato dal g.e.[32]), nel quale il debitore potrà contestare senza limiti "il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata", l'*an* della stessa. Con l'avver-

[26] Opzione anch'essa di non facilissima realizzazione, in difetto di una previsione legislativa in tal senso (Consolo, *Spiegazioni*, cit., 79).

[27] Consolo, *Obblighi a contrarre (e anche solo a rinegoziare)*, cit.; Consolo-Godio, *ult. op. cit*., 373.

[28] Si menziona espressamente l'istituto della presupposizione in Consolo-Godio, *ibidem*; Consolo, *Obblighi a contrarre*, cit.

[29] Sempre in tema di restituzioni, Consolo-Godio, *ibidem*, immaginano anche il diverso caso in cui, nell'originaria domanda di adempimento, l'attore abbia eventualmente cumulato anche un'ulteriore richiesta di risarcimento dei danni derivanti dal ritardo nella conclusione del contratto definitivo; e che l'accoglimento di questa domanda sfoci poi in una espropriazione immobiliare. Il quesito che si pongono è: a seguito del venir meno della condanna originaria, potrà il debitore (erroneamente) esecutato riottenere la proprietà dell'immobile perduta? Fatta salva la risposta negativa nel caso in cui il bene sia stato acquistato da un terzo (con conseguente tutela solo per equivalente), gli A. sembrano propendere per la medesima conclusione anche qualora il bene sia stato *assegnato* al creditore stesso, in virtù del fatto che questi ha agito sulla base di un titolo che al momento era esistente; e in ogni caso – concludono - sarebbero inopponibili al debitore i diritti nel frattempo acquisiti da terzi sul bene immobile.

[30] Ammettono l'opposizione all'esecuzione contro la pronuncia del g.e. sulla misura coercitiva Mandrioli – Carratta, *op. cit*., 212; Tedoldi, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del D. Lgs n. 149/2022*, in *Giustizia Insieme*, 25 gennaio 2023 (*online*). Argomenta, invece, se ben intendo, a favore della sola opposizione agli atti esecutivi, Metafora, *op. cit*., 493 (mezzo che in ogni caso riteniamo essere quello corretto per contestare l'ammontare della somma fissata dal g.e., in quanto riguardante un aspetto puramente formale; Id, *op. cit*., 494). Con l'opposizione all'esecuzione di cui si discorre nel testo non va confusa la diversa (e ulteriore) opposizione all'esecuzione che il debitore potrà proporre contro il titolo esecutivo rappresentato dal provvedimento di condanna di cui al 4° comma dell'art. 614-*bis* c.p.c., per il pagamento delle somme pecuniarie che, nel frattempo, si sono accumulate a titolo coercitivo, idoneo a fondare l'espropriazione forzata (ad es., nel caso in cui il creditore proceda per una somma maggiore da quella risultante dal calcolo). Sul raccordo tra queste due opposizioni, Olivieri, *Le misure coercitive indirette riformate*, cit. (*online*).

[31] Se lo fa, l'ordinanza avrebbe o la qualità sostanziale di sentenza (e quindi sarebbe appellabile) oppure – secondo un orientamento più recente – sarebbe parificabile al provvedimento che definisce la fase sommaria di un'opposizione all'esecuzione, e quindi può essere contestata nella seguente fase di merito *ex* art. 616 c.p.c (per quest'ultima giurisprudenza, ora maggioritaria, Cass., 24 luglio 2023, n. 22010, in *www.eclegal.it*, con breve chiosa di Romanò). In dottrina, sul tema, Metafora, *Il regime di impugnazione dell'ordinanza determinativa delle modalità esecutive resa ai sensi dell'art. 612 c.p.c.*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2019, 24 e seg.

[32] Per questa specificazione generale, che rende bene l'idea che non si sta discorrendo di due giudizi distinti, ma di due fasi del medesimo processo, l'una la prosecuzione dell'altra, Capponi, *Appunti sulle opposizioni esecutive dopo le riforme del 2005-2006*, in *Riv. Esec. Forz.*, 2007, 612.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

tenza, però, che qui non si tratta propriamente di "esecuzione forzata". Non c'è un vero "processo esecutivo" che inizia o è in corso o prosegue, ma la sola esecuzione indiretta, i cui effetti condannatori intanto perdurano. Ciò che si contesta pertanto è il generico diritto della parte di richiedere le misure coercitive. Ad es., il debitore "esecutato" (esecutato *indirettamente,* s'intende), assunta la qualità di attore, potrà sostenere nel giudizio di merito in opposizione che, in realtà, non è vero che era costretto a prestare il consenso oppure che il titolo è invalido, dopo aver eventualmente chiesto, e in ipotesi ottenuto, nella fase sommaria davanti al g.e., la sospensione del decorso della penalità, sussistendone "gravi motivi" (art. 624, 1° comma, c.p.c.).

Infine, l'accoglimento della doglianza del debitore da parte del giudice del giudizio di merito-opposizione, con sentenza, farà venir meno (art. 336, 2° comma, c.p.c.) con effetti *ex tunc* la condanna coercitiva che il g.e. aveva pronunciato con l'ordinanza, con l'azzeramento delle somme fino a quel momento accumulatesi[33] e l'obbligo di ripetizione di quelle ingiustamente percepite dall'opposto. Nel caso in cui il contratto fosse stato nel frattempo concluso, anch'esso sarà destinato a caducarsi, secondo le soluzioni civilistiche paventate *supra*.

[33] *Contra*, invece, soltanto sotto quest'ultimo profilo, Consolo – Godio, *La "impasse" del combinato*, cit., 380, i quali, sulla base "del carattere necessariamente (anche) pubblicistico della misura coercitiva indiretta" ne prospettano la perdita di efficacia solo con effetti *ex nunc*, con la conseguenza che "[L]e somme dovute in base all'operare *medio tempore* dell'*astreinte* saranno quindi dovute anche dal preteso debitore poi risultato vittorioso in fase di gravame". Senza aderire a questa conclusione – a partire dell'opposta convinzione del carattere, invece, interamente "privato" del modello italiano di misure coercitive – va dato atto che quella prospettata dagli Autori è la soluzione adottata in generale dalle giurisdizioni di *common law*, dove vige la regola secondo la quale agli ordini del giudice si obbedisce anche qualora essi si rivelino, poi, essere errati (salva naturalmente la rimessione nella situazione precedente), al che segue che la disobbedienza va sempre sanzionata, in quanto "offesa all'autorità della Corte" (nella giurisprudenza inglese, v. *Hadkinson v Hadkinson* [1952] P 205 (CA)). Invece, in riferimento al modello italiano, conveniamo con l'affermazione per la quale "non si commette alcun illecito rimanendo inottemperanti ad un provvedimento riconosciuto ingiusto, illegittimo nella sede prevista appositamente" (così Luiso*, Diritto processuale civile*, III, Milano, 2023, 14).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Commerciale

a cura di Oreste Cagnasso

con Guido Bonfante, Mia Callegari, Stefano A. Cerrato, Eva Desana, Marco Ricolfi, Marcella Sarale e Roberto Weigmann

Successione nei debiti dell'azienda ceduta

Cassazione civile, Sez. III, 23 aprile 2024, 10902 (ordinanza) – Pres. Scarano – Rel. Porreca – S.E.N. (avv. Cardarelli) – D.P.L. (avv.ti. Migliorati, Laterza).

Azienda – Successione nei contratti – Contratti a prestazione continuativa o periodica in corso – Debiti successivi alla successione nel contratto – Responsabilità dell'acquirente

In presenza di contratti a prestazione continuativa o periodica, in corso, e di debiti successivi alla successione contrattuale correlata ex lege *alla cessione di azienda, di questi ultimi risponde l'acquirente, inerendo essi all'azienda. (Massima non ufficiale)*

Azienda – Successione nei contratti – Sottoscrizione del contratto – Sufficienza

L'effetto successorio di cui all'art. 2558 c.c. si produce dal momento della sottoscrizione del contratto di cessione d'azienda, indipendentemente dalla relativa iscrizione nel Registro delle Imprese. (Massima non ufficiale)

Azienda – Responsabilità per i debiti – Effetti

La solidarietà del cessionario dell'azienda per i debiti concernenti l'esercizio dell'azienda ceduta è posta a tutela dei creditori di questa, e non dell'alienante e, per questo, essa non determina alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Rilevato che S.E.N. s.p.a. ricorre, sulla base di un unico motivo, corredato da memoria, per la cassazione della sentenza n. 1360 del 2020 della Corte di appello di Roma, esponendo, per quanto ancora d'interesse, che:

– era stata convenuta da L.D.P. in opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto per il pagamento di fatture inerenti a somministrazione di energia elettrica;

– l'opponente aveva dedotto di aver ceduto, molti anni prima delle somministrazioni interessate, l'azienda cui faceva capo l'utenza;

– il Tribunale aveva accolto l'opposizione, con pronuncia confermata dalla Corte di appello secondo cui la conclusione era sorretta dal disposto dell'art. 2558 c.c., decorrendo, dall'eventuale notizia della cessione, solo il termine di tre mesi, stabilito dal 2° comma della norma, per il recesso del ceduto;

resiste con controricorso L.D.P.;

Rilevato che con l'unico motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2556, 2559, 2913, 2697, c.c., poiché la Corte di appello avrebbe errato, mancando di affermare la responsabilità solidale del cedente, nella pacifica mancanza d'iscrizione della cessione di azienda nel Registro delle Imprese, con conseguente inopponibilità della stessa al terzo contraente ceduto;

Considerato che il ricorso è infondato; questa Corte (Cass., 10/02/2023, n. 4248, che qui si riprende) ha di recente chiarito che:

– l'art. 2558 c.c. stabilisce che "se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale";

– al contempo, secondo l'art. 2560 c.c., "l'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito", con la precisazione dettata dal 2° comma secondo cui "nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori";

ora, "l'interpretazione coordinata delle due norme questa Corte (Cass., 20/07/1991, n. 8121) porta a ritenere che quella dell'art. 2558 c.c. debba applicarsi ogni qual volta al debito contrattuale di colui che trasferisce l'azienda si contrappone, in rapporto di sinallagmaticità, un credito attuale, derivante dallo stesso negozio giuridico, nei confronti del contraente ceduto, e che, invece, la disposizione dell'art. 2560 c.c. riguardi il caso in cui il debito contrattuale non sia bilanciato da un credito corrispondente" (Cass., n. 4248 del 2023, cit., pag. 6);

in altri termini, dal combinato disposto "emerge che la successione nei contratti di cui all'art. 2558 c.c. trova applicazione in caso di negozi a prestazioni corrispettive non integralmente eseguiti da entrambe le parti al momento del trasferimento dell'azienda, mentre, ove il terzo contraente abbia già eseguito la propria prestazione, residua un mero debito la cui sorte è regolata dall'art. 2560 c.c.;

è dunque principio condiviso (in questo senso Cass., 16/06/2004, n. 11318), quello in forza del quale il congegno stabilito dall'art. 2560, 2° comma, c.c., con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta, è destinato ad essere applicato quando si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'art. 2558 c.c. (Cass., 20/07/1991, n. 8121; Cass., 08/05/1981, n. 3027, Cass., sez. I, 09/10/2017, n. 23581), posizioni, queste, che seguono la sorte del contratto;

la regola posta dal 1° comma dell'art. 2558 c.c. è, dunque, applicabile soltanto ai contratti con prestazioni corrispettive non ancora interamente eseguite da alcuna delle

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

parti, mentre non rientrano nella previsione di tale norma, ma in quella dell'art. 2560 c.c., sia i rapporti obbligatori sorti da contratti a prestazioni corrispettive di cui quella o quelle poste a carico di uno dei contraenti siano state già interamente eseguite, sia quelli aventi la propria fattispecie costitutiva in un contratto con prestazioni a carico di una sola parte;

la previsione dettata dal 1° comma dell'art. 2560 c.c., concernente la permanente responsabilità dell'alienante in ordine ai debiti inerenti all'esercizio dell'azienda maturati anteriormente al trasferimento, è completata nel 2° comma, che cumula alla responsabilità del cedente anche quella del cessionario, sempre che il debito risulti dai libri contabili obbligatori;

si realizza in tal modo una responsabilità del cessionario sotto forma di accollo cumulativo "ex lege", con conseguente solidarietà tra cedente e cessionario dell'azienda commerciale, solidarietà peraltro "sui generis", dal momento che, nei rapporti tra loro, il debito rimane a carico del cedente, senza che questi possa ripetere dal secondo, neppure in parte, quanto versato al terzo creditore (Cass., 25/02/1987, n. 1990; Cass., 03/03/1994, n. 2108; Cass., 04/10/2010, n. 20577);

ne discende, sul piano della "ratio" della norma, che la solidarietà del cessionario dell'azienda per i debiti concernenti l'esercizio dell'azienda ceduta è posta a tutela dei creditori di questa, e non dell'alienante e, per questo, essa non determina alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale;

perseguendo una finalità di tutela dei creditori aziendali, la norma è perciò dalla dottrina giudicata inderogabile in conformità ad un accordo fra alienante e acquirente, mentre si riconosce ammissibile l'esclusione della sua operatività in forza di un accordo fra acquirente e terzi creditori (Cass., n. 23581/2017, cit.)";

di qui il ribadito principio per cui il regime fissato dall'art. 2560, 2° comma, c.c., con riferimento ai debiti peraltro pregressi relativi all'azienda ceduta (secondo cui dei debiti suddetti risponde anche l'acquirente dell'azienda allorché essi risultino dai libri contabili obbligatori) è destinato a trovare applicazione quando si tratti di debiti in sé soli considerati e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma dell'art. 2558 c.c., inserendosi la responsabilità, in tal caso, nell'ambito della più generale sorte del contratto, non già del tutto esaurito, e ciò anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda (Cass., 23/11/2023, n. 32487);

il delineato quadro ricostruttivo posta a concludere nel senso che quando, come nel caso, si tratta di:

a) contratti a prestazione continuativa e periodica (qual è la somministrazione) in corso, e

b) debiti successivi alla successione contrattuale correlata "ex lege" alla cessione di azienda,

di questi ultimi risponde l'acquirente inerendo essi all'azienda somministrata e oggetto di subingresso, eterodeterminato normativamente in chiave speciale e funzionale al complesso aziendale medesimo, fermo il termine di cui al 2° comma dell'art. 2558 c.c., decorrente dalla notizia della cessione, ai fini della possibilità di esercizio del recesso del ceduto;

ne discende il rigetto. – *Omissis.*

Responsabilità dell'alienante per debito successivo alla cessione d'azienda

Federico Raffaele e Alessia Caravetta* **

La decisione nega la responsabilità dell'alienante di un'azienda – cui faceva capo, tra l'altro, un contratto di somministrazione di energia elettrica – per le prestazioni eseguite dal terzo contraente ceduto successivamente alla cessione, pur in mancanza di iscrizione di quest'ultima nel Registro delle Imprese. La Suprema Corte sottolinea, infatti, che la vicenda è regolata dall'art. 2558 c.c. (appunto in materia di successione nei contratti), in luogo dell'art. 2560 c.c. (in materia di successione nei debiti), ascrivendo quindi all'acquirente dell'azienda la responsabilità per le obbligazioni successive alla cessione fin dal momento della sottoscrizione del contratto di trasferimento, vertendosi in un caso di subingresso del cessionario nei contratti aziendali e non successione in un ''debito puro'', altresì relegando l'eventuale pubblicità – peraltro assente nel caso di specie – ad evento cui si ricollega (non la liberazione del cedente, già liberato al momento della conclusione del trasferimento d'azienda, bensì soltanto) la facoltà di esercizio del recesso da parte del contraente ceduto.

I fatti del caso

L'ordinanza della Cassazione civile, 23 aprile 2024, n. 10902 affronta una questione che si incentra sul regime di responsabilità del cedente di un'azienda per le obbligazioni nascenti da un contratto a prestazioni corrispettive (nel caso di specie, la somministrazione di energia elettrica) afferente all'azienda ceduta, la cui soluzione viene fatta dipendere dalla qualificazione di dette obbligazioni quali debiti a sé stanti *ex* art. 2560 c.c. oppure quali prestazioni di un contratto oggetto di successione *ex* art. 2558 c.c.

Più specificamente, per quanto l'ordinanza sia particolarmente avara di dettagli in punto di fatto, si può ricostruire che il ricorrente S.E.N. concludeva un contratto di somministrazione di energia elettrica con L.D.P., il quale successivamente stipulava un negozio traslativo d'azienda, cui faceva capo l'utenza dell'energia, negozio che tuttavia non veniva iscritto nel Registro delle Imprese.

Per quanto si può intuire, le somministrazioni di energia elettrica eseguite successivamente alla cessione d'azienda non venivano remunerate a S.E.N., il quale

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

** Benché il lavoro sia frutto di riflessioni comuni degli Autori, il primo e secondo paragrafo sono ascrivibili ad Alessia Caravetta, il terzo e il quarto a Federico Raffaele.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dunque chiedeva – e otteneva – un decreto ingiuntivo per il pagamento delle fatture frattanto emesse.

L.D.P., opponendosi al decreto ingiuntivo, deduceva di aver *medio tempore* ceduto l'azienda (molti anni) prima dell'esecuzione di dette somministrazioni.

Poiché il Tribunale di Roma accoglieva l'opposizione del cedente, S.E.N. proponeva appello avverso la sentenza di primo grado, invero confermata anche dalla Corte d'appello di Roma.

S.E.N. ricorreva, dunque, per Cassazione, sostenendo che i giudici di secondo grado avevano errato nel non affermare la responsabilità solidale del cedente (L.D.P.), attesa la mancata iscrizione della cessione nel Registro delle Imprese, con conseguente inopponibilità della stessa al terzo creditore ceduto (S.E.N.).

La sequenza argomentativa della Cassazione

La questione alla base della decisione ruota attorno all'intreccio di tre profili: *a*) la perimetrazione applicativa degli artt. 2558[1] e 2560[2] c.c.; *b*) la qualificazione giuridica del contratto di somministrazione di energia elettrica rispetto alla dicotomia di cui al punto precedente; *c*) l'eventuale ruolo attribuibile all'iscrizione al Registro delle Imprese come mezzo di pubblicità rilevante ai fini dell'opponibilità (ai terzi, ma più in particolare al creditore/contraente ceduto) del trasferimento d'azienda.

La Corte si occupa diffusamente del primo punto e poco o nulla degli altri due, che invece pur aiuterebbero nella costruzione del corretto percorso argomentativo ai fini della decisione.

Più in particolare, si può ricostruire l'incedere argomentativo della Cassazione, in ciò forse condizionata dalle richieste del ricorrente – che, come detto, deduceva la responsabilità solidale del cedente (ma, come si vedrà più in dettaglio nel prosieguo, per via della inopponibilità al ceduto della cessione d'azienda, in virtù della mancata iscrizione nel Registro delle Imprese) –, come segue: semplificando, si può dire che i Giudici ritengono che, poiché si tratta di verificare l'esistenza della solidarietà dell'alienante (da intendersi, rispetto all'acquirente dell'azienda), e dato che di solidarietà si parla, normativamente, solo nel caso di successione nei debiti dell'azienda *ex* art. 2560 c.c., laddove, come nel caso di specie, si verta nella fattispecie di successione nei contratti *ex* art. 2558 c.c., la responsabilità solidale sarebbe da escludere in radice (da intendersi, quale che ne sia la sua eventuale fonte).

Tanto premesso, comunque, nel rigettare il ricorso, in virtù appunto dell'applicazione dell'art. 2558 c.c. – in luogo dell'art. 2560 c.c. –, la decisione della Corte si fa apprezzare come "guida operativa" circa la metodologia di applicazione dei due articoli testé indicati.

Infatti, i Giudici, quale criterio per differenziare le due disposizioni, sottolineano che l'art. 2558 c.c. trova applicazione ogni volta che al debito dell'alienante corrisponda, in una relazione di sinallagmaticità, un credito vantato dal terzo creditore ceduto, derivante dal medesimo negozio giuridico. In sintesi, affinché trovi applicazione l'art. 2558 c.c. è necessario che si tratti di negozio a prestazioni corrispettive e che entrambe le parti non abbiano ancora integralmente eseguito le prestazioni previste a loro carico. In senso opposto, l'art. 2560 c.c. fa riferimento ai casi in cui al debito del cedente non corrisponda alcun credito a favore del terzo creditore ceduto e, pertanto, si applica a debiti in sé considerati, anche derivanti da contratti a prestazioni corrispettive nei quali una parte abbia già eseguito interamente la propria prestazione o da contratti con prestazioni a carico di una sola parte (c.d. contratti unilaterali *ex* art. 1333 c.c.).

La Cassazione, poi, ritiene opportuno – nella prospettiva indicata in apertura di paragrafo – indugiare sul regime di solidarietà (peraltro del cessionario rispetto al cedente) previsto dall'art. 2560 c.c. in caso di trasferimento dell'azienda commerciale, regime che, come tale, trova applicazione esclusivamente nel caso di successione nei debiti, ma non di quella nei contratti.

In particolare, affinché l'acquirente sia solidalmente responsabile con l'alienante per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda, è necessario che gli stessi sorgano in un momento anteriore all'avvenuto trasferimento (dell'azienda) e che risultino dai libri contabili obbligatori.

In questo modo, l'accollo cumulativo *ex lege* che si determina realizza una solidarietà *sui generis*, atteso che, nei loro rapporti interni, il debito rimane a carico del cedente, senza che questi possa ripetere dal cessionario, neppure in parte, quanto versato al terzo creditore. Infatti, la *ratio* della norma si ritrova nell'esigenza di tutela dei creditori dell'azienda, e non del cedente, ed è proprio per questo motivo che l'applicazione dell'art. 2560 c.c. non comporta alcun trasferimento della posizione debitoria sostanziale.

Da quanto precede, secondo l'ordinanza in commento, discenderebbe la conclusione che dei debiti oggetto di controversia – che si riferiscono a somministrazioni successive alla cessione d'azienda (e, quindi, anche posteriori alla successione del cessionario nelle posizioni contrattuali del cedente *ex* art. 2558 c.c.) – ne deve rispondere l'acquirente e non l'alienante, nel presupposto che il contratto in esame (di som-

[1] L'art. 2558 c.c. stabilisce che "[s]*e non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale. Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante* [...]".

[2] L'art. 2560 c.c. dispone che "[l]*'alienante non è liberato dai debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori*".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ministrazione di energia elettrica) è un contratto a prestazioni continuative, periodiche e ancora in corso di esecuzione al momento del trasferimento dell'azienda.

In verità, la conclusione di cui sopra si giustificherebbe – anche e, forse, soprattutto – in virtù di altri due blocchi argomentativi, che, però, nell'economia della sequenza narrativa dell'ordinanza hanno un rilievo apparentemente marginale, poiché trattati quasi *en passant* dalla Cassazione, in poche righe non particolarmente perspicue.

In particolare, in primo luogo, la successione prevista dall'art. 2558 c.c. opera dal momento del perfezionamento del negozio traslativo dell'azienda: concetto che dovrebbe cogliersi, nel linguaggio della Corte, allorquando si precisa che "*il congegno stabilito* [dall'art. 2560, 2° comma, c.c.] *con riferimento ai debiti relativi all'azienda ceduta, è destinato ad essere applicato quando si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma* [dell'art. 2558 c.c.] [...], *posizioni queste che* seguono la sorte del contratto [enfasi originale, n.d.r.]"; concetto peraltro ribadito poco oltre quando si puntualizza che la responsabilità del cessionario *ex* art. 2558 c.c. si inserisce "*nell'ambito della più generale sorte del contratto, non già del tutto esaurito, e ciò anche se in fase contenziosa al tempo della cessione dell'azienda*".

In secondo luogo, e in dipendenza di quanto appena richiamato, a nulla rileverebbe, sotto il profilo dell'ascrizione di responsabilità al cedente in luogo del cessionario, l'eventuale pubblicità del trasferimento d'azienda, venendo quest'ultima in considerazione, al più, ai fini del decorso del termine di tre mesi per l'esercizio del diritto di recesso da parte del creditore ceduto ai sensi dell'art. 2558, 2° comma, c.c.: concetto che dovrebbe cogliersi, nel linguaggio della Corte, allorquando si precisa che dei "*debiti successivi alla successione contrattuale correlata "*ex lege*" alla cessione d'azienda* [...] *risponde l'acquirente, inerendo essi all'azienda somministrata e oggetto di subingresso, eterodeterminato normativamente in chiave speciale e funzionale al complesso aziendale medesimo, fermo il termine di cui* [all'art. 2558, 2° comma, c.c.], *decorrente dalla notizia alla cessione, ai fini della possibilità di esercizio del recesso del ceduto*".

Considerazioni critiche

In effetti, l'ordinanza in esame si rivela inappagante, sotto il profilo della tenuta delle relative argomentazioni (nonché dell'applicazione dei principi di diritto al caso di specie), più per quello che non dice che per quanto afferma.

Per un verso, una prima questione, forse più agevole, ma per nulla motivata adeguatamente dalla Corte, attiene, come detto, alla natura del contratto le cui prestazioni vengono in rilievo, ossia la somministrazione di energia elettrica.

Non v'è dubbio, infatti, che si tratti di un contratto a prestazioni corrispettive, non a carattere personale (c.d. *intuitu personae*), di durata, ad esecuzione continuata, le cui prestazioni vengono eseguite nel tempo ad intervalli appunto periodici. Più dubbia, semmai, almeno in punto di principio[3], è la sorte di tale contratto – allorquando il medesimo sia ancora in corso di esecuzione – al momento del trasferimento d'azienda.

Secondo la tesi classica[4] (che la Cassazione sembrerebbe sposare[5]), occorre distinguere tra prestazioni eseguite prima e dopo la cessione d'azienda: infatti, le somministrazioni di energia effettuate dal contraente ceduto antecedentemente al trasferimento ed eventualmente non remunerate dal cedente (*rectius*: a fronte delle quali non consti la controprestazione di pagamento del cedente), sarebbero disciplinate dall'art. 2560 c.c. (quindi, alle condizioni ivi previste, con responsabilità solidale tra alienante e acquirente), poiché la prospettiva sarebbe quella di segmentare il rapporto, pur unitariamente di durata complessiva, in singoli (sotto-)rapporti sinallagmatici ad esecuzione continuata ma in un periodo di riferimento, rispetto ai quali effettuare la verifica di (non) integrale soddisfacimento delle obbligazioni di almeno una delle due parti (in questo caso, la remunerazione del servizio

[3] Cfr. in dottrina: M. Cian, *Dell'azienda*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018, 172; G.E. Colombo, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, 70 e segg. e 151; F. Martorano, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2010, 148 e segg. In giurisprudenza: Cass. civ., 8 giugno 1994, n. 5534, in *Giur. It.*, 1995, I, 1308; App. Milano, 21 gennaio 1986, *ivi*, 1986, I, 713; Trib. Milano, 10 aprile 2004, in *Giur. comm.*, 2006, II, 134.

[4] Sul punto, *ex multis*, S. Ciceri, sub *art. 2558*, in *Codice Civile*, a cura di P. Rescigno, II, Milano, 2022, 5707; M. Cian, sub *art. 2558*, in *Commentario breve al Codice civile*, fondato da G. Cian e A. Trabucchi, Milano, 2022, 3328; *Id.*, *Dell'azienda*, cit., 174 e 185; F. Martorano, *op. cit.*, 151; G.E. Colombo, *op. cit.*, 76 e segg.; F. Ferrara jr., *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982, 365 e segg.; U. Minneci, *Trasferimento d'azienda e regime dei debiti*, Torino, 2007, 161 e segg.; C. Caccavale, *La responsabilità per i debiti dell'azienda ceduta*, Napoli, 2016, 44 e segg.

[5] Se, infatti, avesse condiviso una ricostruzione diversa da quella classica (e più vicina a quella illustrata nel prosieguo del testo), la Corte avrebbe probabilmente dedicato qualche riflessione al (o, se non altro, avrebbe quantomeno menzionato il) tema del pagamento delle fatture di energia elettrica già emesse dal ricorrente (e non saldate dal controricorrente) per somministrazioni eseguite prima della cessione d'azienda. Il fatto che l'ordinanza "ignori" il tema della "*vis attractiva*" del complessivo equilibrio negoziale rispetto alle prestazioni antecedenti alla cessione d'azienda fa propendere per l'opzione che il motivo del contendere sia "solo" il mancato pagamento delle fatture emesse (e delle prestazioni eseguite) successivamente al trasferimento d'azienda (e, del resto, un minimo spunto testuale, nella parte ricostruttiva dei precedenti gradi di giudizio – secondo cui, dinanzi al Tribunale di Roma, "*l'opponente aveva dedotto di aver ceduto,* molti anni prima delle somministrazioni interessate*, l'azienda cui faceva capo l'utenza*" (enfasi aggiunta, n.d.r.) –, va in questa direzione).

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

prestato nella data unità di tempo rilevante, ad es. un trimestre). Di converso, le future somministrazioni di energia (ossia successive alla cessione d'azienda) soggiacciono all'art. 2558 c.c., in quanto si riferiscono – sempre in via sinallagmatica – ad una "porzione" di rapporto che ancora deve integralmente svolgersi; dunque, relativamente a prestazioni non ancora affatto eseguite da alcuna delle parti.

In senso diverso dalla teoria classica, si è sostenuto che l'intero rapporto (indipendentemente dall'eventuale cesura che si determina al momento della cessione d'azienda) vada unitariamente disciplinato dall'art. 2558 c.c., a patto che non ne risulti alterato il complessivo equilibrio contrattuale. In altri termini, guardando al contratto nel suo complesso, se le prestazioni eseguite prima del trasferimento siano (per quantità, valore o rilievo) idonee ad alterare il – o, detto altrimenti, siano preponderanti in relazione al – globale equilibrio negoziale, in confronto con quelle ancora da eseguire[6], allora il *praeteritum* impedirebbe l'applicazione dell'art. 2558 c.c. Si tratta, cioè, di ipotesi in cui il peso delle passività scaturenti dalla relazione contrattuale è maggiore del peso degli elementi attivi, al punto da rompere l'equilibrio economico originario della relazione stessa, di talché il segno negativo dello squilibrio fa venir meno la neutralità di una eventuale successione nel contratto, rispetto agli interessi rilevanti tanto del cessionario dell'azienda quanto del terzo contraente-creditore[7].

Alla luce di quanto precede, pare certamente condivisibile ascrivere all'ambito di operatività del meccanismo previsto dall'art. 2558 c.c. la dinamica successoria di un contratto di somministrazione di energia elettrica: in base alla teoria classica, in maniera quasi autoevidente per la porzione di prestazioni eseguite successivamente al trasferimento d'azienda (e non controbilanciate dall'adempimento delle obbligazioni "in direzione opposta" dell'altro contraente)[8]; in maniera altrettanto plausibile, seppur non propriamente autoesplicativa, in base alla teoria alternativa, posto che non avrebbe senso, nello specifico contesto di un contratto di somministrazione di energia elettrica, immaginare un ipotetico equilibrio negoziale complessivo – peraltro difficilmente concepibile *ex ante*, non avendo, in genere, siffatto contratto una "scadenza" (*id est*, una durata complessiva predeterminata) – alla cui stregua parametrare la rilevanza delle prestazioni eseguite prima del trasferimento d'azienda (ai fini del "riparto" di applicazione delle discipline *ex* artt. 2558 o 2560 c.c.), essendo viceversa più opportuno misurare il grado di esecuzione delle singole prestazioni nell'ambito dell'arco temporale di durata di riferimento (come sopra, ad es., un trimestre).

Orbene, soltanto un rilievo specifico della costruzione dogmatica che precede avrebbe giustificato l'insistenza, ai limiti della pedanteria, della Corte circa la perimetrazione delle sfere d'applicazione degli artt. 2558 e 2560 c.c., apparendo, invero, evidente, se non scontato, che le somministrazioni successive al trasferimento d'azienda siano "affare" del cessionario (e non del cedente). Invero, l'effetto della successione nei contratti consiste proprio in un subentro *ex lege* da parte dell'acquirente, nei contratti stipulati dall'alienante in relazione all'attività aziendale[9]. Dunque, si tratta di un effetto naturale del trasferimento d'azienda che non richiede alcun tipo di pattuizione tra cedente e cessionario, né il consenso del terzo ceduto. Effetto sostitutivo della parte contrattuale (tra alienante e acquirente) che avviene al momento del trasferimento d'azienda, sia *inter partes* che, salvo quanto si preciserà *infra*, *erga omnes*, ossia anche nei confronti del terzo contraente ceduto, con conseguente liberazione del cedente-alienante dalle obbligazioni derivanti dai contratti oggetto di successione *ex* art. 2558 c.c.[10].

E proprio con riguardo a quest'ultimo punto, viene in rilievo il secondo tema, più complicato, ma anch'esso negletto completamente dalla Corte (in termini di relativa argomentazione), afferente all'eventuale rilevanza – ai fini dell'ascrivibilità della responsabilità per l'adempimento (delle obbligazioni ineseguite) del contratto trasferito nel contesto della cessione d'azienda – del regime di pubblicità del negozio traslativo dell'azienda medesima. In altri termini, il punto è se la mancata pubblicità dell'atto di trasferimento renda inopponibile nei confronti del contraente ceduto la

[6] Specificamente per queste ultime, peraltro, nulla cambierebbe rispetto a quanto applicabile in base alla tesi classica.

[7] In generale, sulle due ricostruzioni, v. M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 187; *Id*., sub *art. 2558*, cit., 3329.

[8] Potendosi, invece, qualificare come "debiti" le prestazioni eseguite – e non remunerate – antecedentemente alla cessione d'azienda (e, in quanto tali, soggetti alla regola di cui all'art. 2560 c.c.).

[9] Merita notare, *en passant*, che, diversamente dalla cessione di azienda, nel caso di liquidazione giudiziale, il subentro nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, da parte del curatore, non avviene *ex lege*, bensì solo su espressa volontà di costui, previa autorizzazione del comitato dei creditori. In tal senso, l'art. 179, 1° comma, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) stabilisce che "[s]*e il curatore subentra in un contratto ad esecuzione continuata o periodica, deve pagare integralmente il prezzo delle consegne avvenute e dei servizi erogati dopo l'apertura della liquidazione giudiziale*".

[10] Sul punto, si è, tra l'altro, sostenuto (v. S. Ciceri, *op. cit*., 5710) che "[a]*lla successione* ope legis ex *art. 2558, 2° comma, c.c. non è applicabile la disciplina della cessione del contratto* ex *artt. 1406 e segg., trattandosi di fattispecie ben diverse; infatti la prima si verifica indipendentemente dall'accordo delle parti e quindi senza il consenso del terzo, ed ha effetti più ampi rispetto alla seconda, potendo intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, purché non del tutto esaurito, e quindi anche nella fase contenziosa, con la conseguenza che il cessionario dell'azienda assume la posizione di successione a titolo particolare nel diritto controverso, ai sensi ed agli effetti dell'art. 111 c.p.c.*": così, P. Rescigno, *op. cit*., 5710. In dottrina, v. altresì G.U. Tedeschi, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VIII, Torino, 1983, 44. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 8 giugno 1994, n. 5534, cit., 1308; Cass. civ., 11 agosto 1990, n. 8219, in *Giur. It*., 1991, I, 584; Cass. civ., 29 gennaio 1979, n. 632, *ivi*, 1980, I, 146.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cessione d'azienda e, dunque, ai soli fini del contratto in questione, si determini la mancata liberazione del cedente dalle obbligazioni dallo stesso derivanti.

Preliminarmente, però, preme evidenziare e chiarire quello che, ad avviso di chi scrive, può essere qualificato come un equivoco, magari introdotto dalle difese del ricorrente, ma che, in concreto, ha condizionato (pesantemente) l'analisi condotta dalla Cassazione: ci si riferisce alla nozione di "solidarietà" invocata in capo all'alienante per l'adempimento delle obbligazioni derivanti da un contratto traferito nell'ambito di una cessione d'azienda, a sua volta, però, non iscritta presso il competente Registro delle Imprese.

La Corte parte, infatti, dal concetto propriamente civilistico di "solidarietà" *ex* art. 1292 c.c.[11], che, nel contesto che ci occupa, è effettivamente stabilita dalla legge solo nel caso di successione dei debiti *ex* art. 2560 c.c. Ma che il riferimento sia poco conferente con la vicenda in esame è abbastanza evidente allorquando si ponga mente alla circostanza che il regime previsto dall'art. 2560 c.c. concerne: al 1° comma, con riguardo alla mancata liberazione dell'alienante, i debiti anteriori alla cessione dell'azienda (circostanza che, tuttavia, non rileva nel caso di specie, vertendosi al contrario in una vicenda di "debiti" successivi al trasferimento d'azienda); al 2° comma, con riguardo ai medesimi debiti, il regime di co-obbligazione dell'acquirente dell'azienda (nel caso di specie non coinvolto, neppure per litisconsorzio).

Deve, dunque, ritenersi che il ricorrente abbia invocato, più che tecnicamente la "solidarietà" dell'alienante per le obbligazioni trasferite all'acquirente (dell'azienda), più propriamente, l'assenza di effetto liberatorio del cedente – nell'ambito della cessione d'azienda cui inerisca il contratto in questione – derivante (non già da un vincolo di solidarietà stabilito dalla legge, bensì) dalla inopponibilità al contraente ceduto dell'operazione traslativa in virtù del mancato adempimento degli obblighi pubblicitari relativi all'iscrizione presso il Registro delle Imprese. In altri termini, la "solidarietà" dovrebbe più propriamente intendersi come giustapposizione di due (co-)obbligati: il cessionario, per la generalità dei contratti trasferiti, *ex* art. 2558 c.c. e il cedente, ma nei confronti del singolo contraente ceduto (e non "edotto" del trasferimento mediante adeguata pubblicità), ai sensi dell'esistente vincolo contrattuale[12].

Impostato in questi termini il problema, forse l'ordinanza avrebbe potuto concentrarsi più opportunamente sulle implicazioni tra pubblicità e (in)efficacia (relativa) nei confronti del contraente ceduto nell'ambito della cessione d'azienda.

Al riguardo, infatti, è pacificamente riconosciuto che il trasferimento d'azienda sia "*priv*[o] *di una legge di circolazione propria ed esclusiva*"[13], salvo i requisiti di forma prescritti dal legislatore all'art. 2556 c.c.

In particolare, il 1° comma di tale norma[14] richiede che i contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda, in riferimento ad imprese soggette a registrazione, rivestano forma scritta *ad probationem*. Dunque, si richiede una forma scritta solo ai fini della prova, senza che ciò incida sulla validità del contratto[15]: in altri termini, "*ciò che occorre ai fini della prova è che vi sia un documento scritto dal quale risult*[i]*no esistenza e contenuto del contratto*"[16].

Il 2° comma[17] prescrive, invece, una forma specifica per la pubblicità: infatti, affinché il contratto di cessione sia iscrivibile nel Registro delle Imprese, questo deve rivestire la forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata[18].

L'iscrizione ha efficacia di pubblicità dichiarativa *ex* art. 2193 c.c.[19], ossia consente l'opponibilità a terzi del fatto o atto iscritto, il quale si presume conosciuto

---

[11] L'art. 1292 c.c. dispone che "[l]*'obbligazione è in solido quando più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri; oppure quando tra più creditori ciascuno ha diritto di chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione e l'adempimento conseguito da uno di essi libera il debitore verso tutti i creditori*".

[12] Che la differenza esistente in punto di principio (per via del diverso, diciamo così, titolo da cui originerebbe la responsabilità) possa ampiamente stemperarsi con riguardo agli effetti pratici può anche essere vero, ma ciò che premeva era rendere evidente al lettore quello che si è rivelato un aspetto non adeguatamente indagato dalla Cassazione e che, invece, ad avviso di chi scrive, pare dirimente ai fini della corretta applicazione delle norme astrattamente rilevanti alla fattispecie concreta.

[13] M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 106. In senso conforme, in luogo di molti, v. G.E. Colombo, *op. cit.*, 34.

[14] L'art. 2556, 1° comma, c.c. stabilisce che "[p]*er le imprese soggette a registrazione i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto, salva l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto*".

[15] L'iscrizione non ha natura costitutiva ai fini della validità dell'atto o della produzione dei suoi effetti *inter partes*, dovendosi trattare altrimenti di forma *ad substantiam*. In argomento, v. M. Speranzin, *L'efficacia probatoria degli atti scritti*, in *Il registro delle imprese a vent'anni dalla sua attuazione*, a cura di C. Ibba e I. Demuro, Torino, 2017, 183.

[16] V. V. Roppo, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 233. V. altresì M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 105 e segg.; Id., sub *art. 2558*, cit., 3325.

[17] L'art. 2556, 2° comma, c.c. dispone che "[i] *contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese, nel termine di trenta giorni, a cura del notaio rogante o autenticante*".

[18] Secondo M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 107, nt. 7, "[n]*on vi è obbligo di deposito/iscrizione in quanto l'atto sia stipulato in forma pubblica, ma vi è l'obbligo (per l'appunto a carico delle parti) di stipularlo in questa forma al fine di procedere successivamente al deposito/iscrizione*".

[19] L'art. 2193 c.c. prevede che "[i] *fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione, se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza. L'ignoranza dei fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione non può essere opposta dai terzi dal momento in cui l'iscrizione è avvenuta. Sono salve le disposizioni particolari della legge*".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dai terzi a prescindere dalla effettiva conoscenza in concreto (c.d. efficacia dichiarativa positiva)[20]. Dunque, il legislatore prevede una disciplina maggiormente favorevole per l'imprenditore rispetto a quella di diritto comune[21].

La regola della pubblicità, dal punto di vista dell'ambito soggettivo di operatività, si applica alle "*imprese soggette a registrazione*", ossia, affinché la cessione di azienda sia soggetta all'obbligo di iscrizione *ex* art. 2556 c.c., è sufficiente che (almeno) una delle parti sia soggetta ad iscrizione nel Registro delle Imprese[22].

Diversamente, qualora nessuna parte sia soggetta a tale obbligo di iscrizione, il trasferimento di azienda non dovrà essere a sua volta iscritto. Tuttavia, sussisterebbe una sorta di reviviscenza dell'obbligo di iscrizione allorquando l'acquirente stipuli il contratto di trasferimento con l'intenzione di esercitare l'attività di impresa, atteso che "*l'acquisto dell'azienda è atto di organizzazione che si configura già come momento iniziale dell'attività*"[23].

In definitiva, quindi, qualsiasi trasferimento di azienda, che miri alla continuazione dell'attività di impresa, deve essere iscritto nel Registro delle Imprese affinché possa godere della disciplina favorevole di cui al 2° comma dell'art. 2556 c.c.[24].

Le conseguenze in caso di mancanza di iscrizione sono di due tipi: da un lato, una pressoché irrilevante sanzione amministrativa *ex* art. 2194 c.c.[25]; dall'altro lato, molto più significativamente, l'inopponibilità ai terzi dell'atto o fatto non iscritto[26] (o, meglio, la circostanza che, ai fini dell'opponibilità, è necessaria la prova dell'effettiva conoscenza del fatto da parte dei terzi, c.d. efficacia dichiarativa negativa)[27].

Il predetto regime di pubblicità – con le relative conseguenze in caso di sua assenza – si applica a tutti

---

[20] Si afferma una irrilevanza giuridica dell'ignoranza del fatto o atto iscritto da parte dei terzi: il terzo non può neanche provare l'impossibilità di conoscenza, dunque si produce un'inversione dell'onere probatorio, si impone al terzo di provare la sua buona fede. Secondo G.A. Rescio, *La pubblicità della cessione di azienda: modalità di attuazione ed effetti*, in *Riv. Notar.*, 1995, 180, "*quand'anche si desse la prova della non conoscenza soggettiva del fatto iscritto, ciò non impedirebbe a quel fatto di produrre tutti gli effetti che l'ordinamento gli ricollega, persino in pregiudizio dei terzi che non ne sono venuti a conoscenza*". In senso conforme, tra i vari, v. M. Cian, sub *art. 2558*, cit., 3326; Id., *Dell'azienda*, cit., 114 e 115; M. Speranzin, *op. cit*., 183; G.A. Rescio, *Gli effetti dell'iscrizione*, in *Il registro delle imprese*, cit., 157 e segg.; G.E. Colombo, *op. cit*., 34; F. Martorano, *op. cit*., 65; G. Ferrari, voce "Azienda", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 706; R. Tommasini e M. Galletti, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2009, 241.

[21] In base alla disciplina di diritto comune, di regola e salvo deroghe particolari, un fatto è opponibile al terzo solo se portato a sua conoscenza con mezzo idoneo, altrimenti è a lui inopponibile. Si può, ad es., far riferimento alla procura: il terzo che contragga con il rappresentante può sempre esigere che costui esibisca i suoi poteri *ex* art. 1393 c.c. e le modifiche o la revoca della stessa devono esser portate a conoscenza del terzo con mezzo idoneo affinché siano a lui opponibili; diversamente nei casi tipici di rappresentanza dell'impresa commerciale entrambi i risultati vengono ottenuti mediante il semplice fatto dell'iscrizione nel registro delle imprese (artt. 2206, 2207, 2209 c.c.). Ad esso consegue in ogni caso che quei poteri e quelle modificazioni siano opponibili ai terzi.

[22] Assumendo che una delle due parti sia soggetta ad iscrizione nel Registro, resta da stabilire in quale sezione vada effettuata l'iscrizione: l'art. 11, 10° comma, D.P.R. n. 581/1995 prevede che il fatto o l'atto debba essere iscritto nella sezione in cui sia iscritto l'alienante, salvo che solo l'acquirente sia soggetto a tale obbligo, nel qual caso si iscrive nella sezione dell'acquirente. In particolare, la disposizione stabilisce che "[i]*n caso di trasferimento della proprietà o del godimento dell'azienda, la relativa domanda di iscrizione è presentata dal notaio al registro delle imprese nel quale è iscritto l'imprenditore alienante o, nel caso in cui solo l'acquirente sia un imprenditore soggetto a registrazione, al registro delle imprese nel quale è iscritto l'imprenditore acquirente* [...]". In definitiva, ciò che determina la sezione del Registro non è il dato fattuale dell'essere o meno iscritto, bensì il dato formale di esser subordinato all'obbligo di iscrizione.

[23] M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 115, n. 30.

[24] *Ibid*. In argomento, v. anche M. Cian, sub *art. 2558*, cit., 3326; G. Marasà e C. Ibba, *Il registro delle imprese*, Milano, 1997, 130. *Contra* F. Martorano, *op. cit*., 74.

[25] L'art. 2194 c.c. dispone che "[s]*alvo quanto disposto dagli articoli 2626 e 2634, chiunque omette di richiedere l'iscrizione nei modi e nel termine stabiliti dalla legge, è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da Euro 10 ad Euro 516*".

[26] In sostanza, secondo M. Speranzin, *op. cit*., 183, ciò "*rende giuridicamente insufficiente e irrilevante, ai fini dell'opponibilità, la mera conoscenza del fatto o dell'atto non iscritto*", rendendo così molto gravosa la prova da parte del soggetto che era tenuto ad iscriverlo. In dottrina, v. altresì G.A. Rescio, *La pubblicità*, cit., 168 e segg.; G. Gabrielli, *La funzione dichiarativa delle formalità pubblicitarie nel registro delle imprese (art. 2193 c.c.) e nei registri immobiliari (art. 2644 c.c.)*, in *Pubblicità degli atti e delle attività*, Napoli, 2014, 12; C. Ibba, *La pubblicità legale delle imprese*, in *Anal. Giur. Econ.*, 2014, I, 56.

[27] Se, in passato, la giurisprudenza era solita invocare il principio di apparenza, in forza dell'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo al contratto e alla conclusione dello stesso con una determinata controparte (v., *ex plurimis*, Cass. civ., 16 luglio 1976, n. 2830, come ripresa da Cass. civ., 11 febbraio 2005 n. 2838, in *Riv. Notar.*, 2005, 1376, secondo cui "*la giurisprudenza di legittimità storicamente tende ad estendere l'applicazione del fenomeno dell'apparenza del diritto – che si verifica quando una situazione di fatto, così come essa si manifesta all'esterno, non corrisponde a quella del diritto (non corrisponde, cioè, alla realtà giuridica che può non esistere o anche essere in parte difforme da quella apparente) e, ciononostante, in presenza di determinate condizioni, produce gli stessi effetti giuridici che si produrrebbero se essa esistesse anche nel mondo del diritto – ad ipotesi diverse da quelle legislativamente previste* [...] *tra questi casi d'estensione viene inserita la cessione d'azienda.* [...] *risulta affermato che l'imprenditore che trasferisce l'azienda, senza provvedere ad una pubblicità di fatto idonea all'indicato fine, è solidamente responsabile con il cessionario, in forza del principio della cosiddetta apparenza del diritto, delle obbligazioni assunte dal cessionario medesimo, usando la stessa ditta, verso i terzi di buona fede, i quali, ignari della cessione, abbiano potuto ragionevolmente ritenere di aver trattato con il cedente o con persona munita del potere di rappresentare il cedente*"), oggi, in mancanza di pubblicità dell'avvenuta cessione, il problema è regolato dalla disciplina di cui all'art. 2193 c.c.: il fatto non è opponibile ai terzi, o meglio l'imprenditore ha l'onere di fornire prova della conoscenza effettiva, che non può consistere nella mera possibilità di conoscere i fatti utilizzando la normale diligenza di un uomo medio (del *bonus pater familias*). Sul punto, v. M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 115 e 116; G. Marasà, *La pubblicità della cessione di azienda: modalità di attuazione ed effetti*, in *Cessione ed affitto di azienda alla luce della più recente normativa*, Milano, 1995, 75; G.A. Rescio, *Gli effetti*, cit., 158 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gli aspetti traslativi coinvolti dalla cessione d'azienda (quantomeno ai fini del Capo I del Titolo VIII del Libro Quinto del codice civile, artt. 2555 e segg.) e, quindi, anche per il trasferimento dei contratti, dei crediti e dei debiti.

Eppure, soltanto l'art. 2559, 1° comma, c.c.[28] reca un esplicito riferimento all'iscrizione nel Registro delle Imprese, di talché si potrebbe pensare che alla regola del rilievo dell'iscrizione non soggiacciano né i contratti né i debiti trasferiti, rispettivamente, *ex* artt. 2558 e 2560 c.c.

Tuttavia, al contrario, la previsione di cui all'art. 2559 c.c. deve essere concepita in termini di eccezione rispetto alla regola di cui all'art. 2556 c.c., ma non in senso propriamente derogatorio, bensì, se si vuole, specificativo, in ciò condizionata dalle omologhe discipline di diritto comune.

In altri termini, la disciplina "speciale" in tema di trasferimento d'azienda, per certi versi, "replica" le regole di diritto comune in materia di successione nei contratti, nei crediti e nei debiti (rispettivamente *ex* artt. 1406, 1268 e 1273, 1264 c.c.), adattandole allo specifico contesto imprenditoriale, funzionale cioè ad una maggiore celerità nel trasferimento di un complesso produttivo (senza assoggettare detto trasferimento ad un defatigante processo di raccolta di assensi individuali al medesimo presso tutti coloro che intrattengano rapporti commerciali con l'imprenditore cedente), pur individuando apposite tutele per le singole controparti interessate – diciamo *pro quota* – dal fenomeno traslativo in questione[29].

Pertanto, la regola *ad hoc* di cui all'art. 2559 c.c. è giustificata – nel senso che ne è il riflesso – dalla specificità della disciplina di diritto comune: se, dunque, ai sensi dell'art. 1264, 1° comma, c.c.[30], la cessione del credito richiede l'accettazione o la notifica della stessa al debitore ceduto affinché essa sia efficace nei suoi confronti (cosa che non è richiesta ai fini dell'efficacia della cessione del contratto o del debito), lo stesso *quid pluris*, rispetto alla successione nei contratti o nei debiti, viene replicato nel caso di trasferimento del credito aziendale. Le ragioni del disallineamento tra gli artt. 2559 e 2193 c.c. "*vanno cercate nel diverso livello di informazione che gli strumenti previsti dalla disciplina di diritto comune garantiscono al debitore ceduto (la effettiva conoscenza del trasferimento, assicurata dalla notificazione e presupposta dall'accettazione), rispetto alla pubblicità d'impresa; la semplice conoscibilità della cessione – che non basta, per rendere la cessione opponibile al debitore* ex *art. 1264 – viene reputata insufficiente a porre a suo carico il rischio di un pagamento non liberatorio*"[31].

Esclusa, quindi, l'opzione interpretativa (per quanto remota ne fosse comunque la plausibilità) secondo cui l'iscrizione nel Registro delle Imprese ha rilievo solo ai fini della disciplina in tema di successione nei crediti[32], si deve concludere giocoforza che, tenuto conto che la cessione d'azienda comporta una successione in blocco dell'acquirente nella posizione dell'alienante, tale modifica soggettiva del rapporto contrattuale può essere opposta ai terzi solo secondo le regole fissate dall'art. 2193 c.c. per effetto di quanto stabilito dall'art. 2556 c.c.

Nel caso di specie, dunque, mentre è chiaro che il creditore/contraente ceduto ha necessariamente avuto una conoscenza effettiva del trasferimento quantomeno a partire dal giudizio di primo grado, nel corso dell'opposizione al decreto ingiuntivo – e ciò a prescindere dall'iscrizione (o meno) nel Registro delle Imprese della cessione (di talché il fatto gli è opponibile sicuramente per le somministrazioni eseguite, ammesso che ve ne fossero, dopo il giudizio di primo grado e fino all'ordinanza in commento); per quanto riguarda le somministrazioni prestate dopo la cessione d'azienda e fino al giudizio di primo grado, in mancanza di iscrizione presso il Registro delle Imprese,

---

[28] L'art. 2559, 1° comma, c.c. dispone che "[l]*a cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione, ha effetto, nei confronti dei terzi, dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese. Tuttavia il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede all'alienante*".

[29] Questo è particolarmente evidente nel caso della successione nei contratti: quale tratto caratteristico e di maggior favore per l'imprenditore, si determina il subentro del cessionario nella posizione contrattuale del cedente, a prescindere dal consenso del terzo (che invece è elemento costitutivo della fattispecie ai sensi dell'art. 1406 c.c.), sia pur bilanciato dalla facoltà di esercizio di recesso per giusta causa entro tre mesi dalla notizia del trasferimento. In argomento, v., tra gli altri, G.A. Rescio, *La pubblicità*, cit., 198; C. Ferrentino e A. Ferrucci, *Dell'azienda*, Milano, 2014, 45; G. Marasà e C. Ibba, *op. cit*., 131 e segg.; G.E. Colombo, *op. cit.*, 134 e segg.; G.U. Tedeschi, *op. cit*., 58 e segg.; M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 114 e segg.

[30] L'art. 1264 c.c. stabilisce: "[l]*a cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata*".

[31] M. Cian, *Dell'azienda*, cit., 240. In dottrina, v. altresì G.A. Rescio, *La pubblicità*, cit., 143 e segg.; F. Martorano, *op. cit*., 206; G.U. Tedeschi, *op. cit*., 52 e segg.; S. Ciceri, *op. cit*., 5715.

[32] Un altro spunto testuale, che potrebbe far venire il dubbio circa l'inapplicabilità generalizzata dell'iscrizione nel Registro delle Imprese delle vicende traslative d'azienda, è contenuto all'art. 2558 c.c., laddove il legislatore usa il lemma "*notizia*" (potenzialmente in luogo di iscrizione nel Registro delle Imprese) per designare l'evento a partire dal quale decorre il termine di tre mesi per l'esercizio del diritto di recesso del contraente ceduto. In realtà, anche in questo caso si può offrire una spiegazione che valorizzi l'esigenza di protezione del contraente ceduto, al quale viene concesso il "privilegio" di poter fruire di un termine "pieno" di tre mesi (per esercitare il recesso) a partire dal momento della effettiva conoscenza dell'avvenuto trasferimento e non da quello, magari in concreto – anche molto – anteriore, della conoscenza soltanto presunta in virtù dell'iscrizione presso il Registro delle Imprese. *In terminis*, v. G.A. Rescio, *La pubblicità*, cit., 198, che menziona la Relazione del Guardasigilli (n. 1039) al codice civile, nella parte in cui si legge, per un verso che "*la realistica visione delle esigenze dei traffici rende indispensabile secondare la circolazione di quei valori economici che sono rappresentati dai contratti già stipulati dall'imprenditore*", e per altro verso, "*a tutela del terzo contraente si attribuisce a questo la facoltà di recedere dal contratto, se sussiste una giusta causa, entro tre mesi dalla notizia del trasferimento dell'azienda,* anche indipendentemente dall'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese" ([l'enfasi è aggiunta])".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

deve propendersi per l'inopponibilità al ceduto della cessione d'azienda, con conseguente mancata liberazione (nei confronti del ceduto) dell'alienante.

Conclusioni

Tirando le fila di quanto sopra discusso, può osservarsi che, viste le scarne indicazioni in punto di fatto, che non consentono di comprendere appieno la vicenda su cui si dovrebbe innestare il principio di diritto elaborato dalla Corte, il giudizio sull'ordinanza non può che essere "binario": infatti, o (i) la Cassazione ha deciso correttamente (al di là delle evidenti carenze argomentative) poiché la cessione d'azienda in questione rientrava in uno di quei casi, invero marginali nella prassi, per i quali non è prevista alcuna iscrizione nel Registro delle Imprese del trasferimento; a quel punto, l'effetto successorio nei contratti si determina, sia *inter partes*, in virtù del principio consensualistico, che *erga omnes* al momento della conclusione del contratto di cessione dell'azienda (indipendentemente dalle inappaganti conseguenze che una tale rigida, se non formalistica, impostazione può comportare, come si dirà a breve); oppure (ii) l'ordinanza è errata perché ignora ingiustificatamente il tema dell'inopponibilità di un atto o un fatto soggetto a pubblicità dichiarativa *ex* art. 2193 c.c., come il trasferimento d'azienda *ex* art. 2556 c.c., di talché nei confronti del ceduto "ignaro" la cessione d'azienda è *tamquam non esset*, con la conseguenza che, nei suoi confronti, non è liberato dalle proprie obbligazioni il cedente (salvo che si dimostri *aliter* l'effettiva conoscenza, da parte del ceduto, del trasferimento).

Per completezza di rappresentazione, vale comunque la pena soggiungere che, pur ignorando per un momento il tema dell'inefficacia relativa derivante dalla mancata iscrizione dell'atto di cessione presso il competente Registro delle Imprese nonché quello del diritto di recesso entro tre mesi dalla notizia dell'avvenuto trasferimento, la posizione del contraente ceduto, per quanto oggettivamente "scomoda", non è comunque del tutto priva di protezioni, tanto in prospettiva *ex ante* quanto *ex post*, sia pur con un grado differente di aggravio a suo carico per tutelare le proprie ragioni.

Anzitutto, in via negoziale, *ex ante*, al momento della conclusione del proprio accordo col (futuro) cedente, il (futuro) contraente ceduto può pattuire – ammesso che riesca ad imporla nella fase delle trattative – una clausola di espressa intrasferibilità del contratto, salvo suo consenso esplicito, anche nel contesto specifico di cessione d'azienda. Invero, il trasferimento automatico e in blocco dei contratti inerenti all'azienda è un effetto naturale del contratto di cessione, che ben può essere derogato per accordo tra le parti (circostanza che il legislatore ha riconosciuto dal momento che lascia questa possibilità all'autonomia contrattuale quando all'art. 2558 c.c. precisa "*se non è pattuito diversamente*": poi, che tale locuzione sia prevalentemente riferita agli accordi tra alienante e acquirente non toglie, però, che si possa riconoscere all'espressione in parola portata legittimante anche di clausole di *lock up* insensibili al trasferimento d'azienda).

Inoltre, non è infrequente assistere, nella prassi, ad apposite pattuizioni tra alienante e acquirente di azienda che impongano (specie laddove il meccanismo contrattuale preveda un c.d. *interim period* antecedente al perfezionamento del trasferimento) all'una o all'altra parte (o anche in via congiunta) specifici obblighi di comunicazione della futura cessione d'azienda (cui i contratti dei ceduti ineriscano) – spesso replicata da un'analoga comunicazione, se non di vera e propria richiesta di voltura, a cessione intervenuta – proprio al fine di scongiurare il rischio di contraenti ignari come nel caso di cui all'ordinanza in commento.

Infine, laddove il contraente ceduto dovesse risolversi ad agire (*ex post*) in via giudiziale per far valere le proprie ragioni, questi potrebbe, in considerazione dell'ingiustificata locupletazione conseguita *sine titulo* del cessionario, a beneficio del quale egli ha continuato inconsapevolmente (credendole invece a beneficio del cedente) ad erogare le prestazioni, coinvolgere in litisconsorzio quest'ultimo (eventualmente una volta appresane l'identità), per reclamare l'adempimento della controprestazione di pagamento.

Responsabilità degli amministratori

Corte d'Appello Firenze, Sezione Specializzata in materia di Imprese, 27 aprile 2023 – Pres. Mori – Rel. Loprete – L. G., L. P., L. fall., (avv.ti Lascialfari, Cesaroni) – Fall. P. & L. s.r.l. in liquidaz. (avv. Varano).

Società – Scioglimento – Impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale – Nozione

L'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale rileva quando sopraggiungano ostacoli irreversibili, causati da eventi esterni oppure interni, tali da far sì che la società si trovi in una situazione di impossibilità oggettiva, assoluta e definitiva, non di natura economica, bensì giuridica o materiale, riguardante lo svolgimento dell'attività.

Società – Scioglimento – Danno incrementale per perdite

Il danno incrementale per perdite è conseguenza sola ed esclusiva della messa in liquidazione della società.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Omissis. – Hanno interposto appello L. G., L. P. e L. F., facendo valere i seguenti motivi di gravame:

1) Erroneità della sentenza per avere il Tribunale condannato gli amministratori al risarcimento del danno, seppur limitatamente alle sanzioni fiscali, sul falso presupposto che il mancato pagamento delle imposte era stata una scelta consapevole degli amministratori, essendo invece pacifico che la società non aveva provveduto al pagamento delle imposte non per libera scelta, ma perché priva della liquidità necessaria.

L'appello è articolato quindi nei seguenti punti di contestazione.

Giammai la parte attrice aveva avanzato un'ipotesi come quella supposta dal Tribunale, cioè che gli amministratori avevano risparmiato la liquidità per il pagamento di debiti diversi da quello erariale. Vi sarebbe stata, quindi, un'immutazione dei fatti di causa ai sensi degli artt. 112 e 116 c.p.c. Premessa la distinzione essenziale tra l'incapacità finanziaria, quale assenza di liquidità e l'incapacità patrimoniale, quale insufficienza dell'attivo a copertura delle perdite, deducono gli appellanti che incapacità patrimoniale costituisce giuridicamente l'unico presupposto sancito dal codice per l'esercizio dell'azione di responsabilità (art. 2392 c.c.). Col termine di "insufficienza patrimoniale" si individua, infatti, quella situazione di maggiore gravità nella quale si ha la certezza che il patrimonio, sia liquido sia ovviamente immobilizzato, non permetterà di saldare i debiti sociali. Che la società fosse in una situazione solo di incapacità finanziaria e non di incapacità patrimoniale è circostanza pacifica in causa, ammessa dalla Curatela nella relazione ex art. 33 L. fall. e nell'atto di citazione introduttivo del giudizio e ribadita nella prima memoria ex art. 183 c.p.c. Secondo il Giudice della cautela poi, quello nei confronti dell'Erario era un debito che doveva essere pagato come tutti gli altri, ma che ai fini della domanda della Curatela aveva rilievo soltanto in quanto avesse determinato, insieme agli altri debiti, un'ipotesi di perdita del capitale con conseguente obbligo di ricostituirlo o di presentare istanza di fallimento. Nella specie, invece, le perdite, ivi comprese quelle rappresentate dal debito nei confronti dell'Erario, erano coperte dalle riserve e solo quando era maturata una complessiva perdita che intaccava il capitale, ovvero nel giugno del 2013, gli amministratori avevano proceduto prontamente alla messa in liquidazione della società.

B) Se è pacifico che la società era in crisi finanziaria, e quindi era priva della liquidità necessaria al pagamento del debito erariale, viene meno la possibilità di addebitare all'organo di gestione il mancato pagamento del debito stesso. (*Omissis*). Nessuna colpa, dunque, poteva e può essere imputata agli amministratori per la prosecuzione dell'attività, sino a che le perdite venivano coperte dalle riserve. (*Omissis*). Gli amministratori non hanno posto in essere operazioni volte ad evitare il pagamento di imposte e tasse; viceversa, furono adottate tutte le iniziative consentite dalla legge per provvedere al versamento delle imposte dovute, tra cui la richiesta di rateizzazione del debito erariale (con prestazione di garanzie personali), allo scopo di provvedere comunque al pagamento di imposte e contributi. Il mancato pagamento delle imposte non può essere imputato agli amministratori i quali, proprio perché tale debito non imponeva agli stessi l'obbligo di mettere la società in liquidazione, non hanno violato alcuna norma di legge, presupposto perché possano in qualche modo a loro essere imputati gli oneri derivanti dalle sanzioni e dal ritardo. (*Omissis*). In tale situazione, non si comprende come sia possibile affermare che "gli amministratori hanno tenuto un comportamento illecito non pagando deliberatamente i debiti tributari e distogliendo le risorse verso altri impieghi", senza peraltro neppure spiegare quali sarebbero stati questi altri impieghi.

C) Infine, per poter imputare agli amministratori le sanzioni, occorreva allegare e dimostrare che, come sembra ipotizzare nella fattispecie il Tribunale, la società avesse la liquidità necessaria al pagamento dei debiti tributari, ma che gli amministratori non vi avevano provveduto, distogliendo tali somme e destinandole al pagamento di altri creditori o per altre esigenze finanziarie della società. Ma, a ben vedere – con evidente vizio logico della motivazione –, l'inesistenza dell'obbligo di pagare un creditore piuttosto che un altro è riaffermata anche nella sentenza impugnata, allorché (*omissis*), affrontando la domanda relativa al mutuo contratto con BPVI, si dice che la Società, non dovendo (ancora) essere messa in liquidazione, non aveva alcun obbligo di salvaguardare la par condicio e poteva decidere quali creditori soddisfare. Ebbene, non essendo mai stati contestati agli amministratori addebiti specifici inerenti la cosiddetta (ed inesistente) "evasione", non si vede perché il mancato pagamento dell'Erario costituisca un illecito, a differenza del mancato pagamento di altri creditori. In altri termini, lo stesso Giudice riconosce, in quella fase, la piena discrezionalità degli amministratori di scegliere quali debiti pagare e l'insindacabilità della valutazione a loro rimessa di quali fossero le insolvenze meno gravose per il proseguimento dell'attività aziendale. La sanzione di illiceità comminata con la sentenza impugnata alla scelta di ritardare il pagamento dei debiti erariali non trova, quindi, alcun fondamento normativo e contrasta con la decisione dello stesso Giudice sull'altro capo della sentenza impugnata, perché l'Erario, in quel contesto, era un creditore come un altro.

(*Omissis*). Si è costituito il Fall. P. & L. s.r.l. in liquidazione, che ha resistito all'appello chiedendone il rigetto (*omissis*). Il punto decisivo e fondamentale della difesa del Fall. P. & L. s.r.l. si incentra sulla reiterazione del concetto che il danno alla società, per effetto dell'addebito delle sanzioni, era dovuto proprio alla grave situazione di illiquidità in cui questa versava e non all'insufficienza patrimoniale (mai dedotta dalla Curatela, che aveva avanzato per tale ragione la domanda ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c. e non ai sensi dell'art. 2484 c.c., n. 4). Ecco perché allora l'alternativa era solo la messa in liquidazione, il blocco della produzione e la distribuzione del patrimonio per evitare che il debito aumentasse e con esso le sanzioni.

(*Omissis*). L'appello proposto è infondato con riguardo al primo motivo in tutti i suoi articolati e deve essere disatteso. Leggendo l'atto introduttivo si desume che l'azione di responsabilità, proposta dalla Curatela ai sensi dell'art. 146 L. fall., si fondava sulla premessa che, registrate una serie di perdite a partire dall'esercizio 2008 fino al 2013 di importo rilevante, che avevano eroso tutte le riserve esistenti al 31 dicembre 2008, nonché quelle scaturenti dai versamenti a copertura delle perdite (*omissis*), gli amministratori, anziché procedere allo scioglimento della società, che si sarebbe imposto quanto meno dal novembre 2011, per impossibilità di proseguire con successo l'attività sociale – e quindi in mancanza della possibilità di realizzarne l'oggetto ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c. – avevano proseguito la gestione, provocando così un aggravio del dissesto e quindi un danno per la società. (*Omissis*). Il danno così configurato, che prima facie si appalesa, seguendo la prospettazione della Curatela, come un danno incrementale da dissesto, connesso cioè alla violazione da parte degli ammi-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nistratori dell'obbligo specifico di cui agli artt. 2484 2485 c.c., assume, tuttavia, una connotazione autonoma e diversa se si considera la successiva narrazione dei fatti della Curatela che, (*omissis*), attribuisce al danno cagionato dall'addebito delle sanzioni una natura diversa dal danno incrementale tout court ex art. 2485 c.c., agganciandolo all'inadempimento in sé del debito fiscale e ai pagamenti preferenziali, operati dagli amministratori in una situazione in cui l'impresa versava in uno stato di conclamata illiquidità.

Ora affrontando il primo punto (lett. A) di contestazione contenuto nel primo motivo, così concepita la domanda della Curatela, nessuna violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) sussiste nella pronuncia impugnata, sebbene la motivazione del Tribunale debba essere necessariamente integrata con le motivazioni che seguono. Ed infatti il Tribunale ha detto questo: non si può attribuire agli amministratori né il danno conseguente alle perdite di esercizio né il danno per le sanzioni irrogate conseguenti al mancato pagamento delle imposte ai sensi dell'art. 2485, comma 2, c.c., non sussistendo un obbligo giuridico per gli amministratori di porre in liquidazione la società per impossibilità sopravvenuta di realizzare l'oggetto sociale. E ciò perché non poteva considerarsi venuta meno "la continuità aziendale", posto che la società disponeva di un'azienda ed aveva la possibilità di portare avanti la produzione, disponendo ancora dell'accesso al credito bancario. Tale decisione è cosa giudicata, non avendo la Curatela proposto impugnazione incidentale sul punto, e, osserva la Corte, è conforme all'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale rileva allorché sopraggiungano ostacoli irreversibili, causati da eventi esterni oppure interni, i quali siano tali da far sì che la società si trovi in una situazione di impossibilità oggettiva, assoluta e definitiva di proseguire la propria vita economica, rendendo altresì impossibile ogni altra attività operativa. L'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale deve quindi sostanziarsi, per assumere la natura di causa giuridica di scioglimento della società, rilevante ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c., in un'impossibilità non già di natura economica, bensì giuridica o materiale, riguardante lo svolgimento dell'attività in cui l'oggetto stesso consiste. Analizzando la giurisprudenza sul punto, questa, andando anche oltre la tesi del Tribunale, sostiene che la stessa perdita di continuità aziendale non integra una causa di scioglimento della società ai sensi dell'art. 2484, n. 2, c.c., poiché tale evento deve essere interpretato secondo una concezione funzionale e assoluta del relativo impedimento; pertanto, tale causa di scioglimento presuppone un quadro societario tale da frustrare in modo irreversibile la finalità sottostante alla permanenza del vincolo societario. Esclusa l'ipotesi di cui all'art. 2484, n. 2, c.c. e pertanto escluso il presupposto per potere riconoscere una responsabilità degli amministratori fondata sull'art. 2485, comma 2, c.c. e quindi sul "danno incrementale" in senso tecnico e proprio, il Tribunale ha sostanzialmente riconosciuto una causa autonoma da cui derivava il danno medesimo, valorizzando il fatto che gli amministratori avevano comunque omesso volontariamente di pagare l'Erario per ben cinque anni, da quando cioè la società aveva cominciato a registrare perdite, in questo modo assumendo a causa autonoma di danno uno specifico inadempimento, che aveva evidenziato la stessa parte attrice nella propria prospettazione dei fatti, individuando una causa petendi sganciata dall'ipotesi degli artt. 2484-2485 c.c. e basata proprio sull'omesso pagamento delle imposte in sé e per sé a tutto vantaggio di pagamenti preferenziali verso altri creditori. (*Omissis*). Osserva la Corte che mentre il danno incrementale da dissesto, per ciò che riguarda le perdite, è conseguenza solo ed esclusiva dell'omessa liquidazione della società (non potendo ovviamente gli amministratori modificare a loro piacimento il trend economico dell'impresa con un atto volontario, ma l'unica alternativa prudenziale sarebbe stata quella di interrompere l'attività, seppur non obbligata alla luce di quanto innanzi detto); diversamente, il danno cagionato dall'addebito delle sanzioni non ha valenza di danno strettamente o esclusivamente incrementale nell'accezione propria del termine, perché esso è sempre conseguenziale ad una precisa scelta degli amministratori di non pagare le imposte. Costoro, sebbene la società versasse in evidente crisi di liquidità – e quindi in una situazione di insolvenza – hanno deliberatamente scelto, onde evitare richieste di fallimento, di far fronte ad altre esigenze economiche più immediate dell'impresa e così anche di pagare altri creditori sociali, invece di pagare le imposte, nella chiara rappresentazione che, soprattutto il mancato versamento dell'Iva e delle Ritenute in acconto avrebbero determinato l'inevitabile applicazione di sanzioni. Quindi non c'entra più nulla il danno incrementale, ma si prospetta un danno del tutto conseguenziale ad una condotta di non prudente gestione degli amministratori, consistita nell'omesso pagamento dei tributi.

Passando al secondo punto di contestazione (lett. B), ovvero che vi sarebbe stata nella decisione del Tribunale un'insanabile discrasia, costituita dal fatto che la stessa Curatela aveva dato per ammesso e incontestato che la società, intanto si era resa inadempiente verso l'Erario in quanto era priva della liquidità necessaria, osserva la Corte che tale discrasia in realtà non sussiste. La prospettazione degli appellanti non considera che, seppur fosse incontestata la situazione di illiquidità, questa non può considerarsi una causa esimente del mancato pagamento delle imposte, posto che la vita societaria era comunque proseguita e gli amministratori avevano utilizzato anche le somme versate dai clienti a pagamento dell'Iva per far fronte ad altre esigenze dell'impresa, quando invece avevano l'alternativa facoltativa (e non giuridicamente obbligatoria), senz'altro più oculata e prudenziale, di porre in liquidazione la società per poterne ripartire equamente le consistenze patrimoniali tra i creditori. Ulteriormente, neppure rileva l'ulteriore difesa secondo cui gli amministratori avevano effettuato continue iniezioni di liquidità per pagare i debiti societari, tra cui anche i debiti erariali, perché questa scelta è stata assunta ad esclusivo rischio degli amministratori di continuare nella gestione societaria, con tutte le conseguenze che essa poteva implicare e quindi, tanto più, se la gestione doveva continuare in una situazione di illiquidità fronteggiata con le riserve e con le iniezioni di liquidità dei soci, questa doveva essere orientata anche allo scopo di evitare aggravi di costi e quindi indirizzando quelle risorse a prevenire appunto le sanzioni. Con questo non si vuole affermare che lo Stato assume de facto il ruolo di creditore privilegiato, ma si vuole solo sostenere che, se la scelta dell'organo direzionale era quella di far proseguire la vita sociale, seppur anche con le iniezioni di liquidità suddette, essa avrebbe dovuto essere tanto più improntata a una linea di prudente gestione che impedisse quanto meno l'addebito di ulteriori spese, evitabili proprio con l'assolvimento degli oneri fiscali. In buona sostanza ha ragione la Curatela quando sostiene che procrastinare la vita sociale implicava comunque una gestione secondo i canoni prudenziali che fanno carico agli amministratori ex art. 2392 e 2394 c.c., e questo criterio di diligenza non poteva dirsi rispettato verso

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la società, trascurando il pagamento di un debito che era produttivo di sanzioni per la società medesima.

Allo stesso modo, affrontando l'ultimo motivo di contestazione di cui alla lettera C), con cui gli appellanti denunciano l'insanabile contraddizione in cui sarebbe incorso il Tribunale, che (*omissis*) aveva sostenuto, a proposito del mutuo ottenuto dalla BPVI e utilizzato per estinguere uno scoperto di conto corrente, che quella domanda risarcitoria doveva essere disattesa, in quanto non si era verificata a quel momento alcuna causa di scioglimento della società, e non vi era l'esigenza di effettuare alcun rispetto della par condicio creditorum, rileva la Corte che la contestazione è infondata e nessuna discrasia sussiste. Ed infatti per ciò che concerne il pagamento del credito erariale il fatto causativo di danno non si sostanzia affatto nella violazione della par condicio, né nella omessa liquidazione della società (essendo stato escluso il danno incrementale), ma nella violazione del canone della prudente gestione di cui agli artt. 2392 2394 c.c., dal momento che gli amministratori erano ben consapevoli che, scegliendo di continuare la gestione sociale e omettendo di pagare i debiti fiscali, questa omissione era produttiva di sanzioni. E sebbene la Curatela abbia fatto riferimento anche alla violazione della par condicio avendo gli amministratori preferito altri creditori anziché lo Stato, la motivazione del Tribunale sul punto può essere integrata e corretta, tanto più che il fallimento della società si è poi di fatto verificato e gli amministratori, imputati di bancarotta preferenziale, hanno anche patteggiato la pena in relazione a tale fattispecie oggetto di contestazione. – *Omissis.*

La responsabilità degli amministratori: "il danno incrementale" ed "il danno da *mala gestio*"

Cristina Fucilitti*

Il provvedimento in esame pone l'accento su un tema molto attuale, affrontato dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: la quantificazione del danno in caso di comportamenti, tenuti dagli amministratori di una società, in violazione di obblighi imposti dalla legge. Nonostante il grave ed accertato stato di insolvenza in cui versa una società, non può dirsi sussistente la causa di scioglimento dell'impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale nel caso in cui non sia venuta meno la continuità aziendale della stessa. In tale ipotesi non può, quindi, ritenersi sussistente un cd. ''danno incrementale da dissesto'', ma piuttosto un ''danno conseguente alla *mala gestio*'' degli amministratori.

Premessa

La sentenza in commento presenta profili estremamente attuali, anche se i fatti in essa trattati si riferiscono ad un quadro normativo in parte ormai superato.

La vicenda, oggetto della stessa, concerne l'azione di responsabilità *ex* art. 146 L. fall., proposta dal curatore del fallimento della società Fallim. P. & L. s.r.l. in liquidaz. nei confronti degli amministratori, per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'omesso versamento delle imposte dal 2008 al 2013 e comportante l'applicazione, da parte dell'Erario, di sanzioni ed interessi. Infatti, nonostante gli amministratori fossero a conoscenza dello stato di incapacità finanziaria in cui versava la società ed avessero, a tal scopo, richiesto ed ottenuto un mutuo dalla BPVI, avevano preferito pagare altri creditori anziché lo Stato. Veniva, quindi, ad esser loro contestato di aver continuato la gestione sociale, invece di porre in liquidazione la società per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2484, 1° comma, n. 2, c.c., aggravando, in tal modo, la situazione finanziaria della società.

Cause di scioglimento della società: l'impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale

La Corte d'appello di Firenze afferma come, nel caso in esame, non sussista alcun obbligo giuridico per gli amministratori di porre in liquidazione la società, dal momento che non può ritenersi realizzata la causa di scioglimento dell'impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale in quanto non è venuta meno "la continuità aziendale". Infatti la società disponeva ancora di un'azienda in grado di portare avanti la produzione ed accedere al credito bancario, così come dimostrato dalla concessione del mutuo da parte della BPVI. I Giudici fiorentini, pertanto, si sono conformati all'orientamento giurisprudenziale prevalente[1] in materia. Infatti, essi affermano che "l'impossibilità di conseguire l'oggetto sociale rileva allorché sopraggiungano ostacoli irreversibili, causati da eventi esterni oppure interni, i quali siano tali da far sì che la società si trovi in una situazione di impossibilità oggettiva, assoluta e definitiva di proseguire la propria vita economica, rendendo altresì impossibile ogni altra attività operativa".

Innanzitutto va rilevato che il requisito della "sopravvenienza" dell'impossibilità dell'oggetto sociale è stato meno considerato in dottrina[2] rispetto, invece,

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] In tal senso si vedano Trib. Firenze, 21 dicembre 2021, n. 3302, reperibile in *Ilcaso.it*; Trib. Napoli, 25 maggio 2011, in *Foro It.*, 2011, 1621 e segg. Nella giurisprudenza di legittimità più risalente nel tempo cfr. Cass., 6 aprile 1991, n. 3602, in *Giur. Comm.*, 1992, II, 384 e segg.; cfr. App. Brescia, 12 marzo 2018, n. 231, reperibile in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Cass., 21 luglio 1981, n. 4683, reperibile in *www.ilforoplus.it*, voce "Società"; anche se con riferimento alle società semplici.

[2] Cottino, *Diritto societario*, II ed. a cura di Cagnasso, Padova, 2011, 167, sottolinea che si deve trattare di un'impossibilità "so-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla distinzione tra impossibilità derivante da "eventi esterni o oggettivi", come per esempio la revoca di una concessione amministrativa o il provvedimento di nazionalizzazione di un'azienda, ed impossibilità dipendente da "cause interne o soggettive" alla società.

In particolar modo le principali questioni sono sorte con riferimento alle cd. "cause interne", nello specifico in relazione all'ipotesi dell'insufficienza patrimoniale. Infatti l'impossibilità, per configurare una causa di scioglimento della società, secondo l'interpretazione prevalente in dottrina[3], deve concretizzarsi in un'impossibilità di natura giuridica ovvero materiale, ma non economica; pertanto si è affermato[4] che, all'insufficienza patrimoniale, possa essere attribuita una valenza dissolutiva solo nell'ipotesi in cui quest'ultima comporti la perdita di risorse finanziarie tali da porre la società in seria difficoltà nella realizzazione del proprio oggetto sociale, ossia nel caso in cui il capitale sociale scenda al di sotto del minimo legale, secondo quanto previsto nell'art. 2484, 1° comma, n. 4, c.c.

Va tenuto presente che, secondo un'interpretazione più estensiva[5], tra le cd. "cause interne" di impossibilità andrebbero annoverate anche quelle ipotesi in cui si verifichino delle perdite rilevanti, che però non intacchino il minimo legale del capitale sociale, ma rendano il capitale reale insufficiente per la realizzazione dell'oggetto sociale; invece il venir meno della prospettiva di una continuità aziendale (il c.d. "*going concern*") per effetto di una situazione di perdita dell'equilibrio economico, ossia il caso in cui vi sia un'eccedenza delle passività sulle attività, di per sé non integra una causa di scioglimento ai sensi dell'art. 2484, 1° comma, n. 2, c.c.

Sarà, pertanto, possibile distinguere, a seconda della gravità della condizione in cui versa la società, tra quelle ipotesi in cui la sopravvenuta antieconomicità delle attività rappresenti una "causa interna" di impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale, qualora la società versi in una situazione destinata a produrre stabilmente ed irreversibilmente delle perdite e quelle ipotesi in cui, invece, la perdita della continuità aziendale costituisca una condizione soltanto momentanea (per esempio nel caso in cui gran parte del capitale sociale risulti essere immobilizzato, ma la società versi in una situazione di grave illiquidità.), che può essere rimossa con l'acquisizione di nuove risorse finanziarie. In quest'ultima ipotesi può ipotizzarsi la possibilità, che per un certo periodo di tempo l'impresa possa generare, pur nell'ottica di un'inversione di tendenza, anche delle perdite. Va, infatti, ricordato come, in ambito aziendalistico, le perdite vadano valutate oltre che da un punto di vista della loro gravità, anche da quello della loro sostenibilità. Peraltro va notato come l'accertamento della prospettiva della continuità aziendale viene ad essere effettuato sia in termini "dinamici", ossia in un'ottica di preservazione dei valori relativi alla redditività dell'azienda, quindi con riguardo non solo alla tutela dei soci, ma anche dei creditori sociali, sia in termini "prospettici", ovvero con riferimento ad un lasso di tempo (dodici mesi) ritenuto congruo allo scopo di consentire il possibile recupero dell'equilibrio economico dell'impresa[6]. Non a caso l'art. 3 CCII pone l'accento sull'idoneità delle iniziative dirette a far fronte allo stato di crisi[7], prevedendo proprio che l'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c., al fine della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e del-

---

pravvenuta e non originaria, perché la seconda determinerebbe invalidità del contratto e non lo scioglimento della società". V. altresì Ghionni Crivelli Visconti, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali, Artt. 2484-2495 c.c.*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 2018, XXIII, 33, nel quale si afferma che la discussione per cui l'impossibilità deve essere sopravvenuta è più teorica che pratica; nello stesso senso Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, in *Tratt. SPA* a cura di Colombo, Portale, Torino, 1997, 7***, (nota n. 69), 268.

[3] Si vedano Sanna, *Scioglimento e liquidazione*, in *Tratt. Società diretto da* Donativi, Milano, 2022, III, 1471; Brizzi, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. Dir. Comm*. 2008, I, 1087-1088; Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, cit., 269-272; Angiolini, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza, artt. 2452-2510*, in *Comm. C.C.* a cura di Santosuosso, Torino, 2015, III, 938-939.

[4] Brizzi, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, cit., 1083; Niccolini, *Scioglimento, liquidazione ed estinzione della società per azioni*, cit., 273-274; Angiolini, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza, artt. 2452-2510*, cit., 944. Con riferimento proprio alla perdita della continuità aziendale come condizione che può essere momentanea e può essere rimossa con l'acquisizione di nuove risorse finanziarie si veda Calandra Bonaura, *L'amministrazione della Società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Costi, IV, 4, VI, Torino, 2019, 310.

[5] Si veda in proposito Ghionni Crivelli Visconti, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali, Artt. 2484-2495 c.c.*, cit., 29-30; Brizzi, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, cit., 1092-1093; Racugno, *Venir meno della continuità aziendale e adempimenti pubblicitari*, in *Giur. Comm*., 2010, I, 224-225.

[6] Cfr. Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. It*., 2020, con nota di Cagnasso, *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, 366-367; in tal senso si vedano Irrera, *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*, in *Tratt. Società diretto da* Donativi, Milano, 2022, II, 1570-1571; Sanna, *Scioglimento e liquidazione*, cit., 1570-1571; Rordorf, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza,* in *Fallimento*, 2021, I, 1484-1485. *Contra* Montagnani, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2013, n. 2, 256, la quale afferma che nell'ipotesi dell'antieconomicità della gestione, ovvero di uno "squilibrio tra costi e ricavi", dal momento che l'impresa è creata allo scopo di conseguire un utile, mediante l'esercizio dell'attività economica, che ne costituisce l'oggetto, qualora l'esercizio dell'attività economica venga meno, non potrà realizzarsi lo scopo di divisione degli utili.

[7] Con riferimento alla nozione di "crisi", introdotta ad opera dell'art. 1, D.Lgs. n. 83/2022, si veda Irrera, *Adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile*, cit., 1566 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

l'assunzione di idonee iniziative (2° comma). Inoltre tali misure devono consentire di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore e di verificare la sostenibilità dei debiti, le prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi, nonché, attraverso dei test pratici predisposti, la ragionevole perseguibilità del risanamento (art. 3 CCII, 3° comma e art. 13 CCII, 2° comma).

Va, pertanto, rilevato come la dottrina[8] sia concorde nel ritenere che la predetta impossibilità debba essere assoluta, irreversibile e definitiva ovvero tale da non consentire l'ulteriore mantenimento in vita del vincolo tra i soci. In tal senso i Giudici di Firenze rilevano che la società avrebbe potuto essere messa in liquidazione, per impossibilità di realizzare il proprio oggetto sociale, soltanto se fosse stato possibile individuare un momento preciso in cui "nessun afflusso di risorse era più ipotizzabile e nessuna scelta organizzativa poteva più essere efficacemente adottata", ma, avendo ancora la società un proprio canale di approvvigionamento finanziario in aggiunta al proprio capitale, poteva parlarsi soltanto di un "forte rischio di perdita della continuità aziendale". A tal proposito è interessante sottolineare l'impostazione data dal legislatore europeo nella Dir. 2019/1023/UE, recepita nel nostro ordinamento dal Codice della crisi, la quale pone al centro proprio le cd. "imprese in crisi reversibile", ossia quelle imprese alle quali è consentito, purché sussistano certe condizioni, di continuare ad operare nel mercato anche nel caso in cui si trovino in un momento di temporanea difficoltà finanziaria, evitandone, perciò, l'insolvenza nonché la successiva liquidazione (Considerando n. 1 e n. 2, Dir. 2019/1023/UE). Si tratta di un aspetto importante se ricollegato con i caratteri dell'assolutezza, dell'irreversibilità e della definitività dell'impossibilità sopravvenuta di conseguire l'oggetto sociale, per cui, come rilevato, il venir meno della continuità aziendale non costituisce una causa di scioglimento. Infatti il rischio che potrebbe correrSi, in tal caso, è che dinanzi a crisi finanziarie, anche gravi ma che si rivelano essere successivamente soltanto transitorie, graverebbe sugli amministratori l'obbligo di porre in liquidazione la società, con dei corollari di non poco conto, quali la perdita di posti di lavoro, di competenze e di conoscenza. Inoltre la crisi di una società cd. "*leader*" in un certo settore potrebbe comportare anche una crisi del cd. "indotto", ossia di quel complesso di imprese di piccole o medie dimensioni, generalmente localizzate nella medesima realtà territoriale e legate, alla predetta società, da relazioni stabili di fornitura, con conseguenze importanti per l'economia complessiva dei territori in cui quelle stesse imprese sono localizzate (Considerando n. 16, Dir. 2019/1023/UE).

Risulta, quindi, fondamentale, all'interno di questo contesto la valutazione, che viene ad essere effettuata dal giudice sulla continuità aziendale. Si tratta, infatti, di un cd. giudizio "prognostico", perciò basato sull'esame di elementi i quali consentono di affermare che l'impresa, in un determinato momento, nonostante la presenza di indici negativi, disponga ancora di un afflusso di risorse finanziarie tale da consentirle di continuare ad operare sul mercato e di adempiere alle obbligazioni assunte.

Pertanto potrà divenire importante, al fine di prevenire l'insorgere di una crisi di impresa, adottare le opportune misure che consentono di farla emergere tempestivamente ai sensi dell'art. 3 CCII, 3° comma. In tal modo sarà, quindi, possibile differenziare tra quei casi in cui, anche se in presenza di una crisi, sia più opportuno continuare l'attività d'impresa, non solo al fine di preservare determinati valori aziendali, come l'avviamento, ma, più in generale, come sottolineato, allo scopo di tutelare il tessuto produttivo in cui quell'impresa è insediata, in una prospettiva di risanamento della stessa, da quei casi in cui, invece, non sussistendo reali possibilità di ripresa, potrebbe essere più utile evitare il procrastinare della vita di una società, destinata, ad ogni modo, al di là dell'ipotesi del "mero salvataggio", alla liquidazione con un risparmio di risorse pubbliche e private, particolarmente importante in un momento storico come l'attuale nel quale risultano essere scarse. Va, tuttavia, sottolineato che l'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa dovrà comunque essere decisa sulla base delle circostanze del caso in concreto.

Il "danno incrementale da dissesto" ed il "danno conseguente alla *mala gestio*" degli amministratori

La sentenza in commento costituisce, inoltre, un'occasione interessante per poter effettuare un confronto tra il cd. "danno incrementale da dissesto" ed il "danno derivante da una condotta di *mala gestio*" tenuta dagli amministratori.

La Corte d'appello di Firenze, confermando la sentenza di primo grado, non ha ritenuto sussistente una responsabilità degli amministratori per l'indebita prosecuzione dell'attività d'impresa in violazione degli artt. 2485 e 2486 c.c., pertanto non è stato riconosciuto il cd. "danno incrementale" in senso tecnico. È stato, invece, ritenuto esistente un danno fondato su una causa autonoma e propria in quanto, nonostante gli amministratori fossero a conoscenza dello stato di

[8] In proposito Cottino, *Diritto societario*, cit., 168, fa riferimento ad "un impedimento non temporaneo e non neutralizzabile con i mezzi normali"; Ghionni Crivelli Visconti, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali, Artt. 2484-2495 c.c.*, cit., 34 fa proprio riferimento ad "un'oggettiva irraggiungibilità in maniera non transitoria, né superabile attraverso ordinari mezzi correttivi"; Brizzi, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, cit., 1088; Vaira, *Commento all'art. 2484*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, 3, Bologna, 2004, 2032.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

illiquidità in cui si trovava la società, avevano deciso volontariamente di omettere di pagare le imposte, provocando alla medesima un ulteriore danno, consistente nell'addebito di interessi e sanzioni, in violazione del canone di prudente gestione di cui agli artt. 2392 e 2394 c.c.

Va, innanzitutto, rilevato che si tratta di due tipologie di danno differenti perché, come ha osservato la Corte di Firenze, il primo, con riferimento alle perdite, "è conseguenza solo ed esclusiva dell'omessa liquidazione della società, non potendo ovviamente gli amministratori modificare a loro piacimento il *trend* economico dell'impresa con un atto volontario"; invece, il secondo, è un danno "sempre conseguenziale ad una precisa scelta degli amministratori" di tenere determinati comportamenti.

Va osservato come entrambe le ipotesi facciano riferimento al dovere in capo agli amministratori di conservare l'integrità del patrimonio sociale. Va precisato, però, che la disciplina contenuta negli artt. 2485-2486 c.c. si applica soltanto alle ipotesi in cui quest'ultimi, dopo che si sia verificata una causa di scioglimento della società, non abbiano ottemperato all'obbligo di porre la stessa in liquidazione, conservandone soltanto il potere di gestione ai fini di conservazione dell'integrità del patrimonio e del valore sociale. In altri termini l'art. 2486, 2° comma, c.c. disciplina la responsabilità in cui possono incorrere gli amministratori per violazione del cd. "obbligo di gestione conservativa", il quale viene, peraltro, ritenuto, da parte della dottrina[9], una specificazione della disciplina più generale di cui agli artt. 2392 e 2394 c.c., ossia del predetto obbligo di prudente gestione dell'impresa sociale che grava sugli stessi amministratori. Infatti gli obblighi risarcitori possono nascere anche nel caso di condotte di *mala gestio* tenute dagli amministratori, poiché possono dirsi sussistenti gli estremi della responsabilità[10] tutte le volte in cui i medesimi abbiano omesso di adottare quelle cautele che, in generale, nella gestione del patrimonio sociale, a seconda delle varie circostanze, sono richieste. Tuttavia, come sottolineato dalla stessa Corte d'appello di Firenze, in ossequio alla ben nota *business judgement rule*, non potranno essere imputate loro le conseguenze dannose derivanti da scelte che possono rivelarsi inopportune da un punto di vista economico, in quanto una tale valutazione appartiene soltanto alla discrezionalità dell'imprenditore. Ad ogni modo, pur non essendo le scelte gestorie, compiute dagli amministratori, sindacabili nel merito, potrà comunque essere verificato il grado di diligenza con il quale le medesime scelte sono state assunte[11].

A tutto ciò va aggiunto che l'art. 2394, 2° comma, c.c. subordina l'esperimento dell'azione da parte dei creditori sociali o, nel caso di fallimento, ai sensi dell'art. 146 L. fall., da parte del curatore dell'azione sociale di responsabilità alla duplice condizione per cui[12]: *(i)* gli amministratori devono aver tenuto dei comportamenti in violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale e *(ii)* in conseguenza di tali condotte il patrimonio sociale deve essere divenuto insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. A tal proposito la stessa Corte d'appello di Firenze, conformandosi alla giurisprudenza della Corte di cassazione[13], precisa che il concetto di "insufficienza patrimoniale" deve essere tenuto distinto da quello di "insolvenza". Infatti "l'insufficienza patrimoniale" costituisce una condizione più grave e definitiva della mera "insolvenza", che, invece, è data dall'incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, in quanto una società può trovarsi nella situazione di non riuscire a far fronte ai propri debiti anche se il suo patrimonio sociale è integro. Invece "l'insufficienza patrimoniale" si verifica quando l'attivo sociale, se confrontato con i debiti della società, risulta essere insufficiente per il loro soddisfacimento. Una società potrebbe, pertanto, versare in una situazione di grave illiquidità, ma disporre ancora del proprio patrimonio sociale, per esempio essendo titolare di immobilizzazioni immobiliari non comodamente alienabili nei tempi necessari per evitare il fallimento. Allo stesso modo può verificarsi il caso contrario, ossia l'ipotesi di un'impresa che non risulta insolvente, perché, per esempio, ha fatto un illecito ricorso al credito, ma che, invece, ha perso il suo patrimonio sociale, con la conseguenza che, in tal caso, verrebbe meno anche uno dei presupposti previsti per l'esercizio della stessa azione di cui all'art.

---

[9] Ambrosini, *Le Società per Azioni*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, IV, Padova, 2010, 666; Vaira, *Commento all'art. 2485-2486*, in *Il nuovo diritto societario, Commentario* a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, 3, Bologna, 2060 e 2062-2064; Giannelli, Dell'osso, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza, artt. 2452-2510*, in *Comm. C.C.* a cura di Santosuosso, Torino, 2015, III, 974-975.

[10] In tal senso Ambrosini, *Codice della crisi e doveri degli amministratori: l'adeguatezza degli assetti aziendali*, in *Tratt. Società diretto da* Donativi, Torino, 2022, II, 2077; Ambrosini, *Le Società per Azioni*, cit., 667; Briolini, *Commento* sub *art. 2392 c.c.*, in *Le società per azioni* diretto da Abbadessa, Portale, I, Milano, 2016, 1443, il quale propone, invece, una lettura più restrittiva della norma, in quanto ritiene che essa ricomprenda soltanto i doveri diretti a garantire la conservazione del patrimonio sociale e non configuri un obbligo di carattere generale.

[11] Cfr. Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9100, reperibile in *www.ilforoplus.it*, voce "Fallimento"; Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9619, reperibile in *www.ilforoplus.it*, voce "Società". In proposito Calandra Bonaura, *L'amministrazione della Società per azioni nel sistema tradizionale*, cit., 286 e segg.; Ambrosini, *Le Società per Azioni*, cit., 663-664.

[12] Cfr. Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9619, cit. Si vedano Cottino, *Diritto societario*, cit., 429; Ambrosini, *Le Società per Azioni*, cit., 677-678; Briolini, *Commento* sub *art. 2392 c.c.*, cit., 1435.

[13] Cfr. Cass. civ., 25 luglio 2008, n. 20476, in *www.ilforoplus.it, voce* "Società". Sulla distinzione tra il concetto di "insolvenza" ed "insufficienza patrimoniale" si vedano anche Franzoni, *Della Società per azioni,* in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 2008, III, 553-554; Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, in *Tratt. SPA* a cura di Colombo, Portale, Torino, 1991, 4, 443-444.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

2394 c.c. Sotto questo profilo potrebbe risultare importante, allo scopo di tutelare maggiormente i creditori sociali, la predisposizione di meccanismi di allerta precoce, da attivarsi in caso di mancato pagamento di determinati debiti, come per esempio nel caso in cui risulta che non siano state versate le imposte all'Erario (Considerando n. 22 e n. 23, Dir. 2019/1023/UE).

Un'altra differenza da rilevarsi tra le due tipologie di danno è data dalla fonte degli obblighi che si intendono violati, differenza importante anche per determinare la diversa natura delle azioni in discussione. Infatti nel caso della responsabilità di cui agli artt. 2485-2486 c.c., potendo gli amministratori essere chiamati a rispondere per i danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, a seguito dell'inosservanza dello specifico obbligo di gestione conservativa[14], derivante dalla legge o dall'atto costitutivo, appare assai evidente la natura contrattuale dell'azione, essendo la stessa esercitata sulla base del rapporto di amministrazione che lega gli amministratori alla società. Invece nel caso della violazione degli artt. 2392 e 2394 c.c., bisognerà distinguere l'ipotesi in cui l'azione sia esercitata dalla società, da quella in cui la stessa sia esperita dai creditori sociali. Se nel primo caso il fondamento della responsabilità è chiaramente contrattuale, poiché, ai sensi dell'art. 2392, 1° comma, c.c., gli amministratori devono adempiere ai doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico o dalle loro specifiche competenze; invece maggiormente discussa è la natura giuridica dell'azione di cui all'art. 2394 c.c., con riferimento alla quale ci si è interrogati se possa essere considerata di tipo contrattuale o *extra*contrattuale. Si tratta di una questione emersa a seguito del confronto proprio con l'azione di cui all'art. 2392 c.c., in quanto, nel caso di cui all'art. 2394 c.c. il rimedio previsto è volto sostanzialmente a garantire ai creditori sociali una tutela svincolata da quella fornita dall'azione sociale. A detta di alcuni autori[15] si tratterebbe, pertanto, di un'azione contrattuale, in quanto la stessa trova la propria ragion d'essere nell'inadempimento di specifici obblighi che la legge pone a carico degli amministratori, tra cui il predetto obbligo di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. Invece la dottrina e la giurisprudenza prevalente[16] sono critiche verso quest'impostazione, dal momento che ne affermano la natura *extra*contrattuale, in quanto sottolineano come il rapporto obbligatorio sia tra la società ed i suoi creditori e non tra i creditori sociali e gli amministratori ed, essendo il patrimonio sociale nelle società per azioni, la sola garanzia che la società offre ai propri creditori, quest'ultimi avranno diritto ad ottenere il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 2043 c.c., in caso di violazione degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale da parte degli amministratori.

Collegata alla precedente questione vi è quella relativa alla prova del nesso causale[17] che deve intercorrere tra la condotta illecita e lo stesso danno. Nel caso dell'azione di responsabilità di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c. è pacifico che, essendo in presenza di un'azione avente natura contrattuale, spetterà al creditore, quindi alla Curatela, dimostrare soltanto l'esistenza del danno rimanendo, invece, a carico degli amministratori l'onere di provare, oltre che l'eventuale assenza di colpa, anche l'insussistenza del nesso di causalità. Invece nel caso dell'azione di cui all'art. 2494 c.c., la ripartizione dell'onere della prova tra le parti dipenderà dalla natura giuridica attribuita all'azione in questione. Infatti se alla medesima viene ad essere attribuita natura contrattuale, l'onere della prova seguirà le regole precedentemente illustrate; viceversa se si aderisce alla tesi della natura *extra*contrattuale di detta azione, al creditore sarà richiesto di provare oltre che l'esistenza del danno anche il dolo o la colpa degli amministratori ed il nesso causale. Si assisterà, pertanto, ad una diversa allocazione dell'onere probatorio. Va, inoltre, rilevato che a prescindere da come viene concepita la natura giuridica dell'azione, non è sufficiente asserire che il danno lamentato costituisce genericamente la conseguenza di comportamenti di *mala gestio* tenuti dagli amministratori, ma bisognerà chiarire quale sia l'obbligo che di volta in volta si assume essere stato specificamente violato dagli stessi.

Infine con riferimento ai criteri di quantificazione del danno, dottrina e giurisprudenza[18] vi hanno a lungo dibattuto e ne hanno elaborati sostanzialmente tre: *(i)* il criterio del cd. "deficit fallimentare", inteso come differenza tra l'attivo ed il passivo accertato nella procedura concorsuale, *(ii)* il criterio della cd.

---

[14] Si veda Sanna, *Scioglimento e liquidazione*, cit., 1487.

[15] In tal senso Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 438; Briolini, *Commento* sub *art. 2392 c.c.*, cit., 1436-1438, dove viene riportato l'ampio dibattito sulla natura dell'azione; Sambucci, *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza, artt. 2379-2451*, in *Comm. C.C.* a cura di Santosuosso, Torino, 2015, II, 442-443.

[16] Cfr. Cass. civ., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *www.ilforoplus.it, voce* "Fallimento". In tal senso Ambrosini, *Le Società per Azioni*, cit., 679; Galgano, *Fallimento delle società e procedimento sommario, art. 146-159*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1997, 79, secondo il quale gli amministratori che violano gli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale commettono un "danno ingiusto" ai sensi dell'art. 2043 c.c.

[17] Cfr. Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9100, cit.; Bonelli, *La responsabilità degli amministratori*, cit., 438; Ambrosini, *Le Società per Azioni*, cit., 682-683.

[18] In relazione ad una ricostruzione puntuale dei criteri di determinazione del danno risarcibile si vedano Ambrosini, *Codice della crisi e doveri degli amministratori: l'adeguatezza degli assetti aziendali*, cit., 2072-2076; Ambrosini, *Le Società per Azioni*, cit., 683-684; Aratari, Iannacone, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2013, 157-165, i quali fanno anche emergere le criticità di ciascun criterio. V. Jorio, *La determinazione del danno risarcibile nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. Comm.*, 2011, I, 151-158, che è a favore del criterio dei "patrimoni netti di periodo".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

"perdita incrementale", consistente nella differenza tra il patrimonio netto esistente al momento del verificarsi della causa di scioglimento ed il patrimonio netto della società al momento della sua formale messa in liquidazione (o al momento della sentenza di fallimento, se non preceduta dalla fase di liquidazione) ed infine *(iii)* il criterio fondato sulla quantificazione del singolo danno, riconducibile alle diverse condotte illecite, tenute dopo che sia intervenuto lo scioglimento della società, con riferimento al quale occorrerà provare il nesso di causalità, come precedentemente illustrato. I suddetti criteri sono stati oggetto di svariate critiche[19]. Proprio per cercare di porre un minimo di chiarezza è intervenuta la Corte di cassazione[20], la quale, in linea di principio, ha affermato il ripudio di metodi puramente impostati sulla base di calcoli differenziali. Infatti il criterio cardine deve essere quello di individuare il pregiudizio arrecato dalle singole operazioni che ledono l'interesse dei creditori, mentre i criteri differenziali, come quello del "deficit fallimentare", potranno continuare ad essere applicati soltanto per la liquidazione del danno in via equitativa, ossia qualora venga accertata l'impossibilità di ricostruire i dati, con l'analiticità necessaria, per individuare le conseguenze dannose riconducibili ai singoli comportamenti illeciti.

Va ricordato, in conclusione, che di recente con l'adozione del "Codice della crisi e dell'insolvenza", introdotto con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, il legislatore ha modificato l'art. 2486 c.c., aggiungendovi un terzo comma, con il quale ha cercato di porre termine alle discussioni in materia. Tuttavia la nuova disposizione, che recepisce il criterio dei "patrimoni netti" come criterio primario di liquidazione del danno ed il criterio del "deficit fallimentare" come criterio sussidiario, nella prima parte, che "quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente pone tutta una serie di questioni interessanti a cui bisognerà dare risposta[21]. Infatti essa stabilisce che "quando è accertata la responsabilità degli amministratori, a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484 c.c., detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione.".

Da quanto sopra è possibile rilevare, a livello generale, come in entrambe le ipotesi dei danni esaminati emergono, sostanzialmente, due interessi distinti e contrapposti: *(i)* da un lato, l'interesse dei creditori sociali, i quali possono contare soltanto sul patrimonio sociale a garanzia del proprio credito e *(ii)* dall'altro lato, quello degli amministratori a non vedersi frustrata la propensione al rischio all'unico fine di tutela dei medesimi creditori sociali.

Questa contrapposizione di interessi emerge anche dai criteri, precedentemente illustrati, relativi alla ripartizione dell'onere della prova. Infatti nel caso della fattispecie di cui agli artt. 2484 e 2486 c.c., viene ad essere previsto un regime più favorevole all'attore, perciò nel caso di specie alla Curatela. Nella suddetta ipotesi viene ad essere richiesto agli amministratori di effettuare un confronto tra gli effetti negativi, che eventualmente la cessazione dell'attività d'impresa comporterebbe, ed i rischi, che invece la continuazione della stessa potrebbe produrre in termini di aggravamento delle perdite e crescita di indebitamento. Trattandosi di una valutazione caratterizzata da elementi di discrezionalità e soggettività, fermo restando il predetto principio della *business judgement rule*, si può osservare come vengano ad essere tenuti maggiormente in considerazione gli interessi dei creditori sociali. Invece nel caso della fattispecie di cui all'art. 2394 c.c. si pone a carico degli amministratori un obbligo più di carattere generale nella cura della conservazione del patrimonio sociale, dalla cui mancata ottemperanza conseguirebbe una responsabilità per mancanza di diligenza nell'amministrazione della stessa società. Pertanto in tale ipotesi, qualora si attribuisca una natura *extra*contrattuale all'azione in discussione, la protezione dei creditori sociali può dirsi strumentale allo scopo di proteggere l'interesse generale ad una corretta gestione delle imprese, a prescindere dall'interesse della singola società. In altri termini potrebbe asserirsi di essere in presenza di una forma di tutela di un interesse collettivo mediante uno strumento di tipo privatistico, nell'ambito della quale,

[19] Cfr. con riferimento al criterio del "deficit fallimentare" Cass. civ., 6 maggio 2015, n. 9100, cit., dove la Corte sottolinea che lo sbilancio della società insolvente potrebbe avere svariate cause, le quali potrebbero anche non essere tutte riconducibili alla condotta illegittima degli amministratori. Cass. civ., 22 aprile 2009, n. 9619, cit., in cui si osserva che tale criterio si pone in contrasto con il principio civilistico che impone l'accertamento del nesso di causalità. Invece Aratari,

Iannacone, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, cit., 163, osservano come applicando il criterio della "perdita incrementale", il danno ricomprenderebbe non soltanto il risultato negativo delle singole operazioni compiute in violazione dell'obbligo di gestione conservativa, ma anche il pregiudizio, subito dalla società, per la ritardata liquidazione della medesima. Sottolineano, inoltre, che non sempre le perdite maturate dopo il verificarsi della causa di scioglimento sono dovuta al compimento di operazioni illegittime.

[20] Cfr. Cass., 6 maggio 2015. n. 9100, cit.

[21] Cfr. Cass., 30 settembre 2019, n. 24431, in *www.ilforoplus.it*. Per un approfondimento su quanto disposto dall'art. 2486 c.c., 3° comma, si veda Aratari, Iannacone, *La responsabilità degli amministratori di società di capitali e la determinazione del danno*, cit., 166-175. In relazione alle criticità che la nuova norma potrebbe presentare v. Calandra Bonaura, *Amministratori e gestione della crisi d'impresa nel Codice della crisi,* in *Giur. Comm*., 2020, I, 17-22; Rordorf, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Società*, 2019, 945-949.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pertanto, pur tenendo in debita considerazione gli interessi dei creditori sociali, viene ad essere aggravato l'onere probatorio a carico degli stessi.

Infine va rilevato come la suddetta dicotomia di interessi possa essere riscontrata anche nel 3° comma, art. 2486 c.c., recentemente introdotto. Anche se in questa sede non è possibile effettuare un commento esauriente della suddetta disposizione, può rilevarsi che la nuova norma tende ad agevolare maggiormente chi agisce in giudizio. Infatti prevedendo il criterio presuntivo dei patrimoni netti esonera sostanzialmente l'attore dal fornire in giudizio la prova del nesso di causalità e del danno, anche quando quest'ultimo potrebbe essere accertato sulla base dei dati contabili, non eliminando, in tal modo, ogni incertezza, in relazione proprio alla quantificazione del danno, come, invece, si proponeva il legislatore.

Recesso dalla s.p.a.

Tribunale Milano, Sez. specializzata in materia di imprese, 28 maggio 2024 (decreto) – Pres. Simonetti – Rel. Fascilla – P. A. B., Verum Partners s.p.a.

Società – Società di capitali – Società per azioni – Recesso – Accertamento *incidenter tantum* – Ammissibilità

La sussistenza del diritto di recesso può essere accertata incidenter tantum *nel procedimento di volontaria giurisdizione diretto alla nomina dell'esperto per la valutazione del valore delle azioni.*

Società – Società di capitali – Società per azioni – Recesso – Cambiamento dell'oggetto sociale

Il diritto di recesso del socio di s.p.a. in caso di deliberazione avente per oggetto il cambiamento significativo dell'attività societaria si riferisce al contenuto della clausola statutaria, anche attraverso una significativa variazione delle attività previste in essa.

Omissis. – Con ricorso ex art. 2437-ter ultimo comma c.c. P. A. B. ha formulato al Tribunale di Milano le seguenti conclusioni:

"– accertata e dichiarata la legittimità del recesso del dott. P. A. B. dalla società Verum Partners S.p.a. ai sensi dell'art. 2437, comma 1, lett. a) c.c. e art. 12, comma 1 lett. a) dello Statuto sociale;

– accertato e dichiarato che il dott. P. A. B. ha contestato il valore di liquidazione delle azioni determinato dall'amministratore unico di Verum Partners S.p.a. nella determina del 13.10.2023 sub doc. 14, non comunicata tempestivamente ai soci, in palese violazione dei criteri di liquidazione previsti dalla legge e dallo statuto;

– nomini, ai sensi dell'art. 2437-ter, ult. co. c.c., un esperto che, tenuto conto dei criteri di valutazione previsti dall'art. 2437-ter, comma 2 c.c. e dall'art. 12 dello statuto, stimi il valore di liquidazione delle azioni di Verum Partners S.p.a. di titolarità del socio recedente con relazione giurata (*Omissis*)";

Ha in particolare allegato parte ricorrente che:

– il ricorrente era titolare di n. 125.000 azioni ordinarie di categoria A di Verum Partners S.p.a. pari a nominali Euro 125.000,00;

– amministratore unico di Verum era F. P., che ne era anche il socio di maggioranza tramite la sua società Factor One S.r.l.;

– in data 30.10.2023 l'assemblea di Verum – con il voto contrario (fra gli altri) del ricorrente – aveva approvato le seguenti modifiche allo statuto sociale:

i) modifica dell'oggetto sociale, determinando un cambiamento significativo dell'attività sociale;

ii) eliminazione dei limiti alla circolazione delle azioni previsti dal previgente statuto;

– in assemblea il Presidente (e socio di maggioranza) P. aveva rappresentato ai soci la necessità di approvare tali modifiche in quanto funzionali alla operazione di scissione con scorporo ex art. 2506 comma 1 c.c. di Verum che lo stesso P. aveva in animo di far approvare ai soci nella stessa assemblea, benché il relativo progetto di scissione non fosse stato neppure depositato presso la sede sociale nei 30 giorni precedenti come prescritto dall'art. 2501-septies c.c., richiamato dall'art. 2506-ter c.c. e quindi senza che i soci ne avessero contezza;

– in particolare, P. aveva segnalato ai soci che per dare attuazione alla progettata scissione era necessario operare uno "snellimento" dell'oggetto sociale poiché in tal modo "si razionalizzerebbero le attività della società, alcune delle quali verrebbero esercitate dalle società beneficiarie";

– come poteva evincersi dal confronto fra il contenuto della clausola dell'oggetto sociale previgente la modifica statutaria e quello risultante a seguito della modifiche, si era determinata una rilevantissima riduzione delle attività ricomprese nell'oggetto sociale, con un conseguente mutamento radicale dell'attività sociale svolta da Verum e, quindi, delle condizioni di investimento sulla base delle quali il ricorrente era stato indotto ad acquistare parte delle azioni di Verum detenute dallo stesso dott. Piccoli, fra queste – non ultima – la prospettiva della quotazione della Società, più volte menzionata in diverse presentazioni della Società quale "liquidity event" che avrebbe consentito ai soci di uscire dalla società monetizzando ampiamente il valore del loro investimento (*Omissis*);

Si è costituita Verum Partners s.p.a. concludendo per il rigetto del ricorso, in quanto non sussistevano i presupposti del recesso operato dal ricorrente.

In particolare, secondo la prospettazione della società, "La modifica dello statuto, approvata a larghissima maggioranza dall'assemblea del 30 ottobre 2023, non ha prodotto un reale cambiamento dell'oggetto sociale, tale per cui il profilo di rischio dell'odierno ricorrente sia variato significativamente, come invece lamenta il ricorrente (p. 7 ricorso).

Non corrisponde al vero che si sia "determinata una rilevantissima riduzione delle attività ricomprese nell'oggetto sociale, con un conseguente mutamento radicale dell'attività sociale svolta da Verum e, quindi, delle condizioni di investimento sulla base delle quali il ricorrente era stato indotto ad acquistare" una partecipazione nella resistente.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il confronto tra il testo dell'art. 3 dello statuto nella formulazione precedente e successiva l'assemblea del 30 ottobre 2023, contrariamente a quanto affermato del ricorrente, non dimostra affatto un sostanziale mutamento dell'attività svolta da Verum Partners S.p.A." (pagine 9 e 10 della memoria di resistenza).

La difesa di Verum Partners s.p.a. sollecita l'Ufficio ad esaminare, in via preliminare, le eccezioni di inesistenza dei presupposti per il recesso operato dal ricorrente.

Come noto, la volontaria giurisdizione si distingue dalla giurisdizione contenziosa avendo ad oggetto la gestione di interessi e non la risoluzione di una controversia giuridica su diritti soggettivi o status.

Ciò non esclude tuttavia che il presupposto o la condizione della tutela volontaria possa essere la sussistenza di una situazione giuridica sostanziale di natura contenziosa (con conseguente esigenza di un accertamento circa la sussistenza del diritto controverso preliminare e condizionante il provvedimento camerale oggetto del giudizio della volontaria giurisdizione).

In tali casi il giudice, chiamato ad esercitare le funzioni volontarie, necessariamente conosce incidenter tantum la questione preliminare.

Con la conseguenza che l'esame sulla ricorrenza del diritto soggettivo o dello status presupposto dell'azione è compiuto senza valore di cosa giudicata.

Ora, l'art. 2437, comma 1, let. a) c.c. stabilisce che ha diritto di recedere il socio di s.p.a. che non ha concorso alla deliberazione riguardante "la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società".

Non è dubbio che il legislatore della Riforma del 2003 abbia inteso connettere il diritto di recesso del socio alla "modifica della clausola" statutaria riguardante l'oggetto sociale, cioè l'attività economica che i soci decidono essa possa e debba svolgere a scopo di lucro (artt. 2247, 2328, comma 2 n. 3), 2365, comma 1, c.c.).

Una modifica suggerita soprattutto dall'opportunità di escludere che il recesso fosse consentito in presenza di modifiche di fatto dell'oggetto sociale – cioè cambiamento dell'attività ad oggetto statutario inalterato – da considerarsi invece semmai generative di effetti sul diverso piano della responsabilità degli amministratori.

È pacifico che, tra le modifiche, rilevano non solo quelle ampliative dell'oggetto sociale, ma anche quelle che ne determinano una riduzione.

Dunque, per verificare l'insorgere del diritto di recesso del socio dovrà aversi riguardo anzitutto al novero delle attività prima indicate in statuto come comprese e poi escluse e/o al novero di quelle prima non comprese e poi aggiunte (cfr. sul punto Tribunale di Milano, Sentenza n. 818/2020 pubbl. il 30/01/2020, Presidente ed estensore A. Mambriani).

Tuttavia il legislatore non ha inteso consentire il recesso a fronte di ogni e qualsiasi modifica statutaria ampliativa o restrittiva, ma solo quando essa "consente un cambiamento significativo dell'attività della società": solo se il cambiamento è significativo, infatti, può riconoscersi, per fatto della maggioranza, una "rottura" del patto sociale originario che, mutando le condizioni di rischio dell'attività svolta ne giustifica il recesso. Per converso, mutamenti non significativi sono perciò stesso irrilevanti. Il tutto si apprezza in un'ottica di tutela accordata ad interessi effettivamente e realmente apprezzabili, nell'intento di evitare la strumentalizzazione, da parte del socio minoritario, di modifiche formali o marginali. Nel caso di specie, ritiene il Tribunale come le modifiche dell'oggetto sociale siano tali da giustificare l'accoglimento del ricorso per la nomina dell'esperto.

Premesso che già ad un primo esame comparatistico (cfr. doc. 8 di parte ricorrente), le modifiche all'oggetto sociale risultano effettivamente rilevanti, nota il Tribunale come siano non decisive le allegazioni della società resistente in merito all'effettivo svolgimento di alcune delle attività rimosse.

Invero, un conto è il non esercizio di attività rientranti nell'oggetto sociale, che quindi sempre la società avrebbe potuto esercitarle in futuro.

Altro conto è, invece, la eliminazione dall'oggetto sociale di tali attività, che quindi non potranno mai più essere esercitate, con tutte le conseguenze in termini di potenziale redditività della società a danno dei soci che hanno investito nella stessa.

Inoltre, effettivamente dal documento 16 di parte ricorrente emerge come la società resistente non fosse una mera holding ma avesse un progetto di attività diversificato come:

– la erogazione di servizi consulenziali di business, commerciali, operativi, amministrativi, HR, M&A, ristrutturazione e finanza 4.0, (c.d. divisione services);

– la possibilità di svolgere attività di operatore di pagamento elettronico (c.d. divisione Fintech);

– la mediazione tra domanda e offerta di lavoro, con riferimento alla piattaforma ROMEO che avrebbe avuto il compito di risolvere il problema tra domanda e offerta nel mondo del lavoro (c.d. divisione Technology);

– lo sviluppo, la condivisione, il sostegno e la promozione di startup, pmi e ricerca & sviluppo (c.d. divisione Community).

Tali attività sono state o ridotte oppure totalmente eliminate (come l'attività di pagamento elettronico e di mediazione lavorativa), incidendo notevolmente sulla futura attività della società resistente, che nella sostanza si riduce alla mera attività di holding e di attività di servizi nei confronti delle partecipate.

Una tale così rilevante modifica strutturale, nei limiti dell'accertamento pur soltanto incidentale proprio del presente procedimento, non può che comportare l'accoglimento del ricorso per la nomina di un esperto indipendente, alla luce anche delle contestazioni emerse tra le parti in merito al valore della quota di partecipazione del ricorrente" – *Omissis*.

Accertamento della causa di recesso e decreto di nomina dell'esperto

Il caso di specie. Nel caso oggetto del decreto in commento l'assemblea straordinaria di una società per azioni ha deliberato la modificazione dell'oggetto sociale, restringendone il contenuto, e l'eliminazione dei limiti alla circolazione delle azioni previsti nello statuto. Ai sensi dell'art. 2437 c.c., come noto, hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti appunto la modificazione della clausola dell'oggetto sociale (1° comma, lett. a), nonché comportanti l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dallo statuto (1° comma, lett. e). L'amministratore unico della società non ha provveduto a far conoscere ai soci la determinazione del valore di liquidazione

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

delle azioni nei quindici giorni precedenti alla data fissata per l'assemblea, così come previsto dal quinto comma dell'art. 2437-*ter* c.c.

Il socio, attuale ricorrente, avendo intenzione di recedere dalla società, aveva sollecitato la relativa quantificazione. I legali della società avevano comunicato all'attuale ricorrente che era stata depositata presso la sede sociale la determinazione del valore di liquidazione delle azioni, effettuata in misura pari al valore nominale. Con successiva assemblea era stata revocata la modificazione statutaria concernente il regime di circolazione delle azioni.

Il socio, attuale ricorrente, ha esercitato il diritto di recesso contestando tale quantificazione. Con ricorso dinanzi al Tribunale di Milano, ai sensi dell'art. 2437-*ter*, ult. comma, c.c., ha chiesto che, accertata la legittimità del recesso, venisse nominato l'esperto per la determinazione del valore di liquidazione delle azioni. La società si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, in particolare contestando che nel caso di specie si fosse verificato un reale cambiamento dell'oggetto sociale.

Il Tribunale, con il decreto in commento, accertata in via incidentale la sussistenza della causa di recesso, ha provveduto alla nomina dell'esperto.

L'accertamento in via incidentale della causa di recesso. Come è noto, l'ultimo comma dell'art. 2437-*ter* c.c. stabilisce che, in caso di contestazione del valore di liquidazione determinato dagli amministratori, quest'ultimo è stabilito entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso tramite relazione giurata di un esperto nominato dal Tribunale. Con il decreto in esame i giudici milanesi, sul presupposto che "la volontaria giurisdizione si distingue dalla giurisdizione contenziosa avente ad oggetto la gestione di interessi e non la risoluzione di una controversia", osservano tuttavia come "il presupposto o la condizione della tutela volontaria possa essere la sussistenza di una situazione giuridica sostanziale di natura contenziosa (con la conseguente esigenza di un accertamento circa la sussistenza del diritto controverso preliminare e condizionante il provvedimento camerale oggetto del giudizio della volontaria giurisdizione). In tali casi il giudice, chiamato ad esercitare le funzioni volontarie, necessariamente conosce *incidenter tantum* la questione preliminare. Con la conseguenza che l'esame sulla ricorrenza del diritto soggettivo o dello status presupposto dell'azione è compiuto senza valore di cosa giudicata".

Pertanto, nel caso di specie, essendo contestata la sussistenza della causa di recesso, il Tribunale ha effettuato il relativo accertamento, sia pure incidentalmente, come presupposto per addivenire alla nomina dell'esperto.

Contestazioni sulla sussistenza della causa di recesso. Come è noto e facilmente constatabile, non tutte le cause di recesso legale previste nell'ambito delle s.p.a. e delle s.r.l. fanno riferimento ad una deliberazione assembleare dal contenuto chiaro e ben definibile.

Si pensi, con riferimento all'elenco contenuto nell'art. 2437 c.c. in tema di s.p.a., alla fattispecie consistente nel cambiamento *significativo* dell'attività della società (ipotesi che viene in considerazione nel caso di specie) oppure alle modificazioni dei diritti di voto e di partecipazione, causa di recesso oggetto di numerose pronunce e di molte incertezze. O all'introduzione o rimozione dei vincoli di circolazione delle azioni, anche qui ipotesi dai contorni indefiniti e che non ricomprende le modificazioni.

Tra le cause di recesso delineate dall'art. 2473 c.c. per le s.r.l. particolarmente difficile da individuare in concreto il compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale o una rilevante variazione dei diritti attribuiti ai soci.

Ulteriori dubbi possono porsi nel caso di s.p.a. e s.r.l. di lunga durata o in presenza di cause convenzionali di recesso.

Particolarmente complessa poi è l'identificazione delle cause di recesso previste dall'art. 2497-*quater* c.c., con riferimento all'esercizio del potere di direzione e coordinamento.

Nel caso delle s.p.a. la mancanza di determinazione del valore delle azioni da parte degli amministratori è normalmente indice della loro convinzione dell'insussistenza nel caso concreto di una causa di recesso.

Ovviamente lo strumento per l'accertamento con valore di giudicato non può che essere la promozione da parte del socio recedente, in caso di contestazione della sussistenza della causa di recesso, di un'azione ordinaria dinnanzi al Giudice delle imprese o, in presenza di una clausola compromissoria, dinanzi agli arbitri.

Con due norme parallele il legislatore introduce uno strumento che consente in tempi brevi la determinazione del valore delle azioni o della quota. Infatti l'art. 2437-*ter* c.c., all'ultimo comma, stabilisce che, in caso di contestazione da proporre contestualmente alla dichiarazione di recesso, il valore di liquidazione delle azioni è determinato entro novanta giorni dall'esercizio del diritto di recesso tramite relazione giurata di un esperto nominato dal Tribunale, che provvede anche alle spese, su istanza della parte più diligente; si applica, in tal caso, il primo comma dell'art. 1349 c.c., per cui, se manca la determinazione o se questa è manifestamente iniqua o erronea, provvede il giudice.

A sua volta, a norma dell'art. 2473, comma terzo, c.c., in caso di disaccordo la determinazione del valore della quota è compiuta tramite relazione giurata di un esperto nominato dal Tribunale, che provvede anche sulle spese, su istanza della parte più diligente; si applica, in tal caso, il primo comma dell'art. 1349 c.c. ora richiamato.

È pacifico che non è compito dell'esperto né verificare la sussistenza della causa di recesso, né determinare i criteri di valutazione applicabili in caso di controversia su di essi tra la società e i soci (cfr. Stella

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Richter, *Il recesso*, in *Trattato delle società* a cura di V. Donativi, III, Milano, 2020, 1181 e seg.).

La procedura di determinazione del valore delle azioni o della quota dei soci receduti tramite la relazione dell'esperto e quindi il ricorso ad uno strumento di volontaria giurisdizione rappresenta una via percorribile o l'unica via percorribile nel caso in cui sia contestato il valore determinato dagli amministratori di società per azioni oppure non sussista tale determinazione e non vi sia accordo tra la società e il socio? È possibile che quest'ultimo promuova un'azione ordinaria o un procedimento arbitrale per l'accertamento della sussistenza della causa di recesso e contemporaneamente per la determinazione del valore delle azioni o delle quote?

L'azione ordinaria dinnanzi al Giudice o all'arbitro, diretta sia all'accertamento della sussistenza della causa di recesso, sia alla determinazione del valore delle azioni o della quota, presenta indubbiamente alcuni "vantaggi" rispetto alla procedura di volontaria giurisdizione ed alla nomina dell'esperto: in primo luogo, trovano applicazione le regole processuali relative all'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio con la garanzia della pienezza del contraddittorio e sotto il controllo del Giudice; inoltre, la determinazione del valore della quota è oggetto di una sentenza (o di un lodo), impugnabile secondo le regole ordinarie. La conduzione in parallelo dei due accertamenti relativi alla causa di recesso e al valore delle azioni evita una determinazione del secondo nell'incertezza sulla sussistenza della prima e potrebbe favorire ipotesi transattive. Naturalmente i tempi sono quelli di un giudizio ordinario.

In dottrina si è osservato come "ragioni di economia processuale insieme con la necessità di assicurare effettività alla tutela giudiziale del recedente inducono a ritenere che a quest'ultimo sia consentito promuovere, nell'ambito del giudizio in merito alla sussistenza del recesso, anche quello per l'accertamento del valore della quota [delle azioni] per la quale tale diritto è stato esercitato" (Frigeni, *Il diritto di recesso*, in *Le società a responsabilità limitata* a cura di C. Ibba e G. Marasà, I, Milano, 2020, 1105, nota 214; in giurisprudenza, Trib. Milano, 8 marzo 2011, in *Società*, 2011, 728).

L'orientamento più recente della giurisprudenza è però contrario e ritiene che il procedimento di volontaria giurisdizione per la nomina dell'esperto sia l'unica via percorribile per la determinazione del valore delle azioni o della quota: "tale impostazione procedurale è stata introdotta, all'evidenza, per soddisfare, sia ragioni di celerità, sia ragioni di certezza della valutazione. Ragioni di celerità, perché il procedimento è volto proprio ad evitare che la questione sia decisa con i tempi, necessariamente lunghi, che contraddistinguono l'ordinario processo di cognizione (collegiale, trattandosi di questioni in materia societaria), e consente invece che sia risolta agilmente mediante un procedimento camerale e l'operare extraprocessuale dell'arbitratore. Ragioni di certezza, perché – nella consustanziale opinabilità delle valutazioni del valore delle partecipazioni societarie – l'operato dell'arbitratore è reso discutibile, nel merito, solo in caso di manifesta erroneità o iniquità, con il significato che al binomio ha dato la giurisprudenza di legittimità ormai da tempo completamente consolidata e con l'evidente intento di limitare l'area di impugnabilità della valutazione escludendone ogni ripetizione fondata su un mero dissenso tecnico. È appena il caso di aggiungere che tali interessi di celerità e certezza sarebbero completamente obliterati se si consentisse l'immediata fruibilità dell'ordinario processo di ricognizione" (Trib. Milano, 16 febbraio 2017, in *Giurisprudenza delle Imprese*; Trib. Torino, 14 giugno 2024 (ordin.)).

Ovviamente tale conclusione presuppone che l'interesse tutelato dalla norma che prevede la nomina dell'esperto non sia solo quello del socio receduto o della società, ma che sia di carattere generale consistente nell'ordinato svolgimento dell'attività sociale al fine di conseguire appunto celerità e certezza in una vicenda che può essere di notevole rilievo nella vita della società fino a poterne determinare la riduzione del capitale o addirittura lo scioglimento.

Nel caso in cui non vi sia incertezza sulla sussistenza della causa di recesso e quindi la controversia riguardi esclusivamente il valore delle azioni o della quota la soluzione sembra pienamente condivisibile. Nel caso in cui l'incertezza riguardi anche la sussistenza della causa di recesso l'utilizzo come strumento esclusivo dell'operato del perito potrebbe determinare un notevole rallentamento dei tempi, in quanto potrebbe venire in considerazione solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza che accerti la causa di recesso (o la non impugnabilità del lodo). Al fine di evitare tale conseguenza la giurisprudenza più recente, confermata dalla pronuncia in commento (cfr. Trib. Roma, 28 novembre 2017), ha utilizzato lo strumento dell'accertamento della causa di recesso in via incidentale. In tal modo l'esperto può essere nominato e porre in essere la propria valutazione, indipendentemente dall'accertamento in via definitiva della sussistenza della causa di recesso.

Tuttavia, in quest'ipotesi si pongono alcuni dubbi: è vincolante l'accertamento operato dall'esperto, anche in assenza di impugnativa, sul fondamento di una causa di recesso la cui sussistenza è stata accertata solo in via incidentale? Tanto più tenendo conto che il procedimento per la liquidazione del valore delle azioni o della quota, delineato dal legislatore (art. 2437-*quater* c.c. per la s.p.a.; art. 2473 c.c. per la s.r.l.), presenta, come è noto, vari "step". Sia la disciplina dettata per la s.p.a., sia quella dettata per la s.r.l. prevedono un complesso *iter* che trae inizio dall'accertamento definitivo del valore della partecipazione. In un caso si tratta dell'attribuzione ai soci del diritto di opzione sulle azioni del socio receduto; della loro offerta a terzi, dell'acquisto di azioni proprie da parte

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

della società in presenza di riserve disponibili; in mancanza di queste ultime, della riduzione del capitale; dello scioglimento della società, se la riduzione non sia possibile. Nel caso della s.r.l., dell'offerta della partecipazione in sottoscrizione ai soci; dell'offerta a terzi; del rimborso del valore mediante riserve; in mancanza, della riduzione del capitale; in caso di impossibilità di quest'ultima, dello scioglimento della società. Deve quindi seguirsi l'ordine imposto dalle norme, in via primaria attraverso l'utilizzo di somme procurate dai soci o da terzi; in mancanza, attingendo alle risorse disponibili; in assenza, al capitale sociale; ove intervengano opposizioni dei creditori, o il capitale sia minimo, si verifica una causa di scioglimento della società.

È discusso se tali vicende abbiano un carattere per così dire interno o incidano sulla posizione del socio receduto, che deve "cedere" le azioni o la quota ai soci o ai terzi indicati dalla società o alla società stessa oppure partecipare allo scioglimento della società: in questo caso discutendosi se la partecipazione avvenga come socio o come creditore del valore delle azioni o della quota, creditore postergato rispetto agli altri, ma privilegiato rispetto ai soci (cfr. ampiamente Frigeni, *op. cit.*, 1113 e segg.).

Sembra difficile poter mettere in moto un tale meccanismo, così articolato e complesso, in assenza della certezza della causa di scioglimento.

Tenendo conto di tali rilievi, mi pare che si possa porre qualche dubbio in ordine al necessario ricorso alla nomina dell'esperto nel caso in cui vi sia controversia sulla sussistenza della causa di recesso, dal momento che l'acquisizione di una pronuncia passata in giudicato e non solo incidentale in ordine ad essa sembrerebbe necessaria per far valere il diritto del socio receduto.

Occorre aggiungere che la nomina dell'esperto deve avvenire in un tempo tale da consentire il rispetto dei novanta giorni, previsto dall'art. 2437-*ter* c.c. e decorrente dalla dichiarazione di recesso. La Corte d'Appello di Napoli in una recente pronuncia (App. Napoli, 16 ottobre 2023), ha dedicato molta attenzione alla natura di tale termine, escludendo che abbia carattere sostanziale e qualificandolo come semplicemente processuale e quindi prorogabile. È possibile la richiesta della nomina dell'esperto al di là di tale termine? Ritenendo che quest'ultimo non sia a pena di decadenza, si potrebbe pensare che il mancato rispetto escluda la possibilità di avvalersi della procedura di volontaria giurisdizione, ma non dell'azione ordinaria.

Modificazioni dell'oggetto sociale. Come si è già ricordato, il legislatore ha previsto una causa di recesso legale dalla s.p.a. nel caso di "modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società". Il Tribunale ha precisato che, come appare dalla norma ora richiamata, ciò che rileva è la modificazione della clausola che descrive l'oggetto sociale, indipendentemente dall'attività di fatto esercitata. La modificazione può consistere sia nell'introdurre ulteriore attività sia nel ridurre l'elenco delle attività previste nella clausola statutaria (cfr., per tutti, Stella Richter, *op. cit.*, 1118 e segg.).

Nel caso di specie, quest'ultima prevedeva varie attività, mentre la nuova descrizione dell'oggetto sociale riduceva lo stesso ad una mera attività di *holding* e di servizi nei confronti delle partecipate.

Oreste Cagnasso

Liquidazione delle azioni di società *in house*

Tribunale Milano, Sez. XV specializzata in materia di impresa, 27 marzo 2024 – Pres. Mambriani – Rel. Ricci – Comune di P. (avv.ti d'Ippolito, Pozzoni, Piovesan) c. A. Spa (avv. Ferrari).

Società – Società a partecipazione pubblica – Dismissione delle partecipazioni – Recesso – Liquidazione della quota – Rapporto sinallagmatico

Nell'ambito del procedimento di dismissione delle partecipazioni di società in mano pubblica l'obbligazione in capo alla società di acquistare le azioni dismesse dal socio pubblico e di successivamente provvedere a versare la quota di liquidazione si pone in rapporto sinallagmatico con quella del socio pubblico di trasferire in favore della prima le azioni.

Società – Società a partecipazione pubblica – Dismissione delle partecipazioni – Recesso – Liquidazione della quota – Trasferimento di proprietà delle azioni – Pronuncia costitutiva – Necessità

È onere del socio pubblico che intende dismettere le azioni possedute in una società in mano pubblica rendersi disponibile al trasferimento delle medesime e, in caso di rifiuto, domandato l'accertamento del proprio diritto a ricevere la liquidazione del valore delle azioni, chiedere giudizialmente tale liquidazione, previo trasferimento in favore della società delle azioni stesse, tramite l'emissione di una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c., non essendo all'uopo corretta la semplice pronuncia di condanna al pagamento della liquidazione del valore delle azioni.

Omissis. – Il COMUNE, in adempimento degli obblighi di cui al TUSPP, ha effettuato nel corso del 2017 una ricognizione di tutte le partecipazioni possedute e si è determinato, con delibera n. 52 del 25 settembre 2017, ad

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alienare la partecipazione in A., alla quale "in considerazione della eccessiva onerosità, non affida(va) più alcun servizio, avendo affidato con gara e a condizioni più vantaggiose lo stesso servizio ad altri smaltitori", senza contare che la convenuta "pur in assenza di servizio affidato da tale Comune, pretende(va) (...) dallo stesso Ente asseriti e ingiustificati "costi annuali di gestione per il servizio"" e che "produce(va) ingenti perdite di gestione e quindi perdite di valore della partecipazione con conseguenti perdite reddituali anche per l'Ente partecipante" (cfr. doc. 2 attore). Nonostante l'approntamento delle misure atte all'alienazione della propria partecipazione (predisposizione di perizia di stima del suo valore e bando di apposita asta pubblica), il COMUNE non è riuscito, entro il termine di annuale previsto ex art. 24 TUSPP, nell'intento di alienare la partecipazione de qua, acquisendo, secondo la prospettazione attorea, il diritto alla sua liquidazione in denaro in "base ai criteri stabiliti all'art. 2437 ter, comma 2 c.c., e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437 quater c.c.". Tale diritto non è stato contestato da parte convenuta, la quale, anzi, ha più volte riconosciuto la legittimità delle pretese in punto di an del COMUNE (cfr. comparsa di costituzione e risposta pagg. 10 e 11, verbale d'udienza del 25 maggio 2021, comparsa conclusionale pagg. 7 e 8), giustificando il mancato assolvimento dell'obbligo di liquidare la partecipazione de qua a fronte dell'"impossibilità fattuale di potersi dedicare alla vicenda" stanti – l'intervenuta "ricezione di altre analoghe richieste pervenute da altri Enti", le quali avrebbero richiesto "una unitaria attività la liquidazione delle partecipazioni sociali così rinunziate", nonché – i "gravi fatti" che hanno interessato la Società a far data dal 7 maggio 2019, quando sono state applicate "alcune gravi misure cautelari nei confronti della precedente Presidente e di un Consigliere, per reati contro la Pubblica Amministrazione di differente natura e commessi nello svolgimento delle loro funzioni". Le pretese attoree sono, dunque, incontestate sotto il profilo dell'an (e, per il vero, pure del quantum, essendosi parte convenuta limitata a dedurre di non potersi riconoscere "valore definitivo alle acquisizione ed alle conclusioni indicate nella perizia avversaria che, sebbene asseverata e giurata, è pur sempre un atto di parte" e nulla più, cfr. comparsa di costituzione e risposta pag. 11). Peraltro, diversamente non avrebbe potuto essere, atteso il tenore dei chiari obblighi di legge imposti, dal combinato disposto di cui agli artt. 4, 20 e 24 TUSPP: – sia alle pubbliche amministrazioni, per quanto riguarda l'attività di razionalizzazione e dismissione delle partecipazioni possedute non necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali, e – sia alle società partecipate, per quanto riguarda la liquidazione di tali partecipazioni per il caso di mancata loro alienazione da parte delle PP.AA. entro un anno dalla ricognizione. La domanda di accertamento del diritto del COMUNE di pretendere da A. (oggi N. s.r.l.) la liquidazione in denaro della propria partecipazione azionaria nella medesima deve, pertanto, essere accolta.

Parimenti, tuttavia, questo Tribunale non ritiene di poter accogliere la domanda di condanna della convenuta al pagamento del valore della partecipazione in commento – determinato da una perizia giurata nella somma di euro 70.417,00 (doc. 3) – per le ragioni di seguito esposte. Qualora la partecipazione non sia stata oggetto di alienazione da parte dell'ente pubblico entro un anno dalla ricognizione, la liquidazione deve avvenire, giusto il disposto di cui all'art. 24, comma 5 TUSPP, secondo le modalità previste dall'art. 2437 quater c.c., il quale prevede – che gli amministratori della società partecipata si adoperino per il collocamento della partecipazione prima presso i soci e successivamente, in mancanza, presso i terzi – e che, in caso di mancato collocamento entro centottanta giorni dalla comunicazione del recesso, le azioni vengano rimborsate mediante acquisto da parte della società utilizzando riserve disponibili anche in deroga a quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2357 c.c.. In base all'assetto normativo, appare chiaro come l'obbligazione di pagamento del valore di liquidazione delle azioni, che sorge in capo alla società e a favore del socio recedente, è strettamente collegata – in forza ad un nesso di corrispettività – con la corrispondente obbligazione, in capo al socio, di trasferimento in favore della società delle medesime azioni.

Diversamente non potrebbe essere intesa la funzione stessa dell'istituto del recesso che mira a garantire l'exit del socio dalla società, sicché il diritto alla liquidazione del valore della partecipazione si pone in rapporto sinallagmatico rispetto alla dismissione della quota. Ciononostante, nell'agire in giudizio il COMUNE, dato atto del fatto che le azioni per la cui liquidazione è causa risultano ancora a sé intestate, non solo non ha dedotto di essersi reso disponibile a trasferire le azioni medesime e, se del caso, di essersi visto opporre un rifiuto da parte di A., ma soprattutto non ha svolto alcuna domanda in proposito. Il COMUNE, invero, nonostante sussista, come visto, un obbligo ex lege per A. di acquistare la partecipazione ad oggi formalmente detenuta dall'attore, non ha richiesto l'emissione di una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. di trasferimento in favore della convenuta della partecipazione de qua, con la conseguenza che, se questo Tribunale accogliesse la domanda di condanna proposta, parte attrice si troverebbe a possedere un titolo esecutivo per ottenere il pagamento del valore di una partecipazione, che ancora non risulta aver trasferito in capo alla convenuta. La domanda di condanna di A. al pagamento della somma di euro 70.417,00 a titolo di liquidazione della partecipazione nella s.p.a. in A. non può pertanto trovare accoglimento. – *Omissis.*

Società *in house*, recesso dell'ente pubblico socio e liquidazione della partecipazione

Veronica Filippi *

Con la sentenza del Tribunale di Milano 27 marzo 2024, in conformità a quanto previsto dalla normativa sulle società a partecipazione pubblica relativamente alla dismissione delle partecipazioni pubbliche, il Tribunale di Milano, accertato il diritto di un ente pubblico alla liquidazione del valore delle azioni possedute dall'ente in una s.p.a. *in house*, ne rigetta la corrispon-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dente domanda di condanna al pagamento perché subordinata a una pronuncia costitutiva disponente il trasferimento della titolarità delle azioni da parte dell'ente pubblico alla società. Tale statuizione, però, pare implicitamente negare l'applicabilità al procedimento di dismissione delle azioni sociali possedute dagli enti pubblici del procedimento di liquidazione di cui all'art. 2437-*quater* c.c. operante in caso di recesso.
È tuttavia la stessa disciplina pubblicistica a rinviare al procedimento previsto dal Codice civile, che impone, una volta adottata la delibera comunale di dismissione della partecipazione e dopo il relativo tentativo di alienazione tramite procedure a evidenza pubblica, che gli amministratori della società partecipata offrano in opzione agli altri soci le azioni e, in caso di esito infruttuoso, ne tentino il collocamento presso terzi, restando il rimborso del loro valore da parte della società una sola (successiva e dunque eventuale) alternativa nell'ambito di tale procedimento.

La vicenda

Il caso in commento attiene al giudizio instaurato dal Comune di P. nei confronti di A. Spa, società *in house* costituita per la gestione del servizio pubblico locale di smaltimento dei rifiuti solidi urbani, per ottenere la condanna di quest'ultima al pagamento della liquidazione del valore delle azioni da esso possedute, dopo aver dichiarato dismessa la partecipazione con relativa delibera comunale.

In particolare, in conformità agli adempimenti e alla procedura che verrà *infra* meglio illustrata, il Comune di P., nell'ambito del procedimento di razionalizzazione delle proprie partecipazioni, aveva deliberato la dismissione della propria partecipazione in A. Spa e successivamente posto in essere il relativo tentativo di vendita previsto dalla normativa, rimasto tuttavia infruttuoso. Così, il Comune di P. chiedeva l'accertamento del suo diritto alla liquidazione del valore delle azioni in A. Spa e la condanna di quest'ultima al pagamento del relativo ammontare.

A. Spa si costituiva in giudizio, rilevando, tra il resto, che non avrebbe inteso sottrarsi ai propri obblighi di liquidazione della partecipazione del Comune di P., contestandone il solo ammontare, ma di vantare per contro un presunto credito nei confronti dell'attore, domandato in via riconvenzionale.

I giudici meneghini, con una decisione invero singolare, hanno accolto solo parzialmente le domande attoree, accertando da un lato il diritto del Comune di P. a ottenere il valore delle azioni in A. Spa ma, dall'altro, respingendo la relativa domanda di condanna atteso che, a loro avviso, il Comune di P. avrebbe dovuto invece richiedere l'emissione di una pronuncia costitutiva, previa offerta o comunque manifestata disponibilità dell'attore al trasferimento ad A. Spa della propria partecipazione.

Gli obblighi di dismissione delle partecipazioni pubbliche prima del TUSPP: come, quando e perché

La comprensione della vicenda e dei suoi risvolti giuridici impone una breve sintesi delle tappe dell'evoluzione legislativa relativa alla dismissione delle partecipazioni pubbliche[1]. L'obiettivo di limitare la possibilità per l'ente pubblico di costituire o comunque partecipare a società di produzione di beni o servizi che non fossero strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente stesso è stato per la prima volta enucleato dalla L. 27 dicembre 2007, n. 244[2], avente la finalità di razionalizzare le partecipazioni detenute dagli enti pubblici tramite la procedura di dismissione delle partecipazioni e la consequenziale cessione della quota a terzi con procedure a evidenza pubblica.

A fronte di varie problematiche di effettiva implementazione della norma[3], con l'art. 1, commi 23°-27°, L. 27 dicembre 2013, n. 147 è stata introdotta una disciplina limitativa della costituzione di società e del mantenimento di partecipazioni pubbliche, in base alla quale le pubbliche amministrazioni avrebbero dovuto cedere a terzi le società e/o partecipazioni vietate in quanto non inerenti con la loro missione istituzionale. Per far ciò, il 569° comma dell'art. 1 della citata Legge aveva introdotto, quale conseguenza della mancanza di acquirenti della partecipazione, la cessazione *ex lege* degli effetti delle partecipazioni da dismettere[4] e il relativo diritto di ottenere entro l'anno successivo

[1] In dottrina, *ex multis* Lirosi, *Il processo di razionalizzazione nel Testo Unico*, in Fimmanò, Catricalà, *Le società pubbliche*, Napoli, 2017, 1139; Marasà, *Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e supremazia del socio pubblico sul privato nel T.U.S.P.*, in Ibba, *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, Milano, 2019, 79; Marasà, *I limiti all'assunzione e al mantenimento delle partecipazioni sociali. Profili generali*, in Ibba, Demuro, *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 100/2017. Volume unico*, Bologna, 2018, 19.

[2] L'art. 3 della Legge prevedeva al 27° comma che "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. [...]" e al 29° comma che "entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni [...]".

[3] Oltre ai motivi di carattere politico, un evidente limite era dato dall'eventualità che non vi fossero acquirenti nell'ambito della procedura di cessione a terzi e che dunque, la norma, risultasse priva di effettività, v. Fabbiani, *Società pubbliche non necessarie: obblighi di dismissione e diritto di recesso*, in Fimmanò, Catricalà, *Le società pubbliche*, Napoli, 2017, 469.

[4] Tale previsione ha destato sin dalla sua introduzione numerosi dubbi; essa si riferiva infatti alla partecipazione non alienata mediante procedura a evidenza pubblica, e il principale punto critico atteneva alla verifica se per il socio recedente fosse precluso l'esercizio dei diritti sociali residuando solamente quelli patrimoniali, tramutatisi in un diritto di credito ovvero se, sino alla liquidazione della partecipazione, al socio residuassero tutti i diritti in quanto

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la liquidazione del valore della quota secondo i criteri stabiliti dall'art. 2437-*ter*, 2° comma, c.c. Tale previsione, nella sostanza sancente una supremazia della disciplina di finanza pubblica e, in generale, dell'interesse pubblico rispetto agli interessi, di natura privatistica, della compagine sociale e della società, avrebbe garantito così all'ente pubblico eventuale socio di minoranza di dismettere le proprie quote anche contro il volere della maggioranza dei soci e anche al di fuori di quanto previsto dal Codice civile agli artt. 2437 e 2473.

Come è stato osservato, il richiamo alla disciplina del recesso nelle società per azioni era limitato all'identificazione del valore della quota dismessa *sub* art. 2437-*ter* c.c. e non rinviava, invece, agli altri articoli inerenti all'istituto del recesso, e soprattutto al successivo art. 2437-*quater* c.c. avente a oggetto il procedimento di liquidazione della quota, così generando il rischio di porre gli altri soci in una condizione deteriore rispetto al socio pubblico dismettente la quota[5]. Tale preoccupazione aveva condotto una parte della giurisprudenza amministrativa e contabile[6] a ritenere perciò estensivamente applicabile alla dismissione delle partecipazioni pubbliche l'intero procedimento di liquidazione delle quote sociali previsto per le società per azioni.

Lo stesso rischio di disparità di trattamento tra soci nell'ipotesi limite di liquidazione della società, rischio concreto sia per il recedente pubblico sia per il recedente privato, era poi stato arginato con il successivo D.L. 19 giugno 2015, n. 78, che aveva introdotto il nuovo comma 569°-*bis* all'art. 1 della L. n. 147/2013. Tale comma, il quale sanciva, tra resto, che "la competenza relativa all'approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria appartiene, in ogni caso, all'assemblea dei soci"[7] (previsione che, come si dirà, verrà poi abrogata dal TUSPP), di fatto riduceva enormemente la portata applicativa del 569° comma perché conferiva all'assemblea dei soci e, non più al socio pubblico dismettente di minoranza, il potere di decidere in ordine alla dismissione (o meno) delle partecipazioni vietate.

Tale "potere" dell'assemblea era però stato oggetto di un'interpretazione restrittiva, che nel tentativo di non rinunciare alla supremazia del pubblico interesse alla dismissione delle partecipazioni non inerenti lo limitava nell'oggetto alle modalità di dismissione e ai criteri di quantificazione del valore della liquidazione, senza incidere perciò sull'*an* della dismissione[8]. Tale lettura peraltro è stata confermata ancora di recente anche dalla giurisprudenza di merito[9].

Segue. La dismissione delle partecipazioni pubbliche nel TUSPP

Sempre nell'ottica di ridurre radicalmente il numero dei soggetti che, sebbene costituiti in forma di società di capitali, perseguono scopi estranei alla *mission* pubblica propria dei relativi soci, la disciplina introdotta con il D.Lgs. n. 175/2016 ha previsto diversi meccanismi di razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, sia a regime secondo la disciplina dettata all'art. 20 TUSPP, sia di tipo straordinario secondo quanto previsto dall'art. 24 TUSPP, questi ultimi da effettuarsi entro il 30 settembre 2017.

In particolare, il citato art. 24 ha previsto che le partecipazioni detenute direttamente o indirettamente dalle amministrazioni in società non riconducibili alle categorie di cui all'art. 4 TUSPP[10] e che non soddi-

portatore di interessi pubblici realizzabili mediante l'esercizio di diritti sociali. In particolare, occorreva comprendere se fosse possibile mutuare la tesi secondo cui in tema di recesso del socio è attribuito alla società uno *ius poenitendi* con cui la società può porre nel nulla il recesso del socio pubblico eliminando gli effetti della delibera alla base del recesso, con maturazione del diritto di credito solamente al decorrere del periodo del recesso. Con riferimento alla società partecipata pubblica, il testo normativo pareva far discendere la perdita *ope legis* dello *status* di socio dall'esito negativo della procedura d'asta, sicché da quel momento maturava il diritto di credito in capo al socio. Sul punto, si veda Ambrosio, *Socio pubblico, obblighi di dismissione e diritti sociali*, in *Riv. Notar.*, 2020, 19.

[5] Centrone, *La revisione, straordinaria e periodica, delle società a partecipazione pubblica*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, Napoli, 2020, 1448-1449.

[6] Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia, 23 dicembre 2015, in *https://www.self-entilocali.it/wp-content/uploads/2016/01/CC-Sez.-controllo-FVG-del.-n.-158-15.pdf* n. 158 e T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 13 ottobre 2015, n. 1305, in *https://www.giustizia-amministrativa.it*.

[7] Tale previsione è stata interpretata recentemente nel senso che "la stessa va intesa solo come atto di ricognizione, ovvero di recepimento della decisione di dismissione e non come atto di adesione vera e propria", e ciò in quanto, diversamente opinando, si darebbe all'assemblea della società partecipata "la possibilità di impedire alle pubbliche amministrazioni la fuoriuscita da società aventi ad oggetto lo svolgimento di attività non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità, che il legislatore ha invece inteso agevolare" (Trib. Catanzaro, Sez. spec. in materia di imprese, sent., 18 luglio 2023, in *One LEGALE*).

Ma *contra*, Trib. Venezia, Sez. spec. Impresa, 4 maggio 2016, in *DeJure*, che afferma come "all'assemblea dei soci della partecipata spetta l'adozione di una delibera vera e propria che abbia ad oggetto 'l'approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria', e pertanto non una mera ratifica. Se, però, la disposizione non richiede una mera ratifica, non può escludersi che l'organo assembleare della partecipata possa sindacare la richiesta di recedere da parte dell'ente avuto riguardo alla sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 3, co. 27, 1. n. 244/2007 ovvero possa sindacare il rispetto della procedura di exit. Consegue che solo a seguito di delibera assembleare di "approvazione del provvedimento di cessazione della partecipazione societaria", quest'ultima potrà considerarsi cessata e l'ente, nel caso di specie A, quale socio cessato avrà diritto alla liquidazione del valore delle azioni".

[8] Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Lombardia, 21 dicembre 2016, n. 419, in *https://www.comune.milano.it/documents/20126/200621085/Delibera+Corte+dei+Conti+n.+419+del+2016.pdf/617ae40e-e7ce-86af-eee1-fa337131c1b5?t=1550676636062*.

[9] Trib. Trieste, Sezione specializzata in materia di impresa, 2 maggio 2019, con nota di Comazzetto e Marotta, *La dismissione delle partecipazioni societarie pubbliche: alcune questioni controverse*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2021, 3, 477 e segg.

[10] L'articolo, rubricato "Finalità perseguibili mediante l'acqui-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sfano i requisiti di cui all'art. 5, 1° e 2° comma, TUSPP o, ancora, che ricadono in una delle ipotesi di cui all'art. 20, 2° comma, devono essere alienate o formare oggetto delle misure di riassetto/razionalizzazione di cui all'art. 20 TUSPP. Per quanto qui di interesse, l'art. 24 TUSPP ha disposto un *iter* tassativo per le pubbliche amministrazioni, che entro il 30 settembre 2017 avrebbero dovuto effettuare la ricognizione delle partecipazioni possedute, comunicarne l'esito, mettere a disposizione i risultati alla Corte dei Conti e, conseguentemente, provvedere entro un anno dalla ricognizione[11] all'alienazione delle partecipazioni "vietate".

Nel caso di mancato ottemperamento a tale obbligo o, come nel caso analizzato, di esito infruttuoso del tentativo di vendita, il comma quinto dell'articolo richiamato sancisce in capo al socio pubblico il divieto di esercitare i diritti sociali nei confronti della società e, salvo in ogni caso il potere di alienare la partecipazione, la sua liquidazione in denaro in base ai criteri *ex* art. 2437-*ter* c.c., nel rispetto del procedimento *sub* art. 2437-*quater* c.c., riferimento normativo introdotto evidentemente sulla scia della giurisprudenza in allora oramai consolidata[12]. Si apre così una varietà di possibilità rispetto all'opzione del rimborso della quota da parte della società, che diviene di fatto alternativa all'offerta delle partecipazioni del recedente in opzione agli altri soci e al collocamento delle stesse presso terzi[13].

Il richiamo espresso all'art. 2437-*quater* c.c. è positivamente apprezzabile in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza contabile[14], unitamente all'abrogazione del summenzionato comma 569°-*bis* esso costituisce un punto di equilibrio tra le esigenze del socio pubblico dismettente, da un lato, e quelle degli altri soci, pubblici e privati, dall'altro lato.

Come è stato condivisibilmente osservato la mancata alienazione delle partecipazioni nel termine previsto potrebbe però non dipendere da cause riferibili all'inerzia della pubblica amministrazione dismettente (e dunque, in quanto tali, da "sanzionare"), ma a fattori esterni, come quello della non appetibilità della quota da alienare[15].

In ogni caso, la violazione degli obblighi di dismissione e alienazione determina l'applicazione della disciplina che consegue al recesso dell'azionista di una società per azioni[16]. La sanzione della liquidazione forzosa – che costituisce l'obiettivo primario rispetto invece agli esiti dello scioglimento, della liquidazione e successiva estinzione della società – viene così sostanzialmente affidata agli amministratori della società partecipata, come confermato dal rinvio all'art. 2437-*quater* c.c.[17].

Infine, nel 2019, la Legge di Bilancio ha introdotto alcune disposizioni volte a modificare e integrare il TUSPP. In particolare, è stata prevista la possibilità di derogare all'obbligo di alienazione e dismissione delle società inserite nel piano di razionalizzazione straordinario senza l'applicazione delle sanzioni previste relative al divieto di esercizio dei diritti di socio[18].

Alcune riflessioni in ordine alla natura della fattispecie

La dismissione delle partecipazioni pubbliche è stata inquadrata in differenti fattispecie: talora come "peculiare ipotesi di recesso di ordine pubblicistico, diversa dalle ipotesi di recesso contemplate nel codice civile e sganciata dalla relativa disciplina"[19], talora

---

sizione e la gestione di partecipazioni pubbliche", elenca infatti i casi tassativi in cui le pubbliche amministrazioni possono detenere legittimamente delle quote di partecipazioni in società di capitali.

[11] È disquisito se il tema del *dies ad quem* sia da individuarsi dall'avvio o dal perfezionamento della procedura di alienazione.

[12] *Ex multis*, Corte Conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Lombardia, 23 gennaio 2019, n. 3, in *https://www.cittametropolitana.mi.it/export/sites/default/portale/amministrazione-trasparente/controlli_e_rilievi_sull_amministrazione/doc/corte_dei_conti/Corte-dei-Conti_Deliberazione-3_2019_VSG_trasmissione-01.02.2019.PDF* e 29 marzo 2019, n. 116, ne Il Sole24Ore (NT+ Enti Locali & Edilizia); Corte Conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia, 23 dicembre 2015, n. 158, cit.; Corte Conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Veneto, 7 novembre 2016, n. 362, in *https://www.self-entilocali.it/wp-content/uploads/2016/11/CC-Sez.-controllo-Veneto-del.-n.-362-16.pdf*. *Contra* Corte Conti, Sez. regionale di controllo per la Regione Marche, 16 aprile 2014, n. 25, in *http://www.segretarientilocali.it/nuovo/A2014/Cdc/Marche25.pdf*.

[13] Bonura-Fonderico, *Il Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica. Il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, VI, 727.

[14] Corte dei Conti Lombardia, Sez. contr., 29 marzo 2019, n. 116, cit., in cui si legge che la novella legislativa "definisce dunque, in quest'ottica, un punto di incontro fra le esigenze del socio pubblico (presumibilmente, di minoranza) che intende dismettere la partecipazione societaria non conforme alle finalità istituzionali (o in contrasto con gli altri parametri posti dagli art. 4, 5, 20 e 24 del TUSP) e quella degli altri soci (spesso anch'essi pubblici), che avranno l'onere di reperire le risorse per liquidare il valore della quota del socio cessato o, in alternativa, di adottare le differenti misure previste dall'art. 2437-*quater* del codice civile.".

[15] La dottrina ha evidenziato che la legge non chiarisce se l'effetto della cessazione *ex lege* si verifichi solo quando, anche se la procedura finalizzata alla cessione delle azioni non è stata espletata, non è stato possibile individuare un acquirente (in quanto la gara, a esempio, è andata deserta) oppure anche nel caso in cui la procedura di alienazione non sia stata avviata o non si sia conclusa nei termini previsti dall'art. 24 TUSPP. Al riguardo Calcagnile, *La razionalizzazione delle società a partecipazione pubblica*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 4, 447.

[16] Marasà, *Considerazioni su riordino e riduzione delle partecipazioni pubbliche nel t.u. (d.lgs. 175/2016) integrato e corretto (d.lgs. 100/2017)*, in *Riv. Società*, 2017, IV, 795.

[17] Come rileva Marasà, *Razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche e supremazia del socio pubblico sul privato nel T.U.S.P.*, cit., 88, gli amministratori della società partecipata sono esposti al rischio della responsabilità erariale in caso di mancata solerzia nell'attivazione del procedimento, ma è anche vero che attivandosi nei termini di cui alla norma finirebbero per censurare il comportamento di chi li ha nominati.

[18] La deroga determina l'esigenza di una lettura coordinata di tale disciplina con quanto previsto dall'art. 20 TUSPP, che regola una procedura di carattere ordinario, con cadenza annuale, a decorrere dal 2018 per la razionalizzazione periodica delle partecipazioni.

[19] Trib. Catanzaro, Sez. spec. in materia di imprese, Sent., 18

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

come "decadenza *ope legis* dalla partecipazione"[20], talora come "ipotesi di recesso *ope legis* non soggetto all'applicazione della disciplina codicistica"[21].

Recenti pronunce di merito hanno al riguardo individuato alcuni punti fermi all'interno della disciplina, costituiti dall'insorgere del diritto dell'ente pubblico a ottenere la liquidazione della quota partecipativa e, secondo una conclusione ad avviso di chi scrive oramai superata, la disapplicazione della disciplina generale in tema di recesso, in quanto richiamata solamente in relazione ai criteri per la determinazione del valore della partecipazione[22].

Allo stato, invero, sembra prevalente l'opinione di chi ritiene che l'art. 24 TUSPP non sia sussumibile nella figura del recesso[23]. Secondo l'interessante ricostruzione offerta da una parte della dottrina, ad esempio, la fattispecie in esame sarebbe piuttosto inquadrabile in quella dell'azionista moroso (art. 2344 c.c.) che, pur mantenendo temporaneamente la titolarità della partecipazione sociale, quanto meno fino alla scadenza del termine decorrente dalla diffida ad adempiere, è inibito all'esercizio del diritto di voto[24].

Del resto, il recesso "comporta e presuppone l'espressione di una volontà, legata all'interruzione del rapporto societario"[25], elemento che non si ritrova in modo speculare nella fattispecie della dismissione delle partecipazioni pubbliche.

Ciò premesso, e come a breve si dirà, la legge è però chiara nell'estendere alla fattispecie in commento il relativo procedimento di liquidazione.

Riflessioni conclusive

Il tema in rassegna costituisce un interessante spunto di riflessione giuridica che porta a interrogarsi sulla possibilità di conciliare l'istituto del recesso, così come disciplinato dal diritto societario, finalizzato a tutelare la minoranza societaria, e quello della dismissione di partecipazioni pubbliche *ex* art. 24 TUSPP, speciale istituto amministrativistico volto alla progressiva razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche.

La sentenza consente in particolare di scandagliare molteplici punti.

Prima problematica attiene alle due diverse possibili fasi del procedimento delineato dall'art. 24 TUSPP, consistenti nel tentativo di alienazione tramite evidenza pubblica (4° comma), e nel successivo eventuale *step* di liquidazione della quota posseduta corrispondente al "procedimento di cui all'articolo 2437 *quater* del codice civile" (5° comma).

A parere di chi scrive sembra logico che il previo tentativo di vendita di cui all'art. 24 TUSPP non possa considerarsi sostitutivo dei singoli adempimenti prescritti dal Codice civile all'art. 2437-*quater* c.c. per la liquidazione della quota del socio recedente, che esprime la volontà del legislatore di cercare soluzioni implicanti un minor onere per la società, per i terzi e per il sistema in generale, nonché una maggior garanzia di solvibilità per il socio uscente[26]. Infatti, in seguito al tentativo di alienazione delle azioni possedute e oggetto di dismissione nella società partecipata, pare necessario porre in essere gli ulteriori *step* indicati dall'art. 2437-*quater* c.c., segnatamente l'offerta agli altri soci in opzione, il collocamento presso terzi delle azioni non cedute, e il rimborso delle azioni non cedute con acquisto delle medesime da parte della società con utilizzo delle riserve disponibili.

Nella decisione in commento il Tribunale di Milano pare aver seguito, però, la via alternativa, asserendo che "Il COMUNE, invero, nonostante sussista, come visto, un obbligo ex lege per ACCAM di acquistare la partecipazione ad oggi formalmente detenuta dall'attore, non ha richiesto l'emissione di una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. di trasferimento in favore della convenuta della partecipazione de qua". Tale lettura sembra non coerente con la lettera dell'art. 24 TUSPP che richiama *expressis verbis* il disposto di cui all'art. 2437-*quater* c.c. a chiarimento dei dubbi generati dal previgente assetto normativo sull'applicabilità o meno alla dismissione delle partecipazioni pubbliche del procedimento di recesso previsto per le società per azioni. Se infatti è vero che, a differenza della vecchia formulazione dell'art. 1, comma 569°-

luglio 2023, in *One LEGALE*; Fabbiani, *Enti pubblici e società partecipate*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò, Catricalà, Cantone, Napoli, 2020, I, 544.

[20] Vi è chi ha ritenuto condivisibile l'analisi della fattispecie quale fattispecie *extra ordinem* di cessazione automatica della partecipazione o, detto diversamente, di scioglimento *ex lege* del rapporto sociale limitatamente al socio ente pubblico. Anche prima dell'entrata in vigore del TUSPP, ad avviso della giurisprudenza contabile formatasi sotto la previgente disciplina di cui all'art. 3, commi 27°-29°, L. n. 244/2007 e all'art. 1, 569° comma, L. n. 147/2013, il riferimento testuale alle cessazione della partecipazione contenuto nelle disposizioni *de quibus* per il caso in cui la quota non fosse stata alienata nei termini non poteva e non doveva essere letto con un approccio letterale, a indicare una "estinzione automatica" della partecipazione in capo all'ex socio pubblico, col solo diritto di credito al corrispondente valore di liquidazione, ma l'ipotesi ivi delineata costituiva una ipotesi di recesso *extra ordinem*, ricondotto negli effetti, però, alla disciplina codicistica. V. al riguardo Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Friuli-Venezia Giulia, 23 dicembre 2015, n. 158, cit.; Corte Conti, Sez. reg. di controllo per la Regione Veneto, 7 novembre 2016, n. 362, cit.

[21] Per la ricostruzione, Bartalena, *"Cessazione" delle partecipazioni "vietate" nelle società miste, con digressioni sulle partecipazioni "a tempo" e sulla decorrenza degli effetti del recesso*, in *Società*, 2024, I, 54. In giurisprudenza, si veda Trib. Napoli, 6 luglio 2021, n. 6307, in *IlCaso.it*.

[22] Trib. Catanzaro, *cit.*, in *One LEGALE*.

[23] Bartalena, *op. cit.*, 57; Ambrosio, *Socio pubblico, obblighi di dismissione e diritti sociali*, in *Le società pubbliche*, a cura di Fimmanò, Catricalà, R. Cantone, Napoli, 2020, I, 572 parla di "procedura di recesso forzata".

[24] Fabbiani, *op. ult. cit.*, 544, nt. 8; Bartalena, *op. cit.*, 57.

[25] Cons. Stato, Sez. V, 7 maggio 2015, n. 3344, in *One LEGALE*.

[26] Chiloiro, *La portata precettiva dell'art. 2347-quater c.c.*, in *Società*, 2008, VIII, 1021 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

bis, L. n. 147/2013, la nuova norma ha inteso evitare di assoggettare l'*exit* del socio pubblico recedente a un controllo-autorizzazione della società partecipata, facendo sorgere il diritto del primo alla liquidazione della quota a fronte del diritto-dovere di dismissione della stessa, è però altresì vero che l'acquisto da parte della società della quota dismessa non costituisce necessariamente lo strumento tramite il quale giungere a tale risultato. In altri termini, sarebbe stato possibile che l'esito di tale *iter* fosse costituito, ad esempio, dell'acquisto della partecipazione (non da parte di A. Spa ma) da parte di uno dei soci rimanenti, a seguito dell'offerta in opzione.

Il procedimento che A. Spa e, in particolare, i suoi amministratori avrebbero dovuto seguire sarebbe dovuto passare attraverso una prima fase consistente nella deliberazione della cessione delle azioni, seguita da una successiva fase di procedura a evidenza pubblica per la loro vendita a terzi *ex* art. 10, 2° comma, TUSPP; successivamente, l'esercizio del diritto di recesso da parte dell'ente e la richiesta da parte di quest'ultimo di avviare il procedimento di liquidazione, con l'"innesco" dell'impegno finanziario della società per la liquidazione[27], giungendo così alle sotto-fasi previste dall'art. 2437-*quater* c.c. che costituiscono, anche e soprattutto per gli amministratori della società[28], tappe obbligate. In sostanza, oltre al diritto di credito, il socio dismettente pare altresì vantare un vero e proprio diritto[29] a che vengano avviate e coltivate le fasi del meccanismo sequenziale indicato[30], e ciò si ritiene anche a voler interpretare tale meccanismo come previsto nell'interesse dei soci restanti e della società a che l'esborso non avvenga in prima battuta a carico del patrimonio sociale, trattandosi infatti di un ragionevole contemperamento.

Piuttosto, dunque, che concludere per il rigetto della domanda attorea per mancanza di una domanda di una decisione costitutiva, bene forse avrebbero fatto i giudici meneghini, dopo aver accertato il diritto del socio recedente alla liquidazione del valore delle azioni, a individuare quale *petitum* corretto per il caso di specie la domanda rivolta agli amministratori di A. Spa di attivare il suddetto procedimento di liquidazione, in quanto potere ancillare a quello di alienazione della quota e dunque, a norma dell'art. 24, 5° comma, TUSPP, garantito al socio anche una volta decorso il periodo annuale previsto per tale alienazione.

In altri termini, ad avviso di chi scrive, la sentenza pone un'equivalenza tra liquidazione (intesa come *iter* delineato dall'art. 2437-*quater* c.c.) e acquisto delle azioni da parte della società e successiva liquidazione (che costituisce una sola fase, possibile e non necessaria, dell'*iter ex* art. 2437-*quater* c.c.).

Infine, diverso tema non trattato dalla sentenza è quello della necessità o meno della (ulteriore) formale comunicazione di recesso da parte della società dismettente che, dalla narrazione operata dalla sentenza, non è chiaro se vi sia stata o meno. Si ritiene infatti che la delibera di dimissione adottata dal socio dismettente a norma dell'art. 24 TUSPP non esoneri quest'ultimo dal dover effettuare una formale dichiarazione di recesso che, in quanto tale, produca anche effetti nei confronti della società.

Il decorso del termine annuale *ex* art. 24, 5° comma, TUSPP costituisce infatti il presupposto per l'operare del recesso, nel senso di una facilitazione, in favore del socio dismettente, del proprio diritto di *exit*, data dall'assenza di un vaglio da parte della società sulla legittimità del recesso e, dunque, sul ricorrere di una delle cause specificamente legittimanti (esso deriva infatti dalla mera volontà del socio recedente, seppur legata a un obbligo di legge). Tale presupposto, che *legittima* l'ente pubblico a recedere dalla società, non lo esonera però dal comunicare tale circostanza, manifestando la sua intenzione in tal senso alla società, e ciò anche al fine di consentirle di esperire le varie fasi previste dall'art. 2437-*quater* c.c.

Seppur non in modo esplicito, la pronuncia in commento, nella parte in cui afferma che era volontà della società partecipata procedere con la liquidazione del valore delle azioni, pare sottendere che, in realtà, tale comunicazione vi fosse stata.

---

[27] In tal senso, anche Caprara, *L'esenzione della* holding *pubblica pluripartecipata dalla razionalizzazione delle partecipazioni per "formale inattività"*, in *Contratto e impresa*, 2020, 903.

[28] Per completezza si precisa che l'onere di procedere con l'offerta in opzione agli altri soci, primo *step* delineato dall'art. 2437-*quater* c.c., sarebbe stato in capo alla società, così come anche gli eventuali adempimenti successivi. Al riguardo, Assonime, Circolare n. 68, Roma, 22 dicembre 2005, ove si legge che "Dalla disciplina risultano quattro obblighi e una facoltà degli amministratori. Mentre la facoltà di collocare le azioni inoptate presso terzi, proprio in quanto tale, se non posta in essere non genera alcuna responsabilità, gli obblighi, (costituiti dall'offerta in opzione; dal rispetto del diritto di prelazione dei soci sull'inoptato; dal rimborso mediante acquisto di azioni proprie e dalla riduzione del capitale) se violati, danno luogo a responsabilità degli amministratori".

[29] Callegari, *sub* art. 2437 *quater*, in *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, 1431. Sussistono tuttavia dubbi in merito allo *step* dell'alienazione delle azioni a terzi, che per taluni è una mera facoltà, mentre per altri rappresenta anch'essa elemento necessario del procedimento, non essendo rimessa a valutazioni di opportunità del legislatore (Rordorf, *Il recesso del socio nelle società di capitali: prime osservazioni dopo la riforma*, in *Società*, 2003, 928 e segg.).

[30] Pagni, (*Alcune*) *questioni processuali in tema di recesso del socio di società di capitali*, in *Società*, 2014, 35 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto del Lavoro

a cura di Mattia Persiani

con Emilio Balletti, Marina Brollo, Franco Carinci, Madia D'Onghia, Fiorella Lunardon, Valerio Maio e Michel Martone

Licenziamento disciplinare

Cassazione civile, Sez. lav., 29 agosto 2024, n. 23318 (ordinanza) – Pres. Pagetta – Rel. Amendola – Monte dei Paschi (avv.ti Burragato, Ichino e Casulli) c.m AA (avv. G. Pinelli). *Accoglie il ricorso.*

Lavoro subordinato – Licenziamento disciplinare – Fiducia del datore di lavoro – Irrilevanza delle conseguenze dannose dell'inadempimento

Considerato che tra la nozione di giusta causa e quella di giustificato motivo di licenziamento, la differenza è soltanto quantitativa, costituisce giustificato motivo di licenziamento disciplinare anche l'inadempimento che non abbia provocato danni o li abbia provocati in maniera esigua.

Omissis. – 5. La Corte ha tratto il convincimento che il licenziamento intimato dovesse essere annullato "per insussistenza dei fatti posti a base dello stesso", riconoscendo la tutela di cui al comma 4 dell'art. 18 novellato L. n. 300 del 1970, essendo "emersa l'insussistenza dei fatti nella duplice accezione di fatto insussistente (quelli di cui ai primi due punti della lettera di contestazione) e di fatti sussistenti (quelli di cui ai punti successivi) ma privi di illiceità".

(*Omissis*).

Motivi della decisione

(*Omissis*).

1.2. nella specie, dalla intestazione del ricorso, risulta che la Banca ha agito "in persona dell'Avv. D.D., nella sua qualità di Deliberante con Funzione "Legale in materia di Rapporti di lavoro" (Livello di Procura E7) a ciò espressamente autorizzato dalla delibera del Consiglio di Amministrazione della Banca stessa in data 27.5.2021 (all. A) e della conseguente procura speciale ai rogiti E.E., notaio in S, in data 15.5.2021 repertorio n. (*omissis*) registrata a S il 15.6.2021 al n. (*omissis*) (all. B)";

non è contestabile che la procura notarile specificamente indicata come "all. B" nell'intestazione dell'atto sia stata prodotta unitamente al deposito del ricorso per cassazione;

piuttosto nel controricorso si dubita che l'Avv. D.D. sia investito del potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, sostenendo che per il licenziamento sarebbero necessari livelli di procura più elevati rispetto a quello E7 speso da detto avvocato;

l'assunto non può essere condiviso.

(*Omissis*).

4. i successivi motivi di ricorso dal terzo al settimo sono suscettibili di valutazione congiunta, in quanto riguardano le altre contestazioni oggetto di addebito e presentano profili di interdipendenza e reciproca connessione;

sono fondati nei limiti segnati dalla motivazione che segue;

4.1. questa Corte ha costantemente ribadito, avuto particolare riguardo al regime instaurato con la L. n. 92 del 2012, che il giudice deve procedere ad una valutazione più articolata circa la legittimità dei licenziamenti rispetto al periodo precedente: in primo luogo deve accertare se sussistano o meno la giusta causa ed il giustificato motivo di recesso, secondo le previgenti nozioni fissate dalla legge, non avendo effettivamente la riforma del 2012 modificato le norme sui licenziamenti individuali (cfr. Cass. SS.UU. n. 30985 del 2017); nel caso in cui escluda la ricorrenza di una giustificazione della sanzione espulsiva, il giudice deve poi svolgere, al fine di individuare la tutela applicabile, una ulteriore disamina sulla sussistenza o meno delle diverse condizioni previste per l'individuazione dell'apparato sanzionatorio, in particolare quelle per accedere alla tutela reintegratoria; "sotto l'aspetto metodologico, (...), si tratta di due valutazioni diverse: l'una riguardante la esistenza della giusta causa e l'altra la tutela applicabile, che devono essere svolte autonomamente" (in termini, per tutte, Cass. n. 3076 del 2020; in conformità, Cass. n. 17492 del 2020; Cass. n. 30850 del 2021; Cass. n. 11665 del 2022; Cass. n. 13774 del 2022; Cass. n. 16973 del 2022; Cass. n. 26510 del 2023); mentre la prima valutazione ha come parametro esterno con cui regolare la fattispecie gli artt. 2119 c.c. e 3 della L. n. 604 del 1966, la seconda – che è successiva ed eventuale perché ha ingresso solo nel caso in cui il giudice ritenga il recesso ingiustificato alla stregua del primo parametro – trova il suo referente, nel caso che ci occupa, nell'art. 18 St. lav., come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), L. n. 92 del 2012, non a caso rubricato "Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo", a significare che in esso vi è la disciplina delle conseguenze sanzionatorie di un recesso giudicato illegittimo sulla base di un parametro normativo che è presupposto e altrove; le nozioni legali che contengono le causali giustificative del licenziamento disciplinare le descrivono o come "causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto" (ex art. 2119 c.c.) oppure come "un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro" (ex art. 3 L. n. 604 del 1996), con una variante meramente quantitativa fondata sulla gravità (tra molte, v. Cass. n. 6889 del 2002); esse sono destinate a coprire l'intera area del licenziamento "ontologicamente" disciplinare, ovvero motivato da una condotta colposa o comunque manchevole del lavoratore (Cass. SS.UU. n. 4823 del 1987; Corte cost. n. 204 del 1982); a tali nozioni legali deve

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

innanzitutto fare riferimento il giudice chiamato a verificare la legittimità di un licenziamento disciplinare, tenendo conto di una pluridecennale giurisprudenza di questa Corte che ha interpretato dette disposizioni nel senso che la riconduzione del fatto contestato e accertato alle ipotesi normative è frutto di selezione e valutazione di una pluralità di elementi, con "un giudizio complesso, che si relaziona, da un lato, alla portata oggettiva e soggettiva dei fatti contestati, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale; dall'altro lato, alla proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta, per stabilire se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del prestatore di lavoro, sia tale, in concreto, da giustificare la massima sanzione disciplinare" (in termini, Corte cost. n. 129 del 2024);

4.2. invero, secondo risalenti e consolidati orientamenti, il licenziamento può essere legittimamente intimato allorquando la condotta del lavoratore rivesta il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, di quello della fiducia (tra le recenti: Cass. n. 3120 del 2021; Cass. n. 14880 del 2020; Cass. n. 19092 del 2018; Cass. n. 14527 del 2018; Cass. n. 12798 del 2018); sia, cioè, un comportamento idoneo, per la sua gravità, a far venir meno la fiducia nei futuri adempimenti (tra le tante, Cass. n. 11806 del 1997; Cass. n. 5633 del 2001; Cass. n. 12777 del 2019) ovvero a far ritenere che la prosecuzione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, con particolare attenzione alla condotta del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti e a conformarsi ai canoni di buona fede e correttezza (Cass. n. 18195 del 2019; Cass. n. 13411 del 2020; Cass. n. 36427 del 2023);

esclusa ogni rilevanza delle percezioni meramente soggettive di parte datoriale (in principio Cass. n. 3744 del 1984 e Cass. n. 8847 del 1987), la valutazione del giudice deve essere condotta con riferimento non già al fatto astrattamente considerato, bensì agli aspetti concreti di esso, di modo che risulti come la specifica mancanza commessa dal dipendente, considerata non solo nel suo contenuto oggettivo, ma anche nella sua portata soggettiva, specie con riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui essa è stata posta in essere, ai suoi modi, ai suoi effetti ed all'intensità dell'elemento intenzionale dell'agente, risulti idonea a ledere, in modo tanto grave da farla venire meno, la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre in chi collabora nell'impresa e tale, quindi, da esigere sanzioni non minori di quella massima, definitivamente espulsiva; in particolare, detto accertamento deve essere svolto tenendo conto della qualità del singolo rapporto intercorso tra le parti, della posizione che in esso abbia avuto il prestatore d'opera e, quindi, della qualità e del grado del particolare vincolo di fiducia che quel rapporto comportava (ex pluribus, Cass. n. 5943 del 2002; Cass. n. 12798 del 2018; Cass. n. 3115 del 2021); avuto proprio riguardo alla qualità del rapporto e alla delicatezza dei compiti svolti, è stato più volte sottolineato che la condotta dei dipendenti di una banca impone una valutazione degli obblighi di diligenza e di fedeltà secondo criteri più rigorosi (Cass. n. 1475 del 2004; Cass. n. 5504 del 2005; Cass. n. 8293 del 2012; Cass. n. 9802 del 2015; Cass. n. 23605 del 2018); si è evidenziato come il comportamento scorretto del dipendente di una banca, a prescindere dal verificarsi di un effettivo danno di natura patrimoniale, possa ledere l'affidamento che non solo il datore di lavoro ma anche il pubblico devono riporre nella lealtà e correttezza del personale degli istituti di credito (Cass. n. 9576 del 2001; Cass. n. 1894 del 1998); indipendentemente dal conseguimento di un utile personale, il comportamento di un dipendente bancario "posto in essere in violazione delle procedure interne, dei diritti dei correntisti e dello specifico interesse datoriale al mantenimento di una affidabile e trasparente organizzazione del lavoro" è "idoneo a compromettere irrimediabilmente l'elemento fiduciario sotteso al rapporto di lavoro" (così Cass. n. 6901 del 2016); in diritto opportuno infine aggiungere, ai fini della contesa che ci occupa, che, in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, quando vengono contestati al dipendente diversi episodi rilevanti sul piano disciplinare, il giudice del merito non deve esaminarli atomisticamente, ma deve valutare complessivamente la loro incidenza sul rapporto di lavoro (cfr. Cass. n. 1890 del 2009; Cass. n. 6668 del 2004); si è pure precisato che ove siano stati contestati al dipendente diversi episodi rilevanti sul piano disciplinare, ciascuno di essi autonomamente considerato costituisce base idonea per giustificare la sanzione: non è dunque il datore di lavoro a dover provare di aver licenziato solo per il complesso delle condotte addebitate, bensì la parte che ne ha interesse, ossia il lavoratore, a dover provare che solo presi in considerazione congiuntamente, per la loro gravità complessiva, i singoli episodi fossero tali da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro (in termini: Cass. n. 18836 del 2017); ne consegue che, salvo questo specifico caso, ove nel giudizio di merito emerga l'infondatezza di uno o più degli addebiti contestati, gli addebiti residui conservano la loro astratta idoneità a giustificare il licenziamento (Cass. n. 454 del 2003; Cass. n. 24574 del 2013; Cass. n. 12195 del 2014);

4.3. al descritto percorso metodologico si è sottratta la Corte territoriale nella valutazione degli addebiti disciplinari di cui alle censure in esame;

4.3.1. infatti, dopo aver escluso che fosse emersa la prova che il A.A. avesse realizzato le condotte oggetto delle "prime tre contestazioni disciplinari", così accogliendo i "tre motivi di gravame" del lavoratore che, peraltro, riguardavano solo tali addebiti (v. pag. 60 della sentenza impugnata), la Corte di Appello ha scrutinato le altre contestazioni giungendo, per tutte, alla conclusione che fossero prive di rilievo disciplinare in quanto – come ricordato nello storico della lite – "scevre di offensività"; a supporto si argomenta, quanto alla "condotta di assegnazione alla B.B. della carta di credito gold", che mancherebbe "la prova, invero non fornita dalla banca che ne era onerata, che alla Sig.ra B.B. siano state addebitate, sul proprio conto, le spese di gestione della carta in questione"; per "la condotta contestata al capo 5", consistita in "operazioni di accredito inserite e poi annullate a breve distanza di tempo", si reputa "inverosimile quanto prospettato dalla difesa della Banca, secondo cui tali operazioni avrebbero potuto esporla a future rivendicazioni da parte dei clienti"; circa "la condotta contestata al punto 6", concernente l'addebito senza titolo sul conto di un cliente, si afferma che comunque il A.A. "ha provveduto a restituire l'importo di Euro 218,50 al cliente prima dell'avvio del procedimento disciplinare";

4.3.2. quindi la Corte, lungi dal verificare primariamente se tali condotte integrassero o meno degli inadempimenti rilevanti ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 2119 c.c. o 3 L. n. 604 del 1966, ha ragionato esclusivamente sulle loro conseguenze, peraltro apoditticamente escludendo ogni attitudine lesiva dei comportamenti ascritti al dipendente bancario; in particolare, ha trascurato di considerare il costante indirizzo secondo il quale, in tema di licenziamento disciplinare, è irrilevante, ai fini della valutazione della pro-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

porzionalità tra fatto addebitato e recesso, l'assenza o la speciale tenuità del danno subito dal datore di lavoro, elementi da soli affatto sufficienti ad escludere la lesione del vincolo fiduciario, perché ciò che rileva è la ripercussione sul rapporto di lavoro di una condotta suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento, in quanto sintomatica di un certo atteggiarsi del dipendente rispetto agli obblighi assunti (ex plurimis, nel corso degli anni, Cass. n. 8568 del 2000; Cass. n. 5434 del 2003; Cass. n. 16260 del 2004; Cass. n. 16864 del 2006; Cass. n. 19684 del 2014; Cass. n. 13168 del 2015; Cass. n. 8816 del 2017; Cass. n. 5542 del 2020); parimenti, il mancato conseguimento di un utile economico da parte del lavoratore non esclude che la sua condotta, per la sua oggettiva gravità, sia tale da scuotere la fiducia del datore di lavoro, giacché può assumere rilevanza disciplinare anche una condotta che sia idonea, per le modalità concrete con cui essa si manifesta, ad arrecare un pregiudizio, anche potenziale e non necessariamente di ordine economico, agli scopi aziendali (cfr. Cass. n. 15654 del 2012; Cass. n. 9802 del 2015);

pertanto, la mancanza di effettive conseguenze pregiudizievoli, in danno del datore o di terzi, ovvero l'assenza di concreti vantaggi, a favore del lavoratore o di terzi, così come l'eventuale comportamento successivo volto ad elidere gli effetti dannosi dell'atto contestato, non valgono, di per sé, ad escludere l'inadempimento e, quindi, la rilevanza disciplinare del fatto, potendo piuttosto concorrere, unitamente ad ogni altro fattore oggettivo e soggettivo palesato dal caso concreto, nella complessa valutazione giudiziale circa l'idoneità della condotta a giustificare la massima sanzione disciplinare;

4.3.3. è che l'opzione della Corte territoriale appare influenzata dall'avere fatto immediato riferimento nella soluzione della controversia, più che agli artt. 2119 c.c. e 3 L. n. 604-66, piuttosto all'art. 18, comma 4, St. lav., che regola le conseguenze del licenziamento già ritenuto illegittimo, nonché da una non perspicua lettura della giurisprudenza di legittimità che si è formata nell'interpretazione della disposizione statutaria novellata; nella delicata esegesi del nuovo criterio di graduazione delle tutele sancito dall'art. 18, questa Corte, infatti, ha ben presto statuito che la " insussistenza del fatto contestato" comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche l'ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, sia privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica, quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo soggettivo della imputabilità della condotta al dipendente, e, quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare (ab imo, Cass. n. 20540 e n. 20545 del 2015; conf. Cass. n. 18418 del 2016; Cass. n. 10019 del 2016; Cass. n. 13383 del 2017; Cass. n. 11322 del 2018; Cass. n. 3655 del 2019; v. pure Corte cost. n. 129-2024 cit.; principi di diritto estesi anche all'art. 3, co. 2, D.Lgs. n. 23 del 2015, da Cass. n. 12174 del 2019; conf. Cass. n. 3362 del 2023); nelle prime due sentenze del 2015, seguite da tutta la giurisprudenza successiva, si è icasticamente argomentato che "non è plausibile che il Legislatore, parlando di ' insussistenza del fatto contestato', abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione (...) in altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'articolo 18, comma 4"; tuttavia, per pervenire a dette conclusioni è stata valorizzata, sotto il profilo logico prima ancora che giuridico, l'assoluta sovrapponibilità dei casi di condotta materialmente inesistente a quelli di condotta che non costituisca inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero che non sia imputabile al lavoratore stesso; assoluta sovrapponibilità o completa irrilevanza giuridica del fatto che non può predicarsi laddove inadempimento vi sia e si possa discutere solo della sua eventuale idoneità a giustificare, in termini di gravità, la risoluzione del rapporto di lavoro; altrimenti ragionando in ogni caso di difetto di proporzionalità tra addebito e sanzione del licenziamento dovrebbe ritenersi applicabile la tutela reintegratoria, mentre, invece, "laddove in esito alla valutazione in concreto della fattispecie accertata, il giudice ravvisi una sproporzione tra la condotta non tipizzata (ndr. dalle previsioni della contrattazione collettiva) e la sanzione irrogata, risolto il rapporto di lavoro, dovrà applicare la tutela indennitaria dettata dal comma 5 dell'art. 18 citato rientrandosi in quegli "altri casi" che ai sensi del comma 5 dell'art. 18 sono ristorabili con la c.d. tutela indennitaria forte" (per tutte, Cass. n. 11665 del 2022), essendogli richiesto, in quella sorta di valutazione bifasica di cui si è detto, di accertare la sussistenza o meno della giusta causa o del giustificato motivo di recesso e, "nel caso in cui lo escluda, anche il grado di divergenza della condotta datoriale dal modello legale e contrattuale legittimante" (cfr., tre le prime, Cass. n. 13178 del 2017, in motivazione, e Cass. n. 32500 del 2018, richiamate anche da Cass. n. 11655-2022);

4.3.4. peraltro, la sentenza impugnata neanche spiega come possa considerarsi radicalmente priva di rilievo disciplinare la condotta del direttore di banca che, secondo quanto concordemente accertato dai giudici di prime cure, abbia: attivato una carta di credito all'insaputa della cliente e allo scopo di raggiungere obiettivi commerciali, domiciliando la carta presso la filiale e conservandola ivi col relativo PIN; effettuato accrediti fittizi sui conti di alcuni clienti, annullando poi le operazioni; addebitato somme sul conto di un ignaro cliente per un importo corrispondente agli accrediti operati in favore di altri clienti a titolo di rimborso spese varie; fuorviante, infine, appare il richiamo alla "offensività", espressione del principio di matrice penalistica secondo il quale la sussistenza del reato va, comunque, riscontrata alla luce della lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato "ex post"; considerata l'eterogeneità degli interessi protetti, il principio proprio del diritto penale può essere trasposto nel diritto civile ed assumere rilievo decisivo in materia disciplinare solo ove venga tipizzato dal legislatore il bene giuridico protetto (come nel caso della compromissione dell'immagine del magistrato per gli illeciti disciplinari di tale categoria, secondo quanto emerge esplicitamente dall'art. 3, lett. h), e dall'art. 4, lett. d), del D.Lgs. n. 109 del 2006, cfr. Cass. SS.UU. n. 25091 del 2010; Cass. SS.UU. n. 24672 del 2018);

5. in conclusione, respinti i primi due motivi di ricorso, devono essere accolti i motivi dal terzo al settimo nei sensi espressi nella presente motivazione, mentre va dichiarato assorbito l'ottavo, successivo in ordine logico-giuridico, in quanto attiene alla tutela applicabile solo nel caso in cui il licenziamento impugnato non sia considerato sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo soggettivo; la sentenza impugnata deve essere quindi cassata in relazione alle censure ritenute fondate, con rinvio alla diversa Corte di Appello indicata in dispositivo che si uniformerà a quanto statuito, provvedendo ad un nuovo esame della controversia secondo i principi richiamati in motivazione e liquidando anche le spese del giudizio di legittimità. – *Omissis.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le limitazioni alla tutela della conservazione del posto di lavoro delle quali non si parla a sufficienza

1. L'ordinanza annotata è sicuramente interessante anzitutto perché, risolvendo un'eccezione di inammissibilità del ricorso, indica con approfondite argomentazioni quale deve essere l'interpretazione dell'art. 77 c.p.c. che regola la rappresentanza processuale e sostanziale.

Interpretazione, però, che non interessa direttamente il giuslavorista la cui attenzione è attirata piuttosto da ciò che l'ordinanza annotata non solo riferisce, ma precisa e completa, l'insegnamento impartito dalla Suprema Corte con riguardo all'interpretazione della disciplina legislativa che tende a garantire quel bene essenziale che è il posto di lavoro.

Precisazione e completamento che risultano dalle complesse e articolate motivazioni con le quali è stata riformata la sentenza di merito che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento del dipendente di una banca perché alcuni dei fatti contestati pur sussistendo perché provati, non costituivano notevole inadempimento a ragione di ciò che, non risultando avessero prodotto danni alla clientela o alla banca datrice di lavoro, "erano privi di illiceità".

Per contro, con l'ordinanza annotata, i giudici di legittimità hanno confermato l'orientamento secondo il quale l'assenza, o l'esiguità, di danni conseguenti all'inadempimento non vale ad escludere l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo quando si tratti di licenziamento disciplinare.

2. Orbene, siffatto orientamento continua, a mio sommesso avviso, a suscitare perplessità, onde sembra opportuna una riflessione critica sulle motivazioni che lo sorreggono.

Ciò non solo, come vedremo tra poco, per la debolezza e la contraddittorietà di quelle motivazioni, ma anche perché, a ben vedere, quell'orientamento contrasta con tanti altri orientamenti giurisprudenziali, anche di legittimità, che, spesso anche coraggiosi, esprimono la costante preoccupazione di garantire la massima tutela possibile al lavoratore licenziato (cfr. da ultimo Cass. Sez. un. n. 23874 del 5 settembre 2024) ricorrendo, magari, anche ad interpretazioni *praeter legem*.

3. Per comprendere le ragioni delle rinnovate perplessità alle quali è stato ora fatto cenno, sembra opportuno prendere le mosse da ciò che la motivazione dell'ordinanza annotata si articola in due parti diverse, anche se tra loro connesse.

La prima parte è quella in cui viene eseguita un'attenta ricostruzione degli insegnamenti forniti dalla Suprema Corte sia con riguardo al modo in cui devono essere intesi i concetti di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento, sia con riguardo alle valutazioni che la disciplina dettata dalla L. n. 92/2012 chiede al giudice di eseguire quando è chiamato ad individuare le sanzioni applicabili nel caso in cui il licenziamento risulti illegittimo.

La seconda parte della motivazione è quella in cui si ribadisce che, quando si tratti di valutare la legittimità di un licenziamento disciplinare, è "irrilevante, ai fini della proporzionalità tra fatto addebitato e recesso, l'assenza o la speciale tenuità del danno subito dal datore di lavoro".

4. Della prima parte della motivazione, tre sono le argomentazioni che, seguendo quello che ritengo sia un ragionevole ordine logico, mi sembra necessario mettere in evidenza ai fini del discorso che segue.

La prima argomentazione è quella con la quale si ribadisce che è legittimo anche il licenziamento intimato per una condotta del lavoratore che, pur non costituendo inadempimento notevole, riveste tuttavia il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, di quello della fiducia del datore di lavoro nei futuri adempimenti.

La seconda argomentazione è quella con la quale si ribadisce che la verifica della legittimità del licenziamento disciplinare comporta la valutazione di una pluralità di elementi e, quindi, richiede "un giudizio complesso, che si relaziona, da un lato alla portata oggettiva e soggettiva dei fatti contestati, alle circostanze delle quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale e, d'altro lato, alla proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta".

Infine, la terza argomentazione, in realtà non frequente nella giurisprudenza anche se non nuova, è quella secondo la quale la differenza tra la nozione legale di giusta causa, quale risulta dall'art. 2119 c.c., e quella di giustificato motivo soggettivo, quale risulta all'art. 3 della L. n. 604/1966, non è una differenza qualitativa, ma una differenza "meramente quantitativa fondata sulla gravità".

5. Nella seconda parte della motivazione, viene anzitutto premesso che la condotta dei dipendenti di una banca impone una valutazione degli obblighi di diligenza e di fedeltà secondo criteri più rigorosi.

Si imputa, poi, ai giudici del merito di aver violato la legge avendo ragionato esclusivamente sulla base delle conseguenze degli inadempimenti posti in essere dal dipendente anche perché non può essere utilmente utilizzato il concetto di "offensività" perché rilevante esclusivamente nella prospettiva propria del diritto penale.

Ed è metta l'impressione che a questa conclusione i giudici di legittimità sono pervenuti per l'influenza esercitata dalla prima delle argomentazioni contenute nella prima parte della motivazione (cfr. n. 4 che precede) che, oramai, è determinante, ma che, nella sostanza, conferma l'antica concezione secondo la quale un licenziamento è legittimo se è stata lesa la fiducia del datore di lavoro.

Orbene, questa argomentazione, come sostenni già nel 1971, suscita notevoli perplessità per le ragioni che seguono.

6. Anzitutto, continuo a ritenere che quella argomentazione contrasta con la disciplina legislativa vigente perché non tiene conto della sua evoluzione (cfr. M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

alla conservazione del posto, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro* diretto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, Padova, 1971 e, più recentemente M. Persiani, *Confessioni di un giuslavorista nonagenario sui limiti del potere di licenziamento*, in *Arg. Dir. Lav.,* 2021, 1113 e segg.).

Per comprendere a pieno le ragioni di questa affermazione, deve essere ricordato quello che avvenne ai primi del secolo scorso, quando l'industrializzazione fece avvertire ai datori di lavoro l'esigenza di non disperdere la conoscenza delle nuove tecniche di produzione acquisite dai propri dipendenti che per la prima volta lavorano nelle fabbriche e non nei campi.

Esigenza derivante da ciò che l'art. 1628 c.c. del 1865 consentiva che il contratto di locazione di opere potesse essere stipulato soltanto "a tempo o per una determinata impresa" e che favorì la prassi di stipulare contratti di locazione di opere a tempo indeterminato.

7. Quella pratica poneva, però, il problema di sapere se, e come, i rapporti di locazione di opere a tempo indeterminato potevano essere estinti.

Problema derivante da ciò che, oramai, non essendo più previsto un termine, la legge prevedeva che i rapporti giuridici si potevano estinguere soltanto "per mutuo dissenso o per cause autorizzate dalla legge" (art. 1123 c.c. del 1865) senza, però, prevedere il recesso dai rapporti di locazione di opere (art. 1628 c.c. del 1865).

8. Francesco Carnelutti propose quella che si può ritenere una soluzione tecnica: l'applicazione analogica delle disposizioni di legge che prevedevano il recesso tutte le volte si fosse trattato di rapporti di durata; non solo quelli derivanti dai contratti di mandato, ma anche quelli derivanti dai contratti di società e di locazione di cose (artt. 1758, 1761, 1733 e 1609 c.c. del 1865).

Senonché, prevalse la soluzione che si può ritenere sociologica-politica proposta da Ludovico Barassi.

Venne, cioè, ritenuto che, essendo il rapporto derivante dal contratto di locazione di opere caratterizzato dalla fiducia, se la fiducia viene meno, viene necessariamente meno anche il rapporto di lavoro.

E si noti che, muovendo in questa prospettiva, la Corte di cassazione di Milano, già nel 1892, aveva ritenuto che "la fiducia è un quid imponderabile" e, cioè, un sentimento che, al pari dell'antipatia, non si può pretendere sia materialmente provato.

9. La legge sull'impiego privato del 1924, confermò la libertà del licenziamento, ma prevedeva l'obbligo di dare preavviso (art. 9) e il diritto del lavoratore all'indennità di anzianità a meno che il licenziamento non fosse stato intinato per *giusta causa* (artt. 9 e 10).

Orbene, per il legislatore del 1924, la giusta causa poteva essere costituita soltanto da una "mancanza" e, cioè, da un inadempimento così grave da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

Di conseguenza, almeno ai fini del diritto all'indennità di anzianità, dal 1924 si doveva ritenere che la giusta causa non poteva consistere nella lesione della fiducia del datore di lavoro.

10. Senonché, il Codice civile del 1942, non solo ha confermato la libertà di licenziamento, ma, ai fini del diritto al l'indennità di anzianità, è tornato ad assegnare rilevanza alla fiducia del datore di lavoro.

Ed infatti, l'art. 2119 c.c., non prevede più, come la legge sull'impiego privato del 1924, che la giusta causa di licenziamento è costituita da una "mancanza", ma prevede che la giusta causa è "una (qualsiasi) causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro".

Di conseguenza, dottrina e giurisprudenza escludevano che la giusta causa debba essere necessariamente un inadempimento e, quindi, affermavano potesse anche esser costituita soltanto da una lesione della fiducia del datore.

11. Se mai, è da dire che, nel tempo, la giurisprudenza ha tentato, almeno in due modi, di attenuare l'inevitabile soggettività che caratterizza il concetto di fiducia del datore di lavoro.

12. In primo luogo, i giudici hanno ritenuto che la lesione della fiducia del datore di lavoro alla quale è consentito assegnare rilevanza è soltanto quella che riguarda i futuri adempimenti.

Certo, in tal modo la fiducia del datore di lavoro rileva soltanto nella prospettiva del rapporto di lavoro con esclusione dei fatti personali del lavoratore.

Senonché, l'impressione è che se ci saranno, o no, futuri inadempimenti non solo non è un fatto, ma, a ben vedere, potrebbe riguardare anche lavoratori che fino a quel momento non abbiano posto in essere inadempimenti.

Ed infatti, anche le vicende personali, il carattere, le tendenze, le ideologie, i comportamenti precedenti, potrebbero dare l'impressione che esiste nel futuro una qualche probabilità di non adempiere.

13. In secondo luogo, i giudici, e anche l'ordinanza annotata, ritengono che deve essere "esclusa ogni rilevanza alle percezioni meramente soggettive di parte datoriale" dovendosi valutare se, in base agli aspetti concreti, la specifica mancanza del lavoratore "risulti idonea a ledere in modo tanto grave da farla venir meno, la fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre in chi collabora nell'impresa e tale, quindi, da esigere sanzioni non minori di quella massima".

Senonché, ad un attento osservatore non può sfuggire che, a prescindere dalle considerazioni che seguono (cfr. n. 14 e segg.), anche questo limite si riduce ad un giuoco di parole e non è idoneo a superare l'inevitabile soggettività della valutazione del datore di lavoro che, come si diceva tanto tempo fa, è, nella sostanza, un sentimento che, come l'antipatia, non può essere dimostrato (cfr. n. 7 che precede).

Ed infatti, da un lato, manca l'indicazione di quali sarebbero i criteri oggettivi che devono essere utilizzati per escludere ogni rilevanza alle "percezioni meramente soggettive" del datore di lavoro e, d'altro lato, si continua inammissibilmente a far riferimento al grado di gravità della lesione della fiducia del datore di lavoro e non già, come prevede la legge (cfr. n. 16 che segue), alla gravità dell'inadempimento.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

14. Soprattutto, deve essere segnalato che la rilevanza della lesione della fiducia del datore di lavoro che è stata confermata nella prima delle argomentazioni di cui alla prima parte della motivazione dell'ordinanza annotata (cfr. n. 4 che precede), contrasta con la disciplina legislativa vigente.

Ed infatti, l'evoluzione della disciplina legislativa impone, oramai, di interpretare l'art. 2119 c.c. nel senso che la giusta causa di licenziamento consiste esclusivamente in un inadempimento.

Ciò perché quella disposizione deve essere necessariamente interpretata nel contesto della disciplina che regola il licenziamento, onde l'interpretazione che assegna rilevanza alla fiducia, oltre che alla formulazione del testo (cfr. n. 10 che precede), era condizionata dalla disciplina che regolava il licenziamento senza preavviso.

15. Orbene, la L. n. 604/1966, a differenza di quanto prevedeva l'art. 2118 c.c. e per i casi in cui questo non continua a trovare applicazione, condiziona la legittimità del licenziamento con preavviso all'esistenza di un giustificato motivo e, quando si tratta di licenziamento disciplinare, l'art. 3 di quella legge dispone che il motivo deve essere un "notevole inadempimento".

Ne consegue che, per effetto della necessaria applicazione del principio della totalità ermeneutica secondo il quale una nuova legge introdotta nell'ordinamento illumina di significato delle disposizioni di legge già esistenti, l'art. 2119 c.c. deve essere, oramai, interpretato nel senso che la giusta causa è sempre, e soltanto, un inadempimento.

E se questa non fosse l'interpretazione che oramai deve essere data all'art. 2119 c.c., questa disposizione sarebbe una disposizione irrazionale, e quindi costituzionalmente illegittima, perché consentirebbe di licenziare per giusta causa, e senza preavviso, il lavoratore che non poterebbe essere licenziato con il preavviso non avendo posto in essere un "notevole inadempimento", ma soltanto leso la fiducia del datore di lavoro.

16. Ma v'è di più. La prima delle argomentazioni contenuta nella motivazione della ordinanza annotata e secondo la quale la giusta causa di licenziamento può essere costituita anche dalla lesione della fiducia del datore di lavoro si pone in contraddizione con la terza di quelle argomentazioni (cfr. n. 4 che precede).

Ed infatti, anche in questa occasione, i giudici di legittimità hanno preso atto che, per effetto dell'evoluzione della disciplina legislativa, la differenza tra giusta causa e giustificato motivo di licenziamento è, oramai, soltanto una differenza quantitativa.

Orbene, se la differenza è soltanto quantitativa ciò significa che i fatti che costituiscono "giusta causa" e quelli che costruiscono il "giustificato soggettivo" sono omogenei e hanno, quindi, la stessa natura giuridica con la conseguenza che sono, e non possono che essere, "notevoli inadempimenti".

Ciò perché, a fronte della diversa formulazione dell'art. 2119 c.c. (che potrebbe consentire continuare ad assegnare rilevanza alla fiducia del datore di lavoro) e dell'art. 3, L. n. 604/1966 (che assegna rilevanza esclusiva al "notevole inadempimento"), prevale quest'ultima sia perché temporalmente posteriore (art. 15 disp. prel. c.c.) sia perché maggiormente coerente con i principi costituzionali nella misura in cui consente una più intensa tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro.

17. Le considerazioni fin qui svolte fanno, quindi, ritenere che, nel nostro ordinamento, tra gli inadempimenti esiste una gerarchia basata sulla diversità di gravità

Ed infatti, secondo il diritto comune (ancora ispirato al brocardo *de minimis non curat praetor* e che è destinato a regolare rapporti tra soggetti che si presume siano pari tra loro), l'inadempimento che consente la risoluzione del contratto è quello che non sia "di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra" (art. 1455 c.c.).

Ed invece, per legittimare il licenziamento con preavviso, l'inadempimento, come dispone l'art. 3 della L. n. 604/1966, deve essere "notevole" (e, cioè, come dice il dizionario Devoto-Oli "superiore alla media costituita dalla generalità") e ciò perché, dovendosi tener conto dei principi sanciti dalla Costituzione repubblicana, si tratta di tutelare l'interesse di un soggetto economicamente debole a conservare quel lavoro che gli fornisce i mezzi di vita.

Infine, il licenziamento senza preavviso è, oramai. legittimato, come si deve ritenere oramai disponga l'art. 2119 c.c., da un inadempimento che non solo è "notevole", ma che deve anche impedire "la prosecuzione anche provvisoria del rapporto di lavoro".

18. A questo punto, e a conferma delle conclusioni raggiunte ben può essere considerata anche la seconda argomentazione contenuta nella motivazione dell'ordinanza annotata.

Con quella argomentazione è stato ribadito l'insegnamento tradizionale secondo il quale la valutazione dell'esistenza di un giustificato motivo di licenziamento, per essere corretta, richiede un giudizio complessivo che non può essere limitato all'elemento soggettivo, ma deve necessariamente nel conto anche dell'elemento oggettivo.

Orbene, l'elemento soggettivo del quale è necessario tener conto rileva esclusivamente nella valutazione dell'inadempimento perché questo giustifica il licenziamento soltanto se è "notevole", nel senso che l'assenza di intenzionalità, ovvero la mancata diligenza o l'eventuale imperizia del lavoratore inadempiente, possono anche far ritenere che l'inadempimento non sia "notevole".

Per contro, non avrebbe senso che dell'elemento soggettivo si tenga conto soltanto quando si tratti del datore di lavoro che ha subito l'inadempimento e si ritenga che questo, pur non essendo "notevole" ha provocato una lesione della fiducia.

19. Per la parte del datore di lavoro, dunque, rileva esclusivamente l'elemento oggettivo che è costituito

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dalla gravità, o no, dell'inadempimento e ciò per due ragioni.

La prima ragione è che, come avvertito anche nella motivazione della ordinanza annotata, una volta che il licenziamento è una sanzione disciplinare è necessario dare applicazione anche al principio di proporzionalità (art. 2106 c.c.), che, oltretutto, è principio di civiltà giuridica. Pertanto, è necessario valutare se l'inadempimento del lavoratore, a ragione della sua gravità, esiga "sanzioni non minori di quella massima" ed esiga, cioè, il licenziamento, ovvero comporti soltanto l'irrogazione di sanzioni conservative.

La seconda ragione è che, per essere "notevole" l'inadempimento deve avere maggiore gravità rispetto a quello che, secondo il diritto comune, consentirebbe la risoluzione del contratto, onde non è sufficiente che non sia "di scarsa importanza avente riguardo all'interesse dell'altra parte" (art. 1455 c.c.).

20. Di questa gerarchia non ha tenuto conto l'ordinanza annotata nonostante che, con la terza argomentazione contenuta nella prima parte della motivazione, afferma che la differenza tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo è, come effettivamente è, una differenza esclusivamente quantitativa (cfr. n. 4 che precede).

Mattia Persiani

Contratto collettivo di diritto comune

Cassazione civile, Sez. lav., 18 marzo 2024, n. 7203 (ordinanza) – Pres. Patti – Rel. Riverso – A.A, B.B. (avv. B. Spinosa) – Risorse per Roma SpA (avv.ti D. Dal Bo, P. Pozzaglia). *Accoglie il ricorso, cassa la sentenza e rinvia alla Corte d'Appello di Roma.*

Lavoro (rapporto) – Contratto collettivo applicabile – Perdurante vigenza art. 2070 c.c. – Contrattazione di diritto comune – Volontà delle parti contraenti – Interpretazione – Adesione alle clausole contrattuali – Comportamento concludente delle parti – Onere della prova

Nel vigente ordinamento del rapporto di lavoro subordinato l'individuazione della disciplina contrattuale applicabile è operata unicamente sulla base delle regole dei contratti in generale e quindi in base della volontà delle parti, risultante, oltre che da espressa pattuizione, anche implicitamente dalla protratta o non contestata applicazione di fatto di un determinato contratto collettivo. L'art. 2070 c.c. svolge pertanto una funzione residuale e sussidiaria e non opera perciò nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune che spiega efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti ed a coloro che implicitamente o esplicitamente al contratto abbiano prestato adesione. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Con l'unico articolato motivo di ricorso i ricorrenti deducono anzitutto la nullità della sentenza per violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e il pronunciato, dal momento che essi avevano affermato che essendo unica l'attività di impresa unico dovesse essere il CCNL applicato ai dipendenti dall'impresa convenuta.

2.– In secondo luogo, i ricorrenti hanno lamentato la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2070 c.c. in quanto se l'attività di impresa è unica, uno soltanto può essere il CCNL applicato in azienda, quello già applicato in modo costante nei confronti degli altri assunti in precedenza.

3.– Infine hanno sollevato una doglianza per motivazione incongrua ed omessa pronuncia.

4.– Le articolate censure dedotte dai ricorrenti con l'unico motivo di ricorso devono ritenersi fondate, nei termini e nei limiti di seguito indicati. Deve ritenersi pacifico ed accertato in giudizio, anche nella sentenza impugnata, che (...) Spa – azienda in house del Comune di –*omissis* – non eserciti distinte attività di impresa. Tanto risulta palese dall'accertamento operato in premessa sullo statuto della società esaminato dalla Corte d'appello, la quale ha concluso sul punto che l'oggetto sociale della società è la prestazione di servizi vari in favore di (*omissis*) e che solo "in via strumentale" è previsto lo svolgimento di altre operazioni (anche commerciali).

5.– È inoltre accertato in giudizio che, a fondamento della domanda svolta, i due lavoratori ricorrenti avessero affermato che (...), pur non esercitando distinte attività, applicasse tuttavia due distinti CCNL; ed avevano richiesto che fosse applicato anche a loro il contratto del Terziario distribuzione e servizi in base al "criterio volontaristico" dell'obbligo derivante dalla "scelta datoriale" già operata con l'applicazione di fatto dello stesso CCNL a tutti gli altri assunti in precedenza (diverse centinaia di dipendenti). Come ricorda la sentenza (a pag. 2, 3 con ripresa a pag. 7) i ricorrenti hanno sostenuto che, "applicando il CCNL terziario agli altri lavoratori assunti prima, (...) aveva stabilito quale contratto collettivo dovesse applicarsi ai propri dipendenti", e chiedevano l'accertamento della vincolatività della contrattazione collettiva applicata in base ai criteri di diritto comune.

6.– Ciò posto, la Corte di appello ha anzitutto travisato la domanda svolta la quale, come si è visto, sotto il profilo della causa petendi, non si fondava sulla presenza di due attività (di cui una di natura accessoria); bensì sul fatto che (...) Spa svolgesse una unica attività e che in conseguenza del proprio comportamento concludente –consistente nell'applicazione reiterata de facto del contratto collettivo – rimanesse pertanto obbligata anche nei confronti dei nuovi assunti ad applicare un unico CCNL, lo stesso CCNL Terziario Distribuzione e Servizi già applicato ai dipendenti assunti in precedenza (pag. 2, 3, 7 sentenza: "applicando il CCNL Terziario agli altri lavoratori assunti prima (...) aveva stabilito quale contratto collettivo dovesse applicarsi ai propri dipendenti").

7.– A questa prospettazione attorea la Corte non ha risposto, avendo invece deciso la causa come se i ricorrenti avessero invocato il diverso "criterio merceologico" delle attività svolte (di cui all'art. 2070, commi 1 e 2 c.c.) finendo per affermare, seguendo tale via normativa, che fosse corretta l'applicazione del CCNL Multiservizi in quanto corri-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

spondente all'effettiva attività per la quale lavoravano i ricorrenti; abbandonando così il presupposto fondamentale della domanda, costituito dall'applicazione di fatto in azienda del CCNL Terziario all'unica attività svolta, su cui poggiava la prospettazione attorea.

8.– Inoltre, deve ritenersi comunque fondata la censura di falsa applicazione dell'art. 2070, comma 1 e 2 c.c. atteso che la Corte di appello, richiamando entrambe le disposizioni appena citate, ha affermato in primo luogo che, ai sensi dell'art. 2070 c.c. comma 1, l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determini secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore; e che, in base al comma 2, in ipotesi di distinte attività aventi carattere autonomo, si applichino ai rispettivi rapporti di lavoro le norme dei contratti collettivi corrispondenti alle singole attività. A tale articolato richiamo normativo ha fatto seguito l'affermazione per cui i lavoratori ricorrenti avrebbero dovuto allegare e provare quale fosse l'attività principale effettivamente esercitata, dovendo essi dimostrare che rientrasse nella sfera di applicazione del CCNL terziario, di cui rivendicavano l'applicazione.

9.– Tali affermazioni non possono però essere condivise, posto che, oltre a rivelarsi contraddittorie (avendo la stessa Corte affermato che (...) Spa eserciti in realtà una unica attività di servizi), sono errate anche in diritto, sotto vari profili. In primo luogo, perché, al contrario di quanto ritenuto nella sentenza gravata, in materia di individuazione della sfera soggettiva del contratto collettivo occorre confrontarsi con la mai superata ricostruzione civilistica delle relazioni sindacali, operata dalla giurisprudenza di legittimità (a partire da Cass. sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665).

10.– Ed invero, nell'interpretare in termini di "sopravvivenza" gli artt. 2069 e 2070 c.c., e facendo propria la riconduzione dell'autonomia collettiva "alle regole civilistiche, tanto da giustificare la definizione dei contratti in questione come negozi giuridici di "diritto comune", le Sezioni Unite hanno stabilito che "Il comma 1 dell'art. 2070 cod. civ. (secondo cui l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore) non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti ed a coloro che, esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiano prestato adesione".

11.– Pertanto, come confermato senza eccezioni nella successiva produzione giurisprudenziale, l'art. 2070 c.c. non si applica più nel nostro ordinamento, salvo (in relazione alla residua disposizione del 2° comma) il caso in cui "l'imprenditore svolga diverse attività economiche, sia iscritto alle rispettive associazioni sindacali ed occorra individuare il contratto collettivo applicabile al personale addetto alle singole attività" (così Sez. Un. n. 26665/1997 cit.); e fatto, altresì, salvo il rispetto dell'art. 36 della Cost., quando non risulti applicata alcuna contrattazione collettiva ovvero sia dedotta l'inadeguatezza della retribuzione contrattuale rispetto all'effettiva attività lavorativa esercitata. Con le eccezioni appena indicate (attraverso cui, in definitiva, si torna a salvaguardare la categoria dell'attività effettiva), l'ordinamento in vigore consente, quindi, al datore di lavoro di autodeterminare la categoria di appartenenza ovvero di poter applicare un contratto collettivo anche se stipulato da organizzazioni operanti in un settore produttivo diverso rispetto a quello nel quale si trovi concretamente ad operare (Cass. n. 26742/2014, n. 9964/2003, n. 11372/2008).

12.– Per tali motivi, sulla scorta di questo risalente e consolidato orientamento giurisprudenziale, nel vigente ordinamento del rapporto di lavoro subordinato, regolato da contratti collettivi di diritto comune – nella carenza di una specifica disciplina normativa e della perdurante inattuazione dell'art. 39 della Cost. – l'individuazione della contrattazione collettiva va fatta unicamente sulla base delle regole dei contratti in generale ed attraverso l'indagine della volontà delle parti, risultante, oltre che da espressa pattuizione, anche implicitamente dalla protratta e non contestata applicazione di fatto di un determinato contratto collettivo. 12.1. È stato invero puntualizzato da questa Corte di cassazione che l'obbligo del rispetto del CCNL sorga in prima battuta per i rapporti individuali intercorrenti fra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti (Cass. 13 ottobre 2021, n. 27923, Cass. n. 5596/01, Cass. 42001/2021). 12.2. Inoltre, in modo assolutamente costante, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che, in mancanza dell'iscrizione di entrambe le parti del rapporto alle associazioni stipulanti ovvero in alternativa al vincolo per associazione, sono altresì obbligate all'applicazione di un determinato contratto collettivo le parti che "abbiano espressamente aderito ai patti collettivi oppure li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione, senza contestazione alcuna, delle relative clausole" (così, Cass. 31 dicembre 2021, n. 42097, Cass. 13 ottobre 2021, n. 27923 cit.). L'eventuale adesione ad un'organizzazione sindacale di categoria non rappresenterebbe altro, quindi, che una delle declinazioni possibili dei c.d. "atti di volontà", capaci, giuridicamente, di manifestare la comune intenzione di accettare che il rapporto di lavoro sia sottoposto a una specifica disciplina collettiva (in questi termini, Cass. 2 maggio 2019, n. 11537). Le stesse Sezioni Unite 26 marzo 1997, n. 2665 citate avevano specificato "che dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo i contratti collettivi (...) possono avere efficacia soltanto *in volentes*, ossia, ancora, che la loro efficacia, non estesa alla generalità, è limitata a quanti, con l'iscrizione alle associazioni sindacali, hanno a queste conferito la rappresentanza dei propri interessi nella stipulazione dei contratti collettivi", dunque, con una adesione espressiva di una "caratteristica" rappresentanza (art. 1387 e ss. c.c.).

13.– Dalla ricostruzione giurisprudenziale compiuta risulta che il contratto collettivo di diritto comune è efficace *ex* art. 1372 c.c., dal punto di vista soggettivo, nei confronti delle parti stipulanti (e, cioè, da un lato, le organizzazioni sindacali dei lavoratori e, dall'altro, le associazioni sindacali dei datori di lavoro o direttamente il datore di lavoro), nonché *ex* art. 1387 e ss. c.c. nei confronti dei lavoratori e dei datori di lavoro che alle parti stipulanti hanno conferito mandato, in base alle regole sulla rappresentanza. Inoltre, in conformità alla propria natura, il contratto collettivo è aperto all'adesione da parte dei datori di lavoro e dei lavoratori non iscritti ai sindacati stipulanti. Come si è visto, la giurisprudenza ha ritenuto che la volontà del datore di lavoro di obbligarsi ad applicare il contratto collettivo possa essere desunta non solo dall'iscrizione all'associazione stipulante o da un esplicito atto di adesione al recepimento del contratto collettivo, ma anche attraverso fatti o comportamenti concludenti, che sia pure implicitamente esprimono la volontà del datore di lavoro di applicare la disciplina collettiva. Di conseguenza, il contratto collettivo è efficace anche nei confronti delle parti del rapporto di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lavoro che, pur non essendo iscritte ai sindacati stipulanti, abbiano volontariamente aderito alla disciplina del contratto collettivo, o l'abbiano comunque recepita.

14.– Nella prassi, tale recepimento viene solitamente effettuato mediante una esplicita clausola inserita nei contratti individuali di lavoro, con la quale si fa rinvio alla disciplina o al trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo nazionale del lavoro (adesione esplicita); oppure quando il datore ne fa applicazione in via di fatto, seppur in assenza di adesioni espresse o il lavoratore ne chieda l'applicazione in via giudiziale (adesione implicita).

15.– Nel caso di specie, è propria quest'ultima l'ipotesi di vincolatività che è stata posta alla base della domanda dai ricorrenti, atteso che il datore di lavoro (non iscritto ad alcuna associazione stipulante l'uno o l'altro contratto collettivo in discussione) era vincolato al CCNL Terziario – in base alla pregressa e costante applicazione di fatto nei confronti di tutti gli altri assunti in precedenza, quale che fosse il servizio effettuato e l'epoca della loro assunzione – mentre i lavoratori ricorrenti vi hanno prestato adesione con la richiesta di applicazione del contratto, pure invocata con la domanda giudiziale.

16.– Inoltre, quanto alla posizione processuale ed all'onere della prova, va ribadito come nel caso in esame non sia stato contestato che (...) facesse costante applicazione del CCNL Terziario prima dell'assunzione dei ricorrenti, i quali pertanto, alla luce della causa petendi azionata, non erano onerati di dimostrare che i loro rapporti dovessero rientrare nell'ambito di efficacia dello stesso CCNL in ragione dell'effettiva attività svolta ai sensi dell'art. 2070 erroneamente richiamato nella sentenza impugnata; dovendo essere sottolineato che la reiterata e costante applicazione di fatto del CCNL all'interno di una medesima impresa (nei confronti di centinaia di lavoratori assunti reiteratamente con contratti regolati dal medesimo CCNL) configura un comportamento concludente con valore negoziale, con insorgenza a carico del datore di lavoro dell'obbligo di rispettare il medesimo CCNL anche nei confronti dei nuovi assunti i quali ne abbiano richiesto l'applicazione.

17.– Infine, va pure evidenziato che, come risulta dalle memorie conclusive depositate da entrambe le parti, nel caso di specie il medesimo CCNL del Terziario Distribuzione e Servizi sia stato pure applicato da ...) in corso di causa, a partire dal novembre 2023, ai medesimi ricorrenti i quali risultano quindi già inquadrati nella classificazione professionale di cui al CCNL invocata nella domanda quale indice del comportamento concludente osservato dal datore nel senso dell'obbligatorietà dell'applicazione del CCNL anche nei confronti dei nuovi assunti e della realizzazione dell'uniformità del trattamento.

18. In conclusione, il ricorso deve essere accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata, con rinvio al Giudice del merito, indicato in dispositivo, che procederà altresì alla regolazione delle spese del giudizio di cassazione.

19.– *Omissis.*

Il delicato equilibrio tra l'art. 2070 c.c. e il contratto collettivo di diritto comune

Giuseppe Paone*

L'ordinanza della Cassazione civile n. 7203/2024 in commento ripercorre l'itinerario concettuale consolidato in materia di applicabilità dell'art. 2070 c.c. riletto alla luce del principio di libertà sindacale e di efficacia soggettiva della contrattazione di diritto comune. Il giudice di legittimità muove una critica al giudice di secondo grado responsabile di aver commesso due errori interpretativi: il primo è quello di non aver compreso la doglianza dei ricorrenti attribuendo loro una volontà inespressa e di aver pertanto deciso la causa sulla base di una domanda travisata; il secondo è quello e di aver continuato a *ius dicere* applicando norme e principi concepiti nell'ordinamento corporativo e divenuti asfittici con l'avvento della Costituzione repubblicana ed in particolare con il principio di libertà sindacale.

La questione controversa

Due lavoratori di una società in house del comune di R. adivano il giudice di primo grado al fine di ottenere l'accertamento del diritto all'inquadramento secondo la classificazione del CCNL applicato dalla società prima della loro assunzione (Terziario Distribuzione e Servizi) in luogo di quello riservato loro (c.d. Multiservizi); chiedevano, di conseguenza, la condanna al pagamento delle differenze retributive tra i due trattamenti previsti. Il giudice di primo grado rigettava la domanda ed il giudice di appello rigettava il ricorso; riteneva quest'ultimo che i ricorrenti non avessero assolto all'onere di provare il fatto costitutivo della loro pretesa ovvero che, ai sensi dell'art. 2070 c.c. primo comma, l'attività principale svolta dalla società datrice rientrasse nel perimetro del contratto invocato (Terziario) e non in quello applicato (Multiservizi). Non avevano neppure dimostrato che le attività svolte e per le quali erano state assunti fossero attività accessorie rispetto all'attività principale ascrivibile nella sfera di applicazione del contratto invocato. Insoddisfatti dell'esito del giudizio di secondo grado i soccombenti censuravano la sentenza d'appello in quanto emessa in violazione del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e denunciavano la falsa applicazione dell'art. 2070 c.c. In particolare deducevano di aver invocato fin dal principio l'applicazione di un solo contratto collettivo stante l'unicità dell'attività d'impresa e chiedevano continuità nell'applicazione del CCNL già applicato ai lavoratori assunti in precedenza. Il giudice di legittimità nella sentenza in commento ritiene pacifico che la società datrice abbia applicato due diversi CCNL nella medesima azienda e che i ricorrenti abbiano richiesto il trattamento previsto dal CCNL riservato ai di-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pendenti assunti in precedenza sulla base di una scelta volontaria del datore. Censura la decisione di secondo grado che ha travisato la domanda attorea e soprattutto ha errato nella ricostruzione del portato normativo dell'art. 2070 c.c. senza tener conto che, dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo, la sua applicazione deve essere compatibile con il diritto comune dei contratti.

La disciplina del contratto collettivo di categoria nel prisma della storia

Il contratto collettivo di categoria del settore privato ha assunto storicamente nell'ordinamento italiano almeno quattro tipologie: il contratto collettivo corporativo, il contratto collettivo di diritto comune, il contratto collettivo forgiato dal legislatore costituente con l'art. 39 Cost. e quello recepito nel decreto legislativo ai sensi della L. n. 741/1959[1]. Il contratto corporativo, disciplinato dal codice civile agli artt. 2068-2081, era dotato di tipicità legale e, stante al disposto dell'art. 1 delle c.d. preleggi, poteva vantare la natura di fonte del diritto legale e non solo sociale[2]. L'organizzazione corporativa faceva perno attorno al concetto di categoria professionale; quest'ultima veniva enucleata attraverso l'emanazione di atti autoritativi dello Stato. La soppressione dell'ordinamento corporativo travolse tutti gli istituti ad esso afferenti; il contratto corporativo come tipo legale cessò di esistere rimanendo salva la vigenza dei contratti corporativi in essere fino alla loro sostituzione[3]. Con l'avvento della Costituzione repubblicana però i commi 2°, 3°, 4° dell'art. 39 non furono mai attuati e pertanto il contratto collettivo prefigurato dal legislatore costituente non vide mai la luce sia per la diffidenza delle centrali sindacali a sottoporsi a misurazione e controllo sia perché la disciplina contemplata fu ritenuta troppo contigua al modello corporativo[4]. In assenza di una disciplina legale pertanto la costruzione di una teoria del contratto collettivo e soprattutto della sua sfera di efficacia fu affidata dalla dottrina e dalla giurisprudenza al regime c.d. di diritto comune ovvero ai principi del codice civile[5]. L'autonomia collettiva è una *species* dell'autonomia privata e pertanto libera di regolare l'interesse professionale senza essere funzionalizzata a perseguire fini pubblicistici[6]. La mancata attuazione dell'art. 39 Cost. ha dato luogo ad una disciplina composita che è scaturita da una serie di compromessi tra il prevalente principio privatistico di libertà e la sempre viva tensione di una parte della giurisprudenza di utilizzare almeno in parte la disciplina dettata dal codice civile al tempo dell'ordinamento corporativo (ad esempio, oltre l'art. 2069 e 2070 c.c. anche l'art. 2077 c.c.)[7].

La perdurante vitalità dell'art. 2070 c.c. secondo la ricostruzione della giurisprudenza

Come può dunque coesistere la vigenza dell'art. 2070 c.c. con il mutato quadro sistematico inaugurato dall'entrata in vigore della Costituzione e dei principi di libertà in materia sindacale? L'ordinanza in commento cerca di fornire una risposta a questo interrogativo e si iscrive all'interno dell'orientamento giurisprudenziale, ormai maggioritario, cristallizzato nella sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 1997[8]. Nel sistema di libera contrattazione infatti la categoria costituisce il *posterius* ovvero il prodotto dell'accordo collettivo e non il suo *prius*[9]. Ciò implica che l'inquadramento dell'impresa in una certa categoria è governato dal principio volontaristico; pertanto è possibile un inquadramento "innaturale". Eppure "la vischiosità de-

---

[1] F. Carinci, R. De Luca Tamajo-P. Tosi-T. Treu, *Diritto del Lavoro, 1. Il diritto sindacale*, 1994, 280.

[2] La L. 3 aprile 1926 n. 563 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro stabiliva che le associazioni sindacali legalmente riconosciute dei datori di lavoro e dei lavoratori avessero la personalità giuridica e la rappresentanza legale di tutti i soggetti per cui erano state costituite, "vi siano o non vi siano iscritti", nell'ambito della circoscrizione territoriale dove operavano (art. 5). I contratti collettivi da esse stipulati avevano effetto verso tutti i soggetti rappresentanti (art. 10, 1° comma). Si era in presenza di fonti eteronome del diritto oggettivo, vale a dire efficaci anche coloro che non avevano aderito o erano contrari, così che essi vennero inseriti tra le fonti del diritto dall'art. 1, n. 3, delle disposizioni preliminari al codice civile del 1942 e la loro violazione o falsa applicazione era suscettibile di essere denunciata in cassazione *ex* art. 454 c.p.c.

[3] Per un quadro d'insieme della fase storica in argomento M. Martone, *La fase corporativa*, in Persiani (a cura di), *Le fonti del diritto del lavoro*, in M. Persiani-F. Carinci, in *Trattato di Diritto del Lavo*ro, I, 2010, 61.

[4] E. Gragnoli, *Il contratto nazionale nel lavoro privato italiano*, 2021, 16: "L'art. 39, commi secondo, terzo e quarto, era troppo legato alla logica corporativa, immaginando una pesante ingerenza dello Stato, con la registrazione, sull'essere e sul fare delle associazioni, con un negoziato unitario, regolato sul piano formale e destinato a portare ad una sola intesa"; A. Vallebona, Istituzioni di diritto del lavoro, I Il diritto sindacale, 2008, 83: "le ragioni storiche di questa inattuazione costituzionale sono state: il timore sindacale di ingerenze da parte dello Stato, in anni ancora troppo vicini all'esperienza corporativa; il rifiuto da parte dei sindacati meno numerosi di contare comparativamente gli iscritti, passando così da una situazione di formale parità ad una situazione di attestata minoranza; il rifiuto sindacale della regolazione per legge del diritto di sciopero prevista dall'art. 40 Cost., la cui attuazione avrebbe probabilmente accompagnato quella dell'art. 39; la obiettiva difficoltà di istituire un'anagrafe sindacale".

[5] Per uno sguardo d'insieme sulla dottrina M. Persiani, *Il contratto collettivo di diritto comune nel sistema delle fonti di diritto del lavoro*, *Arg. Dir. Lav.*, 2004, 13 e segg.; A. Lo Faro, voce "Contratto collettivo (lavoro privato)", in *Enc. Dir., Annali*, VI, 2013, 204; M. Rusciano, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, 2003.

[6] Per un lucido quadro sulle variegate posizioni della dottrina R. Romei, *L'autonomia collettiva nella dottrina giuslavorista: rileggendo Gaetano Vardaro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2011, 183 e segg.

[7] R. Romei, *op. cit*. 186 e segg.

[8] Cass. civ., Sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, in *Giust. Civ*., 1997, 1203 nota di G. Pera; *Mass. Giur. Lav*., 1997, 739 nota di R. Scognamiglio; in *Giur. It*., 1998, 916 nota di M. Marazza.

[9] M. Novella, *Applicazione del contratto collettivo e categoria professionale. Vecchi e nuovi problemi,* in *Riv. Giur. Lav*., 1999, I, 358: Se, infatti, la categoria ha natura convenzionale, cade la base oggettiva di riferimento dell'art 2070 c.c.: "Il rinvio alla categoria professionale quale sfera di applicazione del contratto collettivo non è più un rinvio 'fisso' a una nozione oggettiva persistente, bensì diviene un rinvio ad una nozione variabile, dipendente dalle determinazioni dell'autonomia collettiva. Essendo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gli orientamenti della giurisprudenza, l'influenza persistente delle categorie concettuali utilizzate dal vecchio ordinamento e le difficoltà di risolvere le problematiche giuridiche di un contratto non inquadrabile in modo soddisfacente nelle sole disposizioni sul contratto in generale", [10] hanno favorito l'ultrattività dell'articolo in questione che manifesta tutt'oggi segni di perdurante vitalità. La disposizione è stata elaborata al fine di reperire un criterio di inquadramento individuale delle parti del rapporto di lavoro attraverso il riferimento all'attività datoriale; per consentire questa operazione doveva essere già operante la parcellizzazione dei settori della produzione ai quali corrispondeva uno o più contratti collettivi in relazione ad eventuali ulteriori segmentazioni della categoria. Il criterio introdotto dalla norma mirava pertanto a pervenire all'inquadramento individuale per il tramite della categoria di appartenenza tra quelle esistenti e conseguentemente alla selezione del contratto collettivo applicabile per i singoli datori e lavoratori. Nella contrattazione collettiva ispirata al principio di libertà sindacale e disciplinata dal diritto dei contratti non vi è però una coincidenza necessaria tra le categorie sindacali e i gruppi professionali identificati dal legislatore a vari fini o dagli istituti di statistica [11]. Ogni nozione ontologica di interesse collettivo, precostituita dalla composizione o da una struttura cristallizzata dei gruppi professionali che il sindacato si limiterebbe a riconoscere, [12] si è infatti dissolta con l'avvento del principio di libertà sindacale. La categoria sindacale, pur essendo enucleabile attraverso il riferimento ad elementi del mondo del lavoro e dell'economia, rappresenta "una produzione identitaria del gruppo, che si determina, appunto, da sé" [13]. Parimenti la categoria negoziale (o campo di applicazione del contratto) è frutto del gioco compromissorio delle relazioni sindacali affidato alle dinamiche contrattuali. Ecco la ragione per la quale, nel provvedimento in commento, il giudice di legittimità censura il tentativo del giudice di secondo grado di scrutinare l'ambito della categoria di riferimento attraverso un esame oggettivo dell'attività statutaria dell'impresa datrice ed effettivamente espletata piuttosto che affidarsi all'unico criterio utile: l'esame della volontà delle parti. L'impianto metodologico che tenta di ricavare il contratto applicabile dall'attività imprenditoriale non è più congruo rispetto al mutato quadro costituzionale.

Quale funzione riesce dunque a svolgere l'art. 2070 c.c. nel mutato quadro sistematico? Un primo possibile effetto utile della disposizione è stato individuato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 26 giugno 1969 n. 105 [14], laddove ha distinto il momento dell'inquadramento collettivo, negozialmente libero, da quello individuale governato dall'articolo in questione esclusivamente in un microcosmo di contratti efficaci *erga omnes* (L. n. 741/1959 c.d. Vigorelli) [15]. Al fine di invocarne la perdurante applicabilità fu in un primo momento qualificata come norma non direttamente legata all'ordinamento corporativo o addirittura di ordine pubblico con l'obiettivo di impedire alle parti individuali l'utilizzo di un contratto collettivo con ambito oggettivo distonico rispetto all'attività datoriale. Più recentemente alla norma è attribuita una funzione residuale o suppletiva [16] laddove il contratto individuale contenga un rinvio vago e pertanto inidoneo ad individuare un contratto collettivo applicabile ovvero per il caso in cui il datore di lavoro sia affiliato a più organizzazioni sindacali e quindi sorga la necessità di individuare un criterio di selezione.

La giurisprudenza però ha elaborato un ulteriore effetto utile molto più penetrante e di matrice costituzio-

---

un rinvio a una nozione aperta, non necessariamente sarà riscontrabile coincidenza con il criterio merceologico di composizione della categoria prefigurato nell'art 2070 c.c.".

[10] M. Ferraresi, *Criteri di applicazione del contratto collettivo di categoria*, *Art. 2070*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 2021, 4.

[11] Categoria legale, categoria sindacale e categoria negoziale sono concetti non sempre sovrapponibili. Per un accurato esame terminologico si veda G. Centamore, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020, 8 e segg. nonché M. Ferraresi, *op. cit*., 69 e segg. La previsione della categoria o ambito soggettivo di efficacia presente di regola in apertura del testo contrattuale attiene essenzialmente all'oggetto del contratto ed è perciò manifestazione del libero consenso dei contraenti. Essi determinano sul piano obbligatorio in quale ambito merceologico siano destinati ad essere regolati i reciproci rapporti; sul piano normativo quali tipi di attività, riferita all'impresa o ai lavoratori, dovranno assoggettarsi alle disposizioni del contratto collettivo. Come è stato efficacemente sostenuto le determinazioni presenti nella premessa dei contratti collettivi e che definiscono il perimetro applicativo della disciplina hanno un "valore meramente ottativo, dipendendo l'applicabilità delle stesse dalla volontà dei datori di lavoro di adottare quella regolamentazione collettiva" (M. Novella, *op. cit*.). In sintesi: le organizzazioni professionali possono stipulare contratti che si riferiscono a un settore o a tipi di attività estranei a quelli statutari essendo le previsioni interne indifferenti rispetto alla validità dell'accordo collettivo e potendo solo incidere all'interno dell'ordinamento intersindacale. Parimenti le organizzazioni collettive potrebbero accettare l'adesione da parte di soggetti individuali non contemplati dalle norme statutarie senza effetti sull'applicabilità e vincolatività dei contratti sempre se recepiti. Alle parti del rapporto di lavoro è consentito concordare il rinvio a contratti collettivi pensati per la regolazione di ambiti diversi da quello in cui il contratto individuale è destinato ad inserirsi.

[12] B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, 1992, 111.

[13] G. Centamore, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020, 9.

[14] *Foro It.*, 1969, I c. 2082 e segg.

[15] La legge Vigorelli aveva conferito rilevanza giuridica non già a categorie identificabili secondo astratti concetti classificatori delle attività produttive e professionali, ma alle categorie quali risultanti dalla spontanea organizzazione sindacale e dalla stipulazione collettiva. Obiettivo della legge non era infatti quello di allargare gli ambiti di applicazione dei contratti collettivi recepiti nei decreti (cioè le categorie come definite dai contratti medesimi) ma di estendere la loro applicazione anche ai datori di lavoro non iscritti alle organizzazioni stipulanti e ai lavoratori da esse dipendenti. Ai fini dell'applicazione del contratto collettivo esteso *erga omnes*, essendo irrilevante l'affiliazione sindacale del datore di lavoro era necessario valutare se l'attività effettivamente svolta rientrasse nel campo di applicazione del contratto collettivo esteso e ciò in maniera perfettamente speculare al disposto dell'art. 2070 c.c.

[16] Trib. Roma, 11 febbraio 2020, n. 1355; Cass. civ., 18 dicembre 2014, n. 26742.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nale. Nel sistema del diritto comune l'art. 2070 c.c. permetterebbe di reperire il contratto collettivo da assumere quale parametro di valutazione della retribuzione sufficiente costituzionalmente dovuta, a prescindere dal contratto collettivo applicato[17]. Per operare questa selezione la giurisprudenza è costretta ad abbandonare il criterio volontaristico di scelta del contratto applicabile per salvaguardare un bene ritenuto privilegiato ed identificato da una norma inderogabile: la retribuzione sufficiente (art. 36 Cost.). Il lavoratore che ritenga che il contratto collettivo applicatogli non gli garantisca il minimo costituzionale può invocare l'applicazione di un diverso contratto collettivo sulla base del criterio oggettivo desumibile dall'art. 2070 c.c. primo comma. Sarà a quel punto il giudice a dover vagliare l'adeguatezza dell'importo della retribuzione costituzionalmente garantito[18] con evidente possibile corto circuito tra due principi costituzionali rappresentati dall'art. 39 Cost. comma primo e l'art. 36 Cost.

Un' ulteriore applicazione dell'art. 2070 c.c. è stata caldeggiata nel caso in cui vi sia la necessità di selezionare il contratto collettivo parametro oggetto di un rinvio legislativo[19]. Se il principio di libertà sindacale impone che siano le parti a contingentare l'ambito di applicazione del contratto ed anche a scegliere, tra più contratti quello che loro ritengano debba essere la fonte del loro rapporto, l'interpretazione giurisprudenziale permette di conferire un contenuto ad una norma di rinvio priva di riferimenti utili. In questo senso la norma non sarebbe stata abrogata con il venir meno dell'ordinamento corporativo ma configurerebbe uno strumento tecnico che, in presenza di un obbligo di applicare i contratti collettivi, consentirebbe di selezionarne uno soltanto sulla base dell'attività svolta dal datore di lavoro[20]. In un sistema strutturato di relazioni industriali governato da un centro che, seppur operante in un ambito privatistico, permette in ogni caso una selezione[21] il rinvio può essere agevolmente determinato. Laddove il sistema delle relazioni sindacali sia frammentato e acefalo ovvero quando esistano più contratti collettivi che investano i medesimi settori produttivi a quale contratto dovrà fare riferimento l'interprete e, di conseguenza, verso quale disciplina dovrà rivolgersi il giudice? Quale criterio selettivo potrà adoperare? Il criterio che tende ad affermarsi è quello della maggior rappresentatività comparativa ovvero quello stipulato dai soggetti più qualificati[22].

La scelta del contratto collettivo applicabile al rapporto di lavoro come *quaestio voluntatis*

L'ordinanza in commento ritiene accertato in giudizio che "a fondamento della domanda svolta, i due lavoratori ricorrenti avessero affermato che "[la società datrice], pur non esercitando distinte attività, applicasse tuttavia due distinti CCNL; avevano richiesto che fosse applicato anche a loro il contratto del terziario distribuzione e servizi in base al criterio volontaristico dell'obbligo derivante dalla scelta datoriale già operata con l'applicazione di fatto dello stesso CCNL a tutti gli altri assunti in precedenza (diverse centinaia di dipendenti)". L'istituto del diritto privato che la giurisprudenza e una dottrina risalente hanno inizialmente utilizzato al fine di circoscrivere l'efficacia soggettiva del contratto collettivo è stato quello della rappresentanza degli aderenti alle organizzazioni di categoria: gli effetti giuridici di determinati atti posti in essere da un soggetto (il rappresentante) sono imputati direttamente ad un altro soggetto (il rappresentato) nel cui nome ed interesse sono stati compiuti. L'adesione di una parte al rispettivo sindacato, secondo la ricostruzione giurisprudenziale, equivarrebbe al conferimento di un mandato a rappresentarne gli interessi anche tramite la stipula di un contratto collettivo[23]. L'equiparazione tra iscrizione al sindacato e rappresentanza è stata una forzatura dettata dalla giurisprudenza[24]. Nel modello italiano sin dagli anni 50 si è consolidata la tesi secondo la quale, per ottenere l'applicazione del contratto collettivo, si dovesse avere riguardo prevalentemente all'affiliazione del datore di lavoro[25]. Lo sforzo interpretativo percepito come maggiormente urgente è tradizionalmente rimasto quello di indicare come ovvero per il tramite di quale istituto giuridico si possa consentire ad un contratto collettivo di spiegare efficacia qualora il datore di lavoro non sia affiliato a nessuna organizzazione di categoria. La giurisprudenza ha ritenuto applicabile il contratto collettivo anche quando, pur non essendo il datore iscritto a nessun sindacato stipulante, le parti

[17] Cass. civ., 8 maggio 2008, n. 11372, in *Mass. Giur. Lav*. 2008, 624.

[18] Cass. civ., 23 giugno 2003, n. 9964 laddove la Corte ha optato per riferirsi al CCNL delle industrie alimentari invece del CCNL metalmeccanico artigiano applicato da un'impresa artigiana del settore alimentare.

[19] Per una rassegna di casi G. Centamore, *op. cit*. 148 e segg. nonché M. Ferraresi, *op. cit.*, 107 e segg.

[20] G. Centamore, *op. cit*., 171.

[21] Sono considerati fattori ordinatori: la presenza di centrali sindacali ordinatrici dei settori di contrattazione, la stipulazione da parte di sindacati di categoria a rappresentanza largamente maggioritaria la tendenziale esistenza di un solo contratto collettivo per settore merceologico.

[22] Ad es.: art. 2, 25° comma, L. n. 549/1995 (in tema di minimale contributivo); art. 26, 1° comma, D.Lgs. n. 148/2015 (in tema di costituzione di fondi di solidarietà bilaterali); art. 23, 16° comma e art. 30, 4° comma, D.Lgs. n. 50/2016 (in materia di determinazione tramite tabelle del costo del lavoro).

[23] La disciplina del codice civile in materia di contratti ed in particolare la disciplina sul contratto di mandato (art. 1723, 2° comma, art. 1726 c.c.) fu inoltre invocata da una parte autorevole della dottrina per criticare l'applicazione dell'art. 2077 c.c. che la giurisprudenza operava al fine di giustificare l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune da parte del contratto individuale.

[24] Oltre al mandato rappresentativo sono state proposte dalla dottrina altre ricostruzioni tecnico giuridiche (dismissione dei poteri, contratto plurilaterale) tutte egualmente rivolte a giustificare come il contratto collettivo possa spiegare effetti nella sfera individuale.

[25] G. Pera, *Fondamento ed efficacia del contratto collettivo di diritto comune* (1958), in *Scritti di Giuseppe Pera, II, Diritto sindacale*, 2007, 989 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del contratto rinviano (esplicitamente o implicitamente) ad un determinato accordo, manifestando la comune intenzione di volersi vincolare al rispetto del suo assetto di interessi. La dichiarazione di volersi assoggettare ad un contratto collettivo può essere contenuta anche in un atto diverso dal contratto individuale di lavoro essendo sufficiente che essa sia manifestata in costanza di rapporto di lavoro. Il rinvio è generalmente contenuto nel contratto individuale; esso può essere materiale o ricettizio quindi ad un contratto collettivo storicamente determinato ovvero dinamico ovvero ad una fonte di produzione ed in questo caso contemplare l'adeguamento automatico alle modifiche eventualmente intercorse. Il caso oggetto di esame è invece quello di una c.d. "adesione implicita" del datore di lavoro ovvero di una presunta manifestazione di volontà del datore di lavoro desunta dal suo comportamento[26]. Perché un comportamento possa qualificarsi come concludente occorre che, valutato alla stregua delle circostanze d'insieme, sia atto a giustificare l'illazione univoca e sicura del fatto psichico volta in volta considerato in quanto lo presuppone ed implica per logica coerenza ovvero lo esclude per logica ripugnanza un fatto contrario[27]. È compito del giudice di merito accertare se lo svolgimento del rapporto di lavoro consente di ravvisare una tacita adesione ad un determinato contratto collettivo che ne renda vincolante l'intero contenuto[28]. Affinché tale volontà sia vincolate è però necessario che vengano applicate le clausole contrattuali maggiormente rilevanti[29]. Il semplice sganciamento dall'associazione datoriale che ha sottoscritto il contratto collettivo applicato non consente di ritenere il medesimo non più applicabile laddove il datore, dopo la disdetta "ha continuato ad erogare tante e significative voci retributive e/o incentivanti e/o indennitarie, previste proprio dal contratto collettivo interaziendale"[30]. Sotto il profilo del diritto comune dei contratti è legittimo chiedersi quale sia la ragione per la quale l'impresa che abbia applicato un numero significativo di clausole sia obbligata ad applicare tutto il contenuto del contratto collettivo ovvero anche quelle clausole non applicate. Appare convincente la tesi secondo la quale, in assenza di una riserva espressa di non applicazione di alcune clausole, l'adesione attiene a tutto il contratto in quanto la lacuna del mezzo espressivo non può nuocere alla controparte (argomentato analogicamente *ex* art. 1370 c.c.)[31]

Dal tenore del provvedimento in commento appare che nel contratto di assunzione non vi fosse un rinvio ad un determinato contratto collettivo né che il datore di lavoro fosse obbligato dalla propria affiliazione sindacale all'applicazione di un determinato contratto (in particolare dal CCNL Terziario). L'obbligazione relativa all'applicazione del contratto collettivo è invece desunta da un comportamento significativo e reiterato improvvisamente ed ingiustificatamente interrotto con l'assunzione dei ricorrenti. Il giudice ha riconosciuto fondate le richieste dei ricorrenti ed ha rilevato che la società datrice, seppur tardivamente ed in corso di causa, ha di fatto applicato il CCNL da loro invocato reinquadrandoli secondo le loro richieste e pertanto di fatto ha spontaneamente mostrato quale contratto ritenesse obbligatorio sin dall'origine. Si tratterebbe quindi di un'erronea applicazione del contratto collettivo da parte datoriale sanata in corso di causa. Il datore di lavoro si sarebbe pertanto sottratto immotivatamente ad un obbligo assunto tacitamente salvo poi porvi rimedio in maniera spontanea. In realtà non sembra potersi parlare di errore. Molto probabilmente la volontà di applicare di un contratto diverso era genuina seppur in contrasto con gli obblighi precedentemente assunti tuttora perduranti secondo l'interpretazione del giudice di legittimità. L'ordinanza ha in conclusione fatto una corretta applicazione dei principi giurisprudenziali acquisiti in materia di interpretazione della volontà attraverso comportamenti significativi del datore di lavoro ribadendo l'itinerario concettuale dominante della giurisprudenza sulla efficacia soggettiva del contratto collettivo e dando continuità all'orientamento delle sezioni unite del 1997.

Licenziamento disciplinare – Giusta causa

Cassazione civile, Sez. lav., 20 febbraio 2024, n. 4502 (ordinanza) – Pres. Doronzo – Rel. Amendola – Monteco s.p.a. (avv. Galassi) – A. A. (avv. Giordano). *Conf. App. Lecce, 15 maggio, 2021, n. 632.*

Lavoro subordinato – Licenziamento disciplinare – Giusta causa – Condotta extralavorativa – Sentenza di condanna penale irrevocabile – Inadempimento – Assenza – Mancanza di fiducia – Legittimità

Condotte costituenti reato possono integrare giusta causa di licenziamento anche se realizzate prima dell'in-

[26] Rileva E. Gragnoli in *op. cit*., 197 che per quanto concerne la menzione ad esempio dell'intesa nei prospetti paga non vi sarebbe nessuna dichiarazione implicita bensì espressa in quanto tali prospetti in quanto riferibili all'impresa hanno effetti negoziali e mostrano in via diretta la volontà di applicare l'accordo di categoria non solo per il trattamento retributivo.

[27] G. Alpa, *Istituzioni di diritto privato*, 1997, 832.

[28] Cass. civ., Sez. lav. 19 ottobre 2021, n. 28905.

[29] Cass. civ. Sez. lav., ord., 2 maggio 2019, n. 11537 stabilisce che non sono sufficienti a concretizzare un'adesione implicita, idonea a rendere applicabile il contratto collettivo nella sua interezza: 1) né "il semplice richiamo alle tabelle salariali del contratto stesso"; 2) né "la circostanza che il datore di lavoro, non iscritto ad alcuna delle associazioni sindacali stipulanti il contratto collettivo, abbia proceduto all'applicazione di alcune clausole di tale contratto, contestandone invece esplicitamente altre".

[30] Cass. civ., Sez. lav., 30 dicembre 2021, n. 42001.

[31] In tal senso E. Gragnoli, *op. cit*., 200.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

staurarsi del rapporto di lavoro, sebbene non si configurasse al tempo un obbligo di diligenza e/o di fedeltà ex artt. 2104 e 2105 c.c., purché sia stata pronunciata sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto di lavoro in corso. Il giudice di merito, però, attraverso una verifica giurisdizionale da effettuarsi sia in astratto sia in concreto dovrà valutare la lesione o no del vincolo fiduciario che lega datore di lavoro e lavoratore (Massima non ufficiale).

Omissis. – 2.1. Innanzitutto, occorre evidenziare che la Corte territoriale ha comunque motivato in ordine alla insussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, attesa la natura "ontologicamente" disciplinare del recesso intimato all'esito di un procedimento disciplinare avuto riguardo a fatti riferibili alla condotta del dipendente; sicché perde di rilievo decisivo la censura formulata col primo motivo di ricorso; 2.2. ciò posto, vale ribadire quanto già affermato da questa Corte con riferimento a condotte extra lavorative, integranti illecito penale, tenute prima dell'instaurazione del rapporto lavorativo (cfr. Cass. n. 24259 del 2016; conf. Cass. n. 3076 del 2020); infatti, in tanto può aversi una responsabilità disciplinare in quanto si tratti d'una condotta posta in essere mentre il rapporto di lavoro è in corso (quantunque non necessariamente in connessione con le mansioni espletate); diversamente, non si configura neppure un obbligo di diligenza e/o di fedeltà ex artt. 2104 e 2105 c.c. e, quindi, una sua ipotetica violazione, l'unica che possa dare luogo ex art. 2106 c.c. a responsabilità disciplinare; anche laddove i contratti collettivi inseriscano nel novero degli illeciti disciplinari, puramente e semplicemente, l'avere il lavoratore riportato condanna penale per determinati fatti-reato non connessi con lo svolgimento del rapporto di lavoro nondimeno tali previsioni possono definirsi stricto sensu come disciplinari soltanto ove la condotta criminosa e la condanna abbiano avuto luogo durante il rapporto medesimo; tuttavia, il precedente richiamato chiarisce come ciò non significhi che condotte costituenti reato non possano integrare giusta causa di licenziamento pur essendo state realizzate a rapporto lavorativo non ancora in corso e non in connessione con esso; è noto, infatti, che per giusta causa ai sensi degli artt. 2119 c.c. e 1 legge n. 604 del '66 non si intende unicamente la condotta ontologicamente disciplinare, ma anche quella che, pur non essendo stata posta in essere in connessione con lo svolgimento del rapporto di lavoro e magari si sia verificata anteriormente ad esso, nondimeno si riveli ugualmente incompatibile con il permanere di quel vincolo fiduciario che lo caratterizza e sempre che sia stata giudicata con sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto ormai in atto; avuto specifico riguardo all'ipotesi che la condotta criminosa sia stata realizzata prima dell'instaurazione del rapporto di lavoro, secondo Cass. n. 24259/2016 cit., il giudice dovrà direttamente valutare se la condotta extralavorativa sia di per sé incompatibile con l'essenziale elemento fiduciario proprio del rapporto di lavoro, osservando il seguente principio di diritto: "Condotte costituenti reato possono – anche a prescindere da apposita previsione contrattuale in tal senso – integrare giusta causa di licenziamento sebbene realizzate prima dell'instaurarsi del rapporto di lavoro, purché siano state giudicate con sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto ormai in atto e si rivelino – attraverso una verifica giurisdizionale da effettuarsi sia in astratto sia in concreto – incompatibili con il permanere di quel vincolo fiduciario che lo caratterizza"; 2.3. nella specie i fatti addebitati non solo sono assai risalenti nel tempo (in quanto commessi tra il 1988 e il 1991), ma la stessa irrevocabilità della sentenza di condanna è precedente (19.4.1995) alla instaurazione del rapporto di lavoro e la sentenza impugnata non manca di evidenziare come la società non abbia specificamente indicato "l'incidenza negativa" di fatti così risalenti "sull'espletamento delle mansioni lavorative", e quindi il riflesso attuale sulla concretezza del rapporto, né tanto meno abbia provato la perdurante contiguità con ambienti criminali, limitandosi a prospettare un mero rischio ancorato a "fatti accertati o commessi (...) anteriormente alla instaurazione del rapporto di lavoro"; 2.4. rispetto a questa valutazione compiuta dai giudici del merito, che non hanno ritenuto condotte così risalenti incompatibili con il permanere del vincolo fiduciario connotante il rapporto di lavoro dedotto in giudizio, è sufficiente richiamare i noti i limiti del sindacato di legittimità nelle ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo di licenziamento (per i quali si rinvia, ai sensi dell'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c., a Cass. n. 13064 del 2022 ed alla giurisprudenza ivi citata; conf. v. Cass. n. 20780 del 2022 e, da ultimo, Cass. n. 107 del 2024); in particolare, è stato evidenziato che l'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. compiuta dal giudice di merito è sindacabile in cassazione a condizione, però, che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (cfr. Cass. n. 985 del 2017; Cass. n. 5095 del 2011; Cass. n. 9266 del 2005); ciò posto, al cospetto della motivazione con cui la Corte territoriale ha escluso che i fatti addebitati, estranei al rapporto lavorativo, sebbene sicuramente gravi, potessero assumere rilevanza disciplinare attuale, in quanto molto risalenti nel tempo e precedenti all'instaurazione del rapporto, parte ricorrente non identifica quali siano i parametri integrativi del precetto normativo elastico che sarebbero stati violati dai giudici del merito, per cui la denuncia, mancando l'individuazione di una incoerenza del loro giudizio rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale, si traduce in una censura generica e meramente contrappositiva rispetto al giudizio valutativo operato in sede di merito; 3. da quanto precede deriva anche l'infondatezza del terzo motivo di gravame, con cui ci si duole della tutela reintegratoria riconosciuta al lavoratore illegittimamente licenziato nel vigore della disciplina di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, in quanto il fatto contestato è da ritenere insussistente, ai fini del quarto comma della disposizione citata, quando non abbia rilevanza disciplinare (ab imo, Cass. n. 20540 del 2015), così come accertato dai giudici del merito nel caso che ci occupa; 4. pertanto, il ricorso deve essere respinto, con condanna alle spese secondo il regime della soccombenza, con attribuzione all'Avv. Giordano che si è dichiarato anticipatario; – *Omissis.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Ancora sul licenziamento disciplinare per mancanza di fiducia a seguito di condotta extralavorativa

Filippo Olivelli*

La giurisprudenza continua ad affermare che condotte extralavorative commesse prima o durante il rapporto di lavoro possono integrare gli estremi della giusta causa di licenziamento; la sentenza della Cassazione civile n. 4502/2024 annotata aggiunge il requisito della loro rilevanza solo a seguito di sentenza penale di condanna divenuta definitiva a rapporto lavorativo in corso. Tuttavia questa interpretazione non è conforme alla regola per cui il licenziamento straordinario può derivare solo da un inadempimento disciplinare.

La vicenda oggetto di ricorso ed il dovere di prevenire infiltrazioni criminali

La Corte di appello di Lecce, nell'ambito di un procedimento *ex* L. n. 92/2012, confermava la pronuncia di primo grado che aveva accolto l'impugnativa di un licenziamento disciplinare.

Il Tribunale aveva condannato il datore di lavoro alla reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del recesso fino a quello dell'effettiva reintegra.

Nel corso del giudizio risultava accertato che la società datrice di lavoro, dopo aver appreso dal certificato del casellario giudiziale la notizia della sussistenza a carico del lavoratore "di un procedimento per reati previsti dall'art. 75 della legge n. 685 del 1975 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti) e richiamate le disposizioni antimafia di cui al D.Lgs. n. 159/2011", aveva contestato al dipendente che la sua presenza all'interno dell'organizzazione lavorativa era "divenuta incompatibile stante i procedimenti penali in corso così come accertati e riportati nella documentazione consegnata" e, soprattutto, che la sua condotta extralavorativa era in grado di ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario sussistente tra le parti.

Peraltro la società, che si occupa della raccolta dei rifiuti solidi urbani, evidenziava di avere rapporti unicamente con le pubbliche amministrazioni e pertanto tenuta a vigilare obbligatoriamente "affinché nella propria organizzazione non vi siano dipendenti contigui al mondo della criminalità organizzata".

La Corte di appello tiene conto della circostanza per cui l'impresa datrice di lavoro è tenuta a prevenire il rischio effettivo di infiltrazioni mafiose nella compagine aziendale[1], tuttavia rileva che, in concreto, il rischio risulta essere stato desunto esclusivamente dai carichi pendenti per fatti accertati e commessi dal lavoratore anteriormente all'instaurazione del rapporto di lavoro e non connessi con la prestazione lavorativa.

I giudici di secondo grado rimproverano alla società di aver prospettato "un'interpretazione ampia del concetto di giusta causa di licenziamento" avendo fatto coincidere il fatto/comportamento ipoteticamente addebitabile al lavoratore con "uno *status* giuridico soggettivo di costui, avulso dal rapporto di lavoro anche sotto il profilo cronologico": l'essere sottoposto, cioè, a un procedimento penale per vicende anteriori ed estranee all'attuale occupazione.

È mancata, sostanzialmente, la valutazione specifica dell'incidenza negativa del procedimento penale indicato sia rispetto al corretto espletamento delle mansioni lavorative, sia alla permeabilità dell'azienda alle infiltrazioni mafiose.

Di conseguenza la corte territoriale, in mancanza di prove circa l'attualità e la pericolosità della condotta del lavoratore per associazione con la criminalità organizzata, ha negato che ricorressero i presupposti di legittimità del recesso in quanto la giusta causa di licenziamento risulta manifestamente insussistente.

La semplice supposizione, priva di fondamento, che i fatti reato addebitati al lavoratore comprovino il rischio di infiltrazioni malavitose nella società datrice di lavoro non è stata ritenuta sufficiente ad integrare quella causa che non consentirebbe la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Pertanto i giudici di secondo grado hanno concluso per l'insussistenza ontologica del fatto contestato posto alla base del licenziamento disciplinare, ragione per cui è stata disposta la sanzione prevista dal novellato art. 18, 4° comma, L. 20 maggio 1970, n. 300.

La condanna penale definitiva per condotte extralavorative in corso di rapporto

I giudici di legittimità non accolgono i motivi di ricorso addotti dalla società datrice di lavoro seppure nella sentenza annotata confermino il consolidato orientamento giurisprudenziale che consente il recesso per lesione del vincolo fiduciario nel rapporto di

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] L'art. 94-*bis*, D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 assegna al Prefetto il ruolo di valutare se la contaminazione mafiosa è occasionale o no ed in caso positivo prescrivere all'azienda l'osservazione di alcune misure tra cui quelle previste dal modello *ex* D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Cfr. anche quanto previsto dal D.L. 6 novembre 2021, n. 152, *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, circa l'introduzione del modello collaborativo tra amministrazioni ed imprese per la gestione delle infiltrazioni criminali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lavoro; tuttavia apportano delle significative novità che riducono l'alea per il lavoratore.

Anche una condotta illecita, estranea all'esercizio delle mansioni del lavoratore subordinato, può avere un rilievo disciplinare poiché il dipendente è assoggettato non solo all'obbligo di rendere la prestazione, ma anche ai c.d. obblighi accessori di comportamento extralavorativo che implicano il dovere di non ledere né gli interessi morali e patrimoniali del datore di lavoro né la fiducia che, in diversa misura e in diversa forma, lega le parti di un rapporto di durata[2].

Dagli arresti della Corte di cassazione emerge che sono due i fattori che il giudice deve prendere in considerazione per valutare la legittimità o no del recesso basato su tale tipo di condotta: quando è stato posto in essere il comportamento che ha portato al venir meno dell'affidamento del datore di lavoro sulla correttezza del futuro comportamento del dipendente e che tipo di infrazione è stata commessa.

Quanto al primo aspetto si può dire che la regola generale è quella per cui solo la condotta posta in essere mentre il rapporto di lavoro è in corso può integrare *stricto iure* una responsabilità disciplinare del dipendente.

Ciò in ragione del fatto che in assenza del vincolo contrattuale non si configura per il lavoratore alcun obbligo di diligenza e/o di fedeltà come stabilito dagli artt. 2104 e 2105 c.c. la cui inosservanza è l'unica condizione che può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari come previsto dall'art. 2106 c.c.[3].

Spesso i contratti collettivi inseriscano nel novero degli illeciti disciplinari, in maniera troppo semplicistica, l'avere il lavoratore riportato condanna penale per determinati fatti-reato non connessi con lo svolgimento del rapporto di lavoro; nondimeno tali previsioni si riferiscono al momento in cui la condotta criminosa e la relativa condanna si siano perfezionate durante il rapporto lavorativo attuale[4].

Secondo la giurisprudenza l'infrazione disciplinare deve però avere determinate caratteristiche per integrare la mancanza di fiducia da parte del datore di lavoro: innanzitutto è necessario che il comportamento posto in essere sia caratterizzato da dolo o colpa e si concretizzi in un fatto.

Quest'ultimo può costituire un illecito disciplinare previsto dall'autonomia collettiva ed essere funzionalmente collegato allo svolgimento del rapporto lavorativo, oppure può "non essere necessariamente in connessione con le mansioni espletate" e consistere in un illecito penale.

Rispetto a quest'ultima fattispecie, la sentenza in commento chiarisce quali siano le caratteristiche delle condotte extralavorative di natura penale poste in essere dal lavoratore che possono ledere il vincolo fiduciario posto alla base del rapporto di lavoro che il giudice dovrà verificare per dichiarare l'illegittimità o no del licenziato.

Innanzitutto il fatto commesso deve integrare una condotta costituente reato che, nel diritto penale può essere caratterizzata oltre che da dolo e colpa anche dalla preterintenzione.

Tuttavia, secondo i giudici di legittimità i fatti che possono essere presi in considerazione per intimare un licenziamento disciplinare sono solo quelli che derivano dall'accertamento del reato commesso dal dipendente con sentenza di condanna passata in giudicato[5].

Questa affermazione è una rilevante novità ed è sicuramente più rispettosa del principio garantista della presunzione di innocenza; un diverso orientamento giurisprudenziale della Corte di cassazione infatti ritiene tale principio costituzionale attinente alle sole garanzie relative all'esercizio dell'azione penale, di conseguenza esso non troverebbe applicazione in sede di giurisdizione civile in materia di obbligazioni[6].

Una volta intervenuta la sentenza di condanna de-

---

[2] *Ex plurimis* cfr. Cass. civ., 4 gennaio 2024, n. 267; Cass. civ., 15 ottobre 2021, n. 28368; Cass. civ., 19 gennaio 2015, n. 776; Cass. civ., 17 febbraio 2015, n. 3136, Cass. civ., 30 gennaio 2013, n. 3168. In dottrina, tra i più recenti, N. Rossi, *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici sul controllo sui lavoratori subordinati*, Torino, 2023, 108; G. Gaudio, *Condotte extralavorative e licenziamento per giusta causa*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 1330.

[3] Cfr. Cass. civ., 10 febbraio 2020, n. 3076; Cass. civ., 29 novembre 2016, n. 24259.

[4] Può apparire pleonastico, ma la sentenza in commento chiarisce lo stesso che non rilevano, non solo i fatti, ma anche la condanna antecedente all'instaurazione del rapporto di lavoro.

[5] Per l'equiparazione sul piano degli effetti giuridici della sentenza di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p. ad una sentenza di condanna penale v. Corte cost., 18 dicembre 2009, n. 336 e Cass. pen., Sez. un., 29 novembre 2005, n. 17781. Quanto alla valenza probatoria della sentenza di patteggiamento nel giudizio disciplinare è oramai acclarato che essa costituisce indiscutibile elemento di prova per il giudice di merito, cfr. Cass. civ., 30 gennaio 2013, n. 2168; Cass. civ., 20 luglio 2011, n. 15889 che riconosce la corrispondenza della sentenza di patteggiamento alla clausola contrattuale del codice disciplinare che fa riferimento generico a una "sentenze di condanna"; Cass. civ., 21 aprile 2010, n. 9458.

[6] Cfr. Cass. civ., 15 ottobre 2021, n. 28368 per la quale la presunzione d'innocenza non osta all'esercizio da parte del datore di lavoro della facoltà di recesso per giusta causa per comportamenti del lavoratore che possano integrare gli estremi del reato, qualora i fatti commessi siano di tale gravità da determinare una situazione di improseguibilità, anche provvisoria, del rapporto senza che sia necessario attendere la sentenza definitiva di condanna, restando addirittura privo di rilievo il fatto che il contratto collettivo di lavoro preveda la più grave sanzione disciplinare solo in tale momento; conformemente Cass. civ., 21 settembre 2016, n. 18513; Cass. civ., 19 giugno 2014, n. 13955.

Ma vi è di più. Secondo una parte della giurisprudenza l'eventuale archiviazione degli stessi fatti in sede penale non riveste alcuna influenza nell'ambito del procedimento disciplinare e nel successivo giudizio civile stante l'autonomia dei due procedimenti, Cass. civ., 23 maggio 2018, n. 12798; Cass. civ., 9 giugno 2005, n. 12134; Cass. civ., 1° dicembre 1997, n. 12163. Seppure risulti vera la regola dell'autonomia dei due giudizi ritengo però che l'intervenuta archiviazione in favore del lavoratore comporti quantomeno un aggravamento dell'onere probatorio in capo al datore di lavoro il quale non potrà più fare *sic et simpliciter* affidamento sui fatti contestati nella fase delle indagini preliminari relativi al procedimento penale.

Cass. civ., 25 luglio 2023, n. 22077 ha ritenuto illegittimo il licenziamento del lavoratore intimato a seguito della sola denuncia per maltrattamenti della convivente. I giudici hanno ritenuto, infatti, che la condotta del lavoratore non era in grado di influire

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

finitiva in corso di rapporto il giudice dovrà verificare se la questione è sussumibile nell'ambito di quanto previsto dall'autonomia collettiva: se si concretizza, cioè, un illecito disciplinare tipizzato dal CCNL. In questo caso andrà appurata, oltre che il corretto svolgimento della procedura, la rispondenza in astratto della clausola contrattuale con il principio di proporzionalità previsto dall'art. 2106 c.c., eventualmente rilevando la nullità della sanzione se la condotta è riconducibile ad una pena conservativa[7].

In realtà la giurisprudenza ritiene che l'elencazione delle ipotesi di giusta causa di licenziamento contenuta nei contratti collettivi abbia valenza meramente esemplificativa; di conseguenza il grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile non previsto nel codice disciplinare è comunque idoneo ad integrare l'ipotesi di giusta causa poiché fa venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore[8].

I giudici di legittimità infatti ritengono che la scala valoriale recepita dal codice disciplinare nell'individuazione delle condotte costituenti giusta causa di recesso, deve costituire soltanto uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la clausola generale dell'art. 2119 c.c.[9].

Comunque sia, al di là della previsione o no della condotta illecita nel codice disciplinare, secondo la giurisprudenza prevalente il giudice dovrà sempre procedere all'apprezzamento in concreto della reale entità e gravità degli addebiti contestati sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo occorrendo sempre che la condotta sanzionata sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa[10].

In questa valutazione in concreto dei caratteri di entità e gravità della condotta illecita il giudice dovrà tener conto anche della natura dell'attività svolta dall'impresa datrice di lavoro se, cioè, privata o pubblica perché in quest'ultimo caso interagiscono nel giudizio anche i principi di imparzialità e buon andamento di cui agli artt. 3 e 97 Cost., che impongono al lavoratore l'obbligo di assicurare affidabilità nei confronti del datore di lavoro e dell'utenza[11].

La fase di controllo della sussistenza e proporzionalità della giusta causa si conclude, infine, con la verifica della questione della futura affidabilità del dipendente a rendere la prestazione dedotta in contratto rispetto alla condotta illecita posta in essere.

In sostanza per la giurisprudenza occorre accertare in concreto se, in relazione alla qualità del rapporto intercorrente tra le parti rispetto alle attuali mansioni, alla posizione ricoperta dal lavoratore, alla qualità e al grado del particolare vincolo di fiducia che quel rapporto comporta, la specifica condotta tenuta dal dipendente, valutata nel suo contenuto obiettivo e soggettivo, tenendo conto cioè delle particolari circostanze e condizioni in cui è posta in essere, dei suoi modi, dei suoi effetti e dell'intensità dell'elemento psicologico dell'agente, risulti obiettivamente e soggettivamente idonea a ledere in modo grave la fiducia che il datore di lavoro ripone nel proprio dipendente[12].

Al datore di lavoro quindi è richiesta una prova ulteriore rispetto alla semplice dimostrazione del fatto: la prova cioè di quanto questo abbia inciso, anche solo potenzialmente ma in modo oggettivo, sulla funzionalità del rapporto compromettendo le aspettative di un futuro corretto e puntuale adempimento[13].

---

sul rapporto di lavoro in considerazione: della mancanza di qualunque eco mediatica, del carattere meramente esecutivo delle mansioni cui il soggetto era adibito, della pluridecennale anzianità lavorativa presso la medesima società senza mai alcun episodio di violenza e alcun procedimento disciplinare e della mancanza di qualunque elemento dal quale si potesse trarre il timore di condotte violente o minacciose nei confronti dei colleghi di lavoro, con conseguente esclusione del rischio di una compromissione della loro sicurezza sul luogo di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c.

[7] Anche quando è confermata l'astratta corrispondenza del comportamento del lavoratore alla fattispecie tipizzata nel contratto collettivo il giudice deve sempre procedere alla verifica in concreto della gravità dei fatti contestati, se in grado cioè di integrare una giusta causa di licenziamento ed il rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, cfr. Cass. civ., 15 ottobre 2021, n. 28368.

[8] Cfr. Cass. civ., 15 ottobre 2021, n. 28368; Cass. civ., 6 agosto 2020, n. 16784; Cass. civ., 7 novembre 2018, n. 28492 riguardante un caso di aggressione fisica ai danni di un collega da parte di un lavoratore. In questo caso pur non essendo tale condotta riconducibile al delitto di rissa, per il quale il CCNL di settore contemplava espressamente la sanzione espulsiva, avuto riguardo al particolare disvalore del fatto a causa delle modalità attuative, dall'entità delle lesioni e dal clamore suscitato dalla vicenda nell'ambiente di lavoro, è stata comunque ritenuta in grado di integrare l'ipotesi di giusta causa di recesso; Cass. civ., 5 aprile 2017, n. 8826; Cass. civ., 18 gennaio 2016, n. 1595; Cass. civ., 12 febbraio 2016, n. 2830; Cass. civ., 4 marzo 2013, n. 5280.

[9] Cass. civ., 20 febbraio 2024, n. 4458; Cass. civ., 7 novembre 2018, n. 28492; Cass., 16 aprile 2018, n. 9396; Cass. civ., 23 settembre 2016, n. 18715.

[10] Cfr. Cass. civ., 27 marzo 2019, n. 8582 in relazione ad un'ipotesi di condanna per guida in stato di ebrezza di mezzo aziendale in costanza di rapporto di lavoro e sussunzione del fatto nella corretta ipotesi punitiva prevista dal CCNL di riferimento; Cass. civ., 14 febbraio 2005, n. 2906, in *Lav. nella Giur.*, 2005, 1143 con nota di Girardi; Cass. civ., 18 agosto 2004, n. 16260, in *Lav. nella Giur.*, 2005, 845 con nota di Bellumat; Cass. civ., 14 aprile 2001, n. 5633.

Ad esempio la valutazione in concreto delle plurime condotte delittuose extralavorative di acquisto, detenzione e trasporto a fini di cessione di sostanze stupefacenti di un dipendente si è conclusa con la ritenuta gravità del fatto tale da giustificare il licenziamento in quanto il dipendente era un dipendente di un'università per sua natura deputata alla promozione della legalità ed i cui utenti, gli studenti, sono per lo più giovani, destinatari privilegiati dell'attività degli spacciatori, tanto più che trattavasi di dipendente addetto alla segreteria didattica e, dunque, a diretto contatto proprio con gli studenti, cfr. Cass. civ., 4 gennaio 2024, n. 267.

[11] Cfr. Cass. civ., 19 gennaio 2015, n. 776.

[12] Cfr. Cass. civ., 7 novembre 2018, n. 28492; Cass. civ., 23 maggio 2018, n. 12798; Cass. civ., 24 giugno 2016, n. 13149; Cass. civ., 3 dicembre 2014; Cass. civ., 23 aprile 2002, n. 5943; Cass. civ., 23 giugno 2000, n. 8568.

[13] Cfr. Cass. civ., 14 dicembre 2023, n. 35066, in questo caso la lesione del vincolo fiduciario è derivata non dalla commissione di un illecito penale, ma dall'aver tenuto una condotta extralavorativa contrastante con il contenuto dell'art. 2105 c.c. e artt. 1175 e 1375 c.c.: tali disposizioni, infatti, impongono l'osservanza dei doveri di correttezza e buona fede anche nei comportamenti extralavorativi tali da non danneggiare il datore di lavoro. Nel caso oggetto di sentenza il lavoratore "rendendosi oltre modo petulan-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il licenziamento per condotte extralavorative antecedenti l'instaurazione del rapporto di lavoro

La sentenza in commento affronta anche la questione più delicata del licenziamento per giusta causa comunicato per fatti avvenuti prima dell'instaurazione dell'attuale rapporto di lavoro e non in connessione con esso.

Secondo la giurisprudenza prevalente il licenziamento è astrattamente giustificabile anche in questo caso: i giudici di legittimità, infatti, ritengono che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 2119 c.c. con l'art. 1, L. n. 604/1966, il concetto di giusta causa non si riferisca unicamente ad una condotta ontologicamente disciplinare, ma anche a quella che, seppure estranea al rapporto lavorativo in corso poiché antecedente, si riveli ugualmente incompatibile con il permanere del vincolo fiduciario che lo caratterizza in quanto giudicata negativamente con sentenza di condanna irrevocabile intervenuta a rapporto in corso[14].

Questa interpretazione del concetto di giusta causa implicherebbe, però, una illegittima estensione delle conseguenze disciplinari di quanto previsto dai contratti collettivi i quali, spesso, inseriscono nel novero degli illeciti disciplinari la formula ambigua di aver riportato una condanna penale.

Tuttavia, queste previsioni collettive non possono valere per fatti antecedenti all'instaurazione del rapporto perché non sono ascrivibili al lavoratore, *ratione temporis*, gli obblighi contrattuali derivanti dagli artt. 2104 e 2105 c.c.

Senonché la giurisprudenza valorizza la natura di clausola generale del concetto di giusta causa; questo strumento giuridico infatti riveste lo scopo di adeguare le norme astratte alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo. La formula dell'art. 2119 c.c., essendo di così limitato e generico contenuto, richiederebbe quindi di essere specificata in sede interpretativa dal giudice mediante la valorizzazione di fattori esterni relativi alla coscienza comune e facendo riferimento ai principi generali ricavabili dalle fonti giuridiche[15].

Di conseguenza i giudici di cassazione ritengono legittimo anche il licenziamento per giusta causa basato su condotte extralavorative commesse prima dell'instaurazione del rapporto di lavoro quando queste integrano una violazione degli *standards*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale[16].

Tuttavia dall'analisi della sentenza annotata emergono, quali elementi di novità, due requisiti che debbono essere rispettati per confermare la sanzione estintiva: il primo apporto innovativo è quello per cui le condotte extralavorative antecedenti la costituzione del rapporto debbono essere state giudicate con sentenza di condanna divenuta irrevocabile ed intervenuta a rapporto ormai in atto[17].

Dopodiché è necessaria una verifica sia in astratto sia in concreto circa la reale incompatibilità del lavoratore condannato con il grado di affidamento richiesto dalle mansioni assegnate e dal ruolo rivestito nell'organizzazione aziendale[18].

In relazione a quest'ultimo tipo di indagine la sentenza annotata evidenzia la seconda novità rispetto ai precedenti arresti giurisprudenziali in quanto aggiunge ora l'elemento del lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione del fatto-reato che il giudice di merito dovrà valutare nella sua analisi[19]. Chiarisce bene la Corte di cassazione che non rileva tanto il tempo trascorso di per sé, quanto la specificazione e dimostrazione da parte del datore di lavoro dell'incidenza negativa di fatti così risalenti sull'espletamento attuale delle mansioni lavorative.

Di conseguenza il giudice, non potendo fare riferimento ad apposite previsioni dell'autonomia collettiva, oltre al controllo sulla ritualità dell'*iter* disciplinare così come previsto dall'art. 7, L. n. 300/1970, dovrà

---

te e per giunta violento in pregiudizio di altre due dipendenti, aveva mostrato di essere immune da limiti e discipline – una connotazione assai grave per colui che esprimeva il ruolo di team leader – nella gestione dei rapporti extraprofessionali coi colleghi anche nei rapporti di svago". All'opposto, in una diversa situazione, la condanna per minaccia al di fuori del rapporto lavorativo non è stata ritenuta idonea a ledere il vincolo fiduciario perché non ha avuto un riflesso sulla funzionalità del rapporto e non ha compromesso le aspettative di un futuro puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa, cfr. Cass. civ., 24 novembre 2016, n. 24023; conformemente Cass. civ., 26 marzo 2019, n. 8390.

[14] Cass. civ., 20 febbraio 2024, n. 4458; Cass. civ., 10 febbraio 2020, n. 3076; Cass. civ., 29 novembre 2016, n. 24259.

[15] Cass. civ., 15 ottobre 2021, n. 28368 secondo cui la giusta causa di licenziamento integra una clausola generale o norma elastica, la quale richiede di essere concretizzata dall'interprete tramite valorizzazione dei fattori esterni relativi alla coscienza generale e dei principi tacitamente richiamati dalla norma, quindi mediante specificazioni che hanno natura giuridica; conformemente Cass. civ., 23 maggio 2018, n. 12798; Cass. civ., 23 settembre 2016, n. 18715; Cass. civ., 9 aprile 2014, n. 8367; Cass. civ., 2 marzo 2011, n. 5095.

[16] Cass. civ., 20 febbraio 2024, n. 4458 per la quale la nozione legale di giusta causa consente un'autonoma valutazione del giudice di merito in ordine all'idoneità di un grave inadempimento, o di un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile, di far venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore a prescindere dalla previsione collettiva. Conf. Cass. civ., 12 febbraio 2016, n. 2830; Cass. civ., 18 febbraio 2011, n. 4060; Cass. civ., 16 marzo 2004, n. 5372.

[17] Conformemente Cass. civ., 20 febbraio 2024, n. 4458. In realtà l'imposizione di questo requisito non è una novità in senso assoluto poiché possiamo ricavarla anche da Cass. civ., 29 novembre 2016, n. 24259. Tuttavia, nonostante quest'ultima pronuncia, in giurisprudenza si sono registrate, in seguito, sentenze di segno opposto che, a questo punto, dovrebbero essere considerate superate e dunque prive di rilevanza: Cass. civ., 10 gennaio 2018, n. 429; Cass. civ., 18 agosto, 2016, Cass. civ., 9 agosto 2024, n. 15373 che ha ritenuto legittimo il licenziamento di un dipendente di banca sulla base del solo rinvio a giudizio per reati commessi in occasione di un pregresso rapporto di lavoro intercorso con altro istituto di credito.

[18] Cass. civ., 10 febbraio 2020, n. 3076; Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 428.

[19] Conformemente Cass. civ., 20 febbraio 2024, n. 4458 la quale ha escluso che i fatti addebitati, estranei al rapporto lavorativo, sebbene sicuramente gravi, potessero assumere rilevanza disciplinare attuale, in quanto molto risalenti nel tempo anche in considerazione delle mansioni espletate dal lavoratore.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

valutare direttamente se la condotta extralavorativa sia di per sé incompatibile con l'elemento fiduciario proprio del rapporto di lavoro.

Il grave inadempimento contrattuale quale unica giustificazione del recesso straordinario

La sentenza annotata apporta sicuramente delle rilevanti e positive novità nell'ambito della questione riguardante la legittimità o no del licenziamento per giusta causa intimato per condotte extralavorative verificatesi durante o antecedentemente la costituzione del rapporto di lavoro.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria, infatti, tali comportamenti assumono rilievo ai fini dell'integrazione del disposto dell'art. 2119 c.c. anche se afferiscono alla vita privata del dispendete o addirittura "a tutti gli ambiti nei quali si esplica la personalità del lavoratore"[20] non compatibili con il grado di affidamento richiesto dalle mansioni assegnate al dipendente e dal ruolo rivestito nell'organizzazione aziendale.

Ebbene, a fronte di quest'alea così ampia, l'aver affermato che il lavoratore debba essere giudicato sul piano disciplinare almeno sulla base di una sentenza di condanna divenuta irrevocabile rappresenta il riconoscimento del diritto fondamentale di certezza giuridica e di difesa costituzionalmente garantito che consente di ridurre l'irragionevole ampiezza dell'area debitoria del lavoratore rispetto a situazioni extralavorative[21].

Tuttavia l'annotazione di questa pronuncia permette anche di evidenziare, ancora una volta, l'erroneità del consolidato orientamento giurisprudenziale che legittima l'estinzione del rapporto di lavoro a prescindere dall'inadempimento contrattuale.

Per i giudici di legittimità, infatti, il recesso straordinario può basarsi su fatti estranei al rapporto lavorativo, ma tali da ledere la fiducia che dovrebbe caratterizzare il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore. Questa infatti continua ad essere considerata un "fattore condizionante la permanenza del rapporto, [che] può essere compromessa, non solo in conseguenza di specifici inadempimenti contrattuali, ma anche in ragione di condotte extralavorative che, seppure tenute al di fuori dell'azienda e dell'orario di lavoro e non direttamente riguardanti l'esecuzione della prestazione, nondimeno possono essere tali da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra le parti qualora abbiano un riflesso, sia pure soltanto potenziale ma oggettivo, sulla funzionalità del rapporto e compromettano le aspettative d'un futuro puntuale adempimento dell'obbligazione lavorativa, in relazione alle specifiche mansioni o alla particolare attività"[22].

Tuttavia questa interpretazione estensiva del contenuto dell'art. 2119 c.c. non trova riscontro nel diritto positivo e non è conforme ai principi costituzionali di tutela della persona umana implicata nel rapporto di lavoro.

I giudici di legittimità infatti si limitano a richiamare il contenuto del solo art. 1, L. n. 604/1966 non tenendo in considerazione il fatto che il successivo art. 3, seppure detta regole esplicite solo per il licenziamento con preavviso condizionandolo all'esistenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, per coerenza e simmetria giuridica non può non avere conseguenze anche sul licenziamento straordinario e dunque sulla nozione di giusta causa[23].

Inoltre la L. n. 92/2012 ha esplicitamente identificato il licenziamento *ex* art. 2119 c.c. come recesso disciplinare e pertanto, a norma dell'art. 7, L. n. 300/1970, giustificato solo dall'esistenza di un'"infrazione"[24].

Infine l'art. 3, D.Lgs. n. 23/2015, nel regolamentare le conseguenze in caso di licenziamento illegittimo, sanziona proprio la mancata dimostrazione in giudizio del *fatto* materiale contestato; il riferimento ad una condotta extralavorativa, peraltro eventualmente posta in essere in epoca molto antecedente all'instaurazione del rapporto di lavoro e comunque mai in connessione con quest'ultimo, non può integrare la nozione di *fatto* cui si riferisce il legislatore perché in ambito di sanzione disciplinare questo non può che consistere in un inadempimento contrattuale degli obblighi lavorativi.

Tutto ciò è pure confermato da quanto previsto dell'art. 30, L. n. 183/2010 che, al 3° comma, impone al giudice, nel valutare le ragioni del licenziamento, di tener conto "delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi" che (generalmente) individuano quali comportamenti negativi giustificativi del recesso condotte che costituiscono inadempimento degli obblighi contrattuali[25].

D'altra parte queste disposizioni legislative debbono pure condizionare, restringendola, l'interpretazione

---

[20] Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 428.

[21] Sui rapporti tra sentenza penale definitiva e rapporto di lavoro v. S. M. Corso, *Lavoro e processo penale*, Milano, 2018, 306.

[22] Cass. civ., 10 gennaio 2019, n. 428.

[23] Tra i primi autori in dottrina che sottolinearono ciò M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, diretto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni, II, Padova, 1971, 679; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 100, successivamente C. Pisani, *Licenziamento e fiducia*, Milano, 2004, 70. Per ulteriori considerazioni v. F. Olivelli, *L'inadempimento e la fiducia nella giusta causa di licenziamento*, in *Arg. Dir. Lav*., 2018, 149; M. Persiani, *Confessioni di un giuslavorista nonagennario sui limiti al potere di licenziamento*; *idem*, 2021, 1113; P. Pozzaglia, *Fiducia e regola di giustificazione necessaria*, *idem*, 2024, 728.

[24] Cfr. art. 1, 40° comma, L. 28 giugno 2012, n. 92. In questo senso depone anche il contenuto dei successivi commi 41 e 42. In realtà è utile evidenziare che anche l'art. 8 St. lav. assume particolare valore in questo contesto: nel circoscrivere il potere di indagine del datore di lavoro ai soli *fatti* aventi rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore, infatti, esso pone un ulteriore vincolo alla possibilità di motivare il licenziamento per giusta causa sulla base di condotte extralavorative, in questo senso v. A. Vallebona, *Lavoro e vita privata*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, 1154.

[25] D'altronde, questa limitazione della discrezionalità del giudice è confermata da fatto che il nuovo testo dell'art. 18, L. n. 300/1970, così come modificato dall'art. 1, 42° comma, L. n. 92/2012, impone la tutela reale se il *fatto* posto alla base del licenziamento rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa prevista di contratti collettivi.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

giurisprudenziale del concetto di giusta causa quale clausola generale che consentirebbe il licenziamento a prescindere dall'inadempimento per la violazione degli *standards* conformi ai valori dell'ordinamento ed esistenti nella realtà sociale.

Quando si tratta di rapporti di lavoro, infatti, tali *standards* debbono essere individuati tenendo conto, oltre che dei valori dell'ordinamento, proprio delle valutazioni dell'autonomia collettiva che individuano nei codici disciplinari le condotte ed il grado di inadempimento cui segue la possibilità di esercitare il recesso datoriale. L'autonomia collettiva, a questo punto, è chiamata ad un maggior rigore nella individuazione di cosa sia o no giusta causa di licenziamento e soprattutto, per quel che concerne il riferimento generico all'aver riportato condanna penale, a specificare (o escludere proprio se ritenuto opportuno) se il recesso straordinario sia consentito per fatti avvenuti antecedentemente il rapporto lavorativo[26].

Di conseguenza, essendo questo il solo parametro valoriale cui i giudici debbono fare riferimento per definire la giusta causa di licenziamento, l'unico caso in cui sia possibile discostarsi dal codice disciplinare rimane quello della sussunzione di una fattispecie concreta non esplicitamente prevista dall'autonomia collettiva in una similare e tipizzata.

Peraltro bisogna pure tenere in considerazione il fatto che spesso le condanne penali sono accompagnate anche da pene accessorie con effetti sul piano civile (ad es. art. 609-*novies* c.p.) che già di per sé possono avere incidenza sull'attuale rapporto lavorativo. Di conseguenza, anche alla luce della funzione riabilitativa della pena prevista dalla Costituzione, non può essere consentita un'ulteriore valutazione "moraleggiante" da parte del datore di lavoro sui medesimi fatti oltre a quanto eventualmente stabilito dal codice disciplinare.

Sciopero - Servizi pubblici essenziali

T.A.R Lazio, 28 marzo 2024, n. 6084 – Pres. Sapone – Est. Scalise – USB Lavoro Privato (avv. Damizia) – Ministero Infrastrutture e Trasporti (avv. Generale dello Stato).

Sciopero – Servizi pubblici essenziali – Precettazione – Urgenza e grave necessità – Illegittimità – Eccesso di potere

Il potere di iniziativa officiosa del Presidente del Consiglio (o del Ministro delegato), proprio per limitare il più possibile l'ingerenza "politica" sul diritto di sciopero, è contemplato unicamente nei casi in cui, oltre al fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente dei surrichiamati diritti, sussistano e vengano adeguatamente esplicitate nel relativo provvedimento, la necessità e l'urgenza di provvedere.

Per il testo della sentenza v. *www.giustizia-amministrativa.it.*

Sul riparto di competenze tra Commissione di garanzia e Pubblica Autorità in caso di precettazione

Pietro Pozzaglia*

Il T.A.R. Lazio, ha giudicato illegittima per violazione di legge ed eccesso di potere l'ordinanza di precettazione adottata dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ha enunciato il principio per cui l'autorità politica non può sovrapporsi o sostituirsi alla Commissione di garanzia nel valutare i presupposti per l'attivazione del potere di precettazione. In tal modo contribuendo al dibattito in merito alla corretta ripartizione di competenze tra i soggetti pubblici interessati al governo del conflitto.

Il caso deciso dal Tribunale amministrativo

La pronuncia del T.A.R. Lazio n. 6084/2024 in commento, oltre che per i rilevanti profili tecnici e sistematici sottesi (dei quali si darà conto nei successivi paragrafi), è di particolare interesse anche per la risonanza mediatica della vicenda da cui trova origine. Nel caso di specie, il Ministero dei Trasporti (nella persona del ministro Matteo Salvini), in assenza di preventiva segnalazione da parte della Commissione di garanzia, era intervenuto con ordinanza officiosa di precettazione[1], disponendo la riduzione a quattro ore (rispetto alle ventiquattro originariamente proclamate) dello sciopero nazionale del settore del trasporto pubblico locale[2],

[26] Chiarisce sapientemente L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi costituzionali"*, in *Giornale Dir. Lav. e Relazioni Ind.*, 2007, 624 che se l'accertamento giudiziale sulla legittimità del recesso non tiene conto della gravità dell'inadempimento del lavoratore si prospetta il rischio di trasformare la giusta causa in un generico apprezzamento valoriale.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Ordinanza n. 198-T del 12 dicembre 2023.

[2] Sull'evoluzione della disciplina dello sciopero nel settore dei trasporti, v. P. Ferrari, *Lo stato di attuazione della legge di regolamentazione dello sciopero nelle aziende municipalizzate*, in AA.VV., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, cit., 165 e segg.; M. Cinelli, *La regolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici essenziali nel Protocollo CISPEL – Confederazioni sindacali*, in *Dir.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

previsto per il giorno 15 dicembre 2023. Ne era seguito un aspro dibattito tra esponenti politici e vertici sindacali maggiormente coinvolti, riportato anche dai principali mezzi di informazione nazionali[3].

Non è un caso che la vicenda in questione abbia interessato i trasporti, dove l'interconnessione sistemica dei servizi che compongono il settore, implica che anche uno sciopero locale sia suscettibile di riverberare effetti al di fuori del servizio e del bacino di utenza direttamente interessati dalla proclamazione, come rilevato dallo stesso Ministero precettante, secondo il quale il ricorso alla precettazione era giustificato "dall'assetto di un sistema di trasporto intermodale passeggeri variamente strutturato sul territorio nazionale, in cui il servizio delle aziende di Trasporto Pubblico Locale interferisce con le altre modalità di trasporto con conseguenti riflessi negativi, in caso di sciopero del TPL, anche su queste ultime[4]".

L'ordinanza ministeriale giungeva inoltre in rapida successione ad altre due[5], con le quali si era ricorsi alla precettazione in occasione degli scioperi (il primo nazionale, il secondo locale) indetti per il mese di novembre 2023. Cosicché, l'azione giudiziaria promossa dalle sigle proclamanti, risultava ampiamente preannunciata.

Il T.A.R. del Lazio, pur avendo rigettato l'istanza cautelare proposta nell'ambito del medesimo procedimento dai sindacati ricorrenti, ha poi dichiarato illegittima l'ordinanza di precettazione per violazione di legge ed eccesso di potere, offrendo utili indicazioni ai fini della complessa collocazione sistematica dell'istituto nell'ambito delle regole sullo sciopero.

La precettazione rappresenta infatti uno dei momenti in cui il confronto tra i contrapposti interessi del conflitto terziario[6] trovano il loro momento di massima tensione; di talché, per meglio comprendere l'importanza della sentenza in annotazione, nel rispetto dell'economia del presente scritto, appare utile una breve ricognizione dell'istituto in questione, nell'ambito del contesto sistematico di riferimento.

La L. n. 146/1990 tra contemperamento dei diritti costituzionalmente garantiti e tutela del cittadino utente

È noto che l'approvazione della L. n. 146/1990, sollevò immediatamente il dilemma interpretativo se la *ratio* della neo introdotta regolamentazione, dovesse essere rinvenuta nel contemperamento del diritto di sciopero con gli altri diritti costituzionalmente garantiti, ovvero nella tutela dell'utente del servizio pubblico[7].

Tanto nella vigenza dell'originario testo di legge, che a seguito delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 83/2000 (fra queste, la disciplina dedicata alle astensioni di lavoratori autonomi e liberi professionisti), la Commissione di garanzia ha prospettato la linea interpretativa secondo la quale la *ratio* della disciplina dovesse essere rinvenuta nel "mantenere in ogni caso il sacrificio imposto agli utenti entro limiti tollerabili[8]", così come prospettato anche da quella autorevole dottrina[9] che, ponendo questa finalità in primo piano[10], ha conseguentemente rinvenuto nella tecnica

Lav., 1990, I, 230 e segg.; M. Roccella, *Dall'accordo Cispel una nuova gestione dei conflitti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, 2990 e segg. G. Pino, *Modelli di regolazione del conflitto nel settore del trasporto ferroviario*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1992, 152; A. D'Atena, *Relazione introduttiva*, in *Forum '95, Atti dell'incontro con le parti sociali, tenutosi a Roma il 13 luglio 1995*, Roma, 1995, 9. Sugli adattamenti della regola di rarefazione oggettiva degli scioperi nel settore del trasporto, sia consentito il rinvio a P. Pozzaglia, *La rarefazione degli scioperi nel pluralismo sindacale*, Torino, 2012, cap. II.

[3] Fra i molti cfr. *La Repubblica* del 12 dicembre 2023 (anche on-line).

[4] Cfr. Ordinanza n. 198-T, cit.

[5] Ordinanze n. 196-T del 14 novembre 2023 relativamente allo sciopero nazionale indetto per il 17 novembre e n. 197-T del 24 novembre 2023 relativa ad uno sciopero locale indetto per il successivo 24 novembre. In entrambi questi casi, la precettazione veniva giustificata facendosi riferimento al "grado di interconnessione tra le varie tipologie di traffico su strada ferrata"; al "trend positivo del turismo, che torna ad essere un settore trainante per la nostra economia che" vede "una forte intensificazione dei flussi turistici (...) prevalentemente nei weekend, in aggiunta alla persistenza degli spostamenti dei lavoratori pendolari"; alla ricaduta degli effetti dello sciopero "anche sul traffico veicolare con ripercussioni sulla sicurezza stradale e sulle emissioni ambientali" [...] "tenuto conto della sua fissazione nell'ultimo giorno lavorativo della settimana, connotata da maggiori flussi di traffico".

[6] A. Accornero, *La terziarizzazione del conflitto e i suoi effetti*, in G. P. Cella, M. Regini (a cura di), *Il conflitto industriale in Italia*, Bologna, 1985, qui p. 275.

[7] In argomento, tra i primi ad intuire l'importanza di questa distinzione, si rinvia a M. Persiani, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, in *Dir. Lav.*, 1992, I, 17; In questo senso anche F. Carinci, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, 457.

[8] Commissione di garanzia, *Forme "anomale" di lotta sindacale, Linee guida per la valutazione ex art. 13, lettera c), l. n. 146/1990*, in *Relazione sull'attività della Commissione 1° agosto 1996-30 aprile 1997*, cit.

[9] In questo senso, M. Persiani, *Diritti fondamentali della persona e diritto dei lavoratori a scioperare*, cit., M. V. Ballestrero *Art. 1, l'ambito di applicazione della legge*, cit.; M. Magnani, voce "Sciopero nei servizi pubblici essenziali", in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 2007, 7; nello stesso senso A. Pilati, *La Legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in AA.VV., *Trattato di diritto del lavoro*, III, *Conflitto, Concertazione e Partecipazione*, Padova, 2012, 287, per il quale "a dispetto dell'esordio del titolo con cui la legge n. 146/1990 è stata varata, si tratta di un disciplina non tanto dello sciopero nei servizi essenziali, quanto dei servizi essenziali nel corso di delle manifestazioni dei conflitti collettivi di lavoro. Dalla lettura della legge emerge invero una considerazione delle forme di autotutela collettiva essenzialmente quali fatti ostativi del continuativo e regolare funzionamento del livello minimo dei servizi essenziali [...]". T. Treu, *Lo sciopero nei servizi pubblici: prestazioni indispensabili e altre regole*, in *Quaderni Dir. Lav. Rel Ind.*, n. 1992, 9, per il quale il contemperamento rappresenta un "parametro funzionale di limitazione del conflitto"; sul dibattito in merito alla *ratio* della L. n. 146/1990; E. Ales, *Le finalità della legge e la nozione di servizio pubblico essenziale*, in P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali*, Rozzano, 2000, 5 e segg., il quale propende per una soluzione volta a conciliare entrambe le tesi sulla base della lettura congiunta degli artt. 1, 2° comma e 2-*bis* della L. n. 146/1990.

[10] In senso contrario, sia consentito rinviare a P. Pozzaglia, *La rarefazione degli scioperi nel pluralismo sindacale*, cit., 161 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del contemperamento uno dei possibili strumenti di realizzazione di questo fine primario.

La soluzione[11] ha l'indubbio pregio di aver fornito alla Commissione di garanzia il supporto argomentativo per estendere le regole di protezione per lo sciopero anche a quelle condotte che, pur cagionando una sostanziale diminuzione del servizio, mettono capo a comportamenti riconducibili all'esercizio di diritti diversi dallo sciopero[12]. Tuttavia, se l'aver collocato in primo piano la tutela dell'utenza contribuisce indubbiamente a sconsigliare il ricorso a forme di lotta elusive delle regole sullo sciopero, potrebbe, per altro verso, suggerire ai soggetti istituzionali a vario titolo coinvolti nell'attuazione della legge, l'idea che l'esercizio del diritto di sciopero possa subire maggiore compressione rispetto ai concorrenti diritti costituzionalmente garantiti. Dovendosi invece ritenere che, quale che sia l'opzione interpretativa prescelta, il pari rango costituzionale dei diritti, di volta in volta, confrontati con lo sciopero, implichi sempre un ponderato ricorso alla tecnica del bilanciamento nel senso di evitare l'automatico prevalere degli uni sugli altri[13].

Ed infatti, essendo ormai, in buona parte, consolidate le diverse discipline di settore, è proprio nella valutazione circa la corretta applicazione delle regole e, in ultimo, nel possibile ricorso alla precettazione, che residuano i maggiori rischi di possibili "sbilanciamenti" legati alla diversa valorizzazione degli interessi in gioco[14].

Degli strumenti previsti dalla L. n. 146/1990, la precettazione è indubbiamente quello che, più di ogni altro, si risolve in una forma di coercizione diretta degli scioperanti; di talché, da un lato deve ritenersi che anche la precettazione – quantunque mezzo direttamente finalizzato alla tutela dell'utenza – debba essere necessariamente ricondotta alla logica del contemperamento fra contrapposti valori costituzionali[15]; dall'altro che, proprio in questa ultima prospettiva, l'interpretazione dell'istituto debba tenere conto di una corretta e rigorosa ripartizione dei poteri e delle competenze tra autorità di garanzia e autorità precettante.

In altri termini, per quanto sia innegabile che nell'attuale configurazione terziaria dello sciopero, questo abbia assunto le fattezze di una "istituzione politica e sociale" che non necessita di "essere quantitativamente rilevante per essere socialmente dirompente[16]", la risposta della politica deve necessariamente passare per gli strumenti di contemperamento ed il riparto di competenze interne previsti (o, quanto meno, presupposti) dalla legge sulla regolamentazione del conflitto.

---

[11] Sull'argomento si rinvia a F. De Falco, *Sciopero "camuffato" da assemblea e tutela degli interessi degli utenti*, in *Dir. Lav.*, 1998, II, qui p. 421. V. anche Trib. Napoli, 13 luglio 2001, in *Rass. Avv. Stato*, 2001, II, 245, con nota di G. Arpaia, per cui "quando un'assemblea per le modalità di svolgimento si concreta in una astensione dal lavoro con interruzione del servizio pubblico essenziale di trasporto, essa è soggetta al rispetto delle stesse misure previste dalla l. n. 146 del 1990 per il diritto di sciopero, nella specie, il codificato congruo preavviso; in mancanza, sono legittime le sanzioni erogate dal datore di lavoro, sia di carattere sindacale che di carattere disciplinare ai sensi dell'art. 4 l. n. 146 del 1990, risolvendosi l'assemblea in un cripto – sciopero"; nello stesso senso cfr. Pret. Lecco, 15 maggio 1993, in *Not. Giur. Lav.*, 1993, 320; Pret. Roma, 7 aprile 1997, in *Dir. Lav.*, 1998, II, 411, con nota di F. De Falco, *Sciopero "camuffato" da assemblea e tutela degli interessi degli utenti*. *Contra* Trib. Milano, 27 febbraio 2001, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2001, 390 per cui "è antisindacale il comportamento del datore di lavoro che, in considerazione delle modalità di svolgimento di un'assemblea *ex* art. 20 st. lav., ritenga la stessa equiparabile a uno sciopero e pertanto minacci la comminazione di sanzioni disciplinari ai lavoratori che vi partecipino, non essendo applicabili a tale istituto i limiti previsti dalla legge con riferimento allo sciopero"; in questo stesso senso, Trib. Milano, 27 dicembre 2000, in *Giur. Milanese*, 2002, 148 per cui "non basta la possibilità che dall'assemblea discendano obiettivamente conseguenze paragonabili a quelle dello sciopero per estendere ad essa, per via interpretativa, limitazioni e vincoli non previsti dalla legge". Per la dottrina più risalente, nel senso che il diritto all'assemblea, in quanto incondizionato, prevale anche sulle regolamentazioni eventualmente stabilite dai contratti collettivi, che sono valide nei limiti in cui ne disciplinano le modalità di esercizio, mentre sono da considerarsi nulle per violazione di norma imperativa laddove limitino il suddetto diritto, R. Pessi, *L'assemblea nei luoghi di lavoro*, Milano, 1976, qui p. 189. Cfr. anche G. Pera, *Sulla "comandata" in occasione di assemblea*, in *Bollettino della scuola di perfezionamento e di specializzazione in diritto del lavoro e organizzazione aziendale*, 1972, 10, il quale sottolineava la differenza tra la "comandata" nello sciopero (che non inficia l'azione sindacale) e la "comandata" nell'assemblea, che impedirebbe l'esercizio del "diritto di partecipare [...] al processo di formazione della volontà del collettivo".

[12] In questo senso, si segnala la recentissima Cass. civ., 14 maggio 2024, n. 13220, che ha ritenuto applicabili le regole sullo sciopero all'astensione della Polizia municipale di Roma capitale per il giorno di Capodanno, in quanto motivata da ragioni di malattia poi rilevatasi non veritiere (sciopero c.d. occulto). Cfr., in passato, Del. n. 12/143 del 26 marzo 2012, con la quale la Commissione di garanzia ha esteso anche ai comportamenti di autotutela dell'impresa, così tenuta a garantire la soglia minima di servizio in caso di serrata "dal momento che le dinamiche del conflitto collettivo necessitano, oggigiorno, di essere interpretate sempre più in modo estensivo, essendo davvero riduttiva l'idea di subordinare l'ambito di applicazione della legge 146 del 1990 al rispetto del presupposto giuridico fondato esclusivamente sulla figura tipizzata dello sciopero". In questo ultimo senso cfr. la Relazione annuale 2012, sull'attività svolta nell'anno 2011, 15.

[13] In questo senso, A. Lepore, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali, ordinanza di precettazione ed eventuale proposta della Commissione di garanzia*, nota a Cass. civ., 10 maggio 1999, n. 4632, in *Giur. It.*, 2000, 921.

[14] Cfr. quanto afferma G. Pino, *Rilettura della nozione di contemperamento/bilanciamento tra esercizio del diritto di sciopero e diritti dei cittadini nella complessità sociale*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2017, n. 3, 524.

[15] In questo senso, T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 febbraio 2017, n. 132, in *Foro Amm.*, 2017, 2, 352, a mente del quale "Il potere riconosciuto al Prefetto di limitare il diritto allo sciopero dei lavoratori attraverso molteplici tipologie di provvedimenti aventi differente grado di incisività sull'iniziativa degli scioperanti deve essere sempre esercitato nell'ottica di garantire un bilanciamento tra il diritto allo sciopero ed i diritti della persona di cui all'art. 1, comma 1, escludendosi pertanto la legittimità di un provvedimento che neghi alla radice l'esercizio del diritto sancito dall'art. 40 cost.".

[16] In questi termini A. Accornero, *La Terziarizzazione del conflitto ed i suoi effetti*, in G.P. Cella e M. Regini (a cura di), *Il conflitto industriale in Italia*, Bologna, 1985, 275 e segg.; Id., *Conflitto terziario e terzi*, in *Giornale Dir. Lav. e Relazioni Ind.*, 1985, 17 e segg. e da ultimo, Id., *Le forme del conflitto industriale*, in *Atlante del Novecento*, I, Torino, 2000, 2125.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il lungo cammino della precettazione tra potere politico e discrezionalità tecnica

Prima della approvazione della L. n. 146/1990, l'ordinamento non contemplava una specifica disciplina per la gestione pubblicistica dell'autotutela collettiva, sicché il potere di precettazione veniva necessariamente ricondotto all'art. 2 del testo unico di pubblica sicurezza del 1931 e all'art. 20 del testo unico della legge comunale e provinciale del 1934, che attribuivano al prefetto, in via generale, il potere di adottare i provvedimenti indispensabili a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica[17] in caso di urgenza o grave necessità[18].

Sebbene in questa originaria configurazione il potere di precettazione si risolvesse in un intervento completamente esterno alla logica delle relazioni industriali[19] e alla regolamentazione, allora esclusivamente pattizia[20], del diritto di sciopero, questa possibilità si riteneva comunque giustificata dal preminente interesse di evitare la compromissione di altri diritti costituzionalmente tutelati[21] e, in particolare, di quelli alla salute e "alla integrità fisica ed incolumità delle persone[22]". Sebbene costituzionalmente legittima[23], la disciplina era tuttavia oggetto di costanti critiche[24] in quanto, da un lato non individuava con precisione i presupposti legittimanti il potere di intervento; dall'altro non predeterminava i comportamenti adottabili dall'autorità pubblica[25], rendendo particolarmente complesso un eventuale controllo giudiziale sulla rispondenza dei mezzi adottati rispetto allo scopo perseguito.

In occasione della regolamentazione legale del diritto di sciopero, si è pertanto optato per una riformulazione della precettazione distinta da quella degli altri provvedimenti amministrativi di carattere contingibile e urgente e, almeno negli intenti del legislatore, più rispondente alla specificità della materia dello sciopero ed al nuovo sistema di regole introdotto con la L. n. 146/1990.

L'art. 8, L. n. 146/1990, già nella sua originaria formulazione[26], si differenziava infatti dal precedente sistema delle "ordinanze libere", in quanto circoscriveva la possibilità di intervento del potere pubblico sullo sciopero al solo caso di "fondato pericolo di un pregiudizio grave e imminente ai diritti della persona costituzionalmente garantiti a causa del mancato funzionamento dei servizi di preminente interesse gene-

---

[17] In argomento G. U. Rescigno, voce "Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza", in *Noviss. Dig. It.*, XII, Torino, 1965, 89. In generale, sul dibattuto tema del potere di ordinanza, si rinvia a F. Bartolomei, *Potere di ordinanza e ordinanze di necessità*, Milano, 1979; Id., voce "Ordinanza (diritto amministrativo)", in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 970 e segg.; A. Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato di emergenza?*, in *Giur. Cost.*, 1982, 108 e segg.; P. Pinna, *L'emergenza davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1983, 592 e segg.; V. Angiolini, *Urgente necessità ed emergenza: la Corte costituzionale ci ripensa?*, in *Le Regioni*, 1987, 1572 e segg.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; F. Migliarese, voce "Ordinanze di necessità", in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, 1 e segg.; F. Bilancia, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3609 e segg.; G. Marazzita, *Lo stato d'emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giur. Cost.*, 1997, 2099 e segg.; S. Staiano, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura dello stesso S. Staiano, Torino, 2006, 649 e segg.; A. Cardone, *Le ordinanze di necessità e urgenza del Governo*, in *Osservatorio sulle fonti 2006*, a cura di P. Caretti, Torino, 2007, 236 e segg.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 377 e segg.

[18] Sulla opportunità di ricondurre lo sciopero nell'ambito della disciplina generale sui poteri inibitori dell'autorità prefettizio, è critico A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in A. Scialoja, G. Branca, (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1977, 276 e segg.; nello stesso senso V. Ferrante, *I presupposti per l'esercizio del potere di precettazione e il contenuto dell'ordinanza: gli effetti della pronuncia dei garanti e quelli della contrattazione collettiva*, in *Quad. Dir. Lav.*, 1992, 81 e segg.

[19] V. Ferrante, *I presupposti per l'esercizio del potere di precettazione e il contenuto dell'ordinanza: gli effetti della pronuncia dei garanti e quelli della contrattazione collettiva*, in *Quad. Lav.*, 1992, 81 e segg.

[20] Per una completa analisi di quella che in dottrina viene definita con il termine di autoregolamentazione (a propria volta suddivisa in autoregolamentazione unilaterale, autoregolamentazione bilaterale e autoregolamentazione "mista"), cfr. P. Pascucci, *L'autoregolamentazione dello sciopero nei servizi pubblici: evoluzione e prospettive*, cit., 63 e segg.; F. Carinci, *Autoregolamentazione del diritto di sciopero*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, 187; Id., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, cit., 35; R. Scognamiglio, *Disciplina ed autodisciplina del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Dir. Internaz. e Comp. Lav.*, 1977, 31; G. Zangari, *Disciplina legislativa ed autodisciplina sindacale dei limiti di esercizio del diritto di sciopero (con particolare riferimento ai servizi pubblici essenziali*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1977, I, 321; Id., *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali nel diritto italiano e comparato*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1980, I, 358; G. Arrigo, *Il diritto di sciopero nei pubblici servizi, legge o autoregolamentazione?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, I, 505; G. Pera, *Lo sciopero nei pubblici servizi*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1978, I, 230; P. Ichino, *Basta l'autoregolamentazione nei pubblici servizi ?*, in *Pol. Ec.*, 1981, 24; U. Romagnoli, *Dieci tesi sul pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1981, 755; G. Giugni-L. Ventura, *La regolamentazione del diritto di sciopero: i primi contributi di un dibattito*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1981, I, 311; T. Treu, *Sciopero? sì, no, come*, Roma, 1981.

[21] In questo senso, F. Santoni, *Lo sciopero*, Napoli, 2001, 174.

[22] Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 4, in *Foro It.*, 1977, I, 276, con nota di A. Pizzorusso; in *Giur. Cost.*, con nota di L. Carlassarre, *Ordinanze prefettizie e diritto di sciopero*, 364 e segg. Per una completa analisi della dottrina che si è pronunciata sulla sentenza, si rinvia a A. Raffi, *La precettazione*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, I, Torino, 1999, 544 e segg. Cfr. anche Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, in *Foro It.*, I, 888, che aveva dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che il Prefetto sia tenuto ad indicare i principi dell'ordinamento giuridico violati dal comportamento colpito dall'ordinanza di urgenza.

[23] Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, in *Giur. Cost.*, 1961, 525 e Corte cost., 12 gennaio 1977, n. 4, in *Foro It.*, 1977, 1, 276.

[24] Per tutti, S. Nappi, La *precettazione*, in F. Santoni (a cura di) *Le regole dello sciopero. Commentario sistematico alla legge 83/2000*, Napoli, 2011, 151, per il quale "D'altra parte, quelle ordinanze contingibili erano provvedimenti in linea con la tipologia e natura degli interventi operati prima della l. 146, pensati per incidere soltanto sull'effetto dello sciopero (l'astensione dal lavoro), ma non sulla causa (il conflitto)".

[25] G.U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità ed urgenza*, cit., 91.

[26] F. Carinci, *Lo sciopero nei servizi pubblici essenziali: dall'autoregolamentazione alla legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, 457 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rale[27]", venendo così configurata come uno strumento attivabile in via eccezionale[28], quale ultima istanza di protezione dell'interesse pubblico.

La relativa procedura era articolata in una prima fase di invito alla desistenza dai comportamenti determinanti la situazione di pericolo e di contestuale tentativo di conciliazione. In caso di esito negativo, l'autorità precettante invitava le parti al rispetto della eventuale proposta della Commissione formulata ai sensi dell'art. 13, 1° comma, lett. a), L. n. 146/1990. Il mancato rispetto a questo ulteriore invito, nella permanenza della situazione di pericolo, consentiva, dopo una seconda fase di consultazione, l'adozione della ordinanza di precettazione.

Pur avendo il pregio di aver declinato l'istituto della precettazione nell'ambito del conflitto collettivo[29], la disciplina, oltre che eccessivamente macchinosa, non perimetrava un chiaro riparto di competenze tra Commissione di garanzia e autorità pubblica[30], con il rischio di eccessiva preminenza del dato formale su quello sostanziale[31], rispetto al tema – dibattuto in dottrina – del raccordo sistematico tra la valutazione dei due soggetti coinvolti[32].

Diversamente dalla disciplina appena scrutinata, l'attuale assetto normativo in materia di precettazione, distingue una procedura ordinaria ed una straordinaria di accesso all'istituto. In entrambi i casi è previsto un ruolo della Commissione di garanzia diversamente modulato in ragione delle circostanze di adozione del provvedimento.

La prima – artt. 13, lett. f) e 8, 1° comma, L. n. 146/1990 – prevede che sia la Commissione di garanzia a segnalare all'autorità competente "le situazioni nelle quali dallo sciopero o astensione collettiva può derivare un imminente e fondato pericolo di pregiudizio ai diritti della persona costituzionalmente tutelati", al contempo formulando una proposta in ordine "alle misure da adottare con l'ordinanza" di precettazione.

La seconda (art. 8, 1° comma, seconda parte, legge cit.) prevede invece un autonomo potere di precettazione "[...] *nei casi di necessità e urgenza, di propria iniziativa*", ancorché previa informativa alla Commissione di garanzia".

Se alcune differenze terminologiche tra le due formulazioni dell'art. 8, L. n. 146/1990, possono suggerire un certo ampliamento delle possibilità di intervento dell'autorità pubblica[33], deve comunque rilevarsi che, nel suo complesso, non solo la precettazione è stata definitivamente integrata nell'ambito della disciplina dello sciopero ma, come più volte sollecitato dalla dottrina prima della riforma del duemila, è stato notevolmente rafforzato il ruolo della Commissione di garanzia in quanto organo più titolato "a conoscere, nel campo di sua competenza, dell'andamento e dell'evoluzione dei vari conflitti collettivi[34]".

Ad oggi, infatti, vi può essere precettazione solo su iniziativa della Commissione oppure, nei casi di particolare necessità e urgenza (ma sempre nel rischio di un imminente e fondato pericolo di pregiudizio ai diritti della persona), previa informativa della stessa; di talché, non solo non è configurabile un potere autonomo dell'autorità pubblica, ma quest'ultima è abilitata a intervenire solamente in termini di *extrema ratio*[35].

La distinzione tra una procedura ordinaria ed una

---

[27] In questa originaria formulazione, l'art. 8, comma primo, aveva sollevato dubbi relativamente alla locuzione *servizi di preminente interesse generale* che, differenziandosi da quella contenuta nell'art. 1, comma primo, aveva suggerito la possibilità di riferire la precettazione ai soli diritti costituzionali di rango superiore (es. diritto all'integrità fisica e alla salute). In questo senso, P. Curzio, *Autonomia collettiva e sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Bari, 1992, 117. In senso opposto, M. Rusciano, *Il ruolo degli attori nel disegno della legge 12 giugno 1990, n. 146*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, I, 15. Corte cost., 28 gennaio 1991, n. 32, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, 165, si è espressa a favore della identità tra i diritti indicati nell'art. 1, 1° comma, e quelli tutelati *ex* art. 8, ritenendosi che le espressioni "servizio pubblico essenziale" e "servizio di preminente interesse generale" debbano intendersi equivalenti.

[28] Nega questo carattere di residualità, G. Orlandini, *Il procedimento di precettazione*, in P. Pascucci (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, Milano, 2002, qui p. 170. *Contra*, V. Fili, *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in (a cura di) L. Menghini, M. Miscione, A. Vallebona, Padova, 2000, 96.

[29] Cfr. L. Zoppoli, *Commento all'art. 8 della legge 146 del 1990*, in M. Rusciano, G. Santoro Passarelli, *Commentario alla legge 12 giugno 1990 n. 146*, Milano, 1991, 107, che rileva il potenziale conflitto della precedente normativa con la riserva di legge posta dall'art. 40 Cost.

[30] In questo senso, L. Gaeta, *sub. art. 13*, in M. Rusciano, G. Santoro Passarelli, *Lo sciopero nei servizi essenziali. Commentario alla l. 12 giugno 1900 n. 146*, Milano, 1991, 202.

[31] Suggerisce una eccessiva attenzione al dato formale, Cass. civ., 6 novembre 1997, n. 10889, in *Giust. Civ.*, 6, 1998, 1693 con nota di C. Corsinovi, *Sui requisiti di legittimità procedurale dell'ordinanza di precettazione nel contesto dell'art. 8, legge n. 146 del 1990*, per la quale, "nella vigenza dell'originaria formulazione della l. n. 146 del 1990, è presupposto indefettibile per l'emissione dell'ordinanza di precettazione in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali [...] il previo invito alla Commissione di garanzia di formulare alle parti in conflitto una proposta, seppur non vincolante del possibile contenuto dell'ordinanza stessa; il mancato interpello della commissione comporta l'illegittimità dell'ordinanza e la conseguente illegittimità del provvedimento sanzionatorio a carico dei dipendenti in sciopero". Nello stesso senso, 10 maggio 1999, n. 4632, cit.

[32] C. Corsinovi, *Sui requisiti di legittimità procedurale dell'ordinanza di precettazione nel contesto dell'art. 8, legge n. 146 del 1990*, cit., 1696, ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

[33] M. Monaco, *L'ordinanza di precettazione dal tecnicismo della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ai recenti interventi realizzati per via di prassi dal Ministero dei Trasporti*, in *Lav. Dir. Europa*, 1, 2024, 4 che, in questo senso, evidenzia il riferimento alla semplice "alterazione" del servizio, nonché l'utilizzo del verbo al condizionale ("potrebbe essere causato"), in luogo della precedente locuzione "a causa".

[34] G. Pino, *Rilettura della nozione di contemperamento/bilanciamento tra esercizio del diritto di sciopero e diritti dei cittadini nella complessità sociale*, *loc. ult. cit.*; *contra*, A. D'Atena, voce "Sciopero nei servizi pubblici essenziali", in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1999, Agg., 947 e segg.

[35] Per tutti, già nella vigenza della normativa precedente alla riforma del duemila, A. Vallebona, *Il ruolo del giudice nel sistema della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, 326; nello stesso senso, G. Suppiej, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, 191.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

straordinaria di precettazione evidenzia altresì l'intenzione del legislatore di operare un più netto riparto di funzioni tra autorità tecnica e autorità politica che, almeno in linea di principio, dovrebbe escludere la possibilità per l'organo precettante di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle già operate dalla Commissione di garanzia. Di talché, anche nel caso di procedura straordinaria, la ragioni di necessità e urgenza che fondano il potere officioso dell'autorità pubblica, devono essere tali da non aver consentito alla Commissione di attivare la procedura ordinaria in quanto, diversamente, si avrebbe una invasione della relativa sfera di competenza[36].

L'inquadramento sistematico della precettazione secondo il T.A.R. Lazio

La sentenza in commento evidenzia un buon governo del richiamato principio di separazione delle attribuzioni, stabilendo che "l'autorità politica non può sovrapporsi e sostituirsi alla Commissione nel valutare i presupposti per l'attivazione del potere di precettazione". Sicché, l'intervento del potere pubblico è limitato alle sole ipotesi in cui vengano individuati (ed esplicitati ai fini del controllo giudiziale) "profili di necessità e urgenza [...] necessariamente diversi e sopravvenuti rispetto al quadro già scrutinato dalla Commissione stessa[37]".

La mancata segnalazione da parte della Commissione, in quanto comportamento significativo di una valutazione di non necessarietà della precettazione, imponeva dunque al Ministero di motivare il proprio intervento in forza di ragioni ulteriori non valutate dai garanti. Onere non assolto con il semplice rinvio alla natura sistemica del settore e ai già noti (e non sopraggiunti) disagi connessi a pregresse condizioni metereologiche.

Ed fatti, mentre il primo aspetto, come noto, ha costantemente impegnato Commissione e parti sociali nell'ambito del lungo percorso di fissazione e perfezionamento delle regole di settore; il secondo era stato già sollevato dalle ordinanze di precettazione che avevano preceduto quella annullata dal Tar, sicché erano, anche queste, ben conosciute dalla Commissione.

Avendo adottato un provvedimento fondato esclusivamente su una diversa valutazione tecnica in merito al rispetto delle regole sullo sciopero da parte delle organizzazioni proclamanti (apprezzamento riservato alla Commissione di garanzia[38]), il Ministero ha esorbitato la propria sfera di attribuzioni[39]. Tanto più che, nel caso di specie, la Commissione aveva compiuto una attenta valutazione in merito all'impatto della astensione, chiedendo e ottenendo il differimento della astensione del personale dipendente di alcune delle aziende coinvolte, per la eccessiva contiguità rispetto a precedenti proclamazioni.

Nello stesso senso, come pure evidenziato dalla pronuncia in oggetto, il rispetto delle sfere di attribuzione dei soggetti potenzialmente interessati ad avviare la precettazione, implica che, nell'ambito della procedura ordinaria, l'autorità pubblica "possa sempre astenersi dall'adottare l'ordinanza di precettazione", ove non condivida la segnalazione della Commissione, consistendo la precettazione, sempre e comunque, in un provvedimento di ultima istanza.

Sicché, in conclusione, legittima precettazione vi può essere soltanto qualora la proposta della Commissione trovi il consenso dell'organo precettante ovvero quando l'intervento autonomo di quest'ultimo trovi fondamento nella adeguata considerazione di peculiari circostanze giustificative, apprezzabili nei termini sopra descritti e non in una diversa valutazione quanto alla interpretazione o al rispetto delle regole da parte dei soggetti proclamanti.

Nei termini decisi dal Tar, peraltro, la precettazione viene a trovare una sua naturale collocazione sistematica nell'ambito delle regole sullo sciopero, stemperando di molto la possibile incidenza in termini interpretativi del richiamato dilemma interpretativo sulla *ratio* della L. n. 146/1990.

Quale che sia infatti lo scopo ultimo del legislatore, il doppio sistema di valutazione tecnica e politica posto alla base di una legittima precettazione, scongiura, nei limiti del possibile, pericolosi sbilanciamenti sottesi a indebiti sconfinamenti tra tutela dell'interesse collettivo e tutela dell'interesse generale, al contempo responsabilizzando ciascuno degli interpreti nel proprio ambito esclusivo di competenza.

---

[36] Cfr. M. Monaco, *L'ordinanza di precettazione dal tecnicismo della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ai recenti interventi realizzati per via di prassi dal Ministero dei Trasporti*, cit., che evidenzia come rischio pregiudizio possa esservi anche in caso di sciopero legittimo.

[37] Aggiunge la sentenza in commento che "[...] l'iniziativa officiosa dell'autorità politica, quindi, risulta conferita dall'art. 8 della l. n. 146/1990 solo per i casi di straordinaria eccezionalità che la Commissione di garanzia non ha potuto previamente valutare e per i quali sussiste pertanto una condizione di urgenza e necessità di provvedere [...]", inoltre in quanto potere "[...] *extra ordinem* e residuale [...] debba recare in modo espresso e specifico l'enucleazione dei presupposti di necessità ed urgenza legittimanti l'impulso officioso".

[38] Cfr., ancora una volta, M. Monaco, *L'ordinanza di precettazione dal tecnicismo della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali ai recenti interventi realizzati per via di prassi dal Ministero dei Trasporti*, cit., 5 che evidenzia come sovente "[...] il contenuto delle ordinanze di precettazione mostra, infatti, non pochi casi nei quali i rapporti fra le due autorità appare invertito nel senso che l'autorità precettante si muove *iure proprio* al di fuori della ricorrenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri ad essa attribuiti ovvero, addirittura, in contrasto con la Commissione".

[39] Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 2471 del 24 aprile 2018, ha tuttavia affermato che la proclamazione di uno sciopero senza l'osservanza di alcun preavviso, legittima l'adozione di una ordinanza di precettazione anche nel mancato esperimento di procedura di raffreddamento non potendo i soggetti proclamanti invocare il mancato rispetto della procedura *ex lege* n. 146/1990 nella inosservanza, da parte loro, del doveroso termine di proclamazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Amministrativo

a cura di Adolfo Angeletti e Mariano Protto

con Roberto Caranta e Marco Sica

Arbitrati e appalti

Consiglio di Stato, Sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789 – Pres. Contessa – Est. Marzano – C.P. S.r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con R.C.s.r.l. e C.E.S. S.r.l. (Avv. Spataro) – U.d.S.M.G. e M.U.R. (Avv. Generale dello Stato).

Processo amministrativo – Contratti pubblici – Offerte – Piattaforme informatiche – Esclusione – Principio di risultato – Illegittimità

L'eccessiva rigidità della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all'eccessivo formalismo con cui la stazione appaltante gestisca la gara, nella sostanza frustra i principi del risultato e della fiducia, oggi codificati al D.Lgs. n. 36/2023. È pertanto illegittima l'esclusione di un concorrente che, essendosi attivato tempestivamente per caricare l'offerta su piattaforma telematica con una capienza di caricamento insufficiente rispetto alle dimensioni dell'offerta richiesta e avendolo segnalato alla stazione appaltante, entro il termine di scadenza abbia poi caricato sulla piattaforma un'offerta incompleta e abbia inviato l'offerta integrale mediante pec.

Per il testo della sentenza v. *www.giustizia-amministrativa.it.*

Il difficile equilibrio tra i principi di risultato, legalità, concorrenza e autoresponsabilità

Alessandro Mazza*

La sentenza si colloca nell'alveo della giurisprudenza maggiormente sensibile agli aspetti sostanziali in tema di applicazione del principio di risultato, rispetto al quale viene proposta una sintesi di alcune delle ultime pronunce, nel difficile equilibrio con gli altri principi fatti, tra cui quelli salvi dell'art. 1, D.Lgs. n. 36/2023.

Il caso di specie

La sentenza costituisce l'occasione per il Consiglio di Stato per ribadire l'importanza del principio di risultato, affermato all'art. 1 dal codice dei contratti pubblici.

Nella fattispecie, le offerte dovevano essere presentate a pena di esclusione unicamente mediante l'utilizzo di una piattaforma telematica. Un concorrente (su due: anche l'altro era stato escluso, per differenti ragioni) aveva iniziato a caricare l'offerta sul portale alle h. 13.59 a fronte della scadenza delle h. 18.00. Ma la sua offerta era troppo "pesante" rispetto ai limiti a cui il portale era abilitato, limiti peraltro non adeguati rispetto alle nuove richieste della S.A. Segnalato inutilmente il problema, entro l'ora di scadenza il concorrente aveva inviato alla S.A. una pec con un *we transfer*, completo di tutta l'offerta "zippata", e aveva caricato sul portale l'offerta, sia pure incompleta. Solo dopo la scadenza, la capacità del portale di *upload* era stata incrementata a sufficienza.

Il concorrente era stato però escluso, "vista" la relazione del RUP e acquisito un parere dell'Avvocatura dello Stato, perché la trasmissione dell'offerta tramite pec e *we transfer* non garantiva la segretezza dell'offerta.

Il T.A.R. aveva rigettato il ricorso proposto dal concorrente escluso, sposando la relazione del RUP, che riportava una cronologia dei fatti diversa rispetto a quella indicata dal ricorrente e che ne evidenziava la negligenza.

Il contenuto della sentenza

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che fossero dimostrati gli assunti in fatto del ricorrente e non già quelli del RUP (recepiti dal T.A.R.).

L'appello è stato accolto sotto molteplici profili.

1. Non si poteva individuare una motivazione *per*

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

relationem rispetto alla relazione del RUP, che era solo stata "*vista*", ma i cui contenuti non potevano considerarsi facenti parte dell'atto impugnato e, d'altra parte, erano smentiti dai documenti in atti.

2. L'unica motivazione addotta, consistente nella violazione del principio di segretezza dell'offerta, era erronea. Da un lato, lo stesso RUP aveva scaricato e protetto con *password* l'offerta trasmessa via pec, per cui non si poneva alcun problema di segretezza. Comunque, più in generale, "il principio di segretezza sarebbe stato violato se la S.A. avesse riscontrato, all'interno dell'offerta tecnica, elementi tali da consentire di risalire all'offerta economica, ciò che si può sempre verificare anche nel caso di caricamento integrale dell'offerta su piattaforma telematica e che nel caso di specie non è stato riscontrato in concreto."

3. Una volta resa edotta del fatto che, oggettivamente, la piattaforma stessa non aveva sufficiente capienza, in base al principio di leale collaborazione la S.A. avrebbe potuto sospendere il termine e disporne la proroga, ovvero consentire l'integrazione della documentazione incompleta.

4. L'eccessiva rigidità della piattaforma informatica e l'eccessivo formalismo interpretativo della *lex specialis* contrastavano con il principio di risultato e di fiducia, enunciati dal nuovo codice dei contratti (non direttamente applicabile), ma già presenti nell'ordinamento.

5. Non sussisteva alcun profilo di autoresponsabilità del concorrente, che aveva iniziato le operazioni di caricamento con congruo anticipo e si era attenuto al manuale operativo del portale informatico.

Il principio di risultato in generale

Come lo stesso art. 1 del nuovo Codice prescrive, il principio del risultato costituisce il "criterio" orientativo "prioritario" dell'operato della P.A., sia nell'ambito della sua discrezionalità, sia nell'interpretazione delle regole da applicare al caso concreto. "Si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto"[1].

Tale principio, comunque, deve rispettare quelli di legalità, trasparenza e concorrenza. In particolare merita riportare quanto scritto nella Relazione Illustrativa 7 dicembre 2022 al nuovo codice dei contratti pubblici: "L'idea che l'Amministrazione in materia di appalti debba perseguire solo la concorrenza rischia [...] di contrastare con il più generale principio di buon andamento, di cui il 'principio del risultato' rappresenta una derivazione 'evoluta', sulle orme di studi di autorevolissima dottrina, che ormai da decenni auspica e teorizza 'l'amministrazione del risultato'. Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma tramite la sua codificazione si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività. Questa 'propensione' verso il risultato è caratteristica di ogni azione amministrativa, perché ogni potere amministrativo presuppone un interesse pubblico da realizzare."

Il principio di risultato "consente di orientare l'operato delle Stazioni appaltanti attraverso due criteri di indirizzo: a) il 'criterio temporale' della tempestività dell'affidamento ed esecuzione del contratto, che impone alle Stazioni appaltanti il superamento delle situazioni di inerzia o di *impasse* per difficoltà connesse, tra l'altro, alla difficoltà di interpretazione delle disposizioni unionali e nazionali, oltre che da quelle fornite in sede pretoria, guardando al risultato attraverso l'applicazione di una regola per il caso concreto, pur sempre nel dovuto rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza; b) il 'criterio qualitativo' dell'efficienza ed economicità dell'affidamento ed esecuzione del contratto, la cui applicazione deve guidare la Stazione appaltante nella scelta della soluzione che consenta di addivenire all'ottimizzazione del rapporto tra il profilo tecnico-qualitativo dell'offerta e quello economico del prezzo da corrispondere"[2].

Principio di risultato e norme vigenti

Senza pretesa di esaustività, si osserva che anche alcune norme codicistiche risentono del principio del risultato.

Si pensi al dibattito pubblico, che il nuovo codice (nell'art. 40 e all. I.6) ha modificato rispetto al precedente regime (art. 22 e d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76). Al riguardo, "verrebbe allora da ipotizzare che l'intento del legislatore sia stato proprio quello di riformare il dibattito pubblico, derubricando anzitutto il conflitto da premessa logico-giuridica ad eventualità fattuale. Il passato è storia conosciuta: *Nimby* (*Not in my back yard*), *Banana* (*Build absolutely nothing anywhere near anyone*), *Cave* (*Citizen against virtually everything*). Questi sono solo alcuni degli acronimi impiegati per descrivere la dinamica patologica che era sottesa al 'vecchio' dibattito pubblico, quando si trattava cioè di "amministrare il conflitto". Il 'nuovo' dibattito pubblico, invece, sembra essere stato pensato e riformato secondo una logica maggiormente collaborativa, di integrazione della conoscenza, piuttosto che apertamente conflittuale". "Insomma, [...] pare emergere la volontà di predisporre uno strumento istruttorio nel cui ambito la partecipazione dovrebbe assumere (nell'intento e nell'auspicio del legislatore) una funzione collaborativa e non già oppositiva": "è soltanto in una logica orientata al risultato che il legislatore si è determinato nel senso di ridurre i termini del dibattito pubblico, di favorire il ricorso al digitale e di contrarre la quantità della partecipazione. Specialmente estromettendo il dissenso, il legislatore avrebbe per questa via apprestato le regole più idonee allo scopo: quello di giungere (non solo in termini di tempo, ma anche

[1] Cons. di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, reperibile, come tutti i riferimenti indicati, se non diversamente indicato, sul sito *https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/dcsnprr*.

[2] T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, Sez. I, 29 aprile 2024, n. 98.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di *an*) al risultato, ossia alla realizzazione degli interventi infrastrutturali reputati indispensabili"[3].

Ma anche norme preesistenti confermano la piena valenza positiva del principio di risultato. In una recente fattispecie è stato affermato che "costituisce [...] principio immanente alla disciplina dei rapporti tra appaltatore e committente pubblico quello che pone a carico del primo sia un particolare 'dovere cognitivo' delle condizioni richieste ai fini della corretta esecuzione dell'appalto sia l'onere di contestare tempestivamente gli atti di esercizio del potere direttivo intestato al secondo, quali aspetti del più generale obbligo rafforzato di cooperazione che grava sul contraente privato, funzionale al contenimento dei tempi per la realizzazione dell'opera, oggi positivizzato nel principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023. Ne sono chiara espressione tutti quegli istituti deputati a prevenire, laddove possibile, ovvero a risolvere celermente, negli altri casi, i contrasti che insorgono tra le parti allorché la realtà in cui si trova concretamente ad operare l'impresa non coincida con la rappresentazione che della stessa sia contenuta nei documenti predisposti dalla stazione appaltante, come dimostrano le norme sull'inammissibilità delle riserve su progetti validati, di cui all'art. 205, co. 2, del d.lgs. 50/2016 (oggi art. 210, co. 2, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36), e quelle sulla consegna dei lavori e sulle riserve, di cui agli artt. 5 e 9 del decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 7 marzo 2018, n. 49 (oggi artt. 3 e 7 dell'allegato II.14 al d.lgs. n. 36/2023), che sottopongono le eccezioni dell'appaltatore ad un rigido sistema di decadenze"[4].

Principio di risultato e *lex specialis*

La disapplicazione di una norma di *lex specialis* che stabilisce una modalità di presentazione dell'offerta a pena di inammissibilità era già stata affermata in passato, nel caso di contrasto o ambiguità delle norme di gara e dei chiarimenti forniti, con conseguente induzione in errore del concorrente circa la possibilità di adire altre forme di proposizione della domanda, peraltro pervenuta tempestivamente ed integralmente[5].

In tema di CAM, ai fini degli obblighi stabiliti dall'art. 34 del D.Lgs. n. 50/2016 (oggi dall'art. 57, 2° comma, del codice), il principio di risultato impone che i CAM medesimi siano declinati espressamente nella *lex specialis*, non potendosi ricorrere al principio di eterointegrazione, che avrebbe "l'effetto di spostare nella fase di esecuzione del contratto ogni questione relativa alla conformità della prestazione ai criteri ambientali: così contraddicendo la logica del risultato [...], che mira piuttosto ad una sollecita definizione, in termini di certezza e stabilità del rapporto negoziale, dei reciproci diritti ed obblighi"[6].

Il principio in argomento soccorre altresì in caso di ambiguità e/o contraddittorietà della *lex specialis* sulla completezza della fornitura richiesta, specie laddove la medesima *lex* espliciti comunque l'intenzione di ottenere una fornitura immediatamente utilizzabile senza necessità di ulteriori implementazioni, che, diversamente, la S.A. dovrebbe reperire *aliunde*. Pertanto, è inammissibile l'offerta che, pur rispettando formalmente alcune disposizioni di gara, non sia immediatamente utilizzabile dalla S.A. Ne consegue che "il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad 'ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo', facendo 'transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili'"[7]. Dunque, la lente del *risultato* diventa addirittura paradigma comportamentale degli stessi offerenti, che, nell'interpretare le norme di gara e nell'adeguare conseguentemente la loro offerta, debbono conformarsi a tale criterio.

Ancora nell'ottica di un più penetrante controllo giurisdizionale sulle scelte discrezionali, in una fattispecie di diniego di attribuzione di misure economiche compensative per il rilascio volontario delle frequenze televisive di una determinata banda di onde elettromagnetiche in una regione, ai sensi del D.M. 23 gennaio 2012, per carenza di intesa con stazioni aventi sede fuori dalla regione ma emittenti anche in quella regione, il Consiglio di Stato, in applicazione di tale principio, ha sancito che "il risultato può essere adottato dal Giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di procedure ad evidenza pubblica non rette dal d.lgs. n. 36/2023 (Cons. Stato, sez. V, 27.02.2024 n. 1924). [...] Detto principio, nel caso che occupa la sezione, è l'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo con-

[3] E. Guarnieri, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni,* in *Diritto Amministrativo*, fasc. 4, 1° dicembre 2023, 829 e segg., par. 3, con ampie citazioni giurisprudenziali e dottrinarie; v. anche *ibidem*, par. 5, le interessanti osservazioni circa il rapporto tra il principio di risultato e il c.d. danno alla concorrenza, cioè quello conseguente all'avere violato l'obbligo di indire una gara, dedotto in sede di responsabilità contabile: "Sul tema della prova circa l'*an* del danno alla concorrenza si confrontano in seno alla giustizia contabile due orientamenti principali, che conducono ad esiti diametralmente opposti: l'uno favorevole a riconoscere come fondata la tesi del danno *in re ipsa*, l'altro a ciò radicalmente contrario. È chiaro che, laddove il primo indirizzo pretorio fosse prevalente, dovrebbe escludersi in radice l'applicazione di una logica orientata al risultato nel sindacato sul danno alla concorrenza. In tal caso, infatti, la violazione della regola che pone l'obbligo di indire una procedura di gara sarebbe essa stessa la ragione e la causa della sussistenza del danno. Dunque, non vi sarebbe alcuna necessità di operare un confronto tra risultati, quello attuale (quanto si è fatto) e quello potenziale (quanto si sarebbe potuto altrimenti fare): come dire, quando la responsabilità amministrativo-contabile si fa sanzionatoria, non vi è sottesa alcuna logica di sindacato realmente orientata al risultato".

[4] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-*quater*, 25 marzo 2024, n. 5834.

[5] In tal senso, v. Cons. di Stato, Sez. V, 9 gennaio 2024, n. 295, in un caso in cui sembrava che i campioni di merce da fornire, in base alle norme di gara, potessero essere forniti anche mediante consegna diretta in plico sigillato.

[6] Cons. di Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

[7] Cons. di Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

seguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata. La prevalenza per gli aspetti sostanziali, rispetto a quelli puramente formali, nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, è stata riconosciuta in più occasioni dalla giurisprudenza, anche prima del d.lgs. n. 36/2023 [...] Il principio del risultato non deve tuttavia essere posto in chiave antagonista rispetto al principio di legalità. Al contrario, come chiarito dalla terza Sezione (Cons. Stato, sez. III, 26.03.2024 n. 2866), 'il valore del risultato' concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad 'ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo', facendo 'transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili'" [8].

In un altro caso i Giudici amministrativi si sono espressi sul merito della ragionevolezza della scelta dell'Amministrazione, rigettando l'impugnazione della revoca dell'aggiudicazione per mancata dimostrazione di certificazioni richieste dalla *lex specialis*, in ottemperanza a norme europee [9]. Nel dettaglio, le relative norme di gara, in quanto immediatamente escludenti, non erano nulle, né erano state impugnate immediatamente e il Giudice ha negato al concorrente il ricorso alle "altre prove documentali", ammesse dall'art. 87, 2° comma, D.Lgs. n. 36/2016 per il caso, non ricorrente nella fattispecie, in cui i concorrenti dimostrino "di non avere accesso a tali certificati o di non avere la possibilità di ottenerli entro i termini richiesti per motivi loro non imputabili". La sentenza, chiosando, ha così commentato la scelta della P.A.: "tale previsione, lungi dal ridursi ad un vuoto formalismo, è invece posta a presidio della sostanziale corrispondenza di quanto offerto a quanto domandato, dal momento che un accertamento meno rigoroso, o lasciato ad organismi o professionisti che non offrono le medesime garanzie, esporrebbe le amministrazioni, e soprattutto la platea dei fruitori del servizio, al rischio di una prestazione priva delle caratteristiche richieste. Il problema della dimostrazione – secondo le modalità richieste – del requisito qualitativo non è dunque un problema di forma, ma di sostanza. Se si ha consapevolezza di tutto ciò, ne consegue l'improprietà del richiamo alla nozione di risultato, anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d. lgs. n. 36 del 2023: questa infatti non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione (nel senso sopra riferito). Il richiamo alla nozione di risultato integra i parametri di legittimità dell'azione amministrativa con riguardo ad una categoria che implica verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) oltre che di astratta conformità al paradigma normativo.".

Si è quindi giustamente osservato che "i principi individuati nel nuovo Codice, da questo punto di vista, possono costituire uno stimolo per la giurisprudenza amministrativa a superare l'individuazione di profili di insindacabilità che essa continua a ritenere esistenti, ad esempio a proposito di determinazione dei requisiti di ammissione, o di valutazione dei campioni o di individuazione della anomalia delle offerte" [10].

In altro arresto giurisprudenziale, la mancanza di certificazione relativa ad un certo prodotto offerto in fornitura (accordo quadro) è stato ritenuto surrogabile dalla scheda tecnica di quel prodotto, a dispetto della diversa prescrizione di *lex specialis*, anche considerato che detto prodotto stesso era migliore rispetto a quello di altri concorrenti. "Ciò in ossequio al principio del risultato, che postula la 'prevalenza per gli aspetti sostanziali, rispetto a quelli puramente formali' secondo la giurisprudenza. Ciò anche a mente dell''art. 82, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 [*oggi: v. all. II.8, I, c. 3, del codice, ndr*], che ammette altri mezzi di prova alternativi alle certificazioni qualora siano appropriati'. Anche le clausole eccessivamente formali potrebbero avere effetti anticoncorrenziali, benché 'la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato (e di questa Sezione in particolare) ritenga che l'Amministrazione è vincolata all'applicazione del principio di *favor partecipationis*, che tutela la libera concorrenza nelle procedure di evidenza pubblica e impedisce alle stazioni appaltanti l'introduzione di regole che restringono la possibilità per gli operatori economici di presentare offerta idonea, nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non estraneità rispetto all'oggetto di gara (Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2022, n. 10932; con più specifico riferimento ai limiti all'inserimento di requisiti tecnico-professionali dell'impresa, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 12 luglio 2023, n. 6826; sez. V, 8 agosto 2023, n. 7649)" [11].

Principio di risultato e principi di legalità, par condicio e immodificabilità dell'offerta

Secondo il codice, il fine non giustifica i mezzi: il principio di risultato costituisce solo un criterio orientativo, che non può violare il principio di legalità, tra cui il rispetto della *lex specialis* e il principio di *par condicio*/concorrenza, che si concreta anche nell'immodificabilità dell'offerta.

Come è stato recentemente affermato, non si può ritenere che "l'applicazione del 'principio del risultato' e del 'principio della fiducia' possa consentire all'Amministrazione di violare i criteri che rappresentano il sestante delle procedure di gara, ossia la tutela della concorrenza e la *par condicio competitorum*. Se è vero che l'Amministrazione deve tendere al miglior

[8] Cons. di Stato, Sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996.
[9] Cons. di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322.
[10] C.E. Gallo, P*er una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 4, 1° agosto 2023, 767 e segg.
[11] Cons. di Stato, Sez. III, 15 novembre 2023 n. 9812.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico, tale risultato deve essere comunque il più 'virtuoso' e viene raggiunto selezionando gli operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali espressione di una affidabilità che su di essi dovrà essere riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento"[12].

Analogamente, in materia di soccorso istruttorio sui requisiti speciali, i principi di par *condicio* e di autoresponsabilità implicano che, "qualora l'operatore economico abbia inequivocabilmente rappresentato, con dichiarazione resa [...] unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di capacità attraverso l'indicazione di determinati servizi svolti, non possa poi, in corso di procedura e meno che mai all'esito di questa, mutare la propria originaria dichiarazione, manifestando l'intenzione di avvalersi di altri servizi mai dichiarati prima perché maggiormente rispondenti ai fini della dimostrazione del possesso di un dato requisito: invero, tale pratica confliggerebbe con i principi di auto-responsabilità del dichiarante e di par condicio dei concorrenti (la possibilità di utilizzo degli ulteriori servizi potrebbe essere maturata successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle istanze partecipative), nonché con il fondamentale principio regolatore dell'evidenza pubblica in base al quale non è l'astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione della domanda (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 1° giugno 2021 n. 4208 e 13 agosto 2020 n. 5030)"[13]. Dunque, dato che nel caso di specie il requisito in capo al concorrente sussisteva già prima, quand'anche non correttamente rappresentato, il principio di risultato e della sostanza è stato sacrificato sull'altare dell'autoresponsabilità e del formalismo.

Ben diverso è il caso in cui sia stata modificata l'offerta in corso di gara: Cons. Stato, n. 2048/2024 cit., ha statuito che non si può attribuire un punteggio aggiuntivo al concorrente che in sede di offerta abbia dichiarato di svolgere il servizio di trasporto dedotto in gara con mezzi a propulsione *diesel* e che in sede di richiesta di integrazione precisi di aver indicato per un mero errore quei mezzi in luogo di altri che usufruivano di incentivi (mezzi che in effetti aveva dato dimostrazione di possedere già prima). Qui, infatti, entra in gioco il principio d'immutabilità dell'offerta, allorché nel caso di Cons. di Stato n. 3985/2024 cit. l'offerta restava identica e per un errore formale sul requisito, effettivamente posseduto, l'offerente è stato escluso.

Principio di risultato e principi di autoresponsabilità e par condicio

Il confronto, dunque, cade inevitabilmente sul principio di autoresponsabilità, spesso applicato con estremo rigore da parte della giurisprudenza amministrativa, in una col principio di *par condicio*. E ciò persino nel caso di soccorso procedimentale *ex* art. 6 della L. n. 241/1990 e/o istruttorio, che presuppone, evidentemente, un errore a pena di esclusione da parte del concorrente e che quindi, proprio in nome del principio di risultato, configura un superamento normativo del principio di autoresponsabilità[14].

Si noti che anche la recentissima Cons. Stato, n. 2048/2024 cit. recupera l'errore formale in chiave sostanziale, riaffermando che chi commette errori in gara, quand'anche formali, dimostra inaffidabilità: approdo che, se applicato sempre, porterebbe inevitabilmente a sterilizzare il principio di risultato, attribuendo costantemente valore sostanziale ad ogni formalismo procedurale.

In effetti, sussiste tuttora la tendenza a dare prevalenza al principio di *par condicio*, inteso però come ostativo, nelle procedure competitive, anche al "recupero" di documenti e informazioni non fornite *ab origine* dal contraente, ma dipendenti da mancanze puramente formali. Il principio di risultato, declinazione del principio di buon andamento della P.A., richiederebbe invece, fermo il principio della non modificabilità della domanda, che si debbano superare carenze di sorta. La stessa sentenza in commento non sembra del tutto scevra da tale condizionamento, allorché esclude la negligenza del concorrente per aver il medesimo tentato il caricamento quattro ore prima rispetto alla scadenza, quasi a voler aprire alla suggestione che il principio di autoresponsabilità, diversamente, dovrebbe avere la prevalenza su quello di risultato. Al contrario, la raggiunta dimostrazione del fatto che la piattaforma informatica impediva oggettivamente il corretto caricamento dell'istanza dovrebbe rendere indifferente il momento in cui il concorrente abbia iniziato il caricamento, a meno che tecnicamente non emerga che sarebbe stato impossibile completarlo per tempo anche in ipotesi di perfetta funzionalità della piattaforma.

Principio di risultato e problemi di inoltro dell'offerta in via telematica

In punto difetti del sistema informatico che impe-

[12] Cons. di Stato, Sez. V, 25 settembre 2024, n. 2048.

[13] Cons. di Stato, Sez. IV, 2 maggio 2024, n. 3985.

[14] Sul punto si veda A. Bonaiti e S. Vaccari, Soccorso istruttorio e procedure comparative. Un'analisi critica del principio di par condicio tra formalismo e logica di risultato, in Diritto Amministrativo, fasc. 2, 1° giugno 2023, 373, che esamina l'evoluzione giurisprudenziale del principio di autoresponsabilità avuto riguardo a tutte le procedure comparative, anche diverse da quelle afferenti i contratti pubblici, e che rimarca che la giurisprudenza più tradizionale, non riconosce la natura cogente del soccorso procedimentale, a dispetto del tenore della disposizione normativa, specialmente a fronte di una negligenza del concorrente – cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 22 giugno 2004, n. 4345 – anche se fa notare che recentemente la giurisprudenza è in parte andata in controtendenza, come Cons. di Stato, Sez. II, 6 maggio 2021, n. 3537.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dicano la proposizione dell'offerta in tempo utile, "la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2014, n. 3329, 3 luglio 2017, n. 3245, 3 luglio 2018, n. 4065; Id., sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3042; sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6416 e 19 marzo 2018, n. 1945; sez. IV, 24 gennaio 2022, n. 448; sez. I, pareri n. 915 del 31 maggio 2022 e n. 1673 del 10 giugno 2019) ha elaborato il principio dell'equa ripartizione, tra soggetto partecipante e amministrazione procedente, del rischio 'tecnico' di inidoneo caricamento e trasmissione dei dati su piattaforma informatica ('rischio di rete' dovuto alla presenze di sovraccarichi o di cali di performance della rete, e 'rischio tecnologico', dovuto alle caratteristiche dei sistemi operativi software utilizzati dagli operatori), secondo criteri di autoresponsabilità dell'utente, sul quale grava l'onere di pronta e tempestiva attivazione delle procedure, sì da capitalizzare il tempo residuo, salvi ovviamente i malfunzionamenti del sistema imputabili al gestore della piattaforma (fermi del sistema, mancato rispetto dei livelli di servizio, etc.), per i quali invece non può che affermarsi la responsabilità di quest'ultimo" [15].

Tuttavia, sul punto è stato recentemente deciso in senso contrario che "non può essere escluso dalla gara un concorrente che abbia curato il caricamento della documentazione di gara sulla piattaforma telematica entro l'orario fissato per siffatta operazione, ma non sia riuscito a finalizzare l'invio a causa di un rallentamento del sistema, non imputabile al concorrente (per i casi di malfunzionamento del sistema, cfr. Cons. Stato, 86/2020 cit.; anche Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922; Sez. III, 7 luglio 2017, n. 3245, per ipotesi relativa ad un errore dell'impresa e non già ad un malfunzionamento del sistema). La giurisprudenza ha anche chiarito che, se risulta impossibile stabilire con certezza se vi sia stato un errore da parte del trasmittente o, piuttosto, la trasmissione sia stata danneggiata per un vizio del sistema, il pregiudizio ricade sull'ente che ha bandito, organizzato e gestito la gara (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 25 gennaio 2013, n. 481)" [16]. In tale ottica sostanzialistica è stato affermato che il fatto che il corretto caricamento dell'offerta sulla piattaforma informatica sia terminato alle h. 11:59:30, cioè appena trenta secondi prima della scadenza delle h. 12:00:00, anche se la pec di conferma del sistema non sia stata ricevuta, non comporta l'applicazione del principio di autoresponsabilità e l'offerta non può essere esclusa. [17]

Al contrario, in altra recente fattispecie, la ricorrente aveva lamentato di avere caricato completamente la domanda mezz'ora prima della scadenza e poi di avere subito un "blocco del sistema", prontamente segnalato alla S.A.; ma il giudice ha affermato che ad aver impedito il caricamento della domanda del concorrente non era stato un malfunzionamento del sistema, ma il mancato caricamento, da parte del concorrente, di un documento essenziale che aveva generato un errore "bloccante" del sistema stesso, altrimenti perfettamente funzionante, per cui il concorrente non poteva dolersene. In diritto, la sentenza ha però affermato: "deve escludersi la possibilità 'di predicare [...] l'accollo in capo alla stazione appaltante dei rischi derivanti dall'uso del modello informatico [...], a tutto concedere vigendo anche in questo caso le ordinarie regole di suddivisione della responsabilità per attività rischiose'. Nello specifico: 'In tale chiave ricostruttiva, l'esperienza e abilità informatica dell'utente, la stima dei tempi occorrenti per il completamento delle operazioni di upload, la preliminare e attenta lettura delle istruzioni procedurali, il verificarsi di fisiologici rallentamenti conseguenti a momentanea congestione del traffico, sono tutte variabili che il partecipante ad una gara telematica deve avere presente, preventivare e 'dominare' quando si accinge all'effettuazione di un'operazione così importante per la propria attività di operatore economico, non potendo il medesimo pretendere che l'amministrazione, oltre a predisporre una valida piattaforma di negoziazione operante su efficiente struttura di comunicazione, si adoperi anche per garantire il buon fine delle operazioni, qualunque sia l'ora di inizio delle stesse, prescelto dall'utente, o lo stato contingente delle altre variabili sopra solo esemplificativamente indicate' (Consiglio di Stato, sezione III, 24 novembre 2020 n. 7352; cfr., inoltre, Consiglio di Stato, sezione I, 24 gennaio 2020 n. 220)" [18]. Dunque, secondo tale orientamento, il principio di autoresponsabilità postula che restino a carico del concorrente i rischi dell'uso del sistema informatico che rientrino nella normale prevedibilità.

Principio di risultato e giudizio di congruità dell'offerta

In un caso recente [19], il principio di risultato è entrato nel percorso argomentativo del Giudice per ritenere incongrua l'offerta di concorrente cui è stato chiesto *ex* art. 110, commi 3° e 4°, del nuovo codice di fornire la seguente documentazione giustificativa: "A. relazione descrittiva dei procedimenti lavorativi e delle soluzioni tecniche che l'impresa intende adottare [...], non-

[15] Cons. di Stato, Sez. III, 30 ottobre 2023, n. 9325, che ha escluso che il principio di risultato possa prevalere su quello di autoresponsabilità, rendendo accoglibile la richiesta di assegnazione di posti letto/posti di RSA e di Centro diurno di strutture socioriabilitative inviate ad ente incompetente in tempo e da quest'ultimo trasmesse fuori tempo all'ente competente, la cui casella di posta elettronica sarebbe stata saturata dalle molteplici, analoghe domande.

[16] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 1° febbraio 2024, n. 800: nel caso di specie, con scadenza alle h. 12.00, il concorrente aveva iniziato a caricare l'offerta alle 11.19, cioè circa 40 minuti prima, e aveva terminato alle 11.58; la conferma dell'avvenuto caricamento da parte della piattaforma era avvenuta otto secondi dopo le h. 12.00.

[17] Cons. di Stato, Sez. V, 16 marzo 2021, n. 2261.

[18] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 1° febbraio 2024, n. 383, nell'alveo della giurisprudenza più rigorosa sul principio dell'autoresponsabilità contraddice la pur coeva T.A.R. Campania n. 800/2024 cit.

[19] Cons. di Stato, Sez. V, 13 agosto 2024, n. 7114.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ché delle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'impresa per l'esecuzione degli stessi; B. specifica delle spese generali sostenute dall'impresa per l'esecuzione delle opere in oggetto, con particolare riferimento alle peculiarità del sito di intervento; C. costi di noleggio degli apprestamenti e delle attrezzature che codesta impresa intende utilizzare; D. relazione giustificativa del prezzo offerto per le seguenti categorie di lavorazioni omogenee". Il tutto con "dettagliata analisi del prezzo, corredata delle offerte commerciali dei materiali e apparecchiature impiegati, nel rispetto delle caratteristiche prestazionali indicate nel progetto a base di gara delle seguenti categorie di lavorazioni". Nella conseguente relazione il concorrente ha dichiarato che "tutti i materiali utilizzati saranno pienamente rispondenti ai requisiti prescritti dal Capitolato speciale d'appalto, dotati di apposita dichiarazione di conformità CE e sottoposti preventivamente all'approvazione della DL" e ha allegato un'offerta di un fornitore. L'esito è stato però infausto, in quanto "l'offerente non può pretendere che la stazione appaltante, che deve assicurare 'il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività', assegni un ulteriore termine per il supplemento istruttorio". In questo caso, dunque, il risultato è stato inteso – forse'anche insieme con il principio di leale collaborazione – anche in chiave sanzionatoria, avuto riguardo al fatto che le precise richieste della S.A. erano state chiaramente disattese.

Principio di risultato e requisiti prestazionali

Da ultimo, si registra la massima dilatazione del principio di risultato, tale da legittimare, addirittura, l'inizio di esecuzione pur in assenza della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2015, ritenuta un requisito prestazionale e non già di ammissione, ma comunque ottenuta dall'aggiudicatario un mese dopo l'inizio di esecuzione. "Il dato formale del decorso di un termine di 30 giorni dalla presentazione della SCIA per la gestione del Lido del Carabiniere, avvenuta in data 11.6.2023, rispetto al momento in cui la suddetta certificazione è stata effettivamente rilasciata (13.7.2023), rappresenta un vuoto formalismo, superato dalla necessità di tutelare l'interesse della Stazione appaltante ad ottenere prestazioni orientate a garantire il miglior 'risultato', che costituisce il criterio prioritario a cui ispirarsi"[20].

Osservazioni e dubbi

Avere affermato *expressis verbis* che il principio di risultato costituisca l'architrave dell'azione amministrativa, per quanto presente *in nuce* già prima, può aiutare i funzionari pubblici a vincere la "paura della firma" e superare l'approccio tipico della c.d. "amministrazione difensiva". In concreto, però, occorre che tale principio trovi piena attuazione a livello giurisprudenziale, perché diversamente la sua effettività pratica è a rischio, anche nella temuta ottica della responsabilità erariale.

In concreto, il sistema si presenta ancora molto incerto. Da un lato una straripante e tradizionale accezione del principio di *par condicio* e di concorrenza spesso non consente di recuperare un'offerta affetta da errori puramente formali, i quali vengono comunque ascritti all'autoresponsabilità del concorrente e quindi ritenuti sintomo d'inaffidabilità, quasi che la scelta del miglior contraente dell'Amministrazione si giochi sul piano amministrativo/burocratico anziché su quello prestazionale. Dall'altro lato, però, talora si consente l'esecuzione contrattuale senza che sussistano i requisiti prestazionali prescritti dalla *lex specialis*, confinati a "vuoto formalismo".

Lo stesso principio di autoresponsabilità sembra perlopiù fondarsi sull'esigenza, peraltro in sé apprezzabile, di celerità dell'*agere* amministrativo. Ma, come dimostra la stessa esistenza del soccorso procedimentale ed istruttorio, talvolta ad una maggiore ponderazione in sede di scelta del contrante può conseguire un miglior *risultato* qualitativo, specie a fronte di procedure informatiche farraginose: in altri termini, non sempre è auspicabile che tra il *risultato* in termini cronologici e quello in termini qualitativi debba essere il primo a prevalere.

In conclusione, con tutti questi principi da contemperare – i *superprincipi* interpretativi di risultato, di fiducia e di accesso al mercato, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza, concorrenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione e proporzionalità, con i quali s'intrecciano il principio tradizionale dell'autoresponsabilità e quello della leale collaborazione – viene spontanea la domanda su quale sia la sorte, all'atto pratico, di un altro principio-cardine dell'ordinamento: quello della certezza del diritto.

Appalti verdi

Consiglio di Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701 – Pres. Corradino – Est. Tulumello – Coopservice Soc. Coop. (avv.ti Greco e Pugliano) – So.Re.Sa s.p.a. (avv. Barrasso) e al.

Amministrazione pubblica – Contratti pubblici – Criteri ambientali minimi – CAM – Mancato inserimento nei documenti di gara – Illegittimità

Nell'attuale quadro normativo, soprattutto per effetto delle direttive di seconda e terza generazione, il contratto di appalto non è soltanto un mezzo che consente

[20] Cons. di Stato, Sez. V, 1º ottobre 2024, n. 7875.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma – per utilizzare categorie civilistiche – uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente.

Per il testo della sentenza v. *www.giustizia-amministrativa.it.*

Il Consiglio di Stato tiene dritta la barra sugli appalti verdi

Roberto Caranta*

La sentenza annotata afferma la continuità nella disciplina degli appalti verdi tra vecchio e nuovo Codice dei contratti pubblici.

Introduzione

Commentando "a caldo" la prima parte del nuovo Codice dei contratti pubblici dedicato ai principi, lamentavo il sostanziale regresso sui temi della sostenibilità, in particolare di quella ambientale[1]. Vedevo tale regresso nel mancato espresso recepimento dell'art. 18, 2° comma, Dir. 2014/24/UE relativo alla sostenibilità, nella riduzione dei richiami alla "tutela dell'ambiente ed efficienza energetica" e nella riformulazione, a partire dalla rubrica, della disposizione relativa ai Criteri Ambientali Minimi (CAM)[2]. A proposito di questi ultimi, l'art. 34 del vecchio Codice era espressamente dedicato ai *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, prevedendosi in capo alle stazioni appalti l'obbligo di adottare le specifiche tecniche e le clausole contrattuali minime (i CAM) fissate da appositi decreti ministeriali e la possibilità di adottarne i criteri di aggiudicazione[3]. Il contenuto dispositivo di tale articolo è ripreso, con modifiche di cui si dirà, dal 2° comma dell'art. 57 *Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale*.

Giulio Napolitano plaudiva invece alla scelta normativa, scrivendo che il legislatore avrebbe "riportato nella giusta dimensione anche il discorso sulle finalità generali o di utilità sociale dell'attività contrattuale pubblica, come la protezione dell'ambiente, la sostenibilità e la parità di genere. Si tratta", secondo l'Autore, "di interessi giuridicamente rilevanti, protetti sia nell'ordinamento europeo sia in quello italiano, da ultimo con riferimento ai progetti finanziati nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e anche in puntuali disposizioni del Codice, ma che non possono mai assurgere a scopi principali dell'amministrazione per contratti. Il fatto che tali finalità non compaiano nei tre principi fondamentali (e siano assenti anche in quelli immediatamente successivi) ci ricorda che bisogna guardare ai contratti pubblici, parafrasando la visione che James Buchanan aveva della politica, "senza romanticismo", prestando invece attenzione alle utilità primarie concretamente perseguite dai diversi attori, a cominciare dall'amministrazione committente"[4].

Con la pregevole sentenza annotata, ritenuta di particolare rilievo da Vincenzo Cerulli Irelli[5], il Consiglio di Stato – il cui ruolo nel redigere il testo del Codice del 2023 è ben noto – legge però le nuove disposizioni alla luce dell'evoluzione ordinamentale, sia europea che costituzionale, confermando gli orientamenti progressivi in materia di CAM sviluppatisi nella giurisprudenza recente del giudice amministrativo[6].

Sulla non immediata impugnabilità degli atti di gara che non recepiscono i CAM

More solito, prima di affrontare le importanti questioni di sostanza trattate dalla sentenza annotata occorre soffermarsi sul tormentone della immediata impugnabilità o meno del bando di gara che non rispetti i CAM, che solo interessa in questa sede tra le numerose eccezioni di inammissibilità sollevate[7].

A fronte di qualche perdurante incertezza nella giurisprudenza amministrativa di primo grado[8], il Consi-

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Giur. It.*, 2023, 1950.

[2] Sui CAM in generale C. Vivani, *Appalti sostenibili,* green public procurement *e* socially responsible public procurement, in *Urb. e Appalti* 2016, 993; F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale* in M.A. Sandulli e R. De Nictolis *Trattato sui contratti pubblici. Soggetti, qualificazione, regole comuni alla procedura di gara*, Milano, 2019, e S. Rossa, *Sviluppo sostenibile e appalti pubblici. Sul ruolo degli appalti innovativi come strumento di sostenibilità*, *CERIDAP* 4/2022, 63; G. Botta, *Italy, Leading the Way TowardsMandatory Sustainable Public Procurement through Minimum Environmental Criteria*, in W. Janssen – R. Caranta (eds), *Mandatory Sustainability Requirements in EU Public Procurement Law* (Oxford, Hart, 2023) 189.

[3] In dottrina V. Filippi, *I criteri ambientali minimi non si applicano agli affidamenti* in house, in *Urb. e Appalti*, 2022, 4, 519.

[4] G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2023, 287.

[5] V. Cerulli Irelli, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Contratto e impresa* 2024, 596, nota 14.

[6] Si veda in particolare Cons. di Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, in *Giur. It.*, 2023, 399, con pregevole nota di A. Iurascu, *L'inefficacia del contratto pubblico concluso in violazione dei criteri ambientali minimi (CAM).*

[7] Sul tema Cons. Di Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12, in *Urb. e Appalti* 2020, 509 con nota di M. Santini, *L'Adunanza plenaria sul termine di decorrenza per l'impugnazione degli atti di gara.*

[8] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 marzo 204, n. 4493, aveva

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

glio di Stato ribadisce quanto recentemente confermato dalla stessa Sezione, la quale aveva ripetuto che la non conformità della legge di gara ai CAM non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara, con la conseguenza che la partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, senza che ciò possa qualificarsi come un *venire contra factum proprium*[9]. Infatti, l'illegittimità dei criteri ambientali minimi non influisce in alcun modo sulla formulazione dell'offerta: non solo in termini di impossibilità assoluta, ma neppure in termini di condizionamento relativo[10].

L'obbligo di recepimento dei CAM

La sentenza annotata è però preziosa in quanto chiarisce ulteriormente gli obblighi incombenti sulle amministrazioni aggiudicatrici in materia di CAM. Nella fattispecie i CAM rilevanti erano stati semplicemente e puramente richiamati nel bando di gara, con l'eccezione di quello relativo ai rifiuti, completamente dimenticato[11]. Inoltre, specifiche tecniche più puntuali erano state redatte con esclusivo riferimento alla cura e alla manutenzione del verde. Infine, la stazione appaltante aveva previsto un criterio premiale pari a 4 punti sui 70 assegnati all'offerta qualitativa per eventuali misure migliorative relative alla sostenibilità ambientale.

Le parti resistenti avevano tentato di distinguere la fattispecie oggetto di giudizio rispetto a quella oggetto del precedente che aveva ritenuto illegittimo un bando che in alcun modo faceva riferimento ai CAM, limitandosi a richiamare genericamente tutte le disposizioni di legge e regolamentari applicabili[12]. Il Consiglio di Stato è stato dunque chiamato ad individuare "la soglia (minima) normativa di esigibilità della previsione dei criteri ambientali minimi all'interno della legge di gara"[13]. Esattamente la sentenza annotata fa leva sul testo stesso dell'art. 34 del vecchio Codice dei contratti pubblici, il quale espressamente richiede "l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali" contenute nei CAM. Secondo il Consiglio di Stato, "Si tratta di un dato non formale, ma piuttosto sostanziale, dal momento che le prescrizioni in questione mirano a conformare l'esecuzione della prestazione contrattuale"[14].

Non può ostare alla conclusione così raggiunta il controverso principio di auto– o etero-integrazione del bando ad opera di norme imperative. Si tratta infatti, sul piano sostanziale, di "assicurare l'effettiva conformità delle modalità di esecuzione della prestazione al modello individuato come rispettoso delle esigenze ambientali"[15]. Inoltre, non può compensare il mancato inserimento – obbligatorio *ex* art. 34, 1° comma – delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali di esecuzione previste dai CAM, la previsione di un ben limitato criterio premiale, previsione facoltativa secondo l'art. 34, 2° comma[16]. D'altra parte, la disposizione non determina "obbligo meramente formale" di riproduzione delle clausole contenute nei CAM, ma al contrario "impone una conformazione degli obblighi negoziali funzionale, sul piano sostanziale, all'effettiva esecuzione della prestazione dell'appaltatore in conformità alle specifiche tecniche portate dai criteri ambientali"[17].

Quali interessi pubblici per i contratti pubblici?

L'amministrazione aggiudicatrice aveva rivendicato spazi di discrezionalità nella scelta dei criteri di valutazione delle offerte.

Il Consiglio di Stato ha buon gioco a respingere l'argomentazione esattamente individuando gli interessi pubblici presidiati dalla normativa in materia di appalti letta nel più ampio contesto costituzionale ed europeo. Richiamando i propri precedenti, il Consiglio ribadisce che con i CAM la disciplina sui contratti pubblici si è assunta l'obiettivo non solo di ridurre gli impatti ambientali, ma anche di "promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, 'circolari' e nel diffondere l'occupazione 'verde'". Gli stessi precedenti segnalano puntualmente "l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica: in particolare [...] i cc.dd. green public procurements si connotano per essere un 'segmento dell'economia circolare'"[18].

L'argomento più insidioso utilizzato dal T.A.R. ai fini della dequotazione dell'inserimento dei CAM negli atti di gara fa riferimento al principio del risultato, oggi positivizzato dall'art. 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici, come norma di apertura ed architrave di un nuovo approccio alla materia[19].

Secondo il T.A.R., il principio del risultato determi-

affermato l'immediata impugnabilità del bando; in senso contrario, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara, la sentenza oggi confermata su questo aspetto ma per il resto annullata T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377.

[9] Cons. di Stato Sez. III, 20 marzo 2023, n. 2795.

[10] Par. 3.1. della motivazione.

[11] Par. 7.

[12] Cons. di Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, cit.

[13] Par. 6.4. della motivazione.

[14] *Ibid.*

[15] Par. 6.4.3.

[16] Sulla distinzione A. Iurascu, *L'inefficacia del contratto pubblico*, cit.

[17] Par. 6.4.2.

[18] Par. 6.7.

[19] Sul principio le riflessioni di M. Renna, *I principi*, in S. Fantini, H. Simonetti (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine*, Piacenza, 2023, 12; S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Dir. e Società*,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nerebbe il recedere di "formalismi" non corrispondenti a concrete ragioni di tutela del privato. Nella fattispecie, secondo la sentenza di primo grado, il concorrente non avrebbe potuto ignorare i vincoli discendenti dai CAM richiamati, sia pure non riprodotti. Il Consiglio di Stato peraltro fondatamente ribatte che il risultato avuto di mira dalla legge in questo caso non è solo e tanto "'l'effettivo e tempestivo' svolgimento del servizio (a qualsiasi condizione), ma lo svolgimento del servizio finalizzato all'attuazione delle politiche ambientali alle quali risultano funzionali i criteri ambientali minimi"[20].

Il punto è importante. Si tratta, infatti, di stabilire a quali interessi risponda la normativa dei contratti pubblici. Il Consiglio di Stato conferma i propri precedenti nel senso di un graduale e costante ampliamento di questi interessi. Facendo riferimento all'evoluzione intervenuta nel diritto dell'Unione europea, la Sezione ribadisce che il contratto di appalto non è soltanto "un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma – per utilizzare categorie civilistiche – uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente"[21]. In altri termini, "la qualificazione funzionale dei contratti pubblici operata in relazione all'evoluzione normativa della causa degli stessi: dalla concezione c.d. unipolare (limitata elle esigenze contabilistiche); a quella bipolare (che alla prima ha affiancato il perseguimento dell'interesse proconcorrenziale e alla libera circolazione); a quella, infine, multipolare, mediante la quale l'arricchimento funzionale della disciplina assegna al contratto anche il ruolo di strumento di politiche sociali ed ambientali"[22].

L'evoluzione normativa tracciata dalla sentenza rappresenta fedelmente i mutamenti intervenuti negli ultimi decenni nella concezione della disciplina dei contratti pubblici prima di tutto sotto l'impulso del diritto prima comunitario e dell'Unione europea poi. Sin dalle Direttive 71/304/CEE concernente la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici ed all'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici tramite agenzie o succursali e 71/305/CEE, la prima direttiva appalti di lavori pubblici, le disposizioni di diritto allora comunitario erano fondate sulla necessità di creare un mercato interno degli appalti pubblici. In linea con più generali tendenze del diritto oggi dell'Unione europea, l'integrazione del mercato poteva essere raggiunta riconoscendo una posizione di rilievo agli interessi degli operatori economici come confermato dalla successiva adozione della Dir. 89/665/CEE, la prima direttiva ricorsi. Ecco dunque la concezione bipolare degli appalti pubblici, che tra l'altro scalzò la tradizionale idea italiana che gli interessi delle controparti delle amministrazioni pubbliche fossero solo "occasionalmente" protetti. Non a caso, il muro dell'irrisarcibilità delle lesioni ad interessi legittimi venne infranto proprio in questa materia[23]. Vero è che l'art. 1, 2º comma, del nuovo Codice sembra depontenziare la protezione degli operatori economici, indicando che "La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti". Osserva la Relazione al Codice redatta dal Consiglio di Stato che concorrenza (e trasparenza) "sono tutelate non come mero fine, ma, più correttamente, come mezzo in vista del raggiungimento del risultato. La concorrenza, in particolare, è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti"[24]. Data la preminenza del diritto dell'Unione europea su quello nazionale, tuttavia, l'attenzione al risultato non può giungere al punto di negare la rilevanza degli interessi degli operatori economici interessati al conseguimento di un contratto pubblico e la loro necessaria protezione[25].

In questa sede, peraltro, interessa specificamente il terzo ed ulteriore *step* nell'evoluzione del diritto dei contratti pubblici, quello relativo alla loro sostenibilità. La sentenza annotata osserva esattamente come tali contratti siano strumento di politiche sociali ed ambientali. Il Consiglio di Stato supera così le incertezze che avrebbero potuto essere generate dalla già ricordata mancata esplicita attuazione del 2º comma dell'art. 18 della Dir. 2014/24/UE. Il ragionamento non si può che condividere, anche perché coerente con la nuova sensibilità ambientale che anima la Costituzione repubblicana a seguito dell'approvazione della L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, recante "Modifiche agli

---

2022, III, 552; G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Questione Giustizia*, 2018, 3.

[20] Par. 8.1.

[21] Par. 8.2; la sentenza annotata fa riferimento a Cons. di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322, par. 6, relativa alla richiesta di certificazioni ambientali.

[22] Par. 8.2.

[23] Con la famosa sentenza Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. It.*, 2000, 21 con nota di L.V. Moscarini, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; *ivi*, 1380 con nota di F.G. Pizzetti, Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione ...; in *Urb. e Appalti*, 1999, 1067 con nota di M. Protto, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*; in *Foro It.*, 1999, I, 2487, con osservazioni di A. Palmieri e R. Pardolesi, ed *ivi*, 3201, con note di R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; E. Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*.

[24] *https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670936691000*, 13 e seg.

[25] R. Caranta, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente". Trattasi, peraltro, di conclusione obbligata se solo si consideri la Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso *TIM*. Secondo la Corte, stabilendo all'art. 18, 2º comma, che "gli operatori economici debbono rispettare, nell'esecuzione degli appalti, gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, il legislatore dell'Unione ha inteso erigere tale prescrizione a principio, allo stesso titolo degli altri principi contemplati al paragrafo 1 del medesimo articolo, vale a dire i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, nonché di divieto di sottrazione di un appalto all'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 o di limitazione artificiosa della concorrenza. Ne consegue che una prescrizione siffatta costituisce, nell'economia generale di tale direttiva, un valore cardine sul cui rispetto gli Stati membri devono vigilare in virtù della formulazione stessa dell'articolo 18, paragrafo 2, della direttiva in parola"[26].

La sentenza annotata si colloca nel solco dei precedenti recenti del Consiglio di Stato e ben asseconda l'evoluzione normativa in corso a livello europeo, comunque destinata a conformare il diritto interno. Com'è noto, il *Green Deal* europeo punta molto sugli appalti per contribuire al raggiungimento di ambiziosi obiettivi di lotta al cambiamento climatico: "Le autorità pubbliche, comprese le istituzioni dell'UE, dovrebbero dare l'esempio, assicurandosi che i loro appalti si basino su criteri ecologici. La Commissione proporrà ulteriori atti legislativi e documenti orientativi in materia di acquisti pubblici verdi"[27]. Non solo, ma prendendo atto della scarsa incidenza dell'approccio meramente volontaristico alla sostenibilità degli appalti incorporato nelle direttive del 2014, la Commissione ha proposto e i legislatori europei hanno approvato tutta una serie di disposizioni legislative che rendono obbligatorio il ricorso a vari criteri sociali ed ambientali[28].

In un certo senso, il modello CAM è stato esteso a livello europeo, diventando più forte a ponendosi al riparo da "ripensamenti" delle autorità nazionali. In questa sede alcuni esempi sono sufficienti[29]. L'Art. 65 del Regolamento (UE) 2024/1781 *che stabilisce il quadro per la definizione dei requisiti di progettazione ecocompatibile per prodotti sostenibili*, è dedicato agli *Appalti pubblici verdi*. Amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori dovranno aggiudicare gli appalti pubblici nel rispetto di prescrizioni minime stabilite dalla Commissione per l'acquisto di prodotti disciplinati da atti delegati adottati dalla Commissione stessa ("prescrizioni minime"). Analogamente, l'art. 85 del Regolamento (UE) 2023/1542 *relativo alle batterie e ai rifiuti di batterie*, ancora una volta dedicato agli *Appalti pubblici verdi*, prevede al primo comma che amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori tengano conto "dell'impatto ambientale delle batterie durante il loro ciclo di vita al fine di garantire che tale impatto sia ridotto al minimo". Inoltre, a decorrere dal dodicesimo mese dall'entrata in vigore degli atti delegati della Commissione, essi dovranno applicare i criteri individuati dalla stessa Commissione con riferimento alle specifiche tecniche ed ai criteri di aggiudicazione[30].

Conclusioni per la lettura del nuovo Codice dei contratti pubblici

La sentenza annotata traccia un chiaro segno di continuità tra la disciplina dei due Codici dei contratti pubblici, risolutamente qualificata come "identica", nonostante "solo apparenti difformità testuali". Tale continuità è rafforzata dal "rilievo (non solo meramente esegetico) che tale processo di successione di norme è stato segnato, medio tempore, dalla riforma del parametro costituzionale rappresentato dagli artt. 9 e 41 della Costituzione". La possibilità di differenziazione, ove tecnicamente opportuno, dei criteri stessi anche in base al valore dell'appalto o della concessione, introdotta nell'art. 57, 2º comma, del nuovo Codice, è ritenuta non "rivolta alle stazioni appaltanti, ma all'attività di predisposizione dei decreti ministeriali)"[31].

La nostra giurisprudenza supera così, nel senso appunto della continuità, talune incertezze che aveva determinato la disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici. Così facendo il Consiglio di Stato prepara la disciplina dei contratti pubblici all'impatto delle nuove disposizioni sui criteri obbligatori di sostenibilità ambientale – e non solo – che vengono dai legislatori dell'Unione europea.

---

[26] Corte giust. UE, 30 gennaio 2020, in causa C-395/18, *TIM*, punto 38.

[27] COM/2019/640 finale, punto 3; si vedano F. Fracchia-P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda ONU 2030*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2022, 244 S.

[28] Si vedano i contributi raccolti da W. Janssen-R. Caranta (eds), *Mandatory Sustainability Requirements*, cit.

[29] Per ulteriori riferimenti A. Butfic, *Directive 2023/1791 EED: A Step Closer to Mandatory Green Public Procurement Criteria Through Sectorial Legislation*, in *European Journal of Public Procurement Markets* 2023, 46 e R. Caranta, *The more recent wave of mandatory public procurement rules: sustainability rhymes with resilience*, *ibid.*, 72.

[30] A. Semple, *Charge of the Light Brigade? The Clean Vehicles Directive and the Batteries Regulation*, in W. Janssen – R. Caranta (eds), *Mandatory Sustainability Requirements*, cit., 113.

[31] Par. 6.4. della motivazione.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Penale

a cura di Lucia Risicato

con Fabio Basile, Vincenzo Mongillo e Antonio Vallini

Obbligo di controllo/colpa omissiva

Cassazione penale, Sez. IV, 5 luglio 2024 (ud. 19 giugno 2024), n. 26553 – Pres. Ciampi – Rel. Serrao – P.G. (*Omissis*) – Ric. Be. Al. *Dichiara inammissibile, App. Firenze, 22 aprile 2021.*

Reati contro la persona – Rapporto di causalità – Posizione di garanzia – Obbligo di controllo – Struttura pericolosa – Omicidio e lesioni personali colpose

In tema di reati contro la persona, la società concessionaria del servizio di gestione dell'area di sponda lago attrezzata risponde della morte dell'utilizzatore della piattaforma gonfiabile per colpa omissiva, attesa l'esistenza di una posizione di garanzia del titolare della predetta società, avente la sua fonte nell'attività pericolosa rappresentata dall'istallazione del gonfiabile, non potendosi ritenere sufficiente a escludere la posizione di garanzia la mera apposizione di cartelli di pericolo, atteso che, una volta installato il gonfiabile, sussiste l'obbligo di approntare strumenti preventivi idonei a scongiurare il verificarsi di eventi lesivi e strumenti organizzativi tali da consentire un tempestivo intervento al concretizzarsi di tali eventi.

Omissis. – La Corte territoriale ha ritenuto certo che ... poco prima delle ore 17 fosse entrato in acqua insieme a tutti i suoi compagni tuffandosi dalla pensilina del ... e che avesse raggiunto l'iceberg gonfiabile galleggiante; le testimonianze di ... e di ... attestavano la consequenzialità tra la caduta di ... e il ferimento del ...; la presenza delle ciabatte di ... ancora sulla pensilina dello stabilimento dimostravano che il ragazzo non fosse uscito dall'acqua. Il confronto tra gli elementi fattuali emersi dalle deposizioni dei compagni della vittima e i risultati delle consulenze tecniche è stato ritenuto idoneo a dimostrare che ... fosse caduto in acqua in stato di incoscienza e che ciò fosse stato provocato da una iperestensione del collo dovuta a un colpo netto e forte contro un corpo solido diretto dal basso verso l'alto (compatibile, secondo i consulenti, con la testa di una persona) che aveva determinato un taglio sotto al mento, realizzatosi quando ... era in vita. Con riguardo all'elemento soggettivo del reato, la Corte ha ritenuto manifesta la colpa generica ascrivibile all'imputato, consapevole della pericolosità della struttura gonfiabile, di grosse dimensioni, sulla quale si poteva salire contemporaneamente in più persone e dalla quale ci si poteva buttare in acqua (mentre altre erano alla base) o si poteva cadere, come accaduto alla vittima; il rischio che qualcuno potesse farsi del male ... anche seriamente, era palese ma l'imputato non aveva valutato e gestito adeguatamente tale situazione di pericolo omettendo di assicurare una postazione fissa o mobile di assistenza ai bagnanti o di regolare comunque l'afflusso alla struttura. Ulteriore profilo di colpa, in questo caso specifica, è stato ravvisato nella violazione dell'art. 6 del "Regolamento di fruibilità del lago B.", concretato dalla negligenza nell'organizzazione del servizio di assistenza ai bagnanti, anche perché i due addetti erano frequentemente distolti dai loro doveri di controllo per noleggiare canoe, pedalò, ombrelloni e lettini, come da disposizione del datore di lavoro e come evincibile dal cartello esposto nello stabilimento, che invitava i clienti a rivolgersi al bagnino per il noleggio di ombrelloni, lettini e natanti. La Corte ha, dunque, incentrato il giudizio di rimproverabilità sulla generale negligenza nella gestione del rischio insito nell'allestimento della struttura, dimostrata anche dalle modalità del gonfiaggio, attuato senza seguire le procedure previste nella scheda tecnica e in modo occasionale, causalmente collegabile all'evento in quanto ... era caduto proprio in conseguenza del flettersi della struttura, evidentemente poco gonfia. ... Ulteriore argomento con il quale la censura non si confronta è la logica considerazione operata dai giudici di appello a proposito del fatto che fosse normale che il ragazzo sprofondasse in acqua dopo una caduta dal gonfiabile, che l'impatto con la testa dell'amico era stato istantaneo e tale da poter non essere notato, che l'attenzione dei compagni era stata attirata dalla ferita e dal malore del ..., così da rendere verosimile che nessuno controllasse se ... fosse riemerso o meno dall'acqua. ... Il secondo motivo di censura non supera il vaglio di ammissibilità in quanto, oltre a proporre una rilettura dei fatti, deduce la violazione di legge in ipotesi di condanna per mancato rispetto di una norma cautelare laddove la sussistenza di plurimi profili di colpa, non specificamente contestati, non consentirebbe di pervenire a diverso esito del giudizio. ... La difesa parte dal presupposto, contrastante con tutto l'impianto motivazionale delle conformi sentenze di merito, che l'imputato avesse organizzato il servizio di assistenza bagnanti nel rispetto dell'art. 6 del Regolamento di fruibilità del lago ... Tale assunto trova una frontale smentita in quanto dichiarato dallo stesso imputato e dai due assistenti bagnanti nel corso del giudizio; secondo quanto precisato a pag. 14 della sentenza di primo grado, nel corso dei rispettivi esami ... avevano concordemente ammesso che soltanto nei giorni di massima affluenza allo stabilimento era richiesto l'aiuto di un terzo dipendente, il quale provvedeva ad accompagnare i bagnanti all'ombrellone assegnato, oppure ai lettini, oppure consegnava le canoe. Il Tribunale aveva sottolineato come già tale ammissione fosse in contrasto con il Manuale degli assistenti bagnanti adottato dalla F.I.N., secondo il

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quale l'assistente bagnanti non può essere adibito ad altri compiti che potrebbero allontanarlo dalla sua postazione, mentre il 29 luglio 2015 ai due assistenti bagnanti erano stati demandati i compiti più disparati, come dimostrato dalla prova dichiarativa da cui era emerso che gli stessi ragazzi del gruppo del quale faceva parte ..., per noleggiare le canoe, si erano recati direttamente da uno dei bagnini. Tale circostanza era confermata da un cartello apposto nei locali dello stabilimento, che informava i clienti che, per il noleggio di lettini, o ombrelloni, canoe, fosse necessario rivolgersi ai bagnini. ... La censura contrasta frontalmente anche con l'accertata postazione degli assistenti bagnanti che, nel caso in esame, secondo quanto dichiarato dalla stessa teste indicata dal ricorrente, si trovavano sulla spiaggia in posizione non sopraelevata e comunque tale da non garantire un controllo costante ed effettivo del corretto utilizzo del gonfiabile. A fronte di tali accertamenti, la censura inerente all'assenza di colpa specifica propone una nuova lettura dei fatti e trascura che, in ogni caso, la pronuncia di condanna si fonda anche sull'accertamento della colpa generica dell'imputato, consistente nell'aver omesso di assicurare una diretta e continua vigilanza sul posto tramite una postazione fissa o mobile di assistente ai bagnanti tale da poter garantire la prevenzione dell'ulteriore rischio correlato all'uso del galleggiante rispetto agli ordinari rischi connessi alla balneazione. ... La generale negligenza nella gestione del rischio insito nell'allestimento della struttura è stata desunta, con logica ineccepibile, anche dalle modalità di gonfiaggio: gli assistenti bagnanti avevano riferito che il gonfiaggio dell'attrezzatura iceberg veniva attuato senza seguire le procedure previste nella scheda tecnica e in modo occasionale. I giudici di appello hanno ritenuto che tale negligenza abbia inciso sulla verificazione dell'evento in quanto ... era caduto proprio in conseguenza del flettersi della struttura, evidentemente poco gonfia. – *Omissis.*

Mancata supervisione delle attività ludiche e responsabilità della struttura balneare

Simona Raffaele*

La massima esprime un orientamento coerente con la prevalente impostazione dogmatica in tema di responsabilità per omesso impedimento dell'evento, addebitando la morte dell'utilizzatore di un gonfiabile al rappresentante legale dello stabilimento balneare. Egli, infatti, ricopre una posizione di garanzia, che deriva dall'istallazione della struttura pericolosa: l'apposizione di cartelli di pericolo non è sufficiente a escludere il dovere di supervisionare lo svolgimento delle attività ludiche per cui essa è stata predisposta, poiché sussiste altresì l'obbligo di organizzare strumenti tesi a scongiurare eventi lesivi che consentano un eventuale tempestivo soccorso. Resta forse da chiedersi se tali poteri impeditivi non integrino di per sé una forma di causalità attiva.

La vicenda giudiziaria

La Cassazione conferma la responsabilità penale del legale rappresentante di una società, concessionaria del servizio di gestione dell'area di sponda lago attrezzata, unitamente a due assistenti bagnanti, per aver causato la morte di un diciannovenne. Quest'ultimo, nell'utilizzare gli impianti offerti dalla struttura, in particolare usufruendo del gonfiabile piramidale modello *iceberg* alto quattro metri, collocato sul lago e ancorato sul fondo a scopo ricreativo per tuffarsi, distante circa dieci/quindici metri dalla parte terminale della passerella che dall'area attrezzata consente di portarsi per circa quindici metri lungo la superficie dell'acqua, era salito insieme ad altre persone sulla struttura galleggiante e, tuffandosi dalla stessa o comunque scivolando, aveva urtato contro un ostacolo non individuato, perdendo così i sensi, senza che nessuno si accorgesse dell'accaduto; il ragazzo era stato identificato, dopo alcune ore, privo di vita, sul fondo del lago a una profondità di circa tre metri, in posizione prona, a una distanza di circa cinque metri dalla struttura galleggiante.

L'evento letale è stato ascritto al titolare della società a titolo di colpa omissiva sulla base dell'accertata posizione di garanzia del medesimo, avente la sua fonte, in primo luogo, nell'attività pericolosa costituita dall'istallazione del gonfiabile. Si riteneva, poi, che l'imputato avrebbe dovuto organizzare il servizio di salvataggio in maniera tale da permettere agli assistenti ai bagnanti di poter esercitare efficacemente i poteri impeditivi dell'evento morte; non era sufficiente un sistema di salvataggio rivolto allo specchio acqueo di riferimento, ma "sarebbe stato necessario organizzare una vigilanza specificamente rivolta al gonfiabile".

La predisposizione della struttura sull'invaso determinava in capo al gestore anche un ulteriore rischio, diverso da quello connesso alla semplice balneazione, nella misura in cui era emerso che gli assistenti ai bagnanti erano adibiti ad attività ulteriori rispetto a quella di salvataggio, essendo impiegati nel noleggio di lettini e ombrelloni, nel nolo di natanti (quali canoe e pedalò) e nel controllo ed eventuale allontanamento di avventori esterni.

Contro la sentenza proponeva ricorso per Cassazione la difesa dell'imputato, in particolare sostenendone l'erroneità poiché l'imputato, avendo approntato un idoneo servizio di assistenza bagnanti, aveva predisposto misure tese a evitare eventi del tipo verificatosi in base a un giudizio *ex ante* e in concreto fondato su regole di alta probabilità logica, considerato che i due assistenti bagnanti avevano tutto il tempo necessario per percepire la situazione di pericolo e intervenire per evitare l'esito infausto, affermando altresì che, in presenza di un servizio di assistenza ai bagnanti predisposto dal gestore di una struttura, è il bagnino a rivestire la posizione di garanzia prevista dall'art. 40, 2° comma, c.p.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La decisione di legittimità

I giudici di legittimità hanno disatteso le argomentazioni difensive adducendo, in primo luogo, che, nel caso di specie, non risponde alla realtà processuale che l'imputato avesse predisposto il servizio di assistenza bagnanti nel rispetto del *Regolamento di fruibilità del lago*. Tale tesi, infatti, era stata smentita sulla base delle dichiarazioni dell'imputato e dei due assistenti bagnanti, i quali, nel corso del giudizio, avevano concordemente riconosciuto che soltanto nei giorni di massima affluenza allo stabilimento era previsto l'aiuto di un terzo dipendente, il quale si limitava ad accompagnare gli avventori alla postazione assegnata oppure consegnava le canoe.

Il Tribunale aveva sottolineato come già tale ammissione fosse in contrasto con il *Manuale degli assistenti bagnanti* adottato dalla F.I.N., secondo cui questa figura non può essere adibita ad altri compiti che potrebbero allontanarlo dalla sua postazione; invece il giorno del tragico evento ai due assistenti bagnanti erano state assegnate svariate mansioni, come confermato dalle testimonianze da cui era emerso che i ragazzi del gruppo del quale faceva parte la vittima, per noleggiare le canoe, si erano recati direttamente da uno dei bagnini. Tale circostanza era comprovata da un cartello apposto nei locali dello stabilimento, che informava i clienti che, per il noleggio di lettini, ombrelloni, etc. fosse necessario rivolgersi ai bagnini. La censura contrastava in modo diretto anche con l'accertata postazione degli assistenti bagnanti che, nel caso in esame, secondo quanto dichiarato dalla teste indicata dall'imputato, si trovavano sulla spiaggia in posizione non sopraelevata e comunque tale da non garantire un controllo costante ed effettivo del corretto utilizzo del gonfiabile.

Su queste basi, i Supremi giudici hanno condiviso la sentenza d'appello, confermando la responsabilità del titolare della società concessionaria della gestione dello stabilimento in cui era collocato il gonfiabile in relazione al tragico evento che ha visto il decesso del ragazzo: l'altezza, l'inclinazione delle pareti e dei mezzi per salirvi, l'utilizzazione simultanea dell'attrazione da parte di una molteplicità di soggetti, la scivolosità del materiale plastico bagnato dall'acqua sono elementi dai quali era certamente desumibile la pericolosità dell'impianto; tanto trovava conferma nelle numerose norme cautelari che ne disciplinano l'utilizzo, essendo prescritto dalla normativa europea che il gestore si munisca di apposita autorizzazione di pubblica sicurezza.

La pericolosità del gonfiabile, peraltro, era ben nota allo stesso gestore, posto che proprio nel regolamento di utilizzo apposto sul gonfiabile era testualmente scritto "i giochi se non correttamente utilizzati possono essere molto pericolosi"; pertanto, come si legge in sentenza, sarebbe stato necessario organizzare una vigilanza rivolta specificamente al gonfiabile. In altre parole, era doveroso destinare almeno una persona al controllo dell'uso del gonfiabile, ritenuto una struttura pericolosa che, come tale, rendeva imprescindibile la supervisione sullo svolgimento delle attività ludiche per cui era predisposta e offerta alla clientela.

Vi era infine un'ulteriore fonte della posizione di garanzia, individuabile nell'art. 6 del Regolamento per la fruibilità dell'invaso, approvato con delibera del Consiglio comunale n. 71 del 31 luglio 2003 intitolato "Disciplina del servizio di salvataggio": secondo tale disposizione, gli assistenti ai bagnanti "non possono essere impiegati in altre attività o comunque destinati ad altro servizio, salvo i casi di forza maggiore e breve sostituzione con altro operatore abilitato (...) L'assistente deve stazionare nella postazione di cui al successivo comma 8 oppure in acqua sull'imbarcazione di servizio (...). La postazione di salvataggio, posta sull'arenile in posizione che consenta la più ampia visuale possibile, è costituita da seggiola o torretta di avvistamento".

Il giorno dell'evento, invece, i bagnini erano impegnati nei compiti più disparati, tanto è vero che, come anticipato, i testi hanno dichiarato che per noleggiare le canoe si erano recati direttamente da uno di loro, seguendo peraltro quanto indicato in un cartello apposto nei locali dello stabilimento.

Su queste basi, la IV Sezione penale ha, dunque, confermato la sussistenza di evidenti profili di colpa nella condotta degli imputati, condividendo la sentenza di condanna già pronunciata nei primi gradi di giudizio.

La clausola di equivalenza e l'obbligo di garanzia *ex* art. 40 cpv. c.p.

Nella sentenza Cassazione penale n. 26553/2024 in commento, la Corte di cassazione illustra trasversalmente gli elementi strutturali del reato omissivo improprio, dalla posizione di garanzia ai profili di colpevolezza[1].

[1] In tema, v., tra i molti, Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; Fiandaca; *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979; Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, 307 e segg. Il riferimento è alla tesi sostenuta dalla prevalente dottrina italiana, pervenuta ad una sintesi tra le due tesi "formale" e "contenutistico-funzionale", elaborando una concezione *mista* la quale integra i criteri di entrambe. Secondo tale concezione, l'identificazione degli obblighi di garanzia deve avvenire sulla base di due requisiti essenziali: il primo, di natura formale, consistente nella previsione dell'obbligo da parte di una fonte formale; il secondo, di natura sostanziale, legato alla funzione di garanzia sottesa all'obbligo stesso. Sul punto, v. anche Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1999, 65 e segg. Ferma la varietà delle opinioni espresse con riferimento all'obbligo giuridico, all'interno della categoria delle posizioni di garanzia, è comunque possibile procedere a una classificazione tradizionale, in base alla quale le posizioni di garanzia sono inquadrabili in due tipologie fondamentali: le *posizioni di protezione*, che hanno lo scopo di preservare determinati beni giuridici da tutti i pericoli che possono minacciarne l'integrità, quale che sia la fonte da cui scaturiscono e le *posizioni di controllo*, che hanno lo scopo di neutralizzare determinate fonti di pericolo, in modo da garantire

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

In linea con la lettera dell'art. 40 cpv c.p., l'essenza del reato commissivo mediante omissione è ricondotta a una manifestazione simmetrica al reato commissivo, nel senso di valutare le condotte incriminate come speculari rispetto al paradigma codicistico.

L'innesto della clausola di equivalenza in una fattispecie di parte speciale implica la ricostruzione degli elementi del fatto tipico, incentrati sulla violazione di un obbligo giuridico di *facere*, costituito su una condotta difensiva del bene giuridico tutelato, che costituisce la manifestazione del rovescio solidale della norma incriminatrice[2].

Sul piano dogmatico, però, la previsione della clausola di equivalenza, cui segue la necessità di adattare il paradigma del fatto tipico allo schema del reato omissivo, presenta il considerevole rischio che, in violazione del principio di riserva di legge, si finisca con il sanzionare condotte altrimenti penalmente irrilevanti.

Per contrastare tali evenienze interviene il concetto di posizione di garanzia, la cui rilevanza è *duplice* e *bilaterale*: da un lato, infatti, l'individuazione di tale nozione restringe l'ambito di applicazione della clausola di equivalenza; dall'altro, le posizioni di garanzia fungono da punti di raccordo tra l'intero ordinamento giuridico e il sistema penale.

Ciononostante, non si può scongiurare che l'individuazione dell'obbligo di garanzia contrasti – soprattutto a causa di talune derive interpretative connesse a implicite esigenze di tutela – con i fondamentali principi penali di rilevanza costituzionale, e, con particolare riferimento alla riserva di legge, alla tassatività e alla personalità della responsabilità penale – di cui, rispettivamente, agli artt. 25 e 27 Cost. – imponendo di verificare puntualmente la determinatezza della norma da cui discende, i doveri cui il garante è vincolato, l'attuale sussistenza di poteri giuridici/naturalistici impeditivi e, conseguentemente, di distinguere la "posizione di garanzia da meri obblighi di attivarsi o di sorveglianza"[3]. In altre parole, ai fini dell'affermazione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento non è sufficiente individuare l'obbligo di impedire l'evento in cui si sostanzia la posizione di garanzia, ma occorre anche valutare il concreto "potere impeditivo" del garante, inteso come il complesso di poteri di vigilanza e intervento in grado di consentirgli di assolvere l'obbligo stesso[4].

Nella prassi giurisprudenziale, invece, sovente si assiste a quella che è stata definita una "degiuridificazione della *Garantenstellung*[5]". Recuperando la tesi sostanzialistico-funzionale, infatti, si tende a ritenere che la posizione di garanzia possa essere generata non solo da un'investitura formale, ma anche dall'*esercizio di fatto* delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante, purché l'agente assuma la gestione dello specifico rischio mediante un comportamento concludente consistente nell'effettiva *presa in carico* del bene protetto, anche fondato su obblighi mutuati dal diritto civile (es. contatto sociale[6]) e sull'affidamento della vittima sulla condotta dell'imputato[7].

Sembra quindi opportuno tornare a evidenziare che un'interpretazione ortodossa del concetto di posizione di garanzia vorrebbe che fonte formale dell'obbligo

---

l'integrità di tutti i beni giuridici che ne possono risultare minacciati: cfr., per tutti, Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 652. L'ipotesi sottesa alla sentenza in commento sembra riconducibile a questa seconda categoria. Parte della dottrina propone di aggiungere anche una terza categoria data dal *dovere di impedire la commissione di reati da parte di terzi*: v., per tutti, Grasso, *op. cit*., 293 e segg.

[2] Indaga sulla tipicità della condotta omissiva impropria, Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio,* Pisa, 2023, il quale mette in discussione il dogma che colloca l'omissione in una realtà spiccatamente normativa. L'Autore segue questa esegesi anche al fine di individuare interpretazioni funzionali ad arginare la dilagante estensione della responsabilità penale nei settori dell'esercizio dei poteri pubblici, della gestione di strutture complesse, dell'attività sanitaria.

[3] In tema, Mantovani, *Diritto penale*, Bologna, 2020, 170; Mezzetti, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 236 e segg.; Marinucci-Dolcini-Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, 269; de Vero, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2024, 701 e segg. Il rischio che l'obbligo di cui all'art. 40 cpv c,p. si traduca in una clausola in bianco da definire a seconda delle contingenze di politica criminale è segnalato, tra gli altri, anche da Fiorella, *Il trasferimento di finzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984, 197 e segg.; Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1994, 1240, il quale sottolinea la necessità di sostituire formule "pigre" con "modelli specifici ed articolati di responsabilità per omesso impedimento dell'evento".

[4] Cfr. Leoncini, *op. cit*., 69 e segg., la quale evidenzia l'opportunità che anche questo elemento sia inteso in termini giuridico-formali.

[5] Gargani, *Lo strano caso dell'"azione colposa seguita da omissione dolosa". Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, *DisCrimen*, 18 novembre 2020, 10.

[6] In giurisprudenza, cfr., in particolare, la c.d. sentenza Vannini *bis*: Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, in *Giur. Pen.*, 20 luglio 2021, consultabile al sito *www.giurisprudenzapenale.com*; Cass. pen., Sez., IV, 23 ottobre 2015, n. 2536, rv. 265795, in cui la Cassazione, nel caso del crollo di un edificio scolastico, ravvisa la posizione di garanzia derivante dal contatto sociale in capo al dirigente scolastico che, consapevole delle carenze strutturali dell'edificio, aveva omesso di adottare i necessari provvedimenti volti alla salvaguardia degli alunni. Negli stessi termini si è ragionato nel caso che ha visto imputati i medici sportivi di due squadre di calcio che, pur estranei all'apparato di primo soccorso presente sul campo, di fatto erano intervenuti in soccorso di un giocatore colpito da un malore: Cass. pen., Sez., IV, 9 aprile 2019, n. 24372, in *Guida Dir.*, 2019, 31, 89 e segg.

[7] In questo senso, è copiosa la giurisprudenza di legittimità, in tema di infortuni sul lavoro, secondo cui con l'art. 299, D.Lgs. n. 81/2008, che prevede le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'art. 2, 1° comma, lett. b), d) ed e), D.Lgs. n. 81/2008, si estende anche su su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici relativi a ciascuno dei soggetti ivi riferiti. Con la norma in parola, il legislatore avrebbe "(...) codificato il principio di effettività, elaborato dagli interpreti al fine di individuare i titolari della posizione di garanzia, secondo un criterio sostanziale e funzionalistico": Cass. pen., Sez. IV, 10 aprile 2019, n. 31863; Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2016, n. 39499; Cass. pen., Sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22246, tutte in *One LEGALE*. Non mancano, peraltro, pronunce che sembrano rinunciare *in toto* alla fonte legale rintracciando la genesi dell'obbligo di garanzia unicamente nel fatto: v., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 9347, in *One LEGALE*; Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, in *Cass. Pen*., 2008, 989.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

di impedimento fosse la legge, penale o extrapenale e il contratto, non anche una fonte sublegislativa, che può al più specificarne i contenuti, assumendo, sostanzialmente, il ruolo di integrazione del precetto, purché contenga in sé determinazioni sufficienti a garantire il rispetto della legalità con particolare riguardo alla specificazione dei doveri/poteri impeditivi del titolare della posizione di garanzia[8].

Su questa linea, oltre alle questioni relative alla fonte, rileva anche il tema della precisione dell'obbligo che consente al soggetto di *prevedere* le conseguenze delle proprie omissioni, in ossequio al corollario di cui all'art. 7 *Cedu*. "È l'azione doverosa a tipizzare il reato omissivo improprio[9]", pertanto, un obbligo indeterminato renderebbe imprecisa la fattispecie con conseguente violazione del principio di sufficiente determinatezza[10].

Contrariamente – ancor di più in dimensione plurisoggettiva – il rischio è quello di prospettare una sorta di responsabilità "in comune", sovente nella forma della *culpa in vigilando*, fondata sull'intreccio cooperativo[11] ovvero sull'interferenza di obblighi di prevenzione moltiplicati in modo tendenzialmente esponenziale, tra i quali finiscono per essere ricompresi anche doveri "accessori" di segnalazione, informazione, controllo e coordinamento che non dovrebbero fondare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento, ma, eventualmente – e laddove siano previste espresse previsioni normative – una responsabilità omissiva *tout court*[12].

I poteri impeditivi del garante

Alla luce delle precedenti argomentazioni, una configurazione costituzionalmente orientata della posizione di garanzia è riconoscibile laddove l'obbligo di garanzia a essa sotteso sia in astratto concretamente impeditivo mediante il conferimento a un determinato soggetto di specifici poteri giuridici e fattuali di vigilanza e intervento sulla situazione di pericolo, preesistenti al verificarsi della stessa[13].

Del resto, la norma che ordina l'azione impeditiva finisce per descrivere la condotta tipica del reato omissivo improprio e ciò impone il rispetto dei canoni di precisione e determinatezza.

Un corollario – non sempre debitamente valorizzato in dottrina – di tale assunto è il citato carattere *preesistente* della posizione di garanzia rispetto al presupposto di fatto che attualizza lo specifico obbligo di impedire l'evento. "Solo ove la "posizione di garanzia" sia assunta anteriormente, infatti, la tutela dell'altrui bene giuridico può dirsi effettivamente "affidata" al garante. (...) È proprio nella preesistenza della *Garantenstellung* che risiede la ragione dell'equivalenza tra il cagionare e il non impedire[14]". In altre parole, il potere-dovere giuridico impeditivo sottende quell'attività doverosa di vigilanza che al garante fornisce la capacità di incidere efficacemente sul decorso causale, quale che sia la fonte da cui è originato.

Nella prospettiva coltivata in questa sede, altrettanto rilevante è poi che l'obbligo di garanza – cui corrisponde il potere giuridico – discenda da una *preesi-*

---

[8] Cfr. sul punto Mantovani, *L'obbligo di garanzia*, cit., 342, il quale precisa che solo la legge extrapenale e il contratto possono essere fonte della posizione di garanzia; non anche la legge penale perché la norma incriminatrice si limita a imporre l'obbligo di agire senza prevedere i poteri impeditivi che ne derivano. Su questa linea, dovrebbe essere esclusa anche la *precedente attività pericolosa*: sul punto, v. Leoncini, *op. cit*., 98 e segg., anche per i punti di "contatto" con l'individuazione gli obblighi impeditivi tipici delle c.d. posizioni di *controllo*. Discussa è anche la possibilità di includere tra le fonti dell'obbligo di garanzia l'*assunzione volontaria* di compiti: Mantovani, *Diritto penale*, cit., 182; Marinucci-Dolcini-Gatta, *op. cit.*, 271, che annoverano l'atto unilaterale tra le fonti dell'obbligo di garanzia; in giurisprudenza sembra prevalere un atteggiamento più aperto, sul presupposto che "ciò che a prima vista appare il frutto di un atto unilaterale è in realtà espressione di un obbligazione assunta con un atto negoziale atipico": Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, cit., 989; v. anche Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, in *Cass. pen*., 2013, 10, 3612. Su questa linea, peculiare è il noto caso Vannini in cui la Cassazione (Cass. pen., Sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049, in *Sistema pen*., 6 marzo 2020) ha ravvisato la posizione di garanzia in capo all'imputato sulla base di un'assunzione volontaria del pericolo derivante sostanzialmente dal generico dovere di *neminem laedere* parafamiliare, che nella successiva sentenza Vannini *bis* (Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, cit., *supra* nota 5) è declinato in termini di rapporto di *ospitalità*. In tema v. i puntuali rilievi critici di Spina, *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Archivio pen*., 2, 2020.

[9] Mantovani, *Diritto penale*, cit., 173.

[10] Nella prassi, però, esempi di questo tipo non mancano; si pensi all'art. 2087 c.c., utilizzato quale fondamento della posizione di garanzia del datore di lavoro nonostante gli obblighi ivi previsti siano fondati più su obiettivi di tutela che su specifiche misure prevenzionali. La lacuna è ancora più evidente se si pensa che i generici doveri di diligenza cui fa riferimento l'art. 2087 c.c. necessitano di essere integrati con ulteriori riferimenti della normativa specifica di cui al D.Lgs. n. 81/2008, col rischio che anche fattispecie, come, ad esempio, l'art. 437 c.p., contribuiscano a integrare qualsiasi generico dovere di sicurezza rilevante in concreto. Con particolare riferimento ai rischi che porta con sé un'incontrollata estensione dell'incriminazione v. Risicato, voce *Cooperazione colposa*, in *Enci. dir. I tematici. Reato colposo*, AA.VV., a cura di Donini, Milano, 2021, 321 e segg.; in precedenza, Severino Di Benedetto, *La cooperazione del delitto colposo*, Milano, 1988, 131 e segg.

[11] In tema, v. i recenti contributi di Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2023; Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, i quali evidenziano come l'espansione della colpa, in particolare della colpa in contesti plurisoggettivi, sia un fenomeno profondamente contemporaneo. La vita associata è, infatti, caratterizzata da campi disciplinati, fin nei dettagli, da regole tecniche di condotta, la cui violazione innesca una responsabilità, spesso penale. Oltre a ciò, il raggiungimento di obbiettivi socialmente meritevoli dipende, il più delle volte, dalla collaborazione tra più persone, con le conseguenze che ne derivano sul piano dell'incriminazione degli eventi lesivi che derivano dalla cooperazione dei soggetti interessati.

[12] In tema, v. Piva, *La responsabilità del vertice per l'organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 104, 167, 170: "solo la violazione di veri e propri obblighi giuridici di impedimento può assumere rilievo ai sensi dell'art. 113 c.p. perché capace di incidere sul decorso causale in modo efficace".

[13] V. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 198; Fiorella, *op. cit*., *passim*.

[14] Leoncini, *op. cit*., 76.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

stente regolamentazione giuridica extrapenale (non dedotta dalla norma incriminatrice) che disciplini i poteri del garante.

Ai fini della configurabilità della responsabilità per omesso impedimento dell'evento – e ancora prima, della posizione di garanzia – poi, non può non rimarcarsi l'incidenza dei *poteri impeditivi* del garante già nell'economia della descrizione del fatto tipico. In mancanza di essi, infatti, la posizione di garanzia avrebbe solo un connotato formale in contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost., sul presupposto che è proprio il potere impeditivo a rappresentare il "parametro indicatore di 'come intervenire' per impedire la realizzazione dell'evento[15]".

Questo difetto di legalità/personalità della responsabilità omissiva è suscettibile di diventare ancora più censurabile se si pensa alla dilatazione applicativa che, nella prassi, ha subìto la clausola di equivalenza ormai ampiamente utilizzata anche per la tutela di beni giuridici diversi dalla vita e dall'incolumità personale o pubblica. Né sono mancate pronunce in cui la Cassazione, pur affermando, che ai fini della responsabilità per omesso impedimento dell'evento – *rectius* dell'individuazione della posizione di garanzia – è necessario che i poteri del garante siano ben determinati e il loro esercizio sia normativamente disciplinato in modo da potere essere certi che avrebbe scongiurato l'evento lesivo, l'azione impeditiva viene legata all'esercizio di un potere fattuale coincidente con la possibilità di attivarsi in una determinata situazione[16]. È abbastanza evidente il rischio che, così operando, il garante sia chiamato a rispondere più per la posizione che ricopre che per ciò che avrebbe eventualmente potuto/dovuto fare (e non ha fatto)[17].

Da qui la necessità di rivalutare la differenza tra obblighi di *garanzia* e obblighi di *sorveglianza*: questi ultimi, infatti, sono caratterizzati dal più limitato potere-dovere di informare della sussistenza della situazione di pericolo per il bene un altro soggetto, al quale soltanto, in virtù della sua veste di titolare del bene giuridico o di garante, spetteranno i poteri impeditivi sopra descritti. Per converso, l'obbligo di attivarsi in cui si sostanzia l'obbligo di impedire l'evento – nell'accezione sopra descritta – dovrebbe rappresentare il parametro sulla base del quale valutare l'operatività della clausola di equivalenza che testualmente rinvia al potere/dovere di impedire l'evento declinato nei termini di una posizione di autentica egemonia del garante.

Con riferimento specifico agli *obblighi di controllo* (cioè aventi ad oggetto la tutela di tutti i beni che possano risultare esposti a una fonte di pericolo rientrante nella sfera di organizzazione e disposizione del garante, come nel caso da cui muove il presente contributo) appare condivisibile la posizione di quella parte della dottrina che prende le distanze da quegli autori che ritengono l'obbligo di impedire l'evento possa scaturire dalla condotta attiva del soggetto che abbia posto in pericolo il bene tutelato, sul presupposto che tale tesi "porta erroneamente a includere in detta categoria gli obblighi c.d. di sicurezza preventivi connessi allo svolgimento di attività pericolose, finendosi così col ricondurre, senza necessità, alla responsabilità per omesso impedimento dell'evento ipotesi di causazione attiva dello stesso[18]".

In conclusione, per colmare il *vulnus* di legalità in parola bisognerebbe dapprima valutare la concreta possibilità di intervenire da parte del garante, alla luce della fonte giuridico-formale che impone l'obbligo di attivarsi, e, successivamente, subordinare la responsabilità per omesso impedimento alla prova che, nel caso concreto, l'esercizio dei poteri impeditivi a disposizione del soggetto avrebbe obiettivamente potuto (quanto meno) ostacolare la realizzazione dell'evento lesivo.

Sintesi conclusiva

La sentenza in commento, in realtà, sembra conciliare gli assunti della teoria formale e di quella sostan-

---

[15] Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 642; Leoncini, *op. cit.*, 77, la quale sottolinea che da "per assolvere l'obbligo di garanzia (...) il soggetto deve essere necessariamente munito di un simmetrico e idoneo potere, sul quale soltanto può legittimamente fondarsi la pretesa dell'ordinamento al compimento dell'azione impeditiva doverosa. Da ciò deriva il secondo connotato caratterizzante l'obbligo di garanzia e, cioè, che esso deve esplicarsi in un *intervento risolutivo e diretto* (dul piano astratto) sulla situazione di pericolo per il bene tutelato, perché solo così appare giustificata l'equiparazione dell'omesso impedimento alla causazione effettiva"; sulla stessa linea De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, 5 febbraio 2012, 17; Sgubbi, *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 142.

[16] Cfr. Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, T.C. e altri, in *CED*, Rv. 253755, in cui la Cassazione ha riscontrato la responsabilità dell'amministratore di una società in quanto avrebbe potuto bloccare l'*iter criminis (*nella specie aggiotaggio) con strumenti estranei alla propria funzione, ma facilmente disponibili; Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2011, n. 42519, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 febbraio 2013.

[17] In questo senso emblematico risulta il caso dei sindaci nei confronti dei quali si è trasformato un obbligo di vigilanza e controllo in obbligo di impedimento con conseguente riconoscimento della relativa posizione di garanzia in assenza di poteri di "signoria" dei controllori. Cfr. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una rilettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. Società*, 2012. 2-3, 317 e segg.; Melchionda, La responsabilità dei sindaci di società commerciali, problemi attuali e prospettive di soluzione, in *Indice pen.*, 2000; Donini, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1983, 199 e segg. Sul punto, le posizioni in dottrina si distinguono ancora tra chi sostiene che gli obblighi di sorveglianza del sindaco non possano tradursi in obbligo di garanzia, trattandosi, sostanzialmente, di attività che può ostacolare la realizzazione dell'altrui attività illecita, ma non impedirla (per tutti, v. Leoncini*, op. cit.*, 172 e segg.) e chi, invece, ritiene i sindaci titolari di poteri impeditivi (cfr. Stella – Pulitanò*, La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 1989, 562 e segg.). La giurisprudenza, dal disposto dell'art. 2403 c.c., pur in mancanza di una verifica relativa alla sussistenza di effettivi poteri impeditivi, ha sostanzialmente *creato* una posizione di garanzia come proiezione automatica degli obblighi di controllo: Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, in *One LEGALE*.

[18] Leoncini, *op. cit.*, 412.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ziale in una sorta di sintesi che, muovendo dall'individuazione delle norme cautelari di diritto positivo che impongono al rappresentante legale della società proprietaria dello stabilimento balneare che si serva di impianti pericolosi di dotarsi di apposita autorizzazione di pubblica sicurezza, di apporre idonei cartelli di pericolo e di rispettare le norme che disciplinano le mansioni degli assistenti bagnanti, ravvisa – in coerenza con esse – la fonte della specifica posizione di garanzia nell'installazione della struttura, che implica l'obbligo di garantire la supervisione delle attività ludiche per cui è stata predisposta e destinata alla clientela tramite personale dedicato esclusivamente all'uso del gonfiabile. In altre parole, nel caso di specie, si tratterebbe di una "posizione di controllo" che individua la fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento nei riferimenti normativi indicati *supra*, relativi, in particolare, alla disciplina del servizio di salvataggio, essendo altresì presenti tutti gli elementi richiesti dalla teoria contenutistico-funzionale per la sussistenza del ruolo di garante: la particolare vulnerabilità del bene giuridico *vita* unita all'incapacità degli utenti di tutelarlo in maniera efficace a causa della pericolosità della situazione; l'affidamento dovuto al servizio offerto dall'imputato; l'effettiva sussistenza di poteri impeditivi rispetto all'evento poi verificatosi che si sarebbe verosimilmente potuto scongiurare tenendo la doverosa condotta attiva.

Residua forse il dubbio che la violazione delle regole precauzionali indicate a supporto della sentenza di condanna non fosse già di per sé in grado di sostenere la responsabilità penale dell'imputato, evitando così gli ostacoli interpretativi presentati dalla clausola di equivalenza tra non impedire e cagionare.

Tutto ciò posto, la pronuncia in commento ha comunque consentito di riflettere, ancora una volta, sulla ricostruzione dogmatica della clausola generale di incriminazione suppletiva di cui all'art. 40, comma 2, quale fattore di moltiplicazione potenzialmente incontrollata di fattispecie indeterminate[19]. Le argomentazioni esposte fin qui dimostrano la perdurante esigenza di ridisegnare i confini della posizione di garanzia (e, più in generale, del reato omissivo improprio), da un lato, attraverso il riconoscimento di una fonte formale dell'obbligo e, dall'altro, tramite la specificazione chiara e precisa dei doveri di impedimento gravanti sul soggetto obbligato. La selezione della fonte, però, non può essere considerata sufficiente, poiché rischia di tradursi in un contenuto vuoto: l'omissione impropria rilevante deve essere selezionata in base ai criteri oggettivi della tipologia del reato o del bene giuridico tutelato e ai profili di imputazione soggettiva. Contrariamente, non sembra possibile evitare intollerabili estensioni della punibilità attraverso forme di combinazione normativa o di conversione giudiziaria dai confini incerti che favoriscono esiti processuali contraddittori.

In questo solco, dal punto di vista dei criteri oggettivi, si ritiene che la clausola di equivalenza dovrebbe operare solo con riguardo ai reati di evento a forma libera, non potendo esprimere l'omissione il medesimo disvalore di condotta dell'azione vincolata[20].

In una chiave costituzionalmente orientata, infine – anche alla luce della segnalata "tendenza creativa" della prassi giurisprudenziale – sarebbe opportuno rivalutare l'idea di operare una selezione dei beni giuridici suscettibili di rientrare nello schema di tutela dell'art. 40, 2° comma, c.p., tenendo conto di quelli maggiormente meritevoli di tutela come quelli personali[21].

Sul versante soggettivo, infine, i coefficienti di *prevedibilità* ed *evitabilità* dovrebbero essere sempre riconosciuti autonomamente, scongiurando interpretazioni che ne ritengano assorbito l'accertamento nell'individuazione della fonte dell'obbligo di garanzia.

Per completezza, va aggiunto che neppure la combinazione con le diverse ipotesi di concorso appare sempre coerente sul piano applicativo, poiché l'art. 40 cpv. c.p. talvolta viene contestato da solo, talaltra insieme agli artt. 110 o 113 c.p.: ebbene la genericità dell'art. 40 cpv. c.p., a cui si aggiungano formule, altrettanto incerte, tramite l'indeterminato richiamo al concorso o alla cooperazione, rischia di favorire incriminazioni che sfuggono da quei limiti strutturali e di essenza sui quali, a partire dall'effettiva sussistenza di poteri impeditivi, la sentenza in commento richiama meritoriamente l'attenzione dell'interprete.

Sospensione condizionale della pena

Cassazione penale, Sez. I, 30 maggio 2024 (ud. 20 febbraio 2024), n. 21603 – Pres. Rocchi – Rel. Centofanti – P.M. Cuomo (parz. diff.). – Ric. M. *Annulla senza rinvio App. Catanzaro, 22 maggio 2023.*

Cause di estinzione del reato e della pena – Sospensione condizionale della pena – Beneficio concesso dal giudice della cognizione in violazione dell'art. 164, 4° comma, c.p. per l'esistenza di cause ostative non documentalmente note – Revoca da parte del giudice dell'esecuzione *ex* art. 168, comma terzo, c.p. – Possibilità – Condizioni

Il giudice dell'esecuzione non può disporre, nei casi

[19] L'espressione "clausola generale di incriminazione suppletiva" per evidenziare il concreto funzionamento dei disposti dell'art. 40, 2° comma, dell'art. 56, dell'art. 110 e dell'art. 113, si deve a Risicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, passim. Utilizza questa definizione, tra gli altri, Castronuovo, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 14 novembre 2012.

[20] Cfr., per tutti, Risicato, *Lezioni di diritto penale*, Pisa, 2023, 462.

[21] Cfr., per tutti, Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 654.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

previsti dall'art. 168, comma terzo, c.p., la revoca della sospensione condizionale della pena che il giudice della cognizione abbia concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, c.p. per l'esistenza di cause ostative a lui non documentalmente note, allorquando il beneficio si è ormai consolidato in ragione del decorso del termine e dell'avvenuta maturazione delle condizioni in presenza delle quali si determina, ex art. 167 c.p., l'estinzione del reato e non ha luogo l'esecuzione della pena.

Omissis. – La sospensione condizionale della pena è istituto orientato ad esigenze di prevenzione speciale e di rieducazione (Sez. 3, n. 28690 del 09/02/2017, R., Rv. 270588-01; Sez. 5, n. 1136 del 05/04/2013, dep. 2014, H., Rv. 258822-01; Sez. 1, n. 26633 del 10/06/2008, Z., Rv. 240858-01; Sez. 1, n. 3999 del 28/10/1991, G., Rv. 188701-01). Entro limiti predeterminati di concedibilità, oggettivi e soggettivi, l'ordinamento penale rinuncia all'esecuzione della pena, previa prognosi di non recidivanza nel reato (da condurre sulla base degli elementi di cui all'art. 133 cod. pen.: tra le molte, Sez. 2, n. 19298 del 15/04/2015, D. D., Rv. 263534-01) e sul presupposto che la prognosi si inveri all'esito del previsto periodo di sperimentazione, nonché sul presupposto ulteriore, ove la sospensione sia accompagnata da obblighi positivi a contenuto risocializzante, che questi ultimi siano tempestivamente soddisfatti.

Come, dunque, la concessione del beneficio è subordinata ad un giudizio di meritevolezza in chiave prognostica, nella prospettiva della mancata ricaduta nel reato e dell'adempimento degli eventuali obblighi accessori, la legge impone la caducazione del beneficio allorché risultino indici certi a smentita della prognosi.

L'art. 168, primo comma, n. 1), cod. pen. stabilisce, infatti, che la sospensione condizionale è revocata di diritto qualora, nei termini stabiliti (cinque anni per i delitti, due anni per le contravvenzioni, decorrenti dalla irrevocabilità del titolo: da ultimo, Sez. 1, n. 24999 del 31/05/2022, F., Rv. 283404-01), il condannato commetta un delitto, o una contravvenzione della stessa indole, per i quali sia inflitta pena detentiva, o non adempia agli obblighi imposti.

Specularmente, se tali termini decorrono senza che le anzidette cause di revoca risultino integrate, il reato è definitivamente estinto e la pena – sia la principale, sia le eventuali accessorie – non è eseguita, a norma dell'art. 167 cod. pen. (restano viceversa fermi gli altri effetti penali: tra le molte, Sez. 2, n. 6017 del 09/01/2024, M., Rv. 285863-01).

La revoca della sospensione è legata, dunque, a sopravvenienze qualificate.

La recidiva delittuosa o il mancato adempimento degli obblighi funzionano, nelle ipotesi indicate, come ragioni di decadenza da un beneficio che il condannato non si è dimostrato degno di mantenere.

(*Omissis*).

L'art. 168, terzo comma, cod. pen., introdotto dalla legge 26 marzo 2021, n. 128, prevede, a sua volta, che la sospensione condizionale della pena sia revocata, ove concessa in violazione dei limiti di reiterabilità previsti dall'art. 164, ultimo comma, cod. pen. La revoca in esame può essere disposta sia in sede di cognizione, che in sede di esecuzione (art. 674, comma 1-bis, cod. proc. pen.), a condizione, in entrambi i casi, che i precedenti preclusivi non fossero documentalmente noti al giudice che aveva concesso il beneficio obiettivamente non spettante (essendo il giudice, che delibera sulla revoca, tenuto ad acquisire, anche d'ufficio, il fascicolo del giudizio antecedente per la doverosa verifica al riguardo: Sez. U, n. 37345 del 23/04/2015, L., Rv. 264381-01; Sez. 3, n. 34387 del 27/04/2021, B., Rv. 282084-01).

La revoca è obbligatoria, in presenza di tale ultima condizione, e il giudice di cognizione, che la decreti d'ufficio, non viola il divieto di *reformatio in peius*, in quanto neppure tale provvedimento presuppone un'attività discrezionale o valutativa, bensì puramente ricognitiva e dichiarativa di una preesistente situazione di illegalità (Sez. 6, n. 51131 del 15/11/2019, N., Rv. 277570-01; Sez. 2, n. 37009 del 30/06/2016, S., Rv. 267913-01; Sez. 1, n. 21872 del 12/02/2003, S., Rv. 224400-01).

La revoca, prevista dall'art. 168, terzo comma, cod. pen., ha struttura e funzione del tutto diverse da quelle stabilite nel primo comma.

Essa non è costitutivamente correlata al verificarsi di fatti nuovi, che si pongano come fattore risolutivo del beneficio già concesso, né si atteggia dunque a revoca di carattere decadenziale, costituendo piuttosto esercizio di un vero e proprio *ius poenitendi* (revoca in senso stretto).

Dal lato finalistico, essa pone rimedio non già alla constatata frustrazione degli scopi della sospensione condizionale, bensì all'inesistenza, originaria, dei presupposti applicativi del beneficio.

Ciò posto, il nuovo istituto deve essere raccordato con le previsioni di cui all'art. 167 cod. pen., che sancisce la definitiva impossibilità di far luogo all'esecuzione della pena principale e delle pene accessorie una volta che, ultimata la *probation*, il condannato non sia incorso, nel relativo arco di tempo, in comportamenti che ne abbiano contraddetto lo spirito, ossia in recidive considerate dalla norma rilevanti, e abbia soddisfatto gli obblighi impostigli.

Proprio in virtù delle caratteristiche strutturali e funzionali sopra illustrate, la revoca in esame non interviene a sanzione di condotte sopravvenute, idonee, in quanto manifestatesi nel corso del quinquennio (o biennio), e solo perché tali, ad escludere l'operatività del meccanismo di estinzione del reato.

Se la legge consente ora, a certe condizioni, di rimediare ad un vizio genetico del provvedimento concessivo, l'attivazione del rimedio incontra un limite, logico e giuridico, nell'antecedente avveramento dell'effetto estintivo ex art. 167 cod. pen., posto che tale effetto non è normativamente impedito durante la latenza della situazione giuridica evocata dall'art. 168, terzo comma, cod. pen., e posto che l'effetto stesso risulta irreversibile, beninteso al verificarsi delle condizioni ivi stabilite, pur se la relativa declaratoria (implicitamente ammessa dall'ordinamento: Sez. 1, n. 38043 del 27/10/2006, R., Rv. 235167-01) non sia ancora intervenuta.

La soluzione indicata è coerente con il quadro normativo, in cui l'esito di estinzione del reato si produce per legge in presenza delle condizioni stabilite (analogamente, a proposito dell'analogo istituto previsto in caso di pena patteggiata, Sez. 1, n. 5501 del 29/09/2016, dep. 2017, C., Rv. 268994-01), nonché con le esigenze di stabilità del sistema e di certezza delle situazioni giuridiche. A ragionare diversamente, il condannato – pur in assenza di fatti colpevoli successivi, e rigorosamente delimitati nel tempo, a sé ascrivibili – rimarrebbe esposto sine die all'eventualità di un'esecuzione penale, ancorché in origine illegittimamente sospesa, oltre ogni ragionevole limite di proporzione tra il trascorrere inerte del tempo e il rilievo della persistente necessità di punire (se solo si consideri che, a norma dell'art. 172, quinto comma, cod. pen., richiamato per le contravvenzioni dal terzo comma dell'art. 173, se l'esecuzione della pena è subordinata al verificarsi di una condizione,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nel caso di specie rappresentata dalla revoca del beneficio sospensivo, il termine di prescrizione non decorre sino al giorno in cui la condizione si è verificata).

6. Va dunque affermato il principio di diritto, in forza del quale la revoca della sospensione condizionale della pena, nei casi previsti dall'art. 168, terzo comma, cod. pen., non può intervenire quando ormai il beneficio si è consolidato, essendo decorso il termine ed essendo maturate le condizioni al cui cospetto si determina, ai sensi dell'art. 167 dello stesso codice, l'estinzione del reato e non ha luogo l'esecuzione della pena. – *Omissis.*

Il rapporto tra estinzione del reato e revoca della sospensione condizionale della pena

Fabio Fasani*

L'Autore ritiene che la sentenza annotata risolva, in maniera condivisibile, il problema del rapporto tra la revoca della sospensione condizionale della pena, per ragioni legate alla carenza *ab origine* dei presupposti di legge, e l'estinzione del reato, ai sensi dell'art. 167 c.p. In particolare, nella nota viene osservato come la Cassazione tenti di ricostruire le più nobili funzioni politico-criminali della sospensione condizionale, provando a rivitalizzare un istituto troppo spesso snaturato dalla prassi, che ne sfrutta solamente la portata deflattiva.

Premessa

La sentenza annotata risolve, in maniera condivisibile, un problema legato al rapporto tra la disciplina della revoca della sospensione condizionale della pena e la definitività dei meccanismi di estinzione della punibilità, quale necessario corollario di una giustizia penale coerente e affidabile.

Il principale merito della pronuncia consiste nell'essersi allontanata dai precedenti giurisprudenziali, fondati su tecnicismi processualistici, e nell'avere riportato al centro della discussione le funzioni politico-criminali della punibilità, in generale, e della sospensione condizionale della pena, in particolare.

Questa impostazione tenta di restituire dignità all'istituto, purtroppo ampiamente snaturato dalla prassi, che ne ha tradizionalmente sfruttato la mera portata deflattiva, senza realmente ricollegare le ragioni che presiedono alla scelta di non punire più alle ragioni che presiedevano alla scelta di punire, che fino a quel momento l'ordinamento aveva fatto.

Per rendersi conto di questo percorso motivazionale e comprenderne l'interesse generale è utile suddividere queste brevi note in tre parti: nella prima richiamerò, in sintesi, il contenuto della sentenza; nella seconda riferirò come essa si ponga rispetto ai precedenti giurisprudenziali intervenuti sul tema; nella terza formulerò alcune riflessioni critiche a proposito della condivisibile scelta della Cassazione.

Il caso deciso e la soluzione adottata

Nel 2010 il Tribunale di Rossano concede all'imputato la sospensione condizionale della pena per la terza volta e, dunque, illegittimamente ai sensi dell'art. 168, 3° comma, c.p. La decisione viene confermata nel 2014 dalla Corte d'Appello di Catanzaro e diviene definitiva nel 2015.

Una concessione così platealmente illegittima della sospensione non deve sorprendere. Sono, infatti, note da sempre le disfunzioni "dei sistemi ausiliari alla giurisdizione, primo fra tutti l'istituto del casellario giudiziale"[1], che portano frequentemente il giudicante a non avere evidenza delle cause ostative alla concessione della sospensione condizionale. Il giudice spesso non ha modo di conoscere, in modo completo, i precedenti dell'imputato e ciò porta all'illegittima reiterazione del beneficio[2].

Tornando al caso, nel 2023 la medesima Corte d'Appello, quale giudice dell'esecuzione, decide, ai sensi degli artt. 674 c.p.p. e 168 c.p., di revocare la sospensione condizionale della pena, in quanto appunto concessa in violazione dei presupposti di legge.

La Cassazione, con la sentenza annotata, risponde a due motivi di ricorso proposti dall'imputato. Il primo motivo – rigettato e, comunque, privo di particolare interesse in questa sede – concerne il mancato riconoscimento del vincolo della continuazione tra il reato per il quale era stata riconosciuta la seconda sospensione condizionale e quello successivamente giudicato[3]. Il secondo motivo – che qui rileva – riguarda, invece, la possibilità di revocare la sospensione condizionale della pena, una volta che, ai sensi dell'art. 167 c.p., dovrebbe già essersi prodotta l'estinzione del reato, connessa all'adempimento delle prescrizioni imposte e al trascorrere di un determinato lasso di tempo (nel caso di specie cinque anni) senza che l'imputato abbia commesso nuovi reati della stessa indole.

La Suprema Corte ricorda, anzitutto, correttamente le esigenze di prevenzione speciale e di rieducazione connesse alla sospensione condizionale: l'ordinamento, anche al fine di scongiurare il noto effetto criminogeno delle pene detentive brevi, rinuncia all'esecuzione della pena qualora il giudice formuli un giudizio prognostico di non recidivanza e qualora, nel corso

---

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Così, per tutti, Martini, *Commento all'art. 1 l. 26 marzo 2001, n. 128*, in *Legislazione Pen.*, 2002, 378 e segg.

[2] Cfr. Martini, *La pena sospesa*, Torino, 2001, 291.

[3] È noto, infatti, come tale circostanza comporti la possibilità di concedere una terza sospensione condizionale della pena. In questi termini, *ex plurimis*, Cass. pen., 28 ottobre 2015, n. 3775, in *CED*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del periodo di sospensione della pena, il reo confermi tale prognosi, omettendo di commettere reati della medesima indole e adempiendo agli eventuali obblighi positivi a contenuto risocializzante che gli sono impartiti.

Nel prisma di tale *ratio* politico-criminale la Cassazione inquadra anche i diversi casi di revoca della sospensione condizionale della pena, enucleando due paradigmi.

Da un lato, colloca le ipotesi di revoca, previste dall'art. 168, 1° comma, c.p., che si fondano su fatti sopravvenuti alla condanna: la commissione di un nuovo reato avente certe caratteristiche o il mancato adempimento degli obblighi imposti. Queste forme di revoca, cui la Cassazione attribuisce un carattere "decadenziale", sono legate a situazioni nelle quali un fattore sopravvenuto impedisce al beneficio di concretizzarsi, poiché il reo tradisce la prognosi positiva effettuata dal giudice al momento della sospensione della pena. Tale beneficio non ha svolto efficacemente la propria funzione special-preventiva e il giudice non può fare altro che *dichiararne* l'intervenuta *risoluzione*.

Dall'altro lato, la Cassazione ritiene del tutto diverse le ipotesi di revoca di cui al 3° comma dell'art. 168 c.p., introdotto con L. 26 marzo 2001, n. 128. In questi casi, infatti, si assisterebbe all'"esercizio di un vero e proprio *ius poenitendi* (revoca in senso stretto)", il quale pone riparo all'errore (inconsapevolmente) commesso dal giudice, che ha riconosciuto il beneficio della sospensione condizionale in un caso nel quale mancavano, sin dall'inizio, i necessari presupposti di legge.

Tale meccanismo, che il legislatore del 2001 ha reso operativo anche in sede di esecuzione con il nuovo 1° comma-*bis* dell'art. 674 c.p.p., deve, peraltro, raccordarsi – secondo i giudici di legittimità – con l'art. 167 c.p., che prevede l'estinzione (definitiva) del reato una volta che sono trascorsi i termini della sospensione, senza che siano sopravvenuti i citati fattori decadenziali.

È nel progettare questo raccordo, omesso dal legislatore[4], che sta il cuore della sentenza annotata. La Cassazione osserva, infatti, che, mentre l'effetto estintivo non può prodursi nei casi di cui all'art. 168, 1° comma c.p., poiché inibito dal dato oggettivo della commissione di un nuovo reato o del mancato adempimento degli obblighi, esso può prodursi, invece, nei casi di cui all'art. 168, 1° comma c.p.p. In tali situazioni, infatti, nessun evento sopravvenuto interferisce con l'esplicarsi del fenomeno estintivo entro i termini previsti dal legislatore e, in questi casi, deve ritenersi che l'estinzione del reato intervenga e sia irreversibile, non potendo il reo restare *sine die* soggetto all'eventualità che, a distanza di anni o decenni, il giudice dell'esecuzione revochi la sospensione condizionale, poiché concessa in violazione dei presupposti di legge.

La Cassazione, di conseguenza, accoglie il secondo motivo di ricorso e annulla la revoca del beneficio.

I precedenti giurisprudenziali

Prima di essere risolto con l'annotata sentenza, il tema degli eventuali limiti alla revoca della sospensione condizionale, ai sensi degli artt. 674, comma 1°-*bis*, c.p.p. e 168, 3° comma, c.p., era stato affrontato dalla Cassazione all'interno di talune pronunce, che avevano generato un contrasto, risolto dalle Sezioni Unite nel 2015[5] e poi ulteriormente affrontato dalle stesse Sezioni Unite nel 2024[6]. Tali sentenze, pur riguardando in via immediata il rapporto tra giudicato e revoca, hanno indirettamente affrontato anche il problema che oggi ci occupa, ossia quello del rapporto tra estinzione del reato e revoca.

In particolare, il primo orientamento, maturato dopo la citata riforma del 2001, limitava al massimo la nuova possibilità di revoca della sospensione condizionale della pena, che il legislatore aveva introdotto in relazione ai vizi genetici del provvedimento, e riconosceva, per contro, massimo rilievo al giudicato. Questo bilanciamento di interessi, più nel dettaglio, portava la Cassazione a ritenere che la revoca della sospensione condizionale, *ab origine* illegittimamente concessa, potesse essere disposta solo attraverso l'impugnazione della sentenza viziata (e, dunque, dal giudice della cognizione) e non anche in sede di esecuzione, stante l'insormontabile ostacolo dell'intangibilità del giudicato[7].

Il secondo orientamento, per contro, riteneva questa prima interpretazione inaccettabile, poiché sostanzialmente abrogante di quanto espressamente sancito dall'art. 674, comma 1°-*bis*, c.p.p. Questo secondo filone, anche sulla base della giurisprudenza costituzionale[8], riteneva, all'opposto, che il beneficio della sospensione condizionale della pena, concesso *ab ori-*

[4] Evidenziano tale carenza nella novella del 2001, tra gli altri, Martini, *Commento all'art. 1 l. 26 marzo 2001, n. 128*, cit., 383; Gatta-Ubiali, *sub* art. 168 c.p., in Dolcini-Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., I, 2021, 2365.

[5] Cass. pen., 23 aprile 2015, n. 37345, in *CED*. Si veda, sul contrasto, Corte di Cassazione, *Relazione del Massimario n. 62 del 28 ottobre 2015*, in *CED*.

[6] Cass. pen., 30 maggio 2024, n. 36460, in *Sist. Pen.*, 4 ottobre 2024.

[7] In questo senso, *ex plurimis*, Cass pen., 5 febbraio 2003, n. 11823; Cass. pen., 28 aprile 2004, n. 22639; Cass. pen., 28 ottobre 2009, n. 42661; Cass. pen., 8 ottobre 2013, n. 19936; tutte in *CED*.

[8] Cfr. Corte cost., 31 ottobre 2007, n. 363, la quale, confermando la legittimità costituzionale della possibilità di revoca della sospensione condizionale della pena illegittimamente concessa in sede di patteggiamento, aveva sostenuto come "la possibilità di revoca *in executivis* della sospensione condizionale debba intendersi limitata [...] alla sola ipotesi in cui l'elemento ostativo non fosse conoscibile nella fase di cognizione: mentre, in caso contrario – quando, cioè, il giudice della cognizione, pur potendo accorgersi dei precedenti ostativi, abbia egualmente concesso il beneficio a causa di una erronea valutazione – anche la nuova ipotesi di revoca dovrebbe conseguire alla proposizione degli ordinari mezzi di impugnazione", aggiungendo che "solo nella prospettiva dianzi indicata la norma non porrebbe problemi di violazione del giudicato – trasformando lo strumento censurato in un nuovo mezzo straordinario di impugnazione *contra reum*, svincolato da limiti temporali – poiché non si tratterebbe di rivedere una decisione erronea presa in sede di cognizione, ma soltanto di eliminare

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gine in assenza dei presupposti di legge, potesse essere revocato anche in fase esecutiva, ma ciò solamente quando l'elemento ostativo non fosse conoscibile dal giudice nella fase della cognizione. L'impugnazione, per contro, era da ritenere l'unico strumento qualora il giudice avesse erroneamente concesso il beneficio pur potendosi avvedere della sua non concedibilità. A ciò non si sarebbe opposto l'istituto del giudicato, poiché esso ha basi giuridico-positive che devono necessariamente fare i conti con l'art. 674, comma 1°-*bis* c.p.p. e, dunque, con la possibilità anche "tardiva" di revoca ivi prevista.

Nel 2015 le Sezioni Unite, con la sentenza citata, accolgono tendenzialmente quest'ultimo orientamento, restringendo peraltro ulteriormente i casi nei quali prevale la stabilità della decisione di merito non impugnata. In particolare, attraverso una motivazione di taglio squisitamente tecnico-processualistico, fondata sulla distinzione tra giudicato formale e giudicato sostanziale, la Cassazione ammette la possibilità, senza alcun limite di tempo, di revocare la sospensione condizionale della pena in tutti i casi in cui essa sia stata concessa in assenza dei presupposti di legge, con la sola (più limitata) esclusione di quelli nei quali nel fascicolo processuale siano presenti gli elementi ostativi che avrebbero dovuto condurre il giudice a non concedere il beneficio. In sostanza, non rileva nemmeno più l'astratta possibilità, da parte del giudice, di rendersi conto dei fattori ostativi compulsando fonti esterne: ogni volta in cui tali fattori non sono "materialmente" presenti nel fascicolo processuale, il beneficio illegittimamente irrogato può essere revocato in ogni tempo dal giudice dell'esecuzione[9].

Questo solco è, infine, approfondito nel 2024, quando le stesse Sezioni Unite, nella sentenza pure citata in precedenza, giungono a un'ulteriore, estrema destabilizzazione del giudicato. Stabiliscono, infatti, che la revoca della sospensione condizionale della pena possa intervenire, in fase esecutiva, non sono quando i giudici di merito non hanno avuto la possibilità di reperire nel fascicolo processuale gli elementi ostativi alla concessione della sospensione stessa, ma anche quando tali elementi, assenti in primo grado, erano poi comparsi in secondo grado, senza però che lo specifico punto di diritto relativo alla concessione della sospensione condizionale fosse stato devoluto con l'impugnazione al giudice d'appello[10].

All'interno di questo contrasto giurisprudenziale i giudici di legittimità non si occupano espressamente del problema del raccordo tra revoca ed estinzione del reato. È chiaro, peraltro, che implicitamente l'orientamento delle Sezioni Unite sembra deporre nel senso dell'esclusione della possibilità che il reato possa estinguersi, ai sensi dell'art. 167 c.p., in presenza di una sospensione condizionale della pena concessa illegittimamente, atteso che in tali casi la sentenza non diverrebbe mai definitiva e sarebbe perennemente soggetta alla possibilità di revoca del beneficio.

Il tentativo di rivitalizzare le funzioni politico-criminali di un istituto snaturato dalla prassi

L'istituto della sospensione condizionale della pena affonda le proprie radici nel *probation* anglosassone, ma subisce un'evidente trasfigurazione in ambito europeo continentale, ove diviene una semplice sospensione dell'esecuzione della condanna, seppure talvolta integrata da obblighi in capo al reo di contenuto riparatorio-rieducativo[11]. L'idea – come noto – è quella di sospendere l'esecuzione delle condanne a pene detentive brevi, ritenute criminogene[12], qualora il giudice formuli una prognosi di non recidivanza, e di estinguere in seguito radicalmente il reato, qualora il reo, durante il periodo di sospensione, si astenga dal commettere ulteriori reati e adempia alle prescrizioni imposte.

La dottrina ha da sempre evidenziato la "polifunzionalità della sospensione condizionale della pena", nella quale coesistono due funzioni principali: una "negativa", che mira a evitare l'esecuzione della pena, e una "positiva", che dovrebbe sfruttare la sospensione della pena quale strumento per perseguire in concreto le medesime finalità della sanzione penale[13]. Si assisterebbe, infatti, in questi casi a una situazione apparentemente paradossale, nella quale lo strumento della sospensione genera per il reo un trattamento "in concreto" più giusto rispetto a quello ritenuto giusto "in astratto" dal legislatore[14].

Naturalmente, non tutti gli scopi della pena potrebbero essere salvaguardati. Senza qui scendere nel dibattito relativo alla dignità di ciascuna delle funzioni tradizionalmente emerse in letteratura[15], appare, infatti, semplice rilevare come vengano sacrificate, più o meno incisivamente, dalla sospensione condizionale tanto la finalità retributiva, che cede innanzi alla scissione tra pena meritata e pena eseguita[16], quanto la finalità general-preventiva, che cade sotto il peso di una pena minacciata solo in linea astratta[17].

---

una violazione di legge commessa in presenza di una situazione oggettiva, non percepita né percepibile dal giudice della cognizione, ma divenuta conoscibile solo *ex post*".

[9] Cass. pen., 23 aprile 2015, n. 37345, cit.

[10] Cass. pen., 30 maggio 2024, n. 36460, cit.

[11] Sulle origini dell'istituto è sufficiente il rinvio a Gatta-Ubiali, *sub* art. 163 c.p., cit., 2271 e segg. e alle fonti ivi bibliografiche ivi citate.

[12] Sul punto, cfr. già Assumma, *La sospensione condizionale della pena*, Napoli, 1984, 169 e segg.

[13] Palazzo-Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, 5 e segg.

[14] Pulitanò, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, 117 e segg.

[15] Di recente, per un perspicuo affresco, Dolcini, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2021, 383 e segg.

[16] Vd. ancora Pulitanò, *La sospensione condizionale della pena*, cit., 118.

[17] Sui riflessi negatiti della sospensione rispetto alle finalità general-preventive della pena, cfr., per tutti, Giunta, voce "Sospensione condizionale della pena", in *Enc. Dir.*, XLIII, Milano, 1990, 93 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Sarebbero, per contro, perseguite concretamente, tramite la sospensione dell'esecuzione della condanna, le finalità della pena legate alla prevenzione speciale e, segnatamente, alla rieducazione. La scelta di sospendere la pena, in presenza di un illecito penale di non eccessiva gravità e di una prognosi positiva di non recidivanza, e di dichiarare infine estinto il reato, qualora il reo confermi la prognosi e adempia agli obblighi eventualmente stabiliti dal giudice, persegue, infatti, due evidenti finalità special-preventive, di matrice tanto negativa quanto positiva, che possono essere così sintetizzate: da un lato, attraverso la minaccia della revoca della sospensione, il legislatore spinge il reo a non delinquere ulteriormente; dall'altro lato, traccia un percorso rieducativo, scongiurando una pena detentiva breve e invitando il reo a condotte positive di matrice riparatoria[18].

Si genera, in questo modo, un circolo virtuoso, un legame a doppio filo tra le ragioni che presiedono alla previsione astratta della pena e quelle che accompagnano l'estinzione in concreto della punibilità. Tale legame – come ho avuto modo di approfondire in un recente lavoro monografico – dovrebbe sempre caratterizzare l'impostazione politico-criminale di un sistema coerente e affidabile, così da evitare di "disgiungere la base razionale delle scelte di punizione *ex ante* da quelle di impunità *ex post*"[19].

Il merito della sentenza annotata consiste nell'aver riportato a galla questa connessione, che, nel corso del tempo, la prassi giudiziaria aveva completamente fatto cadere nell'oblio, tanto in sede di *concessione* quanto in sede di *revoca* della sospensione condizionale della pena.

Da un lato, quanto alla *concessione*, è noto l'"uso incongruo che da sempre si è fatto della sospensione condizionale della pena"[20], accordata in maniera sostanzialmente incondizionata rispetto alle condanne di breve durata: un *bonus* per il reo, che evita di *subire* il carcere, ma anche per lo Stato, il quale, in una logica palesemente deflattiva, evita di *offrire* il carcere, "un *bene scarso* da amministrare pertanto con oculatezza"[21]. La sospensione condizionale della pena, applicata con eccessiva generosità e quasi sempre non accompagnata da obblighi positivi per il reo[22], ha prodotto evidenti scenari di "fuga dalla sanzione detentiva"[23], i quali, "disintegrando" la vicenda punitiva[24], hanno disintegrato anche la possibilità che essa perseguisse alcuno degli scopi che la punizione e la non-punizione dovrebbero avere.

Dall'altro lato, poi, quanto alla *revoca*, la giurisprudenza, con l'orientamento sopra ricordato che valorizza i predetti profili tecnico-processualistici in materia di giudicato, si è resa responsabile, questa volta attraverso un contrario atteggiamento di eccessiva severità, di un analogo disinteresse nei confronti delle funzioni della (non) punibilità. Concepire la possibilità che la revoca della sospensione condizionale, illegittimamente concessa *ab origine*, intervenga senza alcun limite di tempo e senza la possibilità che il reato si estingua, significa disinteressarsi completamente dei profili di prevenzione speciale e di rieducazione, che ben potrebbero, a quel punto, essere stati raggiunti, spingendo verso la necessità di evitare l'esecuzione della pena.

Quella imprescindibile connessione, purtroppo, è, in questo modo, attaccata su tutti i fronti.

Se la sospensione condizionale della pena viene concessa indiscriminatamente crolla ogni potere deterrente della sanzione e, con esso, gli obiettivi di prevenzione generale.

Se la sospensione stessa viene concessa senza la corretta effettuazione di una prognosi, crollano anche le finalità di prevenzione speciale, inevitabilmente connesse alle prospettive di non recidivanza.

Se la sospensione è priva di obblighi positivi per il reo, tende a spegnersi la finalità rieducativa, accentuata dall'imposizione di condotte di carattere latamente riparatorio.

Se, infine, la sospensione stessa, può essere revocata *sine die*, vengono parimenti messe in crisi le funzioni di prevenzione speciale (che si incrinano di fronte a un reo che può, nel frattempo, essere completamente cambiato) e quelle di rieducazione (che periscono di fronte all'incondizionata punizione di un reo che può avere già adempiuto a tutti obblighi e aver compiuto un perfetto percorso di rieducazione e reinserimento sociale).

Va detto, naturalmente, come la sentenza annotata intervenga solo su alcuni di questi profili e segnatamente su quelli legati al secondo dei poli tematici sopra enucleati, ossia quello relativo alla revoca della sospensione.

Quanto al primo versante di criticità (concernente la concessione del beneficio), esso resta inesorabilmente nelle mani del legislatore, a fronte di una prassi giurisprudenziale che non sembra mutata. Non sono, infatti, mai stati recepiti gli auspici della dottrina, la quale da sempre suggerisce alla giurisprudenza due

[18] Sul legame tra sospensione condizionale della pena e finalità special-preventive cfr., *ex plurimis*, Assumma, *La sospensione condizionale della pena*, cit., 200 e segg.; Vergine, voce "Sospensione condizionale della pena", in *Digesto Pen.*, XIII, Torino, 1997, 445; Padovani, *sub* art. 163 c.p., in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, II ed., Milano, 2011, 152 e segg.

[19] Fasani, *L'estinzione della punibilità*, Torino, 2024, 257.

[20] Martini, *La pena sospesa*, cit., 123.

[21] Paliero, *La riforma del sistema sanzionatorio: percorsi di metodologia comparata*, in *Arch. Pen.*, 1995, 4.

[22] Cfr. Marinucci-Dolcini-Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Milano, 2023, 880, i quali ricordano come, nel decennio 2011-2021, la sospensione condizionale della pena abbia interessato addirittura il 50% delle condanne a pena detentiva e, nel 97% dei casi, non sia stata accompagnata dalla previsione di obblighi positivi per il reo.

[23] Padovani, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, 69.

[24] Corda, *Legittimazione del diritto penale e crisi "performative" della penalità*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, 40.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

accorgimenti: da un lato, una migliore ponderazione nell'accordare il beneficio[25]; dall'altro lato, salvi casi particolari, un maggiore ricorso all'imposizione di obblighi positivi, che riempiano di significato la dimensione special-preventiva di questa fattispecie estintiva della punibilità[26]. Questi suggerimenti restano, ad oggi, ancora pienamente validi, da un lato poiché (come detto) inascoltati, dall'altro lato poiché le sanzioni sostitutive introdotte dalla cd. "Riforma Cartabia", di per loro finalmente non sospendibili[27], non hanno portato al superamento della sospensione condizionale della pena, ma ad essa si sono affiancate, secondo un meccanismo di sussidiarietà chiaramente delineato dall'art. 545-*bis c.p.p.*[28].

Come dicevo, invece, è sul secondo versante (quello relativo alla revoca del beneficio) che interviene, in modo condivisibile, la sentenza annotata. La Cassazione, infatti, nobilita le funzioni dell'estinzione della punibilità e le riporta al centro delle scelte in materia revoca o mantenimento del beneficio. Riconosce, così, che l'eventuale revoca non può intervenire una volta che si siano realizzati i presupposti di cui all'art. 167 c.p. e ciò poiché al fenomeno istintivo ivi previsto, incentrato sugli obiettivi politico-criminali sopra ricordati, deve essere attribuita prevalenza rispetto alle riflessioni, di natura squisitamente tecnica, in materia di giudicato.

Reati contro la p.a.

Cassazione penale, Sez. un., 15 maggio 2024 (ud. 29 febbraio 2024), n. 19357 – Pres. Cassano – Rel. Aprile – P.M. Viola (diff.) – Ric. V.M. *Annulla senza rinvio App. Roma, 17 marzo 2022.*

Amministrazione pubblica (delitti contro) – Traffico di influenze illecite – Contestuale abrogazione del millantato credito "corruttivo" di cui all'art. 346, 2° comma, c.p. ad opera della L. n. 3/2019 – Continuità normativa – Esclusione – Condotte già integranti gli estremi dell'abolito millantato credito corruttivo – Delitto di truffa – Configurabilità – Condizioni

*In tema di delitti contro la pubblica amministrazione, non sussiste continuità normativa tra il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis *c.p., come modificato dall'art. 1, 1° comma, lett. t), L. 9 gennaio 2019, n. 3, ed il reato di millantato credito "corruttivo" di cui all'art. 346, comma secondo, c.p., abrogato dall'art. 1, 1° comma, lett. s), L. n. 3 cit., le cui condotte potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa, in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito "corruttivo", purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice.*

Per il testo della sentenza v. *www.cortedicassazione.it.*

Millantato credito e traffico di influenze illecite dalle Sezioni unite alla legge Nordio: un tramonto parallelo?

Vincenzo Mongillo*

Le Sezioni unite hanno posto fine ai contrasti insorti, in seno alla VI Sezione, circa i rapporti tra il delitto di millantato credito c.d. ''corruttivo'' (2° comma dell'abrogato art. 346 c.p.) e quello di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), come riformato dalla L. n. 3/2019. La pronuncia, nel negare la continuità normativa tra le due fattispecie, smentisce il dichiarato intento del legislatore della ''spazzacorrotti'' di far confluire tutte le condotte prima punibili ai sensi dell'art. 346 c.p. nel nuovo ''reato-contratto'', ma appare rispettosa dei criteri consolidatisi nella giurisprudenza di legittimità in materia di diritto intertemporale e successione di leggi penali nel tempo. Tale decisione, unitamente ora alla L. n. 114/2024 che ha espunto dall'art. 346-*bis* il riferimento alle

[25] Cfr., *ex plurimis*, Palazzo-Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Torino, 2023, 579; Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Bologna, 2024, 855. Non può, tuttavia, essere dimenticato che, almeno in parte, la concessione indiscriminata della sospensione condizionale si fonda sull'estrema complessità dei giudizi prognostici (per i quali l'art. 164 c.p. invia all'art. 133 c.p.), sulla cui scientificità e attendibilità si è ampiamente discusso (sul punto cfr. Martini, *La pena sospesa*, cit., 206 e segg.).

[26] Pulitanò, *La sospensione condizionale della pena*, cit., 129 e segg.; Palazzo-Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena?*, cit., 140 e segg.

[27] Tra coloro che valutavano in modo critico la pregressa possibilità di sospendere le pene sostitutive previste dalla L. n. 689/1981, Grasso, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1981, 1446 e segg.; Palazzo, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1983, 836 e segg.; Dolcini-Paliero, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*, Milano, 1989, 281 e segg.

[28] Per approfondimenti sul rapporto tra "nuove" pene sostitutive e sospensione condizionale della pena, per tutti, Ubali, *L'esclusione della sospensione condizionale della pena*, in Gatta-Gialuz (diretto da), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, III, *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, Torino, 2024, 137 e segg. V. anche Corte di Cassazione, Ufficio Massimario, *Relazione su novità normativa. La "Riforma Cartabia"*, 2023, 197 e segg.

* Il contributo è stato sottoposto a referaggio interno.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

influenze solo ''vantate'', decreta di fatto la fine della millenaria figura della *venditio fumi*, con qualche problematico residuo di tipicità nel perimetro della truffa, la cui ipotesi base è, però, punita meno severamente ed è procedibile a querela.

La travagliata esperienza del traffico di influenze e la questione giuridica affrontata dalle Sezioni unite

L'innesto tra i delitti dei privati contro la pubblica amministrazione del traffico di influenze illecite (art. 346-*bis c.p.*) risale alla L. n. 190/2012. Allo stato, la disposizione è giunta alla terza formulazione, essendo stata di nuovo rimodellata, di recente, dalla L. 9 agosto 2024, n. 114, entrata in vigore il 25 agosto 2024 (di seguito, "legge Nordio", dal nome del ministro della Giustizia proponente).

Inizialmente, la fattispecie di nuovo conio si affiancò al millantato credito (art. 346 c.p.), già presente nella prima versione del codice penale del 1930 e che anzi poteva rivendicare una tradizione millenaria, essendo la *venditio fumi* nota e punita sin dal diritto romano imperiale[1].

La comparsa dell'inedito reato-contratto e l'iniziale convivenza con il millantato hanno generato, sin dall'origine, un forte disorientamento e numerosi contrasti giurisprudenziali, amplificati dalla novella legislativa di un lustro fa (L. n. 3/2019, c.d. "spazzacorrotti").

Tra le questioni più tormentate possiamo annoverare quella affrontata dalla pronuncia in commento, indotta dall'abrogazione, nel 2019, dell'art. 346 c.p. e dalla contestuale riformulazione estensiva del traffico di influenze illecite, tra l'altro mediante l'interpolazione delle espressioni "vantando" e "relazioni asserite", accanto all'originario "sfruttando relazioni esistenti", con tutte le possibili combinazioni intermedie[2].

Il legislatore mirava a un duplice obiettivo: semplificare il quadro normativo, anche attraverso la parificazione del trattamento punitivo della vendita di influenze, a prescindere dal carattere reale o puramente asserito della relazione privilegiata; assicurare la confluenza nell'art. 346-*bis* c.p. di entrambe le forme di millantato anteriormente previste dal 1° comma e dal 2° comma dell'art. 346[3], da sempre considerate sottofattispecie autonome dalla giurisprudenza[4]. Come, infatti, dichiarato nella *Relazione* illustrativa al disegno di legge genetico, "la riformulazione proposta all'art. 1, comma 1, lettera p) [...] prescinde dalla esistenza di un reale rapporto di influenza tra il mediatore e il pubblico agente e dall'eventuale "inganno" di una parte a danno dell'altra, rendendo punibile l'acquirente di influenza anche in quest'ultimo caso"[5].

Tuttavia, le modalità prescelte per raggiungere questa meta si sono rivelate di pessima caratura tecnica, in quanto incuranti delle possibili conseguenze sul piano "successorio", che invece dovrebbero rappresentare l'*incipit* metodologico di ogni riforma penale accorta e ben ponderata. Con una evidente eterogenesi dei fini, l'esito è stato, dunque, una ridda di dubbi e incertezze interpretative, culminata nell'incredibile numero di decisioni discordanti della VI sezione della Cassazione[6], che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni unite[7] sulla questione di diritto intertemporale rimessa dalla II Sezione[8]: "Se sussista continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui

---

[1] Cfr. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale ossia esposizione dei delitti in specie*, IV ed., V, Lucca, 1881, 174. *Fumo periit, qui fumos vendidit* fu la frase pronunciata dal precone al momento della cruenta punizione inflitta dall'imperatore romano Alessandro Severo a un "venditore di fumo" dell'epoca (un certo Vetronio Turino), che morì soffocato dal fumo prodotto dall'accensione delle foglie e della legna umida che lo tenevano legato: riferimenti – sotto il codice penale Zanardelli – in G. Crivellari, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, VI, Torino, 1895, 315. In tema, nella letteratura più recente, F. Consulich, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C.F. Grosso-M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2015, 617 e segg.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360*, IV ed. Milano, 2015, sub *art. 346 c.p.*; S. Seminara, sub *art. 346 c.p.*, in G. Forti-S. Seminara-G. Zuccalà (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2017, 1130 e segg.; M. Pelissero, in R. Bartoli-M. Pelissero-S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, II ed., Torino, 2022, 538 e segg.; V. Manes, *I delitti contro la pubblica amministrazione,* in S. Canestrari *et al.*, *Diritto penale. Percorso di parte speciale*, Torino, 2023, 155 e segg.; G. Marconi, *Traffico di influenze e millantato credito*, in M. Catenacci (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 2022, 300 e segg.

[2] Sulle quali, in dettaglio, sia consentito il rinvio a V. Mongillo, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano dopo la legge "spazzacorrotti": questioni interpretative e persistenti necessità di riforma*, in S. Giavazzi-V. Mongillo-P.L. Petrillo (a cura di), Lobbying *e traffico di influenze illecite. Regolamentazione amministrativa e diritto penale*, Torino, 2019, 265 e segg.

[3] Nel senso che la versione 2019 del delitto di traffico rendesse punibile l'acquirente di influenza pure in presenza di semplice millanteria, cfr. anche N.M. Maiello, *L'abrogazione del millantato credito e la riformulazione del traffico di influenze illecite: barlumi di ragionevolezza nel buio della riforma*, in *Arch. Pen*., 2019, 13; da ultimo, A. Manna, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.: note critiche*, in *Sist. Pen*., 6 agosto 2024.

[4] Cfr. Cass. pen., Sez. un., 2 aprile 2010, n. 12822, rv. 246270.

[5] *Relazione* al disegno di legge poi divenuto L. n. 3/2019, 16.

[6] Nel senso della continuità tra entrambe le ipotesi delineate dal vecchio art. 346 c.p. e il traffico di influenze illecite, v. Cass. pen., Sez. VI, 30 aprile 2019, n. 17980, N., rv. 275730-01; Id., 18 dicembre 2019, n. 51124, D., rv. 277569-01; Id., Sez. VI, 18 gennaio 2021, n. 1869, G., rv. 280348-01 (che ha considerato irrilevante la mancata riproposizione della dizione "pretesto" contenuta nell'art. 346, 2° comma, c.p.); Id., 16 gennaio 2020, n. 1659, M., inedita; Id., 29 aprile 2021, n. 16467, Z., inedita; Id., 4 giugno 2021, n. 22101, T., inedita; Cass. pen., Sez. I, 17 giugno 2021, n. 23877, A., rv. 281614-01; Cass. pen., Sez. VI, 27 giugno 2021, n. 35581, G., rv. 281996-01; Id., 12 luglio 2021, n. 26437, C., rv. 281583-01; Id., 27 maggio 2022, n. 20935, C., rv. 283270-01; Id., 5 settembre 2022, n. 32574, L., rv. 283724-01. Invece, nel senso della discontinuità tra art. 346, 2° comma, c.p. e 346-*bis* c.p. e, viceversa, della continuità con l'art. 640, 1° comma, c.p.: Cass. pen., Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 5221, I., rv. 278451-01; Id., 22 luglio 2021, n. 28657, L., rv. 281980-01; Id., 15 giugno 2022, n. 23407, F., rv. 283348-01; Id., 30 dicembre 2022, n. 49657, M., inedita; Id., 16 marzo 2023, n. 11342, R., rv. 284567; Id., 28 novembre 2023, n. 47671, inedita.

[7] Cass. pen., Sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357, M., rv. 286304-01.

[8] Cass. pen., Sez. II, ord. 19 luglio 2023, n. 31478.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

all'art. 346, secondo comma, cod. pen. – abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n. 3 – e il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. t) della citata legge".

Il nodo da sciogliere era reso ancora più delicato dalla punibilità bilaterale e paritaria che caratterizza il tipo penale del traffico di influenze, diversamente dalla struttura monosoggettiva del vecchio millantato credito. Al riguardo, aleggiava sullo sfondo – limitatamente, com'è ovvio, alle condotte commesse dopo l'entrata in vigore della revisione legislativa (art. 2, 1° comma, c.p.) – un'implicazione dirompente, vale a dire l'eventuale comunicazione della punibilità al soggetto passivo di una condotta fraudolenta, quindi all'ignara vittima dell'inganno, a scapito dei principi di materialità, diritto penale del fatto e offensività[9].

L'esclusione della continuità normativa tra millantato credito "corruttivo" e traffico di influenze

Il caso giunto alle Sezioni unite riguardava un detenuto che, in concorso con un agente di polizia penitenziaria non identificato, si era fatto consegnare una somma di denaro (3.000 euro) da un compagno di cella presso la Casa circondariale di Frosinone, per evitare il trasferimento, prospettato come imminente, presso un diverso istituto penitenziario della Sardegna. Da questa stringata descrizione, ricavabile dalla sentenza in commento, traspare l'evanescenza del provvedimento sfavorevole ventilato dall'imputato, così come l'assenza di qualsiasi riferimento a un credito vantato presso un pubblico agente (rimasto ignoto) su cui far leva. La vicenda, a ben vedere, sembrava incasellabile – più che nel vecchio millantato credito "corruttivo" o nella sopravvenuta macro-fattispecie di traffico di influenze – nella truffa aggravata dall'aver ingenerato nella persona offesa "il timore di un pericolo immaginario" (art. 640, 2° comma, n. 2, prima parte, c.p.), ipotesi procedibile d'ufficio, diversamente dalla figura base di truffa. Nella trama argomentativa della sentenza in esame questo inquadramento non è stato preso in considerazione, evidentemente per carenza degli elementi a supporto nel provvedimento impugnato[10]. Invece, i fatti, risalenti al 2017, furono inizialmente collocati nel perimetro dell'induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.). La condanna dell'imputato, sia in primo che in secondo grado, venne però annullata con rinvio dalla Cassazione, a causa della mancanza di prove sufficienti per dimostrare l'abuso induttivo e l'esistenza di un accordo tra la persona indotta e il presunto induttore, il quale non era stato nemmeno identificato. Da ciò si è giunti alla riqualificazione del reato come traffico di influenze illecite, nel quale, secondo l'indirizzo giurisprudenziale che allora sembrava potesse radicarsi, sarebbero incluse anche condotte prima rilevanti ai sensi dell'art. 346, 2° comma, c.p.

Tuttavia, il successivo profluvio di decisioni discordanti circa questo problema di diritto intertemporale ha richiesto l'intervento chiarificatore del giudice della nomofilachia nella sua più autorevole composizione.

Le Sezioni unite[11] hanno, così, posto fine alla diatriba con una decisione che smentisce seccamente l'idea, come detto veicolata dal legislatore, dell'unificazione per incorporazione, all'interno dell'art. 346-*bis* c.p., di tutte le condotte prima punite dall'art. 346 c.p. Questo effetto di inglobamento (*abrogatio sine abolitione*) è stato negato con specifico riferimento alle ipotesi di cui al 2° comma dell'art. 346, che concerneva i casi in cui il sedicente mediatore ottiene dalla controparte la promessa o la dazione di denaro o altra utilità con il "pretesto" di comprare il favore di un pubblico ufficiale o di un impiegato che presti un pubblico servizio. La pronuncia sul punto è stata, dunque, netta: non sussiste alcuna relazione di successione meramente modificatrice[12], e dunque continuità normativa, tra il millantato "corruttivo" abrogato e la fattispecie di traffico di influenze illecite rimodulata dalla stessa L. n. 3/2019.

Sotto questo profilo, a nostro avviso, le Sezioni unite hanno fatto coerente applicazione al caso esaminato dei principi affermati nei precedenti più significativi, a partire dalla sentenza *Rizzoli* del 2009[13], secondo cui, per accertare se le tipologie di fatti comprese in una

[9] Nella versione 2019 del traffico di influenze illecite, il delta delle soluzioni ipotizzabili per escludere la punibilità *ex* art. 346-*bis*, 2° comma, c.p. di un soggetto ingannato e colpire solo l'artefice della condotta fraudolenta ai sensi del 1° comma avrebbe potuto includere – ragionando in astratto – anche un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto dei principi di "fattualità" e offensività del reato. Tuttavia, tale opzione non si è mai affacciata nella giurisprudenza, sospesa tra i due poli antitetici della piena continuità e dell'assoluta discontinuità. Al di là dell'intrinseca struttura "retroflessa" (in quanto rivolta a fatti passati) delle dispute su questioni di diritto intertemporale, ha forse prevalso una cautela formalistica, che ha distolto il giudice dall'immaginare *pro futuro* una "manipolazione" riduttiva del significato letterale del 2° comma dell'art. 346-*bis* c.p. D'altro canto, preso atto della *voluntas legislatoris*, la strada più ortodossa sarebbe forse stata la proposizione dinanzi alla Consulta – alla prima vicenda giudiziaria tale da renderla rilevante – di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 346-*bis*, 2° comma, c.p., al metro degli artt. 3, 13 e 25, 2° comma, Cost., nella parte in cui potenzialmente prevedeva la punizione (anche) del privato vittima di un inganno.

[10] Si tenga conto, al riguardo, che, secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, una aggravante può essere ritenuta in sentenza dal giudice solo se legittimamente contestata, il che implica l'esposizione nel capo d'imputazione: cfr. Cass. pen., Sez. un., 4 giugno 2019, n. 24906, rv. 275436-01; Cass. pen., Sez. V, 7 giugno 2022, n. 22120, rv. 283218-01.

[11] Cass. pen., Sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357, cit.

[12] Sulla distinzione tra successione di leggi penali nel tempo *in senso stretto* (art. 2, 4° comma, c.p.) e successione *in senso ampio*, comprensiva quest'ultima dell'*abolitio criminis* di cui all'art. 2, 2° comma, c.p., cfr. A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2023, 141.

[13] Cass. pen., Sez. un., 12 giugno 2009, n. 24468, R., rv. 243587-01. Prima di questa pronuncia, v., soprattutto, Cass. pen., Sez. un., 16 giugno 2003, n. 25887, G., rv. 224608-01; Cass. pen., Sez. un., 17 luglio 2001, n. 29023, A., rv. 219223-01 e 219224-01; successivamente, Cass. pen., Sez. un., 14 marzo

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

disposizione incriminatrice abrogata siano riconducibili ad altra disposizione generale preesistente, è necessario procedere al confronto strutturale tra le due fattispecie astratte[14], integrato, all'occorrenza e in subordine, da una valutazione dei beni giuridici rispettivamente tutelati[15].

La pronuncia in esame pone ancora più risolutamente l'accento sul rapporto strutturale, allineandosi agli indirizzi delle Sezioni unite *post Rizzoli*[16], con cui sono divenuti definitivamente recessivi i parametri sostanzialistici tesi a valorizzare il bene giuridico tutelato o le modalità dell'offesa, così come il criterio di consunzione: "per poter definire l'ambito di applicabilità del principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., l'unico criterio utilizzabile è quello che si fonda sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie poste a confronto, perché è il solo affidabile per rilevare l'eventuale esistenza di una relazione unilaterale di *genus* a *species*: non essendo valorizzabili altri criteri, quale quello della consunzione o quello dell'assorbimento, perché privi di agganci normativi e di basi ricostruttive certe, dunque incompatibili con il principio di legalità".

Proprio partendo dall'essenziale raffronto strutturale-letterale, uno degli argomenti dirimenti sollevati dalla Cassazione per affermare la discontinuità normativa ha riguardato le discrasie tra la nozione di "millanteria" – reputata più flessibile e capace di attrarre nel suo recinto semantico persino "l'accentuazione di un dato reale" – e quella di "pretesto", che per forza di cose racchiude una frode, testualmente non sovrapponibile all'espressione "vanto di relazioni asserite" contenuta nel previgente art. 346-*bis* c.p. Ha osservato al riguardo la Corte: "È ragionevole, pertanto, ribadire che il legislatore del 2019, inserendo nell'art. 346-*bis* cod. pen. la formula "vantando relazioni [...] asserite", senza riproporre il sintagma "col pretesto" presente nella figura del millantato credito c.d. "corruttivo", abbia voluto far riferimento non alla ipotesi del soggetto tratto in inganno dal mediatore (che resta, in tal modo, espunta dall'ambito del penalmente rilevante, a norma dell'art. 2, 2° comma, c.p.), ma a quella di colui che partecipa a pieno titolo ad una intesa criminosa".

In aggiunta, la Cassazione ha posto l'accento sulla differente posizione dell'istigatore iniziale, che si lega alla diversa dimensione soggettiva dei reati: unilaterale il millantato credito, plurisoggettivo il traffico di influenze, il quale prevede per giunta il medesimo trattamento sanzionatorio per entrambi i coautori, a differenza, ad esempio, dell'induzione indebita *ex* art. 319-*quater* c.p. Sotto questo profilo, punire la vittima di un inganno, per quanto la sua intenzione possa apparire biasimevole, minerebbe i detti principi di materialità e di offensività.

Lo spazio applicativo residuale del delitto di truffa e la negazione della sua "automatica riespansione"

Secondo la Cassazione, l'esito di *abolitio criminis* delle condotte prima punibili ai sensi dell'art. 346, 2° comma, c.p. trova conferma anche nei rapporti col delitto di truffa, in quanto "l'assenza di una relazione di specialità unilaterale tra le due considerate disposizioni incriminatrici impedisce di ravvisare gli estremi di quella continuità normativa che, ai sensi dell'art. 2, co. 4 c.p., consentirebbe al giudice di riqualificare i fatti, già integranti gli estremi di una fattispecie incriminatrice speciale oramai abolita, ai sensi di altra norma generale preesistente e tornata ad essere applicabile". Pertanto, "va negata una 'automatica' riespansione applicativa dell'art. 640 c.p.".

La Suprema Corte non ha potuto fare a meno di riconoscere che anche tra millantato credito e truffa non sussiste una relazione strutturale di genere a specie, potendosi al più ravvisare una specialità bilaterale[17] per reciproca "specificazione" di taluni elementi e "aggiunta" di altri. In particolare, la fattispecie prevista dall'art. 640 c.p., diversamente da ambo le ipotesi di millantato un tempo punite dall'art. 346 c.p., richiede l'induzione in errore e l'evento finale di profitto ingiusto e relativo danno (elementi aggiuntivi); invece, il millantato "corruttivo" configurava una peculiare tipologia di raggiro ("pretesto"), vale a dire la prospettazione ingannevole di ricevere l'utilità (o la

2014, n. 12228, M., rv. 258471. Sul criterio del rapporto strutturale tra le due fattispecie della cui successione si discute, nella manualistica, v. D. Pulitanò, *Diritto penale*, IX ed., Torino, 2021, 545 e segg.; F. Palazzo-R. Bartoli, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Torino, 2023, 156 e seg.; T. Padovani, *Diritto penale*, XIII ed., Milano, 2023, 49; F. Mantovani-G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Padova, 2023, 85; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, 98; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XII ed., Milano, 2023, 149 e segg., 162 e segg.

[14] "Da compiere con una esegesi letterale e logico-sistematica dei modelli astratti di reato in avvicendamento cronologico", si precisa nella sentenza in commento.

[15] Nella sentenza *Rizzoli* si era sostenuto che quando il confronto strutturale non evidenzia continuità normativa tra la fattispecie incriminatrice abrogata e quella o quelle che, già contenute nella prima per assorbimento, riacquistano una loro autonomia, "è opportuno integrare il criterio-guida del confronto strutturale con apporti valutativi di conferma, onde cogliere la reale *intentio legis*. L'individuazione del bene giuridico protetto, infatti, è idonea ad evidenziare aspetti formalmente non espliciti della stessa struttura del reato". Nella manualistica, a favore del ricorso anche ai criteri di natura valutativa, in quanto capaci di "illuminare i profili politico-criminali del fenomeno successorio, al fine di confermare o meno gli esiti dell'applicazione dei criteri strutturali", v. C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Torino, 2023, 122.

[16] Cfr., soprattutto, Cass. pen., Sez. un., 23 febbraio 2017, n. 20664, S., rv. 269668-01, in materia di concorso apparente di norme.

[17] Coglie un "rapporto di specialità bilaterale" anche M. Pelissero, in R. Bartoli-M. Pelissero-S. Seminara, *Diritto penale*, cit., 539. Giova ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, la specialità che assume rilievo sul piano dei fenomeni successori è solo quella unilaterale: da ultimo, Cass. pen., Sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357, cit.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sua promessa) come prezzo di una possibile corruzione (elemento speciale), e annetteva rilievo, ai fini della consumazione, anche alla promessa (elemento aggiuntivo) di una generica utilità, eventualmente priva di rifrazione patrimoniale (elemento generale rispetto all'atto di disposizione pregiudizievole per il patrimonio della vittima, precipuamente richiesto dalla truffa)[18].

Riassumendo: la truffa consumata richiede, a differenza del millantato credito in tutte le sue forme, l'intera sequenza causale che dall'artificio o raggiro approda all'evento finale di ingiusto profitto con altrui danno, passando per l'induzione in errore e l'atto di disposizione patrimoniale del *deceptus*.

Pertanto, come ammesso anche dalla Corte regolatrice nel suo più autorevole consesso, a profilarsi è un mero *rapporto di interferenza* applicativa tra le due fattispecie in avvicendamento cronologico (*rectius* tra alcune classi di fatti sussumibili in entrambe), certamente eterogenee in base a un raffronto di matrice logico-formale[19]. Ha aggiunto, sul punto, la Cassazione, in linea con il suo quasi granitico orientamento, che queste situazioni di specialità reciproca o interferenziale "non rientrano nella sfera di operatività della regola dettata dall'art. 15 cod. pen."[20]. Peraltro, il detto sfasamento strutturale è confermato, nel caso di specie, dallo stesso criterio valoriale, benché ritenuto meno pregnante dalla giurisprudenza di legittimità: da un lato, il prestigio della p.a., secondo la classica lettura dell'art. 346 c.p., e dall'altro il patrimonio del soggetto passivo della condotta decettiva.

Quanto precede non esclude – ha soggiunto la Cassazione – che "le condotte, già integranti gli estremi dell'abolito reato di cui all'art. 346, co. 2, c.p., potevano, e tuttora possono, configurare gli estremi del reato di truffa (in passato astrattamente concorrente con quello di millantato credito corruttivo), purché siano formalmente contestati e accertati in fatto tutti gli elementi costitutivi della relativa diversa fattispecie incriminatrice".

Sotto questo profilo, v'era un altro snodo argomentativo meritevole di attenzione nella sentenza *Rizzoli* del 2009, con cui le Sezioni unite del 2024 non avranno mancato di confrontarsi. A corredo dell'affermato rilievo preminente del criterio strutturale nelle vicende di diritto intertemporale, si era allora precisato che pure nelle evenienze in cui non risulti applicabile l'art. 2, 4° comma, c.p., per carenza di un rapporto strutturale di genere a specie tra fattispecie, potrebbero "riespandersi altre norme preesistenti, poste a presidio di ipotesi di reato strutturalmente diverse da quella abrogata", e quindi trovare applicazione – per mano del giudice della cognizione[21] – anche ai fatti pregressi, purché "ricorrano i relativi presupposti di completa contestazione e di accertamento, sul piano probatorio, della ricorrenza di tutti i necessari elementi di fatto"[22].

Ovviamente, la riconosciuta *abolitio criminis* del millantato credito *ex* 2° comma dell'art. 346 c.p. consente, *sic et simpliciter*, la revoca delle sentenze di condanna o patteggiamento passate in giudicato *ex* art. 673 c.p.p.

Per quanto riguarda, invece, i *procedimenti pendenti* per fatti originariamente contestati a titolo di millantato corruttivo, la Suprema Corte, come detto, ha insistito da un lato sull'impossibilità di una "automatica applicazione «in via espansiva» della norma riguardante la truffa", ma dall'altro non ha inteso escludere la configurabilità di quest'ultimo delitto, in presenza di formale contestazione e accertamento anche degli elementi specializzanti ad esso riconducibili. Questo limitato disallineamento espositivo, concernente l'eventuale "riespansione" di fattispecie pregresse, può trovare spiegazione mediante un'attenta lettura del passaggio motivazionale, sopra riportato, delle Sezioni unite *Rizzoli*, il quale, a ben vedere, riguardava situazioni in cui il "confronto strutturale non evidenzia continuità normativa tra la fattispecie incriminatrice abrogata e quella o quelle che, già contenute nella prima *per assorbimento*, riacquistano una loro autonomia" (corsivo nostro)[23].

---

[18] Ci eravamo espressi in questo senso prima del deposito delle motivazioni, quando ancora non era nota la posizione delle Sez. un. circa i rapporti tra millantato credito corruttivo e truffa: cfr. V. Mongillo, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2024, n. 1, 175 e segg.

[19] Sulle differenze tra successione di fattispecie in rapporto di specialità e mero avvicendarsi di norme interferenti, resta fondamentale T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p.*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1982, 1354 e segg., 1374 e segg. Con riferimento alla dimensione sincronica del concorso di norme e di reati, sulla distinzione tra specialità bilaterale in senso stretto (o per specificazione reciproca) e specialità bilaterale per aggiunta, cfr. il classico saggio di G.A. De Francesco, *"Lex specialis". Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Milano, 1980, 60 e segg.

[20] In dottrina, argomenta, "in via del tutto eccezionale", un problematico ricorso al criterio di valore, facente leva sul principio di assorbimento, per sostenere che le millanterie corruttive antecedenti al 2019 siano riqualificabili come truffa, G. Ponteprino, *Cronaca di un finale annunciato. In attesa dell'ennesima riforma le Sezioni unite restringono i margini applicativi dell'art. 346-bis c.p.*, 2024, n. 7, 884. Nella giurisprudenza più recente, adotta il criterio della specialità reciproca allo scopo di individuare un concorso apparente di norme, ai fini del riparto di giurisdizioni tra giudice militare e ordinario, Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2024, n. 18355.

[21] Come precisa la sentenza *Rizzoli*, "una volta intervenuto il giudicato, opera la preclusione di cui all'art. 649 c.p.p.". Sulle differenze gnoseologiche tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione, sul tema che ci occupa, cfr. M. Scoletta, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e* abolitio criminis*: chiaroscuri dalle Sezioni unite*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 193 e seg.

[22] Cass. pen., Sez. un., 12 giugno 2009, n. 24468, cit., par. 6b. In argomento, in generale, nella dottrina, G.L. Gatta, Abolitio criminis *e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Milano, 2008, 162 e segg.

[23] Come nel caso della bancarotta impropria nell'amministrazione controllata, scandagliata nel procedimento *Rizzoli*, che – quale reato complesso – comprendeva le ipotesi strutturalmente eterogenee dell'appropriazione indebita e delle false comunicazioni sociali.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Nella materia che ci occupa, infatti, solo un indirizzo del tutto minoritario della giurisprudenza, sia pure avallato da un cospicuo settore dottrinale, intravedeva nella struttura delle fattispecie di cui all'art. 346 c.p., o almeno in quella di cui al 2° comma, una figura particolare e assorbente di truffa. Invece, nella tradizionale e dominante visione giurisprudenziale entrambe le sottofattispecie prima previste dall'art. 346 c.p. erano strutturalmente non sovrapponibili alla truffa e, sul piano assiologico, irriducibili a una dimensione eminentemente patrimoniale. Se ne può trarre conferma proprio dalle pronunce richiamate dal filone giurisprudenziale che – prima del pronunciamento delle Sezioni unite – avevano tentato di avallare, con dovizia di argomenti, la continuità normativa tra la fattispecie di cui all'art. 346, 2° comma, c.p. e la truffa *ex* art. 640, 1° comma, c.p. Furono, infatti, menzionate le sentenze che ammettevano il concorso fra millantato e truffa solo quando alla vanteria o al pretesto si aggiungesse "altro", cioè una diversa ed ulteriore attività decettiva, atteso che, diversamente, l'unico reato configurabile era quello di cui all'art. 346, 2° comma, c.p. Anche questi rimandi, però, suffragano la tesi secondo cui, per la giurisprudenza assolutamente prevalente, il millantato credito non costituiva una fattispecie speciale rispetto alla truffa (principio logico-formale di specialità *ex* art. 15 c.p.) e nemmeno in grado di contenerla secondo il principio valoriale di consunzione. In quest'ordine di idee, come ora hanno ben ricordato le Sezioni unite, "il rapporto tra le norme rispettivamente previste dagli artt. 346, secondo comma, e 640 cod. pen., dunque poteva dar luogo solo ad un concorso formale eterogeneo di reati, laddove la condotta accertata avesse realizzato contemporaneamente gli elementi riconducibili ad entrambe le fattispecie incriminatrici, qualificate da disomogeneità strutturale". Così opinando, la truffa poteva sì concorrere idealmente con l'eterogeneo reato di millantato, ma sulla base di presupposti fattuali aggiuntivi e differenti, vale a dire quando al raggiro consistente nel ricorso a vanterie di ingerenze o pressioni presso pubblici ufficiali si fosse accompagnata un'ulteriore attività ingannatoria, da cui derivasse l'induzione in errore del soggetto passivo e l'ottenimento di un atto di disposizione patrimoniale ingiustamente profittevole con altrui danno[24].

Ricostruito in questi termini il pregresso assetto normativo-applicativo, non sarebbe stato rispettoso di canoni di *deontologia ermeneutica* – o se si preferisce di onestà intellettuale del giudice – capovolgere gli assiomi alla base di indirizzi rigoristici un tempo egemoni, per legittimare *ex post* conseguenze nuovamente sfavorevoli per l'imputato, questa volta sul piano della successione di leggi penali.

Di conseguenza, pur non potendosi escludere la configurabilità del delitto di truffa in vicende inquadrate nel millantato credito prima della sua abolizione, minime esigenze di garanzia della legalità (*sub specie* d'irretroattività, che osta anche al ricorso alla mediazione del "fatto in concreto") e della prevedibilità della decisione giudiziale, oltre che di salvaguardia del contraddittorio e dei diritti di difesa dell'imputato in ambito processuale, precludono una condanna *ex* art. 640 c.p. in mancanza di contestazione e accertamento di questo ulteriore delitto (invero più "nuovo" che "diverso", in contesto processuale) nelle forme del codice di rito[25].

Su queste basi, la sorte dei procedimenti in corso per fatti originariamente contestati (solo) a titolo di millantato credito corruttivo sarà pressoché invariabilmente segnata, vuoi per la carenza della condizione di procedibilità della querela, di norma richiesta per la truffa, vuoi per l'inverosimile previa contestazione di tutti gli elementi costitutivi del delitto *ex* art. 640 c.p. (semplice o aggravato[26]). Avvalora questa impressione anche l'esito decisorio nel caso *Mazzarella*, qui esaminato: annullamento senza rinvio.

L'epilogo giurisprudenziale del 2024 è palesemente dissonante con l'intento del legislatore del 2019. Tuttavia, una tecnica legislativa gravemente deficitaria è all'origine di questa sciarada dei ruoli tra legislatore e giudice, sicché l'esito abolitivo *praeter intentionem* non ci pare possa essere messo sul conto di una magistratura decisa a rendere il doveroso tributo ai vincoli costituzionali e – *sub specie* di legalità-tassatività del precetto – alla *littera legis* (criterio ermeneutico primario, anche alla luce dell'art. 12 delle preleggi, come opportunamente ricordato dalla Corte).

Per evitare il risultato inatteso, sarebbe bastato aggiungere, in occasione della novella del 2019, un inciso al 2° comma dell'art. 346-*bis* c.p., al fine di chiarire che l'attrazione nelle spire della punibilità di chi dà o promette l'utilità indebita non avrebbe dovuto riguardare in nessun caso l'ingenuo acquirente ingannato dalla prospettazione di una relazione (o meglio: di una capacità di influenza[27]) del tutto inesistente o

---

[24] Cfr., tra le tante, Cass. pen., Sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 9961, rv. 269439-01; Id., 28 febbraio 2017, n. 9960, rv. 269755; Id., 2 marzo 2015, n. 8994, rv. 262627; Id., 14 novembre 2013, n. 45899, rv. 257463-01; Id., 28 aprile 2004, n. 19647, rv. 229547-01; Id., 24 novembre 1998, n. 13657; Id., 7 novembre 1997, n. 547.

[25] In tema, v., nell'elaborazione dottrinale, M. Scoletta, *L'abolitio criminis "parziale" tra vincoli costituzionali e aporie processuali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, III, Piacenza, 2010, 569 e segg., secondo cui, quando gli elementi specializzanti/aggiuntivi descrivono un "fatto nuovo", è impossibile modificare l'imputazione e continuare il processo alla luce della fattispecie riformulata.

[26] Sulla necessità di un'esplicita esposizione nel capo di imputazione anche di circostanze aggravanti (profilo rilevante con riferimento alle ipotesi di truffa procedibile d'ufficio), cfr. Cass. Pen., Sez. un., 4 giugno 2019, n. 24906, rv. 275436-01; Cass. Pen., Sez. V, 7 giugno 2022, n. 22120, rv. 283218-01.

[27] Invero, la giurisprudenza tende a interpretare anche il concetto di "relazioni esistenti" nel significato di un rapporto con il soggetto qualificato dotato di una certa consistenza e così in grado di assicurare "una qualche capacità di condizionare o, comunque, di orientare la condotta del pubblico ufficiale": ad es. Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 2017, rv. 271730-01. Cfr., sul punto, tra i tanti, C. Cucinotta, *Sul concetto di influenza illecita*, in *Giur. It.*, 2018, 1051 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dal pretesto di dover comprare o remunerare il favore di un pubblico agente[28]. In questo modo, sarebbe rimasto punibile, ai sensi dell'art. 346-*bis*, 1° comma, c.p., il solo autore della condotta decettiva, l'unica lesiva quanto meno della fiducia della collettività nell'integrità dell'agire amministrativo e nell'adempimento delle funzioni pubbliche con disciplina ed onore (art. 54, 2° comma, Cost.), nozioni più in sintonia con i valori di una democrazia costituzionale dell'ormai vetusto "prestigio" della pubblica amministrazione.

I problemi applicativi residui

In un quadro venato da così tante ombre e incrinature, non sorprende che pure la condivisibile e stilisticamente lodevole pronuncia delle Sezioni unite abbia aperto nuovi fronti di incoerenza sistematica ed applicativa.

Il primo è già stato evocato: la perseguibilità del reato di truffa, all'infuori di alcune ipotesi aggravate, richiede la querela, a differenza del vecchio millantato credito e del traffico di influenze vigente.

In secondo luogo, l'approdo raggiunto dal giudice della nomofilachia circa i rapporti tra il 2° comma dell'art. 346 c.p. e l'art. 346-*bis* c.p., nonché a cascata quelli con il delitto di truffa, avrebbe dovuto per coerenza essere esteso anche alla sottofattispecie di cui al primo comma dell'art. 346 c.p., un profilo su cui la giurisprudenza degli ultimi anni ha però glissato[29]. Infatti, al di là della spiccata connotazione ingannatoria del termine "pretesto" di cui al 2° comma, anche il millantato "generico" forgiava una figura di reato fondata su un raggiro, un mendacio tipico della truffa, solamente caratterizzato in modo peculiare, vale a dire nel senso di far credere di avere aderenze, accessi privilegiati, capacità di esercitare ingerenze e pressioni presso un soggetto pubblico asseritamente infedele. Come osservato anche da Pedrazzi in un celebre saggio, "se il pretesto del capoverso [dell'art. 346 c.p.] non si può concepire senza un substrato di inganno, è difficile ammettere che la millanteria del primo comma ne possa prescindere [...]: un'affinità di fondo deve pur sussistere se le due fattispecie sono riunite nel medesimo articolo di legge"[30].

Ebbene, quale detrimento – anche solo potenziale – potrebbero subire, in tutte queste contingenze, gli interessi pubblicistici di rilievo costituzionale del buon andamento o dell'imparzialità dell'agire amministrativo?

Inoltre, con l'apparizione nel 2012 del delitto di traffico di influenze illecite, imperniato sullo sfruttamento di relazioni effettive, pareva ancora più ostico, sul piano logico, sostenere che il raggio operativo del millantato, eliminato nel 2019, includesse condotte atte a rappresentare un'idonea minaccia per siffatti beni fondamentali della p.a. Dunque, è la prospettazione decettiva a circoscrivere la casistica della cui persistente rilevanza penale si sarebbe dovuto discutere a seguito dell'abrogazione del delitto di millantato nel 2019.

Il sigillo della legge Nordio: l'espunzione delle relazioni "asserite" e delle influenze "supposte"

Da ultimo, la legge Nordio ha superato questi nodi residui con un colpo d'accetta, vale a dire rimuovendo dall'art. 346-*bis* c.p. ambedue le espressioni che, al suo interno, evocavano le cadenze del vecchio millantato: "vantare" e "asserite".

Non residuano, così, più margini di dubbio: tutte le vanterie non veritiere di ingerenze o entrature privilegiate presso pubblici ufficiali, inclusa l'ostentazione o amplificazione maliziosa di rapporti di conoscenza effettivi ma avulsi da un credito reale, così come tutte le condotte tendenti ad abusare della fiducia dell'interlocutore (compresa la falsa prospettazione di dover corrompere), sono state inequivocabilmente escluse dall'area di tipicità dell'art. 346-*bis* c.p.

Sul piano del diritto intertemporale, anche alla luce dei principi tracciati della sentenza *Mazzarella* delle Sezioni unite, non sussiste alcuna continuità normativa tra le classi di fatti espunte dall'art. 346-*bis* c.p. e il delitto di truffa, considerata la loro eterogeneità strutturale e contenutistica.

L'entrata in vigore della novella ha così determinato l'*abolitio criminis* del traffico di influenze "vantate", con applicazione della regola di cui all'art. 2, 2° comma, c.p. e possibilità di incidenti d'esecuzione volti a

---

[28] Lo avevamo suggerito anche in prospettiva *de lege ferenda* in *Appendice*, Cap. 1: *Proposta di riforma del reato di traffico di influenze illecite*, in S. Giavazzi-V. Mongillo-P.L. Petrillo (a cura di), Lobbying, cit., 331 e segg.

[29] Cfr. P. Astorina Marino, *L'unificazione di traffico di influenze e millantato credito: una crasi mal riuscita*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2020, n. 1, 188 e segg., a commento della sentenza *Impeduglia*; M. Gambardella, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite (l. n. 3 del 2019) ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. Pen.*, 2020, 1546 e segg.; V. Mongillo, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano. Crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, in *Sist. Pen.*, 2 novembre 2022, 15 e seg.

[30] C. Pedrazzi, *Millantato credito,* trafic d'influence, influence peddling, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1968, 913 e segg., 923, pur auspicando *de lege ferenda* un "aggiustamento della vigente fattispecie, incriminando il semplice fatto di ricevere o farsi promettere denaro o altra utilità in cambio di un'influenza esercitata o da esercitare su pubblici ufficiali o impiegati", "a prescindere, quindi, dalla sua reale consistenza ed efficacia". *De lege lata*, l'A. segnalava la strisciante e poco "ortodossa" tendenza della giurisprudenza coeva a porre al centro della decisione giudiziale la "vanteria", per poi ridimensionarla nei fatti, a fronte della scarsa propensione ad approfondire la natura fittizia ovvero reale del credito. Ciò, a suo modo di vedere, era sintomo di un duplice e comprensibile disagio: la scarsa pregnanza offensiva della mera millanteria e la non sempre agevole afferrabilità oggettiva dell'influenza dichiarata. Per i successivi sviluppi, cfr., per tutti, F. Tagliarini, voce "Millantato credito", in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 308 e segg.; R. Rampioni, *Millantato credito*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 686 e segg. Più di recente, ha notato come il concetto di millanteria esprima "l'idea dell'inganno e dell'imbroglio", I. Merenda, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 15 febbraio 2013, 2.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ottenere *ex* art. 673 c.p.p. la revoca delle sentenze di condanna o patteggiamento, per i medesimi fatti, che siano passate in giudicato.

Tutte le costellazioni casistiche prima riconducibili al millantato credito (1° comma e 2° comma) potranno ora essere punite, al più, a titolo di truffa *ex* art. 640, 1° comma, c.p. (o eventualmente aggravata), in presenza dei medesimi presupposti fattuali che un tempo portavano la giurisprudenza a ritenere possibile un concorso formale eterogeneo tra i due reati. Diviene necessario, però, che l'accusa comprovi tutti gli estremi del delitto contro il patrimonio, e in particolare che le rispettive condotte siano state causative di un atto di disposizione patrimoniale e a valle di un profitto ingiusto con altrui danno. Per quanto riguarda i procedimenti pendenti, questi elementi dovranno essere formalmente contestati e accertati in fatto, secondo le regole del codice di rito.

In generale, aumenterà sensibilmente il carico probatorio di cui è onerato il pubblico ministero, facendo la gioia delle difese dei venditori di influenza, ogni qual volta saranno in grado di far sorgere dubbi ragionevoli sull'effettiva esistenza della relazione (oggetto di "utilizzazione") col pubblico agente bersaglio, poiché in tal caso già la mancata proposizione di una querela nel termine determinerebbe automaticamente il proscioglimento, salvi ovviamente i casi di procedibilità d'ufficio espressamente previsti (art. 640, 3° comma e art. 649-*bis* c.p.).

Eventualmente, gli atti fraudolenti compiuti in assenza di un risultato lesivo del patrimonio potrebbero rilevare come tentata truffa (artt. 56 e 640 c.p.), che prescinde dall'effettiva produzione dell'evento finale pregiudizievole o finanche dall'induzione in errore. Possono ipotizzarsi, in particolare, situazioni in cui, nonostante l'inizio di una trattativa e l'idoneità di una condotta ingannatoria, il destinatario non sia caduto in errore, oppure casi in cui, all'esito della negoziazione, la vittima fuorviata abbia promesso e poi mancato di realizzare l'atto di disposizione patrimoniale.

Ma v'è di più. Sono ravvisabili anche segmenti di tipicità espunti dall'art. 346-*bis* c.p. rispetto ai quali non è possibile congetturare alcuna interferenza con il delitto di truffa. Nella lettura delle Sezioni unite, con la formula "vantando relazioni asserite", il legislatore del 2019 volle fare riferimento a «colui che partecipa a pieno titolo ad una intesa criminosa. Soggetto punibile, al pari del 'trafficante', perché, pur consapevole che la relazione con il pubblico funzionario è ancora inesistente e solo 'vantata', decide di fare affidamento sulla potenziale capacità del mediatore di instaurare quel 'rapporto affaristico': in tal modo concorrendo a determinare quella effettiva messa in pericolo del bene giuridico protetto, che, in una lettura costituzionalmente orientata, è l'unica condizione che può legittimare l'omogeneo trattamento sanzionatorio per entrambi i correi"[31]. Per queste evenienze, in cui al momento del *pactum* illecito il committente è consapevole dell'inesistenza di una relazione tra il faccendiere e il soggetto qualificato, ma vi è una concreta possibilità di instaurare un rapporto di influenza in futuro, la riforma ha determinato un effetto abolitivo, senza che la sua valenza demolitoria possa essere compensata, nemmeno parzialmente, dal previgente delitto di truffa.

Le prospettive

Alla luce di quanto deciso dalle Sezioni unite, e *a fortiori* a seguito della legge Nordio, non può escludersi, per effetto della novella, l'insorgere di nuovi fronti di attrito con le pattuizioni di matrice internazionale che equiparano traffici di influenze reali alla compravendita di influenze solo supposte (*supposed*).

Abbiamo già rammentato in altra sede[32] come l'Italia abbia gradualmente rinunciato a formulare riserve alla fattispecie penale di cui all'art. 12 della Convenzione penale contro la corruzione del Consiglio d'Europa, divenuta pienamente vincolante anche nella parte in cui prevede la punizione del patto illecito "indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato".

In modo ancora più eloquente, l'art. 18 della Convenzione UNCAC, di per sé non cogente (*shall consider*, anziché *shall adopt*...), è centrato sull'abuso di una "influenza reale o supposta", sulla falsariga della pionieristica esperienza francese, in cui le fattispecie di *trafic d'influence* sono del pari riferite – in via alternativa – a relazioni *réelles* o *supposées* e sono estese dalla giurisprudenza anche a influenze puramente immaginarie e, pertanto, a condotte ingannatorie[33]. Se la disposizione UNCAC equivale a una sorta di forte raccomandazione, questa sollecitazione trova ora riscontro nella formulazione adottata nella proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla lotta contro la corruzione, presentata dalla Commissione europea il 3 maggio 2023 (art. 10), e attualmente in discussione nelle sedi sovranazionali[34].

---

[31] Cass. pen., Sez. un., 15 maggio 2024, n. 19357, cit.

[32] V. Mongillo, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano. Crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, cit., 5 e seg.

[33] Cfr. S. Giavazzi, Lobbying *e traffico di influenze illecite nel sistema francese*, in S. Giavazzi-V. Mongillo-P.L. Petrillo (a cura di), Lobbying, cit., 136, che nota come in Francia "per espressa previsione normativa l'influenza può essere '*rèelle ou supposée*', dunque sia effettiva che millantata"; sulla casistica giurisprudenziale, *ivi*, 153 e segg. L'affinità tra l'art. 18 e la disciplina penale francese è rivelata anche dalla genesi della norma pattizia, risalente a una proposta originariamente formulata proprio dalla Francia al tavolo negoziale: *Text taken from the proposal submitted by France (A/AC.261/IPM/10) at the Informal Preparatory Meeting of the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption* (Buenos Aires, 4-7 December 2001), in UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention Against Corruption*, 2010, 183.

[34] La UNCAC e la proposta di direttiva, nella versione inglese e

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Le tensioni che potrebbero insorgere con il diritto internazionale pattizio o con un venturo (e certamente inderogabile) diritto sovranazionale europeo sono avvalorate dagli indirizzi emersi in ambito ONU, dove, in passato, è stata vista con sfavore la soluzione adottata da quegli ordinamenti che affrontano il caso della *supposed influence* attraverso "fraud provisions in the criminal code". La ragione risiede proprio nei diversi interessi giuridici puntellati dalle rispettive disposizioni e nella necessità che la condotta fraudolenta arrechi o sia in grado di provocare un pregiudizio economico diretto: coefficienti non richiesti dall'art. 18 dell'UNCAC[35].

Una parte della dottrina, in sede di prima lettura, ha finanche ipotizzato profili di incostituzionalità del testo normativo risultante dall'ultima novella, per violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost., nei punti in cui risulta incompatibile con la norma interposta rappresentata dall'art. 12 della Convenzione del Consiglio d'Europa, a cui – come già accennato – l'Italia si è spontaneamente e integralmente "assoggettata" non rinnovando le riserve parziali inizialmente formulate[36]. Gli aspetti di discrasia sarebbero essenzialmente tre: il mancato riferimento alle relazioni anche solo *supposte*; il non aver dato rilievo a *qualsiasi* vantaggio indebito, quale contropartita della condotta illecita; la definizione eccessivamente restrittiva di *mediazione* illecita.

La tesi è indubbiamente perspicace, ma involge questioni di notevole complessità che invitano a una certa cautela, e non solo perché finora non si è registrato alcun caso di dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione legislativa per violazione di obblighi internazionali di incriminazione con ricadute *in malam partem* (al più qualche asserzione in forma di *obiter dictum*). Nello specifico va notato come la disposizione pattizia di riferimento (il detto art. 12 della Convenzione europea) costituisca un caso macroscopico di vaghezza e imprecisione, che implica un ampio margine di apprezzamento da parte dei legislatori nazionali e quasi reclama un intervento volto a ricondurre la fattispecie a un *minimum* di tassatività. La scelta compiuta, al riguardo, dal legislatore è poco felice sul piano tecnico e sicuramente criticabile dal punto di vista politico-criminale, ma non per questo necessariamente contraria a Costituzione[37].

Ovviamente, non si nega la salienza socio-criminologica dei fenomeni da contrastare e la singolarità di un percorso che, iniziato sotto gli squilli di tromba della lotta dura alla corruzione, è culminato nella vaporizzazione del millantato credito (con qualche problematico rimasuglio nella truffa[38]) e nel radicale ridimensionamento del traffico di influenze illecite.

Restano da contrastare, in modo efficace, forme di esercizio dell'attività lobbistica – di per sé non ineluttabilmente avversa ai valori di una democrazia pluralistica – contrarie ai principi di trasparenza e conoscibilità delle attività di influenza, di parità di accesso ai luoghi delle decisioni, di imparzialità ed equità delle determinazioni pubblicistiche. Allo stesso modo va arginata ogni forma di opacità o relazione affaristica nei finanziamenti e nelle organizzazioni politiche (anche tramite il ricorso strumentale alle fondazioni), per evitare che l'acquisizione e la gestione del consenso democratico si trasformi nel mercanteggiamento occulto di attività mediatorie al servizio di interessi particolari[39].

Il punto è che occorrerebbe *in primis* una risposta extrapenale[40], ma tutti gli innumerevoli tentativi, sinora compiuti, di regolamentazione dell'attività dei gruppi di pressione e dei lobbisti sono andati a vuoto. Ancora una volta si è scelto di affrontare il problema tramite l'armamentario penale, elevato, in modo sterile, a *prima* o *sola ratio* anziché estremo rimedio.

---

in quella francese, adottano le stesse espressioni per quanto qui rileva: "real or supposed influence", "influence réelle ou supposée".

[35] UNODC, *State of implementation of the United Nations Convention against Corruption: Criminalization*, *Law Enforcement and International Cooperation*, II ed., 2017, 45.

[36] G.L. Gatta, *La legge Nordio e il "soffocamento applicativo" del traffico di influenze illecite. Tra parziale* abolitio criminis *e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali*, in *Sist. Pen.*, 11 luglio 2024. Allo stato, alcune Procure (Foggia e Roma) hanno già chiesto di sollevare questione di costituzionalità: le relative memorie sono reperibili su *Sistema penale*.

[37] Abbiamo sviluppato analiticamente le nostre perplessità circa la profilata incostituzionalità del nuovo testo normativo, pur evidenziando i profili di discrasia tra diritto interno e diritto convenzionale, in V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze illecite: evoluzione e dilemmi di un nodo irrisolto*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2024, n. 9, 1136, a cui si rinvia anche per un commento più approfondito alla riformulazione dell'art. 346-*bis* c.p.

[38] Prospetta la reintroduzione del delitto di millantato credito come reato di frode, per evitare un vuoto di tutela, A. Manna, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit.

[39] Sul rischio penale dell'attività lobbistica, cfr. anche E. Scaroina, Lobbying *e rischio penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 811 e segg.; P. Veneziani, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. Pen.*, 2016, 1293 e segg.

[40] Per una classificazione delle diverse metodiche e tecniche di disciplina del *lobbying*, dalla prospettiva penalistica, cfr. R. Alagna, Lobbying *e diritto penale*, Torino, 2018, 45 e segg. In tema, nella dottrina amministrativistica e giuspubblicistica, tra i tanti, P.L. Petrillo, *Democrazie sotto pressione. Parlamenti e* lobby *nel diritto pubblico comparato*, Milano, 2011, *passim*; E. Carloni, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubblico*, 2018, n. 2, 371 e segg., 381 e segg.; E. Carloni-M. Mazzoni, *Il cantiere delle lobby. Processi decisionali, consenso, regole*, Roma, 2020.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Diritto Processuale Penale

a cura di Antonella Marandola

con Gian Marco Baccari, Maria Francesca Cortesi e Donatella Curtotti

Corrispondenza informatica

Cassazione penale, Sez. VI, 30 luglio 2024 (ud. 21 maggio 2024), n. 31180 – Pres. Villoni – Rel. Gallucci – P.G. Riccardi (parz. conf.) – Ric. Do. An. *Annullamento con rinvio.*

Prova in genere (in materia penale) – Mezzi di ricerca della prova – In genere – Sequestro probatorio di telefoni cellulari annullato dal tribunale del riesame – Ordine di restituzione della "copia forense" dei dati acquisiti – Decreto di ispezione informatica adottato dal pubblico ministero prima della restituzione – Illegittimità – Sussistenza – Conseguenze – "Inutilizzabilità patologica" dei dati – Ragioni

Le chat acquisite dal pubblico ministero, dopo che il tribunale del riesame aveva annullato, per carenza di motivazione, il sequestro probatorio del cellulare dell'indagato ordinandone la restituzione all'avente diritto, a seguito di una "ispezione telematica" con riacquisizione dei dati informatici, utilizzati poi nella richiesta cautelare e posti a fondamento di una misura detentiva sono affetti da "inutilizzabilità patologica". Come ha affermato la Corte cost., nella sentenza n. 170/2023, i messaggi elettronici – scambiati con e-mail, SMS, WhatsApp e simili – costituiscono non mera documentazione acquisibile ex *art. 234 c.p.p., ma una forma di corrispondenza "informatica" agli effetti degli artt. 15 e 68, 3º comma, Cost., che deve essere acquisita attraverso un provvedimento di sequestro* ex *art. 254 c.p.p.*

Omissis. – Svolgimento del processo

1. Il Tribunale del riesame di Napoli con ordinanza in data 1 febbraio 2024 (motivazione depositata il successivo 14 marzo) ha confermato l'ordinanza del Gip di Nola applicativa della misura degli arresti domiciliari nei confronti di A.A. (*omissis*)

2. Avverso detta ordinanza l'indagato ha proposto, a mezzo dei propri difensori, ricorso.

2.1. Il primo motivo – complessivamente riferito ai capi 2, 3, 6, 7, 8, 10, 13 e 15 – eccepisce la inutilizzabilità della messaggistica tratta dai cellulari sequestrati al A.A. e a altri indagati – sequestro successivamente annullato dal Tribunale del riesame – messaggistica che è stata riprodotta nel verbale di ispezione del 1 febbraio 2024. (*omissis*) il sequestro probatorio degli apparati di telefonia mobile è stato annullato, per carenza di motivazione, dal Tribunale del riesame con ordinanze del 5, 10, 18 gennaio e 2 febbraio 2022, con conseguente restituzione dei devices agli aventi diritto; prima di effettuare la restituzione della "copia forense" dei dati acquisiti, il Pubblico ministero disponeva però procedersi ad "ispezione telematica" nel corso della quale venivano nuovamente acquisiti i dati predetti (...), in assenza di un ulteriore provvedimento di sequestro (nella specie non intervenuto), tale procedura rappresenta una palese violazione del provvedimento del riesame con conseguente inutilizzabilità "patologica" di tali elementi indiziari (come peraltro ritenuto dal medesimo Tribunale del riesame, in differente composizione, nel febbraio del 2022 in relazione alla posizione di altri indagati nel medesimo procedimento), alla quale consegue il venire meno della necessaria piattaforma indiziaria legittimante l'applicazione nella misura custodiale. Sotto altro profilo, l'ordinanza impugnata non ha considerato che la messaggistica whatsapp deve essere qualificata – ai sensi della sentenza della Corte cost. n. 170/2023 – non già come mero "documento" (art. 234 c.p.p., come erroneamente ritenuto dal Tribunale del riesame) ma quale corrispondenza informatica, assoggettata quindi alla disciplina del sequestro, ex artt. 254 c.p.p. che non era stato però disposto. Ciò premesso, il ricorrente evidenzia, in ossequio della necessaria "prova di resistenza", che, una volta venuta meno l'utilizzabilità di tale messaggistica, non residuano elementi significativi in relazione agli addebiti provvisori di cui ai capi 3, 7, 8, 9, 13 e 15.

2.2. Con il secondo motivo (correlato al precedente) si deduce violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla ritenuta "proporzionalità e adeguatezza del sequestro dei dati digitali". Tale profilo era stato affrontato dal Tribunale del riesame nell'ordinanza che ha disposto la restituzione degli apparati, ove si è ritenuto il sequestro "un'ablazione del tutto sproporzionata e scollegata da una reale finalità probatoria esplicitata soltanto in maniera approssimativa, e oltretutto priva di qualsivoglia delimitazione temporale e circostanziale... Traspare la sostanza di un sequestro meramente esplorativo...". (...) evidenzia il ricorrente, risulta vieppiù illegittimo il provvedimento di "ispezione" con acquisizione integrale dei dati, in palese violazione del dictum dell'organo giurisdizionale.

2.3. Il terzo motivo – riferito al capo 1: art. 353 c.p. – eccepisce violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla ritenuta utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche disposte in un diverso procedimento penale in violazione dell'art. 270 c.p.p. Ciò in quanto tra i due procedimenti non sussiste un collegamento ex art. 12 c.p.p. e comunque il procedimento ad quem è stato iscritto prima del 31 agosto 2020, dovendo dunque operare la precedente disciplina normativa secondo l'interpretazione adottata dal-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

la sentenza delle Sezioni Unite "Cavallo" (come ritenuto dalla prevalente giurisprudenza della Cassazione) che non consentiva tale utilizzo. Non condivisibile risulta altresì l'argomentazione – contenuta nell'ordinanza impugnata – secondo cui, anche aderendo all'interpretazione fatta propria dal "minoritario indirizzo restrittivo", nondimeno per stabilire l'anteriorità o posteriorità del procedimento occorre avere riguardo alla data di iscrizione della specifica notizia di reato in base alla quale le intercettazioni sono state autorizzate, a nulla rilevando le precedenti iscrizioni concernenti diversi soggetti; tale motivazione – deduce il ricorrente – rappresenta un aggiramento delle regole processuali lasciando al PM la possibilità di segmentare il procedimento onde avvalersi della disciplina più favorevole in tema di intercettazioni. Alla inutilizzabilità di dette intercettazioni consegue la carenza di gravità indiziaria relativamente alla contestazione provvisoria.

2.4. Il quarto motivo deduce violazione di legge e vizio di motivazione in relazione alla ritenuta utilizzabilità – quali gravi indizi di colpevolezza in merito al capo 10 (violazione del divieto di subappalto) – delle intercettazioni (segnatamente il RIT n. 454/2021-843/21 G.i.p.). Ciò in quanto detto reato non supporta le intercettazioni ai sensi dell'art. 266 c.p.p. e l'ordinanza impugnata ha respinto la relativa eccezione con motivazione apparente che non si è confrontata con il rilievo secondo cui ab origine la fattispecie ipotizzata era proprio l'art. 21 della L. n. 646 del 1982, di tal che l'attività di intercettazione era stata disposta in riferimento a reato per il quale essa non poteva essere effettuata.

2.5. (*omissis*).

2.6. (*omissis*).

2.7. (*omissis*).

3. (*omissis*).

Motivi della decisione

1. Il ricorso è fondato.

2. Per quanto concerne il primo motivo (che ha natura assorbente rispetto alla doglianza relativa al deficit di "proporzionalità e adeguatezza del sequestro dei dati digitali") va rilevato che è pacifico che il Tribunale del riesame aveva annullato – per carenza di motivazione – il sequestro probatorio del cellulare dell'indagato e di altri soggetti disponendone la restituzione agli aventi diritto.

Prima di procedere all'incombente, il Pubblico ministero ha però disposto una "ispezione telematica" con riacquisizione dei dati informatici, utilizzati quindi nella richiesta cautelare e posti a fondamento della misura detentiva applicata all'indagato. Sul punto l'ordinanza impugnata non è chiarissima (*omissis*).

2.1. Ciò premesso, rileva il Collegio che tale modus procedendi ha integrato una violazione del provvedimento giurisdizionale, "neutralizzandone" gli effetti attraverso l'utilizzo – improprio – di un atto di ricerca della prova, che era stato ritenuto, dal Tribunale del riesame reale, nullo. La ricorrente, peraltro, non ha comprovato specifiche ragioni che consentano di estendere, ai sensi dell'art. 587 cod. proc. pen., in suo favore le ragioni dell'annullamento del distinto sequestro probatorio disposto in favore del coindagato A.A. (*omissis*).

2.2. Così come è fondato il rilievo del ricorrente secondo cui, alla luce della sentenza della Corte cost. n. 170/2023 e di quanto deciso dalle Sezioni U. nelle due pronunce che si sono occupate dell'utilizzo della messaggistica "Sky ECC" (Sez. U, nn. 23755 e 23756 del 29/02/2924). le chat costituiscono non mera documentazione acquisibile ex art. 234 c.p.p., ma "corrispondenza informatica" che quindi doveva essere acquisita attraverso un provvedimento di sequestro ex art. 254 c.p.p., nella specie non intervenuto.

Al riguardo, non può condividersi l'osservazione del PG secondo la quale il principio affermato dalla Corte cost. non avrebbe portata generale ma si riferirebbe esclusivamente all'ambito applicativo delle guarentigie apprestate dall'art. 68 Cost. in favore del parlamentare.

Invero, il Giudice delle leggi (par. 4.2 del Considerato in diritto) si è così espresso: "In linea generale, che lo scambio di messaggi elettronici – e-mail, SMS, WhatsApp e simili – rappresenti, di per sé, una forma di corrispondenza agli effetti degli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost. non può essere revocato in dubbio. Posto che quello di "corrispondenza" è concetto ampiamente comprensivo, atto ad abbracciare ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza, questa Corte ha ripetutamente affermato che la tutela accordata dall'art. 15 Cost. – che assicura a tutti i consociati la libertà e la segretezza "della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione", consentendone la limitazione "soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge" – prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del pensiero, "aprendo così il testo costituzionale alla possibile emersione di nuovi mezzi e forme della comunicazione riservata" (sentenza n. 2 del 2023). La garanzia si estende, quindi, ad ogni strumento che l'evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, ignoti al momento del varo della Carta costituzionale (sentenza n. 20 del 2017; già in precedenza, con riguardo agli apparecchi ricetrasmittenti di debole potenza, sentenza n. 1030 del 1988; sulla libertà del titolare del diritto di scegliere liberamente il mezzo con cui corrispondere, sentenza n. 81 del 1993). Posta elettronica e messaggi inviati tramite l'applicazione WhatsApp (appartenente ai sistemi di cosiddetta messaggistica istantanea) rientrano, dunque, a pieno titolo nella sfera di protezione dell'art. 15 Cost., apparendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi. (*omissis*) Argomentazioni chiare e in base alle quali si deve concludere che, in linea generale, la messaggistica a mezzo chat costituisce "corrispondenza" rientrando dunque nella disciplina costituzionale dell'art. 15.

2.3. Neppure può accogliersi la tesi, sostenuta dal PG in sede di formulazione delle proprie conclusioni, secondo cui, pur ammettendo la illegittimità della "ispezione informatica", l'acquisizione dei dati non sarebbe censurabile, sulla base del principio del "male captum, bene retentum". Tale principio – declinato da Sez. U, n. 5021 del 27/03/1996, Sala, Rv. 204644, e oramai consolidato (*omissis*).

2.4. I dati acquisiti in modo illegittimo non sono utilizzabili neppure nella fase delle indagini e a fini cautelari. Ritiene infatti il Collegio che gli elementi indiziari derivanti dalla ispezione informativa sopra descritta siano affetti da "inutilizzabilità patologica".

Invero, questa Sezione ha già avuto modo di rilevare come "Si è da tempo affermato che rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le "prove oggettivamente vietate", ma anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla "legge" e, a maggior ragione, come in precedenza detto,

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione. La Corte costituzionale con la sentenza n. 34 del 1973 ha ravvisato l'esistenza di "divieti" probatori ricavabili in modo diretto dal dettato costituzionale, enunciando il principio per cui "attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione e fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito". Il suddetto principio – come già detto – ha consentito l'elaborazione della categoria delle prove cosiddette incostituzionali, cioè di prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in violazione dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione, da considerarsi perciò inutilizzabili nel processo" (*omissis*).

Nel caso in esame la "patologia" deriva proprio dalla violazione del provvedimento giurisdizionale cui è conseguita una illegittima violazione della sfera di riservatezza al di fuori dei presupposti declinati dall'art. 15 Cost. (*omissis*).

(*Omissis*).

3. Anche il terzo motivo (riferito al capo 1) risulta fondato. L'ordinanza impugnata ha fondato il rigetto della eccezione formulata in merito alla violazione della "regola Cavallo" per l'utilizzo delle intercettazioni disposte in diverso procedimento penale sulla base della circostanza che sebbene il procedimento a quo era stato iscritto prima dell'agosto del 2020, nondimeno quello a carico dell'indagato era successivo a tale data (invocando sul punto una parte della giurisprudenza di legittimità orientata in tale senso). In materia, come è noto, sono intervenute le Sezioni Unite di questa Corte che all'udienza del 18 aprile 2024 hanno stabilito che il regime che consente il più ampio utilizzo delle intercettazioni disposte in diverso procedimento penale (superando in tal modo la regola individuata nella "sentenza Cavallo") può trovare applicazione solo qualora sia il procedimento nel quale sono state compiute le intercettazioni che il procedimento diverso siano stati iscritti successivamente al 31 agosto 2020 (il che nella specie non è).

3.1. L'ordinanza impugnata ha comunque sostenuto che – anche aderendo all'opposto orientamento, ora accolto dalle Sezioni Unite – nondimeno l'intercettazione sarebbe utilizzabile in quanto "è vero che il procedimento RGNR nr. 389/2020 era stato iscritto il 17.1.2020, ma è altrettanto vero che solo all'esito delle captazioni relative al reato di corruzione (RIT 241/2020 – iscritto il 3 dicembre 2020 nell'ambito del citato fascicolo contenitore 389/2020 RGNR) si era proceduto all'iscrizione di altra e autonoma fattispecie di corruzione; in seno a questa nuova iscrizione erano emersi elementi utili in ordine all'autonomo reato di cui all'art. 353 c.p.p. relativo alla vicenda c.d. E.E. di cui al capo 1) da cui trae origine il procedimento n. 264/2021, nell'ambito del quale è stata emessa l'ordinanza oggi al vaglio questo Tribunale del Riesame", da ciò deducendosi che "tutti gli esiti dell'intercettazione erano stati acquisiti nella vigenza del disposto dell'art. 270 cod. proc. pen. come modificato dalla novella legislativa del D.L. n. 161/2019 e come tali senz'altro utilizzabili anche ai fini di prova di ulteriori e diverse fattispecie di reato iscritte anche ove non connesse ma rientranti nell'elenco dell'art. 266 c.p.p.".

3.2. L'argomentazione non può essere condivisa. Sul punto, questa Sezione ha avuto modo di precisare che "il testo della (nuova) norma attribuisce rilevanza al dato formale della nuova iscrizione del procedimento, con la conseguente necessaria diversificazione dei regimi di disciplina applicabili per le intercettazioni autorizzate e disposte nel procedimento iscritto prima del 31 agosto 2020 e poi confluito per separazione dopo tale data in altro e nuovo procedimento, che restano per forza di cose soggette alla vecchia disciplina, rispetto alle successive intercettazioni autorizzate dopo tale data nel nuovo procedimento iscritto dopo il 31 agosto 2020 che saranno invece soggette alla nuova normativa (*omissis*).

4. (*omissis*)

5. (*omissis*).

6. (*omissis*).

6.2. (*omissis*)

7. Per le suesposte considerazioni, si impone l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio (omissis).

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Napoli, competente ai sensi dell'art. 309, 5° comma, c.p.p. – *Omissis.*

Chat SMS whatsapp: serve il provvedimento dell'autorità giudiziaria

La decisione in esame appare come la prima che affronta il tema delle ricadute di quanto deciso da Corte cost. n 170 del 2023 con la quale i giudici costituzionali hanno affermato che lo scambio di messaggi elettronici-e mails SMS whatsapp e simili – rappresenti di per sé una forma di corrispondenza agli effetti degli artt. 15 e 68 primo comma Cost. Segnatamente consistendo il materiale in messaggi, essi costituiscono non una mera documentazione acquisibile *ex* 234 c.p.p., ma una "corrispondenza informatica" (A. Chelo, *Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail e WhatsApp già letti?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2023, n. 4, 1746-1756; D. Curtotti, *La sentenza costituzionale n. 170 del 2023 e le comunicazioni "apparenti": quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2023, n. 4-5, 708-717; L. Lupària Donati – F. Cerqua, *La versione della Consulta sulla corrispondenza elettronica: un* "bouleversement" *in materia di prova digitale?*, *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*. – 2023, n. 4-5, 718-729; R. Orlandi, "*Corrispondenza" dei parlamentari e limiti all'accertamento penale: appunti critici sulla sentenza nr. 170 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2023, n. 4-5, 730-737).

La questione, al di là della sua condivisione, alla luce della menzionata sentenza, deve ritenersi superata in relazione all'operatività dell'art. 68 Cost. ma la stessa, proprio, per questa ragione, aveva sollevato interrogativi in ordine alla sua operatività per i soggetti che non fossero parlamentari.

Il punto problematico sembrava poter derivare da quel passaggio della motivazione nella quale si sottolinea che si tratta (anche) di una prerogativa inerente alla funzione parlamentare.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Il tal senso, infatti, si sono orientate le riserve del Procuratore Generale con la richiesta di rigetto del ricorso.

Ora la sentenza in epigrafe, anche alla luce dei dettami in tema di criptofonini, ove si stabilisce che l'acquisizione dei dati comunicativi non avvenga ai sensi dell'art 234 c.p.p. ma con la procedura di cui all'art. 254 c.p.p. Cass. pen., Sez. un., 29 febbraio 3024, n. 23755 e 23756), estende quelle garanzie anche ai soggetti che non siano membri del parlamento, riconducendo la tematica entro la sfera di operatività delle garanzie prescritte all'art 15 Cost.

La Cassazione, esclusa la necessità di sollevare una questione di incostituzionalità ricollegandosi a quanto evidenziato dalla Consulta, per la quale, l'art. 15 Cost. tutela la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sottolinea come questa garanzia possa essere limitata solo per atto dell'autorità giudiziaria con le garanzie previste dalla legge.

Questa premessa consente ai giudici di legittimità di sviluppare considerazioni a più ampio raggio sui concetti di comunicazione e di corrispondenza con la conseguenza che naturalmente diversi profili processuali potranno essere prospettati in relazione alle diverse modalità con le quali le comunicazioni di svolgano e possano essere acquisite.

Nel caso qui considerato come si dirà le chat sono state acquisite attraverso un'ispezione informatica conseguente ad un sequestro di un cellulare: per la Sez. VI, tale *modus procedendi* ha integrato una violazione del provvedimento giurisdizionale, "neutralizzandone" gli effetti attraverso l'utilizzo – peraltro improprio – di un atto di ricerca della prova, che era stato ritenuto nullo dal Tribunale del riesame reale

La conclusione cui è pervenuto il Supremo collegio si inserisce nel più ampio e sempre più diffuso rafforzamento delle garanzie individuali a tutela della riservatezza configurandosi la necessità -progressivamente estesa a vari atti -della riserva di giurisdizione (vedi la disciplina dei tabulati ed ora si attende la annunciata riforma del sequestro degli smartphone attraverso le articolate previsioni del nuovo art. 254-*ter* c.p.p. (v., in dottrina, O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Padova, 2024, *passim*.).

La decisione molto articolata – stante la molteplicità dei motivi del ricorso – si presta a due ulteriori considerazioni. Se l'accoglimento del ricorso non consente di affrontare il tema della proporzionalità e del collegamento non la finalità probatoria del sequestro dello smartphone che come anticipato dovrà essere affrontato dall'annunciata introduzione dell'art. 254-*ter* c.p. p. [v. è stato proposto, in data 21 febbraio 2024, un ulteriore emendamento che, nel recepire l'insegnamento della Consulta sul cd. caso Renzi, prevede di introdurre tre diverse fasi del sequestro: (i) apprensione del dispositivo, (ii) duplicazione dei contenuti, selezione ed effettivo blocco dei dati e, da ultimo, (iii) la distruzione del duplicato] interamente dedicato alla disciplina del sequestro di dispositivi e sistemi informatici, smartphone e memorie digitali, viene, invece, considerato il tema della invalidità derivata. Nel caso di specie, infatti, il tribunale del riesame aveva annullato il provvedimento di sequestro dello smartphone per difetto di motivazione e tuttavia dopo la decisione di annullamento e prima della sua restituzione il P.M. aveva effettuato una ispezione informatica i cui risultati (le chat appunto) erano stati posti a fondamento dei provvedimenti cautelari.

La Procura Generale aveva ipotizzato l'utilizzabilità di questi dati sulla scorta del noto brocardo *male captum bene retentum* e di quanto affermato da Cass. pen., Sez. un., 27 marzo 1996, S., Rv 204644 secondo cui l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione compiuto ad opera della polizia giudiziaria non comporta effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, che costituisce un atto dovuto a norma dell'art. 253, comma 1 c.p.p.

A parte ogni considerazione sulla resistenza del riferito principio a fronte di una diversa impostazione del modello accusatorio (i frutti dell'albero avvelenato) rileva non solo l'inversione del rapporto tra perquisizione e sequestro ma, soprattutto, la considerazione che l'ispezione informatica è stata effettuata su di un atto (il sequestro) dichiarato nullo dal tribunale del riesame. Di qui, dunque, l'affermazione secondo la quale "i dati acquisiti in modo illegittimo non sono utilizzabili neppure nella fase delle indagini e a fini cautelari". Ritiene infatti il Collegio che gli elementi indiziari derivanti dalla ispezione informativa sopra descritta siano affetti da "inutilizzabilità patologica", nel senso che "rientrano nella categoria delle prove sanzionate dall'inutilizzabilità, non solo le "prove oggettivamente vietate", ma anche quelle formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla "legge" e, a maggior ragione quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione".

Sullo sfondo resta invece la questione della possibile operatività dell'art. 587 c.p.p. in relazione ad un eventuale effetto estensivo della riferita decisione di annullamento da parte del tribunale della libertà del sequestro dello smartphone relativamente alla perquisizione informatica il cui contenuto riguardava anche una computata ricorrente in Cassazione relativamente ai dati in esso contenuti.

Per la Cassazione si prospetterebbe la possibilità di sollecitare un possibile effetto estensivo tuttavia in linea con la giurisprudenza in materia, trattandosi per un verso di provvedimenti separati e non essendo al momento nel ricorso della co-indagata intervenuta la decisione di annullamento la questione teoricamente ammissibile (Cass pen., Sez. II, 5 febbraio 2014, dep. 20 febbraio 2014), n. 8056, Rv 258544) non poteva essere positivamente decisa.

Antonella Marandola

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Citazione diretta a giudizio

Cassazione penale, Sez. VI, 12 giugno 2024 (14 maggio 2024), n. 23639 – Pres. Aprile – Rel. Rosati – P.M. De Masellis (conf.) – Ric. P.A. *Inammissibilità del ricorso*.

Udienza predibattimentale – Provvedimento che dispone la prosecuzione del giudizio dibattimentale – Natura giuridica – Indicazione – Conseguenze

*Il provvedimento emesso a norma dell'art. 554-*ter*, 3° comma, c.p.p., con cui il giudice monocratico, non sussistendo le condizioni per pronunziare sentenza di non luogo a procedere e non dovendosi definire il processo con rito alternativo, dispone la prosecuzione del giudizio dibattimentale ha natura di decreto e non di ordinanza, sicché non deve essere necessariamente corredato da motivazione, non essendo questa espressamente richiesta dalla normativa processuale. (Massima non ufficiale)*

Omissis. – Ritenuto in fatto

1. Con atto del proprio difensore, Ar.Pa. impugna il provvedimento con il quale il Tribunale di Vercelli, a norma dell'art. 554-ter, comma 3, cod. proc. pen., ha disposto la prosecuzione del giudizio dibattimentale nei suoi confronti per il delitto di esercizio abusivo di professione sanitaria.

L'atto – si deduce – sarebbe affetto da abnormità funzionale per carenza di potere in concreto, per avere il giudice disposto il prosieguo del giudizio con un provvedimento motivato, non essendo ciò previsto, invece, dall'anzidetta disposizione normativa, allo scopo di garantire l'imparzialità del giudice investito della prosecuzione del dibattimento e della decisione.

Peraltro, nel motivare il proprio provvedimento, il giudice dell'udienza predibattimentale si è spinto oltre l'ambito di giudizio consentitogli, avendo ritenuto "ragionevole formulare, allo stato degli atti, una chiara ed evidente previsione di condanna". Inoltre, ha di fatto ampliato la contestazione, sostenendo che l'attività dell'imputata giungesse anche alla prescrizione di "diete", di cui, invece, non si fa menzione nel capo d'imputazione; e, infine, richiamando i contenuti di alcune sommarie informazioni testimoniali, ha introdotto nel fascicolo del dibattimento, in violazione degli artt. 511,512 e 513, cod. proc. pen., elementi di conoscenza destinati a rimanervi estranei, non potendo quel provvedimento essere espunto da tale fascicolo.

2. Il Procuratore generale ha depositato requisitoria scritta, concludendo per l'inammissibilità del ricorso.

Considerato in diritto

1. Il ricorso è inammissibile, trattandosi di provvedimento non impugnabile e che non presenta alcun profilo di abnormità.

2. L'art. 554-ter, cod. proc. pen., al comma 3, stabilisce che, per i processi con citazione diretta a giudizio, "se non sussistono le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere" e se il processo non deve essere celebrato secondo uno dei riti alternativi legali, "il giudice fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale".

La legge non indica espressamente quale sia la forma dell'atto con cui tale decisione è adottata, se cioè si tratti di un'ordinanza oppure di un decreto: anzi, nel riferirsi ad esso, il successivo comma 4 dello stesso art. 554-ter, lo indica con il termine generico di "provvedimento".

La distinzione, tuttavia, non è semplicemente accademica e la questione, lungi dal rimanere confinata al piano puramente terminologico, può avere delle ricadute significative proprio sotto il profilo dedotto in ricorso, ove si pensi che – in applicazione della regola generale dell'art. 125, comma 3, cod. proc. pen. – la motivazione delle ordinanze non soltanto è consentita, ma è addirittura dovuta a pena di nullità, mentre per i decreti essa è necessaria solamente qualora espressamente prevista dalla disciplina di rito.

3. Ritiene il Collegio che il provvedimento di cui si discorre abbia natura di decreto.

Vero è che il comma 1 del citato art. 125 assegna alla legge il compito di definire la forma dei provvedimenti del giudice ("la legge stabilisce i casi nei quali il provvedimento del giudice assume la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto"), ma è indiscutibile che, qualora essa non lo faccia apertis verbis, tocchi al giudice stabilirla, se ciò sia necessario ai fini della decisione che è chiamato ad adottare.

Escluso, dunque, che si tratti di sentenza, essendo tale solo il provvedimento con cui il giudice definisce il grado del giudizio (salve le eccezioni specificamente previste dalla legge: decreti penali di condanna, procedimenti incidentali dì riesame ed appello cautelare), deve rilevarsi che la legge processuale non indica, in linea generale, specifici tratti peculiari e distintivi tra "ordinanza" e "decreto", tanto sul piano formale (se si eccettua proprio la necessità o meno della motivazione), quanto dal punto di vista funzionale.

Nella disamina di un nuovo istituto processuale – come sono quelli della c.d. "udienza filtro" e del conseguente provvedimento di prosecuzione del giudizio, previsti dal citato art. 554-ter, comma 3 – la fondamentale esigenza di unitarietà e non contraddizione dell'ordinamento impone, dunque, in mancanza di specifiche indicazioni normative, di verificare anzitutto se esso trovi un modello di riferimento già tipizzato.

Ebbene, nel caso che qui interessa, tale indagine si presenta di agevole soluzione, emergendo all'evidenza come il D.Lgs. n. 150 del 2022 (c.d. "riforma Cartabia"), che ha introdotto la disciplina in rassegna, abbia inteso sostanzialmente replicare, per i reati a citazione diretta, l'istituto dell'udienza preliminare (artt. 416 ss., cod. proc. pen.).

Tanto si coglie nitidamente dalla relazione illustrativa del predetto decreto legislativo (pubblicata in G.U., n. 245 del 19 ottobre 2022, serie gen., supplemento straordinario, in part. pagg. 318 – 321), che, nella descrizione del nuovo istituto, opera continui richiami alle corrispondenti norme in tema di udienza preliminare.

Ma, ancor prima, è sufficiente un rapido esame della relativa disciplina, per rilevare le numerose e qualificanti identità di regole rispetto all'udienza preliminare. Solo per citare le più significative, anche nel caso della nuova "udienza filtro" il giudice prende conoscenza del fascicolo del Pubblico ministero (art. 553, cod. proc. pen.); qualora, poi, ritenga non necessario il giudizio, pronuncia sentenza di "non luogo a procedere", secondo una formula, cioè, diversa da quelle di proscioglimento adottabili dal giudice

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del dibattimento (artt. 529 – 531, cod. pen.) ed esclusiva, prima della novella del 2022, del giudice dell'udienza preliminare; mentre, se reputi necessario procedere al dibattimento, questo si svolgerà davanti ad un diverso magistrato dell'ufficio; ed identico, infine, è il relativo parametro selettivo per la devoluzione al giudice del dibattimento, ovvero la "ragionevole previsione di condanna" (art. 425, comma 3, cod. proc. pen.).

Risulta, perciò, del tutto ragionevole concludere che, così come il corrispondente provvedimento terminale dell'udienza preliminare, ovvero il decreto che dispone il giudizio (art. 429, cod. proc. pen.), anche quello con il quale il Tribunale monocratico, nei casi di citazione diretta, disponga la prosecuzione del giudizio a norma dell'art. 554-ter, cod. proc. pen., ha natura di decreto.

Del resto, semmai lo si volesse classificare come "ordinanza", si darebbe vita ad una sorta di ircocervo procedurale, trattandosi di un provvedimento che dovrebbe essere necessariamente motivato (a norma del ricordato art. 125, cod. proc. pen.), ma che non potrebbe mai essere impugnato: né unitamente alla sentenza di primo grado, perché l'art. 586, cod. proc. pen., attribuisce tale possibilità solo rispetto alle ordinanze rese nel corso del dibattimento o degli atti ad esso preliminari, fase, quest'ultima, destinata ad aprirsi in séguito (art. 555, stesso codice); né per abnormità, trattandosi di un atto espressivo di un potere specificamente assegnato al giudice dalla legge e che non determina alcuna stasi processuale.

4. Tanto premesso, e venendo alla disamina della questione specificamente sollevata con il ricorso, va osservato che la motivazione di tale provvedimento non è necessaria, ma, allo stesso tempo, neppure è vietata, mancando specifiche disposizioni normative nell'uno o nell'altro senso.

Né può ritenersi che la sua presenza determini, per ciò solo, un pregiudizio per l'imparzialità del giudice del dibattimento: il quale, in perfetta simmetria con quanto accade per i processi che transitano dall'udienza preliminare, non sarà vincolato dalla valutazione del giudice che lo ha preceduto, peraltro calibrata su un parametro diverso e meno stringente rispetto al suo (la colpevolezza, cioè, "al di là di ogni ragionevole dubbio": art. 533, cod. proc. pen.), né potrà derogare alle ordinarie regole di lettura degli atti delle indagini preliminari (art. 511 – 514, cod. proc. peri.), sol perché essi, ritualmente conosciuti – come s'è visto – dal giudice della "udienza filtro", siano stati da lui citati nell'eventuale motivazione del provvedimento di prosecuzione del giudizio.

In questo senso, d'altronde, la Corte di cassazione ha già avuto modo di esprimersi proprio con riferimento al modello ispiratore del provvedimento in discussione, stabilendo che non è abnorme il decreto che dispone il giudizio emesso dal giudice dell'udienza preliminare contestualmente ad un'ordinanza che contenga valutazioni sulla responsabilità dell'imputato, in quanto tale atto non determina stasi processuale (Sez. 6, n. 8836 del 03/02/2020, S., Rv. 278712, la quale in motivazione ha precisato che, onde evitare effetti pregiudicanti per il giudice del dibattimento, la parte che vi ha interesse può sempre sollecitare lo stralcio dei contenuti esorbitanti rispetto alla vocatio in iudicium).

Esclusa, quindi, l'abnormità c.d. "funzionale", a maggior ragione non è configurabile quella "strutturale", quella, cioè, che è ravvisabile soltanto nelle ipotesi di esercizio, da parte del giudice, di un potere non attribuitogli dall'ordinamento processuale (carenza di potere in astratto), oppure di deviazione del provvedimento giudiziale rispetto allo scopo di modello legale, nel senso dell'esercizio di un potere previsto dall'ordinamento, ma in una situazione processuale radicalmente diversa da quella configurata dalla legge, e cioè completamente al di fuori dei casi consentiti, perché al di là di ogni ragionevole limite (carenza di potere in concreto). Nel caso in esame, infatti, il giudice ha esercitato un potere riconosciutogli specificamente dalla legge, nei casi consentiti e con forme non vietate, e perciò legittime. – *Omissis.*

Udienza predibattimentale e prosecuzione del processo mediante decreto

Gian Marco Baccari*

In tema di udienza predibattimentale, la Suprema Corte ha riconosciuto la natura di decreto al provvedimento che dispone la prosecuzione del processo, anche nei casi in cui il giudice abbia accompagnato la decisione con una motivazione più o meno dettagliata. Secondo la corte di legittimità la presenza della motivazione, pur se non richiesta dalla legge processuale, non rende abnorme il provvedimento in questione, così come era stato già stabilito in passato con riferimento al decreto di rinvio a giudizio adottato al termine dell'udienza preliminare. Non sembrano, tuttavia, adeguatamente valorizzati i possibili condizionamenti derivanti dal corredo giustificativo di tale decisione sul libero convincimento del giudice dibattimentale.

La vicenda processuale

Con la sentenza della Cassazione penale n. 23639/2024 in commento, la corte di cassazione per la prima volta ha fornito alcuni importanti chiarimenti sul provvedimento con cui il giudice, all'esito dell'udienza predibattimentale introdotta dalla così detta riforma Cartabia, dispone la prosecuzione del processo.

Nel caso di specie, a seguito dell'esercizio dell'azione penale nelle forme della citazione diretta da parte del pubblico ministro, il giudice dell'udienza predibattimentale presso il Tribunale di Vercelli aveva sancito con un'ordinanza motivata la prosecuzione del giudizio dibattimentale nei confronti dell'imputato, ai sensi dell'art. 554-*ter*, 3° comma, c.p.p.

Contro tale ordinanza, l'imputato, per mezzo del suo difensore di fiducia, ha proposto ricorso per cassazione, lamentando l'abnormità funzionale per carenza di potere in concreto, per avere il giudice di-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sposto il prosieguo del giudizio con un provvedimento motivato, "non essendo ciò previsto, invece, dall'anzidetta disposizione normativa, allo scopo di garantire l'imparzialità del giudice investito della prosecuzione del dibattimento e della decisione". Secondo il ricorrente, peraltro, il giudice "predibattimentale" si sarebbe spinto oltre il proprio perimetro, avendo ritenuto "ragionevole formulare, allo stato degli atti, una chiara ed evidente previsione di condanna".

Il ricorso, tuttavia, è stato dichiarato inammissibile, in quanto il provvedimento in questione non è impugnabile e, ad avviso della corte, la presenza della motivazione non dà luogo ad alcun profilo di abnormità.

Prima di esaminare in dettaglio le questioni specifiche di cui si è occupata la sentenza in epigrafe, riteniamo opportuno condurre una breve disamina della recente normativa processuale che disciplina l'udienza di comparizione predibattimentale (artt. 554-*bis* e seguenti c.p.p.)[1].

L'innesto dell'udienza predibattimentale nel rito a citazione diretta

Come noto, la riforma Cartabia (D.Lgs. n. 150/2022), preso atto del "fallimento" del rito a citazione diretta che troppo spesso ha condotto a giudizi dibattimentali culminati in pronunce assolutorie[2], ha introdotto un'inedita udienza predibattimentale da svolgersi davanti al giudice monocratico per i casi di citazione diretta a giudizio. Si è osservato in dottrina che l'udienza predibattimentale, introducendo nel rito a citazione diretta un nuovo filtro tra la fase delle indagini preliminari e quella del dibattimento[3], rappresenta la "scommessa pragmatica"[4] dell'intervento riformatore per quanto concerne il giudizio di primo grado.

Proprio l'udienza predibattimentale costituisce l'istituto processuale su cui convergono le più alte aspettative di razionalizzazione dei procedimenti a citazione diretta[5], da cui dovrebbero scaturire, in particolare, i più rilevanti effetti deflattivi per il giudizio di primo grado.

Al contempo, l'intervento riformatore del 2022 ha provveduto alla modifica della regola volta a selezionare le vicende penali che meritano di essere trattate nella fase dibattimentale. Il legislatore ha previsto un'unica identica regola sia per l'archiviazione sia per la pronuncia che arresta il rito subito dopo l'udienza preliminare e quella predibattimentale, stabilendo che il giudice pronunci la sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi acquisiti non consentono "una ragionevole previsione di condanna". Questo criterio, divenuto uniforme per situazioni diverse, si è andato a sostituire alla regola precedentemente prevista agli artt. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., che faceva, invece, perno sulla inidoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio.

Alcune finalità dell'udienza predibattimentale sono riconducibili alle funzioni tipiche dell'udienza preliminare[6], in quanto il nuovo istituto è funzionale "a consentire un vaglio preliminare, più snello di quello previsto dagli articoli 416 ss. c.p.p., circa la fondatezza e la completezza dell'azione penale".

L'udienza predibattimentale si celebra in camera di consiglio davanti a un giudice appartenente allo stesso ufficio di tribunale monocratico[7], che però è persona fisica diversa da quella che è chiamata a giudicare sulla responsabilità penale dell'imputato all'esito del dibattimento. Il giudice della nuova udienza "filtro", al quale viene trasmesso l'intero fascicolo del pubblico ministero insieme al fascicolo per il dibattimento con il decreto di citazione (art. 553 c.p.p.), dovrà decidere per la prosecuzione del giudizio dibattimentale in tutti i casi in cui sia formulabile una "ragionevole previsione di condanna"; in caso contrario, sarà tenuto a emettere una sentenza di non luogo a procedere. Con il filtro dell'udienza predibattimentale, dunque, si opera una selezione preliminare delle accuse da sottrarre al vaglio dibattimentale, anche allo scopo di proteggere l'imputato dall'esposizione mediatica, quando non sussiste un'effettiva necessità del dibattimento[8].

Altre finalità dell'udienza predibattimentale, invece,

---

[1] In argomento, per più ampie riflessioni, ci sia consentito rinviare a G. M. Baccari, *L'udienza predibattimentale nel rito a citazione diretta*, Torino, 2024.

[2] Così F. Trapella, *La citazione diretta a giudizio*, in *Cass. Pen*., 2020, 3030 e segg.

[3] Cfr. la stessa *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d. l. A.C. 2435*, solitamente indicata come Relazione Lattanzi, in *Sist. Pen.*, 15 ottobre 2021, 31.

[4] Così M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto: guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *Sistema Penale*, 2 novembre 2022, 65.

[5] Cfr. la *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. 2/2023*, in *cortedicassazione.it*, 5 gennaio 2023, nella quale si richiamano le riflessioni di G. Canzio, *Il modello "Cartabia": una riforma di sistema tra rito e organizzazione*, in *Guida dir.*, n. 42, 2022, che così descrive l'essenza dell'udienza predibattimentale: "a tale udienza è demandata, oltre l'esercizio di poteri di controllo sulla legalità delle indagini e sulla chiarezza e precisione delle imputazioni, la funzione strategica di temperare l'incontrollato dispiegarsi dell'obbligatorietà dell'azione penale, precludendo l'accesso ai processi inutili e superflui secondo il più rigoroso criterio prognostico di condanna dell'imputato, così da sollecitarne il ricorso ai riti alternativi".

[6] Cfr. la *Relazione illustrativa al testo definitivo del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *G.U.*, *Serie Generale n. 245*, 19 ottobre 2022, *Suppl. str. n. 5*, 151.

[7] Sul punto cfr. F. Alvino, *Rifondazione delle "udienze preliminari" e implicazioni di sistema: riflessioni a prima lettura a margine del recente disegno di legge delega di riforma del processo penale*, in *Arch. Pen.*, 2020, 8.

[8] Sono considerazioni svolte all'interno della *Relazione della Commissione Lattanzi*, cit., 31, in cui, stante il ridotto numero di condanne pronunciate in esito al rito a citazione diretta, si ribadisce ancora una volta l'antico saggio adagio in base al quale "il dibattimento, per chi è costretto a subirlo, costituisce già di per sé una "pena", che non deve essere inflitta se ne mancano le ragioni".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sono più peculiari della prima udienza di comparizione. L'udienza predibattimentale, invero, svolge una funzione organizzativa[9], in quanto "risponde allo scopo di concentrare in un momento anticipato tutte le attività prodromiche a quelle propriamente istruttorie e decisorie tipiche della fase dibattimentale, per consentire una più efficiente organizzazione di questo momento dell'attività giudiziaria, liberando il giudice che vi è preposto da incombenze diverse da quelle istruttorie e decisorie". Nell'ambito di quest'ultima funzione, la nuova udienza diviene il luogo di attuazione di alcune delle attività tipiche del predibattimento, tra cui spiccano la verifica della regolare costituzione delle parti e la risoluzione delle questioni preliminari. Come emerge dalla stessa *Relazione illustrativa* al decreto delegato, proprio tali incombenze, in ragione della loro imprevedibilità, impediscono di solito la predisposizione di un calendario realistico di udienze dibattimentali e, in particolare, dell'istruttoria.

L'assetto normativo introdotto dalla Riforma dà vita a un'udienza di natura ibrida: se, da un lato, è assimilabile a una sorta di udienza preliminare, dall'altro, quando non sussistono i presupposti per filtrare le azioni penali avventate, assume i caratteri di una vera e propria udienza di comparizione dibattimentale. Le attività svolte in questa fase producono effetti negli stadi successivi del dibattimento e sono integralmente finalizzate a garantire una maggiore speditezza della fase cruciale del giudizio penale.

Il giudice dell'udienza predibattimentale

L'introduzione dell'udienza predibattimentale ha comportato la necessità di individuare il giudice più idoneo a svolgere le funzioni attribuite al nuovo istituto.

Nella scelta del giudice al quale affidare la "conduzione" dell'udienza predibattimentale le possibili proposte sul campo erano due: assegnare un simile compito a un magistrato dell'ufficio g.i.p. ovvero a un giudice dibattimentale. La preferenza è stata accordata a quest'ultima possibilità[10]. L'udienza predibattimentale, quindi, ha introdotto un "filtro intraneo"[11]: la valutazione allo stato degli atti dell'accusa è compiuta da un giudice appartenente allo stesso ufficio cui spetta la decisione di merito, anche se, ovviamente, si dovrà trattare di un magistrato diverso da quello dibattimentale.

Le ragioni in favore di tale opzione sono bene illustrate nella Relazione redatta dalla Commissione Lattanzi.

Il primo ordine di ragioni attiene all'attività tipicamente svolta dal giudice dibattimentale: la *Relazione* individua nella figura di questo giudice il profilo "più idoneo ad effettuare la valutazione sulla sufficienza o meno degli elementi raccolti dal pubblico ministero a determinare la condanna dell'imputato"[12], poiché "nella sua tipica attività, [il giudice del dibattimento] applica le regole del giudizio sulla imputazione".

Il secondo ordine di ragioni concerne questioni organizzative, dato che l'aumento di citazioni dirette a giudizio comporterà di conseguenza un numero molto elevato di udienze predibattimentali. Nella *Relazione* si osserva che il numero dei giudici per le indagini preliminari è nettamente inferiore a quello dei giudici dibattimentali, "onde la quantità, che comunque rimarrà elevata, delle richieste del pubblico ministero di disporre il giudizio potrà essere distribuita tra questi ultimi" in modo più equo ed efficiente che rispetto ai primi.

L'ultima considerazione svolta nella relazione Lattanzi attiene alla sfera psicologica. Qui si legge, infatti, l'auspicio che, nei casi di incertezza del quadro "probatorio" in senso lato, la scelta meno impegnativa per il giudice subisca "un'efficace controspinta (...) quando la decisione meno faticosa (ossia quella del rinvio a giudizio) sia effettuata, anziché da magistrati appartenenti ad una diversa ed estranea struttura organizzativa (come è, nei grandi tribunali, la sezione giudice per le indagini rispetto alle sezioni dibattimentali), da magistrati appartenenti alla medesima struttura e, quindi, soggetti ai giudizi di stima dei colleghi". In altre parole, l'individuazione del giudice appartenente ai ranghi dell'ufficio dibattimentale affonda (anche) sul rilievo che, in tal modo, "la valutazione sulla necessità del dibattimento sarà più rigorosa ed effettiva".

Tali considerazioni non sono state condivise da una parte della dottrina[13].

Anzitutto, è stato obiettato che il giudice dibattimentale, proprio perché consapevole della "forza" del contraddittorio nella formazione della prova, po-

[9] Così C. Pansini, *Il procedimento davanti al Tribunale in composizione monocratica*, in A. Scalfati-A. Bernasconi-A. De Caro-M. Menna-C. Pansini-A. Pulvirenti-N. Triggiani-C. Valentini-D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, IV ediz., Torino, 2023, 721.

[10] Si tratta, del resto, della stessa opzione già operata dal d.d.l. A.C. 2435.

[11] Così E. Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. Pen.*, 2022, 19. L'Illustre Autore sottolinea come in tale modello scompaia la diversità funzionale caratterizzante l'attuale udienza preliminare che, in conformità al modello angloamericano, si basa sull'attribuzione del potere di rinvio a giudizio ad un magistrato estraneo all'ufficio a cui compete la pronuncia di merito.

[12] Così la *Relazione Lattanzi*, cit., 32.

[13] In tal senso M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *Cass. Pen.*, 2021, 3070; E. Marzaduri, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri dibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *Relazione al Convegno degli studiosi del processo penale*, 20-21 gennaio 2022, in *studiosiprocessopenale.it*; G. Spangher, *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, in *www.ilpenalista.it*, 7 giugno 2021, 1; N. Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2022, 143 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

trebbe essere indotto a ritenere i procedimenti sempre meritevoli di un ulteriore approfondimento istruttorio, salvo casi di evidenti lacune investigative[14]. A ben vedere, però, la preoccupazione manifestata pare eccessiva: l'esperienza maturata nella formazione della prova può consentire al giudice predibattimentale una valutazione più ponderata sull'utilità di celebrare il dibattimento, soprattutto nella prospettiva della potenziale idoneità del quadro probatorio a confutare l'ipotesi accusatoria[15]. D'altro canto, i magistrati chiamati a tenere la nuova udienza sono ben consapevoli del fine ultimo perseguito con l'innesto del nuovo istituto *de quo* nel tessuto codicistico, che è appunto la deflazione dibattimentale.

Quanto all'argomentazione di carattere psico-attitudinale, ossia che i giudici del dibattimento sono meglio disposti nei confronti dei provvedimenti motivati come la sentenza di non luogo a procedere, sembra di trovarsi di fronte ad un assioma indimostrato[16].

Sul piano organizzativo, tuttavia, la scelta di affidarsi a un giudice diverso da quello del dibattimento, sebbene proveniente dagli stessi organici, sembra in controtendenza rispetto agli obiettivi di semplificazione[17]. Tale modello potrebbe non essere sostenibile con gli attuali organici degli uffici giudiziari[18] e potrebbe comportare alcuni seri inconvenienti generati dal regime delle incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p., in particolare nelle realtà giudiziarie medio-piccole[19]. Come è stato ben messo in luce in dottrina, per scongiurare simili gravi complicazioni, una novella di siffatta portata avrebbe dovuto essere preceduta da un'imponente immissione in ruolo di nuovi magistrati, oltre che di personale amministrativo e di cancelleria[20].

La questione, di recente, è emersa con forza in un procedimento penale, celebrato dinanzi al Tribunale di Siena, relativo a una imputazione di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341-*bis* c.p.). Nel corso di quel procedimento il giudice dell'udienza predibattimentale aveva disposto la prosecuzione del giudizio davanti a un giudice diverso, individuato secondo i criteri di assegnazione degli affari previsti nella tabella di orga-

---

[14] Così C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *Arch. Pen. web*, 2022, 2, 7.

[15] R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, in *Quest. giust.*, n. 4, 2021, 157, la quale evidenzia che "sul piano culturale, poi, investire il giudice del dibattimento di una valutazione preventiva della consistenza degli elementi accusatori potrebbe indurre preoccupanti mutamenti di prospettiva. Vi è il rischio di una distorsione nell'atteggiamento culturale del giudice chiamato a celebrare l'udienza filtro: sapendo di dover operare per deflazionare il defatigante dibattimento di primo grado, potrebbe divenire più sensibile a emettere sentenze di non luogo a procedere, dando ingresso – nella formazione del suo giudizio – a esigenze che non attengono alla stretta valutazione dei fatti".

[16] Così G. Spangher, *L'udienza predibattimentale e il giudizio abbreviato condizionato: dalla Relazione Lattanzi due discutibili novità*, cit., 1: "sono sicuramente tutte da verificare le argomentazioni per le quali la valutazione di questo giudice si lascerebbe apprezzare rispetto al giudice dell'udienza preliminare, sotto i vari profili – indicati nella Relazione – peraltro a doppio taglio: maggiore idoneità valutativa, adeguato numero di giudici dibattimentali, maggiore disponibilità all'impegno motivazionale".

[17] In senso critico su questa opzione del riformatore si esprime A. Diddi, *L'udienza-filtro nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2023, 180.

[18] Si vedano, al riguardo, le osservazioni critiche espresse dal Consiglio Superiore della Magistratura nella *Delibera* 22 settembre 2022, 24, in *www.csm.it*.

[19] Così N. Triggiani, *L'udienza predibattimentale monocratica*, cit., 151, il quale evidenzia che all'interno dei tribunali medio-piccoli, che sono la maggioranza in Italia, la scarsità di magistrati non consente ai criteri tabellari di riassegnazione dei procedimenti di superare i problemi organizzativi generati dall'introduzione del nuovo istituto, producendo ulteriori dilatazioni nelle tempistiche processuali. Cfr. anche R. Ianniello, *Osservazioni critiche in merito alla udienza filtro per i procedimenti a citazione diretta*, cit., 157, secondo la quale "negli uffici di medie e piccole dimensioni, la criticità organizzativa riguarderà non tanto l'imponenza dei numeri quanto il pericolo di assenza di un numero di giudici sufficiente a fronteggiare le nuove esigenze. Qualche esempio concreto: presso il Tribunale di Terni [...], al dibattimento penale sono assegnati solo quattro giudici. Con numeri così esigui non sarà facile assicurare la celebrazione dell'udienza filtro e la successiva fase dibattimentale innanzi al giudice terzo: basterà a mettere in crisi il sistema qualche assenza per maternità, qualche congedo per malattia, qualche collocamento fuori ruolo al Ministero della giustizia o qualche applicazione extradistrettuale". Per scongiurare l'incompatibilità, la circolare D.A.G. del 20 ottobre 2022 prevede, tra le "Segnalazioni organizzative", una serie di accorgimenti, tra i quali, in primo luogo, la necessaria "rimodulazione del documento tabellare nella parte relativa all'organizzazione delle udienze monocratiche attraverso la previsione di criteri predeterminati di abbinamento fisso (ed eventualmente reciproco ove le dimensioni organiche lo impongano) tra il magistrato che è chiamato a celebrare l'udienza *ex* art. 554-*bis* e quello che sarà investito del compito della celebrazione del dibattimento", e la individuazione di "specifiche soluzioni (...) per quegli Uffici in cui i magistrati addetti al settore monocratico svolgano anche funzioni di componenti del tribunale del riesame in relazione alle procedure di riesame cd. reale. Ovviamente, in questi casi, dovrà provvedersi all'adozione di un modulo organizzativo (necessariamente parametrato sulle dimensioni dell'ufficio) che scongiuri ragioni d'incompatibilità tra i componenti del collegio di questa fase incidentale ed i magistrati del settore monocratico investiti della cognizione predibattimentale e dibattimentale sui medesimi procedimenti. In tali evenienze, un'eventuale soluzione potrebbe, ad esempio, rinvenirsi nel coinvolgimento, sempre secondo criteri predeterminati, dei giudici per le indagini preliminari (non funzionalmente incompatibili) quali giudici dell'udienza predibattimentale limitatamente alle procedure ove sia impossibile individuare a tal fine un giudice del settore monocratico".

[20] In tal senso si veda G. Spangher, *Riforma processo penale: l'udienza predibattimentale nel rito monocratico*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 6 settembre 2021, il quale prefigura il rischio che un procedimento finora gestito da un unico magistrato veda coinvolti due o addirittura tre giudici diversi, in caso di annullamento con rinvio della sentenza di non luogo a procedere appellata dal pubblico ministero. Si è allora paventato che, ancora una volta, si dovrà ricorrere al supporto dei giudici onorari, la cui competenza risulta oggi più estesa per via del significativo ampliamento delle fattispecie incriminatrici previste all'art. 550 c.p.p.: per queste interessanti e condivisibili considerazioni si veda F. D'Alessio, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta*, in G. Spangher (a cura di), *La Riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 528.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nizzazione dell'ufficio. A causa della temporanea indisponibilità del giudice designato ("il giudice diverso"), il Presidente del Tribunale aveva adottato un provvedimento di supplenza, assegnando allo *iudex suppletor* l'intero ruolo del magistrato in origine designato.

Tuttavia, il giudice supplente era la stessa persona fisica che aveva già celebrato l'udienza predibattimentale, ossia colui che, dopo avere avuto accesso agli atti del fascicolo del pubblico ministero, aveva formulato la "ragionevole previsione di condanna" alla base della prosecuzione del giudizio davanti al "giudice diverso".

Il magistrato del Tribunale di Siena, escluso il ricorso all'istituto dell'astensione, ha evidenziato che il giudice del "predibattimento" è chiamato a compiere una valutazione "di merito" sulla consistenza dell'ipotesi d'accusa; una situazione che, in certa misura, pregiudica la terzietà e può ledere il diritto di difesa. È di tutta evidenza che la situazione è sostanzialmente sovrapponibile a quella che si determina tra giudice dell'udienza preliminare e giudice dibattimentale.

Ma, mentre il codice di rito prevede in modo espresso l'incompatibilità tra giudice dell'udienza preliminare e il giudice del dibattimento (art. 34, 2º comma, c.p.p.), un caso analogo di incompatibilità non è stato previsto per la progressione dall'udienza predibattimentale a quella dibattimentale. L'omissione sembra scaturire dalla circostanza che la legge delega non ha attribuito al Governo il potere di introdurre ipotesi di incompatibilità.

Dopo aver escluso – correttamente – la possibilità di colmare in via analogica una simile lacuna, il Tribunale di Siena ha investito della questione la Corte costituzionale, sollecitando l'emissione di una sentenza additiva al dettato normativo dell'art. 34 c.p.p.: invero, l'omessa previsione dell'incompatibilità in parola si pone in aperto contrasto con i fondamentali valori della terzietà e dell'imparzialità della giurisdizione, collegati alla garanzia del giusto processo, nonché con una serie di parametri costituzionali e convenzionali frequentemente evocati nella giurisprudenza del Giudice delle leggi in ordine all'art. 34 c.p.p., oltre che con il principio-valore di eguaglianza e ragionevolezza[21].

Con la sentenza n. 179 del 2024, la Consulta ha ritenuto fondata la censura per violazione degli artt. 24, secondo comma, e 111, 2º comma, Cost. In particolare, la Corte ha affermato che "la sola prescrizione della diversità del giudice del dibattimento rispetto a quello predibattimentale non è sufficiente ad assicurare la piena garanzia del giusto processo, trattandosi di una fattispecie in cui il pregiudizio all'imparzialità e terzietà del giudice del dibattimento è di gravità tale da dover essere necessariamente prevista in via generale e predeterminata come ipotesi di incompatibilità"[22].

Analogie e differenze con l'udienza preliminare

La disciplina prevista agli art. 554-*bis* c.p.p. e seguenti evidenzia forti punti di contatto con quella dell'udienza preliminare, soprattutto in relazione alla funzione di filtro dalle accuse azzardate e alla possibilità per il giudice, anche d'ufficio, di controllare la correttezza dell'imputazione[23], tanto che in dottrina non è mancato chi, a proposito dell'udienza predibattimentale, ha parlato di "mini-udienza preliminare"[24].

Più in particolare, tra le due udienze in questione si nota l'identità della regola di giudizio, delle modalità di controllo sull'imputazione, dell'epilogo decisorio nonché della disciplina della condanna del querelante alle spese e ai danni, oltre che dell'impugnazione e della revoca della sentenza di non luogo a procedere[25].

Tuttavia, la disciplina contenuta negli artt. 554-*bis* e 554-*ter* c.p.p. presenta dei vuoti rispetto a quella dedicata all'udienza preliminare.

Innanzi tutto, non è chiaro se nell'udienza predibattimentale trovi spazio una discussione tra le parti dinanzi al giudice, analoga a quella prevista in udienza preliminare dall'art. 421, 2º comma, c.p.p., che impone all'interno di questa fase processuale lo svolgimento di un'ampia discussione, coinvolgente il pubblico ministero, l'imputato e le altre parti private. In via interpretativa, trattandosi di udienza camerale, potrebbe ritenersi valida la regola generale sancita dal terzo comma dell'art. 127 c.p.p., secondo cui le parti "sono sentite" se compaiono[26]. In aggiunta, si osserva

---

[21] Cfr. Trib. Siena, ordinanza 14 febbraio 2024, in *http://www.questionegiustizia.it/articolo/nota-ord-siena-2024.*

[22] Corte cost., sent. 14 novembre 2024, n. 179, in *G.U., 1ª Serie Speciale, Corte costituzionale*, *n. 47*, 20 novembre 2024.

[23] Cfr. M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *sistemapenale.it*, 16 Gennaio 2023, 2, il quale ritiene che i profili di somiglianza dell'udienza predibattimentale con l'udienza preliminare siano più numerosi e importanti delle differenze.

[24] L'espressione si ritrova in M. Gialuz-J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *Sist. Pen.*, n. 4, 2020, 182. Nello stesso senso anche N. La Rocca, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo, che ora scorre senza contrappesi*, in *Arch. Pen.*, 2020,1,16; A. Marandola, *Introduzione*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali* a cura di A. Marandola, Milano, 2022, XVII. In termini ancora più netti si esprimono A. Bassi – C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Milano, 2021, 37, per i quali l'udienza predibattimentale sarebbe "a tutti gli effetti [...] un'udienza preliminare (anche se definita "predibattimentale")". Nello stesso senso anche A. Spinelli, *Luci e ombre della nuova udienza predibattimentale*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2022, 6, 525, per il quale l'udienza predibattimentale ricalca in modo pressoché pedissequo struttura e funzioni dell'udienza preliminare, "arrivando, nella sostanza, a rappresentarne una duplicazione".

[25] Cfr. C. Trabace, *L'udienza predibattimentale che verrà*, cit., 6.

[26] Cfr. F. Lombardi, *L'udienza predibattimentale nella Riforma "Cartabia": uno schema operativo con alcuni spunti di riflessione*, in *Giur. Pen. web*, 2022, 12, 11.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che la discussione, oltre a essere d'aiuto al giudice nell'operare le proprie valutazioni, potrebbe anche spronare l'imputato, specie qualora emergessero prove a carico dotate di una certa solidità, a optare per un rito alternativo al dibattimento[27]: una scelta che il 2° comma dell'art. 554-*ter* c.p.p. impone, a pena di decadenza, prima della decisione conclusiva dell'udienza.

Alcune nette differenze, viceversa, si colgono in modo chiaro sul piano dell'estensione dei poteri del giudice. Sotto questo profilo, nell'udienza predibattimentale, il giudice non può ordinare ulteriori indagini (art. 421-*bis* c.p.p.)[28], né ammettere le prove decisive ai fini del non luogo a procedere (art. 422 c.p.p.).

L'esclusione di siffatti poteri integrativi presenta alcuni vantaggi. Il più lampante è quello di semplificare l'*iter* e, quindi, di renderlo più spedito. Un altro vantaggio è quello di responsabilizzare il pubblico ministero a esercitare l'azione penale soltanto in presenza di indagini complete, non potendo più la pubblica accusa confidare in un eventuale soccorso giurisdizionale d'ufficio[29]. È stato, peraltro, ben evidenziato che la mancanza di poteri di integrazione potrebbe in certi casi rendere più complicato il compito del giudice[30]: invero, "la valorizzazione delle finalità deflattive avrebbe ben potuto spingere il legislatore a consentire egualmente l'assunzione di prove non impegnative sul piano della tempistica, delle quali possa affermarsi come evidente la decisività ai fini della pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere"[31].

A differenza di ciò che è espressamente previsto dall'art. 421 c.p.p. per il rito ordinario, all'interno dell'udienza predibattimentale non trova spazio l'ipotesi che l'imputato possa rendere spontanee dichiarazioni o l'interrogatorio[32]. Invero, in relazione alle prime, la previsione dell'art. 494 c.p.p. non opera per questa fase del dibattimento; quanto all'interrogatorio, l'attività probatoria può svolgersi in questa fase soltanto nelle forme e nei termini dell'esame previsto dall'art. 503 c.p.p.

Analogamente a quanto avviene per l'udienza preliminare (art. 423, comma 1°-*bis* c.p.p.)[33], all'udienza predibattimentale è attribuito "il compito di definire l'oggetto del giudizio"[34], conferendo al giudice penetranti poteri di controllo sulla correttezza della stesura giuridica e sostanziale dell'imputazione (art. 554-*bis*, commi 5° e 6°, c.p.p.).

Gli epiloghi dell'udienza predibattimentale: la sentenza di non luogo a procedere

L'udienza predibattimentale può concludersi in due modi: con la sentenza di non luogo a procedere (art. 554-*ter*, 1° comma, c.p.p.) oppure, in assenza di una definizione mediante riti alternativi, con la fissazione della data dell'udienza dibattimentale, in modo da consentire la prosecuzione del giudizio (art. 554-*ter*, 3° comma, c.p.p.).

La disciplina del non luogo a procedere è ricalcata sul modello della sentenza conclusiva dell'udienza preliminare. Così, la sentenza di non luogo a procedere si avrà se, "sulla base degli atti trasmessi ai sensi dell'articolo 553 c.p.p., sussiste una causa che estingue il reato o per la quale l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita, se risulta che il fatto non è previsto dalla legge come reato ovvero che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato o che l'imputato non è punibile per qualsiasi causa". Il giudice dell'udienza predibattimentale, disponendo

---

[27] Così M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit., 6.

[28] In proposito si veda S. Renzetti, *L'udienza preliminare ridisegnata e la nuova udienza di comparizione predibattimentale*, in E. M. Catalano, R.E. Kostoris, R. Orlandi (a cura di), *Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, Torino, 2023, 169. Aderendo alla tesi già avanzata da M. Busetto, *Nuova regola di giudizio e integrazioni conoscitive del giudice dell'udienza preliminare*, in *Arch. Pen.*, 2023, 2 e seg., l'Autrice auspica l'armonizzazione dei due filtri, "non già estendendo al giudice predibattimentale i poteri istruttori di cui gode il collega dell'udienza preliminare, bensì, all'opposto, deprivando entrambi dei poteri integrativi". Di contrario avviso è F. Tondin, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *Cass. Pen.*, 2023, 414, secondo cui l'assenza di poteri integrativi rappresenta un punto critico della Riforma Cartabia, perché impedisce al giudice di svolgere la funzione di controllo sull'inazione del pubblico ministero.

[29] Cfr. M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit., 5.

[30] Cfr. ancora M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit., 5.

[31] Così E. Marzaduri, *Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, XI ed., Milano, 2023, 810.

[32] La rinuncia a simili baluardi del diritto di difesa dell'imputato sarebbe da ricondurre alla scelta del legislatore di non ampliare in udienza predibattimentale la piattaforma probatoria: sul punto, in senso critico, si veda F. Giunchedi, *Figlia di un dio minore. Gli ingiustificati* deficit *dell'udienza predibattimentale*, in *Arch. Pen. web*, 20 febbraio 2024, 11, il quale osserva come "interrogatorio, esame dell'imputato e sue spontanee dichiarazioni, su un piano dogmaticamente ortodosso, costituiscono strumenti di difesa e quindi si pongono su altro piano".

[33] Tale articolo è stato aggiunto dalla riforma Cartabia per rispondere "all'esigenza di celere definizione dei procedimenti, in quanto la completezza dell'imputazione e la sua correttezza (in punto di fatto e di diritto), per di più realizzata (salvo contrasti) senza retrocessione degli atti e nel contraddittorio con le parti, per un verso, consente il più rapido superamento dei casi problematici, per altro verso, facilita l'accesso ai riti alternativi, soprattutto se preclusi proprio dalla qualificazione giuridica o, in ogni caso, scoraggiati da fatti mal descritti o qualificazioni errate. La soluzione adottata, oltre a impedire il verificarsi dell'evento anomalo per cui è solo con il decreto di rinvio a giudizio che emerge la qualificazione ritenuta dal giudice, consente altresì di svolgere il dibattimento su un oggetto (in fatto e in diritto) corretto, riducendo il rischio tanto di istruttorie inutili quanto di modifiche (*ex* art. 516 ss. c.) o retrocessioni (art. 521 c.) in corso di dibattimento o, addirittura, in esito ad esso": così la *Relazione illustrativa al testo definitivo del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 107.

[34] Sul punto cfr. ancora la *Relazione illustrativa al testo definitivo del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, cit., 153.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dunque di una piattaforma cognitiva completa, può adottare la sentenza di non luogo a procedere "anche quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna", ai sensi dell'art. 554-*ter*, 1° comma, c.p.p.[35].

L'intento del riformatore appare chiaro: occorre che il filtro dell'udienza predibattimentale sia efficace in modo da deflazionare i dibattimenti. Ciò nonostante, in dottrina si dubita che lo spirito autentico della novità trovi facile accoglienza in giurisprudenza[36]. In altre parole, si paventa il rischio che i magistrati dell'udienza predibattimentale possano attribuire alla nuova regola di giudizio un significato simile, se non identico, a quello precedente, visto che resta un insopprimibile margine di discrezionalità a fronte di locuzioni sovrapponibili nella sostanza[37].

Segue: il provvedimento di fissazione dell'udienza dibattimentale

In conformità al criterio di delega posto dall'art. 1, 12° comma, lett. e), L. n. 134/2021, nel caso in cui non sia possibile definire il processo con rito speciale o con l'emanazione di una sentenza di non luogo a procedere, il giudice della nuova udienza-filtro "fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso" (art. 554-*ter*, 3° comma, c.p.p.), disponendo la restituzione del fascicolo del pubblico ministero. Dalla disciplina complessiva emerge evidente che, negli auspici del riformatore, lo sviluppo nello stadio dibattimentale successivo dovrebbe rappresentare l'eccezione[38].

La pronuncia di legittimità in commento sottolinea, da una parte, che il legislatore non ha indicato in modo espresso quale sia la forma dell'atto con cui viene adottata la decisione "alternativa" alla sentenza di non luogo a procedere; da un'altra parte, che nel comma quarto dell'art. 554-*ter* c.p.p., per indicare tale decisione, è stato impiegato un termine generico quale è quello di "provvedimento"[39].

Giustamente si osserva che la questione va ben oltre l'aspetto "accademico", potendo avere ripercussioni anche sotto il profilo di eventuali invalidità e, quindi, della impugnabilità della decisione stessa.

Il ragionamento condotto dal collegio della sesta sezione della Suprema Corte prende le mosse dall'incontrovertibile principio per cui spetta alla legge il compito di definire la forma dei provvedimenti giurisdizionali (art. 125, 1° comma, c.p.p.). Tuttavia, a giudizio della corte di ultima istanza, in assenza di una specifica previsione legislativa, è il singolo giudice a dover determinare la forma del provvedimento.

Escludendo che possa trattarsi di una sentenza, poiché la decisione in parola non definisce un grado di giudizio né tantomeno uno stato, l'alto consesso si interroga se il provvedimento *de qua* debba assumere la forma di un'ordinanza oppure di un decreto.

Al quesito, in prima battuta, non pare che possa darsi una risposta in termini netti, atteso che la disciplina processuale non indica in via generale quali siano gli "specifici tratti peculiari e distintivi" dell'una e dell'altro. A livello formale la differenza saliente è che l'ordinanza, al pari della sentenza, richiede sempre una motivazione, intesa come l'enunciazione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno indotto il giudice ad adottare il provvedimento, a pena di nullità, mentre il decreto necessita di motivazione soltanto quando ciò è espressamente previsto dalla legge (art. 125, 3° comma, c.p.p.).

Dal punto di vista del contenuto e della funzione, inoltre, si è soliti affermare che le ordinanze hanno la peculiarità di intervenire su questioni incidentali o comunque relative alla gestione del procedimento, mentre i decreti esprimono un comando dell'autorità giudiziaria. Si tratta di una distinzione di massima, che conosce non poche eccezioni: basti pensare, ad esempio, alle ordinanze che concludono il processo, come quelle che dichiarano inammissibile l'impugnazione, oppure al decreto penale di condanna.

Nell'affrontare l'interrogativo iniziale, la corte di cassazione ritiene necessario verificare l'esistenza nel sistema processuale di un modello di riferimento già tipizzato da poter estendere all'udienza predibatti-

---

[35] Vale la pena notare che il D.Lgs. n. 31/2024 ha inserito nel corpo del primo comma dell'art. 554-*ter* c.p.p. il riferimento espresso agli alinea 2, 3 e 4 dell'art. 424 c.p.p., dedicato alla sentenza di non luogo a procedere emessa al termine dell'udienza preliminare. Ne consegue che il giudice dell'udienza predibattimentale deve deliberare il provvedimento subito dopo la chiusura della discussione, dandone lettura alle parti presenti. La sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito di questa particolare "*pretrial hearing*", di regola, deve essere depositata in cancelleria immediatamente, salvo che non sia possibile procedere alla redazione immediata dei motivi nel qual caso il giudice è tenuto a provvedere non oltre il trentesimo giorno da quello della pronuncia. Resta fermo il diritto delle parti di ottenere una copia del provvedimento.

[36] Alcune perplessità sono avanzate da E. Amodio, *Filtro "intraneo" e filtro "estraneo" nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, cit., 21, il quale segnala che "l'efficacia della deliberazione dell'accusa ai fini del rinvio a giudizio non può dipendere dall'alchimia dei parametri decisori, ma si raccorda in larga misura alla percezione della propria funzione da parte dei magistrati". Sul punto si veda C. Fanuele, *I nuovi criteri per la decisione di non luogo a procedere*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2023, 958 e segg.

[37] Così M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, cit., 7. Cfr. E. Marzaduri, *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri dibattimentali*, cit., 27; C. Naimoli, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2022, 831.

[38] In questi termini si esprime la *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. 2/2023*, in *www.cortedicassazione.it*, 5 gennaio 2023, 151.

[39] Il 4° comma dell'art. 554-*ter* c.p.p. impone un intervallo di almeno venti giorni prima che si possa tenere l'udienza dibattimentale, al fine di consentire alla difesa di preparare al meglio la propria strategia difensiva anche in vista della presentazione delle liste delle persone di cui intende chiedere l'esame.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

mentale "in virtù del principio di unitarietà dell'ordinamento e di non contraddizione". Tale modello viene agevolmente individuato nell'udienza preliminare, sia per le "numerose e qualificanti identità di regole" tra i due diversi istituti "di filtro", sulle quali ci siamo già dilungati in precedenza, sia per i continui richiami operati proprio alle norme dell'udienza preliminare dalla Relazione illustrativa al D.Lgs. n. 150/2022. La Suprema Corte perviene così alla conclusione che il provvedimento con cui il giudice dell'udienza predibattimentale dispone la prosecuzione del processo ai sensi dell'art. 554-*ter* c.p.p. "ha natura di decreto". L'indirizzo accolto trova fondamento nella simmetria con quanto avviene all'esito dell'udienza preliminare (art. 429 c.p.p.).

La tesi sostenuta dalla corte di legittimità sembra condivisibile, pur richiedendo qualche precisazione. In particolare, va sottolineato che la pronuncia annotata afferma la "natura" di decreto della decisione *de qua*, prendendo quindi atto che la legge processuale non impone al giudice dell'udienza predibattimentale di adottare formalmente un decreto, a differenza della disciplina prevista dall'art. 429 c.p.p. La ragione della difformità appare chiara. Nel rito a citazione diretta, una volta che il pubblico ministero ha esercitato l'azione penale, si entra direttamente nella fase dibattimentale, di cui la nuova udienza di comparizione *ex* art. 554-*bis* c.p.p. è parte integrante. Il D.Lgs. n. 150/2022 non ha imposto alcuna indicazione né di contenuto né di forma[40] all'epilogo alternativo alla sentenza di non luogo a procedere proprio perché si tratta di un mero rinvio ad altra udienza nell'ambito della medesima fase processuale[41] e non di una *vocatio in iudicium*, che è integrata dal decreto di citazione formulato in precedenza dal pubblico ministero. La data della successiva udienza dibattimentale e il giudice "diverso" avanti al quale sarà tenuta saranno resi noti alle parti tramite il verbale dell'udienza predibattimentale. Eventuali questioni potranno essere sollevate nel prosieguo del dibattimento, secondo le modalità ivi previste. In questa maniera il legislatore delegato, nella prospettiva efficientistica, garantisce il recupero al dibattimento "vero e proprio" di tutte quelle attività "preparatorie" compiute nella nuova udienza-filtro, spesso assai dispendiose sotto il profilo dei tempi processuali.

L'interpretazione è pienamente suffragata da un dato normativo che non risulta menzionato dalla sentenza in commento. Si allude all'ultimo comma dell'art. 125 del codice di rito, in cui si stabilisce che, al di fuori dei casi in cui la legge prevede in modo espresso l'emanazione di una sentenza, di un'ordinanza e di un decreto, i provvedimenti del giudice "sono adottati senza particolari formalità".

La motivazione indebita: un'anomalia davvero innocua?

Nel completare il proprio ragionamento, la Corte, dopo aver stabilito la natura di decreto del provvedimento di prosecuzione del processo, aggiunge che la motivazione a corredo di tale decisione non è necessaria, "ma, al tempo stesso, neppure è vietata, mancando specifiche disposizioni normative nell'uno o nell'altro senso". Né un divieto del genere potrebbe farsi discendere dall'esigenza di salvaguardare la verginità conoscitiva e, quindi, l'imparzialità del giudice del dibattimento, poiché quest'ultimo non è "vincolato dalla valutazione del giudice che lo ha preceduto, [valutazione] peraltro calibrata su un parametro diverso e meno stringente rispetto al suo (la colpevolezza, cioè, "al di là di ogni ragionevole dubbio": art. 533 c.p.p.)".

A supporto della tesi propugnata, il collegio della sesta sezione richiama quell'indirizzo interpretativo che esclude l'abnormità[42] del decreto di rinvio a giudizio contenente la valutazione degli elementi dell'accusa, in quanto ciò non determina alcuna stasi processuale[43] e, peraltro, non impedisce alla parte interessata di sollecitare lo stralcio dei contenuti non strettamente funzionali alla *vocatio in iudicium*[44].

Queste ulteriori riflessioni contenute nella sentenza annotata non ci paiono invece condivisibili. In particolare, risulta apodittica l'affermazione secondo cui la motivazione del provvedimento di prosecuzione non è vietata. A parere di chi scrive, l'assenza di un'espressa previsione legislativa sulla motivazione di un atto giudiziale non implica che la scelta di motivare sia lasciata alla completa discrezionalità dell'organo giurisdizionale.

Anzi, proprio il corretto parallelismo con il modello di riferimento individuato dalla stessa corte di cassazione nell'udienza preliminare porta a ritenere, sulla base di un'interpretazione sistematica, che al giudice predibattimentale sia vietato esplicitare le ragioni di

[40] In argomento cfr. E. N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *Arch. Pen. web*., n. 3, 2021, 35: "L'eventuale esito con decisione di non luogo a procedere, basata sul criterio di giudizio della ragionevole previsione di condanna, costituirebbe l'alternativa a un non ben definito, né individuato nella delega, provvedimento di fissazione della data per una nuova udienza, da tenersi non prima di venti giorni di fronte a un altro giudice, per l'apertura e la celebrazione del dibattimento".

[41] Osserva F. D'Alessio, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta*, cit., 535, che "per "*prosecuzione*" debba intendersi un passaggio temporale, senza soluzione di continuità, da un momento all'altro di una stessa attività o, per l'appunto, fase".

[42] Sulla distinzione tra abnormità strutturale, quando l'atto per la sua singolarità si pone al di fuori del sistema, e abnormità funzionale, quando l'atto, pur non estraneo al sistema, determini la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo, si veda, tra le altre, Cass. Sez. un. Pen., 26 gennaio 2000, M., in *CED*, n. 215094.

[43] Cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 2006, T., in *CED*, n. 235090.

[44] In tal senso si veda Cass. pen., Sez. VI, 3 febbraio 2020, S., in *CED*, n. 278712.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

fatto e di diritto in virtù delle quali ha disposto la prosecuzione del processo. Come noto, in linea con lo spirito della Dir. n. 52 della legge delega n. 81 del 1987, tra i requisiti tipici del decreto di rinvio a giudizio disciplinato dall'art. 429 c.p.p. non figura la motivazione in senso tecnico. Tale mancanza ha una precisa e comprensibile *ratio*: da un lato, vuole evitare "il pregiudizio che deriverebbe all'imputato, ove un giudice prima del dibattimento affermasse l'attendibilità degli elementi di prova a carico"[45]; dall'altro, intende prevenire un potenziale attentato all'imparzialità del giudice di merito.

Ebbene, le medesime preoccupazioni in ordine ai possibili condizionamenti del giudice del dibattimento derivanti dalle valutazioni compiute nell'udienza *ex* art. 554-*bis* c.p.p. inducono ad escludere in modo categorico la possibilità di motivare il provvedimento favorevole alla prosecuzione del processo. Tanto più che, nel caso in esame, la verifica "preliminare" è compiuta da un magistrato del medesimo ufficio del quale fa parte il giudice del dibattimento. L'assunto secondo cui il giudice del merito rimane "libero" rispetto alla valutazione effettuata dal collega "della porta accanto", oltre a essere palesemente ovvio, non costituisce una rassicurazione sufficiente sulla neutralità psichica in concreto del giudice che sarà chiamato a decidere sulla colpevolezza dell'imputato "al di là di ogni ragionevole dubbio". L'imparzialità del giudice è un principio fondamentale dell'ordinamento, costituzionalizzato nell'art. 111 Cost., e che gode di una tutela anticipata: basti pensare all'istituto dell'incompatibilità, volto ad assicurare anche che il giudice "appaia" imparziale.

Peraltro, nel procedimento penale a citazione diretta non risulterebbe neppure percorribile la soluzione escogitata in giurisprudenza in ordine al decreto di rinvio a giudizio indebitamente motivato, vale a dire l'eliminazione, su richiesta di una delle parti private, della "porzione" motiva del provvedimento nel segmento processuale dedicato alla formazione dei fascicoli. Invero, nel rito a citazione diretta non vi è alcun segmento dedicato alla definizione in contraddittorio del contenuto del fascicolo per il dibattimento. Quest'ultimo viene formato e trasmesso alla cancelleria del giudice dal pubblico ministero insieme al decreto di citazione (art. 553 c.p.p.).

La gravità degli effetti di un provvedimento indebitamente motivato, capace di influenzare il convincimento del giudice dibattimentale, solleva forti interrogativi sull'ulteriore conclusione a cui è pervenuta la pronuncia annotata, ossia che l'anomalia in parola dia luogo ad una mera irregolarità. Fermo restando che non ricorre una nullità, sia per l'assenza di previsioni speciali, sia per l'impossibilità di ricondurre il vizio in esame ai parametri delle nullità generali, la sentenza in epigrafe si uniforma all'orientamento giurisprudenziale che ha escluso l'abnormità del decreto di rinvio a giudizio contenente la valutazione degli elementi di accusa, in quanto ciò non provoca alcuna stasi processuale né si tratta di un atto emesso da un giudice carente di potere[46].

Eppure, proprio l'abnormità sembrerebbe essere "l'unica sanzione idonea a compensare gli effetti negativi derivanti dal trasferimento al giudice di merito di un decreto che, oltre ad essere argomentato, contiene un giudizio dotato di una particolare autorità, perché frutto di risultanze probatorie talvolta articolate e perché emesso in alternativa alla sentenza di non luogo a procedere e alle sue ampie formule terminative"[47]. Pur ammettendo che la prevalente casistica giurisprudenziale ricollega l'abnormità alle radicali imperfezioni genetiche e funzionali oppure alla assoluta singolarità di un provvedimento rispetto al paradigma normativo, non si può ignorare che a volte l'abnormità è stata riferita al provvedimento "incompatibile con i principi generali del sistema"[48]: tra di essi va certamente annoverato il principio di imparzialità del giudice. Ecco allora che l'abnormità pare potersi ricollegare anche al provvedimento motivato in modo indebito, ove l'aggettivo qualificativo è giustificato, atteso che la motivazione non soltanto non è richiesta dalla legge processuale, ma non svolge alcuna funzione[49]: in effetti, il provvedimento interlocutorio adottato all'esito dell'udienza predibattimentale non deve apportare alcun contributo alla ricostruzione dei fatti e non è suscettibile di impugnazione.

---

[45] Così Tonini-C. Conti, *Manuale di procedura penale*, XXV ed., Milano, 2024, 740.

[46] Alle pronunce citate nelle note precedenti deve aggiungersi anche Cass. pen., Sez. VI, 6 marzo 2008, B. e altri, in *CED*, n. 238913; Cass. pen., Sez. VI, 19 dicembre 2001, A. e altri, *ivi*, n. 221303.

[47] In tal senso N. Galantini, *Eccesso di motivazione del decreto dispositivo del giudizio: vizi e rimedi*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2110.

[48] Cfr. Cass. pen, Sez. VI, 7 gennaio 1999, Garati, in *Cass. Pen.*, 2000, 729.

[49] In questo senso, con riferimento al decreto di rinvio a giudizio, si veda ancora N. Galantini, *Eccesso di motivazione del decreto dispositivo del giudizio: vizi e rimedi*, cit., 2110-2111.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La responsabilità degli amministratori di s.r.l.

a cura di Tilde Cavaliere

La disciplina della responsabilità degli amministratori della s.r.l. presenta alcune peculiarità che la differenziano rispetto a quella della s.p.a. E se le modifiche apportate dal Codice della crisi hanno indubbiamente comportato un avvicinamento tra i due tipi capitalistici con riferimento ad alcuni significativi profili, risolvendo vecchie questioni, i silenzi del legislatore riguardo a taluni aspetti, non irrilevanti, della suddetta disciplina hanno creato un arco di dubbi e sforzi interpretativi non sempre approdati a soluzioni condivise.

Premessa

La disciplina dettata dal legislatore del 2003 in tema di responsabilità di amministratori di s.r.l. si è rivelata piuttosto scarna, dominando il silenzio, tra l'altro, riguardo ai doveri dei suddetti amministratori e alla responsabilità per la loro inosservanza, ed in particolare, al grado di diligenza richiesto nell'esercizio delle loro funzioni, al dovere di agire in modo informato circa le operazioni da compiere; alla delegabilità delle loro funzioni e conseguente graduazione della responsabilità; al dovere di curare o valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e contabile; alla possibilità per i creditori di agire nei loro confronti. A tali reticenze, sempre che di vere lacune si trattasse, ha comunque posto rimedio l'interpretazione della giurisprudenza che, sulla scia della dottrina, ha contribuito a sciogliere alcuni nodi interpretativi, aprendo la strada a quelle soluzioni adottate recentemente dal Codice della Crisi e volte a realizzare un avvicinamento tra la disciplina della s.r.l. e quella della s.p. a nella materia che ci occupa.
Elementi di differenziazione, tuttavia, permangono, come si potrà osservare scorrendo il contenzioso in tema di responsabilità.

La responsabilità da gestione degli amministratori nei confronti della società: natura e presupposti

Natura contrattuale

Come noto, la responsabilità degli amministratori verso la società ha natura contrattuale, riconducibile al contratto peculiare di amministrazione, non identificabile puramente nel contratto di mandato, con il conseguente assoggettamento all'inversione dell'onere della prova di cui all'art. 1218, sancito anche dal primo comma dell'art. 2476 c.c. ove si stabilisce che la responsabilità di cui alla norma citta non si estende a quegli amministratori "che dimostrino di essere esenti da colpa" (in applicazione di tali principi v., da ultimo, Cass. civ., 20 settembre 2024, n. 25260, che in tema di ripartizione dell'onere probatoria ha ribadito che la società è tenuta ad allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri, come pure a provare il danno ed il nesso di causalità tra violazione e danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestati, l'osservanza di detti doveri (cfr., *ex multis*, Cass. civ., 29 marzo 2024, n. 8559, in *Società*, 2024, 753; Cass. civ., 6 novembre 2017, n. 26300; App. Firenze, 13 settembre 2024; Trib. Venezia, 7 giugno 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, Trib. Napoli, 12 dicembre 2022, Trib. Milano, 7 marzo 2018 e Trib. Roma, 13 gennaio 2017, tutte in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*). Si è inoltre precisato che nel caso di "disponibilità patrimoniali pacificamente fuoriuscite dall'attivo della società, questa, nell'agire per il risarcimento del danno nei confronti dell'amministratore, può limitarsi ad allegare l'inadempimento, consistente nella distrazione di dette risorse, mentre compete allo stesso amministratore la prova del suo adempimento, consistente nella destinazione delle attività patrimoniali all'estinzione di debiti sociali (come quelli aventi ad oggetto gli utili di esercizio ed i compensi spettantigli) o il loro impiego per lo svolgimento dell'attività sociale" (Cass. civ., 12 maggio 2021, n. 12567 e v. anche Cass. civ., 7 aprile 2020, n. 2975 secondo la quale "nell'ipotesi in cui la contestazione avanzata dall'attore verta sulla presenza di passività ingiustificate all'interno del bilancio, ai fini del rigetto della domanda, è sufficiente che la documentazione giustificativa prodotta dagli amministratori sia contestata solo in maniera generica dall'attore").
Sulla scia dei propri precedenti, la sopra citata Cass. civ., 20 settembre 2024, n. 25260, ha ulteriormente stabilito che "ove i comportamenti (dell'amministratore) che si assumono illeciti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

lealtà, coincidente con il precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri. In tal caso, l'onere della prova da parte della società non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore, ma investe una serie di elementi dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza. Il contenuto di siffatti obblighi di carattere generale può specificarsi solo con riferimento alle circostanze del caso concreto; pertanto, in relazione alla mancata osservanza, da parte dell'amministratore, dell'obbligo di diligenza, chi agisce in giudizio deve dare dimostrazione di una serie di indici dai quali è possibile inferire la violazione del predetto dovere" (nello stesso senso, Cass. civ., 9 novembre 2020, n. 25056; Cass. civ., 16 dicembre 2020, n. 28718, in *Società*, 2021, 359).

Quanto ai presupposti della responsabilità, la loro individuazione è influenzata dal contenuto concreto dei doveri violati ed è consueta in giurisprudenza l'affermazione che l'amministratore non assume nei confronti della società l'obbligo di raggiungere un determinato risultato e che l'adempimento del suo dovere di gestione si sostanzia nello svolgimento di un'amministrazione diligente e corretta; fermo restando, ovviamente, i doveri specifici degli amministratori che impongono adempimenti puntuali agli obblighi che derivano dalla legge o dall'atto costitutivo.

Come si è puntualmente osservato in dottrina, anche se a rigore la diligenza attiene al metro con il quale valutare l'adempimento delle obbligazioni e non al contenuto di queste ultime, essa con riferimento al generale obbligo di gestire la società assume la funzione di specificare i comportamenti dovuti.

Da quanto detto, risulta rilevante determinare lo *standard* di diligenza richiesto agli amministratori di s.r.l. nell'adempimento delle loro obbligazioni nei confronti della società.

Grado di diligenza richiesto agli amministratori

Ora, una peculiarità della disciplina della s.r.l. in materia di doveri degli amministratori e responsabilità per la loro inosservanza è rappresentata dal silenzio dell'art. 2476, circa il grado di diligenza richiesto ai suddetti amministratori, a differenza di quanto accade nella s.p.a., ove l'art. 2392, 1° comma, specifica che gli amministratori devono adempiere ai propri obblighi con "la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze". Tale carenza ha suscitato fra gli interpreti l'interrogativo se sia necessaria una differenziazione dei modelli di condotta secondo i tipi di società.

In proposito, occorre innanzitutto precisare che la giurisprudenza ritiene che il silenzio del legislatore non escluda certo l'applicazione, in base ai principi generali, dell'art. 1176; norma, questa, comprensiva anche del più elevato grado di diligenza riferito alla natura dell'attività esercitata e richiesta dal secondo comma della norma *de qua* per l'esercizio di un'attività professionale. In particolare, si afferma che sia dovuta la diligenza professionale di cui al secondo comma dell'art. 1176, rilevandosi come il riferimento alla natura dell'incarico di cui all'art. 2392 in tema di s.p.a. sia una specificazione della suddetta norma (*ex multis*, Trib. Milano, 26 febbraio 2023, in *Giur. It.*, 2023, 1858 con nota di Passador; Trib. Roma, 3 novembre 2023, *in www.giurisprudenzadelleimprese.it*. e già Trib. Roma, 8 aprile 2020, in *Giur. It.*, 2021, 103 e segg., con note di Cagnasso e di Tabellini; Trib. Napoli, 12 dicembre 2022, cit.; Trib. Milano, 28 febbraio 2011, in *Riv. Dir. Soc.*, 2011, 205; Trib. Milano, 8 ottobre 2009, in *Dejure;* Trib. Santa Maria Capua Vetere, 15 novembre 2004, in *Società*, 2005, 477 e segg.).

Sia pur non soffermandosi approfonditamente sul punto, molte pronunce, peraltro riferite alle fattispecie concrete con un organo amministrativo che presentava un'organizzazione di tipo corporativo (consiglio di amministrazione, amministratori delegati) hanno inoltre ritenuto applicabile, anche alla s.r.l., lo standard di diligenza inerente alle specifiche competenze sei singoli amministratori, contenuta nel primo comma dell'art. 2392 (v. Trib. Roma, 3 novembre 2023, cit.; Trib. Roma, 23 novembre 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 8 aprile 2020, cit.; Trib. Milano, 26 febbraio 2023, cit.; Trib. Genova, 1° febbraio 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.* Trib. Genova, 8 febbraio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* . Più in particolare, Trib. Napoli, 12 dicembre 2022, cit. ha affermato che "ai sensi dell'art. 2476 c.c., gli amministratori rispondono verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri loro imposti dalla legge e dall'atto costitutivo, ovvero per non aver osservato, nell'adempimento di tali doveri, la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, come previsto dall'art. 2392 c.c. sulla responsabilità degli amministratori della s.p.a., applicabile *ex* art. 12 disp. prel. al c.c. anche alla società a responsabilità limitata". In senso conforme già Trib. Bologna, 1° settembre 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* secondo cui "nonostante il silenzio dell'art. 2476 c.c. circa il grado di diligenza richiesto, si ritiene ormai che, come per gli amministratori di s.p.a, debba farsi riferimento alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze possedute, la quale si specifica altresì nel dovere di agire informato e di curare e valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile. Lo stesso orientamento è espresso da Trib. Genova, 8 febbraio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.* ove si legge "pur in assenza di un'espressa previsione normativa, esigenze di coerenza sistematica inducono a ritenere che anche agli amministratori delle società a responsabilità limitata sia richiesta una diligenza di carattere professionale, determinata in funzione della natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze, così come previsto perle società per azioni dall'art. 2392 c.c.". Analogamente, Trib. Napoli, 11 aprile 2022, in *www.giurisprudenzdelleimprese.it* ha

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

rilevato come "la condotta dell'amministratore di s.r.l., equiparata per tale aspetto ai doveri che devono connotare il contegno degli amministratori di s.p.a., debba informarsi alla diligenza richiesta per natura dell'incarico ed alle specifiche competenze del settore; trattasi, dunque, della speciale diligenza richiesta, ai sensi dell'art. 1176, 2º comma, al professionista e non, come previsto nei tempi precedenti alla riforma del diritto societario, alla generica diligenza del mandatario". Lo stesso indirizzo è espresso da Trib. Roma, 19 ottobre 2015, in *www.dirittobancario.it*, secondo il quale nell'adempimento dei propri compiti, all'amministratore di s.r.l. è richiesta la diligenza desumibile dalla natura dell'incarico e in relazione alle specifiche competenze, cioè quella speciale diligenza prevista dall'art. 1176, secondo comma. Con riferimento ad un amministratore unico, cfr. Trib. Napoli, 7 novembre 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it).*

Business judgment rule

Una volta delineato il parametro della diligenza richiesta agli amministratori nell'adempimento dei loro obblighi, si può meglio comprendere la portata del principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali, salvo non si tratti di operazioni che valutate *ex ante*, difettino di un'adeguata istruttoria e si rivelino manifestamente irrazionali; principio, questo, comunemente noto quale regola dottrinale e giurisprudenziale della *business judgment rule* (non basta infatti che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse (Sul punto *ex multis*, da ultimo, Cass. civ., 20 settembre 2024, n. 25260; Cass. civ., 25 marzo 2024, n. 8069, in *Società*, 2024, 943, ove nota di Simionato; Cass. civ., 24 gennaio 2023, n. 2172, in *www.dirittobancario.it.*; Cass. civ., 4 luglio 2018, n. 17494, in *Società*, 2018, 1189, che ha ribadito il principio secondo il quale il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non possa mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere e quindi l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche, informazioni normalmente richieste e per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità. Per il merito, v. Trib. Catanzaro, 28 maggio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Venezia, 19 aprile 2023*;* Trib. Napoli, 11 dicembre 2023, in *Società*, 2023, 499 e segg.; Trib. Milano 23 maggio 2022; Trib. Napoli, 7 novembre 2022; Trib. Napoli, 11 aprile 2022 e Trib. Milano, 19 luglio 2022, tutte reperibili in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Roma, 23 novembre 2022, cit.; Trib. Milano, 4 marzo 2020, in *Giur. It.*, 2021, 1677 con nota di Gatti).
Specificazione dei più generali doveri di correttezza e diligenza che gravano sugli amministratori sono il dovere di agire informato ed il dovere di curare o valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo della società rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa che rappresentano nuove clausole generali del diritto societario.
Prima delle modificazioni introdotte dal Codice della Crisi, tali doveri non erano espressamente richiamati per la s.r.l., anche se il mancato richiamo, secondo un diffuso orientamento interpretativo, non significava che essi non dovessero trovare applicazione; ora però l'applicazione dell'art. 2381 alla s.r.l., in quanto compatibile, è espressamente previsto dall'art. 2475, 6º comma, c.c. ed il primo comma della suddetta norma richiama l'art. 2086 che prevede "il dovere dell'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale".

Dovere di istituzione di assetti adeguati

L'espressa previsione del dovere di istituzione di assetti adeguati anche in capo agli amministratori della s.r.l. fa sorgere anche per quest'ultima il problema, non incontroverso in dottrina, già in tema di s.p.a., se si tratti o no di un dovere coperto dalla *business judgment rule.*
La giurisprudenza pare abbia trovato una soluzione tendenzialmente condivisa sul punto, aderendo ad una ricostruzione secondo la quale anche con riferimento agli assetti organizzativi debba riconoscersi la discrezionalità degli amministratori: questo almeno è quanto emerge dalla pronuncia del **Trib. Roma, 8 aprile 2020**, in *Giur. It.*, 2021, 103 e segg., ove note di Cagnasso e M. Tabellini, che afferma il principio in base al quale la regola dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie degli amministratori (c.d. *business judgment rule*) trova applicazione anche con riferimento alle scelte organizzative incombenti sui suddetti amministratori nella predisposizione di assetti organizzativi adeguati, purché essa sia razionale, non sia *ab origine* connotata da imprudenza, tenuto conto del contesto, e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico (la sentenza è pubblicata, tra l'altro, anche in *Società*, 2020, 1339 con nota di Bartalena; in Giur. *Comm.*, 2021, II, 1358 e segg. con nota di Fortunato; in *Banca Borsa*, 2021, 278 con nota di Benedetti). A tale decisione si allinea anche Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. Comm.*, 2021, II, 1358 con nota di Fortunato; in *Società*, 2021, 239. Secondo i giudici l'operato degli amministratori in attuazione dei doveri di cui all'art. 2086, come novellato dal Codice della Crisi, è sindacabile nei limiti della *business judgment rule.*

S.r.l. semplificate

Di conseguenza mentre, da un lato, appare certo che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti di per sé una responsabilità dell'organo gestorio, dall'altro, ove una struttura organizzativa sia stata adottata, è possibile sottoporla a sindacato giudiziale, *ex* art. 2409 c.c., nei limiti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza (e precisamente, secondo i criteri dell'adeguatezza), in base ad una valutazione *ex ante;* ciò al fine di verificare se fosse idonea a far emergere gli indici della perdita della continuità aziendale e se la tipologia di interventi scelta dall'organo gestorio sia ragionevole e non manifestamente irrazionale (sul punto cfr. anche, se pur con riferimento alla s.p.a, Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 363, ove nota di Cagnasso; e riguardo alla s.r.l.: Trib. Torino, 20 novembre 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.; Trib. Milano, 3 dicembre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 2708 ove nota di Fregonara, con riferimento all'obbligo, per le s.r.l. semplificate, di attenersi alle prescrizioni normative di cui all'art. 2086, secondo comma. Da ultimo, si veda l'ordinanza della **Cass. civ., 24 gennaio 2023**, n. 2172, nella quale parrebbe estendersi l'applicazione della BJR anche alle scelte "organizzative" (nella specie la Suprema Corte ha rigettato il ricorso avverso la decisione di appello che aveva qualificato quale atto di *mala gestio* l'acquisto di un ramo d'azienda gravemente indebitato e dissestato, in quanto non accompagnato dalla contestuale adozione di adeguate risposte organizzative idonee a consentirne il rilancio).

Società in equilibrio economico - finanziario

Occorre ancora segnalare alcune recenti pronunce con le quali la mancata adozione di un adeguato assetto organizzativo viene sanzionata quale grave irregolarità che giustifica l'adozione di un provvedimento del tribunale *ex* art. 2409, non solo nella gestione di un'impresa in crisi, quanto piuttosto, e prima ancora, in una società che si trovi in una situazione di equilibrio economico–finanziario. Gli adeguati assetti, infatti, "sono funzionali proprio ad evitare che l'impresa scivoli inconsapevolmente verso una situazione di crisi o di perdita della continuità, consentendo all'organo amministrativo di percepire tempestivamente i segnali che preannunciano la crisi, consentendogli in tal modo di assumere le iniziative opportune" (**Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022**, in *Società*, 2022, 1430 con nota di Capelli; in *Giur. Comm.*, 2023, II, 318 con nota di Sorci). "In altri termini, la violazione dell'obbligazione di predisporre assetti adeguati è più grave quando la società non si trova in crisi, anche perché, proprio in tale fase, essa ha le risorse economiche per predisporre con efficacia le misure organizzative, contabili, amministrative": **Trib. Catanzaro, 6 febbraio 2024**, in *Giur. It.*, 2024, 1894 e segg. con nota di Fregonara. Con il suddetto decreto, il tribunale, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 2409, ha ritenuto necessario procedere senza indugio alla ispezione dell'amministrazione della società al fine di verificare: "l'esistenza di un organigramma aggiornato; l'esistenza di un mansionario, l'esistenza di un sistema di gestione e monitoraggio dei principali rischi aziendali; l'adozione di un *budget* e di strumenti di natura previsionale; la presenza di *reporting* e la redazione di un piano industriale; la predisposizione di una contabilità generale che consenta di rispettare i termini per la formazione del progetto di bilancio e di compiere un'adeguata analisi di bilancio; la previsione di una procedura formalizzata di gestione e monitoraggio dei crediti da incassare". Per completezza, occorre anche citare Trib. Catania, 8 febbraio 2023, in *Fallimento*, 2023, 817 con nota di Benazzo, che, se pur con un provvedimento in tema di s.p.a, ha affermato che la carenza assoluta di assetti organizzativi adeguati, nel sottrarsi ai limiti di sindacabilità delle scelte gestorie, costituisce un grave inadempimento degli obblighi gravanti in capo all'organo amministrativo, la quale configura una grave irregolarità, potenzialmente dannosa per la società e gli interessi dei creditori sociali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 c.c., con la conseguente necessità di adozione del provvedimento di revoca dell'organo amministrativo e di nomina di un amministratore giudiziario (Sul tema, per la s.r.l., cfr. anche, App. Venezia, 29 novembre 2022, in *Società*, 2023, 1395 e, recentemente, Trib. Venezia, 24 aprile 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*.).

Dovere di agire informato

Passiamo ora al dovere di agire informato, dal quale –si è rilevato– "si trae il principio per cui non può essere considerato diligente l'amministratore che, nel compiere atti di gestione, non acquisisca le conoscenze e le informazioni necessarie per operare una scelta consapevole".
Come noto, l'ultimo comma dell'art. 2381, che nel sistema è una norma di chiusura e sulla quale frequentemente si innescano problemi di responsabilità, pone agli amministratori tutti e, soprattutto, ai non delegati, il dovere di agire informati; dovere, questo, che non si esaurisce nel dovere di acquisire le informazioni necessarie al diligente svolgimento dell'attività gestoria, e che, in presenza di delega di poteri, deve essere coniugato con la funzione di valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi e l'andamento della gestione in rapporto alle informazioni che si ricevono dagli amministratori delegati. Con la conseguenza che l'obbligo di agire informati implica che ci sia anche un dovere di attivarsi per acquisire quelle informazioni che eventualmente le circostanze suggeriscano necessarie. Certo è che il rinvio all'art. 2381 evocando la dialettica tra organi deleganti e delegati anche per la s.r.l., comporta che a quest'ultima possa essere applicata una norma, quale l'art. 2392 (non ripetuta in materia di s.r.l.), che tale dialettica presuppone e che comporta una graduazione della responsabilità degli amministratori. Come noto, la suddetta norma configura la responsabilità solidale degli amministratori verso la società per inosservanza dei rispettivi doveri "a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" e pone la regola che la solidarietà continua ad operare, anche in caso di attribuzioni proprie di singoli amministratori o del comitato esecutivo, se gli amministratori deleganti, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, fermo quanto previsto dal terzo comma dell'art. 2381.
Per queste affermazioni si veda l'orientamento del tribunale di Milano e, in particolare, fra le pro-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

nunce più recenti, **Trib. Milano, 15 luglio 2022**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.* I giudici meneghini, con particolare riferimento agli amministratori non esecutivi, ritengono applicabili anche alla s.r.l. che contempli l'istituto della delega, i principi enunciati con riguardo alla s.p.a da una rilevante sentenza della Cassazione, 31 agosto, 2016, n. 17441, che rileva come il vecchio testo dell'art. 2392, contemplava l'obbligo degli amministratori di adempiere o propri doveri con la diligenza del mandatario, con la conseguente responsabilità solidale in ipotesi di inadempimento (eccettuato il caso di funzioni proprie del comitato esecutivo o di uno o più amministratori) ed imponeva un generale obbligo di vigilanza che faceva ricadere solidalmente sugli amministratori non operativi il pregiudizio cagionato dall'altrui condotta, quando fosse loro addebitabile la violazione di detto obbligo. La riforma del 2003 ha però modificato i termini della disciplina applicabile. Per un verso, gli amministratori operativi rispondono non già quali mandatari, bensì in ragione della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, il che nella sostanza equivale a dire che la diligenza esigibile dall'amministratore è quella del secondo comma dell'art. 1176., ragguagliata alle circostanze del caso. Per altro verso, gli altri amministratori non sono più sottoposti ad un generale obbligo di vigilanza... Insomma la responsabilità degli amministratori privi di specifiche deleghe operative non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare nei fatti in responsabilità oggettiva, ma deve riconnettersi alla violazione del dovere di agire informati, sia sulla base delle informazioni che a detti amministratori devono essere somministrate, sia sulla base di quelle che essi stessi possono acquisire di propria iniziativa... ne discende che gli amministratori non operativi rispondono per non avere impedito "fatti pregiudizievoli" dei quali abbiano acquisito in positivo conoscenza ovvero dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo posto dall'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta". Sulla scia della sopra citata sentenza dei giudici di legittimità, ma ora con riferimento alla s.r.l., si allineano recentemente, **Cass. civ., 29 maggio 2024, n. 15054**, in *www.ilcaso.it.;* e **Cass. civ., 22 aprile 2024, n. 10739,** in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it.*
Anche secondo Cass., 26 gennaio 2018, n. 2038, in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it*, l'art. 2476 c.c., pone invero la responsabilità solidale in capo agli amministratori, con formula più sintetica rispetto all'art. 2392 c.c. Nonostante alcune differenze letterali...identico è, tuttavia, il contenuto normativo: si dà responsabilità colpevole, mai oggettiva, dovendo essa pur sempre essere ancorata almeno all'elemento soggettivo della colpa; alla "cognizione" del fatto altrui va equiparata la conoscibilità; la mera annotazione del "dissenso" non è sufficiente, non trattandosi di esenzione formale, ma di sostanziale assenza di colpa, posto che non al mero procedimento di rituale verbalizzazione del dissenso in occasione del consiglio di amministrazione deliberante l'atto dannoso è ancorato l'esonero da responsabilità, ma all'effettiva mancanza di qualsiasi colpa sotto i due profili sopra menzionati". Per il merito, in senso conforme, si vedano: Trib. Genova, 1° febbraio 2023, cit.; Trib. Bologna, 1° febbraio 2023, in *www.giurosprudenzadelleimprese.it.;* Trib. Napoli, 18 maggio 2022**,** in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* App. Brescia, 22 ottobre 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Milano, 15 luglio 2021, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.;* ma già Trib. Milano, 31 ottobre 2016, in *www.dirittobancario.it.;* Trib. Milano, 5 maggio 2016, in *Società*, 2017, 385*;* Trib. Milano, 3 marzo 2015, in *Giur. Comm.*, 2016, II, 332 con nota di Corradi.

Conflitto di interessi

Nell'ambito dei doveri degli amministratori particolare considerazione merita quello di non agire in conflitto di interessi con la società (c.d. *duty of loyalty* che va ad affiancarsi al *duty of care* di cui detto). L'art. 2475-*ter*, prestando più attenzione alle sorti dell'atto compiuto che ai doveri di comportamento, non detta alcuna regola in tema di responsabilità degli amministratori per i danni derivanti alla società da un atto in conflitto di interessi. Anche se la suddetta norma non riproduce la comminatoria di responsabilità civile prevista per la s.p.a dall'art. 2391, 4° comma, a tale risultato si giunge comunque in base ai principi generali, alla stregua dell'art. 2476 c.c. (cfr. **Cass., 13 marzo 2023, n. 7279**, in *Società*, 2023, 1337 con nota di Bonavera, ove in motivazione si afferma che la facoltà per la società di agire, ai sensi dell'art. 2475-*ter c.c.*, per l'annullamento dei contratti conclusi dagli amministratori in conflitto di interessi, per conto proprio o di terzi, ove il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo, non esclude, invero, che la medesima condotta sia posta a fondamento non di un'azione caducatoria, qual è quella prevista nella norma menzionata, ma dell'azione di risarcimento del danno patito dalla società... Nel caso di azione di responsabilità contro gli amministratori di società a responsabilità limitata proposta dal socio, ai sensi del 3° comma dell'art. 2476, c.c., ai fini di ottenere il risarcimento del danno derivato alla società dalla conclusione di un contratto in una situazione di conflitto di interessi, si rende necessario l'accertamento del concreto conflitto, per conto proprio o di terzi, in capo all'amministratore, nel favorire unicamente interessi extrasociali, anziché quello della società, mediante la prova, a carico dell'attore, di indici ed elementi di anomalia del contesto in cui la scelta è stata compiuta".
Recentemente, Trib. Catanzaro, 22 gennaio 2024, in *www.ilcaso.it.*, dopo aver ribadito che a differenza di quanto dispone l'art. 2391 con riferimento agli amministratori di s.p.a., l'art. 2475-*ter*, per le

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

s.r.l., non preveda "regole di condotta che consentano l'emersione delle situazioni di conflitto rilevanti e la loro gestione endosocietaria al fine di scongiurare comportamenti abusivi degli amministratori, cionondimeno il comportamento dell'amministratore che agisce in conflitto di interessi deve ritenersi sindacabile sotto il profilo della violazione del generale dovere di correttezza cui egli è tenuto nel rapporto con la società. È pacifico, infatti, che la disciplina del conflitto di interessi individua una regola di *corporate governance* posta a presidio dell'interesse sociale ...orientando la condotta degli amministratori al perseguimento dello scopo per il quale il potere di gestione è attribuito. È inoltre pacifico che, in ogni caso, occorre sempre tenere conto dei doveri di diligenza e di correttezza che incombono sugli amministratori di società di capitali... e che l'insindacabilità delle scelte di gestione trova un proprio limite proprio ed anche nella presenza di una situazione di conflitto di interessi non manifestata". Sul tema, si vedano inoltre, Trib. Milano, 16 maggio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.*

Divieto di concorrenza

Con riferimento all'applicabilità alla s.r.l. dell'art. 2390 previsto per gli amministratori di s.p.a, si è precisato che a tal fine, sul piano concreto, "si richiede l'assunzione di una posizione che comporti il sistematico esercizio concorrenziale di atti coordinati ed unificati sul piano funzionale, non essendo sufficiente ad integrare la fattispecie il compimento di un solo atto di concorrenza che, al limite, può integrare ipotesi di conflitto di interessi o di violazione del generale dovere di fedeltà" (Trib. Roma, 23 gennaio 2017, in *www.ilcaso.it.).*

L'azione sociale di responsabilità

Legittimazione ad agire del singolo socio

Con una regola peculiare alla s.r.l., l'art. 2476, 3° comma°, stabilisce che legittimato a promuovere l'azione sociale di responsabilità è ciascun socio, indipendentemente dall'ammontare della sua partecipazione. Nonostante il silenzio del legislatore, che indubbiamente ha voluto attribuire un'incisiva tutela a favore di ciascun socio, e dopo una fase iniziale di dubbi, la giurisprudenza è ormai concorde nel ritenere che la legittimazione attiva debba essere riconosciuta anche alla società, per la ragione che l'obbligo risarcitorio degli amministratori si configura nei confronti della società e, di conseguenza, parrebbe incongruente non riconoscere al titolare di quel diritto un'azione diretta per far valere il medesimo in giudizio.

Legittimazione concorrente della società

Tanto più che proprio l'art. 2476 autorizza la società alla rinuncia e transazione della suddetta azione. Ne consegue che la legittimazione del socio è diretta a far valere in nome proprio un diritto altrui e ciò configura uno dei casi di sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c . I principi della legittimazione concorrente della società all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, del litisconsorzio necessario tra socio e società e la qualificazione del socio quale sostituto processuale sono ormai univocamente affermati dai giudici di legittimità (cfr., in particolare, Cass. civ., 26 maggio 2016, n. 10936, in *Giur. It.*, 2016, 2656 con nota di Spiotta, ove la Corte ha ritenuto che sebbene l'art. 2476, terzo comma c.c. nulla dica al riguardo, a differenza dell'analoga norma in tema di s.p.a., e, cioè dell'art. 2393-*bis*, 3° comma, c.c., nell'ipotesi in cui l'azione di responsabilità sia promossa dal singolo socio, debba essere integrato il contraddittorio nei confronti della società, quale litisconsorte necessario "non in virtù di un'interpretazione analogica dell'art. 2393 *bis* c.c., bensì per la sostituzione processuale (art. 81 c.p.c.) insita nell'esercizio di un'azione di responsabilità la cui legittimazione spetta innanzitutto alla stessa società danneggiata... Il legislatore ha introdotto, con l'art. 2476 c.c., la legittimazione del singolo socio della s.r.l. a proporre azione di responsabilità contro gli amministratori, valorizzandone il ruolo di iniziativa... Il suddetto socio gode di una legittimazione straordinaria, nell'interesse della società, riconducibile alla nozione di sostituzione processuale...pur se non necessariamente di natura surrogatoria, quantunque la sua azione supplisca, nella normalità dei casi, all'inerzia dell'assemblea". Si vedano inoltre, nello stesso senso, Cass. civ., 25 luglio 2018, n. 19745, ove come sottolinea il Supremo Collegio, l'art. 2476, 3° comma riconosce al socio di s.r.l. una "legittimazione straordinaria riconducibile alla figura della sostituzione processuale, contemplata dall'art. 81 c.p.c., e tale legittimazione "pur presentando assonanze con il diritto di agire in via surrogatoria *ex* art. 2900 c.c. non può considerarsi puntuale declinazione di tale diritto... Inoltre, la perdita della suddetta legittimazione si verifica solamente quando l'azione di responsabilità abbia formato oggetto, in base all'art. 2476, comma 5, di rinuncia o transazione da parte della società, nel rispetto delle maggioranze deliberative previste da tale norma. Invero "la tendenziale impermeabilità della legittimazione del socio rispetto all'attivazione della società risponde all'esigenza di meglio assicurare il diritto della società stessa alla reintegrazione del danno patrimoniale che le derivi dalla *mala gestio* dell'amministratore"; Cass. civ., 4 luglio 2018, n. 17493, in *Società*, 2018, 1189; Cass. civ., 27 dicembre 2019, n. 34529, in *Società*, 2020, 367. Circa gli aspetti procedurali, Cass. civ., 20 settembre 2021, n. 25317, in *Giur. It.*, 2022, 367 con nota di Vernero, ha affermato che "la società a responsabilità limitata è litisconsorte necessario nel giudizio di responsabilità promosso da un socio contro l'amministratore-rappresentante legale. Pertanto, sussistendo, in tal caso, un conflitto di interessi tra la società stessa e l'amministratore, legittimato passivo, si rende necessaria la nomina di un curatore speciale. Il curatore speciale perde i propri

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

poteri rappresentativi quando la situazione di conflitto di interessi che aveva determinato la necessità della sua nomina cessa: di conseguenza, il curatore speciale che abbia speso poteri rappresentativi dopo la nomina del nuovo organo gestorio, assume la veste di *falsus procurator"*. Riguardo alle applicazioni concrete, nella giurisprudenza di merito, dei sopracitati principi e dei loro corollari, si vedano, *ex multis*, Trib. Milano, 13 giugno 2024; Trib. Catanzaro, 28 maggio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 28 aprile 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.;* Trib. Milano, 26 febbraio 2023, in *Giur. It.*, 2023, 1858 *con nota di* Passador; Trib. Milano, 8 gennaio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 23 novembre 2022, cit.; Trib. Palermo, 5 aprile 2021, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Milano 10 ottobre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 369 con nota di Passador, ed in *Società*, 2020, 370, ove in motivazione si ha cura di precisare che "la legittimazione speciale attribuita al socio dall'art. 2476, terzo comma, c.c. ha natura derivativa rispetto alla legittimazione della società e dal momento che il socio nel proporre l'azione di responsabilità verso l'amministratore si limita ad esercitare un diritto proprio della società, la sua qualifica è presupposto indispensabile della sua legittimazione sostitutiva che deve sussistere al momento dell'instaurazione della causa e persistere sino alla pronuncia della sentenza, trattandosi di una condizione dell'azione". La perdita della qualità di socio determina l'improcedibilità della domanda per sopravvenuto difetto di legittimazione attiva. Ed ancora, Trib. Milano, 5 luglio 2016 che chiarisce come l'omessa integrazione del contraddittorio nei confronti della società, quale litisconsorte necessaria, in violazione dell'ordine del giudice, comporti, in caso di espressa eccezione, l'estinzione del giudizio *ex* art. 307, 3° comma, c.p.c. e, in difetto di tale eccezione, l'improcedibilità dell'azione.

Intestazione fiduciaria di partecipazioni

Occorre infine segnalare Trib. Milano, 13 gennaio 2023, in *Società*, 2023, 252, il quale ha sottolineato che in caso di intestazione fiduciaria di partecipazioni, ove all'effetto reale del trasferimento si associa l'effetto obbligatorio del *pactum fiduciae* con obbligo di retrocessione, la legittimazione ad agire spetta– ferma la legittimazione della società– al solo fiduciario).

Autorizzazione con decisione dei soci

Stabilita, dunque, la legittimazione concorrente della società, si discute, se sia richiesta, per l'esercizio dell'azione, una decisione dei soci, ovvero se la predetta azione possa essere intrapresa senz'altro dall'organo amministrativo; ferme restando differenti scelte ad opera dell'autonomia statutaria, nonché la possibilità che una decisione sia sollecitata dai soci che abbiano un terzo del capitale. La laconicità del legislatore ha generato così, ancora una volta, dubbi e sforzi interpretativi non sempre approdati a soluzioni condivise.
Recentemente la Suprema Corte ha affermato che "anche con riferimento ad una cooperativa a responsabilità limitata l'autorizzazione dell'assemblea al promuovimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, richiesta dall'art. 2393, costituisce una condizione dell'azione, la cui esistenza va verificata d'ufficio dal giudice" e che "è sufficiente che tale autorizzazione sussista nel momento della pronuncia della sentenza che definisce il giudizio". I giudici di legittimità hanno inoltre avuto cura di precisare che "la delibera assembleare con la quale è autorizzato il promuovimento dell'azione sociale di responsabilità deve contenere l'individuazione degli elementi costitutivi dell'azione, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo; in mancanza dei quali la delibera deve considerarsi generica, e dunque invalida, non essendo idonea ad esprimere la volontà compiutamente informata sei soci" (Cass. civ., 23 luglio 2021, n. 21245, in *www.ilcaso.it.*; ma già Cass. civ., 26 maggio 2016, n. 10936, cit., aveva affermato: "se è vero che l'art. 2476 ha un indubbio contenuto ellittico non contemplando espressamente l'azione sociale né tantomeno il relativo procedimento autorizzativo... tale omissione non può considerarsi significativa di un'ontologica diversità di struttura delle due azioni parallele", e cioè l'art. 2476, 3° comma e l'art. 2393-*bis*, 3° comma). Anche secondo l'orientamento del tribunale di Milano la competenza a deliberare la promozione dell'azione spetta alla collettività dei soci, soluzione, questa, chiaramente espressa da Trib. Milano, 28 maggio, 2015, in *Società*, 2015, 433 con nota di Meli. L'ordinanza, dopo aver ribadito l'indirizzo giurisprudenziale che ritiene l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. esercitabile anche dalla società, prende posizione appunto sulla discussa questione della titolarità del potere di iniziativa all'avvio dell'azione da parte della società, ritenendo che essa debba, a pena di improcedibilità, essere previamente autorizzata con decisione dei soci.

Delibera assembleare o decisione extrassembleare

Si legge in motivazione che corollario della legittimazione della società, concorrente con quella del socio se pur non espressamente menzionata dall'art. 2476 c.c., è proprio la "necessità, in caso di promovimento dell'azione da parte della s.r.l., di autorizzazione a mezzo di apposita delibera (adottata in sede assembleare o secondo le forme di consultazione ammesse dallo statuto) come previsto – per le s.p.a. – dal primo comma dell'art. 2393 c.c., da ritenere espressivo di un principio generale in tema di integrazione dei poteri di rappresentanza dell'organo gestorio". A tale conclusione "non osta la mancata menzione del tema nell'elencazione delle competenze assembleari di cui all'art. 2479 c.c., tale mancata menzione apparendo di per sé neutra in un sistema normativo che, come quello della s.r.l., non reca alcuna espressa disciplina in materia di promovimento dell'azione da parte della società... mentre, d'altra parte, appare significativa la norma *ex* art. 2476 c.c., che prevede espressamente – per l'ipotesi di azione di responsabilità promossa dal socio ai sensi del terzo comma – la rinuncia o la transazione da parte della società a mezzo della espressione di volontà di soci integranti

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

quorum qualificati". Tale disciplina è "indicativa della riferibilità dell'azione a iniziative (non dell'organo gestorio ma) della maggioranza dei soci". Occorre infine considerare che seguendo l'orientamento condivisibile dei giudici di legittimità, "l'autorizzazione dell'assemblea al promovimento dell'azione di responsabilità costituisce una condizione dell'azione, la cui esistenza va verificata d'ufficio dal giudice ed è sufficiente che tale autorizzazione sussista nel momento della pronuncia della sentenza che definisce il giudizio" (Nello stesso senso, tra le altre, Trib. Milano, 30 gennaio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Milano, 5 gennaio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Milano, 13 giugno 2024; Trib. Milano, 27 gennaio 2022, in *Giur. It.*, 2022, 2169 con nota di Cagnasso, ove si sottolinea come la "la delibera assembleare con la quale è stato autorizzato il promuovimento dell'azione sociale di responsabilità debba contenere l'individuazione degli elementi costitutivi dell'azione, sia sotto il profilo oggettivo, che soggettivo"; Trib. Milano, 10 aprile 2014; Trib. Milano, 30 giugno, 2008 in *Giur. It*., 2009, 396; Trib. Milano, 13 gennaio 2005, in *Giur. It.* 2005, 523 con nota di Cagnasso. In senso conforme al Tribunale di Milano si sono espressi: Trib. Napoli, 12 febbraio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Firenze, 21 aprile 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.;* Trib. Napoli, 11 aprile 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Torino, 19 novembre 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Padova, 19 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*).

Di segno opposto è invece l'orientamento, peraltro minoritario, del Tribunale di Roma, univoco nel reputare che l'azione *de qua* non richieda l'autorizzazione con decisione dei soci; tesi, questa, motivata spesso sulla base del dato letterale (fra le altre, **Trib. Roma, 18 ottobre 2023 in** *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Roma, 23 novembre 2022, cit.; Trib. Roma, 19 ottobre 2015, in *www.dirittobancario.it* Trib. Roma, 13 settembre 2013).

Ulteriori analogie con la s.p.a

La riconduzione alla regola deliberativa dettata per la s.p.a. induce poi alla necessità di verificare ulteriori analogie. Ci si è chiesti, infatti, se si possa applicare all'azione di responsabilità contro gli amministratori di s.r.l. la regola (art. 2392, 2° comma) secondo la quale la relativa delibera o decisione possa essere adottata anche quando non sia posta all'ordine del giorno, se ci si trova in sede di approvazione del bilancio; oppure se la deliberazione presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale comporti la revoca automatica dell'amministratore (art. 2393, 5° comma); o, ancora, se all'amministratore– socio possa impedirsi l'esercizio di voto nelle deliberazioni riguardanti la sua responsabilità (2373, 2° comma).

Su tali tematiche si è espresso il **Tribunale di Brescia, 14 ottobre 2023**, secondo il quale "Nella disciplina della s.r.l. non è prevista una norma analoga all'art. 2393, comma 2, c. c., il quale, in materia di s.p.a., prevede che la deliberazione inerente alla promozione dell'azione possa essere adottata – anche nell'eventualità in cui non sia indicata nell'elenco delle materie da trattare – in occasione della discussione del bilancio, sempre che si tratti di competenza dell'esercizio cui lo stesso bilancio si riferisce. La disposizione introduce, infatti, una deroga al principio generale della necessaria preventiva informazione circa l'oggetto delle delibere assembleari, avente quale *ratio* quella di consentire all'assemblea di adottare le opportune misure a tutela degli interessi della società, laddove dalla discussione del bilancio emergano inadempienze o responsabilità dell'organo di amministrazione, senza dover attendere i tempi di una ulteriore assemblea. Il legislatore, relativamente alle s.r.l., nemmeno prevede una disposizione analoga all'art. 2393, co 5, il quale dispone che alla deliberazione dell'azione di responsabilità – adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale– consegue la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, i quali vengono, quindi, sostituiti dall'assemblea. La revoca automatica dall'ufficio degli amministratori, con contestuale sostituzione dell'organo a seguito dell'esperimento dell'azione di responsabilità, in forza di una delibera adottata con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale, integra, infatti, una norma eccezionale, la cui estensibilità alle s.r.l. non pare giustificata da alcun vuoto normativo né da valutazioni di coerenza con l'azione di responsabilità prevista dall'art. 2476. Con riferimento alle s.r.l. la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità avverso gli amministratori è espressamente riconosciuta a ciascun socio, indipendentemente dalla misura della sua partecipazione sociale; tuttavia non vi è un'esplicita disciplina inerente la legittimazione attiva della società, per quanto la stessa sia ormai unanimemente riconosciuta, sulla base del disposto dell'art. 2476, comma 5, il quale sancisce il potere della società di rinunciare o transigere l'azione. Conseguentemente a questo vuoto normativo non è oggetto di regolamentazione nemmeno il concreto processo di formazione della volontà sociale in ordine all'esercizio dell'azione. La disciplina della s.r.l. non stabilisce un divieto di voto per gli amministratori relativamente alle delibere inerenti alle loro responsabilità, diversamente da quanto accade per gli amministratori delle s.p.a. Viene unicamente prevista ex art. 2479-*ter*, co. 2, c.c., l'impugnabilità della delibera assunta con la partecipazione del socio in conflitto di interessi ove suscettibile di arrecare danno all'ente" (In senso conforme, escludendo l'applicabilità dell'art. 2393, secondo e quinto comma, data l'eccezionalità delle disposizioni sopra ricordate e la loro incompatibilità con l'organizzazione della s.r.l., v. Trib. Milano, 20 ottobre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it.* Sul tema v. anche Trib Milano, 13 giugno 2024, cit. che ritiene la regola di cui all'art. 2373 comma, 2 "destinata a disciplinare le società per azioni").

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

La rinuncia e la transazione dell'azione sociale di responsabilità

Ai sensi dell'art. 2476, 5° comma, l'azione *de qua* (anche quella promossa individualmente dal socio) può essere oggetto di rinuncia o transazione "da parte della società" su decisione della collettività dei soci, purché vi consenta una maggioranza dei soci rappresentante almeno i due terzi del capitale sociale e purché non vi si oppongano tanti soci che rappresentino almeno un decimo di quest'ultimo. La norma fa salva un'eventuale diversa disposizione dell'atto costitutivo, ma non pare chiaro se tale clausola di salvezza si riferisca alla rinunziabilità o transigibilità in sé dell'azione oppure anche alla modulabilità dei *quorum* previsti dal comma in questione. Ci si può chiedere, inoltre, se sia applicabile alla s.r.l. la norma di cui all'art. 2393-*bis*, 6° comma°, che, in caso di azione sociale di responsabilità esercitata dalla minoranza, consente anche ai soci che hanno agito di rinunciare all'azione o transigerla, prevedendo che il ricavato dovrà essere versato alla società. A tale quesito si è risposto nel senso che al socio è consentito rinunciare agli atti del giudizio; ma che tale rinuncia non produce alcun effetto dispositivo dell'azione. Perché la rinuncia e la transazione producano il loro effetto preclusivo nei confronti di tutti i soggetti legittimati all'azione è necessario che i suddetti atti negoziali si realizzino sulla base dei presupposti indicati nel 5° comma dell'art. 2476 (in questo senso, **Trib Venezia, 8 gennaio 2024**, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* secondo il quale "gli atti compiuti dal socio non possono avere ad oggetto il diritto sottostante in titolarità della società, sicché solo la transazione e la rinuncia provenienti dalla società, nel rispetto dei *quorum* dettati dall'art. 2476, 5° comma c.c., costituiscono atto di disposizione del diritto sostanziale, con effetto preclusivo nei confronti di tutti i soggetti legittimati ad esercitare l'azione. Il socio potrà al più rinunciare agli atti del giudizio, ma non disporre del diritto...". Si veda anche Trib. Catanzaro, 28 maggio 2024, cit., ove la precisazione che nelle società a responsabilità limitata, tanto la rinuncia all'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, quanto la transazione della predetta azione, oltre a dover essere deliberate espressamente dalla maggioranza qualificata prevista per legge non possono essere giammai desunte da espressioni generiche contenute in verbali aventi altro oggetto, o, ancora, da fatti concludenti.

Ratifica *ex post*

I giudici affermano inoltre che la ratifica *ex post* da parte dell'assemblea degli atti compiuti dagli amministratori possa liberare questi ultimi dalle loro responsabilità verso la società solo qualora ricorrano le condizioni richieste dall'art. 2476 quinto comma (su quest'aspetto v. anche Trib. Cagliari, 1° dicembre 2015, cit.).
Sotto altro profilo, inerente al tema degli effetti della transazione, stipulata da uno degli obbligati in solido nei confronti degli altri, il Tribunale di Milano, 27 gennaio 2022, in *Giur. It.*, 2°22, 2169, ove nota di Cagnasso, ha affermato che "le transazioni concluse per la quota comportano lo scioglimento del vincolo della solidarietà e la riduzione del *quantum* dell'obbligazione residua quanto meno per la quota del transigente; ha inoltre precisato che sia onere del creditore, che abbia concluso nel corso del giudizio una transazione con conseguente scioglimento del vincolo di solidarietà con solo alcuni dei debitori in solido convenuti, produrre la transazione in giudizio per dimostrare il *quantum* della sua residua obbligazione, con conseguente, in assenza, venir meno dell'adempimento del relativo onere".

La revoca cautelare

Richiesta cautelare di revoca svincolata dall'azione di responsabilità

Come noto, l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori può essere promossa dal singolo socio, il quale può altresì chiedere, quale provvedimento cautelare, la revoca degli amministratori in caso di gravi irregolarità nella gestione (art. 2476, 3° comma) e guadagna sempre maggiori consensi l'orientamento giurisprudenziale volto a ritenere che la revoca giudiziale degli amministratori possa essere esercitata dal singolo socio anche senza promuovere l'azione di responsabilità (ed in questo caso il susseguente giudizio di merito verterà solo sull'esistenza delle gravi irregolarità), in modo che il socio possa agire per la revoca anche qualora la grave irregolarità non abbia provocato un danno per la società.

Provvedimento anticipatorio

Tale impostazione, avvalorata dall'esplicita presa di posizione della Corte cost., 29 dicembre 2005, n. 481, in *Giur. It.*, 2006, 2077 con nota di Desana, nega che il provvedimento di revoca sia necessariamente funzionale all'azione di responsabilità, ben potendo essere strumentale ed anticipatorio rispetto all'emanazione di una sentenza di revoca degli amministratori sul presupposto che nella gestione della società siano ravvisabili gravi irregolarità potenzialmente dannose per la società.

Ante causam

Soltanto tale interpretazione consentirebbe di avere uno strumento cautelare idoneo a tutelare la società dal rischio di danni potenziali e di irregolarità future. Secondo il costante orientamento del Tribunale di Milano, infatti, "la misura cautelare della revoca dalla carica di amministratore di s.r.l. prevista dall'art. 2476, comma 3, è strumentale ad un giudizio di merito volto alla rimozione giudiziale; è ammissibile la domanda di revoca cautelare promossa dal socio *ante causam*, non essendo richiesta dall'art. 2476, comma 3, c.c. la necessaria pendenza del giudizio di merito volto ad accertare la responsabilità degli amministratori; il provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore di s.r.l. va ricondotto nel novero delle misure cautelari idonee ad anticipare gli effetti della sentenza di

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

merito, misure che sono destinate a mantenere la loro efficacia anticipatoria indipendentemente dall'instaurazione del giudizio di merito e dalla eventuale estinzione dello stesso" (così, Trib. Milano, 17 maggio 2017, in *Società*, 2017, 1143 con nota di Spadaro; inoltre, fra le tante, Trib. Milano, 2 aprile 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Milano, 21 aprile 2017, in *Società*, 2017, 1148 con nota di Spadaro).
La stessa soluzione fonda l'ordinanza del Trib. Venezia, 12 luglio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* che ha affermato il seguente principio: in assenza di una espressa previsione normativa di segno contrario, e anzi in considerazione del dato letterale della norma di cui all'art. 2476, 3° comma, c.c., che prevede che il socio possa "altresì" chiedere che sia adottato un provvedimento cautelare di revoca degli amministratori che abbiano commesso gravi irregolarità nella gestione della società, il rimedio cautelare in questione può essere richiesto sia prospettando quale futura causa di merito un'azione di responsabilità di natura risarcitoria, sia prospettando una domanda di merito in cui venga chiesta la sola revoca della carica di amministratore. Ciò avvalora la proponibilità della domanda cautelare anche mediante esercizio di un'azione *ante causam*, nella quale unico legittimato passivo è l'organo gestorio di cui viene chiesta la revoca, al quale va notificato il ricorso introduttivo unitamente al decreto di fissazione dell'udienza.

Litisconsorte necessario

Litisconsorte necessario è, poi, la società, avendo questa un interesse distinto e potenzialmente autonomo da quello del socio procedente, che ne rende necessaria la partecipazione al giudizio. Partecipazione che avviene, quando venga richiesta la revoca dell'amministratore unico, mediante la rappresentanza processuale del curatore speciale che agisce, quindi, in qualità di sostituto processuale della società..."(conformi, Trib. Venezia, 9 novembre 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Secondo Torino, 6 dicembre 2021, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Firenze, 29 luglio 2019, in *DeJure;* Trib. Trento, 27 giugno 2018, in *De Jure*; Trib. Napoli, 31, marzo 2017, in *Società*, 2018, 111; Trib Salerno, 30 aprile 2013, in *Società*, 2013, 861).

Fumus boni iuris

Da tale impostazione discende l'individuazione dei presupposti perché sia adottato su richiesta del socio il provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore: è necessario, pertanto, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, che questi si sia reso responsabile di "gravi irregolarità nella gestione", tali intendendosi le violazioni non solo degli obblighi gestionali in senso stretto, imposti per legge o per statuto, ma anche di quegli adempimenti preordinati al corretto funzionamento dell'organizzazione societaria, quali, ad esempio, la convocazione dell'assemblea per l'approvazione del bilancio o il riscontro alle richieste del socio di ispezionare la documentazione contabile della società.

Periculum in mora

Sotto il profilo del *periculum in mora*, la revoca cautelare dell'amministratore è giustificata ove l'attualità o la permanenza dei comportamenti contestati determini quanto meno il rischio di un pregiudizio imminente per l'interesse sociale (così, da ultimo, Trib Venezia, 12 luglio 2024, cit. Trib. Milano, 10 maggio 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* cfr. inoltre *ex multis*, Trib. Milano, 2 aprile 2019, cit.; Trib. Milano, 1° ottobre 2015, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it).*
Si è inoltre precisato che "ai fini dell'accoglimento della domanda di revoca cautelare degli amministratori ai sensi dell'art. 2476, comma 3, c.c., è necessario che la misura, in considerazione del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, risulti indispensabile per la tutela dell'interesse sociale. In particolare, è richiesta la dimostrazione, sebbene nell'ambito di un accertamento solo sommario, di fatti specifici che siano di gravità tale da non configurare una semplice perdita di fiducia nei confronti degli amministratori convenuti bensì la possibilità di un rilevante pregiudizio dalla loro permanenza in carica" (Trib. Milano, 15 febbraio 2017, in *Società*, 2017, 1124, ove nota di Bei).
La tesi che svincola la richiesta cautelare di revoca dall'azione di responsabilità, in modo che il singolo socio possa agire per la revoca anche qualora la grave irregolarità non abbia causato un danno alla società, non è tuttavia incontroversa in giurisprudenza.

Tesi della strumentalità della domanda di revoca giudiziale all'azione di responsabilità

Si è infatti profilato un opposto orientamento, se pur minoritario, formatosi soprattutto nell'ambito del Tribunale capitolino, che sostiene la tesi della necessaria strumentalità della domanda di revoca giudiziale all'azione di responsabilità che lo stesso art. 2476, 3° comma attribuisce al socio di proporre.

La suddetta norma creerebbe, dunque, una connessione tra la domanda di revoca e l'azione di responsabilità comportando una diversa individuazione dei presupposti per la concessione della revoca cautelare.

Anche *ante causam*

Secondo l'indirizzo univoco del **Tribunale di Roma, 23 novembre 2022,** in *www.giurisprudenzadeleimprese.it*, "di revoca *ex* art. 2476, comma 3 c.c., si può parlare solo in termini di revoca cautelare, se del caso proponibile anche *ante causam*. Al riguardo, va ribadito che l'azione *ex* art. 2476, 3° comma, c.c., consente l'adozione di una misura cautelare tipizzata meramente strumentale e preventiva all'azione sociale di responsabilità prevista dal medesimo articolo, avente contenuto solo risarcitorio, dovendosi invero escludere l'esistenza nel merito, in favore del socio, di un diritto alla revoca che consenta di rimuovere definitivamente gli amministratori al di fuori della procedura assembleare, di cui agli art. 2479 e 2479-*bis;* quindi non è prevista dall'ordinamento un'azione di merito, tendente alla sola revoca degli amministratori. La soluzione prospettata, che nega l'esistenza di un diritto sostanziale

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

del socio alla revoca degli amministratori dalla loro carica, si basa sulla considerazione che le azioni costitutive, quale deve considerarsi, attesa la sua pregnante incidenza nella sfera giuridica dei soggetti incisi, quella volta a tale risultato, possono configurarsi *ex art.* 2908 c.c. solo nei casi previsti dalla legge, come, per es., per le società di persone *ex* art. 2259, u.c.". (in senso conforme, tra le altre, Trib. Roma, 20 febbraio 2019, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 31 maggio 2018, in *De Jure;* Trib. Roma, 3 maggio 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 22 agosto, 2017, cit.; Trib. Roma, 19 aprile 2017, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 24 agosto 2016, in *De Jure*).

Presupposti

Seguendo questa diversa impostazione, i presupposti per l'adozione di siffatto provvedimento cautelare tipico sono: i) la verosimile fondatezza, in base ad una deliberazione necessariamente sommaria, sia della lamentata violazione da parte dell'amministratore degli obblighi ad esso incombenti in base alla legge e all'atto costitutivo in dipendenza del rapporto gestorio con la società, e sia del concreto pregiudizio al patrimonio della società, derivato, in base a rapporto di causalità diretta, dall'inadempimento a tali obblighi; ii) la qualificazione dei fatti imputati all'amministratore, quali risultanti dalla predetta prospettazione del denunciante, in termini di gravi irregolarità nella gestione della società (Trib. Roma, 23 novembre 2022, cit.). A sua volta, **Trib. Roma, 31 maggio 2018,** cit., ha cura di precisare che fini della sussistenza del *fumus boni iuris* occorre che i comportamenti imputati all'amministratore di cui si chiede la revoca, costituenti gravi irregolarità nella gestione della società, abbiano comportato per la società un danno attuale e potenzialmente suscettibile di aggravamento con la permanenza in carica dell'amministratore stesso; la revoca non potrà pertanto essere disposta qualora i danni alla società non si siano ancora verificati ed il *periculum in mora* sarà invece integrato dal pericolo di un aggravamento del danno già cagionato al patrimonio sociale a seguito dei comportamenti imputati all'amministratore (sul punto v. anche Trib. Roma, 22 agosto 2017, cit.).

Natura conservativa

Ed ancora, quanto alla natura del provvedimento di revoca, si afferma che "dall'unica norma (art. 2476) che fa riferimento alla revoca in materia di società a responsabilità limitata quale richiesta collegata all'azione di responsabilità, non può trarsi la conclusione che l'esistenza di una tale azione di merito, finalizzata esclusivamente alla revoca dell'amministratore, debba farsi discendere dall'esistenza dell'azione cautelare, di cui sarebbe destinata a stabilizzare gli effetti provvisori, atteso che ciò può ravvisarsi solo con riguardo alle misure cautelari aventi carattere anticipatorio e non anche a quelle aventi natura conservativa o inibitoria non anticipatoria, fra le quali ben può annoverarsi la revoca dell'amministratore di cui all'art. 2476 c.c." (così Trib. Roma, 3 maggio 2017, cit.*;* Trib. Roma, 20 febbraio 2019, cit.). Sulla scia del Tribunale di Roma si allineano recentemente Trib. Catanzaro, 1° marzo 2023, e Trib. Catanzaro, 5 gennaio 2023, entrambe in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* .
Intervenuta poi la revoca giudiziaria dell'amministratore, è pacifico che saranno i soci a dover nominare il nuovo amministratore, non riconoscendo la legge tale potere al giudice, come invece previsto nella procedura di cui all'art. 2409 c.c. (Trib. Roma, 23 novembre 2022, cit.).

Art. 2409, art. 2476, 3° comma

A margine di questa complessa questione interpretativa, occorre segnalare, per la sua unicità, l'ordinanza del **Tribunale di Napoli, 2 maggio 2022**, in *Giur. Comm.*, 2024 con nota di Monteverde. I giudici partenopei affermano il principio in base al quale "alla luce della reintroduzione dell'esperibilità della denunzia *ex* art. 2409 c.c. per le s.r.l., è venuto meno il presupposto che aveva giustamente mosso la Consulta nel 2005 ad affermare che il rimedio cautelare di cui all'art. 2476, 3° comma, potesse essere sganciato dall'azione risarcitoria, là dove parte del percorso motivazionale fondava l'allargamento della tutela proprio al venir meno all'epoca, del rimedio naturale per la rimozione dell'amministratore di cui all'art. 2409 c.c. Con la conseguenza che quando la revoca dell'amministratore è funzionale al ristoro del pregiudizio patrimoniale, l'interesse sarà tutelato proprio dalla fattispecie di cui all'art. 2476, 3° comma, c.c.; mentre quando essa è funzionale al ripristino della corretta gestione, l'interesse del socio sarà tutelato con l'attivazione del rimedio di cui all'art. 2409 c.c.". Tale approdo, basato sul progressivo avvicinamento della s.r.l. alla s.p.a. dovuto ai più recenti interventi legislativi, potrebbe aprire nuove questioni con le quali dovranno misurarsi gli interpreti.

La responsabilità verso i creditori sociali

Come noto, una peculiarità della riforma del 2003 era costituita dal mancato rinvio, in materia di s.r.l. e a differenza di quanto avveniva in passato, alla disciplina della responsabilità verso i creditori sociali che l'art. 2394 fa ricadere sugli amministratori della s.p.a. Che si trattasse di una scelta consapevole del legislatore o di una semplice lacuna, tale mancanza aveva dato luogo a molte discussioni e gli sforzi argomentativi compiuti dagli interpreti per superare il silenzio del legislatore avevano prodotto nel corso degli anni una convergenza verso la tesi dell'ammissibilità dell'azione dei creditori anche nella s.r.l., al fine di evitare un'ingiustificata disparità di trattamento; tanto più che l'art. 2394 è espressione di una regola generale comune quantomeno alle società di capitali, come risulta da alcune norme, quali quelle di cui agli artt. 2485, 1° comma°, 2486, 2° comma°, ove si prevede una responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali per lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, in caso di scioglimento della società.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Si era così preparato il terreno al legislatore del Codice della Crisi che ha introdotto nell'art. 2476, al 6° comma, una disposizione che riproduce testualmente, pur senza richiamarlo in maniera espressa, il contenuto dell'art. 2394, in tal modo avvicinando ulteriormente la disciplina delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di s.r.l. a quella della s.p.a.
L'interpretazione del nuovo sesto comma dell'art. 2476 è così tributaria dell'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che si è sviluppata attorno all'identica disposizione di cui all'art. 2394, in tema di s.p.a. Come nella s.p.a, gli amministratori sono responsabili anche verso i creditori della società solo per la violazione degli obblighi di conservazione del patrimonio che ne abbia determinato l'insufficienza per il soddisfacimento dei loro crediti e permangono i contrasti interpretativi quanto alla natura della responsabilità, qualificata da alcuni quale responsabilità di tipo contrattuale, deducendone che non spetta ai creditori provare la colpa degli amministratori; da altri quale responsabilità extracontrattuale, rientrante nella più ampia figura della "lesione aquiliana del credito" (per quest'ultima configurazione, Cass. civ., Sez. un., 23 gennaio 2017, n. 1641; Cass civ., 29 dicembre 2017, n. 31204, in *Società*, 2018, 373; Cass. civ., 20 settembre 2012, n. 15955. In linea con gli indirizzi della Cassazione, da ultimo, Trib. Bologna, 29 maggio 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Genova, 8 febbraio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Torino, 9 giugno 2021, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, secondo cui l'azione di responsabilità del creditore sociale, ora espressamente prevista anche per la s.r.l. dall'art. 2476, 6° comma, ha natura extracontrattuale che presuppone l'insufficienza patrimoniale cagionata dall'inosservanza, da parte degli amministratori, degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale; Trib. Napoli, 11 dicembre 2023, in *Società*, 2023, 499. Per contro, secondo l'indirizzo del Tribunale di Milano, l'azione di responsabilità verso i creditori sociali genera in capo all'amministratore "una responsabilità assimilabile a quella contrattuale", in quanto "fondata sullo specifico rapporto stabilito dalla legge tra i doveri degli amministratori e il diritto dei creditori sociali": Trib. Milano, 14 novembre 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*); Trib. Milano, 22 febbraio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Milano, 24 novembre 2021, in *Società*, 2022, 516).

Azione diretta o surrogatoria?

Altra *vexata quaestio*, come noto, è quella se l'azione dei creditori sia un'azione diretta ed autonoma, ovvero la medesima azione sociale di responsabilità esercitata dai creditori in via surrogatoria (per la natura autonoma si è pronunciata Cass. civ., 22 ottobre 1998, n. 10488, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 75, modificando il proprio precedente orientamento. In senso conforme, l'indirizzo del tribunale meneghino, espresso recentemente da Trib. Milano, 14 novembre 2023, cit.; "gli artt. 2394 e 2476, co. 6, pongono in capo agli amministratori delle società di capitali, tenuti ad una corretta gestione sociale in forza della carica ricoperta nell'interesse della società e per l'attuazione del suo oggetto, una specifica obbligazione anche verso i creditori sociali finalizzata alla conservazione della garanzia patrimoniale della società *ex* art. 2740 c.c., tanto da prevederne una responsabilità diretta se il patrimonio della società risulta così compromesso da essere insufficiente al soddisfacimento del loro credito. L'azione *ex* art. 2394 e 2476, 6° comma, verso i creditori sociali è autonoma e genera in capo all'amministratore una responsabilità fondata su uno specifico rapporto stabilito dalla legge tra i doveri degli amministratori e il diritto dei creditori sociali e cfr. anche Trib. Milano, 24 novembre 2021, cit. Nello stesso senso, Trib. Napoli, 18 settembre 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, secondo il quale "l'insufficienza patrimoniale, cui si ricollega la responsabilità degli amministratori verso i creditori, deve intendersi come eccedenza delle passività sulle attività del patrimonio netto dell'impresa, sussistendo allorquando l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, sia insufficiente al loro soddisfacimento ... Il *petitum* dell'azione *ex* art. 2476, co. 6, è rappresentato dalla riparazione del danno subito dal creditore attraverso la lesione della sua garanzia patrimoniale generica costituita dal patrimonio della società, e il danno consiste nella diminuzione del valore di realizzazione del credito per effetto della riduzione della possibilità di soddisfacimento dello stesso dovuta alla sopravvenuta insufficienza della massa disponibile. In questa prospettiva, la ricostruzione della domanda di cui all'art. 2476, co. 6, in termini di domanda spettante al creditore in via autonoma e non già surrogatoria consente di affermare che il risarcimento ottenuto in esito alla proposizione della domanda in argomento non vada a vantaggio della società (e quindi solo indirettamente in favore del creditore attore) ma direttamente al creditore che agisce in giudizio, sebbene il danno che viene allegato consista, in primo luogo, nella lesione perpetrata dagli amministratori all'integrità del patrimonio sociale e, solo di riflesso, nella lesione al diritto del creditore sociale". In termini, v. anche Trib. Milano, 22 febbraio 2022, cit. Trib. Torino, 9 giugno 2021, cit.).

Legittimazione

Nella pratica poi le differenze tra la natura diretta e quella surrogatoria si attenuano perché nella maggioranza dei casi l'azione è esercitata dal curatore che nel contempo è legittimato anche ad esercitare l'azione sociale di responsabilità ed il risarcimento va ad incrementare la massa attiva. In base all'art. 255 c.c.i.i., il curatore della liquidazione giudiziale della s.r.l. è infatti legittimato a promuovere o proseguire anche l'azione dei creditori sociali verso gli amministratori (e v., da ultimo, Cass. civ., 29 marzo, 2024, n. 8553, in *Società* 2024, 753 che ha ribadito il principio in base al quale l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società, pur quando promossa dal curatore, è soggetta a prescrizione quinquennale che decorre dal momento dell'oggettiva percepibilità, da parte dei creditori, dell'insufficienza dell'attivo a soddisfare i debiti, momento

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che, non coincidendo necessariamente con il determinarsi dello stato d'insolvenza, può essere anteriore o posteriore alla dichiarazione di fallimento. L'onere della prova della preesistenza al fallimento dello stato di insufficienza patrimoniale spetta all'amministratore che, convenuto in giudizio a seguito dell'esperimento dell'azione di responsabilità, eccepisca l'avvenuta prescrizione della stessa". Conformi, tra le altre, Cass. civ., 28 febbraio 2020, n. 5614, in *Società*, 2020, 631*;* Cass. civ., 22 ottobre 2020, n. 23171, in *Società*, 2021, 138; Cass. civ., 20 settembre 2019, n. 23452. A tale indirizzo si uniformano le decisioni di merito: Trib. Milano, 17 aprile 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, per il quale l'azione di responsabilità esercitata dal curatore cumula in sé le diverse azioni di responsabilità sociale e di responsabilità verso i creditori, in relazione alle quali assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma, quale strumento di reintegrazione del patrimonio sociale unitariamente considerato a garanzia sia degli stessi soci che dei creditori sociali, implicando una modifica della legittimazione attiva, ma non della natura giuridica e dei presupposti delle due azioni che rimangono diversi ed indipendenti.

Prescrizione

"L'autonomia delle azioni ha ricadute in punto di disciplina della prescrizione e del riparto dell'onere della prova. Il termine di prescrizione per entrambe le azioni, quella sociale e quella verso i creditori, è di 5 anni *ex* art. 2949, rispettivamente commi 1° e 2°. L'art. 2941, n. 7, c.c., stabilisce la sospensione della prescrizione tra le persone giuridiche, la s.r.l. e l'amministratore, finché è in carica. La norma si riferisce alla sola responsabilità sociale... L'azione dei creditori verso gli amministratori che abbiano compromesso l'integrità del patrimonio sociale, anche violando l'art. 2486, 1° comma, c.c., può essere proposta appunto dai creditori e dal solo curatore dopo l'apertura della procedura, sul presupposto che il patrimonio sia divenuto insufficiente al soddisfacimento dei crediti, situazione che ricorre quando la società presenta un attivo che, raffrontato ai debiti, non consente il loro integrale soddisfacimento. Il termine di prescrizione di questa azione decorre quindi quando l'attivo si sia palesato esternamente alla società e in modo oggettivamente percepibile dai creditori come inidoneo a soddisfare i crediti sociali; in ragione dell'onerosità della prova gravante sul curatore, sussiste una presunzione *iuris tantum* di coincidenza tra il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione e la dichiarazione di fallimento, ricadendo sull'amministratore la prova contraria di una diversa data, anteriore, di insorgenza e percepibilità dello stato di incapienza patrimoniale con deduzione di fatti sintomatici di assoluta evidenza"; così oltre alla sentenza sopra citata, Trib. Venezia, 4 maggio 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Bologna 2 marzo 2023, in *Giur. Comm.*, 2023, II, 1074 con nota di Ghetti).

Con particolare riferimento alla casistica in tema di azione di responsabilità dei creditori sociali nella s.r.l., occorre segnalare Trib. Roma, 28 giugno 2022, in *Banca Borsa*, 2023, 909 e segg. con nota di Romualdi, secondo il quale va ravvisata la responsabilità dell'amministratore, il quale, in un momento antecedente all'apertura di una procedura concorsuale, rimborsando a sé stesso i finanziamenti concessi alla società senza prima ripianare il debito della società stessa, ha violato il disposto dell'art. 2467 c.c. e si è reso inadempiente rispetto alle obbligazioni nascenti dal rapporto gestorio e, precisamente, all'obbligo di mantenere l'integrità del capitale e del patrimonio sociale" (e v. anche Trib. Bari, 5 febbraio 2018, in *www.ilcaso.it*, che ha affermato la responsabilità nei confronti dei creditori dell'amministratore che abbia rimborsato a sé stesso e ad altro socio finanziamenti addirittura in anticipo rispetto alla scadenza ed in un momento in cui la società si trovava in una situazione finanziaria in cui sarebbe stato invece ragionevole un conferimento).

S.r.l. semplificata

Con un'articolata decisione, inoltre, il Tribunale di Milano, 3 dicembre 2019, in *Giur. It.*, 2020, 2708 con nota di Fregonara, ha stabilito che sia "necessario coniugare l'obbligo che grava anche sugli amministratori di S.r.l. semplificata di conservazione dell'integrità patrimoniale con la fisiologica fatica che connota l'avvio di una società con dotazione minima o addirittura simbolica: a tal fine vengono in soccorso i criteri per la verifica *ex ante* dell'attività gestoria ai quali oggi è stato riconosciuto rango di veri e propri obblighi di legge con l'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c.".

Ed ancora, più in generale, Trib. Milano, 14 settembre 2021, in *Giur. It.*, 2022 con nota di Passador, ha statuito che "sussiste la responsabilità degli amministratori di una s.r.l. che, in una situazione di evidente dissesto della stessa e violando tanto gli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, quanto *la par condicio creditorum*, eseguano pagamenti preferenziali che attribuiscono ai creditori soddisfatti un'utilità maggiore rispetto a quella da questi conseguibile nel concorso fallimentare". "Significativamente, il danno prospettabile sia con riferimento all'azione dei creditori – ove concepita, come prevalentemente riconosciuto, come azione diretta e autonoma, non surrogatoria, cui è legittimato ciascun creditore– sia con riferimento al danno da pagamento preferenziale è comunque costituito dalla minor soddisfazione che il credito riceve per effetto del compimento dell'atto illegittimo, chiaro sintomo, questo, dell'operatività di par condicio creditorum in presenza di insufficienza patrimoniale".

Infine, Il Tribunale di Milano, 27 marzo 2017, in *Giur. It.*, 2917, 1620 con nota di Cagnasso, dopo aver affermato la legittimità della nomina di una persona giuridica ad amministratore di società a responsabilità limitata, ha avuto cura di precisare che la persona fisica, designata dalla persona giuridica, amministratrice di una s.r.l., è responsabile in solido con quest'ultima verso la società e verso i creditori per l'eventuale violazione dei doveri gestori; scelta questa, coerente con i principi

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

enunciati n tema di G.e.i.e., nonché con quelli dell'ordinamento italiano (in senso conforme, Trib. Roma, 1 giugno 2020, in *Società*, 2020, 1165).

La responsabilità verso i singoli soci o terzi

Il comma 7 dell'art. 2476, ricalcando il disposto dell'art. 2395 c.c., riconosce al singolo socio o al terzo che siano stati direttamente pregiudicati da atti dolosi o colposi degli amministratori il diritto di agire in giudizio per il risarcimento del danno, che, in caso di esito positivo dell'azione, confluirà direttamente nel loro patrimonio personale. Come noto, occorre, ai fini risarcitori, che il danno si sia prodotto in capo al socio o al terzo in forza di una lesione della loro personale sfera giuridica e non quale riflesso della lesione arrecata alla sfera giuridica della società. In tutte le decisioni viene pertanto ripetuto il principio, pacifico, che l'azione individuale del socio nei confronti dell'amministratore non sia esperibile quando il danno lamentato costituisca solo il riflesso del pregiudizio subito al patrimonio sociale.
Se peraltro numerose sono le fattispecie concrete sottoposte all'esame dei giudici, altrettanto non si può dire quanto al riconoscimento di un danno diretto al patrimonio del socio o del terzo, ora perché sono stati ritenuti insussistenti i presupposti dell'azione, ora per l'insufficienza della prova.

Inadempimento della società

Per principio consolidato, si esclude che il solo inadempimento della società sia di per sé sufficiente ad integrare il danno diretto al terzo, necessario per far valere la responsabilità di cui all'art. 2476, comma 7. Secondo quanto espresso da Cass. civ., 12 giugno 2019, n. 15822, "a fronte dell'inadempimento contrattuale di una società di capitali, la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti del terzo contraente non deriva automaticamente da tale loro qualità, ma richiede la prova di una condotta dolosa o colposa degli amministratori medesimi, del danno e del nesso causale tra questa e il danno patito dal terzo contraente: infatti "l'inadempimento contrattuale di una società di capitali può, di per sé, implicare responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente, secondo la previsione dell'art. 2395 c.c., atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, postula fatti illeciti direttamente imputabili al comportamento colposo o doloso degli amministratori medesimi, come si evince, fra l'altro, dall'utilizzazione dell'avverbio "direttamente", la quale esclude che detto inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale siano sufficienti a dare ingresso all'azione di responsabilità". In particolare, l'esigenza si pone in ipotesi di bilancio contenente indicazioni inveritiere, che si assumono aver causato l'affidamento del terzo circa la solidità economica finanziaria della società e di decisione del medesimo di contrattare con essa. Il terzo che agisca per il risarcimento del danno avverso l'amministratore che abbia concorso alla formazione del bilancio asseritamente falso, è onerato di provare non soltanto la falsità, ma anche, mediante qualsiasi mezzo di prova, il nesso causale tra il dato falso e la propria determinazione di concludere il contratto, da cui sia derivato un danno in ragione dell'inadempimento della società alle proprie obbligazioni (così Cass. civ., 8 settembre 2015, n. 17794, in *Società*, 2016, 107. Il suddetto principio che la responsabilità degli amministratori di s.r.l. *ex* art. 2476, 7° comma, verso i terzi che abbiano stipulato un contratto con la società non discenda automaticamente da detta loro qualità, né *ex* se dall'inadempimento della società ad obblighi discendenti dal contratto, è stato recentemente ribadito, con riferimento a diverse fattispecie concrete, rispettivamente da Cass. civ., 12 febbraio 2020, n. 3452; Trib. Venezia, 8 marzo 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Napoli, 18 settembre 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Venezia, 3 maggio 2023, in www.giurisprudenzadelleimprese.it; Trib. Milano, 28 settembre 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Palermo, 14 febbraio 2022, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it* Trib. Milano, 12 aprile 2023, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*, che dopo aver sottolineato appunto come l'inadempimento contrattuale non sia di per sé sufficiente a predicare la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente attraverso il rimedio dell'art. 2476, 7° comma, nel caso di specie ha condannato l'amministratore di una s.r.l. per danni diretti cagionati al terzo, in quanto si era appropriato indebitamente – circostanza riconosciuta altresì in sede penale– di beni detenuti dalla società e concessi alla medesima in *leasing* dal terzo. Parimenti, Trib. Milano, 18 novembre 2021, in *Giur. It.*, 2022, 902 con nota di Cagnasso, ha rinvenuto l'ipotesi di cui all'art. 2476, 7° comma, laddove – in violazione dei principi di cui agli artt. 1337 e 1375 c.c.– vengano assunte obbligazioni che la società sin dall'inizio non avrebbe potuto assolvere: nella specie il Tribunale ha accolto la domanda del creditore dei canoni locatizi, accertando che il debitore, poi fallito, aveva fin dal momento della conclusione del contratto, sottaciuto la situazione di dissesto. È stato inoltre riconosciuto un danno diretto alla banca, nel caso di attività dolosa dell'amministratore di ricorso abusivo al credito mediante emissione di riba false al fine di pagare alcuni fornitori (App. Brescia, 22 ottobre 2019, cit.).

Cessione di una partecipazione a prezzo vile

D'altro canto, la cessione a prezzo asseritamente vile di una propria partecipazione che rappresentava l'unico *asset* posseduto da una società a responsabilità limitata in una controllata non comporta un danno diretto in capo al socio, bensì un depauperamento del patrimonio sociale e un danno in capo alla società, con la conseguenza che il socio non potrà esercitare l'azione di cui all'art. 2476, 7° comma (Trib. Roma, 29 novembre 2022, in *Giur. Comm.*, 2024, II, 230 e segg. con nota di Manca; conforme Trib. Milano, 5 settembre 2018, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* e cfr., inoltre, Trib. Milano, 14

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

aprile 2021, in *Società*, 2021, 1161, per il quale "il preteso svuotamento di una società dei suoi *assets*, danneggiando *in primis* la società stessa, e solo di riflesso i titolari delle partecipazioni sociali, non legittima questi ultimi a proporre un'azione risarcitoria individuale *ex* art. 2476, comma 7, c.c.").

Mancata percezione degli utili e diminuzione di valore della quota

Analogamente, la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione non costituiscono danno diretto del singolo socio, poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di distribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale, la cui diminuzione di valore è conseguenza soltanto indiretta ed eventuale della condotta dell'amministratore (*ex multis*, Cass. civ., 20 giugno 2019, n. 16581; Cass. civ., 23 ottobre 2014, n. 22573; Trib. Roma, 2 marzo 2021 in *Società*, 2021, 1433; Trib. Milano, 4 settembre 2023, in *www.giurisprudenzadelleimorese.it)*.
Alla stessa stregua, secondo, **Trib. Roma, 22 ottobre 2018**, in *www.ilcaso.it. e in DeJure*, non costituiscono danni diretti alla sfera patrimoniale del socio, ma solo riflesso di quelli arrecati eventualmente al patrimonio sociale, quelli derivanti dall'esercizio di attività in conflitto di interessi con la società ed in concorrenza con la stessa e alla rinegoziazione di condizioni economiche non vantaggiose per la società fornitrice; quello consistente nel diminuito valore della quota di partecipazione dovuto ad una condotta posta in essere in violazione dei doveri di gestione da parte dell'amministratore, nonché quello relativamente alle garanzie prestate dal socio, verso istituti di credito, a favore della società. Si legge ancora in motivazione che l'omessa convocazione dell'assemblea su richiesta del socio detentore di una quota inferiore ad un terzo del capitale sociale, non dà luogo ad illecito dell'amministratore.

Diritto di accesso alla documentazione sociale

Rilevante, ove un danno specifico risulti poi allegato e dimostrato, sarebbe invece la compromissione del diritto di accesso alla documentazione sociale, ai sensi dell'art. 2476, secondo comma (ancora Trib. Roma, 22 ottobre 2018, cit.).
Ed ancora, Trib. Venezia, 4 luglio 2018, ha affermato che "nel caso in cui venga esercitata da un socio di s.r.l. l'azione sociale di responsabilità, ove venga raggiunta la prova dell'occultamento di proventi maturati in favore della società, sussiste la responsabilità degli amministratori per gravi inadempimenti ai loro obblighi. Se dunque la società può chiedere all'amministratore infedele il risarcimento del danno provocato da detta condotta, non può parlarsi di danno immediato e diretto al socio, quando esso rappresenti solo il riflesso di quello arrecato alla società".

Natura della responsabilità

Quanto alla natura della responsabilità di cui all'art. 2476, 7° comma, l'orientamento prevalente degli interpreti cui si allinea compatta la giurisprudenza, la riconduce all'area della responsabilità aquiliana (v. le decisioni citate *supra).*

L'illegittima prosecuzione dell'attività sociale, nonostante la sottocapitalizzazione rilevante di cui all'art. 2482-ter. I criteri di liquidazione del danno ex art. 2486

Sono numerose le decisioni che riguardano la violazione delle regole poste a carico degli amministratori in presenza di perdite rilavanti e tali da intaccare il capitale sociale per oltre un terzo, abbassandolo altresì al di sotto del minimo legale. A tali inadempimenti, può conseguire la violazione dell'ulteriore divieto, che impone ai suddetti amministratori, al verificarsi di una causa di scioglimento che essi avrebbero dovuto accertare, di compiere atti di gestione che non siano finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Talora alle suddette violazioni si accompagna anche la violazione dell'obbligo specifico di corretta tenuta delle scritture contabili e all'osservanza del principio che le stesse debbano fornire un quadro veritiero e corretto della situazione patrimoniale della società, anche se, di per sé, essa può anche non essere fonte di responsabilità ove dalla stessa non derivino danni patrimoniali alla società medesima (da ultimo, Trib. Milano, 18 aprile 2024, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it;* Trib. Roma, 23 novembre, cit.; è evidente, peraltro che come rilevato da Trib. Milano, 19 dicembre 2011, in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, 149, "in presenza di illeciti in tema di tenuta della contabilità e adempimenti fiscali.. l'amministratore è responsabile sia del danno derivante da sanzioni fiscali e spese legali, sia del danno non patrimoniale derivante alla società per la lesione della reputazione, credibilità e immagine dell'ente...").

Indebita prosecuzione dell'attività

In particolare, la ricca casistica delle azioni di responsabilità esercitate dai curatori nella cornice di una procedura concorsuale nella quale sia incappata la società, riguardano proprio l'indebita prosecuzione dell'attività, posto che la prosecuzione in chiave conservativa non è, di per sé, condotta dissipativa.

Danno risarcibile

Ciò ha determinato il formarsi di una copiosa giurisprudenza in tema di determinazione del danno risarcibile che negli anni ha subito un'evoluzione, anche se non sempre lineare, ed il cui punto d'approdo pare ora segnato dalla modifica dell'art. 2086, a cui hanno fatto seguito alcuni rilevanti interventi giurisprudenziali in tema di applicazione della norma *de qua.*
Come noto, la norma ora prevede che in caso di responsabilità degli amministratori per violazione del divieto di compiere atti di gestione non conservativi in presenza di una causa di scioglimento, il danno si presume, salvo la prova di un diverso ammontare, pari alla differenza tra il patrimonio netto della società al momento della cessazione della carica degli amministratori, o, in caso di apertura di una

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

procedura concorsuale, alla data di tale apertura e il patrimonio netto della società alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento. Da tale importo vanno poi dedotti i costi sostenuti e da sostenere dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione.
Nel caso poi che, per l'assenza o l'irregolarità delle scritture contabili, i netti patrimoniali non possano essere determinati e sia stata aperta una procedura concorsuale, il criterio di liquidazione del danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.
La nuova norma ha tuttavia suscitato negli interpreti non pochi interrogativi, "primo fra tutti se la sua portata si risolva sul piano strettamente probatorio ponendo a carico degli amministratori l'onere di dimostrare che la loro condotta ha condotto a un danno diverso da quello che la norma pone in via presuntiva"; in secondo luogo "se resti comunque ferma – come parrebbe – la necessità che vi sia, per l'accoglimento della responsabilità e la determinazione del danno, un nesso causale materiale e giuridico fra inadempimento, evento dannoso danno e su chi gravi il relativo onere probatorio".
Ora, posto che il tema non può essere approfondito in questa poche righe, pare tuttavia doveroso segnalare i più recenti interventi della Suprema Corte. La **Cass. civ., 28 febbraio 2024, n. 5252**, in *Giur. It.*, 2024, 2127 con nota di Ionadi, al fine di risolvere una dibattuta questione di diritto intertemporale, data l'assenza di una norma transitoria volta a disciplinare il raccordo tra vecchia e nuova disciplina, ha affermato che non sia necessario indagare sul carattere processuale o non del terzo comma dell'art. 2486 c.c. ed ha reputato decisiva piuttosto la "corretta individuazione della sua funzione". Funzione che non va ravvisata in quella di modificare "la fattispecie concreta alla quale è dedicata, vale a dire la declinazione degli obblighi comportamentali al fondo della responsabilità civile", né di alterare minimamente "il contenuto del diritto al risarcimento del danno che sia stato cagionato", bensì di codificare "un meccanismo di liquidazione equitativa del pregiudizio, secondo quanto già la giurisprudenza della stessa Corte aveva ritenuto legittimo". In particolare, sostiene la Corte, la norma *de qua* ha semplicemente specificato "la metodica della valutazione giudiziale quanto all'apprezzamento delle conseguenze pregiudizievoli della condotta" e, come tale, ha quale destinatario "proprio il giudice, il quale, ove sia dedotta e provata la fattispecie di responsabilità, deve utilizzare, secondo l'art. 2486, terzo comma, cod. civ., i netti patrimoniali onde liquidare il danno, a meno che in causa non siano dedotti e individuati elementi di fatto legittimanti l'uso di un diverso criterio liquidatorio più aderente alla realtà del caso concreto". Si tratta quindi di una norma che può essere "definita come latamente, anche se non propriamente processuale", come tale applicabile anche ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore, perché "rivolta a stabilire non un criterio (nuovo) di riparto di oneri probatori, ma semplicemente un criterio valutativo del danno, rispetto a fattispecie integrate dall'accertata responsabilità degli amministratori per atti gestori non conservativi dell'integrità e del valore del capitale, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento". A tale pronuncia fa espresso rinvio **Cass. civ., 25 marzo 2024, n. 8069**, in *Società* 2024, 943, ove nota di Simionato, secondo la quale "colui che agisce in giudizio con l'azione di risarcimento nei confronti degli amministratori di una società di capitali che abbiano compiuto, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, attività gestoria non avente finalità meramente conservativa del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2086 c.c., ha l'onere di allegare e provare l'esistenza dei fatti costitutivi della domanda e, quindi, la ricorrenza delle condizioni per lo scioglimento della società e il successivo compimento di atti negoziali da parte degli amministratori, ma non è tenuto a dimostrare che tali atti siano anche espressione della normale attività d'impresa e non abbiano una finalità liquidatoria; spetta infatti agli amministratori convenuti dimostrare che tali atti, benché effettuati in epoca successiva al verificarsi di una causa di scioglimento, non comportino un nuovo rischio d'impresa, come tale idoneo a pregiudicare il diritto dei creditori e dei soci, e siano giustificati dalla finalità liquidatoria o comunque risultino necessari". Affrontando poi il tema del danno conseguente alla gestione in spregio alle finalità conservative dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, la sentenza, dopo aver precisato che in ordine alla liquidazione del danno da responsabilità per *mala gestio* trovano applicazione i principi generali contemplati dagli artt. 1223, 1226, 1227 e 2056 c.c., ha specificato che i criteri di liquidazione, previsti dall'art. 2486, 3° comma, costituiti dalla differenza dei netti patrimoniali e dal *deficit* concorsuale, attengono ad una "valutazione equitativa del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c.", ribadendo che "il terzo comma dell'art. 2486 c.c. ha codificato il meccanismo di liquidazione equitativa del pregiudizio..." e che la suddetta norma si applica anche ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore, perché rivolta a stabilire un criterio valutativo del danno, rispetto a fattispecie integrate dall'accertata responsabilità degli amministratori.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dottrina e attualità giuridiche

Famiglia e impresa al cospetto del passaggio generazionale

a cura di Luigi Balestra*

Amministrazione e transizione generazionale, Luigi Salamone
Le operazioni straordinarie e il passaggio generazionale dell'impresa, Giovanni Capo
***Holding* e "casseforti" di famiglia,** Sabrina Masturzi
La collazione di azienda, Ugo Minneci
Patto di famiglia, Maria Novella Bugetti
Donazione e testamento nel passaggio generazionale di imprese, Giuseppe Giorgi
La fiscalità del passaggio generazionale delle società di mero godimento, Cecilia Benzi
Il passaggio generazionale, la pianificazione ereditaria e il trust, Diletta Giunchedi

Amministrazione e transizione generazionale

Luigi Salamone

Il passaggio generazionale nell'amministrazione delle società è un tema che si risolve in quello più ampio delle clausole statutarie che presiedono alla nomina degli amministratori. Esso deve essere esaminato con particolare attenzione (anche se non esclusivamente) alle c.d. clausole ritratto e alle clausole che fissano stringenti requisiti di nomina (pertinenti alla funzione od anche diversi). L'analisi deve pertanto condursi secondo il criterio tipologico (per tipologia di clausole e di società) e produce risultati diversi.

Introduzione

Il tema della transizione generazionale dell'impresa societaria a partecipazione familiare include, fra gli altri, quello più ampio della selezione / nomina dei titolari della carica amministrativa. Di seguito ci si concentrerà su due particolari classi di clausole statutarie selettive dei soggetti candidabili, tuttavia non sempre spendibili:

– Clausole c.d. ritratto: quelle che fissano stringenti presupposti restituendo i contorni in *silhouette* del candidato eleggibile, fino a restringere di fatto il campo della legittimazione ad un solo soggetto passivamente legittimato (o al massimo due) [1];

– Clausole che fissano stringenti requisiti di nomina/eleggibilità: quelle che, diverse dalle clausole c.d. ritratto, restringono sensibilmente il novero dei candidati eleggibili.

Resteranno invece fuori dal campo tematico assegnato, tutti inerenti / correlati ai diritti di partecipazione:

– I patti parasociali di voto, funzionali alla nomina degli amministratori: ci si occuperà qui soltanto delle regole "sociali" che presidiano alla nomina;

– I diritti di partecipazione che consentano di concorrere alla nomina degli amministratori: il tema è racchiuso in quello della partecipazione sociale, mentre il nostro discorso sarà dedicato esclusivamente alle clausole statutarie condizionanti le candidature indifferentemente votabili da tutti i soci titolari di partecipazioni ordinarie o comunque prive di speciali diritti;

– Acquisti e cessioni tra vivi, successioni *mortis causa* della/nella titolarità di aziende e di partecipazioni sociali, attraverso oppure in assenza di patti di famiglia (art. 768-*bis* e segg. c.c.).

Ancora: nella transizione generazionale potrebbe entrare la distribuzione delle deleghe. Il tema tuttavia è assorbito in quello della selezione degli amministratori, questo costituendo mera conseguenza / completamento di quello. Se ne omette pertanto la trattazione.

Sul piano del metodo, è conoscitivamente inutile quando non fuorviante un discorso astratto dai contenuti delle clausole e dai codici organizzativi.

* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

[1] Tolgo l'espressione a P.M. Sanfilippo, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Torino, 2000, 312 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Società di persone

Come noto, le società di persone consentono la nomina degli amministratori sia con il contratto sociale (c.d. amministrazione per persone) sia con atto separato (c.d. amministrazione per uffici) (art. 2259 c.c.): impregiudicato l'annoso problema dell'ammissibilità dell'affidamento della funzione amministrativa a terzi estranei[2], nessuna controindicazione testuale si incontra all'inserimento nel contratto sociale di clausole selettive stante, fra l'altro, la compatibilità tipologica con i coefficienti di personalizzazione della partecipazione sociale (art. 2263; art. 2265; art. 2295, n. 8), c.c.). In linea astratta, cioè, nulla impedisce nelle società l'adozione di un criterio stringente di selezione degli amministratori, l'unica norma di salvaguardia comandando la revoca dell'amministratore inadempiente / inadeguato, ancorché statutariamente infungibile, ed il conseguente scioglimento della società per la sopravvenuta impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale (art. 2272, n. 2), c.c.)[3]. In altri termini, nulla impedisce, nelle società di persone a partecipazione familiare, che la nomina degli amministratori favorisca il passaggio generazionale, attraverso tanto i patti sociali, quanto atti separati (con ogni ricaduta sul regime di revoca: v. art. 2259 c.c., stabilità reale / stabilità personale). Sicché, le c.d. clausole ritratto sia le clausole che fissano stringenti requisiti di nomina si manifestano tipologicamente compatibili con i codici organizzativi personalistici[4].

Il modello è ampiamente replicabile anche all'interno della s.a.s., con particolare riguardo alla posizione degli accomandatari (art. 2318 c.c., parificati ai soci di s.n.c.); tuttavia con un accorgimento: in questo tipo di società l'amministrazione può attribuirsi esclusivamente a soci (accomandatari), sicché l'assunzione della carica presuppone la partecipazione sociale; mentre nulla impedisce che la nomina sia decisa anche con atto separato (con conseguente affievolimento della regola di c.d. stabilità reale dell'amministratore).

A questo punto, la riflessione si sposta sul piano della circolazione (in senso improprio ed atecnico) della partecipazione sociale, confluendo più precisamente nel più ampio tema dell'intrasmissibilità per successione *mortis causa* delle quote, degli spazi ricavabili dall'art. 2284 c.c. per la transizione generazionale allora nella titolarità delle partecipazioni. Tuttavia qui dobbiamo fermarci, perché andremmo fuori dal tema assegnato, circoscritto all'amministrazione.

Società a responsabilità limitata

Notoriamente il codice organizzativo della s.r.l. è pensato in funzione della stabilità delle compagini sociali, stante la inidoneità, normativamente dichiarata, alla raccolta nell'anonimato del capitale di rischio (art. 2468, 1° comma, c.c.) e di credito (art. 2483 c.c.). Proprio quali conseguenze della stabilità e della raccolta di capitali di rischio nominati emergono ulteriori tratti tipologici essenziali, quali: la reificazione delle partecipazioni sociali, dunque rette da un regime circolatorio (tra vivi e *mortis causa*) divergente da quello valevole per le società di persone, solo naturalmente libero e tuttavia limitabile ed addirittura sopprimibile (art. 2469 c.c.); da partecipazioni sociali con misurazione dei diritti sociali variamente misurabili e modulabili (art. 2468, 2° comma, c.c.), se si vuole anche in senso personalizzato (art. 2468, commi 3° e 4°, c.c. – c.d. diritto speciali; art. 2464, 6° comma, c.c. – conferimenti di prestazioni d'opera e di servizi); da un'organizzazione di processi decisionali di stampo sì corporativo, ma solo attenuato (art. 2479, 1° comma; art. 2476, 1° comma, c.c., quanto ai diritti del socio) e residuale (v. ad es. art. 2479, commi 3° e 4°, c. c., sui processi decisionali dei soci; v. art. 2475, commi 3° e 4°, c.c., sui processi decisionali amministrativi); dalla compatibilità con la personalizzazione della stessa carica amministrativa (la quale può essere attribuita solo a soci a meno che l'atto costitutivo espressamente preveda diversamente: v. art. 2475, 1° comma, c.c.), attenuando ovvero rimodulando l'organizzazione corporativa sulla durata dei mandati, sulla nomina e sulla revoca (art. 2463, 2° comma, n. 7), c. c.; art. 2479, 2° comma, n. 2), c.c.)[5]. Qualora si intendano occupare questi spazi di autonomia statutaria secondo un "*ritaglio sartoriale*" si rende indispensabile un considerevole investimento di risorse in consulenze legali, notarili, aziendali[6].

Doverosa premessa per spiegare la diversa prospettiva di analisi del tema della transizione generazionale delle cariche amministrative nel diritto della s.r.l.: rilevo sistematico centrale allo scopo va pertanto riconosciuto ai diritti speciali ex art. 2468, 3° comma, c.c. anche nel reclutamento degli amministratori; quindi agli spazi occupabili esercitando l'autonomia statutaria circa durata dei mandati, requisiti di nomina (rectius: elezione, come meglio si dirà per la società per azioni), *quorum* decisionali di nomine e revoche.

Queste norme sono plausibilmente valorizzabili nella prospettiva statutaria della selezione dei titolari delle cariche amministrative – sia delle clausole c.d. ritratto, sia delle clausole che fissano stringenti requisiti di nomina, le une e le altre comunque declinate – nel senso non solo di immaginare partecipazioni sociali *ad personam* con particolari poteri amministrativi, ma più in generale che non pare discutibile:

i. che sia permesso modulare variamente la nomina degli amministratori;

---

[2] Un vecchio problema tuttavia capace di risvegliare gli interessi della scienza giuridica ancora in tempi recenti: P. Piscitello, *Passaggi generazionali e gestione dell'impresa nelle società di persone*, in *RDS*, 1/2014, 42 e segg.; R. Russo, *L'amministratore non socio nelle società di persone tra antiche questioni e intelligenza artificiale*: tertium datur?, in *Riv. Soc.*, 2022, 874 e segg.

[3] Cass. civ., Sez. I, sent., 28 novembre 1992, n. 12732; Cass. civ., Sez. I, sent., 23 luglio 1994, n. 6871.

[4] L'utilizzo delle clausole selettive in esame potrebbe restituire qualche utilità ad esempio quando, in prospettiva temporale non ravvicinata, vadano gestiti passaggi almeno dalla seconda generazione in avanti e le compagini sociali familiari si presentano più ramificate, per la banale ragione degli spazi davvero estesi che i codici organizzativi personalistici riconoscono all'autonomina statutaria.

[5] P. Spada, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla "nuova" società a responsabilità limitata)*, in *Riv. Dir. civ.*, 2003, I, 489 e segg.; G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*. Tomo I – Artt. 2462-2474; Milano, 2010, 59 e segg.

[6] V. Di Cataldo, *Società a responsabilità limitata ed autonomia statutaria. Un regalo poco utilizzato, e forse poco utile*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Milano, 2011, 295 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ii. che ai sensi dell'art. 2463, 2° comma, nn. 7) e 8), c.c., l'autonomia statutaria possa prevedere la nomina di amministratori a tempo indeterminato (il punto è fuori discussione; semmai è dibattuto che in difetto di previsione statutaria il tempo determinato costituisca il regime residuale della durata dell'assunzione di carica – v. art. 2463, 2° comma, n. 7), c.c.; art. 2479, 2° comma, n. 2), c.c.);

iii. che sia permesso – come si accennava – elevare i *quorum* costitutivi e deliberativi necessari per la revoca degli amministratori (art. 2463, 2° comma, n. 7), c.c.; art. 2479, 2° comma, n. 2), c.c.) – quel che diviene conveniente nel passaggio generazionale quando la partecipazione della vecchia generazione sia destinata a dividersi secondo la discendenza;

iv. che sia permesso statutariamente tipizzare le ipotesi di giusta causa di revoca – aperto restando se l'autonomia statutaria possa chiuderne o non il numero.

Le maggioranze e le compagini sociali di per sé stabili della s.r.l. eliminano qualsiasi spazio all'argomento della sovranità assembleare / libertà di scelta nella selezione degli amministratori invece tipologicamente insopprimibile nella s.p.a. (vedasi nuovamente sub art. 2479, 2° comma, n. 2, c. c.).

Conseguentemente, nel codice organizzativo "*su misura*" direi:

1. che non paiono incontrare ostacoli coefficienti statutari di personalizzazione dell'amministrazione;

2. che nulla limita la traduzione statutaria dei requisiti di nomina di membri della famiglia selezionati – sia per formazione sia per apprendistato aziendale – idonei a denotare l'attitudine alla carica.

Società per azioni

Altrettanto notoriamente, all'opposto della s.r.l., il codice organizzativo della società per azioni è pensato per l'instabilità delle compagini sociali che si formano attraverso la raccolta tra l'anonimato di capitali di rischio (art. 2325-*bis*; art. 2346 c.c.) e di credito (art. 2410 c.c.). La diretta conseguenza è allora il codice organizzativo, rigidamente corporativo, che spersonalizza al più elevato livello il rapporto sociale: è stato detto invero che la società per azioni è esperienza che nasce dall'autorità prima ancora che dalla libertà e che la sua conformazione attuale è di un ordinamento autoritativo[7].

La prima premessa è che oggi le s.p.a. – come esperienza empirica – sono numericamente in netto calo[8], paiono progressivamente riservate – come già in altri ordinamenti giuridici Europei che per tradizione hanno mantenuto largo il divario organizzativo dalle s.r.l. – alle iniziative medio grandi; che in regresso ancora più evidente è la variante della società in accomandita per azioni, che sopravvive in poche unità e che spesso è stata tratta come *holding* partecipativa familiare, ma che oggi soffre di "cannibalizzazione" dalla s.r.l. a "ritaglio sartoriale" (v. paragrafo precedente).

La seconda premessa è un *caveat*: occorre tenere ben distinti i temi della rappresentatività di minoranze azionarie radunate per gruppi (all'occorrenza familiari), della rappresentatività all'interno delle componenti dell'organo amministrativo e della transizione generazionale, quand'anche possano condividere alcuni spazi di autonomia statutaria.

La terza ed ultima premessa è sin da subito riconoscere il debito verso i fondamentali studi di Pierpaolo M. Sanfilippo apparsi nell'ultimo quarto di secolo in materia di clausole di nomina dell'organo amministrativo della s.p.a.[9].

Evidentemente la società per azioni meno di tutte si presta a modellare gli statuti in funzione del passaggio generazionale, considerato che il suo statuto legale è prevalentemente ispirato al principio di autorità, come già detto. L'organizzazione rigidamente corporativa cui si è accennato è naturalmente incompatibile con forme di personalizzazione sia della partecipazione sia delle cariche (ancorché con qualche eccezione). La prospettiva tipologica ci porta ad analizzare i contenuti delle clausole selettive e a valutarne non solo la legittimità, ma anche l'opportunità. Anche per tale ragione si sceglie, nei gruppi medio grandi, grandi e grandissimi, ove vi sia un azionariato familiare apprezzabilmente influente, di articolare la transizione generazionale con altri mezzi: ad es. attraverso patti parasociali che proiettino la componente familiare quando è pronta a spiccare il grande salto verso la s.p.a. capogruppo operativa, magari anche quotata, dopo un apprendistato in altre società del gruppo, magari organizzate in forma diversa, da consentire quelle clausole precedentemente esaminate compatibili con altri tipi di società che non la s.p.a. (men che mai se aperta; v. anche *infra*, lettera *g*).

In particolare la disciplina della s.p.a. esibisce almeno le seguenti rigidità disincentivanti:

a) a nessun azionista può essere garantita stabilità nella carica gestoria senza perdita del beneficio della sopportazione limitata del rischio d'impresa (coerentemente alla disciplina della s.a.p.a.);

b) le clausole c.d. ritratto non sono consentite, neppure qualora, nella tipologia sociale, il "ritratto" sia disegnato su di un profilo razionale (ad es. esperienza / tirocini aziendali), perché la spersonalizzazione della partecipazione sociale include il principio per cui il reclutamento degli amministratori non può prescindere dal dato della instabilità delle maggioranze azionarie (c.d. sovranità assembleare), dato che contrasta con l'effetto di stabilizzazione del titolare nella carica amministrativa senza correlativa perdita del beneficio della sopportazione limitata del rischio d'impresa;

c) clausole che riservino la legittimazione passiva (c.d. elettorato passivo) a requisiti altamente selettivi: sul punto, è usuale distinguere tra requisiti di natura professionale coerenti alla carica, di norma ammissibili, purché *non* valevoli per la maggioranza di tutti i componenti dell'organo amministrativo, a pena di condizionarne la sostituibilità[10], a requisiti di diversa natura (da trattare di norma nel senso

[7] Cfr. P. Spada, *Autorità e libertà nel diritto della società per azioni*, in *Riv. Dir. civ.*, 1996, I, 703 e segg.

[8] Cfr. Italia Oggi, 22 aprile 2024.

[9] Cfr. *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, cit.; *Sistemi di nomina degli amministratori e istanze partecipative nelle società per azioni. Nuovi profili problematici*, in AA.VV., Studi in onore di Umberto Belviso, ed. Cacucci, 2011; *Commento ad art. 2383*, in *Le Società per azioni*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale a cura di M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, I, Milano, 2016; *Diritto commerciale.* III. *Diritto delle società* a cura di M. Cian, Torino, 2024;

[10] G. Minervini, *Clausole statutarie istitutive di società familiare*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

dell'inammissibilità, perché la "sovranità assembleare" / "competenza assembleare" [= libertà di scelta dell'assemblea] è funzione della libertà di scelta insopprimibilmente riconosciuta per maggioranze instabili). La tesi più liberale sostiene che l'ammissibilità delle restrizioni della c.d. legittimazione passiva debba in ogni caso valutarsi in rapporto alla funzionalità rispetto all'attuazione del programma sociale e alla non disfunzionalità rispetto al generale principio del periodico rinnovo delle cariche (così da consentire il ricambio dei decisori d'impresa e di evitare la c.d. stabilizzazione dei funzionari senza corrispondente perdita del beneficio della sopportazione limitata del rischio d'impresa [*supra*, punto precedente]) [11]. Come che sia, sta di fatto che l'organizzazione corporativa deve sempre mantenere un'apprezzabile misura di "vita autonoma" rispetto alle persone dei soci fondatori e/o maggioritari e che, in assenza di razionalità dei contenuti del metodo di reclutamento degli amministratori, mai sussista funzionalità rispetto al programma sociale;

d) a non dissimile strumentario argomentativo è soggetto il vaglio di legittimità di quelle clausole che, fuori dai casi precedenti, restringe la legittimazione passiva alla nomina ad es. di taluni consiglieri di amministrazione a determinati "gruppi" titolari di azioni (variamente ordinati, comunque non ascrivibili a categorie speciali di azioni: es. serie dell'emissione, altro). Il tema è al centro di annoso dibattito in ragione *a*) del principio dell'art. 2348 c.c., il quale, statuendo un principio di eguaglianza tra le azioni, ancorché relativo, vuole che la creazione di un particolare diritto sia riconosciuto ad una speciale categoria azionaria e non invece *ad personam* (come consentito invece nella s.r.l., ad esempio: art. 2468, commi 3° e 4°, c.c.); nonché *b*) del principio dell'art. 2376 c.c., che vuole i portatori delle azioni di categoria speciale riuniti in altrettante assemblee speciali, tutte concorrenti, però, ad un procedimento deliberativo unitario;

e) quale che sia il criterio prescelto di raggruppamento dei titolari di azioni, sul piano dei diritti occorre distinguere se la riserva copra la maggioranza di posti nel c.d.a. ovvero una minoranza: *i*) non dovrebbero sussistere dubbi di legittimità qualora il "gruppo" di azionisti si identificasse con la maggioranza azionaria necessaria per sciogliere la società (in quel caso ammettendosi anche la riserva maggioritaria di seggi); *ii*) diverso il caso se il gruppo esprimesse una minoranza azionaria, clausola allora incompatibile con (lo statuto legale azionario e dunque con) una riserva maggioritaria di posti in c.d.a., mentre, di rimando, potrebbe tornare compatibile con la riserva di una minoranza di seggi all'interno dell'organo amministrativo [12];

f) rimane tuttavia da sciogliere il nodo del procedimento: resta fermo il disposto dell'art. 2368, 1° comma, ultimo periodo, c.c.: "Per la nomina alle cariche sociali lo statuto può stabilire norme particolari". Questa disposizione, tradizionalmente ritenuta come rinvio alla tematica dei *quorum* statutari, è stata letta anche come un'apertura di principio verso le clausole regolatrici del c.d. metodo elettorale degli amministratori [13];

g) là dove obbligatorio per legge, la nomina degli amministratori espressione della famiglia sconta limitazioni numeriche nelle ipotesi di legge in cui parte dei componenti dell'organo amministrativo deve essere costituita da amministratori c.d. indipendenti e/o secondo le c.d. quote di genere: è il caso delle società per azioni quotate, che tuttavia mal si prestano in quanto tali a clausole come quelle *supra* esaminate – non è casuale che in queste ipotesi la famiglia eserciti i propri diritti azionari per interposta società *holding* cassaforte, cioè una società chiusa all'interno della quale allora riprodurre le regole anche di transizione familiare, sia partecipativa sia amministrativa [14].

Tuttavia, le rigidità dello statuto legale corporativo della società per azioni non escludono qualche limitata modulazione delle procedure di nomina / elezione dell'organo amministrativo – tese allora alla transizione generazionale – almeno sotto i seguenti profili:

I. fuori dalla casistica in cui l'azionariato familiare disponga della maggioranza assembleare sufficiente per deliberare lo scioglimento della società, si potrebbero prendere in considerazione clausole che, senza emissione di categoria speciale di azioni, riconoscendo ad una minoranza azionaria – comunque delimitata secondo un criterio solo quantitativo (v. art. 2348, commi e 3, c.c.) – la nomina di un componente o di una componente minoritaria dell'organo amministrativo (designando, non rileva, familiari od estranei), legassero a particolari requisiti comunque razionali la legittimazione passiva (c.d. elettorato passivo) (*supra*, punto d.) [15]. È plausibile però che una previsione del genere non sia autosufficiente, occorrendo l'adozione di una tecnica statutaria volta a dar voce alle minoranze in un procedimento deliberativo comunque *unitario*;

II. fuori dalla prospettiva del prossimo punto III, si potrebbe far luogo ad emissione di azioni a voto plurimo (art. 2351, 4° comma, c.c., e successive modifiche e interazioni, da ultimo con la ricordata L. n. 21/2024): potrebbe allora aprirsi una riflessione – che non è qui possibile sviluppare – sull'impiego di questi recenti (e già novellati) strumenti ordinamentali per dare cittadinanza a clausole statutarie di rappresentatività (minoritaria) nell'organo amministrativo alla minoranza azionaria (anche familiare, anche secondo un progetto di transizione generazionale), comunque ricondotto all'interno di un procedimento deliberativo unitario;

III. diversamente, la partecipazione familiare potrebbe

"chiusa", in *Le ragioni del diritto*, t. II, Scritti in onore di Luigi Mengoni, Milano, 1995, 1497 e segg.; Sanfilippo, *Funzione amministrativa*, cit., 314;

[11] Sanfilippo, *Funzione amministrativa*, cit., 315.

[12] Sanfilippo, *Funzione amministrativa*, cit., 321.

[13] Minervini, *Clausole statutarie*, cit., 1498.

[14] Nell'esperienza comune la s.p.a., come detto, poco si presta all'organizzazione di un passaggio generazionale (partecipativo od amministrativo); essa viene semmai collocata nel gruppo in posizione operativa, semmai destinata alla quotazione, mentre il nucleo delle partecipazioni di controllo viene raccolto in altre società – si tratti di s.p.a. chiuse o più frequentemente in società di tipo diverso. In altri termini: nelle realtà medio grandi, grandi e grandissime la catena del controllo familiare (e con questo il passaggio generazionale nell'amministrazione) si attua con mezzi prevalentemente diversi dalla s.p.a. aperta; in più limitata casistica, ricorre alla s.p.a. chiuse od altro (quali la s.a.p.a. o la s.r.l.); in realtà medie e piccole, o di nicchia, si preferisce ad es. la s.r.l.

[15] Minervini, *Clausole statutarie*, cit., 1497.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

(qualitativamente) raccogliersi attraverso l'emissione di una categoria speciale di azioni (art. 2348, 2° comma, c.c.). La proposta si scontra tuttavia con l'ostacolo dell'*unitarietà* della procedura deliberativa nella quale l'elezione degli amministratori si sostanzia, articolata secondo quanto comanda l'art. 2376 c.c.;

IV. in sintesi, in tutti e tre i casi esaminati l'unitarietà della procedura deliberativa crea un ostacolo che si direbbe superabile solo attraverso l'adozione della procedura del *voto di lista* (condizione allora necessaria), così da restituire, per via statutaria, rappresentatività (minoritaria) all'interno del c.d.a. alla minoranza azionaria[16];

V. corollario è che, tutto il tema essendo riducibile alle tecniche statutarie volte a restituire rappresentatività alle minoranze azionarie nell'organo amministrativo, qualora le minoranze siano espressione (anche, purché non soltanto) familiare la soluzione del voto di lista potrebbe risultare propizia – di fatto e nel concreto – anche per organizzare la transizione generazionale;

VI. il nuovo art. 147-*ter* t.u.f. (come introdotto dalla L. 5 marzo 2024, n. 21) sulla lista del consiglio di amministrazione nelle *società per azioni quotate*: mentre in prima battuta parrebbe che il c.d. voto di lista si ponga all'antitesi della transizione familiare, a più attenta analisi potrebbe non essere così (quel che avverrebbe se un azionariato familiare, ancorché minoritario, riuscisse a raccogliere un consenso tale da imporre la propria lista). Di più: chissà che la presentazione della lista dal c.d.a. uscente (oggi normativamente facoltizzata) non possa giocare invece un ruolo utile, sempreché si concedano spazi (forse maggioritari?) anche a non familiari[17]. Oltre non è dato interrogarsi, perché la ricerca del consenso attorno alla lista di candidati appartiene esonda dal tema assegnato a queste righe (patti parasociali ed altro);

VII. infine, taluni Aa. segnalano particolari aperture nel sistema dualistico che, diversamente rimodulando l'amministrazione, si presterebbe alle esigenze tanto di rappresentatività familiare quanto di passaggio generazionale nelle s. p.a. chiuse, distribuendo vecchie e nuove generazioni rispettivamente tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione[18]. La parabola del sistema dualistico traccia una traiettoria che manifesta tutta l'ironia della storia, o, meglio, una evidente *eterogenesi del mezzo rispetto al fine*: importato (con numerose variazioni) nel 2003 tra i voti di sprovincializzazione (e di competitività) dell'ordinamento italiano nella concorrenza tra ordinamenti[19], il dualistico è stato successivamente eletto a strumento di rafforzamento del capitalismo familiare, una tradizione tutta italiana – una dimensione angusta, secondo certe scuole di pensiero economico oggi in ritirata; un fatto invece neutro, tutto dipendendo semmai dalla qualità degli amministratori che l'azionariato familiare è in grado di selezionare, dentro e fuori di essa, per l'oggi e per il domani.

Le operazioni straordinarie e il passaggio generazionale dell'impresa

Giovanni Capo

Note essenziali su alcune delle possibili e più ricorrenti modalità d'impiego delle operazioni straordinarie "corporative" e, in particolare, della scissione – ancor più specificamente, non proporzionale e asimmetrica –, della fusione e della trasformazione, anche coordinate tra loro, ai fini dell'attuazione del passaggio generazionale della "proprietà" dell'impresa.

Premessa metodologica

Non è dato di rinvenire, nell'ordinamento italiano, alcuna definizione del concetto di "operazione straordinaria", almeno se riferito alla realtà dell'impresa; laddove in altri ordinamenti – si pensi a quello tedesco e a quello spagnolo – si registra l'emersione normativa di tale concetto, cui tendenzialmente si riconduce un novero di operazioni intese alla riorganizzazione strutturale dell'impresa, che, comunque, è tendenzialmente ritenuto non tassativo[1].

In assenza di riferimenti e coordinate normative che consentano l'inquadramento sistematico della locuzione "operazioni straordinarie" – essa ricorre oggi, ad esempio, nel D.Lgs. n. 14/2019, con cui è stato introdotto il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza [artt. 87, 1° comma, lett. d); 240, 2° comma, lett. c)][2] – puntualizzandone il signifi-

[16] Per la rilevanza centrale dell'art. 2376 c.c. nella unitarietà della procedura deliberativa si legga per tutti L. Schiuma, *Assemblea: le competenze*, in AA.VV., *La società per azioni*, diretto da P. Spada con G. Figà-Talamanca, G. Olivieri, L. Salamone, L. Schiuma, M. Sciuto (condirettori), nel *Trattato Dir. Priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2025, 918 e segg., paragrafo 6. Già in questo senso, se non si vede male, Minervini, *Clausole statutarie*, cit., 1499-1500. Altro infatti è un'elezione, altro è una nomina, sul modello riconosciuto nella s.r.l. dall'art. 2468, commi 3 e 4, c.c.

[17] Sul voto di lista v. ampiamente, da ultimo, L. Schiuma, *Amministratori: struttura*, in AA.VV., *La società per azioni*, diretto da P. Spada con G. Figà-Talamanca, G. Olivieri, L. Salamone, L. Schiuma, M. Sciuto (condirettori), nel *Trattato Dir. Priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2025 1099 ss., paragrafi 2.2. e 2.3. L'Autrice segnala anche le criticità di questo metodo elettivo.

[18] Cfr. P. Valensise, *Sistema dualistico e passaggio generazionale: spunti su opportunità, problemi e prospettive*, in *Banca Impresa Società*, 3/2002, specialm. 362 e segg.; V. Cariello, *Il sistema dualistico: vincoli tipologici e autonomia statutaria*. Studio n. 1-2007/S, in *CNN Notizie*, 16 marzo 2007, paragr. 2; Id., *Sistema dualistico e s.p.a. cc.dd. chiuse "a controllo familiare"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 543 e segg.

[19] Relazione al D.L. n. 6/2003, par. 6, par. 1.

[1] A. Nigro, *Le operazioni straordinarie nel diritto societario: mote introduttive*, in AA.VV., *Diritto delle operazioni straordinarie*, a cura di A. Nigro, Bologna, 2022, 21 e segg.

[2] A norma dell'art. 87, 1° comma, lett. d), il debitore presenta, con la proposta di ammissione al concordato preventivo, un piano in cui vanno, tra l'altro, indicate "le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, *ivi* compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito". Tale previsione è sostanzialmente riprodotta, poi, nell'art. 240, 2° comma, lett. c), con riguar-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

cato, anche in questo, come in altri ambiti della disciplina "commercialistica", il necessario punto di partenza della propria elaborazione sul tema è costituito, per il giurista, dagli approdi delle scienze aziendalistiche[3].

Muovendo da tale prospettiva, con particolare riguardo alle società commerciali vengono tradizionalmente qualificate come "operazioni straordinarie" quelle vicende che possono, in linea di principio, considerarsi estranee alla gestione ordinaria o corrente dell'attività economica. Ma, se si guarda all'ampio e articolato dibattito giuridico in materia, non può non rilevarsi come anche entro tale (comunque ampio) perimetro concettuale, non vi sia, poi, univocità di vedute in ordine a quelle operazioni alle quali si attagli l'aggettivo "straordinarie"[4].

Sicché, anche assumendo quale (più ristretto) angolo di visuale quello relativo alle vicende dell'impresa che ne determinano la rimodulazione degli assetti proprietari o gestori, patrimoniali e organizzativi, la gamma delle fattispecie che possono venire in evidenza resta estesa: può, infatti, giungersi a ricondurre nell'alveo delle "operazioni straordinarie" le operazioni che, attuate mediante strumenti di varia natura, vanno dalla costituzione di società agli aumenti di capitale con conferimenti di partecipazioni sociali, dalle cessioni ai conferimenti di aziende o di rami di azienda, dalle fusioni alle scissioni e, secondo una visione più estesa, alle trasformazioni, fino a comprendere tutti i tipi di aumento o di riduzione del capitale sociale e il cambiamento dell'oggetto della società. E vi è chi ritiene che l'orbita del fenomeno possa attrarre anche ulteriori vicende, quali la quotazione in borsa, le operazioni a ciò prodromiche e necessarie ai fini dell'attuazione della stessa, le operazioni che possono dare luogo all'esercizio del diritto di recesso (comprendendo tra esse quelle legate all'inizio e alla fine della soggezione all'altrui direzione e coordinamento), le offerte pubbliche di acquisto e finanche l'esercizio del diritto di acquisto delle partecipazioni di minoranza[5].

Peraltro, ferma l'eterogeneità delle fattispecie attraverso le quali il fenomeno può trovare espressione, se un tratto comune volesse rinvenirsi nelle diverse operazioni sopra indicate, esso dovrebbe essere probabilmente colto in uno spiccato carattere di, per così dire, *polifunzionalità*: ossia nella loro attitudine a porsi in funzione del conseguimento di molteplici fini e a dare quindi risposta alle istanze di cui possono essere portatori centri di interesse diversi, ma sempre nell'ottica dell'attuazione di processi di riorganizzazione dell'impresa[6].

Tanto premesso, è evidente che, ai fini che qui interessano, l'attenzione non possa che concentrarsi su quelle, tra le "operazioni straordinarie", che, nella prassi, più diffusamente vengono utilizzate per assecondare processi di passaggio generazionale dell'impresa[7].

E, tenuto conto del fatto che della *transizione generazionale dell'amministrazione* si è brillantemente occupato Luigi Salamone, mi soffermerò più specificamente sulla *transizione generazionale* della "proprietà" o della "titolarità" dell'impresa, ponendo mente alle modalità attraverso le quali, nella concreta esperienza applicativa, tale fenomeno trova, mediante, appunto, "operazioni straordinarie", più diffusamente attuazione.

Con un'avvertenza: che, cioè, la trattazione non potrà, vuoi per il tempo a mia disposizione, vuoi per l'ampiezza del tema (una trattazione esaustiva dello stesso richiederebbe l'analisi di una vastissima gamma di fattispecie), che risolversi in brevi accenni sulle operazioni considerate.

Alcuni dati statistici

Secondo rilevazioni dell'ISTAT pubblicate nel 2023[8], nell'anno 2022 si è confermata, tra le imprese italiane, la forte presenza di imprese controllate da una persona fisica o da una famiglia (più di 820.000 unità): più specificamente, l'80,9% del totale delle imprese con almeno 3 addetti (nel 2018 la percentuale era del 75,2%). Il fenomeno è particolarmente diffuso tra le microimprese (83,3% dei casi) e meno frequente tra le piccole (74,5%), le medie (58,8%) e ancor meno tra le grandi imprese (41,6%).

In un siffatto contesto, è finanche superfluo sottolineare la rilevanza che possono assumere i processi di transizione generazionale nella prospettiva della conservazione nel tempo del controllo dell'impresa in capo ai componenti della famiglia che lo esercita.

E, tuttavia, tra il 2016 e il 2022 poco meno di una impresa su 10 ha dichiarato di aver affrontato almeno un passaggio generazionale. Nel caso delle medie e delle grandi imprese la percentuale risulta invece più elevata, ascendendo, rispettivamente, al 17,8% e 18,9%.

Complessivamente, peraltro, il 7,9% delle imprese, rileva l'ISTAT, ha dichiarato di poter affrontare processi di tran-

---

do alla proposta di concordato fallimentare. Entrambe le norme sopra indicate, peraltro, trovano il loro antecedente nel R.D. 16 marzo 1942, n. 267, rispettivamente negli artt. 160, lett. a), e 124, 2° comma, lett. c), introdotte nella legge fallimentare con gli interventi di riforma degli anni 2005, 2006 e 2007 (v., in generale sulle operazioni straordinarie nella disciplina della crisi d'impresa, Miola, *Le operazioni straordinarie riorganizzative negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle imprese e nei gruppi di imprese*, in AA.VV., *Trattato delle società* diretto da Donativi, I, Torino, 2022, 625 e segg., spec. 627 e segg.).

[3] Per un inquadramento delle operazioni straordinarie nella prospettiva aziendalistica, v., tra gli altri, Potito, *Le operazioni straordinarie nell'economia delle imprese*, Torino, 2004; Savioli, *Le operazioni di gestione straordinaria*, Milano, 2020.

[4] Una trattazione ampia e organica del tema si trova in Aiello, Cavaliere, Cavanna, Cerrato, Sarale, *Le operazioni societarie straordinarie*, in *Tratt. Dir. Comm.* diretto da Cottino, V, Padova, 2011; AA. VV., *Diritto delle operazioni straordinarie*, cit.

[5] In tal senso, cfr. Spolidoro, *Inquadramento giuridico, tipicità e polimorfismo delle operazioni straordinarie*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2019, 285.

[6] Coglie nell'oggetto o effetto riorganizzativo dell'impresa e nella conseguente attitudine a dare corso a fenomeni di *discontinuità* il "connotato distintivo e qualificante" delle operazioni straordinarie A. Nigro, *Le operazioni straordinarie nel diritto societario: note introduttive*, in AA.VV., *Diritto delle operazioni straordinarie*, cit., 24, il quale riprende, in tal senso, spunti ricostruttivi di G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Angelici e G.B. Ferri, Milano, 2019, 497 e di G. Ferri jr. e Guizzi, *Il progetto di fusione e i documenti preparatori, decisione di fusione e tutela dei creditori*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società.* Liber amicorum *Gian Franco Campobasso* diretto da Abbadessa e Portale, 4, Torino, 2007, 232.

[7] Sul tema, v. di Martino, *Operazioni straordinarie corporative e passaggio generazionale*, in AA.VV., *Il passaggio generazionale della proprietà e dell'impresa*, a cura di Capo, Carinci, Di Ciommo, Rubino De Ritis, Milano, 2023, 147 e segg.

[8] ISTAT, *Censimento permanente delle imprese 2023: primi risultati*, 14 novembre 2023, in www.istat.it.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

sizione generazionale tra il 2023 e il 2025; possibilità, questa, prospettata più frequentemente da parte delle piccole e medie imprese, poco meno di un sesto del totale.

Va pure osservato, per completezza di informazione, che, secondo detta indagine statistica, nelle fattispecie di passaggio generazionale esaminate il ruolo della famiglia proprietaria o controllante si è in linea generale mantenuto e in non pochi casi addirittura rafforzato.

Ciò posto, va preso atto che, non da oggi, e per ragioni che possono darsi per acquisite senza necessità di ricordarle in questa sede, nel quadro delle politiche legislative in materia economica, tali processi sono ritenuti meritevoli di implementazione e incentivati, soprattutto attraverso l'utilizzazione della leva fiscale.

Merita ricordare, infatti, che l'art. 1, 78° comma, lett. a), della legge finanziaria per il 2007, ha inserito nell'art. 3 del D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, recante il *Testo unico sulle imposte di successione e donazione*, il comma 4°-*ter*, che ha ampliato il novero delle fattispecie esenti, appunto, dall'imposta sulle successioni e donazioni; ciò, includendo in tale novero, in presenza di particolari presupposti, i trasferimenti di aziende, quote e azioni di società effettuati a favore dei discendenti e del coniuge del relativo titolare, sul presupposto della continuazione, per almeno cinque anni dal trasferimento, dell'attività d'impresa interessata[9].

La circolare n. 3/2008 dell'Agenzia delle Entrate[10], poi, ha posto l'attenzione, in particolare, proprio sulle operazioni societarie straordinarie, quali la trasformazione, la fusione e la scissione, confermando che esse consentono di fruire del beneficio fiscale, anche se effettuate prima del decorso di 5 anni dall'acquisto delle partecipazioni; intendendosi, nel caso delle stesse, *ex se* assolto il requisito della continuazione dell'attività, purché, ove si tratti di società di capitali, nella società risultante dalla trasformazione, dalla fusione o dalla scissione il socio che aveva goduto dell'agevolazione mantenga o integri una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c.

Tale regime di esenzione, chiarisce la circolare, è proprio inteso a favorire il passaggio generazionale delle aziende di famiglia e, pertanto, in linea di principio non può considerarsi applicabile al trasferimento di quei titoli che, per loro natura, non permettono di attuare tale passaggio, quali, ad esempio, gli strumenti finanziari cc.dd. *ibridi* e i titoli obbligazionari[11].

Le operazioni straordinarie come strumento per l'attuazione del passaggio generazionale: cenni generali

Nelle operazioni societarie straordinarie, in sostanza, anche l'amministrazione finanziaria individua uno strumento idoneo e particolarmente efficace per dare attuazione a processi di pianificazione strategica della successione nella "proprietà" o nella *governance* dell'impresa, nell'ottica del mantenimento della continuità aziendale, valore, questo, che, come è noto, l'ordinamento tende sempre più intensamente a promuovere e tutelare (cfr. art. 2086 c.c.).

Su questo sfondo, tra le possibili modalità di impiego delle operazioni societarie – o "corporative", secondo la definizione che ad esse ha dato una parte della dottrina[12] – tradizionalmente qualificate "straordinarie", ai fini del passaggio generazionale della titolarità dell'impresa, assumono senz'altro rilievo (pur diverso nei vari casi) la trasformazione, la fusione e la scissione[13].

Operazioni, queste, il cui impiego – che non può escludersi concorrente – nell'attuazione del passaggio generazionale non è privo, come si vedrà, di implicazioni problematiche, che possono assumere, in concreto, una portata evidentemente differente e variabile a seconda delle basi di partenza, per così dire, dei processi che devono essere governati e dei previsti punti di approdo dei medesimi.

In tale ottica, l'attenzione va principalmente concentrata sulla scissione, che delle tre operazioni straordinarie "corporative" cui si è fatto riferimento costituisce, probabilmente, quella che meglio si presta al conseguimento dell'obiettivo del passaggio di mano della titolarità dell'impresa in una logica di transizione generazionale; e quella, dunque, di più diffusa utilizzazione.

Specifiche notazioni, in ogni caso, meritano – e saranno dedicate – anche gli istituti della fusione e della trasformazione.

La scissione e il passaggio generazionale dell'impresa

La scissione costituisce uno strumento la cui utilizzazione è ampiamente diffusa nei processi di transizione generazionale, dal momento che essa si rivela particolarmente efficace per attuare operazioni intese alla riconfigurazione del modello di organizzazione dell'impresa in funzione delle istanze, che possono essere assolutamente disomogenee, di cui sono portatori i soggetti coinvolti in tali processi[14].

Le diverse connotazioni che l'istituto, nelle sue varie de-

---

[9] Si veda di Martino, *Operazioni straordinarie*, cit., 148 e seg. In generale, sui profili fiscali delle operazioni straordinarie, cfr. il volume di Della Valle, Ficari, Marini, *Il regime fiscale delle operazioni straordinarie*, Torino, 2009.

[10] Circolare n. 3/E, 22 gennaio 2008, *Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione*, in www.agenziaentrate.gov.it.

[11] "La norma in esame è volta a favorire il passaggio generazionale delle aziende di famiglia e, pertanto, non può considerarsi applicabile al trasferimento di quei titoli che, per loro natura, non permettono di attuare tale passaggio (ad 41 esempio, titoli obbligazionari). Per analoghi motivi, l'esenzione non può trovare applicazione nei casi in cui beneficiario sia un soggetto societario o una persona fisica che non sia "discendente"o "coniuge" del dante causa" (così, Circolare n. 3/E, cit., 40 e seg.).

[12] G. Palmieri, *Operazioni straordinarie "corporative" e procedure concorsuali: note sistematiche e applicative*, in *Il Fallimento*, 2009, 1092. L'aggettivo "corporative" ricorre anche nel titolo del contributo che si deve a di Martino, *Le operazioni straordinarie*, cit., 147.

[13] Si tratta, osserva A. Nigro, *Le operazioni straordinarie*, cit., delle "figure archetipiche della categoria", che determinano, in sostanza, una riorganizzazione dell'intero assetto societario ovvero del codice organizzativo dell'impresa.

[14] Sarale, *Le scissioni*, in Aiello, Cavaliere, Cavanna, Cerrato, Sarale, *Le operazioni societarie*, cit., 609, nel rimarcare il carattere polifunzionale della scissione, ne individua una delle possibili finalità proprio nella risoluzione dei problemi di passaggio generazionale delle imprese. Nello stesso senso Caridi, *La scissione*, in AA.VV., *Trattato delle società*, cit., 930, che individua nel ricambio generazionale uno dei possibili "scopi secondari" della scissione, laddove gli "scopi primari" sono costituiti dalla "concentrazione organizzativa" ovvero dal "decentramento organizzativo"; e v. anche Piscitello, Ghionni Crivelli Visconti, *Diritto delle società*, Torino, 2024, 485.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

clinazioni normative, può assumere[15] fanno sì, infatti, che – vieppiù con specifico riferimento al contesto che qui interessa mettere a fuoco – esso possa dare appropriate risposte alle esigenze di volta in volta emergenti nell'esperienza applicativa, tenendo conto delle diverse variabili che possono in concreto presentarsi, quali, a titolo del tutto esemplificativo, il tipo di assetto proprietario che la società destinata ad essere scissa presenta (diverso, in tal senso, è il caso in cui il capitale sociale fa capo a un unico soggetto o al suo nucleo familiare, da quello in cui la compagine sociale annovera anche soggetti estranei alla famiglia del "capostipite") e l'assetto societario che si intende dare all'impresa una volta attuata l'operazione (diverso è il caso in cui il legame con l'impresa – o con suoi rami – debba, per il tramite della partecipazione societaria, permanere in capo, se del caso anche con mutata intensità, a tutti gli esponenti della generazione "subentrante", dal caso in cui in cui soltanto alcuni di essi, e dunque non tutti, intendano effettivamente conservarlo)[16].

La scissione non proporzionale

In questo quadro, assume un particolare rilievo e interesse la figura della scissione non proporzionale, cui, come è noto, fa riferimento l'art. 2506, 4° comma, c.c.

Tale norma, in effetti, configura e regola un'operazione al cui esito i soci della società scissa acquistano partecipazioni nelle società – preesistenti o di nuova costituzione – beneficiarie della scissione in misura non corrispondente, in termini proporzionali, alla partecipazione originariamente detenuta nella stessa società scissa. Dunque, ricorrendo tale ipotesi, nelle società beneficiarie della scissione non risulterà riprodotto il medesimo assetto partecipativo inizialmente presente nella società scissa.

Resta inteso, che all'attribuzione meno che proporzionale delle partecipazioni in una delle società beneficiarie dovrà fare da *pendant*, per il socio che ne sia destinatario, l'attribuzione più che proporzionale delle partecipazioni in un'altra società beneficiaria[17]; e che, se una soltanto dovesse essere la società beneficiaria, il socio a cui venga attribuita in essa una partecipazione meno che proporzionale a quella detenuta nella società scissa dovrà veder rideterminata, a fini compensativi, proprio quest'ultima partecipazione, nel segno del principio di neutralità economica che deve improntare l'operazione[18].

In definitiva, oltre a comportare una rimodulazione sul piano qualitativo del patrimonio dei soci in essa coinvolti, la scissione non proporzionale determina anche una modificazione – rispetto agli equilibri originariamente presenti nella compagine della scissa – dei rapporti di forza tra i soci nelle diverse società (scissa e beneficiarie) che ne sono protagoniste[19].

Peraltro, a norma dell'art. 2506-*bis*, 4° comma, c.c., ai soci che non abbiano approvato l'operazione deve essere consentito di smobilizzare il loro investimento nella società scissa, permettendo loro di dismettere le proprie partecipazioni sociali a fronte del versamento di un corrispettivo stabilito sulla base dei criteri previsti per la determinazione del valore della partecipazione da liquidarsi al socio nell'ipotesi di recesso[20].

Si tratta, quindi, di un'operazione mediante la quale, in tutta evidenza, il passaggio generazionale può essere governato mediante una riorganizzazione dell'impresa, che ne preveda la disarticolazione o scomposizione in più settori – o rami – di attività imputati a organismi societari diversi, nelle cui compagini gli equilibri tra le partecipazioni dei soci di seconda generazione siano calibrati in funzione dei rispettivi interessi e delle rispettive competenze professionali[21].

In particolare: la scissione (non proporzionale) asimmetrica

Ciò posto, uno strumento particolarmente elastico, nella prospettiva di assecondare i diversificati interessi dei soggetti coinvolti nel passaggio generazionale, può rivelarsi quello costituito dalla scissione non proporzionale "asimmetrica".

La scissione "asimmetrica", oggi legittimata dalla riforma del diritto societario del 2003 e disciplinata dall'art. 2506, 2° comma, secondo periodo, c.c., è, come noto, un'operazione che postula che ad alcuni dei soci della società scissa vengano attribuite partecipazioni in quest'ultima, ma non nelle società beneficiarie: ed è un'operazione che, in effetti, presuppone il consenso unanime dei soci[22].

Si tratta, in sostanza, di una fattispecie che consente di scomporre la compagine sociale della scissa non conservando l'originario assetto proprietario della società e non riproponendolo nell'ambito delle società beneficiarie; ciò, sul presupposto, tuttavia, che, in linea di principio, il meccanismo delle "compensazioni" non determini perdite di valore per i soci[23].

In questa logica, la scissione asimmetrica può senz'altro agevolare ipotesi di transizione generazionale dell'impresa che consentano ai soci di seconda generazione di percorrere strade imprenditoriali separate, tracciate mediante la scomposizione dell'organizzazione aziendale della società scissa in più segmenti, facenti capo a soggetti societari di-

---

[15] G. Scognamiglio, *Le scissioni*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo, Portale, Torino, 2004, 7.2, 75, fa rilevare come già nella delineazione delle diverse forme di scissione cui fa riferimento l'art. 2506 c.c. possa essere colto il "polimorfismo" dell'istituto.

[16] di Martino, *Operazioni straordinarie*, cit., 150.

[17] G. Scognamiglio, *Le scissioni*, 36; Morano, *La scissione non proporzionale*, in AA.VV., *Le operazioni societarie straordinarie: questioni di interesse notarile e soluzioni applicative*, Milano, 2007, 44.

[18] Sulla scissione a favore di un'unica beneficiaria e sulla sua ammissibilità v. di Martino, *Le operazioni straordinarie*, cit., 154 e seg., che evidenzia come, ai fini della redistribuzione in via compensativa delle partecipazioni nella società scissa, debba procedersi alla stima del valore della stessa con criteri omogenei rispetto a quelli utilizzati per la stima della "porzione patrimoniale attribuita alla beneficiaria".

[19] Caridi, *La scissione*, cit., 943; Spada, *Diritto commerciale. II. Elementi*, Padova, 2006, 171 e segg.

[20] La disposizione in questione prevede che tale diritto debba essere previsto nel progetto di scissione, che deve indicare anche i soggetti a cui carico è posto l'obbligo di acquisto.

[21] In tal senso, v. di Martino, *Le operazioni straordinarie*, cit., 146.

[22] Tale definizione, ormai utilizzata diffusamente in dottrina, si deve, nell'ottica di un primo inquadramento sistematico della fattispecie, a G. Scognamiglio, *Le scissioni*, cit., 32 e segg. Si discute, peraltro, in ordine all'individuazione nella scissione asimmetrica come una modalità attuativa della scissione non proporzionale ovvero come una forma di scissione dotata di una propria autonomia (cfr. Caridi, *La scissione*, cit., 931, 947, il quale sembra propendere per la seconda soluzione).

[23] Piscitello, Ghionni Crivelli Visconti, *Diritto delle società*, cit., 484.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

versi, nei quali i soci medesimi assumano le rispettive partecipazioni[24].

Anche sotto l'aspetto fiscale, peraltro, l'operazione può presentare significativi vantaggi. In primo luogo, trattandosi di scissione, rappresenta un'operazione fiscalmente neutra ai sensi dell'art. 173 TUIR[25].

La fusione e il passaggio generazionale dell'impresa

La fusione può, a sua volta, costituire uno strumento funzionale all'attuazione di processi di transizione generazionale dell'impresa. Essa si presta ad assumere, invero, un ruolo determinante in specifiche fasi dei processi medesimi, in cui è necessario dare luogo all'unificazione patrimoniale e corporativa dell'impresa che ne costituisce oggetto, ponendo così le basi per un successivo momento di divisione della stessa.

In tale prospettiva, la fusione può inserirsi nell'ambito dei processi di passaggio generazionale dell'impresa per lo più combinandosi con altri strumenti negoziali ovvero con altre operazioni straordinarie, quali, ad esempio, la scissione.

Si pensi, infatti, alle ipotesi in cui il progetto di passaggio generazionale investa più società, alle cui compagini partecipino esponenti tanto della prima quanto della seconda generazione: la fusione, in siffatte ipotesi, può consentire di accentrare in un'unica società tutte le attività d'impresa facenti capo alle diverse compagini, costituendo i presupposti per il trasferimento delle relative partecipazioni dagli esponenti della generazione uscente a quelli della generazione subentrante mediante atti di cessione o donazione.

Diversamente, dalla società derivante dalla fusione potrebbero, mediante una successiva scissione, avere origine società beneficiarie di nuova costituzione, con attribuzione, secondo le modalità sopra schematicamente illustrate, delle relative partecipazioni agli esponenti della generazione subentrante[26].

In una ulteriore e differente prospettiva, invece, la fusione può costituire non già uno snodo, ma il punto di approdo del passaggio generazionale, ancora una volta andando a collocarsi all'interno di processi articolati, che postulano il succedersi di più momenti attuativi.

Ciò può verificarsi, ad esempio, nel caso delle operazioni di c.d. *family buy out*, le quali, come è noto, sono strutturate in modo tale da prevedere l'acquisizione del controllo di aziende di famiglia mediante il ricorso all'indebitamento, secondo il modello del *leveraged buy out* di cui all'art. 2501-*bis* c.c.

Nell'ottica di siffatte operazioni è possibile che gli esponenti della generazione che aspira ad assumere il controllo della società di famiglia acquisiscano le quote di partecipazione nella titolarità dei familiari di prima generazione attraverso una *newco*, da loro partecipata, sovvenzionata mediante l'apporto finanziario di un istituto di credito garantito in virtù della costituzione di una garanzia pignoratizia sulle partecipazioni della stessa *newco*. All'esito di un'operazione di fusione, in forza della quale la *newco* viene incorporata dalla società *target* si determina, poi, l'acquisizione, da parte dell'incorporante, della capacità di far fronte con i flussi di reddito derivanti dall'attività dell'incorporata al pagamento del debito contratto nei confronti della banca[27].

Si badi: l'operazione testé descritta non necessariamente nasce dall'iniziativa di un soggetto che intende passare alla generazione successiva il testimone, per così dire, della titolarità dell'impresa di famiglia; ma ben può porsi in funzione comunque di processi condivisi di transizione della titolarità di un'impresa familiare, coniugando l'aspirazione dei familiari che intendano assumere e continuare la conduzione della stessa con quella dei familiari che, per contro, intendano cedere le proprie partecipazioni: e, così, agevolando sostanzialmente il consolidamento delle medesime partecipazioni sociali in capo a un unico centro di imputazione.

Né va taciuto, peraltro, che nelle ipotesi in cui il processo non sia condiviso, ma venga ad essere attuato sulla base di logiche maggioritarie, si pone evidentemente il problema di assicurare piena tutela alle istanze delle minoranze, esposte ad abusi da parte della maggioranza facente capo alla stessa *newco*[28].

La trasformazione e il passaggio generazionale dell'impresa

Anche l'istituto della trasformazione, come si è accennato, può venire in evidenza nei processi di transizione generazionale dell'impresa ovvero in funzione della pianificazione degli stessi[29].

---

[24] Si pensi all'ipotesi di una società partecipata da due soci, uno soltanto dei quali intenda dar corso a un percorso di passaggio generazionale a favore dei due figli, mantenendo, tuttavia, distinte le attività di questi ultimi. La società di partenza potrebbe essere parzialmente scissa, trasferendo una parte della relativa attività, quella facente capo al socio che intende attuare la transizione generazionale, a due neocostituite società, con attribuzione delle partecipazioni dell'una ad uno dei figli e dell'altra all'altro figlio; laddove il socio non interessato al passaggio generazionale vedrebbe accresciuta la propria partecipazione nella società scissa. E non mancano ulteriori possibili variabili (per alcuni significativi esempi v. di Martino, *Le operazioni straordinarie*, cit., 152 e seg.).

[25] L'amministrazione finanziaria (cfr., ad esempio, la risposta resa dall'Agenzia delle Entrate all'interpello n. 155 del 5 marzo 2021, consultabile nel sito *www.agenziaentrate.gov.it*) legittima pienamente tali operazioni, non ascrivendo ad esse carattere di abusività, allorquando si traducano in operazioni essenzialmente atte alla riorganizzazione delle attività facenti capo alla famiglia dei soci, anche in vista del futuro passaggio generazionale

[26] di Martino, *Le operazioni straordinarie*, cit., 158 e seg.

[27] L'esempio è riportato in di Martino, *Le operazioni straordinarie*, cit., 160 e seg. Descrive, poi, un'operazione simile, venuta all'esame dell'amministrazione finanziaria, Corasaniti, *Gli aspetti tributari del passaggio generazionale delle imprese alla luce della recente prassi dell'agenzia delle entrate*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2020, 293 e segg., *ivi*, 326 e seg., evidenziando, peraltro, i profili di censura rilevati dalla stessa amministrazione finanziaria in relazione al progetto imprenditoriale effettivamente attuato nel caso concreto, ritenuto abusivo "in quanto unicamente finalizzata ad aggirare le disposizioni tributarie in materia di recesso c.d. "tipico" del socio, consentendo ai soci uscenti di fruire indebitamente della rivalutazione delle partecipazioni da questi detenute".

[28] Sulle ulteriori implicazioni di siffatte operazioni di fusione con indebitamento, definite "fusioni 'aggravate'" e sulla tutela degli interessi coinvolti, v. Vattermoli, *La fusione*, in AA.VV., *Trattato delle società*, cit., 886 e segg.

[29] Piscitello, Ghionni Crivelli Visconti, *Diritto delle società*, cit., 471.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Una particolare applicazione dello stesso istituto in tali processi, alla quale possono in questa sede dedicarsi alcuni cenni, può aversi in funzione dell'evoluzione della comunione d'azienda in società di capitali, che è fattispecie espressamente prevista dall'art. 2500-*octies* c.c.[30].

La contitolarità dell'azienda da parte di più soggetti, in sostanza, può connettersi all'acquisto in comunione della stessa *inter vivos* (comunione volontaria) ovvero *mortis causa*, come accade, ad esempio, nelle ipotesi in cui i figli subentrano al genitore in via ereditaria nella titolarità del complesso produttivo (comunione incidentale); o, ancora, può riscontrarsi nell'ipotesi di aziende che siano state costituite dai coniugi in regime di comunione legale dopo il matrimonio e impiegate per l'esercizio dell'impresa coniugale [art. 177, 1° comma, lett. d), c.c.][31].

In tale quadro di riferimento, i processi di transizione generazionale dell'impresa (già esercitata mediante il complesso aziendale oggetto di comunione) sembrano poter essere più efficacemente realizzati anche attraverso il trasferimento della titolarità dell'azienda dai comproprietari ad una società, così rimettendo al diritto societario, in definitiva, il governo di tali vicende[32].

In tal senso, ove si opti per l'adozione di un modello societario capitalistico, con la conseguente possibilità di fruire del regime della responsabilità limitata, l'attuazione di del progetto di transizione generazionale dell'impresa può trovare uno snodo centrale nella trasformazione c.d. *eterogenea* della comunione d'azienda in società di capitali[33], la quale – di là dal mutamento del soggetto titolare dell'impresa e non solo della sua veste giuridica che essa implica – ha comunque luogo nel rispetto del principio di continuità dei rapporti giuridici enunciato dall'art. 2498 c. c. e con l'assegnazione agli *ex* comunisti di azioni o quote della società di approdo dell'operazione in proporzione alla quota detenuta dagli stessi nella comunione d'azienda di partenza (ciò, in applicazione del disposto dell'art. 2500-*quater* c.c.)[34]. In questa ottica, l'*iter* del passaggio generazionale può completarsi tanto mediante il trasferimento delle partecipazioni della società di approdo della trasformazione dai soci di prima generazione (già comproprietari dell'azienda in comunione) ai propri discendenti, quanto attraverso la combinazione della trasformazione con altri istituti, quali, ad esempio, il mandato fiduciario o il *trust*, intesi a differire nel tempo l'immissione delle nuove generazioni nella titolarità delle partecipazioni sociali[35].

Holding e "casseforti" di famiglia

Sabrina Masturzi

Allorquando si tratti di pianificare il passaggio generazionale di patrimoni familiari comprensivi anche di partecipazioni al capitale di società operative, l'istituto della *holding* è comunemente ascritto tra gli strumenti dotati di maggiore efficacia. Tratteggiati i contorni dell'istituto, il contributo mira ad esaminare i benefici traibili dal suo impiego in ambito successorio per poi dedicare qualche osservazione ai limiti legali alla utilizzabilità – a tal fine – del modello organizzativo della società semplice, e, in fine, ai vantaggi conseguibili col modello della s.a.p.a. per la gestione di patrimoni familiari in funzione del loro passaggio generazionale.

Introduzione

Allorquando si tratti di pianificare il passaggio generazionale[1] di patrimoni familiari comprensivi anche di partecipazioni al capitale di società operative, l'istituto della *holding* è comunemente ascritto tra gli strumenti dotati di maggiore efficacia giacché al contempo permette: di esprimere congiuntamente la guida imprenditoriale della/e partecipata/e (quindi dell'eventuale gruppo di imprese operative ad essa riconducibile), di preservarne l'unità e di razionalizzarne la gestione, centralizzandola e facilitando il controllo e il monitoraggio degli investimenti di ciascuna.

La enucleazione degli evocati benefici che l'utilizzo dell'istituto permette di realizzare presuppone, tuttavia, che si delineino i contorni della fattispecie, quelli cioè del gruppo, la cui essenza postula una relazione tra le società, direttamente o indirettamente, controllate e la capogruppo, ossia appunto la *holding*, non esauribile nella situazione di "controllo" e infatti identificata, dalla riforma del 2003, nell'attività di direzione e coordinamento della pluralità delle iniziative economiche partecipate, della quale la capogruppo assume la gestione unitaria. Conviene, pertanto, muovere da un breve inquadramento dell'istituto per poi, esaminati i benefici ascrivibili al suo impiego proprio in ambito successorio, dedicare qualche osservazione: *i)* ai limiti legali alla utilizzabilità – a tal fine – del modello organizzativo della società semplice, dal momento che, pur essendo oramai da tempo ammesso anche allo svolgimento di atti-

[30] Cetra, *Le trasformazioni "omogenee" ed "eterogenee"*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società*, cit., 184. Sia consentito anche il rinvio a Capo, *Le trasformazioni di società e in società*, in AA.VV., *Trattato delle società*, cit., 765 e segg., spec. 814 e seg.

[31] Sulle diverse configurazioni che può assumere il fenomeno della comunione d'azienda v., nel più ampio quadro di una trattazione relativa al passaggio generazionale mediante conferimento d'azienda, Fusco, *Il conferimento d'azienda*, in AA.VV., *Il passaggio generazionale*, cit., 41.

[32] Fusco, *Il conferimento d'azienda*, cit., 44 e seg.

[33] In alternativa, può farsi ricorso al conferimento dell'azienda ad una società di nuova costituzione (sulle diverse implicazioni derivanti dal ricorso all'una o all'altra soluzione, in termini, soprattutto, di tutela dei diritti dei terzi, v. Fusco, *Il conferimento d'azienda*, cit., 44 e seg.).

[34] Maltoni, *La trasformazione di società di capitali in comunione d'azienda e viceversa*, in Maltoni, Tassinari, *La trasformazione delle società*, Milano, 2011, 263 e segg.

[35] Per una panoramica sugli strumenti giuridici funzionali al passaggio generazionale della ricchezza v., tra gli altri contributi, AA.VV., *Il passaggio generazionale della ricchezza e dell'impresa*, cit., *passim*.

[1] L'espressione identifica una serie di atti ed operazioni volti a garantire la successione, *inter vivos* o *mortis causa* nell'esercizio diretto o indiretto dell'impresa: così Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 36-2011/T.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vità di godimento di beni (compresi gli strumenti finanziari partecipativi), è dubbio che possa analogamente prestarsi all'esercizio di quella peculiare attività nella quale si sostanzia la funzione della *holding* nell'ambito del fenomeno di gruppo; *ii)* al modello della s.a.p.a., le cui peculiari caratteristiche organizzative e normative si prestano ad essere particolarmente valorizzate nell'esercizio di attività di gestione di patrimoni familiari in funzione del loro passaggio generazionale.

Inquadramento del fenomeno: cenni

Allorquando oggetto di conferimento in una *holding* siano (anche o solo) partecipazioni di maggioranza o totalitarie al capitale di società operative a carattere familiare, essa può esercitare sulle imprese soggette al proprio *controllo*[2] un'*attività di direzione e coordinamento* che, non esaurendosi nell'esercizio del primo, va brevemente puntualizzata onde meglio comprendere i benefici normalmente riconosciuti al suo utilizzo anche ai fini della pianificazione del passaggio generazionale di imprese. La differenza concettuale e normativa tra i due fenomeni (del controllo, da un alto, e dell'attività di direzione e coordinamento, dall'altro) è già desumibile dalla norma (art. 2497-*sexies*, c.c.) che, pur collegandoli associando alla prima situazione l'attività di direzione e coordinamento della controllante, introduce tuttavia solo una presunzione semplice, suscettibile per ciò stesso di prova contraria. La stessa giurisprudenza di legittimità[3], d'altro canto, invita a leggere il fenomeno della *holding* alla luce del principio di effettività tenendo conto che le norme che lo regolano "disciplinano la dinamica di un "fatto" – quello dell'abuso di attività di direzione e coordinamento – che presuppone l'esercizio effettivo della corrispondente influenza sulle società assoggettate.

La diversità dei due fenomeni è comunemente puntualizzata ascrivendo al "controllo" il significato di descrivere una situazione *statica* che, pur potendo avere implicazioni dinamiche, non sostanzia tuttavia la funzione imprenditoriale invece riconosciuta alla direzione e al coordinamento[4]. E infatti, mentre il controllo partecipativo si manifesta con (e al contempo si esaurisce ne) l'esercizio de i diritti sociali "incorporati" nelle partecipazioni, a cominciare da quello di v*oice* che consente alla controllante di determinare il contenuto delle decisioni più rilevanti soprattutto sotto il profilo *lato sensu* gestionale (nomina degli amministratori, approvazione del bilancio, destinazione degli utili realizzati, valutazione delle condotte degli amministratori e adozione dei conseguenti rimedi); l'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento presuppone qualcosa d'altro o, per meglio dire, di ulteriore[5], dal momento che si sostanzia nel *governo* del gruppo societario[6]. La detenzione di una situazione di controllo in altra o altre imprese non integra, quindi, per ciò solo, lo svolgimento della direzione e del coordinamento, né quindi gli estremi per l'applicazione della relativa disciplina[7], dovendosi piuttosto verificare l'esistenza delle specifiche situazioni compendiate in quell'"endiadi funzionale"[8], il cui significato è di solito rispettivamente identificato:

– nell'esercizio in maniera sistematica di poteri di indirizzo strategico cui gli amministratori delle eterodirette devono attenersi e che si esprimono, attraverso l'esercizio di un'influenza dominante e decisiva sulle controllate e sui suoi organi amm.vi, in modo da permettere alla *holding* di condizionare e determinare i processi decisionali delle partecipate per ciò che attiene alla gestione dei loro assetti finanziari, industriali, commerciali e organizzativi;

– nella creazione di sinergie tra le diverse entità partecipate e tra esse e la *holding*, nell'ottica di delineare e realizzare una politica strategica di gruppo, per ciò stesso unitaria che, armonizzando gli interessi delle società coinvolte, ne uniformi a tal punto la gestione come fossero un'unica entità economica, sebbene ciascuna di esse conservi le proprie autonomia patrimoniale e soggettività giuridica[9].

La circostanza che l'eterodirezione sia proiettata alla realizzazione dell'interesse di gruppo, all'attività della *holding* è pertanto riconosciuta una dimensione imprenditoriale[10]

---

[2] Come è noto, essa è identificata nelle situazioni descritte all'art. 2359 c.c. e in quelle da cui scaturisce l'obbligo al consolidamento dei bilanci ai sensi dell'art. 25 del D.Lgs. n. 127/1991.

[3] Secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, il fenomeno richiede l'effettiva dimostrazione di specifici requisiti: una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo, idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa; il comune intento sociale perseguito; l'esteriorizzazione del vincolo societario, tramite la spendita del nome e/o il compimento di attività negoziale nell'interesse della holding; l'organizzazione imprenditoriale autonoma della *holding* rispetto a quella delle società controllate, volta al coordinamento dei fattori produttivi relativi al gruppo di imprese (ciò di cui costituirebbero degli indici una pluralità costante di atti di indirizzo idonei a incidere sulla volontà dell'impresa eterodiretta, il reciproco rilascio di garanzie, il sistematico finanziamento e/o prelievo dalle casse sociali, la promiscuità di sede e recapiti, nonché la somiglianza di segni distintivi tra controllante e controllata: Trib. Vicenza, 21 gennaio 2020, Trib. Vicenza, 6 ottobre 2020, in *Fam e Dir.,* 2021, 95 e segg.); l'economicità aggiuntiva ovvero la produzione di un plusvalore dovuto all'attività di direzione e coordinamento (Cass. civ, 7 ottobre 2019, n. 24943; Cass. civ., 20 maggio 2016, n. 10507; Cass. civ., 18 novembre 2010, n. 2334; Cass. civ., 13 marzo 2003, n. 3724; Cass. civ., 9 agosto 2002, n. 12113).

[4] Si deve a C. Angelici, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*[2]*,* Padova, 2006, 211, la semplificazione della distinzione dei due fenomeni.

[5] Sul tema vd., in maniera sostanzialmente conforme, P. Montalenti, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi,* in *Riv. Società,* 2000, 217; G. Scognamiglio, *"Clausole generali", principi di diritto e disciplina dei gruppi di società,* in *Riv. Dir. Priv.,* 2011, 525; F. Galgano, G. Sbisà, *Direzione e coordinamento di società*[2]*,* in *Commentario del Codice civile,* a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna, 2014, 102 e seg.

[6] G. Scognamiglio, *Motivazioni delle decisioni e governo del gruppo,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2009, I, 757 e seg.; U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese,* Milano, 2010, 8 e seg.

[7] A cominciare dall'obbligo, incombente a carico della partecipata, di adempiere agli oneri pubblicitari di cui agli art. 2497-*bis*, commi 1° e 2°, c.c., nonché del rischio risarcitorio, incombente sulla società esercente attività di direzione e coordinamento, per i danni conseguenti all'eventuale abuso nell'esercizio della posizione (art. 2497 c. c.).

[8] L'espressione è di P. Montalenti, *Direzione e coordinamento,* cit., 227, ripresa poi da G. Lemme, *Diritto dei gruppi di società,* Bologna, 2013, 22.

[9] In maniera senza dubbio più incisiva P. Montalenti, *Direzione e coordinamento,* cit., 226 e seg., definisce la prima come "l'esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell'impresa, cioè sulle scelte strategiche ed operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali"; e il secondo come "un sistema di sinergie fra diverse società del gruppo nel quadro di una politica strategica complessiva, estesa all'insieme' di società".

[10] G. Portale, A. Cetra, *Società semplice controllante di società di*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

che si sostanzia nell'ingerenza qualificata e sistematica nella gestione delle società controllate per il mezzo della posizione di potere con la quale essa può incidere nelle scelte gestorie e operative degli organi amministrativi delle partecipate: il carattere residuale della natura commerciale delle attività rispetto al fenomeno imprenditoriale[11] consente poi di rinvenire nell'attività di direzione e coordinamento una specificazione della prima[12].

La pianificazione della trasmissione generazionale di impresa mediante *holding* familiari

Questo breve inquadramento dell'istituto agevola la comprensione del tema prescelto, quello cioè della utilizzazione della *holding* come strumento volto a favorire la trasmissione di imprese familiari e, ancor meglio, la pianificazione del passaggio generazionale che eventualmente le occupi allorquando al/i fondatore/i, ovvero anche ai suoi discendenti, debbano succedere le generazioni successive.

Mi pare innanzitutto opportuno anticipare due riflessioni:

1) l'utilità della creazione di *holding* può adeguatamente apprezzarsi allorquando l'impresa interessata alla pianificazione del passaggio generazionale presenti determinate caratteristiche: sia, cioè, articolata o articolabile in diverse imprese operative e sia altresì riconducibile a famiglie detentrici di patrimoni (mobiliari e immobiliari, oltre che per l'appunto finanziari) non necessariamente ingenti, ma comunque tali da generare le seguenti esigenze:

a) di protezione dal rischio di coinvolgimento nelle sorti delle imprese controllate;

b) di (mantenimento della) gestione unitaria e accentrata del patrimonio pur dopo l'avvicendamento dei successori al fondatore/ai fondatori;

c) di coinvolgimento graduale dei successori nella gestione del patrimonio finanziario e, per esso, delle imprese operative;

d) di modulazione e differenziazione dei ruoli assegnabili ai successori in funzione delle persone dei successori, quindi delle loro attitudini, capacità e interesse alla gestione attiva delle imprese operative.

2) la capacità di soddisfare e realizzare siffatte esigenze e interessi dipende da e si lega all'assetto organizzativo interno alla *holding*, atteso che gli strumenti normativi illustrati dai relatori che mi hanno preceduto dovrebbero essere adeguatamente combinati e armonizzati tra loro ai fini di un'efficace pianificazione del passaggio generazionale, a cominciare dalle clausole statutarie inerenti la regolazione della gestione fino – ove consentito – al riconoscimento a determinati soci di particolari diritti amministrativi e patrimoniali, sino anche, se del caso, alle operazioni straordinarie riorganizzative l'impresa. Ciò spiega anche la ragione per la quale normalmente la creazione di *holding* costituisce solo un tassello di un processo di pianificazione, talora comprensivo anche di operazioni straordinarie di fusione o scissione, e che vede anche la contestuale predisposizione di una struttura organizzativa volta ad adeguatamente regolare gli assetti interni, condizionando per ciò stesso anche la scelta del modello societario della capogruppo.

Ciò detto, volendo a questo punto passare in rassegna i vantaggi ascrivibili alla *holding* come strumento di preparazione del passaggio generazionale di imprese familiari, sottesa a ciascuno di essi è la intrinseca attitudine della stessa a consentire la separazione della proprietà del patrimonio (ad essa, a qualunque titolo, assegnato e di cui quindi può a tutti gli effetti disporre) dalla gestione del medesimo (che, nel rispetto della struttura organizzativa interna e delle norme che regolano l'esercizio del potere gestionale, comunque rimane nelle mani dei soci conferenti).

La protezione del patrimonio familiare

L'idoneità della *holding* a favorire la protezione del patrimonio familiare si lega:

i) per un verso, alla sua naturale essenza di "contenitore" di "beni", che essa gestisce unitariamente, scongiurandone il rischio di dispersione. Ciò che, anche quando alcuni familiari manifestassero l'intenzione di monetizzare la propria "quota", è reso agevolmente possibile inserendo nello statuto la clausola che riconosce il diritto di prelazione in favore degli altri soci o, ove possibile, consentendo alla *holding* (società azionaria o, nei imiti consentiti alla srl PMI) di acquistare le partecipazioni (allora proprie) dei soci che vogliano disinvestire o, nei modelli personalistici, tenendo conto della norma che, interpretando il cambiamento delle persone dei soci come modificazione del contratto sociale, comunque condiziona il trasferimento delle relative "partecipazioni" all'unanime *placet* dei soci.

ii) alla circostanza di non rispondere degli eventuali risultati negativi, né delle obbligazioni, delle società partecipate che si siano avvalse di modelli organizzativi di tipo capitalistico. Il che, peraltro, tendenzialmente vale anche nell'ipotesi in cui la *holding* avesse adottato un modello ascrivibile al tipo personalistico, tenuto conto che – ove si tratti di una *holding* cd. pura – la sua attività si esaurisce in quella di direzione e di coordinamento di società operative, non anche nello svolgimento diretto delle attività di queste ultime. Sebbene, infatti, quella di direzione e coordinamento sia ascrivibile alla categoria di attività imprenditoriali, i rischi patrimoniali connessi all'esercizio di siffatta attività e quindi direttamente ascrivibili alla *holding* sono tendenzialmente assenti o comunque contenuti, fermo rimanendo il rischio risarcitorio al quale essa è esposta allorquando abusi della propria posizione dominante adottando

capitali e attività di direzione e coordinamento, in Riv. Società, 2021, 1089.

[11] Ciò che non è invero del tutto pacifico: in senso favorevole cfr. C. Angelici, *La riforma delle società di capitali,* cit., 191 e segg.; A. Cetra, in *Diritto commerciale, Diritto dell'impresa*[7]*,* a cura di M. Cian, Torino, 2020, 29; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*[7]*,* a cura di M. Campobasso, Milano, 2013, 26 e seg.

Nel senso, invece, che l'attività di direzione e coordinamento non configura in sé un'impresa P. Montalenti, *Interesse sociale, interesse di gruppo e gestione dell'impresa nei gruppi di società,* in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo. Per i quarant'anni di Giurisprudenza commerciale,* Milano, 2015, 171.

Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. civ, 26 febbraio 1990, n. 1439.

[12] La qual cosa implica la soggezione della *holding* all'obbligo del rispetto dei principi di corretta gestione delle società soggette al controllo: in tal senso, oltre a C. Angelici, *La riforma delle società di capitali,* cit., 194 e seg., cfr. G. Scognamiglio, *"Clausole generali",* cit., 530 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

politiche di gruppo che si rivelino vantaggiose per determinate unità eterodirette, ma pregiudizievoli nei confronti di altra/e società e dei loro relativi creditori.

La dislocazione dei conflitti familiari

La interposizione della *holding* tra i suoi soci e la/e unità eterodirette determina l'affidamento della loro gestione in capo alla capogruppo, la quale accentra in sé le decisioni strategiche (gestionali, finanziarie, amministrative e organizzative) di tutte le società operative, con l'esito di poter evitare che dissidi familiari o diversità di vedute sulla gestione delle controllate si ripercuotano negativamente sulle stesse oltre che – possibilmente – sui rapporti familiari. Il che è reso possibile dal fatto che alla *holding* compete:

– il diritto di voto nelle assemblee delle società operative che la posizione di controllo le permette di esprimere esercitando la maggioranza dei voti o comunque un'influenza dominante;

– il potere di gestione delle società operative, che la *holding* può infatti esercitare per mezzo del o degli amministratori da essa stessa nominati e, ove non vi sia coincidenza della compagine gestoria, riconoscendo statutariamente al proprio rappresentante legale particolari diritti amministrativi, come ad es. il potere di veto o di autorizzazione agli amministratori della/e società operative per ciò che attiene al compimento di determinati atti gestori.

D'altro canto, per effetto del conferimento delle partecipazioni sociali al capitale delle unità operative in favore della *holding*, i conferenti – siccome non più soci delle società eterodirette bensì solo della *holding* – perdono il diritto di esercitare quelle iniziative societarie tendenzialmente "divisive" che normalmente incidono in maniera negativa sulle imprese, oltre che sui rapporti interni alla famiglia. Alludo, evidentemente, all'esercizio del diritto-potere: di impugnazione delle delibere assembleari o, nei limiti di quanto consentito dall'art. 2388 c.c., consiliari; di promozione delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori delle società eterodirette. Sono altresì scongiurati i rischi patrimoniali normalmente connessi all'esercizio del diritto di recesso dalla società operative che, come è noto, si presta ad essere uno strumento di disinvestimento totale o parziale della partecipazione, funzionale anche (ma non solo) alla manifestazione del proprio dissenso rispetto a determinate scelte riorganizzative della maggioranza.

La trasmissione, graduale e progressiva, della gestione del patrimonio familiare

Tanto più ove si adottino i modelli della s.r.l. o quelli personalistici, è possibile modellare la struttura organizzativa della *holding* e delle società operative assegnando ai soci della prima diritti, patrimoniali e amministrativi, differenti, in considerazione delle specifiche attitudini, interessi e abilità gestionali dei successori del fondatore/i: è, infatti, possibile nominare quelli *designati* dai capostipiti in ragione delle attitudini soggettive, amministratori delle unità eterodirette onde permettere loro di acquisire il dovuto bagaglio di esperienze e di competenze gestionali prima di succedere al/i fondatori nella gestione della *holding*. Nel che è normalmente d'uopo affiancarli da altri amministratori esterni alla famiglia, ma dotati di esperienza e competenze gestionali utili alla loro crescita, fermo il riconoscimento alla *holding* di particolari diritti – di veto e autorizzativi – esercitabili su scelte e operazioni gestionali di competenza degli amministratori delle eterodirette.

È allo stesso modo possibile riconoscere ai successori non designati per la gestione, magari perché privi di determinate qualità e competenze o perché interessati maggiormente al profilo speculativo dell'investimento, ruoli al più dirigenziali, quindi apicali, nell'organigramma dell'impresa e/o il diritto maggiorato o privilegiato agli utili ed altre prerogative patrimoniali.

La *holding* consente tuttavia anche di risolvere problemi relativi alla cd. perequazione, liquidando cioè progressivamente i legittimari che, per volontà del fondatore, non potranno assumere alcuna posizione di controllo all'interno dell'impresa: ciò che è reso possibile assegnando loro azioni/quote cd. riscattabili dalla stessa capogruppo o dai suoi soci.

La stabilità del controllo e degli equilibri familiari

Scongiurando il frazionamento delle partecipazioni di controllo o totalitarie, lo strumento della *holding* consente di evitare effetti disgregativi, quindi la dispersione della percentuale di partecipazione maggioritaria o totalitaria detenuta, con il rischio che ne consegue in termini di alterazione degli equilibri interni alla famiglia specie nell'ipotesi in cui l'impresa sia articolata in diversi rami o ceppi familiari.

A tali fini è opportuno prevedere clausole statutarie relative alla circolazione delle partecipazioni della capogruppo che ne impediscano la cessione a soggetti esterni alla famiglia, ovvero condizionino l'apertura a terzi di eventuali aumenti reali del capitale alla sottoscrizione di quote partecipative di minoranza. Tanto, al fine di mantenere salda la proprietà del patrimonio e la gestione delle imprese eterodirette in capo al gruppo familiare, senza tuttavia rinunziare ai benefici patrimoniali traibili dall'apertura della società ai capitali di terzi.

La ottimizzazione del risultato economico e della gestione finanziaria di gruppo

La *holding* garantisce l'indubbio vantaggio di avere una maggiore credibilità agli occhi del sistema bancario che normalmente è tanto più disposto a erogare prestiti in suo favore, piuttosto che direttamente alle società operative, viste le maggiori garanzie di solvibilità e stabilità che la prima è in grado di assicurare in ragione della consistenza del suo patrimonio. Ciò permette di ottimizzare la gestione centralizzata dei flussi finanziari consentendo alla *holding* di finanziare le società operative, evitando loro di ricorrere al sistema bancario e pagare gli interessi passivi, ma anche di prestare garanzie in loro favore. Tutto ciò contribuisce a garantire un maggior peso contrattuale delle società operative nei confronti del sistema bancario e dei fornitori, permettendo loro di spuntare condizioni negoziali migliori di quelle che avrebbero se operassero isolatamente.

La *holding* società semplice: limiti all'utilizzo del modello

Al di là dei modelli organizzativi capitalistici, la cui peculiare funzionalità alla pianificazione del passaggio generazionale di imprese operative familiari è stata ampiamente dimo-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

strata nelle precedenti relazioni, occorre verificare la possibilità di avvalersi del modello della società semplice che, pur apparentemente privo di *appeal* in ragione della natura illimitata della responsabilità patrimoniale dei soci, presenta peculiari connotati che potrebbero ulteriormente e, direi, più agevolmente, consentire il perseguimento dei vantaggi e delle prerogative ascritte allo strumento della *holding.*

Così è, ad esempio, della più ampia protezione del patrimonio familiare che il modello consentirebbe di realizzare in ragione della ritenuta "impignorabilità" delle quote da parte dei creditori particolari dei soci[13]; della possibilità di garantire la riservatezza della situazione patrimoniale ed economica della società, consentita dall'assenza dell'obbligo di deposito del bilancio d'esercizio[14]; dell'opportunità di fruire di una semplificazione degli adempimenti contabili che il modello pure permette; per non dire della possibilità di circoscrivere i rischi connessi all'evocato regime patrimoniale solo ai soci che assumono potere gestorio.

La questione dogmatica che, tuttavia, pone il combinato disposto degli artt. 2249, 2° comma, e 2497-*sexies* c.c., è se la presunzione di eterodirezione della/e società controllate da quest'ultima disposizione sancita, possa valere anche nel caso in cui la controllante sia una società semplice; se, cioè, tale modello organizzativo si presti ad essere legittimamente impiegato per lo svolgimento delle attività nella quali comunemente si sostanzia la *holding,* quelle cioè di direzione e coordinamento delle società controllate; o solo per quelle che si compendiano nella pura e semplice gestione patrimoniale del portafoglio azionario, limitata cioè "all'esercizio dei poteri e dei diritti che dalle azioni conseguono"[15]. Il dubbio origina dai limiti legali espressi nell'art. 2249, 2° comma, c.c., che circoscrive l'oggetto sociale della società semplice all'esercizio di attività che, se imprenditoriali, devono esaurirsi in quella agricola (art. 2135 c.c.); ma anche da alcuni interventi normativi che hanno *riveduto il diritto delle società risultante dal Codice civile* "disancorando la società semplice dal paradigma funzionale fissato nel '42"[16].

La possibilità, ora comunemente ammessa[17] all'esito di una nutrita legislazione fiscale[18], di utilizzare il modello in alternativa alla comunione per svolgere attività di mero godimento delle utilità d'uso o di scambio di beni, ha senza dubbio destinato alla soffitta[19] la disposizione dell'art. 2248 c.c. con la quale, dopo l'unificazione dei codici, si era emarginato dall'area semantica del termine "società" il godimento collettivo – che, invece, a quest'area apparteneva nel vigore degli abrogati codici – per destinarvi soltanto l'esercizio collettivo di attività economiche speculative, commerciali o non[20]. La legge tributaria appena evocata, come noto gerarchicamente equi ordinata ad ogni altra legge, ha dunque propiziato la diffusione del fenomeno delle società semplici di mero godimento con l'effetto di rendere il modello non solo il regime residuale d'esercizio di attività economico-speculative non commerciali (come era per l'appunto previsto nel testo originario del codice unificato), ma anche un "regime societario facoltativo" (rispetto a quello della comunione) per il "godimento collettivo" (delle utilità d'uso e di scambio) di beni. In altri termini la società semplice resta ente e sodalizio e, oltreché con "attività civili dinamiche", torna a rendersi compatibile "con attività civili statiche", il che è quanto dire che la commercialità è misura di dinamismo e di entificazione dell'iniziativa, nonché, a certe condizioni, anche di unilateralità[21]. Il problema rimane tuttavia quello di discriminare l'attività (speculativa, ma comunque statica, nella quale co-

---

[13] L'orientamento consolidatosi nella giurisprudenza di merito (cfr., *ex multis*, Trib. Rovigo, 21 ottobre 2016; Trib. Rimini, 12 maggio 2016; App. Milano, 23 marzo 1999; Trib. Trani, 23 febbraio 2007; Trib. Roma, 17 maggio 2004; Trib. Monza, 5 dicembre 2000; Trib. Milano, 19 dicembre 1996; Trib. Ravenna, 12 aprile 1994; Trib. Benevento, 24 settembre 1991) sostiene che debba escludersi la sequestrabilità di quote di società semplici *durante societate* da parte dei creditori particolari del socio, poiché il sequestro ed il conseguente pignoramento comporterebbero la possibilità di espropriazione della quota e, per essa, la modificazione soggettiva della compagine sociale che è invece condizionata al consenso unanime dei soci (art. 2252 c. c.). Sul tema è intervenuta anche la giurisprudenza di legittimità (Cass. civ., Sez. I, 7 novembre 2002, n. 15605) statuendo l'ammissibilità del pignoramento delle quote di società semplice per il solo caso in cui l'atto costitutivo preveda la loro libera trasferibilità, salva sempre la necessità di salvaguardare gli eventuali patti di prelazione parimenti contenuti nel contratto sociale. Peraltro, pur essendo vero che il creditore particolare di società semplice (a differenza invero di quello di s.n.c. e di s.a.s. che a ciò non è invece legittimato, perlomeno sino allo scioglimento della società) può chiedere in ogni tempo la liquidazione della partecipazione del socio, l'art. 2270 c.c. gli impone di provare l'incapienza patrimoniale del socio, non la semplice difficoltà di liquidare i beni che lo compongono.

Quella della (im)pignorabilità della quota di società di persone è tuttavia concetto equivoco e tecnicamente non corretto, tenuto conto che le società di persone si caratterizzano per la mancata reificazione della partecipazione sociale: come noto, la disciplina consente, a certe condizioni, la liquidazione della quota del socio che è però rimedio differente, pur se prodromico all'aggressione del *quantum* liquidato, es. denaro o beni, questi sì pignorabili nelle forme consentite dal Codice di procedura civile.

[14] La situazione non sembra mutare per le società semplici, atteso che l'imposizione prossima ventura della pubblicazione dei conti annuali prevista dalla "Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica delle direttive 2009/102/CE e (UE) 2017/1132 per quanto concerne l'ulteriore ampliamento e miglioramento dell'uso di strumenti e processi digitali nel diritto societario" (29 marzo 2023) – vale per le sole società di persone commerciali.

[15] Cass. civ., 26 febbraio 1990, n. 1439; sostanzialmente conformi Cass. civ., Sez. un., 29 novembre 2006, n. 25275; Cass. civ., 6 marzo 2017, n. 5520.

[16] P. Spada, *Dalla società civile alla società semplice di mero godimento,* Studio n. 69-2016/I, approvato dal CNN il 31 marzo 2016.

[17] K. Martucci, *Le società di mero godimento nel diritto italiano d'oggi*, in *Riv. Dir. Civ,* 2009, I, 465 e segg.; *Ead.*, *Il godimento collettivo di beni in orma societaria nell'esperienza europeo-continentale*, *ivi,* 330 ss.; P. Ghionni, *Società di mero godimento tra teoria generale e nuovo diritto societario,* in *Riv. Società,* 2008, 1135 e segg.; G.C. M. Rivolta, *Diritto delle società. Profili generali,* nel *Tratt. Dir. Comm.,* fondato da V. Buonocore e diretto da R. Costi, Torino, 2015, 109 e segg.

Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. civ, 6 febbraio 2009, n. 3028; Cass. civ, 1° aprile 2004, n. 6361.

[18] Si vedano l'art. 29 della L. 27 dicembre 1997, n. 449; l'art. 3, commi 1° e 7° della L. 28 dicembre 2001, n. 448; l'art. 1, commi 111°-117° della L. 27 dicembre 2006, n. 296; l'art. 1, 129° comma della L. 24 dicembre 2007, n. 244; l'art. 1, 115° comma della L. 28 dicembre 2015, n. 208 e – da ultimo – l'art. 1, commi 100°-106° della L. 29 dicembre 2022, n. 197. Sul tema cfr. CNN, Studio 44/2023/t, *Trasformazione di società commerciale in società semplice agevolata ai sensi della legge n. 197 del 2022: aspetti e soluzioni notarili,* a cura di F. Raponi.

[19] L'espressione è di G. AM. Trimarchi, *Il passaggio generazionale nell'impresa tra inefficienza degli strumenti tradizionali, familiari "scorbutici" ed interpreti "sofisticati",* in *Notariato,* 2024, 179 e segg.

[20] Sempre P. Spada, *Dalla società civile,* cit., 4.

[21] Debbo l'osservazione a un costruttivo dialogo sul tema con il prof. Luigi Salamone.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

munemente si ascrive quella) di godimento da quella (speculativa, ma dinamica, quindi di gestione e allora) imprenditoriale, allorquando i beni oggetto dell'attività presa in considerazione consistano in partecipazioni in società operative. Il che, se non vedo male, equivale a chiedersi quali siano le condizioni affinché l'assunzione di partecipazioni sociali cessi di essere un'attività di godimento per integrare i requisiti di quella imprenditoriale la quale, atteso il carattere residuale della natura commerciale delle attività rispetto al fenomeno imprenditoriale, è preclusa alla società semplice. La situazione di controllo (e, ancor più, la detenzione totalitaria di partecipazioni) di società operative profila, infatti, il rischio di varcare i confini entro i quali può legittimamente volgersi l'attività di gestione statica di quei beni avvalendosi del modello organizzativo della società semplice, per divenire attività di gestione dinamica, perciò imprenditoriale (e allora necessariamente commerciale), a lei invece preclusa.

Nel che torna certamente utile la differenziazione operata in principio tra situazioni nelle quali l'assunzione e la detenzione di partecipazioni sociali si esaurisca nel godere dei relativi dividendi, magari anche reinvestendoli[22], e nell'esercitare i diritti sociali connessi alla posizione di controllo detenuta[23], anche con l'obiettivo di accrescere le utilità che ne derivano[24]; da quelle in cui l'attività invece si sostanzi altresì in quella di dirigere e coordinare le attività delle società partecipate: situazioni, queste, nelle quali la controllante diviene centro decisionale delle strategie del gruppo, permettendole di predisporre i programmi finanziari, produttivi e commerciali di gruppo per poi trasmetterli alle società operative in modo che queste vi si uniformino[25].

La società semplice, lungi dal poter prevedere e perseguire un oggetto sociale che si sostanzi in quest'attività, ossia di direzione e coordinamento[26], quindi nella predisposizione di strutture di indirizzo e di pianificazione strategica accentrate, pena la riqualificazione del sodalizio in società in nome collettivo[27], può invece al più assumere e detenere partecipazioni di controllo in altre società, imprimendo all'attività esercitata una funzione di tipo statico che, esaurendosi nell'esercizio dei diritti sociali in esse incorporati, si traduce nel godimento dei beni amministrati e dei risultati economici che la loro gestione consente di realizzare, quindi non fine a sé stesso, bensì " qualificato dalla funzione" cui assolve, quella cioè di consentire la produzione di un servizio amministrativo.

La *holding* società in accomandita per azioni

Le peculiari caratteristiche della società in accomandita per azioni[28], anch'essa apparentemente priva di *appeal* in ragione della natura illimitata della responsabilità patrimoniale dei soci titolari del potere di gestione[29], sono invece valorizzabili proprio nell'esercizio di attività di gestione di patrimoni familiari in funzione del loro passaggio generazionale[30].

Ne è (stata) un esempio la Giovanni Agnelli e company s. a.p.a.[31] che ha assunto un ruolo strategico nell'ambito dei grandi gruppi industriali e finanziari di carattere familiare, connotandosi per un meccanismo operativo, oramai classico, che vede il modello strutturarsi come *super holding* detentrice di partecipazioni di controllo di *holding* finanziaria che a sua volta controlla le diverse società operative appartenenti al gruppo.

Nell'intenzione del legislatore, la funzione della S.a.p.a. avrebbe dovuto essere proprio quella di condurre le imprese individuali ad uno sviluppo progressivo, consentendo all'imprenditore di fare ricorso al pubblico mercato dei

---

[22] O. Cagnasso, *La società semplice in funzione di motore finanziario del gruppo*, in *Giur. It.*, 1996, 11419.

[23] G. Baralis, *L'eretica società semplice di mero godimento immobiliare: riflessioni*, in Studi del Consiglio Nazionale del Notariato, n. 73/2016; Id., *Una nuova società semplice: la società immobiliare di mero godimento e la società semplice di mero godimento in genere*, in *Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 4256/2003; P. Spada, *Dalla società civile,* cit.

[24] S. Patriarca, I. Capelli, *Della società semplice. Art. 2251-2290,* nel *Comm. C.C.* a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna, 2021, 6 e segg.

[25] G. Cristofaro, R. Morone, *Profili civilistici*, in *La società semplice* a cura di G.A. Giannantonio, S. Massarotto, Milano, 2022, 12; E. Compagnoni, *Società semplice* holding. *Tra limite alla commercialità e nozione di gruppo*, in *Osservatorio del diritto civ ile e commerciale,* 2023, 332, oltre G. Portale, A. Cetra, *Società semplice,* cit., *passim*.

[26] Sugli indizi sintomatici dell'esercizio di una attività di direzione e coordinamento la dottrina non è invero univoca, salvo forse nel fatto di escludere la sufficienza, a tal fine, dell'identità soggettiva dei componenti degli organi di controllo delle società, controllante e controllate. A rilevare è piuttosto la sussistenza di un interesse di gruppo in capo al socio di controllo, sui cui contorni però non v'è unanimità di vedute: per alcuni il potere di direzione e coordinamento si manifesta ne (e con) la dislocazione dei processi decisionali concernenti le fasi della pianificazione e della programmazione, organizzazione e controllo, sulla capogruppo (prima ancora dell'introduzione dell'art. 2497 e segg., c.c., già G. Scognamiglio, *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società,* Torino, 1996, 244; ma, successivamente, P. Montalenti, *L'attività di direzione e coordinamento: dottrina, prassi, giurisprudenza,* in *Giur. comm.,* 2016, I, 233 e segg.); per altri, rileverebbe piuttosto l'impegno assunto dalle controllate a sottoporre alla capogruppo l'approvazione di decisioni strategiche o il proprio piano industriale (L.A. Bianchi, *Problemi in materia di disciplina dell'attività* di *direzione e coordinamento,* in *Riv. Società,* 2014, 414, 429 e 436); per altri ancora esso si connette al potere di imporre direttive o atti di indirizzo idonei a condizionare decisioni strategiche, organizzative, finanziarie o gestionali attinenti alla conduzione degli affari delle controllate (U. Tombari, *Diritto dei gruppi,* cit., 107; G. Sbisà, art. 2497, in *Direzione e coordinamento di società*, (a cura di) in *Commentario alla riforma delle società* diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, G. Ghezzi, M. Notari, Milano, 2012, 28; A. Valzer, *Responsabilità da direzione e coordinamento di società,* Torino, 2012, 113).

[27] P. Spada, *La tipicità delle società,* Padova, 1974, 435 e segg.; e, più di recente, M. Cian, *Diritto commerciale, III, Diritto delle società,* a cura di M. Cian, Torino, 2020, 54 e seg.; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 2, Diritto delle società[10],* a cura di M. Campobasso, Milano, 2020, 46 e segg.

[28] Sulla disciplina del modello cfr., per tutti, G. Ferri jr, *Della società in accomandita per azioni, il Codice civile – Commentario – diretto da F.D. Busnelli*, Milano, 2020.

[29] Ciò che forse ne spiega la minore diffusione rispetto agli altri modelli societari: al 2023 si contava un numero di S.a.p.a. registrate di poco inferiore a due centinaia: il dato è riportato da G. Colombo, *Le società in accomandita per azioni,* in *Società,* 2021, 882 e segg., del quale condivido l'osservazione che di fronte alla diffusione del tipo della S.r.l. P.M.I., che con requisiti di capitale notevolmente inferiori e la possibilità di coniugare la stabilità dell'amministrazione all'appello al pubblico risparmio, la S.a.p.a. ha perso ulteriormente appetibilità.

[30] R. Weigmann, *L'accomandita per azioni come cassaforte familiare*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di* G. Gorla, III, Milano, 1994, 2516; F. Corsi, *Le ragioni di scelta dell'accomandita per azioni*, in *Società,* 1988, 121 e segg.

[31] Il relativo statuto è consultabile in *Giur. Comm.,* 1987, I, 1027 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

capitali senza tuttavia perdere una posizione stabile nella direzione dell'impresa, per poi addivenire alla trasformazione in S.p.a.[32] Essa, infatti, permette di coniugare un azionariato diffuso, con facoltà di ricorso al pubblico risparmio tramite l'emissione di obbligazioni, ad una forte stabilità amministrativa.

Ciò a cui si legano le ragioni per le quali il modello si presta particolarmente ai fini che ci occupano, atteso che gli accomandatari, rispetto agli amministratori di altri modelli organizzativi, godono:

1) di maggiore stabilità, dal momento che: a) la loro revoca deve essere deliberata dall'assemblea straordinaria, quindi con maggioranze qualificate che la rendono, pertanto, più difficile; b) nel sistema legale, quindi salvo diversa previsione statutaria pervero auspicabile (magari al fine di prevedere limiti anagrafici), essi sono amministratori a tempo indeterminato; c) hanno altresì potere di veto sulla nomina di nuovi amministratori (art. 2457 c.c.), la quale, infatti, dopo essere stata deliberata dall'assemblea straordinaria, deve essere approvata anche da tutti gli amministratori rimasti in carica;

2) del potere di condizionare le modificazioni dell'atto costitutivo, quindi qualsiasi importante cambiamento dell'assetto organizzativo e/o finanziario della società, che infatti, pur se già approvate dall'assemblea straordinaria (art. 2460 c.c.), devono altresì esserlo da tutti i soci accomandatari.

La disciplina legale del modello garantisce, pertanto, particolare stabilità e continuità al governo della *holding*, mentre il rischio patrimoniale connesso al particolare regime di responsabilità che lo connota è, come per la s.s., assai contenuto per la ragione che, vieppiù quando "pura", la capogruppo non è una società operativa: è dunque al più esposta al rischio risarcitorio connesso a una gestione negligente e pregiudizievole rispetto alle società eterodirette, nonché all'eventuale abuso di posizione dominante (art. 2497 c.c.); oltre che, naturalmente, a quello derivante dalla eventuale prestazione di garanzie in favore delle società partecipate o della stessa *holding*.

La collazione di azienda

Ugo Minneci

Il presente contributo si propone di ricostruire i contorni disciplinari di una vicenda di confine tra diritto successorio e diritto dell'impresa – ovvero la collazione di azienda - che ha tradizionalmente impegnato dottrina e giurisprudenza per l'assenza di una regola *ad hoc*.

Un *rebus* ancora irrisolto

Il tema della collazione di azienda si presenta particolarmente interessante. In effetti, se è vero che nessuno dubita che un compendio produttivo possa formare oggetto di una vicenda collatizia, in quanto suscettibile di essere trasferito a titolo di liberalità, è altrettanto vero che, nel silenzio del legislatore, permangono tuttora molti dubbi (sul *come* ossia) sulle modalità attraverso cui realizzare l'operazione. In altri termini, è il profilo non dell'*an* bensì del *quomodo* ad attrarre il focus dell'attenzione.

Sollecitata più volte sul punto, la giurisprudenza ha adottato un approccio concettualistico destinato a tradursi in un percorso per sillogismi e con esiti differenti. E così, ferma la comune premessa di considerare l'azienda come un bene unitario, alcune sentenze, escludendo l'ulteriore qualificazione del compendio come bene immobile, hanno applicato, in ossequio al disposto dell'art. 813 c.c., quanto previsto (collazione per imputazione) dall'art. 750 c.c. per i beni mobili; altre decisioni hanno invece optato per la soluzione sancita dall'art. 746 c.c. per i beni immobili (collazione per imputazione o collazione in natura a scelta del conferente), in tutti i casi di presenza all'interno del perimetro aziendale di almeno un elemento di tale natura[1].

A prescindere dal merito delle conclusioni raggiunte, già a livello impostativo la risposta offerta dalla giurisprudenza finisce per esporre il fianco a un duplice ordine di perplessità.

In primo luogo, non può passare inosservato che, nel linguaggio giuridico, affermare che una data entità sia qualificabile come bene equivale ad affermare (in virtù dell'art. 810 c.c.) che la stessa si presta a formare oggetto di diritti. Il punto è che, rispetto all'azienda, si presenta tutt'altro che agevole individuare il diritto soggettivo in grado di investirla come complesso, un diritto ovviamente autonomo e distinto rispetto ai singoli titoli (*rectius* situazioni di diritto o di fatto) in base ai quali l'imprenditore utilizza i vari fattori produttivi. Di certo, non è il caso di parlare di proprietà sul compendio, perché come evincibile dall'illuminante esempio dell'azienda composta unicamente da *res furtivae*, in caso di accoglimento delle azioni di rivendica intentate dai rispettivi *domini,* del suddetto diritto non resterebbe niente[2]. Ma non risulta più persuasivo neppure richiamare la figura di matrice dottrinale del c.d. diritto di impresa[3]: della utilità concreta di una simile posizione ap-

[32] Risale a C. Vivante, *Trasformazioni delle società commerciali da una specie nell'altra*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1903, I, 90 e segg., l'osservazione per la quale "la trasformazione della società in accomandita per azioni in società anonima è un'evoluzione ... connaturale e frequente", poiché "la società si appoggia sull'energia, sull'avvedutezza del suo fondatore, poi per non subire le fatali vicende della sua vita caduca, se ne stacca e si pone al sicuro durevolmente pigliando la forma della società anonima".

[1] Per una puntuale fotografia del dato giurisprudenziale v. G. Bilò, *sub* art. 746, in *Codice Successioni e Donazioni* a cura di M. Sesta, Milano, 2023, I, 1224 ss.

[2] L'esempio si deve a P. Spada, *Lezione sull'azienda,* in AA.VV., *L'impresa,* Milano, 1985, 51.

[3] L'esistenza di un diritto di impresa è stata teorizzata da R. Nicolò, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1956, I, 177 e segg.; Id., *Il trasferimento di impresa nella sistematica della legge di nazionalizzazione,* in *Riv. Dir. Comm.,* 1969, I, 273 e segg. Tra gli altri, hanno

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

pare infatti lecito dubitare, tanto più tenendo presente che i suoi stessi assertori segnalano che quando si perfezionano negozi che "sembrano indicare disposizione dell'azienda come tale non si dispone in realtà del diritto di impresa ma dei singoli diritti che al titolare spettano sui beni"[4]. Il vero è che di fronte alla constatazione della impossibilità di consentire una sorte distinta al diritto sul complesso rispetto ai diritti sui beni aggregati, non si può che pervenire alla conclusione che il sintagma proprietà dell'azienda debba essere inteso nella accezione debole di "titolarità in unico soggetto dei diritto diversi sui singoli beni aggregati nel complesso"[5]. Con l'importante corollario che, non prestandosi a formare oggetto di diritti, l'azienda non può assurgere al rango di bene autonomo e distinto rispetto agli elementi che la compongono.

A ciò deve aggiungersi che le regole di cui agli artt. 746 e 750 c.c. hanno per oggetto entità (beni immobili e beni mobili) che "sono per loro natura tendenzialmente costanti nel tempo: possono fluttuare di valore, possono deteriorarsi, possono essere oggetto di migliorie o di danneggiamenti, ma in linea di principio rimangono i medesimi, mantengono la stessa natura, le stesse caratteristiche intrinseche ed oggettive"; laddove un'azienda in esercizio si traduce "in un fenomeno dinamico e continuamente mutevole nel tempo, quanto a consistenza, forma giuridica, capacità reddituale, struttura e conseguentemente anche quanto a valore"[6]. Ne consegue che, con sottostanti materiali così differenti, rispettivamente beni mobili o immobili da un lato e compendio produttivo dall'altro, si rivela quanto meno ingenuo pensare di poter estendere a questo le soluzioni normative dettate per quelli, senza operare alcun adattamento ma esclusivamente sulla base di pretesi automatismi logici.

Verso una ricostruzione della disciplina applicabile: precisazioni *in limine*

Come noto, il legislatore del '42 ha disciplinato l'istituto della collazione, diversificando – all'interno di un telaio di regole comuni – le modalità di attuazione della vicenda collatizia in funzione di determinati oggetti: rispettivamente, beni immobili, beni mobili e denaro. Tale scelta non si è rivelata particolarmente felice, perché ha finito per rimettere all'interprete il compito di individuare – agendo in supplenza rispetto al silenzio della *voluntas legis* – la soluzione per tutte quelle entità, come ad esempio le aziende, che non hanno ricevuto la medesima attenzione. Trattasi, questo, di un compito delicato, dovendosi conciliare le specificità degli asset volta per volta considerati con alcuni punti fermi che risultano comunque scaturire dal dato normativo, ancorché variamente declinato[7].

Nell'accingersi a compiere il percorso indicato, preme fin da subito segnalare che l'azienda non va confusa con ciò che si suole convenzionalmente definire *fundus instructus*: ovvero con un immobile attrezzato (ad esempio un opificio con relativi macchinari, un albergo o la sala cinematografa con le annesse suppellettili), ma non inserito in un contesto organizzato tale da poter fungere da strumento di esercizio attuale di una attività di impresa[8]. Invero l'esistenza di elementi accessori in grado di agevolare una futura destinazione allo svolgimento di una iniziativa produttiva non appare sufficiente a scalfire la natura del *fundus* quale bene immobile, con correlativo assoggettamento alla regola di cui all'art. 746 c.c.

Sempre *in limine,* occorre altresì notare che dalla disciplina positiva della collazione appare scaturire una chiara e univoca indicazione – in quanto richiamata non solo per i beni immobili, ma anche per quelli mobili e il denaro – che impone di assumere quale valore rilevante quello assunto dal bene al tempo della apertura della successione e dunque al momento della morte del donante. Per quanto suggestivo, non sembra pertanto accoglibile il suggerimento di chi, rimarcando il carattere mutevole dell'azienda, propone di anticipare la valutazione al momento in cui il compendio viene effettivamente trasferito al beneficiario della liberalità[9]. Sotto questo profilo, pur nella consapevolezza delle specificità ascrivibili a un complesso aziendale, la lettera della legge viene ad ergersi come un ostacolo insuperabile.

Collazione per valore e/o in natura?

Come già accennato, la prima questione rimessa all'interprete concerne l'individuazione delle modalità attraverso cui realizzare la collazione di azienda. Premesso che la "la cassetta degli attrezzi" allestita dal legislatore offre due possibilità (per valore o per natura, eventualmente lasciando la scelta al donatario), la peculiarità che contraddistingue nel caso in esame l'oggetto della vicenda collatizia induce a preferire la soluzione che non comporta la retrocessione materiale del compendio produttivo, ma l'insorgenza in capo alla comunione ereditaria di un diritto di credito di ammontare pari al valore dell'azienda al tempo dell'apertura della successione. Invero, lo scenario del conferimento in natura con correlata instaurazione di una situazione di contitolarità reale sul compendio tra i vari coeredi appare da scartare per più ordini di ragioni. Anzitutto, per il fatto di muovere dalla premessa già precedentemente criticata della pensabilità dell'azienda come *res*, con l'ulteriore inconveniente di non tenere nella dovuta considerazione che quest'ultima si atteggia sempre meno come un aggregato di beni e sempre più spesso quale reticolo di contratti funzionalmente coordinati[10]. A

---

aderito a tale ricostruzione D. Messinetti, *Oggettività giuridica delle cose incorporali,* Milano, 1970, 170 e segg.; nonché, sia pure con talune variazioni, T.O. Scozzafava, *I beni giuridici e le forme di appartenenza,* Milano, 1982, 494 e segg. Da ultimo, G. Ferri jr., *L'attività organizzata per il mercato,* in *Riv. dir. civ.,* 2024, I, 973 ss.

[4] La frase è di R. Nicolò, *Il trasferimento di impresa,* cit., 277.

[5] Così S. Pugliatti, *Riflessioni in tema di* universitas, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.,* 1955, 1002. Sulla medesima linea, O. Buccisano, voce "Universalità patrimoniali", in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994, 8; T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa,* III ed., Milano, 1962, 323 e 329.

[6] Entrambi gli incisi virgolettati si devono a M. Notari, *La trasmissione ereditaria d'impresa,* in AA.VV., *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria. Atti dell'11° Convegno nazionale, 5-6-7 maggio 2016 Grand Hotel Vesuvio-Napoli,* Napoli, 2017, 485 e seg.

[7] Per una impostazione per molti profili analoga cfr. I. Martone, *Collazione e attività di impresa,* Napoli, 2019.

[8] Sul tema della distinzione tra *fundus instructus* e azienda agraria v. L. Costato, *Affitto di fondo rustico e affitto di azienda agraria,* in Studium iuris, 1996, 295 e segg.

[9] La proposta interpretativa è di M. Notari, *La trasmissione ereditaria d'impresa,* cit., 492.

[10] Così P. Spada, *Diritto commerciale, Parte generale,* Padova, 2004, 54, quando scrive che il fenomeno del decentramento produt-

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

ciò potendosi aggiungere che il conferimento del complesso produttivo all'interno della comunione ereditaria finirebbe per sollevare questioni di non agevole soluzione – sul piano pratico prima ancora che giuridico – in ordine alla individuazione delle modalità di gestione successiva del compendio, alla eventuale formazione di una società di fatto, al regime di responsabilità per i debiti sorti e destinati a sorgere nell'esercizio dell'attività produttiva.

Non a caso, con riguardo alla – per certi aspetti similare – vicenda dell'azienda oggetto di comunione *de residuo* (di cui all'art. 178 c.c.), le Sezioni Unite della Cassazione hanno riconosciuto in favore dell'altro coniuge (al momento dello scioglimento della comunione legale) non una situazione di contitolarità reale sul compendio, bensì un diritto di credito sul valore *pro quota* del medesimo [11]. E questo proprio in considerazione delle specificità che attengono a un assetto produttivo attivo: ovvero sottolineando come la contitolarità reale rischierebbe di mettere a repentaglio la prosecuzione dell'impresa, rallentandola o addirittura provocandone la paralisi; tanto più che non vi sarebbe neppure la garanzia che l'azienda sia inserita nella porzione divisionale del soggetto che fino a quel momento l'ha esercitata o comunque che sia interessato a farlo.

È vero che, a sostegno della soluzione incline a riconoscere in favore del donatario quanto meno un diritto di scelta tra la collazione in natura e quella per valore, si è obiettato che in taluni casi per l'attuale titolare potrebbe rivelarsi preferibile conferire il compendio all'interno della comunione ereditaria piuttosto che proseguire nella sua conduzione, caricandosi al contempo di un debito magari di elevato ammontare [12]. Parrebbe però da osservare che un simile Per interesse, senz'altro legittimo, si presterebbe ad essere più semplicemente soddisfatto cedendo, a condizioni di mercato, l'azienda a terzi e destinando alla comunione ereditaria il prezzo conseguito.

Dai frutti ai profitti

La peculiarità dell'oggetto della vicenda collatizia quando viene in gioco un'azienda finisce per incidere, anche fortemente, sulla portata operativa di alcune delle regole che compongono la disciplina dell'istituto della collazione. Il riferimento è in primo luogo all'art. 745 c.c. il quale prevede che "i frutti delle cose ... non sono dovuti che dal giorno in cui si è aperta la successione".

Naturalmente, la suddetta regola avrà modo di trovare applicazione nell'ipotesi in cui l'azienda ricevuta in donazione sia stata concessa in affitto: il canone dovuto dal terzo prestandosi senz'altro ad essere considerato, ai sensi dell'art. 820, 3° comma c.c., come frutto (civile). Ma, al di fuori di tale eventualità, gli spazi per entrare in azione tendono ad elidersi.

Di sicuro, il precetto in esame non risulta invocabile per fissare il criterio di spettanza dell'eventuale *surplus* di ricchezza realizzato attraverso l'esercizio del compendio. Deve infatti ritenersi ormai tramontata la risalente rappresentazione del profitto come frutto dell'azienda. Invero, come insegna la più autorevole dottrina gius-commercialistica, il profitto è da considerare come "il compenso per l'attività svolta", ossia "il potere di appropriarsi di ciò che residua dopo la soddisfazione dei rapporti obbligatori intrattenuti per lo svolgimento dell'attività" [13].

Ne consegue che se è nel concreto esercizio della iniziativa imprenditoriale che deve ravvisarsi il titolo acquisitivo del profitto, quest'ultimo non potrà che spettare al soggetto che conduce l'azienda: e ciò sia prima che dopo l'apertura della successione.

Miglioramenti, deterioramenti e perimento dell'azienda

A ben vedere, l'utilizzo della lente offerta dal concetto di attività permette di inquadrare in maniera più nitida anche quelle ulteriori situazioni problematiche collegate alla necessità di tenere conto, in sede di determinazione del valore dell'azienda donata, di eventuali spese sostenute *medio tempore,* nonché di incrementi o deterioramenti intervenuti sul compendio. Il tutto con alcune significative deviazioni rispetto ai criteri fissati dagli artt. 748 e 750 c.c.

Di certo, il configurarsi di un'azienda in esercizio come fenomeno dinamico – ossia quale realtà in continuo movimento implicante la necessità di rimpiazzare i fattori produttivi progressivamente consumati – si presta a fornire una ragione idonea per escludere che si ponga un problema di rimborsabilità rispetto a quei costi che, pur affrontati, non abbiano esorbitato dall'alveo di una gestione corrente dell'impresa.

Quanto alle spese collocabili al di là del confine di una ordinaria conduzione dell'attività, il discorso è destinato a porsi in termini diversi. In linea di principio, saranno computabili nel valore dell'azienda i costi diretti a migliorare l'avviamento oggettivo dell'azienda ovvero a porre rimedio a sopravvenute carenze strutturali del compendio non imputabili all'imprenditore, sempre che si palesino come il frutto di decisioni assunte in conformità al parametro della *business judgement rule*. In altre parole, tenuto conto che l'esercizio di un compendio è per sua natura un'attività proiettata al futuro e dunque in sé rischiosa, si rivela eccessivamente penalizzante il precetto che individua, nel valore delle migliorie al momento della apertura della successione, un limite per la rilevanza delle spese sostenute per la realizzazione delle stesse.

---

tivo ha comportato che "nel ciclo di fabbricazione di un prodotto o di prestazione di un certo servizio confluiscano i risultati di cicli produttivi che risalgono ad iniziative altrui (semilavorati, accessori, finanziamenti della potenziale clientela)"; sicché si rivela già percettibile la possibilità di un decentramento tale, di un produttore cioè che "non organizza i mezzi propri e lavoro dipendente ma che organizza prestazioni altrui, contrattualmente dovute, la cui organizzazione, se si accetta l'immagine, consiste in un reticolo ordinato di contratti (appalti d'opera e di servizi, somministrazioni ecc.).

[11] Il riferimento è a Cass. Civ., Sez. un., 17 maggio 2022, n. 15889, in *Fam. e Dir.,* 2023, 126 e segg. con nota di C. Benanti, *Scioglimento della comunione legale e tutela dell'impresa: le Sezioni Unite riconoscono al coniuge non imprenditore un mero diritto di credito.* Per un'analisi meditata della pronuncia v. anche S. Pellegatta, *La funzione non "residuale" della comunione* de residuo, in *Familia*, 2023, 291 e segg.

[12] In tale senso, G. Perlingieri, *La collazione per imputazione e il criterio di stima al tempo dell'aperta successione. La collazione di azienda,* in *Riv. Dir. Civ.,* 2011, 125.

[13] Nei termini indicati nel testo v. C. Angelici, *Diritto commerciale. I,* Bari, 2002, 7.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Dovranno per contro restare a carico dell'imprenditore eventuali deterioramenti e financo il perimento dell'azienda che siano imputabili alla sua negligenza.

Derogabilità del regime della collazione e grado di stabilità della dispensa

Come desumibile dalla fattispecie della dispensa (cfr. art. 737 c.c.), ferma la tutela dei legittimari, la disciplina della collazione (e, in particolare, quanto concerne le modalità di realizzazione della stessa e i criteri di valutazione dell'oggetto) deve stimarsi derogabile [14].

Ne consegue che appare da accogliere il suggerimento di attenta dottrina che ammette la possibilità che, in sede di donazione, sia prevista (anche) la soluzione della collazione in natura ovvero criteri di determinazione del valore del compendio diversi da quelli normativi (ad esempio, assumendo quale momento rilevante quello del perfezionamento della liberalità).

Con riguardo all'ipotesi della dispensa vera e propria, occorre misurarsi con il problema della sua eventuale ritrattabilità. Appare infatti chiaro che se si accedesse all'opinione della instabilità cronica di tale atto, una liberalità avente ad oggetto l'azienda (ancorché dispensata) verrebbe a caricarsi, dal punto di vista del beneficiario, di un elevato coefficiente di incertezza.

Al proposito, è noto che, per un certo orientamento [15], tale atto sarebbe sempre revocabile in quanto avente natura *mortis causa.* Secondo la prevalente giurisprudenza, la dispensa sarebbe invece ritrattabile se contenuta nel testamento, ma non se collocata nel contesto di altro tipo di atto come ad esempio una donazione.

A ben vedere, l'equazione – su cui si basa la prima tesi – tra atto *mortis causa* e atto revocabile si rivela discutibile. Certo, nessuno mette in dubbio la revocabilità del testamento (ovvero di quello che costituisce il principale degli atti *mortis causa*), ma il punto da chiarire è se esso sia da considerare modificabile in quanto atto *mortis causa* o piuttosto di ultima volontà: quel che è sicuro è che per la dispensa non esiste una norma omologa all'art. 679 c.c., il quale sancisce testualmente la revocabilità del testamento.

D'altro canto, si rivela poco plausibile considerare la dispensa come una fattispecie sempre a sé stante e dunque avulsa (*rectius* de-contestualizzata) dalla struttura negoziale che, volta per volta, la viene ad ospitare. In altri termini, risulta una forzatura negare qualsiasi tipo di rilievo alla circostanza che nella donazione si ha, attraverso l'accettazione, la partecipazione alla stipulazione dell'atto anche del beneficiario, laddove il testamento si configura come un atto di per sé unilaterale.

Il vero è che l'attrazione della dispensa in una struttura negoziale *inter vivos* e per di più a rilievo bilaterale, in quanto implicante l'accettazione del donatario, induce a far propendere per la stabilità del programma negoziale secondo il metro proprio che proviene dall'art. 1372 c.c.

Escludere che il beneficiario della liberalità possa fare affidamento sulla dispensa finirebbe per sacrificare, senza alcuna apprezzabile ragione, la stessa autonomia e capacità di auto-determinazione del donante.

Patto di famiglia

Maria Novella Bugetti

Le matrici differenziali del patto di famiglia sono idonee a fare dell'istituto uno strumento sulla carta principe per il passaggio generazionale dell'impresa, eppure nella prassi non così diffuso, tenuto conto dei connotati specifici del contesto imprenditoriale italiano. In questa prospettiva l'A. si sofferma sulle ragioni della limitata applicazione del patto, evidenziandone gli aspetti limitanti, critici e talora addirittura rischiosi.

Premessa

Nell'ambito della riflessione odierna sul passaggio generazionale dell'impresa non può non trovare uno spazio l'istituto del patto di famiglia [1].

Se il passaggio generazionale *ex se* implica il misurarsi della pianificazione con le stringenti regole che connotano il nostro sistema delle successioni – senz'altro più attente a mantenere la parità di trattamento tra i figli, che a seguire le logiche imprenditoriali di un passaggio di testimone ottimale – il patto di famiglia assolve, nell'intento del legislatore, precipuamente a tale ultima esigenza.

---

[14] Il punto è ben evidenziato da G. Perlingieri, *Collazione di azienda e operatività del criterio di stima al tempo della donazione. Per una valorizzazione dell'autonomia negoziale,* Studio n. 126-2021/C approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 14 febbraio 2022.

[15] Così V. Barba, *La dispensa dalla collazione,* in *Studi onore* G. De Nova*,* Milano, 2015, I, 165 e segg.

[1] E. Bilotti, *La suprema Corte e il patto di famiglia. A proposito di Cass., n. 29506 del 2020*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2022, 121-145; C. Cicero, *Il patto di famiglia, tra liberalità e funzione solutoria*, in *Giur. it.*, 3, 2022, 610-611; I. Riva, *Del patto di famiglia*, in *Comm. Scialoja Branca*, sub *Art. 768* bis-*768* octies, Bologna, 2021; M. Tatarano, *Il patto di famiglia tra fattispecie e fiducia*, Napoli, 2018; P. Manes, *Del patto di famiglia*, *Codice della famiglia,* a cura di M. Sesta, III ed., Milano, 2015, 1697 e segg.; M. Ieva, voce "*Patto di famiglia*", in *Enc. Dir.*, *Annali*, VI, Milano, 2013, 638 e segg.; G. Recinto, *Il patto di famiglia*, in R. Calvo e G. Perlingieri (a cura di), *Diritto delle successioni*, I, Napoli, 2013, 671 e segg.; F. Volpe, *Patto di famiglia sub artt. 768-bis-768-octies*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012; M. Costanza, *Il patto di famiglia. Profili generali*, in *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successorii,* a cura di E. Del Prato, M. Costanza, P. Manes, Bologna, 2010, 423 e segg.; G. De Nova, sub *art. 768*-bis, in *Commentario del Codice Civile, Delle Successioni*, III, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, 376 e segg.; A. Zoppini, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, 2547 e segg.; L. Balestra, *Attività d'impresa e rapporti familiari*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, Padova, 2009, 467 e segg.; Id. *Prime osservazioni sul patto di famiglia,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2006, 369 ss.; G. Bonilini, *Il patto di famiglia*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, III, *La successione legittima*, Milano, 2009, 633 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Recita l'art. 768-*bis* c.c. introdotto con la L. n. 55/2006: "È patto di famiglia il contratto con cui, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Dalla definizione emerge fin da subito l'intento di attuare il passaggio generazionale dei beni aziendali o delle quote societarie, tramite uno strumento che mette il più possibile al riparo l'atto di trasferimento dell'azienda o partecipazioni societarie da eventuali iniziative dei legittimari-non beneficiari una volta apertasi la successione del disponente. In tal modo si è previsto un sistema di deroghe alle norme generali in materia di successione necessaria fondato sulla natura dei beni trasmessi, evitandone la caduta nella comunione ereditaria, secondo la destinazione impartita in vita dal *de cuius*.

L'istituto risponde in siffatta prospettiva ad una duplice *ratio*: salvaguardare l'interesse generale alla promozione dell'attività di impresa, preservandone l'integrità e dunque la continuità, e nel contempo garantire l'interesse dell'imprenditore di autoregolamentare il proprio assetto patrimoniale (limitatamente alla compagine societaria e alle partecipazioni).

Non è questa la sede per illustrare dettagliatamente i tratti del patto di famiglia; ci si limiterà pertanto partitamente a metterne in rilievo taluni non trascurabili limiti applicativi, dei quali i brevi cenni di carattere descrittivo che seguono costituiscono, senza pretesa di esaustività, la mera cornice di riferimento.

Per sommi capi – e dunque rimandando al prosieguo l'analisi dei molteplici aspetti problematici che ciascuno dei profili richiamati suscita – può dirsi che il patto di famiglia si prefigge di attuare il passaggio generazionale con una maggior forza di resistenza rispetto ad altri strumenti, in quanto consente in sintesi la sterilizzazione dell'asse ceduto rispetto agli altri beni dell'asse ereditario.

Ciò si attua mediante la partecipazione al patto di coloro che, se in quel momento si aprisse la successione del disponente, ne sarebbero i legittimari; tale partecipazione è volta a scongiurare iniziative posticipate all'apertura della successione potenzialmente in grado di "alterare l'assetto voluto dal *de cuius* circa la titolarità delle partecipazioni societarie e, dunque, il governo dell'impresa"[2].

Già al momento della stipulazione del patto, dunque, i partecipanti – non assegnatari – vengono soddisfatti delle loro ragioni successorie, mediante il pagamento di una somma di denaro pari al valore delle quote di legittima ai sensi degli artt. 536 e segg. c.c. In altre parole, il legittimario non assegnatario vanta un diritto di credito nei confronti dell'assegnatario per una somma corrispondente alla porzione di legittima a lui spettante, da parametrarsi al valore di stima del bene oggetto di trasferimento al tempo dell'atto[3]. La norma consente altresì che la liquidazione avvenga (in tutto o in parte) in natura.

D'altro canto, quanto ricevuto dalle parti non è soggetto a collazione o a riduzione, così definendosi ogni pretesa dei legittimari, regolarmente convocati, riguardo ai diritti successori, salvo l'impugnazione del patto per vizi del consenso (cfr. art. 768-*quinquies* c.c.).

La stima dell'asse trasferito al designato con il patto – necessaria ai fini della liquidazione dei legittimari non assegnatari – avviene al momento del trasferimento e si sottrae per tale ragione ai mutamenti di valore, in deroga dunque alla regola generale giusta la quale il valore dei beni trasferiti in vita dal *de cuius* deve comunque essere determinato al momento dell'apertura della successione. Si segnali incidentalmente – ad evidenziare la rilevanza sul piano pratico di una siffatta previsione – come una decisione del Tribunale di Bologna abbia fatto applicazione del criterio indicato dalle norme derogatorie in materia di patto di famiglia in riferimento alla valutazione, ai fini della determinazione della lesione di legittima, del valore delle società trasferite da un imprenditore ai figli con donazioni in epoca precedente l'introduzione del patto di famiglia; il Tribunale in particolare ha, e molto opportunamente, messo in rilievo la inadeguatezza del criterio di valutazione della quota societaria al momento della apertura della successione, dando ragione a quell'orientamento che evidenzia la esigenza di dar conto della componente imprenditoriale della cessione delle partecipazioni suddette. Premessa del ragionamento è che le partecipazioni sociali sono beni mobili; esse, infatti, non attribuiscono al socio un diritto reale sul patrimonio societario, bensì un diritto personale di partecipazione alla vita societaria. Come tali, esse sono soggette alle norme dettate in materia di collazione di cui all'art. 750 c.c. ed applicabili alla imputazione *ex se*. Se questo è vero, appare evidente l'inadeguatezza del riferimento al valore della quota al momento della donazione. Esso parrebbe adeguato in riferimento alle partecipazioni societarie di investimento, ma in relazione a quelle in cui la partecipazione è funzionale all'esercizio dell'impresa, cristallizzarne il valore al momento dell'apertura della successione altro non significa se non giungere alla paradossale conseguenza di rendere irrilevante il plus valore, o la minus valenza, precipuamente riconducibile alle capacità imprenditoriali del donatario-erede-imprenditore. Di qui il ricorso, sul piano argomentativo, del tribunale felsineo alla disciplina del patto di famiglia. Notava, infatti, il Giudicante come nel caso di specie la distribuzione tra i figli da parte del *de cuius* in via donativa di partecipazioni sociali, imponesse all'interprete di collocare le disposizioni donativo/successorie nel contesto della pianificazione del passaggio generazionale dell'attività d'impresa. Proprio tale finalità impone, in questa lettura, di porre in rilievo l'inadeguatezza dei criteri valutativi indicati dagli artt. 747-750 c.c.: superabile, tenendo conto che, in ragione della mancanza di una norma a*d hoc* per la valutazione delle partecipazioni societarie, all'interprete è lasciato ampio spazio. Il patto di famiglia consente dunque di dare risposta al problema pratico messo in evidenza nella vicenda oggetto della pronuncia, dimostrando, da questo

[2] G. Oberto, sub *artt. 768*-bis *ss.*, in *Codice delle successioni e donazioni* a cura di M. Sesta, Milano, 2022, 1301-1302.

[3] Cfr. G. Bonilini, *Il patto di famiglia* in *La successione legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di G. Bonilini, Milano, 2009, 660, per cui: "la liquidazione deve essere riferita al valore del bene trasferito pel tramite del patto di famiglia (omissis). Il valore della quota di riserva dei non assegnatari del bene produttivo non andrà rapportato al valore dell'intero patrimonio del disponente, bensì a quello dell'azienda, o delle partecipazioni sociali, oggetto del trasferimento".

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

punto di vista, di essere strumento cui guardare con interesse.

Tornando a bomba, l'attuazione della funzione della trasmissione anticipata del cespite al designato o ai designati ha richiesto – ma anche su questo punto non sono mancate voci non infondate di critica[4] – un importante intervento correttivo di un principio fondamentale del sistema successorio, *id est* quello del divieto dei patti successori.

È noto come nel nostro ordinamento l'unico strumento col quale si possa disporre del proprio patrimonio per il tempo in cui si ha cessato di vivere è il testamento, ad esclusione dunque di atti *inter vivos*; principio da cui deriva il divieto di patti successori tanto istitutivi, quanto dispositivi o rinunciativi.

Il patto di famiglia – in deroga espressa del divieto di cui all'art. 458 c.c.[5], modificato dalla medesima L. n. 55/2006 – altro non è se non un contratto *inter vivos* da cui scaturiscono anche effetti *mortis causa*.

Il patto di famiglia può dunque avere i connotati di:

– un patto successorio dispositivo, allorché consente all'assegnatario di liquidare ai fratelli o alle sorelle o all'altro genitore, quanto di spettanza sui beni, oggetto del patto, che altrimenti cadrebbero in successione, mentre i soggetti liquidati di fatto alienano verso corrispettivo la porzione di legittima – della successione che ancora non si è aperta – sul bene oggetto del patto di famiglia;

– eventualmente un patto successorio rinunciativo, almeno nell'ipotesi in cui i non assegnatari rinuncino alla liquidazione; in tal caso, infatti, i non assegnatari-rinuncianti abdicano preventivamente ai diritti di legittima che competono loro sulla successione del genitore non ancora aperta.

Le matrici differenziali del patto di famiglia messe in luce sono idonee a farne uno strumento sulla carta particolarmente interessante, eppure nella prassi non così diffuso, tenuto conto dei connotati specifici del contesto imprenditoriale italiano. Il che induce a svolgere le ulteriori sintetiche osservazioni in questa prospettiva: quali ne sono gli aspetti limitanti, critici e talora addirittura rischiosi?[6]

Il problema della causa e delle parti del patto di famiglia

Per dare contezza degli sfumati contorni del patto di famiglia, non può non osservarsi in via preliminare come non certa risulti la causa del contratto.

Tra le molteplici tesi ricostruttive, si menzionano quelle che hanno qualificato la causa del patto come: donativa[7], divisoria[8], mista ad intento liberale[9], successoria.

Da tale breve rassegna emerge il tentativo di incasellare il patto di famiglia all'interno degli schemi causali preesistenti. Approccio invero da superarsi, tenuto conto che il patto di famiglia è "nuovo negozio giuridico tipico e nominato"[10], con causa unitaria in cui si combinano funzione liberale, funzione solutoria e funzione divisoria, ordinate alla regolamentazione dei futuri assetti successori.

In concreto, il problema della indefinitezza della causa può apparire fortemente ridimensionato – risolvendosi con la presenza alla stipulazione anche di due testimoni, salvaguardando la validità del patto anche allorché se ne ravvisi la causa donativa –, ma non manca di riverberarsi in punto di integrazione della disciplina del patto di famiglia con quella dei contratti tipici di cui condivida parzialmente il profilo causale.

Nondimeno, con riguardo alla causa in concreto, risulta di dubbia validità il patto di famiglia che veda come assegnatario l'unico discendente del designante.

Correlato al predetto profilo causale, vi è quello della individuazione delle parti del contratto, che è dibattuto sia bilaterale o trilaterale, nonché quello altrettanto discusso, se la partecipazione al patto di famiglia da parte di tutti i legittimari sia necessaria *ad validitatem.*

La soluzione positiva poggia quando sul rilievo della natura necessariamente plurilaterale del patto[11], quando sul richiamo ai principi ispiratori del contratto di divisione, che richiede la partecipazione di tutti gli aventi diritto[12].

---

[4] G. Oberto, sub *artt. 768*-bis *ss*., in *Codice delle successioni e donazioni,* cit., 1311.

[5] In particolare, cfr. M. Martino, *I patti successori: ragioni del divieto e tendenze innovative*, Bologna, 2007; C. Caccavale, *Il divieto dei patti successori*, in *Trattato breve di diritto delle successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno e coordinato da M. Ieva, Milano, 2010, 25 e segg.; D. Achille, *Il divieto dei patti successori. Contributo allo studio dell'autonomia privata nella successione futura*, Napoli, 2012, 75 e segg.; V. Barba, *I patti successorî e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 88 e segg.; C. Cicero, *Il divieto del patto successorio nel codice civile italiano e le sue motivazioni*, in *Riv. notar.*, 2018, 699 e segg.; E. Migliaccio, *I patti successori c.dd. obbligatori e la ricerca del giusto rimedio*, in *Dir. succ. fam.*, 2023, 1009 e segg.

[6] V. per tutti A. Zoppini, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, cit., 277 e segg.; G. Amadio, *Profili funzionali del patto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 345 e segg.; S. Delle Monache, *Funzione, contenuto ed effetti del patto di famiglia*, in *Tradizione e modernità nel diritto successorio,* a cura di S. Delle Monache, Milano, 2007, 323 e segg.; G. Perlingieri, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazione comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 166 e segg.; F. Volpe, *Patto di famiglia*, cit., 18 e segg.; M. Ieva, voce *Patto di famiglia*, cit., 634 e segg.; nonché, da ultimo, I. Riva, *Il patto di famiglia al servizio del trasferimento intergenerazionale di impresa*, in *Riv. dir. civ.,* 2021, 1077 e segg.. In merito alla qualificazione giuridica del patto di famiglia, movendo da una questione di diritto tributario, v. E. Bilotti, *La suprema Corte e la qualificazione del patto di famiglia. A proposito di Cass., n. 29506 del 2020*, cit., 121 e segg. Ma v. F. Oliviero, *Struttura del patto di famiglia e attribuzione ai legittimari non assegnatari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1399 e segg., il quale esamina la possibilità di strutturare il patto di famiglia in senso "verticale", ossia mediante "la compresenza di trasferimenti effettuati direttamente dal disponente così nei confronti dell'assegnatario come dei non assegnatari".

[7] M. Costanza, *Il patto di famiglia. Profili generali,* in E. Del Prato, M. Costanza, P. Manes, *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori,* cit., 425-426; M. Cocuccio, *Divieto dei patti successori e patto di famiglia,* Milano, 2016, 49 e segg. Ma in senso contrario, tra gli altri S. Delle Monache, *Divisione e patto di famiglia,* in *Riv. dir. civ.,* 2012, I, 785.

[8] P. Manes, sub *art. 768*-bis *c.c.*, in *Comm. Codice civile,* a cura di R. Rolli e M. Franzoni, Torino, 2018, 1000.

[9] G. Amadio, *op. cit*., 356.

[10] G. Oberto, sub *artt. 768*-bis *ss*., in *Codice delle successioni e donazioni,* cit., 1309.

[11] F. Gazzoni, *Appunti e spunti in tema di patto di famiglia*, in *Giust. civ*., 2006, 219; B. Inzitari, P. Dagna, V. Ferrari, V. Piccinini, *Il patto di famiglia. Negoziabilità del diritto successorio con la legge 14 febbraio 2006 n. 55,* Bologna, 2006, 46 e 54.

[12] G. Amadio, *Divieto dei patti successori e attualità degli interessi tutelati*, in *I patti di famiglia per l'impresa*, *Fondazione italiana per il notariato*, Milano, 2006, 75; Id., *Patto di famiglia e funzione divisionale*, in *Riv. notar.*, 2006, 886.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Muovendo invece dal tenore dell'art. 768-*quater c.c.* – giusta il quale "All'apertura della successione dell'imprenditore, il coniuge e gli altri legittimari che non abbiano partecipato al contratto possono chiedere ai beneficiari del contratto stesso il pagamento della somma prevista dal secondo comma dell'articolo 768-*quater* c.c. aumentata degli interessi legali" – la conseguenza della mancata partecipazione di uno o più legittimari alla stipula del patto non consisterebbe nella nullità del patto medesimo e non darebbe dunque luogo alla nullità, bensì alla mera inefficacia del patto nei loro confronti[13].

Dubbi e limiti in ordine all'oggetto del patto di famiglia

Ai profili problematici sopra evidenziati si aggiungono quelli relativi all'oggetto del patto.

Si evidenzia da parte della dottrina maggioritaria come – giusta il disposto dell'art. 768-*bis* c.c. – il ricorso al patto di famiglia sia possibile solo laddove oggetto di cessione sia una partecipazione societaria che consenta, in potenza, di esercitare il controllo della società e di influire sulle scelte gestionali[14]. Partecipazione societaria oggetto del patto potrebbe essere dunque quella sola "partecipazione rilevante ai fini della gestione dell'impresa"[15], o che "assicuri il controllo su una azienda di famiglia". Tale precisazione induce a rimarcare la scarsa utilità dell'istituto tutte le volte in cui l'esigenza o la preferenza sia quella di passare gradualmente il testimone al discendente, senza dunque una drastica cessione delle prerogative gestorie.

Ma non può anche a questo riguardo tacersi come non manchino voci di segno diverso, che – rilevando l'estrema difficoltà di rinvenire un *discrimen* in relazione ad ogni tipo di società idoneo a discernere esaustivamente quali partecipazioni societarie siano dotate di apprezzabile peso nella cura dell'attività sociale e e quali no – ritengono preferibile non porre distinzioni[16].

Ulteriore limite è costituito dal fatto che si dubita possano formare oggetto del patto le mere società di godimento; il che all'evidenza preclude il passaggio generazionale del patrimonio imprenditoriale mediante il patto di famiglia.

Correlativamente, ci si domanda se con il patto di famiglia si possa operare una *divisio inter liberos* con assegnazione di beni diversi dall'azienda o dalle partecipazioni societarie: ci si riferisce al caso tutt'altro che infrequente in cui il figlio imprenditore non possegga i beni o il denaro necessari per operare la liquidazione dei diritti spettanti agli altri legittimari, i quali vengono dunque liquidati dallo stesso disponente. L'attribuzione costituisce in tal caso – e ciò indifferentemente per l'ipotesi in cui il disponente fornisca la provvista all'assegnatario o attribuisca direttamente ai partecipanti non assegnatari i denari o i beni – donazione indiretta.

Ma all'evidenza si aprono numerose criticità, in ordine alla estensione del portato dell'art. 769-*quater* ult. comma c.c., giusta il quale "quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione".

Se si fornisce una interpretazione estensiva della norma si può concludere che il medesimo regime derogatorio dalle regole successorie ivi contemplato non sia limitato all'ipotesi "tipica" in cui la liquidazione avvenga da parte dell'assegnatario, ma anche in quella in cui la soddisfazione dei non assegnatari avvenga mediante beni o denaro attinti dal patrimonio del disponente stesso[17]. Non vi è chi non veda come solo così interpretando si supererebbe ogni possibile problema derivante dalla donazione indiretta ai non assegnatari da parte del disponente; nondimeno, trattasi di una interpretazione che non solo si discosta dal tenore della norma, che si riferisce precipuamente al caso tipo in cui sia l'assegnatario a liquidare, ma che si pone in contrasto con il divieto dei patti successori, in quanto fuori dal perimetro tracciato dal 768-*bis* c.c.[18], in quanto volta in definitiva ad una *divisio inter liberos* per atto tra vivi.

Ulteriori criticità in ordine al raccordo tra patto di famiglia e norme successorie

Un ulteriore profilo problematico che merita di essere toccato è quello della soggezione dei beni di cui si dispone nel patto alle norme di diritto successorio.

Come ricordato, un punto di sicura peculiarità dell'istituto è costituito della sottrazione delle somme o beni oggetto della liquidazione alla collazione e alla riduzione; trattasi di una previsione che rende – almeno in tesi – inattaccabile l'assetto di interessi realizzato con il patto[19], stabilizzandolo già prima della morte del disponente.

Ma tale auspicata stabilità degli effetti del patto è a ben vedere minata da una serie di ulteriori profili dubbi e di possibili sopravvenienze (come tali non evitabili a priori); partendo da queste ultime, è a dire che può ben accadere, e sarà nella maggior parte dei casi, che il patrimonio del disponente nel lasso di tempo che intercorre tra la stipulazione del patto e l'apertura della successione subisca incrementi o decrementi.

Il che porterebbe a richiedere un "nuovo calcolo" delle quote in ragione della diversa composizione della massa, di cui tiene conto l'art. 768-*quater*, 3° comma, c.c., allorché prevede che "i beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti"; da tale disposizione, dunque, si

---

[13] G. Oberto, sub *artt. 768*-bis *ss*., cit.

[14] Cfr. G. Capozzi, *Successioni e donazioni,* a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, Tomo II, Milano, 2015, 1461.

[15] Così si esprime il Direttore Generale e Consigliere dell'AIdAF dottor Gioacchino Attanzio intervistato da Feder notizie, in *Feder-Notizie*, marzo 2006, 57.

[16] C. Caccavale, *Appunti per uno studio sul patto di famiglia: profili strutturali e funzionali della fattispecie*, in *CNN notizie. Notiziario di informazione del Consiglio Nazionale del Notariato*, 22 marzo 2006, 8; G. Oberto, sub *artt. 768*-bis *ss.*, cit., secondo cui la normativa potrà trovare applicazione anche per il socio di minoranza e addirittura per il socio "risparmiatore" o solo nudo proprietario.

[17] G. Petrelli, *La nuova disciplina del patto di famiglia*, in *Riv. Notar.*, 2006, I, 441 e seg.; G. De Nova, F. Delfini, Rampolla S., A. Venditti, *Il patto di famiglia*, Milano, 2006, 24 e segg.; parla, al riguardo, di un patto di famiglia "di tipo verticale", E. Lucchini Guastalla, *Art. 768 quater, 3° comma*, *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2007, 57 e seg.

[18] G. Oberto, sub *artt. 768*-bis *ss*., cit., 1318.

[19] Cfr. M. Ieva, *Il trasferimento dei beni produttivi in funzione successoria: patto di famiglia e patto di impresa. Profili di revisione del divieto dei patti successori*, in *Riv. not.*, 1374; A. Zoppini, *Profili sistematici della successione "anticipata" (note sul patto di famiglia)*, cit., 264.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

evince che la liquidazione delle quote ai legittimari non assegnatari *ex* artt.768-*bis* ss. c.c. costituisce l'anticipazione di quanto di loro spettanza al momento dell'apertura della successione.

Il punto può avere ricadute pratiche di considerevole rilievo, solo che si pensi ai donatari non assegnatari che rinunciano ad assegnazioni in sede di patto di famiglia, proprio in ragione delle elargizioni ricevute in vita dall'imprenditore. Se al momento della morte del disponente, non c'è *relictum*, l'assegnatario che non abbia versato in favore dei non assegnatari potrebbe ridurre le donazioni, specie se non si calcola quanto oggetto di patto nell'asse ereditario. Viceversa, se si include l'oggetto del patto nell'asse, l'ammontare della quota disponibile sarà evidentemente più alto e quindi le eventuali donazioni anteriori al patto saranno riducibili in misura inferiore[20].

Si evidenzia[21] infine come l'art. 768-*quater* c.c. dispensa in maniera espressa dalla imputazione *ex se* i soli beni attribuiti ai non assegnatari.

Secondo una tesi, l'esclusione da riduzione e collazione, prevista dall'art. 768-*quater*, ult. comma, c.c., non determina l'irrilevanza del trasferimento ai fini della riunione fittizia e dell'imputazione *ex se*, salvo dispensa e salva la detrazione di quanto liquidato, derivando da una diversa lettura un vantaggio ulteriore – ed ultroneo – per l'assegnatario. Si osservi che la conclusione non solo discende dall'applicazione del generale principio che quanto ricevuto in vita dal *de cuius* sia imputato nel momento in cui si apre la successione (564 c.c.) –, ma altresì dal fatto che – e ciò spiegherebbe il silenzio della legge – non necessariamente l'assegnatario-discendente è anche legittimario, e pertanto in tal caso non tenuto all'imputazione *ex se*[22].

Secondo l'altra tesi, invece, l'oggetto dell'assegnazione non può essere preso in considerazione ai fini della riunione fittizia, e non deve essere imputato alla quota di legittima del disponente, in ragione del disposto dell'art. art. 564, 5° comma, c.c., giusta il quale "ogni cosa che, secondo le regole contenute nel capo II del titolo TV di questo libro, è esente da collazione, è pure esente da imputazione". Ne discenderebbe dunque che, l'esenzione da collazione, contenuta nell'art. 768, *bis*, comma 4, c.c. determina l'esenzione da imputazione *ex se*.

Considerazioni conclusive

In conclusione, a mo' di suggestione, ci si limiterà al mero richiamo ad una carrellata di ulteriori profili da porsi a corollario delle criticità e limiti sopra evidenziati.

Il patto di famiglia si richiama ad un modello di famiglia per così dire tradizionale, e come tale statico, in ragione della correlazione degli effetti del patto con le norme della successione necessaria, così:

– non è parte del patto di famiglia il convivente di fatto, in quanto non legittimario;

– il patto consente il passaggio del testimone ai discendenti, ma non al coniuge o parte dell'unione civile, che nulla esclude possa essere molto più giovane dell'imprenditore, eventualmente anche più dei figli;

– il patto presuppone (pur in tesi non escludendo sopravvenienze, di cui regola gli effetti l'art. 768-*sexies* c.c.) l'immutabilità delle relazioni familiari, risultando i cambiamenti della compagine familiare potenzialmente deflagranti sotto il profilo della invarianza degli effetti del patto. A tacer d'altro, il divorzio che intervenga tra il disponente ed il coniuge o l'unito civilmente[23], che fa venir meno la qualità di legittimario e quantomeno dà luogo ad un diritto di restituzione di quanto gli sia stato liquidato, ma altresì determina il sopravvenire della variazione delle quote della successione necessaria.

I predetti molteplici interrogativi dimostrano la persistenza delle difficoltà interpretative che, complice l'assenza di interventi chiarificatori della giurisprudenza, rarefanno i contorni dell'istituto e suggeriscono agli operatori un atteggiamento di prudenza[24].

Donazione e testamento nel passaggio generazionale di imprese

Giuseppe Giorgi

L'elaborato è volto a fornire una breve panoramica, soprattutto dal punto di vista pratico, su quelli che sono gli strumenti tradizionali alternativi al patto di famiglia per consentire il passaggio generazionale di imprese: il testamento e la donazione. Emerge, in particolare, nell'utilizzo del patto di famiglia, la difficoltà di procede alla liquidazione dei legittimari non assegnatari, con la conseguenza che tale liquidazione viene spesso operata dal disponente, qualificandosi come adempimento del terzo e sfuggendo quindi dai benefici dei quali gode il patto di famiglia. Con lo strumento testamentario, invece, è possibile dividere il patrimonio ereditario tra gli eredi, evitando la frammentazione dell'impresa ma subendo il notevole svantaggio dell'attesa dell'apertura della successione dell'imprenditore.

[20] Cfr. G. Sicchiero, *Come si calcola l'asse ereditario dell'imprenditore che ha stipulato un patto di famiglia?*, in *Vita not.*, 2021, 1198.

[21] Cfr. G. Bonilini, *Il patto di famiglia* in *La successione legittima*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni,* a cura di G. Bonilini, Milano, 2009, 669, per cui "per effetto della conclusione del patto, inoltre, non è soggetto a collazione, e a riduzione, quanto abbiano ricevuto i suoi contraenti: art. 768-*quater*, ult. cpv., c.c. In altri termini, il patto di famiglia determina, quale effetto caratteristico, il definitivo consolidamento del passaggio di proprietà dell'azienda, o delle partecipazioni sociali, in capo all'assegnatario, ché, appunto, è precluso l'assoggettamento, a riduzione e collazione, di detta attribuzione".

[22] L. Balestra, *Prime osservazioni sul patto di famiglia*, cit., 376.

[23] Si è detto da parte di alcuni del sorgere di un obbligo di restituzione in capo al coniuge una volta intervenuto il divorzio. In tal caso, si configurerebbe una condizione risolutiva al patto di famiglia, in forza della quale la partecipazione del coniuge al patto verrebbe meno in caso di divorzio, con conseguente obbligo di restituzione di quanto eventualmente ricevuto.

[24] S. Patti, *Contratti ereditari e contratti di rinunzia all'eredità*, in *Materiali per una revisione del codice civile*, I, a cura di V. Cuffaro e A. Gentili, Milano, 2021, 297 e segg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Premessa

Nell'ambito del passaggio generazionale di imprese, determinante risulta essere la figura del notaio, quale professionista esperto del settore e consulente delle parti

I margini di operatività del notaio sono rappresentati tanto dalla disciplina sostanziale degli istituti adottati quanto dalle esigenze, sovente di carattere economico, del cliente: a tale proposito il patto di famiglia risulta essere un importante strumento, in considerazione anche del fatto che, dal punto di vista fiscale, consente di gestire ingenti patrimoni senza un'imposizione proporzionale alla ricchezza trasferita. Si tratta, infatti, di uno dei pochi atti esenti da imposta oltre agli atti di trasferimento in esecuzione di separazione e divorzio. Tuttavia, non sempre il notaio riesce a utilizzare gli strumenti forniti dall'ordinamento pensati per il passaggio generazionale di imprese in quanto sovente l'imprenditore non riesce a trovare l'accordo o la soluzione che siano idonei e necessari per attuarlo. Si pensi alla difficoltà di porre in essere un patto di famiglia che rispetti tutti gli elementi essenziali previsti dalla legge (768-*bis* c.c.): nella pratica risulta, per esempio, difficile che il beneficiario disponga di una somma sufficiente a coprire la quota di riserva spettante agli altri legittimari non assegnatari dell'azione o delle quote societarie, in quanto generalmente si tratta di beneficiari giovani con un patrimonio tendenzialmente privo delle risorse necessarie per far fronte alle predette esigenze di compensazione dei familiari. Come noto, infatti, il legislatore non si è preoccupato di disciplinare la liquidazione dei legittimari non assegnatari da parte del disponente. Tuttavia, tale tipo di liquidazione è comunque frequente nella prassi ed è altresì ammessa da parte della dottrina[1] ma, qualificandosi come adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c., rappresenta una liberalità indiretta verso l'assegnatario e, pertanto, sfugge ai benefici concessi all'assegnazione mediante patto di famiglia ed è quindi soggetta a collazione e riduzione[2].

Ulteriore aspetto di criticità, per così dire emotivo, è dettato dalla circostanza che l'imprenditore è solito rimandare il momento dell'assunzione delle decisioni preparatorie al passaggio generazionale. Di talché, in molti casi, non c'è tempo o possibilità di ricorrere alla costruzione e attuazione di un passaggio generazionale attraverso uno strumento ben ponderato ed efficace; efficace, come detto, dal punto di vista fiscale e dal punto di vista della tutela dell'integrità dell'azienda o della partecipazione societaria, integrità che si tutela mediante il loro trasferimento a favore di solo quello tra più eredi che maggiormente se ne occupa[3]. Ciò nella pratica spesso determina una irrimediabile deterioramento dell'attività produttiva.

Al professionista, chiamato ad intervenire molte volte *in limine vitae*, rimane la possibilità di utilizzare, in alternativa al patto di famiglia, due negozi tradizionali: la donazione o il testamento. La donazione, essendo un contratto, necessita della collaborazione del donatario e preferibilmente anche dei legittimari non beneficiari, chiamati ad intervenire per rinunciare all'opposizione ad essi spettante *ex* art. art. 563, 4° comma, c.c.,[4] nonché all'azione di restituzione contro gli aventi causa del donatario medesimo, ad esso spettante ai sensi dell'art. 563 c.c.. L'altro è il negozio *mortis causa* per eccellenza: il testamento. Si tratta di un negozio unilaterale non recettizio e personalissimo che non richiede nessuna adesione fino al momento della sua esecuzione che è rappresentato dalla morte del testatore.[5]

Problema principale e comune alla donazione e al testamento, che ne limita grandemente l'operatività effettiva, è quello del principio della intangibilità della quota di riserva spettante ai legittimari. Questo principio, come noto, comporta la riducibilità delle disposizioni donative o testamentarie che siano lesive dei diritti che la legge riserva appunto ai legittimari. Quando ricorriamo a uno di questi due negozi, poiché, come ho detto, lo faremo quando non siamo stati in grado di attuare uno strumento alternativo (p.e. un lineare e sicuro patto di famiglia) è assolutamente necessario porre in essere un negozio che non sia impugnabile e che non dia luogo ad azione di riduzione da parte dei legittimari esclusi.

Ne deriva, dunque, che l'azione del consulente pratico è assolutamente difficile e circoscritta. Non è possibile prevedere un accordo preliminare, vuoi per il divieto dei patti

---

[1] Tra la dottrina che ammette la liquidazione ai legittimari non assegnatari da parte del disponente si veda G. Petrelli, *La nuova disciplina del "patto di famiglia",* in *Riv. Notar.*, 2006, 440; sul punto parte della dottrina si spinge ad ammettere che la norma di cui all'art. 768-*quater*, 3° comma, c.c. prefigurerebbe assegnazioni di beni a favore dei legittimari non assegnatari da parte del trasferente, stabilendo che anche queste assegnazioni, effettuate nel contesto di un patto di famiglia, non sono sottoponibili ad azione di riduzione, né debbono essere conferite: A. Busani, *Compensazione da parte di chi dona*, in *Guida Diritto*, 14, 2006, 45; P. Manes, *Prime considerazioni sul patto di famiglia nella gestione del passaggio generazionale della ricchezza familiare*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 540 e segg.

[2] G. Petrelli, *La nuova disciplina del "patto di famiglia",* cit., 448; G. Amadio, *Divieto dei patti successori ed attualità degli interessi tutelati*, in *Patti di famiglia per l'impresa, Quaderni della fondazione Italiana per il notariato*, Milano-Roma, 2006, 81-82; G. Rizzi, *I patti di famiglia. Analisi dei contratti per il trasferimento dell'azienda e per il trasferimento di partecipazioni societarie*, Padova, 2006, 23.

[3] Dal punto di vista strutturale occorre osservare come gli elementi del patto di famiglia, sia quello soggettivo che quello oggettivo godano di interpretazioni molto più liberali rispetto al momento di entrata in vigore dell'istituto: da un lato il disponente non deve necessariamente essere imprenditore, in quanto potrebbe, ad esempio, aver concesso l'azienda in affitto a terzi (profilo soggettivo), dall'altro oltre all'azienda possono essere trasferite pacificamente anche quote di società di persone e di capitali sia in piena proprietà che in nuda proprietà o in usufrutto, anche successivo, o disporre di una partecipazione che non necessariamente determini il conseguimento di un potere di indirizzo e/o governo della società partecipata (profilo oggettivo). Sul punto si veda, sul profilo soggettivo A. Busani Guastalla, *Necessaria l'autorizzazione per i minori*, in *Guida dir.*, 2006, 14, 47; C. Di Bitonto, *Patto di famiglia: un nuovo strumento per la trasmissione dei beni d'impresa*, in *Le società*, 2006, 7, 803, sul profilo oggettivo si veda A. Pischetola, *Prime considerazioni sul "patto di famiglia"*, in *Vita Notar.*, 2006, I, 468; G. Lombardi-G. Maisto, *Il patto di famiglia: l'imprenditore sceglie il proprio successore*, in *Corr. Giur.*, 2006, 5, 720; G. De Marzo, *Patti di famiglia, trasferimento di partecipazioni societarie e legge finanziaria*, in *Fam. Dir*, 2007, 4, 425; P. Matera, *Il patto di famiglia. Uno studio di diritto interno e comparato*, Torino, 2012, 62; G. Oberto, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Fam e Dir.*, 417.

[4] Sulle condizioni e i presupposti della rinuncia all'opposizione si veda G. Baralis, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica dell'art. 563 c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2006, 296 e segg.;

[5] Tra i tanti si veda G. Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 62 e segg.; Bigliazzi-L. Geri, *Il testamento*. Il profilo negoziale dell'atto, Milano, 1976, 39 e seg.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

successori (art. 458 c.c.), vuoi per il divieto di rinunciare all'azione di riduzione di cui al 2° comma dell'art. 557 c.c. E il patto di famiglia che, a ben vedere, rappresenta un'eccezione legislativamente prevista a detti due principi, non sempre rappresenta una soluzione percorribile per i motivi sopra esposti.

Lo strumento testamentario e il suo contenuto

Tornando ai due istituti tradizionali, in materia testamentaria, l'unica soluzione che ci permette di assegnare l'azienda (o le quote societarie) è quella di ricorrere alla divisione. Infatti, l'art. 549 c.c., dopo avere disposto il divieto per il testatore di imporre pesi e condizioni[6] sulla quota spettante ai legittimari, fa salve le disposizioni del TITOLO IV, le quali contengono le norme sulla divisione. Il testatore può non solo dettare norme per formare le porzioni, norme che sono vincolanti per gli eredi (art. 733 c.c.), ma può anche procedere alla divisione diretta e con piena efficacia dispositiva dei suoi beni tra gli eredi, comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile (art. 734 c.c.).

La tutela fornita dall'art. 549 c.c. costituisce una difesa avanzata del legittimario, in quanto sanziona con la nullità tutte quelle disposizioni che in qualche modo gravino la quota del legittimario. La norma è posta a tutela della cosiddetta intangibilità quantitativa della legittima tutelata dal vigente codice civile. Il divieto di cui all'art. 549 c.c. colpisce, infatti, qualsivoglia modalità che, pur non intaccando il valore dei beni costituenti la riserva, costituisca comunque un limite alla disponibilità e al godimento dei medesimi.[7] Quindi se il testatore condiziona una disposizione testamentaria ad un determinato evento, come pure la gravi di un onere, il legittimario non dovrà agire con l'azione di riduzione ma con quella, certamente più snella e diretta, dell'azione di nullità. Il legittimario gode, infatti, di una tutela maggiore perché il peso e le condizioni apposti alla loro disposizione, in quanto nulli, saranno da considerarsi come non apposti, analogamente a quanto previsto dall'art. 634 c.c.[8] in ordine alle condizioni contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.[9]

Quello che è, ai nostri fini, importante evidenziare è che, ricorrendo alla divisione testamentaria, fermo restando il principio del rispetto del limite "quantitativo" del rispetto della quota di riserva riconosciuta al legittimario, la libertà del testatore è massima dal punto di vista qualitativo; quindi, il testatore è libero di attribuire i beni immobili ad un erede e l'azienda o le quote societarie all'altro.

Non vige, nella divisione testamentaria,[10] il principio proprio della divisione giudiziale consistente nel diritto di ottenere beni in natura (art. 718 c.c.) e di omogeneità delle porzioni (art. 727 c.c.): ogni porzione deve comprendere quantità di beni mobili, immobili e crediti di eguale natura e qualità. In materia testamentaria questo principio può essere disatteso e, come detto, il testatore può assegnare tutti i beni mobili a un erede e gli immobili all'altro, come pure può assegnare i beni immobili ad un erede e l'azienda o le quote societarie all'altro.

Quanto ai limiti, come avviene nella divisione ordinaria, ci deve essere proporzione tra il valore della quota e quello dei beni assegnati, perché se il valore di questi ultimi è inferiore di oltre 1/4 rispetto all'entità della quota, la divisione può essere impugnata con l'azione di rescissione per lesione ai sensi dell'art. 763 c.c.; inoltre, nella divisione devono essere compresi tutti i legittimari, a pena di nullità, come previsto dall'art. 735, 1° comma, c.c., e a ciascuno di essi devono essere attribuiti beni di valore tale da non comportare lesione della rispettiva quota di riserva (art. 735, 2° comma, c.c.). Tali limiti restano, come detto, solo quantitativi e non qualitativi. È sufficiente che il valore del bene assegnato, da calcolarsi al momento dell'apertura della successione, sia tale da soddisfare il diritto di riserva del legittimario assegnatario.

Risulta, quindi, evidente la profonda differenza con il patto di famiglia. Questo, oltre ad un immediato effetto reale, ha un'efficacia definitiva delle attribuzioni che sono fatte ai partecipanti e, in particolare, ai legittimari non assegnatari dell'azienda e delle partecipazioni.[11]

Ciò nonostante, la divisione fatta dal testatore che abbia per oggetto beni di valore capiente per soddisfare tutti gli altri legittimari cui non sia assegnata l'azienda costituisce una soluzione assolutamente praticabile da parte dell'imprenditore che voglia favorire la continuazione della propria attività d'impresa da parte di un figlio in particolare. Chiaramente l'effetto della divisione, e, quindi, il passaggio dell'azienda, si avrà solo al momento dell'apertura della successione e vedrà la sua pubblicità con la conseguente pubblicazione del testamento e la presentazione della dichiarazione di successione.

La donazione

Il vantaggio della donazione rispetto al testamento risiede nella possibilità di realizzare immediatamente un effetto reale. Alla donazione dell'azienda dovrebbe poi accompa-

---

[6] Con l'espressione "pesi e condizioni" il legislatore ha inteso riferirsi sia all'onere in senso tecnico, sia alle condizioni e ai termini, sia ai debiti del cui adempimento il testatore gravi espressamente il legittimario, sia in genere a tutte quelle obbligazioni testamentarie nascenti *ex novo* per effetto del testamento. Sul punto si veda G. Criscuoli, *Le obbligazioni testamentarie*, Milano, 1980, 330; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2020, 192.

[7] G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 192.

[8] In particolare, è da ritenersi altresì applicabile in via analogica la c.d. *regula sabiniana*, prevista sempre dall'art. 634 c.c., secondo la quale la nullità della disposizione accessoria non comporta la nullità della disposizione principale, salvo che non ne costituisca motivo determinante, in ossequio al principio di conservazione del testamento.

[9] L. Ferri, *Dei legittimari*, Artt. 536-564, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1981, 103; F. Santoro Passarelli, *Appunti sulla successione necessaria*, Padova, 1936, 71; N. Coviello, *Corso completo del diritto delle successioni* a cura di L. Coviello, II, Napoli, 1915, 1087; A. Cicu, *Le successioni*, Milano, 1947, 227; G. Pino, *La tutela del legittimario*, Padova, 1954, 119. In giurisprudenza, da ultimo, si veda Cass. civ., 30 giugno 2021, n. 18561.

[10] L. Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 22; G. Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, I, 243 e segg.; Id., *L'oggetto della disposizione testamentaria*, in *Successioni e donazioni* a cura di Rescigno, I, Padova, 1994, 897 e segg.

[11] Salvo il caso in cui sopraggiungano legittimari, come previsto dall'art. 768-*sexies* c.c.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

gnarsi un'altra donazione o una disposizione testamentaria di altri beni a favore degli altri legittimari, a meno che nel patrimonio ereditario non ci siano beni di valore sufficiente a soddisfarli (ipotesi di difficile realizzazione perché nella maggior parte dei casi l'azienda o le partecipazioni rappresentano per l'imprenditore il bene di gran lunga economicamente più rilevante).

La donazione, come noto, è soggetta a collazione e a imputazione, salvo dispensa. È altresì soggetta all'azione di riduzione, la quale, ai sensi dell'art. 557, 2° comma, c. c.,[12] non è rinunciabile finché vive il donante.

All'azione di riduzione consegue l'azione di restituzione, di cui all'art. 563 c.c., del bene oggetto della disposizione lesiva e che sia eventualmente stato alienato a terzi; con conseguente pesante ricaduta sulla libera e sicura circolazione dei beni aventi provenienza donativa o testamentaria[13]. L'azione di restituzione può essere esercitata sia se i beni donati siano immobili che mobili iscritti nei pubblici registri, mobili in genere e, certamente, anche aziende.

L'azione di restituzione, che sovente agita gli animi soprattutto degli acquirenti, non costituisce in verità un peso e un ostacolo insuperabile. Anzitutto l'azione di restituzione è, come pacificamente ammesso dalla dottrina[14], rinunciabile anche se il donante è ancora vivente e in un momento successivo alla donazione.[15] Inoltre, sono previste polizze assicurative di tutela dell'acquirente, le quali sono poco esose in considerazione della scarsa frequenza dell'avverarsi dell'evento dannoso assicurato: l'azione di restituzione difficilmente viene esperita, vuoi perché devono essere preventivamente escussi i beni del donatario, vuoi perché quest'ultimo può sempre liberarsi dell'obbligo di restituzione dei beni in natura pagando l'equivalente in denaro.

Da notare che si assiste a un sempre più largo movimento di opinione, una tendenza sociopolitica che vorrebbe una limitazione di queste così estese tutele dei legittimari. In particolare, ad ogni legge finanziaria viene avanzata la proposta di abrogare l'azione di restituzione conseguente a riduzione di una donazione effettuata in violazione della quota di legittima da parte del soggetto legittimario, ma viene sistematicamente respinta perché non si ritiene abbia rilievi finanziari.

Aspetti fiscali

In via preliminare, bisogna considerare che l'Italia è un vero e proprio paradiso fiscale per i trasferimenti donativi e *mortis causa*: basti considerare che i trasferimenti tra estranei dove non sono previste franchigie, l'aliquota massima è comunque fissata all'8%. L'aumento dell'imposizione fiscale in campo successorio sarebbe una soluzione politicamente svantaggiosa; l'unico intervento è stato quello di soppressione dell'imposta e, anche quando fu ripristinata, non furono toccate le aliquote. Anche nel nuovo disegno di legge delega in materia fiscale, in esame da parte del Governo, anche se è prevista genericamente "la revisione della base imponibile e della misura dell'imposta applicabile", non vi è per il momento nessuna seria intenzione di agire in tal senso. La riforma in campo successorio riguarderà principalmente due aspetti: semplificazioni e precisazioni di alcune disposizioni legislative vigenti che, nella pratica, avevano dato luogo a diverse e controverse interpretazioni.

Premesso che quando si parla di semplificazioni vi è quasi quasi da temere, in quanto quando queste vengono attuate aumentano sempre gli adempimenti notarili, comportando sovente un conseguente allungamento degli atti e uno spostamento di oneri da un soggetto c.d. forte (p.e. una banca o pubblica amministrazione) ad un soggetto debole (p.e. cittadino e per lui il libero professionista).

L'auto-liquidazione dell'imposta per le successioni complesse e di valore rilevante può risultare particolarmente complessa, pertanto ci sarà un rischio di errore e di contenzioso col fisco. Qui la prima "semplificazione" riguarderà l'obbligo del contribuente di procedere non più solo alla liquidazione delle imposte ipo-catastali ma anche dell'imposta di successione vera e propria.

È senz'altro auspicabile che tutta una serie di micro tributi (imposta di bollo, tassa per ogni attestazione richiesta, tassa ipotecaria e vari tributi speciali) vengono soppressi e riuniti in unica imposta sostitutiva determinata in misura fissa.

Per quanto riguarda i punti controversi, si osserva come viene espressamente abrogato il c.d. coacervo tra *donatum* e r*elictum*, già peraltro non ritenuto applicabile dalla giurisprudenza come riconosciuto dalla stessa Agenzia delle Entrate.[16]

Inoltre, si risolvono due questioni legate all'art. 3, comma 4°-*ter*, T.U. delle successioni e delle donazioni (D.Lgs. n. 346/1990)[17], il quale è stato appositamente scritto per favorire il passaggio generazionale. La prima questione era legata al tipo di quote sociali e azioni, il cui trasferimento

---

[12] Secondo alcuni la norma sarebbe superflua in quanto il divieto sarebbe già contenuto nel divieto dei patti successori. Così anche Cass. civ., 17 agosto 1963, n. 2327, nella quale si è affermato che "La dichiarazione del legittimario, fatta in vita del donante, di essere stato soddisfatto della sua quota di riserva, sia che la si consideri come disposizione di diritti a successione non ancora aperta o rinuncia ai medesimi, sia che la si configuri come rinuncia preventiva all'esperimento delle azioni di riduzione della donazione e delle disposizioni lesive della porzione di legittima, impinge nel divieto posto rispettivamente dagli artt. 458 e 557, in quanto la determinazione del valore dei beni ereditari e di quelli di cui sia stato disposto a titolo di donazione, ai fini dell'accertamento della quota spettante al legittimario e dell'entità dell'eventuale lesione, va riferita in ogni caso al tempo dell'apertura della successione ". In senso conforme e più di recente si veda Cass. civ., 17 marzo 2016, n. 5320.

[13] Sul punto si veda per tutti F. Santoro Passarelli, *Dei legittimari*, in *Comm. C.C.* diretto da D'Amelio e Finzi, *Libro delle Successioni per causa di morte e delle Donazioni*, Firenze, 1941, 308; C. Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali – successioni legittime*, in *Comm. C.C.*, Torino, 1959, 341 e seg.; G. Cattaneo, *La vocazione necessaria e la vocazione legittima* in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, 5, I, Torino, 1997, 417 e segg. e 467; L. Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione necessaria*, in *Tratt. Dir. Civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano. 2000, 305.

[14] V. Tagliaferri, *La riforma dell'azione di restituzione contro gli aventi causa dai donatari soggetti a riduzione*, in *Notariato*, 2006, 2, 179 e segg.; I. Martone, *Sull'ammissibilità della rinuncia all'azione di restituzione in vita del donante*, in *Dir. Succ. fam.*, 2018, 979; G. Iaccarino, *La rinuncia anticipata dell'azione di restituzione*, in *Notariato*, 2015, 191 e segg. In giurisprudenza, di recente, si veda Cass. civ., 28 luglio 2023, n. 23036.

[15] Non è infrequente che la rinuncia all'azione di restituzione sia contestuale alla vendita al terzo.

[16] Circolare n. 29 del 19 ottobre 2023.

[17] La norma prevede che non siano soggetti ad imposta:

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

poteva rientrare nell'esenzione in esame. La lettera della disposizione agevolativa fa riferimento a quote sociali e azioni, senza porre limitazioni al tipo di società né, tantomeno, all'oggetto e all'attività in concreto esercitata. Questa norma è stata però applicata dall'Agenzia delle Entrate in maniera restrittiva, sulla base del requisito "della continuazione nell'esercizio dell'attività d'impresa" richiesto dall'articolo; si era affermata una prassi da parte dell'Agenzia, confermata anche dalla giurisprudenza[18], in forza della quale, per usufruire dell'esenzione in parola, bisognava comunque essere in presenza di un imprenditore, con conseguente esclusione dell'agevolazione alle società semplici e alle holding di mera gestione. L'altra questione era legata al concetto di integrazione del controllo. La norma parla di spettanza della esenzione quando è acquisito o integrato il controllo. Dalla lettura della norma sembrano esserci due tipi di controllo: quello acquisito, quando un beneficiario a seguito della successione/ donazione consegue appunto il controllo, e quello integrato quando il beneficiario che già aveva il controllo della società, con la disposizione a suo favore consegue una maggiorazione della sua quota di partecipazione già di controllo.

Era stato sempre interpretato restrittivamente il concetto di controllo integrato: veniva riconosciuto solo se il beneficiario era titolare di una quota di minoranza che diventava di maggioranza grazie al nuovo lascito a suo favore. Ora viene espressamente previsto che l'esenzione spetta anche se è integrato un controllo già esistente.

Da ultimo sono previsti interventi chiarificatori con lo scopo di razionalizzare la disciplina fiscale in materia di trust, prevedendo la tassazione "in uscita" del trasferimento dei beni dal Trustee al beneficiario, riconoscendo così la neutralità fiscale dell'atto di dotazione. È introdotta, è questa è la vera novità, la possibilità del disponente o del trustee (in caso di trust testamentario) di anticipare volontariamente il pagamento dell'imposta al momento del conferimento dei beni o dell'apertura della successione. In tal caso, la base imponibile, nonché le franchigie e le aliquote applicabili, sono determinate con riferimento al valore dei beni e dei diritti e al rapporto tra disponente e beneficiario risultanti al momento del conferimento ovvero dell'apertura della successione.

Qualora il disponente, o il trustee in caso di trust testamentario, abbiano optato per la corresponsione anticipata dell'imposta, i successivi trasferimenti a favore dei beneficiari non saranno soggetti a imposta né si darà luogo a rimborsi.

In ogni caso, rimangono invariate le aliquote e le franchigie vigenti.

La fiscalità del passaggio generazionale delle società di mero godimento

Cecilia Benzi

La recente riforma del tributo successorio e donativo, le cui disposizioni hanno effetto dal 1° gennaio 2025, ha riscritto la norma di esenzione da imposta del trasferimento intrafamiliare di aziende, quote sociali e azioni, definendo in modo più puntuale il perimetro e le condizioni dell'agevolazione, da tempo oggetto della misinterpretazione da parte della prassi amministrativa e della giurisprudenza di legittimità.

Premessa

Estragone: "E che facciamo, ora che siamo contenti?". Vladimiro: "Aspettiamo Godot". Estragone: "Già, è vero."

Come noto, dopo una lunga fase di gestazione governativo-parlamentare, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139, rubricato "Disposizioni per la razionalizzazione dell'imposta di registro, dell'imposta sulle successioni e donazioni, dell'imposta di bollo e degli altri tributi indiretti diversi dall'IVA", di attuazione della legge delega 9 agosto 2023, n. 111[1].

Tra le altre, il legislatore della riforma è intervenuto sul disposto dell'art. 3, comma 4°-*ter*, D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (c.d. testo unico sull'imposta sulle successioni e donazioni, di seguito: "TUSD") nel tentativo di definire, come si legge nella Relazione illustrativa, "in modo più puntuale il perimetro e le condizioni dell'agevolazione"[2] con particolare riferimento a tre questioni particolarmente "calde", quali la a) rilevanza dell'esercizio dell'impresa; b) il concetto di "integrazione" del controllo; c) le quote di società non residenti in Italia. Non potendo in questa sede sviscerare per intero i profili di novità – o, come meglio

I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli artt. 768-*bis* e seguenti del Codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, 1° comma, lett. a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso.

[18] Cass. civ., 28 febbraio 2023, n. 6082.

[1] Volendo ripercorrerne l'*iter*, dopo la prima approvazione da parte del Cons. dei Min. in data 9 aprile 2024, sono stati acquisiti i pareri delle Commissioni parlamentari competenti nonché l'intesa in sede di Conferenza unificata. In data 7 agosto 2024, il Cons. dei Min. ha deliberato l'approvazione del Decreto Legislativo, con talune modifiche rispetto al testo originario (ma lasciando intatta la bozza di decreto con riferimento ai profili qui in commento) poi pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 2 ottobre 2024, n. 231. Si rammenta, infine, che la riforma è entrata in vigore il 1° gennaio 2025. Per un commento della bozza di decreto si veda Corasaniti, *La riforma del TUSD in materia di trust*, in *Trusts,* 2024, 564.

[2] Proprio perché si tratta di modifiche che intendono meglio chiarire l'ambito applicativo del regime, le stesse non assumono una portata innovativa, quanto piuttosto interpretativa.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

vedremo, di "disambiguazione" – apportati dal legislatore della riforma, ci soffermeremo sulla sorte fiscale del trasferimento inter-familiare di partecipazioni di società "senza impresa".

Il requisito dell'esercizio di impresa nel testo previgente

In effetti, intorno all'interpretazione della citata norma di esenzione era fiorita negli ultimi anni una certa incertezza operativa, alimentata da un disordinato esercizio da parte dell'Amministrazione finanziaria e della giurisprudenza di legittimità dei criteri di ermeneutica delle norme giuridiche.

Per comprendere, dunque, l'importanza della riforma anche in termini applicativi è necessario partire dalla norma previgente e dalla sua lettura[3], anticipando che il corretto e proporzionato approccio letterale alla questione interpretativa avrebbe reso del tutto superfluo l'intervento del legislatore.

Come noto, infatti, l'art. 3, comma 4°-*ter* TUSD[4] garantisce l'esenzione da imposta al trasferimento, anche tramite patti di famiglia, ai discendenti e al coniuge di tre beni tipologicamente individuati: aziende, quote sociali e azioni. Immediatamente la norma chiarisce che con riferimento a quote sociali e azioni di soggetti di cui all'art. 73, 1° comma, lett. a), TUIR dovrà necessariamente essere acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'art. 2359, 1° comma, n. 1, c.c. (*rectius*: il controllo di diritto).[5] Infine, nella sua formulazione previgente, il terzo (e mal interpretato) periodo della disposizione affermava che il beneficio è accordato a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività di impresa *o* detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, dandone, peraltro, apposita attestazione in atto.

La disposizione appariva, invero, piuttosto lineare, ponendo su due piani ben distinti la cessione del bene azienda – ipotesi nella quale evidentemente deve dirsi necessario che gli aventi causa proseguano l'attività di impresa – e la cessione del bene partecipazioni – ipotesi in cui il legislatore individua quale unico presupposto "condizionale" quello della detenzione del controllo per un dato periodo temporale.

La misinterpretazione diffusa della norma

Se così è, l'Amministrazione finanziaria prima[6] e la Corte di Cassazione[7] poi "sovvertendo" gli ordinari principi di metodologia giuridico-ermeneutica e sganciandosi dal senso fatto palese dal "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse"[8], hanno negato l'agevolazione in parola a quei trasferimenti che non consentono al beneficiario di detenere il controllo, seppur indiretto, dell'azienda familiare, intesa quale "realtà imprenditoriale produttiva meritevole di essere tutelata anche nella fase del suo passaggio generazionale".[9]

E ciò sulla base di una asserita matrice para-pubblicistica della disposizione in commento.

Con un esercizio interpretativo che potremmo definire quantomeno sproporzionato[10], prassi e giurisprudenza hanno, infatti, rintracciato il fondamento della disposizione in quelle sollecitazioni europee[11] che a metà degli anni novanta hanno chiamato i paesi membri a prevedere misu-

---

[3] "I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-*bis* e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall' articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata".

[4] Per una disamina della disposizione nella sua formulazione anteriforma si consenta il rinvio a Benzi-Tassani, *Esenzioni per trasferimenti di aziende e partecipazioni*, in *Codice delle successioni e donazioni*, a cura di Sesta, II, Milano, 2023, 360.

[5] È pacifico che l'acquisizione del "controllo utile" per accedere all'esenzione possa avvenire anche in via indiretta mediante veicoli societari spesso funzionali ad una migliore razionalizzazione della struttura proprietaria. Così già Ris. 26 luglio 2010, n. 75/E.

[6] Ris. 25 agosto 2021, n. 552. La risposta ad interpello citata, peraltro, si discosta dalla prassi amministrativa precedente che aveva sempre privilegiato l'approccio letterale (Circ. 22 gennaio 2008, n. 3E; Ris. 30 ottobre 2019, n. 450).

[7] Cass. civ., 28 febbraio 2023, n. 6082. Nell'ordinanza, peraltro inedita sul tema, la Corte di cassazione ha sposato l'impostazione già fatta propria dall'Amministrazione finanziaria, esaminando un caso in cui i genitori trasferivano ai figli le quote di controllo di una società di capitali lussemburghese che risultava essere "di mero godimento immobiliare, economicamente non operativa, caratterizzata da una gestione statica". Più recentemente CGT Piemonte, 30 ottobre 2023.

[8] V. art. 12, disp. prel.; sul tema Tassani, *Trasferimento di partecipazioni ed esercizio effettivo dell'impresa, storia di un disorientamento interpretativo,* in *Giur. Trib.*, 2023, 607.

[9] Ed in specie la citata Ris. 25 agosto 2021, n. 552 afferma: "ciò che merita rilievo, quindi, è la necessaria ed indispensabile presenza dell'oggetto principale della disposizione agevolativa in esame, vale a dire la sussistenza di un'azienda di famiglia, intesa quale realtà imprenditoriale produttiva meritevole di essere tutelata anche nella fase del suo passaggio generazionale". Anche "i trasferimenti di partecipazioni di società che detengono il controllo dell'attività d'impresa possono fruire dell'esenzione in parola, poiché consentono al beneficiario della donazione di continuare a detenere, seppur indirettamente, il controllo dell'azienda familiare". Se ne ricava che, per l'Erario, il beneficio spetta solo a quelle quote che garantiscono (direttamente o indirettamente) il controllo di una società di capitali che svolge effettiva attività imprenditoriale.

[10] Quantomeno nel diffuso richiamo ai "moniti" di cui alla giurisprudenza costituzionale in materia di patti di famiglia (Cort. Cost. 120/2020). In questo senso si v. Piantavigna, *Esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni: ratio e criticità applicative*, in *Corr. Trib.*, 2021, 1096, che osserva come "proprio sulla scorta delle osservazioni della Consulta in relazione alla *ratio* dell'esenzione, risulta confermato come la norma in esame, nell'agevolare i soggetti (e non l'oggetto) del trasferimento, non escluda affatto dal suo ambito applicativo i trasferimenti di partecipazioni in holding, a valle delle quali non necessariamente vi sono aziende di famiglia o società che detengono asset aziendali". Sul tema si v. anche Corasaniti, *I profili tributari del passaggio generazionale delle imprese tra condizioni di obiettiva incertezza interpretativa e (probabili) interventi di riforma*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2020, 1872.

[11] Raccomandazione della Commissione Europea del 7 dicembre

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

re di sostegno alle piccole e medie imprese con particolare riguardo alla successione del *family business,* ritenuto un momento fiscalmente delicato. Di qui, la vocazione "economico-sociale" dell'art. 3, 4° comma del TUSD, la cui *ratio legis* si sostanzierebbe proprio nella tutela del bene-azienda (*rectius*: "valore sociale dell'impresa" [12]) e del mantenimento dei livelli occupazionali.

Come anticipato, questa interpretazione teleologica, che sconta probabilmente i "soliti" pregiudizi nei confronti delle società di mero godimento [13], si scontra con il senso palesato dal dato testuale.

La disposizione, infatti, è tutto fuorché ambigua: l'opzione legislativa nel terzo periodo del comma in commento per la congiunzione disgiuntiva "o" in luogo della congiuntiva "e" rende inequivocabile la riconducibilità del presupposto condizionale della continuazione dell'esercizio dell'impresa unicamente alla fattispecie azienda. E così lo stesso silenzio del legislatore in ordine all'individuazione di ulteriori presupposti qualitativi al cui ricorrere ancorare il trasferimento in esenzione di partecipazioni sociali ha un valore precettivo ben preciso e costituisce anch'esso un limite al ricorso a criteri di interpretazione sussidiari.

Del resto, si potrebbe ancora osservare, controversa è la stessa riconducibilità della cd. intenzione del legislatore ad una dimensione esclusivamente pubblicistica e "comunitaria": vuoi perché il legislatore domestico non si è limitato ad agevolare le piccole e medie imprese come (peraltro genericamente) sollecitato dalle raccomandazioni europee, ma ha introdotto una disposizione che da un punto di vista dimensionale opera trasversalmente ai passaggi generazionali; vuoi perché detta *ratio* risulta difficilmente compatibile con il presupposto temporale esplicitato dal legislatore, ovverossia il mantenimento del controllo per (soli) cinque anni. Tempo evidentemente inadeguato a salvaguardare i livelli occupazionali o il tessuto economico-sociale di un paese!

Come è stato osservato [14], la *ratio* legis, oggettivata nel testo di legge, è allora da rinvenirsi nella volontà di incentivare diverse situazioni giuridiche: la continuazione nell'esercizio diretto dell'attività di impresa (tramite il trasferimento di azienda con impegno in questo senso da parte dei beneficiari); la continuazione in una posizione di dominio gestionale (per le società di capitali, espressa dal controllo); la continuazione della partecipazione societaria nelle strutture (società di persone) in cui questa esprime una forte immedesimazione, sul piano sia amministrativo sia patrimoniale, tra società e soci, anche per coloro che non hanno il dominio gestionale.

Conclusioni

Dette considerazioni, che condividevamo il maggio scorso quando la riforma era ancora in semplice "bozza" e che costituiscono tuttora argomentazioni spendibili in un eventuale contenzioso con l'Erario, animano senza dubbio l'intervento operato dal legislatore del D.Lgs. 18 settembre 2024, n. 139 sulla norma in commento.

Il "nuovo" terzo periodo della disposizione in commento prevede, infatti, che: "In caso di aziende o rami di esse, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento; in caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento; in caso di altre quote sociali, il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa detengano la titolarità del diritto per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento."

Si è inteso, dunque, meglio specificare, "isolandole", le tre distinte fattispecie oggetto dell'esenzione: il trasferimento di quote di società di capitali; il trasferimento di quote di società di persone; il trasferimento di aziende o rami di essa. Ad ognuna delle suddette fattispecie corrispondono requisiti oggettivi determinati: per le quote di società di capitali è necessaria l'acquisizione o l'integrazione del controllo e tale condizione deve essere mantenuta per almeno cinque anni; per le quote di società di persone, occorre il trasferimento ed il mantenimento quinquennale della "titolarità" del diritto sulla quota; per le aziende e rami di esse è necessario che gli aventi causa proseguano l'attività d'impresa per almeno cinque anni.

Sebbene, come visto, il testo della disposizione previgente fosse piuttosto lineare, la nuova formulazione dovrebbe arginare ogni deriva "creativa", giurisprudenziale ed amministrativa, esplicitando in maniera inequivocabile i singoli presupposti oggettivi cui è subordinato il regime esentativo e "salvando" – almeno fin quando *in claris non fit interpretatio* – il passaggio generazionale delle società holding e di quelle di mero godimento.

Il passaggio generazionale, la pianificazione ereditaria e il trust

Diletta Giunchedi

Le brevi riflessioni che seguono indagano l'opportunità del ricorso all'istituto fiduciario del trust, nell'ambito del passaggio generazionale, ponendo particolare attenzione alla compatibilità dello stesso alla disciplina successoria dell'ordinamento italiano.

1994, n. 94/1069/CE e la successiva comunicazione della Commissione Europea del 27 marzo 1998, n. 98/C93/02.

[12] Così Ris. 25 agosto 2021, n. 552.

[13] O disvela forse un certo timore per la diffusione di società di comodo, che pure trovano a livello fiscale una compiuta disciplina.

[14] Si v. ancora Tassani, *Trasferimento di partecipazioni ed esercizio effettivo dell'impresa, storia di un disorientamento interpretativo,* in *Giur. Trib., 2023, 607.*

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Premessa

L'impresa familiare – *lato sensu* intesa – è una forma societaria molto diffusa: a titolo esemplificativo sono imprese familiari gruppi come Ford, Wal-Mart e Motorola negli Stati Uniti; Samsung, Hyundai e LG in Corea; Carrefour, Peugeot-Citröen e Michelin in Francia; Fiat (*rectius* Stellantis), Luxottica e Benetton in Italia; BMW in Germania.

Il passaggio generazionale per tali realtà imprenditoriali rappresenta una fase delicata e complessa[1], ove le relazioni affettive, calate in una dimensione commerciale, si sovrappongono ai rapporti societari e civilistici. In particolare, gli eredi-consanguinei-comproprietari-coamministratori sono chiamati a distribuirsi il patrimonio e/o a riorganizzare la *governance* dell'impresa, nell'intento di mantenere inalterato "il valore dell'azienda"[2].

Dinanzi a tale contesto, gli istituiti tradizionali di pianificazione del diritto privato (donazioni, testamenti, etc.) non sempre forniscono soluzioni efficaci, soprattutto a causa delle limitazioni imposte da un lato dai regimi patrimoniali familiari tesi – in via di approssimazione - alla conservazione statica degli assets, dall'altro, dal diritto successorio.

Dall'altro canto, però, lo stesso patto di famiglia, sebbene dotato di efficacia derogatoria della disciplina ereditaria e ideato con l'espresso intento di facilitare il trasferimento di *governance*, oltre che di proprietà, ha conosciuto uno scarso successo di pubblico, soprattutto in quanto sottoposto ad una unanimità dei consensi dei soggetti coinvolti e vincolato ad un trasferimento anticipato del potere[3].

In via di approssimazione, si potrebbe quindi constatare che gli strumenti privatistici si scontrano i) con la rigidità di una disciplina che rigetta qualsivoglia differenziazione di regolamento successorio in ragione della morfologia dei beni o anche delle caratteristiche dei disponenti e dei successibili coinvolti; ii) a vario livello e per varie ragioni, con l'eccessivo rigore del principio di unità della successione, del limite della legittima e del divieto dei patti successori e, infine, iii) con una generale carenza di forza adattiva.

Il trust *inter vivos mortis causa* e il trust testamentario: strumenti di pianificazione ereditaria

Nell'ambito di trasferimento del patrimonio imprenditoriale, può essere dunque interessante vagliare un'ipotesi alternativa, ossia l'istituto fiduciario del trust.

Il trust, infatti, affida ad un trustee – che potrebbe essere anche lo stesso imprenditore-disponente – il controllo proprietario dell'impresa o delle partecipazioni della stessa, consentendo di mantenere, da un lato, l'unità degli assetti proprietari e, dall'altro, di non provocare discontinuità nella politica aziendale. Inoltre, da un diverso punto visuale, i beneficiari potrebbero non solo essere qualificati quali beneficiari di capitale, ma anche di reddito, di modo tale da poter trarre giovamento dall'attività del trustee per il tempo prescritto.

L'attuazione del passaggio della ricchezza potrebbe realizzarsi secondo una molteplicità di geometrie e tempistiche. Ad esempio, mediante la costituzione di un *trust inter vivos* con effetti *mortis causa,* in forza del quale il trasferimento del *trust fund* al *trustee* sia differito al momento della morte del disponente (come spesso accade per il trust del passaggio generazionale)[4] oppure mediante le forme del *trust* testamentario, inteso quale trust che trova la sua regolamentazione nel testamento, ove il trustee viene istituito come erede fiduciario o quale esecutore testamentario[5]. Il tutto in ogni caso protetto dalla segregazione di cui godono gli assets conferiti in trust, con conseguente indifferenza rispetto alle vicende dei singoli soggetti quali il divorzio, il fallimento, il decesso.

Il trust testamentario e il divieto di patti successori

Alla luce di una possibile, forse probabile, compatibilità tra lo strumento fiduciario ed il contesto di transizione generazionale, la disposizione testamentaria a favore dei beneficiari del *trust fund* deve trovare una collocazione in rapporto al sistema successorio italiano[6].

A tale riguardo, infatti, l'art. 15 della Convenzione dell'Aja fa salva, tra le altre norme imperative, l'applicazione della disciplina successoria dell'ordinamento designato dalle regole di conflitto.

In questa prospettiva, si è discusso in dottrina il caso in cui con un trust interno, il disponente si riservi di indicare i suoi beneficiari in un testamento: si è prospettata l'ipotesi di un patto successorio istitutivo indiretto e per tanto vietato dal combinato disposto dagli art. 458 c.c. e 15 della convenzione dell'Aja con il conseguente venire meno degli effetti segregativi.

Pare però consolidarsi l'opinione secondo cui il trust non costituisce un'attribuzione *mortis causa*[7]; non vi è donazione nei confronti del trustee e in ogni caso la volontà è

---

[1] Cfr. Raccomandazione della Commissione Europea del 7 dicembre 1994 (94/1069/CE), ove già si evidenziava come ogni anno diverse migliaia di imprese fossero obbligate a cessare la loro attività a causa di difficoltà insormontabili inerenti alla successione.

[2] Così Balestra, *Business e sentimenti. Dinamiche societarie e realtà familiari*, Bologna, 2020, 47.

[3] Si v. *ex multis*, Busani, *Il patto di famiglia, L'accordo di famiglia. La fondazione di famiglia*, Milano, 2019, 23; Ieva, *Patto di famiglia*, in Trattato breve delle successioni e donazioni diretto da Rescigno, vol. II, II ed, Padova, 2010, 317; Balestra, Il patto di famiglia ad un anno dalla sua introduzione, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.,* 2007, 727; Oberto, *Il patto di famiglia*, Padova, 2006.

[4] Cass. civ., Sez. un., 12 luglio 2019, n. 18831, *in One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it.* "Il '*trust inter vivos*', con effetti '*post mortem*', deve essere qualificato come donazione indiretta, rientrante, in quanto tale, nella categoria delle liberalità non donative ai sensi dell'art. 809 c.c., poiché l'attribuzione ai beneficiari del patrimonio che ne costituisce la dotazione avviene per atto del 'trustee', cui il disponente aveva trasferito la proprietà, sicché l'avvenuta fuoriuscita del 'trust fund' dal patrimonio di quest'ultimo quando era ancora in vita esclude la natura '*mortis causa*' dell'operazione, nella quale l'evento morte rappresenta mero termine o condizione dell'attribuzione, senza penetrare nella giustificazione causale della stessa".

[5] Nella materia in esame faccio riferimento alle opere di Maurizio Lupoi. Cfr. anche P. Manes, *Il trustee esecutore testamentario*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, 540.

[6] Il tema della legge applicabile alla successione merita maggiori approfondimenti per cui si rimanda a Ferrari, Ugolini, *Il trust in ambito successorio*, in *Donazioni, atti gratuiti patti di famiglia e trusts successori* diretta da Del Prato, Costanza Manes, Bologna, 2010, 650.

[7] Ferrari, Ugolini, *op. ult. cit*., 650-651.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

veicolata tramite il trustee a realizzare uno scopo anche economico nei confronti degli eredi-beneficiari.

A ben vedere, infatti, il disponente non sta regolamentando la propria successione, ma si limita ad istituire un trust con atto *inter vivos*, utilizzando eventualmente lo strumento del testamento per l'indicazione dei beneficiari, i quali non saranno eredi del disponente essendo i beni attribuiti al trustee, per poi esser ritrasferiti agli eredi.

Pare però preferibile sostenere l'opinione secondo cui, sia che il testo testamentario contenga l'atto istitutivo di trust, sia che i due atti siano successivi, la mancata violazione del divieto dei patti successori si giustifichi da un lato per il fatto che il trasferimento del trust fund avviene successivamente e non in ragione della morte del disponente e, dall'altra, che sia il trasferimento al trustee che ai beneficiari è atto *inter vivos*.

La lesione della legittima, azione di riduzione e legittimazione passiva

Nella prospettiva della norma di chiusura di cui all'art. 15 della Convenzione dell'Aja, si impone altresì che il trust lesivo dei diritti dei legittimari sia soggetto ai rimedi ordinari predisposti dall'ordinamento. Ciò implica che a prescindere dalla qualificazione dello stesso (*inter vivos – mortis causa*), ciò da cui non si può fuggire è il rispetto della quota di riserva, che conosce la protezione sia dalla lesione *inter vivos* che *mortis causa* mediante l'azione di riduzione[8].

Il trust lesivo della quota dei legittimari non incorrerà dunque in una dichiarazione di nullità per contrarietà alle norme imperative[9], ma diverrà parzialmente inefficace e oggetto a riduzione per la parte di cui interessa la reintegra della quota lesa[10].

Diversamente dall'azione revocatoria, ove l'inefficacia può essere ottenuta alternativamente impugnando l'atto istitutivo oppure quello dispositivo[11], si ritiene che i legittimari lesi possano rivolgersi avverso solo i negozi dispositivi lesivi della propria posizione e non contro i negozi istitutivo del trust. In particolare, quando il trustee ha il compito di svolgere liberalità indirette verso i beneficiari del trust, un legittimario leso potrà esperire l'azione di riduzione avverso i negozi dispositivi, dato che, per definizione, il trustee non si arricchisce[12].

Dal punto di vista processuale, invece, la problematica risiede nell'individuazione del legittimato passivo, che potrebbe essere il trustee o il/i beneficiario/i-erede/i a seconda che il trust sia ancora in corso e/o se i trasferimenti siano già stati effettuati.

Il tema del legittimato passivo è strettamente collegato alla difficoltà di inquadrare giuridicamente nel contesto dell'ordinamento interno la figura del trustee, il quale non può essere definito come erede, né come donatario (*inter vivos*).

Allo stesso tempo, non si potrebbe nemmeno pensare in via di principio che l'azione sia esperibile nei confronti del beneficiario trattandosi di un soggetto che potrebbe non essere ancora titolare dei beni ed in alcuni casi potrebbe non essere nemmeno a conoscenza di essere un beneficiario. Secondo alcuni sarebbe necessario individuare nel "beneficiario finale" purché individuato ed investito dell'attribuzione patrimoniale, il legittimato passivo[13].

Nei paesi di *common law*, infatti, si direbbe che il trustee detiene la *trust property*, mentre il beneficiario la *equitable property*, questo non ha alcun tipo di significato corrispondente nell'ordinamento interno.

---

[8] *Ex multis*, Azara, *Le condizioni per l'esercizio dell'azione di riduzione (in particolare: l'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario)*, in *Successioni e contenzioso ereditario. Questioni controverse e risvolti applicativi*, a cura di Torrasi, Milano, 2022, 327.

[9] La dichiarazione di nullità pare essere inoltre uno strumento sconsigliato per ragioni ordine sistematico e di resistenza del sistema di riconoscimento/scambio trust.

[10] Bartoli, *Il trust*, Torino, 2001, 648, il quale riporta un esempio di clausola di salvaguardia tratta da Capaldo, *Atto pubblico di trust*, in *Not*, 1997, 177: "In ossequio al disposto degli artt. 536 ss. c.c., si fa obbligo al fiduciario, ovvero al beneficiario finale del patrimonio in trust di garantire i diritti inviolabili degli eredi legittimari del settlor, ove lesi alla morte di costui, integrando, con beni o denaro e nei limiti del valore del patrimonio stesso, la quota ai medesimi riservata dalla legge, senza alcun onere a loro carico di azione in giudizio".

[11] *Ex multis*, Cass. civ., 15 aprile 2019, n. 10498; Cass. civ, 6 luglio 2020, n. 13883, entrambe in *One LEGALE https://onelegale.wolterskluwer.it.*

[12] M. Lupoi, *Istituzioni de diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, V ed., Padova, 2024,123 e segg.

[13] A. De Donato-V. De Donato-D'Errico, *Trust convenzionali. Lineamenti di teoria e pratica*, Roma, 1999, 157, la cui tesi minoritaria ritiene che il legittimato passivo dovrebbe essere il trust nella persona del trustee cadendo nell'errore di entificare il trust.

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

Y28ORBN

Breviaria Iuris *Più*

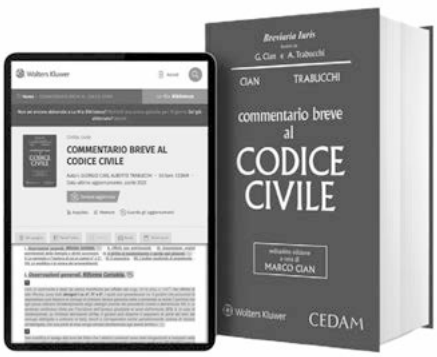
Commentario breve al CODICE CIVILE

Diritto al punto.

Breviaria Iuris *Più* è la nuova formula dei codici commentati CEDAM. Commenti brevi, risposte puntuali al caso concreto... oggi anche **in digitale, costantemente aggiornati**. Facili da individuare grazie alle **evidenziazioni in colore**.

Scopri la nuova edizione del **Commentario breve al CODICE CIVILE CARTA+DIGITALE con aggiornamento e tutti i vantaggi di Breviaria Iuris *Più*.**

L'indispensabile per il professionista.



Wolters Kluwer

CEDAM

Numero Demo - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

***Experta Compliance*&ESG**

Esperta in conformità, leader in sostenibilità

Chiara, Avvocato
"Con EXPERTA Compliance&ESG ho gli strumenti per aiutare i miei clienti a perseguire gli obiettivi di sostenibilità ESG e conformità normativa".

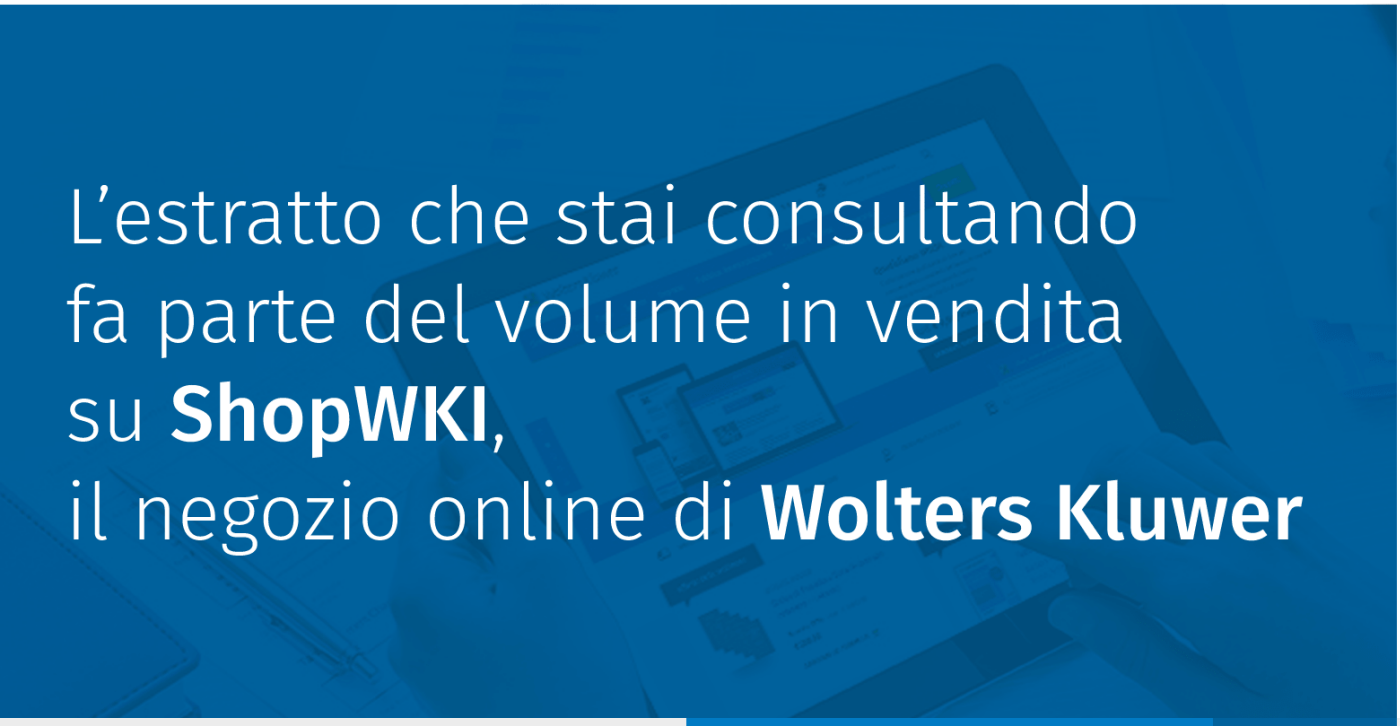
Sostenibilità ESG e Compliance sono attività sempre più strategiche per Aziende, Enti pubblici e privati, Studi Professionali. Grazie a One LEGALE EXPERTA Compliance&ESG hai gli strumenti che ti aiutano a garantire la sostenibilità, con la nuova area operativa ESG a cura di BDO Italia, e la conformità normativa in materia di Anticorruzione, Antiriciclaggio, Responsabilità 231.
Guide pratiche, Action plan, Check list, Procedure operative, Codici commentati e molto altro, realizzati da professionisti esperti per fornirti un supporto d'autore.

Tutto questo è One LEGALE:
molto più di una banca dati giuridica.

Wolters Kluwer

one.it/legale

Wolters Kluwer



L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

Torna al libro

CEDAM IPSOA UTET GIURIDICA il fisco ALTALEX