

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolo, Roberto Negro, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento
Alessandro Barca

Sezione di diritto civile:

Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cuomo Ulloa, Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Antonio Fontana (A.FONT.), Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Carlo Iavicoli, Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Ivano Vigliotti, Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale:

Roberta Barbanera (R.BA.), Raffaele Caruso (R.C.), Graziella Delfino (G.D.), Carola Flick (C.FLK.), Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Pagano (EL.PAG.), Andrea Sciello (A.SC.)

Collaborano

Sezione di diritto civile:

Erika Adamo, Federica Adorni (FAD.), Chiara Alinovi (A.C.), Marco Baghino (M.BAG.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Enrico Bet, Alessandro Bigoni (A.BI.), Marzio Bini (MA.BN.), Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandi (EL.BR.), Ilaria Busca (I.B.), Francesca Butera (F.B.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldi, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Simone Carrea, Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna (S.C.), Valentina Cavanna (V.CAV.), Mirko Cavazzana (MK.C.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Sandra Compiano (SA.COM.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Marcella Costa (M.COS.), Maria Chiara Costabile (M.C.S.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dasso, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Gaia De Giovanni (G.D.G.), Annamaria De Luca (A.DL.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaella Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Marcella Donati, Stefano Faccio, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Carlo Fava, Daniele Ferrari (D.F.), Andrea Ferreccio (A.FRC.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Alessandro Fontana (A.F.), Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.), Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Matteo Gamenara (M.GA.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Laura Garibbo (L.GRB.), Paola Gatti (PA.GAT.), Andrea Gegoli (A.GE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Cristina Girardi, Vittorio Grasso (V.GR.), Christian Graziano (C.GRA.), Domenico Griffò (D.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti,

Giuseppe Inglese (G.ING.), Vladimir Kusmic (V.K.), Viviana Isola, Paola M. Ivaldi (P.M.I.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, M. Francesca Lanznaster, Anita Liporace (A.LI.), Franco Longo (F.LO.), Francesca Maberino (F.MA.), Francesca Maisano (FR.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Natalina Mancini (NI.MA.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Giulia Milanti (G.M.), Patrizia Monferrino (P.MO.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.Nic.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Giorgia Orsi, Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), Elena Pizzorusso (E.PZ.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Claudio Rambaldi (CL.RM.), Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Mario Riccomagno, Enrico Righetti, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovegno (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Giulia Santoni (G.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Stefano Torchio (S.TOR.), Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Andrea Viaggi (A.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Enrico Zanelli (E.Z.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

Sezione di deontologia:

Elisabetta Ratti, Fabio De Santis, Fabio Cavaletti

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Enrico Albanesi (E.AL.), Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Francesco Boetto (F.BO.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Busoli (MO.BS.), Omar Caramaschi (O.C.), Marco Castagnola (M.C.), Luca Costanzo (L.C.), Federica Danini (F.D.), Federico Dottori, Simone Frega (S.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Francesco Gallarati (FR.G.), Sarah Garabello (SAR.G.), Chiara Graziani (C.G.), Giovanna Grilli (G.G.), Luca Leonardi (L.L.), Andrea Macchiavello (A.M.), Aurelio Domenico Masuelli, Andrea Mozzati, Maria Paola Pessagno, Simone Pitto (S.P.), Federico Ponte (F.P.), Luca Saguato, Alessandro Salustri, Alessia Tranfo (A.T.), Jenny Verduci (J.V.)

Sezione di diritto tributario:

Sara Armella (S.A.), Federico Bertocchi (F.B.), Stefano Betti, Andrea Bodrito, Massimiliano Ferrando (M.F.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Caterina Oliva, Alessandra Piccardo (A.P.), Lorenzo Ugolini (L.U.)

Sezione di diritto penale:

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Ilaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), Michele Ciravegna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Naomi Moriano, Ruggero Navarra, Emanuele Olcese, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torriginò (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Direttore responsabile: Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione: De Ferrari Comunicazione S.r.l.,

via Ippolito d'Aste 3 · 16121 Genova

Tel 010 0986820/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it - info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti	
Corte d'Appello di Genova, 2 maggio 2019	3
Tribunale di Genova, 20 maggio 2019	6
Tribunale di Imperia, 4 maggio 2019	9
Tribunale di Savona, 18 aprile 2019	12
Tribunale di Genova, 10 luglio 2019	14
Corte d'Appello di Genova, 8 luglio 2019	17
Tribunale di Genova, 9 maggio 2019	19
Tribunale di Genova, 12 giugno 2018	28
Tribunale di Genova, 3 agosto 2018	
Tribunale di Genova, novembre 2018	
Massimario	32
Documenti	
<i>Terminologia e concetti nel percorso storico del “danno contrattuale” Omaggio al Prof. Mario Caravale.</i>	
Guido Alpa	33
<i>La vocazione... ereditaria.</i>	
Marco Tiby	39
<i>Brevi osservazioni sull'insolvenza di gruppo: l'incontro dell'ordinamento italiano con la regolamentazione europea.</i>	
Dimitri Zuco	45
Recensioni	
GUIDO ALPA, <i>Diritto civile italiano. Due secoli di storia.</i>	
Eugenio Tagliasacchi	53
GIUSEPPE MUSOLINO, <i>Superficie. Sopraelevazione.</i>	
Andrea Fusaro	55

CARLO BRUSCO, *La responsabilità sanitaria civile e penale.*
Ugo Carassale **62**

MICHELE DI LECCE e CORRADO MARVASI, *Il lavoro nero.*
Alessandro Barca **64**

Sezione di deontologia

Massimario del Consiglio distrettuale
di disciplina della Liguria **65**

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

T.A.R. Liguria, 4 marzo 2019 **68**

Consiglio di Stato, 9 aprile 2019

Palazzo Spada “scioglie” il dilemma posto dal manifesto UAAR di Genova. **68**

Sezione di diritto tributario

Massimario **69**

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova 11 febbraio 2019 **76**

Massimario **78**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte d'Appello di Genova, 2 maggio 2019, n. 37 - Pres. Atzeni - Rel. Davini - C.M. e D.T. (Avv. Tirelli) c. M.R. (Avv. Morlacchi e Monticelli) e c. XYZ Leasing S.p.A. e c. ANC S.p.A (Avv. Balbi) e c. FFM S.p.v. S.r.l. (Avv. Ferrari, Calcagnile e Varsi e c. PQR Banca S.p.A. (Avv. Zugno e Varsi) e c. V.S., C.O., C.M., F.S. (contumaci).

CONTRATTO in genere - contratto fiduciario - trust - vincolo di destinazione - sottrazione dei beni ai creditori - sussiste - richiesta di inefficacia del trust nei confronti dei creditori - trustee - parte necessaria nel procedimento.

CONTRATTO in genere - contratto fiduciario - trust - nozione - azione revocatoria - successione tra trustee - equiparazione a due successivi proprietari - necessità.

Con la costituzione del trust ed i conferimento dei beni al trustee si realizza l'effetto di sottrarre i beni ai propri creditori. Il fatto che il trustee non sia libero di disporre come vuole dei beni ma sia vincolato da precise istruzioni non toglie il fatto che il bene è sottratto ai creditori. Il Trust, pertanto, non è affatto neutrale nei confronti dei creditori ed il trustee è di conseguenza parte necessaria nel procedimento con cui i creditori chiedono la dichiarazione di inefficacia nei loro confronti della costituzione del Trust e della conferimento dei beni al trustee.

Il Trust non realizza la costituzione di un ente ma riassume semplicemente un contratto riguardante disponenti, trustee, guardiano e beneficiari. Il trust consiste nell'affidamento che un soggetto detto disponente, fa ad un altro soggetto, detto trustee, di un fascio di diritti, perché questi li conservi, li mantenga, li gestisca e li amministri per un determinato periodo di tempo, per poi trasferirli, al termine del lasso di tempo stabilito, ad altri soggetti, detti beneficiari. Non vi è, pertanto, alcuna costituzione di un ente ma solo separazione patrimoniale dal disponente con vincoli ed obblighi per il trustee.

È pacifico che il trustee possa essere una persona fisica o una persona giuridica mentre ovviamente un amministratore di società o di un ente deve essere una persona fisica. Ne segue che la successione fra due trustee ai fini della proposizione dell'azione revocatoria può essere equiparata a quella di due successivi proprietari in caso di cessioni a catena della proprietà.

(... Omissis...)

In fatto ed in diritto.

C.M. e D.T., fideiussori della società SSS prodotti del UUU S.p.A. nei confronti di PQR Banca S.p.A. fino all'importo di Euro 2.200.000,00, con rogito notarile Notaio F. A. del 17 maggio 2013 istituivano un Trust, denominato "Trust I GGG PPP", con trustee il figlio R.M. e guardiano il Dott. V.S.

Con lo stesso atto C.M. e D.T. trasferivano al trustee R. M. la nuda proprietà di un immobile in Pegli, la piena proprietà di un immobile in Milano, la quota di un sesto della piena proprietà di un immobile in Sesto Calende.

Beneficiari del Trust erano i GGG nipoti di C.M. e D.T.

Il 30 maggio 2013 la SSS prodotti del UUU S.p.A. formulava domanda di concordato preventivo.

La PQR Banca S.p.A., avendo chiesto invano ai due fideiussori, nel limite dell'importo della fideiussione, il pagamento di

quanto a lei dovuto dalla società garantita, nel complesso € 5.900,188,87, con atto di citazione dell'11 settembre 2014 iniziava una causa davanti al Tribunale di Genova per revocatoria ordinaria del rogito notarile del 17 maggio 2013.

C.M. e D.T. si costituivano eccependo:

- che la costituzione del trust era un atto neutro, semmai l'attrice avrebbe dovuto chiedere la revocatoria del conferimento degli immobili al Trust, domanda non proposta;
- che l'azione revocatoria non era proponibile in quanto il Trust era stato costituito per adempiere agli obblighi di mantenimento dei nonni nei confronti dei nipoti;
- che non vi era scientia danni.

V.S., ritualmente costituitosi, chiedeva il rigetto della domanda nei suoi confronti per carenza di legittimazione passiva. Rimanevano contumaci: M. R. in qualità di trustee; sempre M.R. e O.C. in qualità di genitori dei minori R.M., R. M. e RB M. quale genitore esercente; S.F. e M.C. quali genitori esercenti la patria potestà sui minori S.L., S.M. e S.G.A. Intervenevano nel procedimento anche ANC S.p.A. e XYZ Leasing S.p.A. in qualità di creditori della SSS prodotti del UUU S.p.A. chiedendo che il rogito notarile fosse dichiarato inefficace anche nei loro confronti.

I convenuti costituiti eccepevano la sussistenza di un conflitto di interesse dei soggetti chiamati in giudizio a rappresentare i minori beneficiari in quanto il trust ledeva i loro diritti successori. Il Tribunale di Genova con sentenza n. 2840 del 7 novembre 2017:

- respingeva la sussistenza di conflitto di interessi fra i figli dei convenuti ed i nipoti in quanto R. M. era trustee ed aveva pertanto accettato l'esistenza del Trust mentre le aspettative di C.M. erano aleatorie dato l'elevato importo dei debiti dei nonni verso le banche;
- riteneva che la domanda attrice fosse non solo relativa alla revocazione della costituzione del Trust ma anche relativa al conferimento al Trust degli immobili in quanto la domanda riguardava il rogito nel suo complesso;
- che tutte le ragioni di credito dell'attrice e dei due intervenuti erano documentate, la loro contestazione nel presente procedimento era tardiva e comunque la contestazione del credito non impediva l'accoglimento dell'azione revocatoria;
- il trust doveva essere qualificato come atto a titolo gratuito, non vi era alcuna prova di un obbligo attuale di mantenimento dei nipoti, finalità che comunque non risultava dall'atto notarile, trattandosi di atto a titolo gratuito non era necessari alcuna consapevolezza della lesione degli interessi creditori;
- riteneva privo di legittimazione passiva S.V. a cui riconosceva anche il rimborso delle spese legali a carico della PQR Banca S.c.P.A.

Contro la sentenza erano proposti separatamente due appelli poi riuniti.

Il primo appello (R.G. n. 1139/2017) era proposto da C.M. e D.T. sulla base dei seguenti motivi.

Primo motivo di appello.

La PQR Banca S.c.p.A. in data 25 giugno 2017 nelle more della decisione di primo grado era stata sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, ne seguiva la perdita della capa-

cità di stare in giudizio ai sensi dell'art. 199 c.p.c. e pertanto la causa avrebbe dovuto essere interrotta con conseguente vizio della sentenza.

Secondo motivo di appello.

Non era vero che i genitori dei GGG nipoti degli appellanti avessero approvato il Trust e comunque il conflitto poteva essere anche solo potenziale; né era corretta la visione del trust come contratto a favore di terzo.

Terzo motivo di appello.

La domanda della PQR Banca era relativa alle revocatoria della sola costituzione del Trust e non anche del conferimento degli immobili; l'estensione della domanda agli immobili avvenuta solo ai sensi dell'art. 183,6° comma c.p.c. e quindi tardivamente.

Quarto motivo di appello.

Gli interventi di XYZ Leasing S.p.A. e ANC S.p.A. essendo avvenuti oltre i termini di cui agli artt. 166 e 167 c.p.c. non potevano essere autonomi ma soli adesivo indipendenti in quanto erano sorte le preclusioni processuali a domande nuove.

Quinto motivo di appello.

Il Trust era stato costituito per mantenere i nipoti e quindi era meritevole di tutela ed aveva valenza solutoria.

Un secondo appello (R.G. n. 37/2018) era proposto da M.R., rimasto contumace in primo grado, il quale proponeva i seguenti motivi di appello.

Primo motivo di appello.

Il Tribunale aveva dato una ricostruzione errata della figura del trustee. Se con il contratto di trust il disponente trasferiva la proprietà di beni al gestore (trustee), questo tuttavia non aveva un potere di gestione dei beni libero ed autonomo ma era vincolato alle indicazioni contenute nell'atto istitutivo. Ne seguiva la assoluta neutralità del trustee e non si capiva pertanto in quale logica il Tribunale lo avesse condannato al pagamento delle spese processuali, tenuto anche conto che era rimasto contumace in primo grado.

Secondo motivo di appello.

Eccepiva in via gradata che in data 29 marzo 2014 aveva rassegnato le proprie dimissioni da trustee e che V. S. aveva nominato al suo posto C.M. che la 29 aprile 2014 era l'unica trustee, ossia l'unica litisconsorte necessaria che però non era stata invocata in giudizio in quella qualità.

Il difetto di legittimazione passiva poteva essere sollevato anche di ufficio in ogni stato e grado di giudizio.

Proponeva pertanto domanda che fosse revocata sulla base dei motivi esposti la sua condanna al pagamento delle spese processuali.

ANC S.p.A. si costituiva ed esponeva:

- che tutti i motivi di appello formulati da C.M. e R.F. erano infondati;
- che la contumacia non portava al venire meno dell'operare del principio della soccombenza;
- che la nomina di un trustee comportavano il trasferimento dei beni in capo allo stesso, la cessazione del primo trustee e la nomina di un secondo trustee comportava un ulteriore trasferimento dei beni. Si era pertanto verificata una successione di alienazioni soggette a revocatoria.

Quindi la legittimazione passiva di R.M. sussisteva, soltanto che creditori per potere aggredire i beni dovevano proporre una nuova azione revocatoria contro il nuovo trustee C.M. Legittimati passivi al giudizio in revocatoria contro il primo trasferimento erano solo quelli che vi avevano partecipato, quindi solo il primo trustee.

Si doveva inoltre tenere conto che comunque C.M. era stata chiamata in giudizio sì pure come esercente la patria potestà. Se tuttavia la Corte riteneva sussistente un litisconsorzio necessario, la causa andrebbe rimessa al giudice di primo grado ex art. 354 c.p.c.

La FFM Spv S.r.l. si costituiva affermando:

- di essere titolare dei crediti di PQR Banca a seguito di contratto del 29 dicembre 2016 pubblicato su Gazzetta Ufficiale 3 gennaio 2017;
- che l'appello era improcedibile ex art. 83 TUB contro PQR Banca in liquidazione coatta amministrativa;
- che la giurisprudenza escludeva che la contumacia escludesse in ogni caso la condanna alle spese.

Si costituiva la PQR Banca Scpa in liquidazione coatta amministrativa eccependo:

- che gli appelli non erano procedibili contro di lei e sostenendo che comunque gli stessi erano infondati.

Le parti precisavano le loro conclusioni all'udienza del 17 gennaio 2019 e la causa era decisa decorso il termine per il deposito delle comparse conclusionali e delle repliche.

È infondata l'eccezione di inammissibilità dell'appello in relazione alla posizione di PQR Banca in liquidazione coatta amministrativa e della sua cessionaria FFM Spv S.r.l.

Infatti il terzo comma dell'articolo 83 del testo unico bancario, che prevede "contro la banca in liquidazione non può essere promossa né proseguita alcuna azione, salvo quanto disposto dagli articoli 87, 88, 89 e 92, comma 3", stabilisce l'impossibilità di iniziare o proseguire azioni contro la banca mentre nella presente fattispecie la banca era attrice e domandava l'accoglimento della sua azione revocatoria ordinaria (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 21/11/2000, n. 14998 in materia di lavoro; Cassazione civile, sez. I, 30/05/2001, n. 7347 e Cassazione civile, sez. lav., 10/12/2002, n. 17557 in caso di sentenza di primo grado non passata in giudicato; Cassazione civile, sez. lav., 03/04/2002, n. 4735 nel caso di banca appellante; Cassazione civile, sez. VI, 26/01/2012, n. 1119 e Cassazione civile, sez. VI, 17/10/2012, n. 17793 in caso di sfratto per morosità ed ambito di applicazione dell'art. 83).

Inoltre in ogni caso, quindi anche in caso di azione contro la banca, l'improcedibilità non si ha nei confronti della cessionaria del credito (cfr. Cassazione civile, sez. I, 14/05/2014, n. 10456).

Il primo motivo di appello formulato da C.M. e D.T. (nullità della sentenza per mancata interruzione della causa) è infondato. Nessuna delle parti in causa aveva dichiarata l'intervenuta messa in liquidazione della PQR Banca. Quindi non poteva esserci da parte del giudice la dichiarazione di interruzione della causa su segnalazione del difensore della parte.

Inoltre non ricorre un caso di interruzione ex lege, in quanto l'articolo 83 del Testo unico Bancario non richiama l'articolo 43 della Legge Fallimentare che prevede l'interruzione ex lege in caso di dichiarazione di Fallimento.

Il secondo motivo di appello formulato da C.M. e D.T. (violazione del litisconsorzio necessario per la mancata nomina di due curatori speciali per i GGG nipoti) è infondato.

La giurisprudenza esclude che i beneficiari di un trust siano parti necessarie in caso di proposizione di una azione revocatoria ordinaria ed in proposito afferma: *“Poiché l'estensione del litisconsorzio necessario è proiezione degli elementi costitutivi della fattispecie, nell'azione revocatoria ordinaria avente ad oggetto l'atto di dotazione di un bene in “trust” il beneficiario è litisconsorte necessario soltanto nel caso in cui tale atto sia stato posto in essere a titolo oneroso, dal momento che, solo in questa ipotesi, lo stato soggettivo del terzo rileva quale elemento costitutivo della fattispecie.* (Cfr.: Cassazione civile, sez. III, 29/05/2018, n. 13388).

“Nel giudizio instaurato per la revocatoria del conferimento di beni in trust, il beneficiario non è litisconsorte necessario ed è, dunque, carente di legittimazione passiva, essendo soltanto portatore di un interesse giuridicamente protetto tale da legittimare un suo interPQR adesivo dipendente. Nel caso di specie, il beneficiario non ha partecipato all'atto istitutivo del trust né a quello di dotazione per cui non può essere considerata una litisconsorte necessaria. Difatti, affinché possa ritenersi sussistente un'ipotesi di litisconsorzio necessario, non basta che sia portata di fronte al giudice una situazione plurisoggettiva, ma occorre verificare se la tutela richiesta esiga o meno un provvedimento efficace nei confronti di tutti i titolari della situazione plurisoggettiva.” (Cfr.: Tribunale Firenze, sez. II, 18/07/2017, n. 2499).

Inoltre erano stati citati in giudizio in qualità di genitori esercenti la patria potestà anche i coniugi di R. e C.M., i quali non hanno nessun diritto successorio di una quota di legittima per l'eredità di C.M. e D.T. e quindi non hanno nessun conflitto di interessi con i figli.

Non vi era pertanto nessuna necessità di nomina di un curatore speciale.

In ogni caso, come aveva correttamente rilevato il Tribunale, era da escludersi in concreto un conflitto di interessi attuale fra R. e C.M. ed i loro rispettivi figli in quanto sia R.M. che C.M. facendo in successione il trustee avevano dato il proprio benessere al trust.

Il terzo motivo di appello formulato da C.M. e D.T. è infondato. Nell'atto di citazione della PQR Banca era espressamente descritto il contenuto del rogito sia nella istituzione del trust sia nel conferimento allo stesso dei beni immobili (si veda pagina 3 dell'atto di citazione ove si legge *“e conferendo nel medesimo Trust i beni ivi indicati (doc.11).”*).

Affermando di volere proporre azione revocatoria contro il rogito nella sua interezza (si vedano pagina 5 dell'atto di citazione ove si legge *“...è inoltre palese la sussistenza del c.d. eventus damni, tenuto conto che i coniugi C. M. e D. T. non risultano titolari di ulteriori beni rispetto a quelli oggetto dell'atto dispositivo qui impugnato”*) la PQR Banca chiaramente formulava la richiesta di dichiarare l'inefficacia nei suoi confronti dell'atto in tutti i suoi contenuti, inclusa la costituzione in trust dei beni immobili conferiti, come si legge espressamente a pagina 10 dell'atto di citazione nelle conclusioni.

Il quarto motivo di appello formulato da C.M. e D.T. è infondato. Per consolidata giurisprudenza il decorso delle preclusioni processuali non incidono sulla possibilità degli intervenienti di proporre domande autonome ai sensi degli articoli 105 e 268 c.p.c. ma impediscono solo di proporre domande istruttorie se i termini di Legge sono ormai decorsi in quanto *“La formulazione della domanda costituisce l'essenza stessa dell'interPQR principale e litisconsortile, sicché la preclusione sancita dall'art. 268 c.p.c. non si estende all'attività assertiva del volontario interveniente, nei cui confronti non opera il divieto di proporre domande nuove ed autonome in seno al procedimento “fino*

all'udienza di precisazione delle conclusioni”, configurandosi solo l'obbligo, per l'interPQRre stesso ed avuto riguardo al momento della sua costituzione, di accettare lo stato del processo in relazione alle preclusioni istruttorie già verificatesi per le parti originarie. “(cfr. Cassazione civile, sez. I, 22/12/2015, n. 25798 Cassazione civile, sez. III, 16/10/2008, n. 25264; Cassazione civile, sez. III, 28/07/2005, n. 15787 Cassazione civile, sez. II, 03/11/2004, n. 21060.)

Il quinto motivo di appello formulato da C.M. e D.T. è infondato. Non vi è nessuna argomentazione né nessuna prova di una necessità di mantenere i nipoti da parte dei due nonni. I due appellanti infatti nulla dicono e nulla provano sulle condizioni economiche dei loro figli, la cui inadeguatezza è il presupposto per poter ritenere la sussistenza di un obbligo attuale dei nonni di mantenere i nipoti. Si può quindi concludere che l'appello formulato da C.M. e D.T. è infondato. Passando ad esaminare l'appello di M.R., da considerarsi come appello incidentale dopo la riunione dei due procedimenti, si osserva quanto segue.

Il primo motivo di appello è infondato. Con la costituzione del trust ed il conferimento dei beni al trustee si realizza l'effetto di sottrarre i beni ai propri creditori. Il fatto che il trustee non sia libero di disporre come vuole dei beni ma sia vincolato da precise istruzioni non toglie il fatto che il bene è sottratto ai creditori. Il Trust pertanto non è affatto neutrale nei confronti dei creditori ed il trustee è di conseguenza parte necessaria nel procedimento con cui i creditori chiedono la dichiarazione di inefficacia nei loro confronti della costituzione del Trust e della conferimento dei beni al trustee.

Il secondo motivo di appello è infondato e non vi è stata alcuna violazione del litisconsorzio necessario. Non è in discussione il fatto che immediatamente prima dell'inizio della presente causa in primo grado R.M. abbia dato le dimissioni da trustee e che sia stata nominata al suo posto C.M.

A questo punto vi sono due possibili soluzioni interpretative.

La prima soluzione è di considerare il trust come un ente, una società, un soggetto giuridico di cui il trustee in carica è l'amministratore. Ne seguirebbe che in caso di sostituzione del trustee il primo trustee non avrebbe più alcuna legittimazione processuale per l'ente e pertanto se erroneamente citato in giudizio al posto del nuovo trustee, il trust non sarebbe stato correttamente citato in giudizio.

La seconda soluzione è di ritenere che il Trust non realizza la costituzione di un ente ma riassume semplicemente un contratto riguardante disponenti, trustee, guardiano e beneficiari. Per quanto risulta a questa Corte, sia in dottrina che in giurisprudenza è nettamente prevalente questo secondo orientamento.

Pur prendendo atto che vi possono essere diversi tipi di trust, la definizione che viene data dell'istituto da parte della dottrina è: *“il trust consiste nell'affidamento che un soggetto detto disponente, fa ad un altro soggetto, detto trustee, di un fascio di diritti, perché questi li conservi, li mantenga, li gestisca e li amministri per un determinato periodo di tempo, per poi trasferirli, al termine del lasso di tempo stabilito, ad altri soggetti, detti beneficiari.”*

Non vi è pertanto alcuna costituzione di un ente ma solo separazione patrimoniale dal disponente con vincoli ed obblighi per il trustee.

È poi pacifico che il trustee possa essere una persona fisica o una persona giuridica mentre ovviamente un amministratore di società o di un ente deve essere una persona fisica.

Alla stessa conclusione si arriva si esamina la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sul Trust ratificata dalla legge 16 ottobre 1989 n. 364. All'articolo 2 si legge:

“Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente - con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico.

Il trust presenta le seguenti caratteristiche:

- a) i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee;*
- b) i beni del trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee;*
- c) il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge.*

Il fatto che il costituente conservi alcune prerogative o che il trustee stesso possieda alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust. “

L'articolo 7 della convenzione, relativo alla legge nazionale applicabile al Trust, non fa riferimento alla sede legale ma al “luogo di amministrazione del trust designato dal costituente”.

Si noti infine che l'obbligo di attribuzione di un codice fiscale al trust in quanto patrimonio separato, non può essere considerato come un indice della natura di ente del trust, perché anche in altre ipotesi che sicuramente non danno luogo ad un ente, come per l'eredità giacente, vi è l'obbligo di dotarsi di un codice fiscale. Infine ogni possibile residuo dubbio è fugato esaminando il testo dell'atto costitutivo del trust in cui si legge alla sezione seconda art. 1 “I disponibili -ciascuno per i propri diritti - trasferiscono al Trustee del Trust come sopra istituito, signor M. R., che accetta. Quanto segue...”.

Ne segue che la successione fra due trustee ai fini della proposizione dell'azione revocatoria può essere equiparata a quella di due successivi proprietari in caso di cessioni a catena della proprietà.

Pertanto R.M., come trustee istituito nel rogito oggetto di revocatoria, aveva legittimazione passiva ad essere presente in causa né vi era litisconsorzio necessario con C.M.

L'unica conseguenza è che i creditori, allo stato, non potranno ancora aggredire i beni presso la trustee C.M. ma dovranno proporre una nuova causa contro la stessa per far dichiarare l'inefficacia nei loro confronti del trasferimento alla stessa conseguente alla sua nomina come trustee.

(...Omissis...)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria o diversa istanza, respinge gli appelli proposti da C.M., D.T. e R.M. contro la sentenza del Tribunale di Genova n. 2840 del 7 novembre 2017 che conferma per quanto di ragione.

(...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. fall., decr.-ord. 20 maggio 2019 - Pres. e rel. Braccialini - M. Srl, “supersocietà di fatto” tra M. Srl, O.M. Srl e O.M. di M.Z. c. Fallimento O.M. Srl.

FALLIMENTO - fallimento della c.d. supersocietà di fatto - presupposti - parametri organizzativi - cooperazione “orizzontale” - necessità - non sussistono nel caso di specie.

(Art. 147, 5° comma, I. fall.)

Affinché si possa configurare una cd “supersocietà di fatto” tra organizzazioni imprenditoriali diverse è necessario che ricorra una cooperazione “orizzontale” con i caratteri propri dell’affectio societatis tra più imprese e che tale cooperazione abbia apprezzabile rilevanza esterna dell’organizzazione comune, non essendo sufficiente che più entità “monosoggettive” ruotino intorno ad uno dei partecipanti al sodalizio su cui si impernia tutta l’attività di impresa organizzata in senso verticale.

E.CER.

Nei procedimenti riuniti nn. 56, 78, 86/2019 R.R.C.C. in relazione alle distinte istanze per la dichiarazione di fallimento della società M Srl, nonché della “supersocietà di fatto” ipotizzata tra la medesima Srl, la fallita Srl OM e la ditta individuale OM di MZ.

La Curatela del Fallimento OM Srl, dichiarato con sentenza n.145 del 2016 di questo Tribunale, ha richiesto il fallimento della supersocietà di fatto a suo dire esistente tra la Srl fallita, il sig. MZ quale titolare della ditta individuale OM e la società M Srl, quest'ultima anch'essa di fatto partecipata e gestita dallo MZ. In sede di audizione delle parti, ha ulteriormente richiesto misure conservative ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 15 L. Fallim. che sono state accordate con decreto del 26 aprile scorso emesso dal G.d. Tra i soggetti resistenti, si è costituita la sola M Srl contestando l'esistenza dei requisiti sia per la declaratoria di fallimento che per l'adozione di misure anticipatorie. A tale vicenda processuale, rubricata al nr. 86/2019 del RG, sono stati riuniti per connessione i fascicoli 78 e 86/2019 PF riguardanti ricorsi di altri creditori (Banca Popolare di Sondrio e sig. TJ) pure finalizzati alla declaratoria di fallimento di M Srl. Nella successiva udienza del 3 maggio 2019 sono stati esaminati i presupposti per la conferma, modifica o revoca del decreto di sequestro conservativo e gli estremi per procedere o meno a declaratoria di fallimento: questioni riprese nel seguito discusso del 10 maggio scorso, accordato per consentire l'esame di documenti prodotti dalla Curatela ricorrente.

In tale occasione M ha dato conto della presentazione di ricorso per concordato preventivo “con riserva” chiedendone l'esame prioritario in una prospettiva di soluzione non giudiziale della crisi di impresa, mentre i creditori precedenti hanno insistito per il fallimento della Srl. Ciò posto, con separato provvedimento il Collegio ha preso in esame l'ipotesi della soluzione negoziata della crisi aziendale di M assegnando termine per la sottoposizione del piano concordatario e designando commissario giudiziale. Tale provvedimento determina la sospensione di ogni attività deliberativa sulla richiesta di fallimento di M Srl avanzata dai tre creditori precedenti. Ciò non toglie che possa essere immediatamente esaminata e decisa la domanda principale presentata dalla Curatela OM, ed al riguardo ritiene il Collegio che non sia possibile dichiarare il fallimento della supersocietà di fatto individuata dal Fallimento ricorrente per inesistenza della stessa “base soggettiva” occorrente per dare vita ad una simile organizzazione imprenditoriale. Si tenga presente che i requisiti per potersi parlare di “supersocietà di fatto” sono stati esaminati dalla 1ª Sezione della Corte di Cassazione la quale, con le sentenze nn. 1095/2016, 10507/2016 e 12120/2016, si è pronunciata su due profili particolarmente critici, concernenti - il primo - l'ammissibilità della supersocietà di fatto (di seguito “s.d.f.”) di cui sia socia una società di capitali e - il secondo - la conseguente necessità di accertare la sussistenza dello stato di insolvenza in capo ai soci della predetta s.d.f.

Quanto al primo profilo, affinché sia possibile riscontrare una s.d.f. tra più soggetti (che siano persone fisiche o società) occorre che siano provati, anche in via indiziaria o presuntiva: 1. l'esistenza di un patrimonio comune, riferibile all'ipotetica società di fatto e dunque un patrimonio differenziato rispetto a quello dei soci; 2. l'esistenza di un'attività propria svolta dalla predetta società di fatto: tale attività deve distinguersi sul piano fattuale da quella imputabile al socio già dichiarato fallito, pur potendo ovviamente coincidere con essa da un punto di vista meramente merceologico; 3. l'esistenza in capo ai presunti soci della c.d. *affectio societatis* ovvero dello svolgimento di attività in comune secondo l'intenzione condivisa, con la conseguente partecipazione diretta di ciascun socio a perdite profitti riferibili all'attività comune; 4. l'uso in comune di beni sociali appartenenti al patrimonio; 5. la commistione costante e continuativa nel tempo dei beni e dei patrimoni facenti capo ai singoli persone fisiche (soci di fatto) e alla società costituita ed operante; Già nella prima decisione citata (1095/2016) la Corte, dopo aver affermato che: "la società di fatto si caratterizza per la mancanza di forme e di formalità, pur essendo effettivo lo svolgimento di attività economica in comune che consiste, per definizione, nel materiale e continuo esercizio di attività economica organizzata", ha sottolineato la necessità di ricercare una prova rigorosa dell'esistenza della s.d.f. che si caratterizza per il patrimonio e l'attività comune, nonché per l'effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite dei soggetti interessati e per il vincolo di collaborazione tra i predetti (con quote che si presumono uguali ai sensi degli artt. 2253 e 2263 c.c.). Per il giudice di legittimità, l'indagine del giudice di merito deve essere indirizzata sia a verificare l'esistenza della società di fatto a cui possa essere riferita l'attività dell'imprenditore già dichiarato fallito, sia della sua successiva insolvenza, posto che: "il fallimento di tale società costituisce il presupposto logico e giuridico della dichiarazione di fallimento, per ripercussione, dei soci illimitatamente responsabili". Assolutamente conforme la sentenza n. 10507/2016, secondo cui la prova della sussistenza della s.d.f. deve essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, il quale deve essere conforme e non contrario all'interesse dei soci. Presupposti confermati anche da Cassazione n. 12120/2016, secondo cui: "La configurazione fallimentare della responsabilità [...] esige rigoroso accertamento dei parametri organizzativi ed essenziale del contratto di società". Nella specifica vicenda in esame sono certamente presenti profondi elementi di commistione patrimoniale tra le tre organizzazioni menzionate dalla Curatela e riferibili, per titolarità di quote o esercizio dei poteri direttivi, allo MZ, come emerso dalle indagini della GdF che hanno portato al rinvio a giudizio dell'amministratore predetto per bancarotta fraudolenta. In particolare, la coincidenza della sede sociale delle organizzazioni imprenditoriali in esame va apprezzata con l'intreccio e commistione dei debiti aziendali variamente estinti con risorse tratte ora dall'una, ora dall'altra società a seconda della capienza. In tale contesto di alternanza e confusione contabile vanno anche apprezzate le vicende commerciali riferite in dettaglio dalla Curatela ricorrente nell'udienza del 3 maggio scorso, nelle quali i contratti di acquisto / vendita di imbarcazioni - espressioni tipiche dell'oggetto sociale "speculare" dedicato alla commercializzazione di natanti - venivano stipulati con l'una delle società di capitali, e poi eseguiti in totale disinvoltura dall'altra. Indubbiamente la Curatela ha buon gioco a citare le dichiarazioni - totalmente conformi al descritto *modus operandi* - rese ai verbalizzanti in sede penale

dallo MZ, che ha riferito quanto segue nel verbale di interrogatorio del 10.5.2018: "La società fallita (OM) la M e la ditta individuale OM sono tre imprese a me riconducibili operanti tutte nel medesimo settore della compravendita di imbarcazioni e brokeraggio. Utilizzavo le tre imprese da me gestite secondo il seguente criterio. Nel 2009 è sorta la crisi nel settore in esame e mi sono ritrovato ad avere grosse spese senza adeguati introiti. Ho dovuto quindi utilizzare l'impresa in cui c'erano i soldi presenti sui relativi conti, utilizzandole indifferentemente per far fronte ai pagamenti dei costi (doc. 7). Manca tuttavia nella specie l'elemento di una cooperazione "orizzontale" con i caratteri propri dell'*affectio societatis* tra organizzazioni diverse, con apprezzabile rilevanza esterna dell'organizzazione comune, visto che nella specie ci si confronta sostanzialmente con entità imprenditoriali tutte sostanzialmente "monosoggettive" ruotanti intorno alla figura dello MZ, autentico *deus ex machina* intorno a cui si imperniava tutta l'attività di impresa di OM e MZ presso la stessa struttura aziendale del box 124 nel Porto Turistico di Lagnana. L'elemento soggettivo caratterizzante, che nella specie pare al Collegio difettare totalmente, è stato messo in luce con particolare nitidezza nella seconda sentenza che ha esaminato la tematica della supersocietà di fatto, la n. 19570/16, nella quale si precisa quanto segue: "... Quanto alla questione sollevata col secondo motivo, appare opportuno premettere che, nell'ipotesi contemplata dal 5° comma dell'art. 147 I. fall., l'indagine del giudice deve essere indirizzata all'accertamento sia dell'esistenza di una società occulta (o di fatto) cui sia riferibile l'attività dell'imprenditore già dichiarato fallito, sia della sua insolvenza, posto che il fallimento di tale società costituisce presupposto logico e giuridico della dichiarazione di fallimento, per ripercussione, dei soci illimitatamente responsabili. Va escluso, in sostanza, che il fallimento di questi ultimi possa essere dichiarato in forza di un accertamento meramente incidentale della ricorrenza fra gli stessi e il fallito di una c.d. supersocietà di fatto, non solo perché la sentenza dichiarativa ha natura costitutiva ed efficacia *ex nunc* (onde non si vede come il fallimento dei soci possa conseguire ad una dichiarazione di fallimento meramente virtuale, od implicita, della società) ma anche perché all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti). 3.4) La censura offre anche lo spunto per alcune precisazioni, che si rendono necessarie onde evitare il rischio che l'art. 147, 5° comma I. fall. venga utilizzato per aggirare le disposizioni dettate dagli artt. 2476, 7° comma, e 2497 c.c. ed evitare l'esercizio di un'azione di responsabilità dai profili assai più complessi e dagli esiti incerti. Come è stato correttamente rilevato in dottrina, la norma non si presta, infatti, all'estensione al dominus (società o persona fisica) dell'insolvenza del gruppo di società organizzate verticalmente e da questi utilizzate in via strumentale, ma piuttosto all'estensione ad un gruppo orizzontale di società, non soggetto ad attività di direzione e coordinamento, che partecipano, eventualmente anche insieme a persone fisiche, e controllano una società di persone (la c.d. supersocietà di fatto). La prova della sussistenza di tale società deve poi essere fornita in via rigorosa, in primo luogo attraverso la dimostrazione del comune intento sociale perseguito, che deve essere conforme, e non contrario, all'interesse dei soci. Il fatto che le singole società perseguano invece l'interesse delle persone fisiche che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) costituisce, piuttosto, prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto e, viceversa, prova a favore dell'esistenza di una

holding di fatto, nei cui confronti il curatore potrà eventualmente agire in responsabilità e che potrà eventualmente essere dichiarata autonomamente fallita, ove ne sia accertata l'insolvenza a richiesta di un creditore.

Nel caso di specie, ci si potrebbe seriamente interrogare sulla natura simulata dei rapporti societari sia all'interno di OM, che nell'ambito soggettivo della compagine sociale di M Srl, sulla scorta delle dichiarazioni ammissive rese dallo MZ, principale quotista e sostanziale amministratore unico delle società, che partecipava a tali imprese insieme a dipendenti o estranei, i quali hanno per parte loro univocamente riconosciuto di operare nell'interesse e sotto le direttive dello stesso soggetto. Peraltro, è noto che, per la fondamentale esigenza di garantire l'affidamento dei terzi che vengano in rapporto con le società munite di personalità giuridica, la prevalente giurisprudenza di legittimità esclude la configurabilità della simulazione in materia di vincolo societario. Sul punto si è pronunciata specificamente la Suprema Corte con la sentenza n. 30020/2011 ad avviso della quale deve escludersi ogni rilevanza alla possibile nullità dell'atto costitutivo della società di capitali per simulazione, in base alla considerazione che la rilevanza meramente obbligatoria della controdeklarazione (che costituisce la prova indispensabile della simulazione) non sarebbe comunque idonea ad eliminare gli effetti reali che si sono già prodotti dalla nascita dell'ente (conformi: sentenza n. 12138/2014 e n. 22560/2015). La questione potrebbe avere valenza non solo teorica, nel momento in cui la Curatela ricorrente ha prospettato in sede discussiva - confortata da risalente ma autorevole dottrina - anche l'estensione del fallimento al socio unico effettivo di MZ per effetto della violazione delle regole circa la rappresentazione all'esterno dell'effettiva titolarità delle quote sociali. A questo proposito, però, la prevalente dottrina e giurisprudenza tendono ad escludere una simile prospettiva di estensione, che non ha riscontro testuale negli artt. 2362 c.c. e 147 L. Fallim., e precisa espressione di tale indirizzo negativo è la Cass. civ. Sez. I, 04/02/2009, n. 2711 (rv. 606495) D.G.M. c. D.P.N., per la quale: "L'art 147 della legge fall. (nel testo anteriore al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), nella parte in cui commina l'estensione del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili, si riferisce a quelle società che, in base al tipo legale, sono strutturalmente conformate in modo tale da comportare, nonostante l'autonomia patrimoniale - o, addirittura, la personalità giuridica, come nella società in accomandita per azioni - la responsabilità illimitata e solidale dei soci, o di una categoria di essi, per tutte le obbligazioni sociali, secondo una "ratio" che imputa l'insolvenza a titolo di responsabilità oggettiva sulla base dell'accettazione del rischio di impresa: la norma non è quindi estensibile ai soci occasionalmente responsabili delle obbligazioni contratte per accadimenti specifici e storicamente delimitabili, come nel caso di socio unico di società per azioni, ai sensi dell'art. 2362 cod. civ. (nel testo anteriore al d.lgs. n. 6 del 2003), disposizione di natura eccezionale ed impositiva, in capo all'unico azionista, di una responsabilità "lato sensu" fideiussoria "ex lege", ma solo in via temporanea. Nella vicenda oggi all'esame del Tribunale, gli elementi di commistione patrimoniale evidenziati dalla Guardia di Finanza potrebbero far ipotizzare - come avvenuto nel corso della discussione orale conclusiva sempre ad iniziativa della difesa del Fallimento - la presenza di una holding personale di fatto, ove si ravvisi una precisa base organizzativa imprenditoriale; o per il riconoscimento di una responsabilità dell'amministratore unico e di fatto da abuso delle poteri di direzione e controllo dell'organo apicale, ove non sia possibile

stabilire l'esistenza di una distinta impresa individuale operante come struttura di servizio e apparato decisionale in favore delle altre due società di capitali appartenenti al "gruppo Z". Una disamina in tal senso non può tuttavia procedere oltre - oltre che per effetto della domanda di concordato - per due precise ragioni: una processuale e l'altra sostanziale. Manca, in primo luogo, nelle richieste scritte e memorie di OM la prospettazione dell'esistenza di una holding di fatto riconducibile allo MZ, perché i presupposti di fallibilità sono stati precisamente riferiti dalla Curatela ad altro tipo di organizzazione imprenditoriale (supersocietà di fatto) e non può dirsi davvero che il passaggio dall'allegazione di una società di tale specie, a quella di una holding individuale di fatto, sia semplice questione di qualificazione giuridica della domanda. Secondariamente, il Collegio non ravvisa - in fatto - gli estremi di esistenza di una ditta individuale dello MZ proseguita oltre l'8.5.2015: data corrispondente alla cessazione de rapporto di impiego con la sig.ra BE e, assunta dallo MZ per la sua ditta individuale, ha continuato a lavorare alle dipendenze di questa fino all'indicata data benché la OM risulti formalmente cessata nel 2013. Se quindi si può pensare che l'impresa individuale dello MZ si sia dapprima riprodotta per scissione nelle due organizzazioni societarie create dallo stesso titolare dell'impresa madre, come dichiarato dallo stesso soggetto, con soggetti compiacenti e che abbia di fatto continuato ad operare come organizzazione propria in cui confluivano utilità economiche per il titolare anche dopo la formale cessazione, non ci sono tuttavia elementi dimostrativi della sopravvivenza della ditta individuale protrattasi dopo il licenziamento dell'ultima dipendente di OM. Da ultimo, vi è da prendere in esame il provvedimento cautelare dato dall'organo monocratico con decreto del 26 aprile 2019 a fronte dei tre ricorsi per dichiarazione di fallimento (notisi che nel più anteriore procedimento la Curatela ricorrente ha richiesto in linea subordinata il fallimento della sola M Srl). Per ciò che concerne il "fumus", vi sono elementi valutativi rilevanti per tutti i profili costitutivi interessati dalla cautela: soglie obbiettive di fallibilità; sussistenza del credito azionato; stato di insolvenza. Dal primo angolo visuale, il superamento delle soglie economiche dell'art. 1 L. Fallim. è assolutamente pacifico nei bilanci aziendali ad oggi sottoposti. Quanto alle voci azionate, sono documentati nelle annotazioni di p.g. crediti restitutori di OM per 257.500 euro derivanti da anticipazioni eseguite in favore di M e mai restituite alle casse della società fallita, come pure il trasferimento sempre "intragruppo" di un veicolo di pregio del valore di 30 mila euro senza effettivo riconoscimento di corrispettivo da parte di M: si rimanda alla relazione di p.g. doc. 24 depositata dal Fallimento.

Risultano ugualmente confermate su base dimostrativa documentale - nemmeno contestate - le pretese economiche fatte valere dal ricorrente J e dalla principale Banca finanziatrice rispettivamente per 22628,51 e 311.846,72 euro. Lo stato di insolvenza pare poi desumibile allo stato degli atti dal sensibile sbilancio tra le attività aziendali (582 mila euro) e passività della società (1337 mila euro), riconosciuto dalla stessa società che ammette così un saldo negativo di 755.145. Ciò premesso, il Collegio condivide l'immediata assunzione di misure di vincolo delle consistenze patrimoniali attive in considerazione dei fattori evidenziati nel decreto presidenziale: il prossimo realizzo di disponibilità liquide facilmente occultabili e la notevole serie di distrazioni patrimoniali e appropriazioni da parte dell'amministratore e socio unico sig. MZ, contestate nel ricorso introduttivo sulla base delle indagini espletate dalla Guardia di Finanza e ulteriormente confluite nei prov-

vedimenti di rinvio a giudizio per gravi reati fallimentari. Tali considerazioni non potevano tranquillizzare il Tribunale circa la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale da parte di soggetto che, come desumibile dalle citate attività di indagine della p.g., e dalle sommarie informazioni delle collaboratrici escusse dalla GdF, ha fatto sovente ricorso a intestazioni fiduciarie e simulazione di rapporti societari per poter più agevolmente determinare spostamenti patrimoniali all'interno delle organizzazioni economiche da lui dirette. A miglior dettaglio della cautela provvisoria, va precisato che il sequestro accordato era di tipo giudiziario, avendo ad oggetto il compendio aziendale onde impedirne il deterioramento o la distrazione/dimissione. La situazione si è però radicalmente modificata dal giorno del provvedimento ad oggi perché nel frattempo è stato aperto un procedimento concordatario, nel cui ambito è stato designato commissario giudiziale e sono state impartite - da ultimo, in data odierna - una serie di prescrizioni ed istituito un regime di controlli idoneo a fornire garanzie sulla conservazione del patrimonio: vi sono quindi i presupposti per procedere alla revoca ex nunc del vincolo.

P.Q.M.

previa sospensione delle determinazioni del Collegio sui ricorsi riuniti proposti per dichiarazione di fallimento della soc. M SRL, conferma in composizione collegiale, il provvedimento di sequestro emesso in via anticipata dal Giudice delegato in data 26.4.2019 ex art. 670 c.p.c.; revoca con efficacia dalla comunicazione al Commissario Giudiziale del proced. 7/19 il predetto provvedimento; respinge la richiesta di fallimento della supersocietà di fatto tra la d.i. Organizzazione Mare e le Srl M e OM avanzata dalla Curatela fallimentare di quest'ultima Srl.

Tribunale di Imperia, 4 maggio 2019 - Pres. e Rel. Bracco.

FAMIGLIA e minori - atto di nascita - sostituzione - indicazione di genitori appartenenti allo stesso sesso - interesse del minore - impossibilità - rimessione della questione alla Corte costituzionale - necessità.

(Artt. 2, 3, 30 e 31 Cost; artt. 231, 243bis, 250, 262 e 269 c.c.)

Al fine di conseguire giudizialmente, ai sensi dell'art. 95 D.P.R. 396/2000, la sostituzione dell'atto di nascita esistente e la formazione di un nuovo atto di nascita con indicazione di due genitori appartenenti allo stesso sesso, occorre, da un lato, richiamarsi al principio dell'interesse del minore e, dall'altro, considerarne le modalità di manifestazione e tutela nell'ambito del contesto normativo vigente. La tutela dell'interesse del fanciullo è principio che trova riconoscimento formale in tutte le dichiarazioni e convenzioni internazionali dedicate ai minori - si vedano, ad esempio, l'art. 3 Convenzione di New York, l'art. 6 Convenzione di Strasburgo, l'Art. 24, paragrafo 3, della Carta di Nizza. Invero nel nostro ordinamento la filiazione è intesa quale discendenza da genitori appartenenti a generi diversi - si vedano le disposizioni codicistiche e di specie che indentificano chiaramente nella diversità di genere il presupposto della genitorialità (artt. 231, 243bis, 250, 262 e 269 c.c., art. 5 l.n. 40/2004, D.P.R. 396/2000, D.M. 31/1/2019). In tale contesto, il perseguimento del superiore interesse del minore - che nel caso di specie non pare subire compromissione dalla mancata indicazione nell'atto di nascita di due genitori appartenenti allo stesso sesso - non può costringere il Tribunale ad interpretazioni creative tali da rendere superabile il dato testuale delle disposizioni vigenti,

di talché non è possibile per l'Ufficiale dello Stato civile formare un atto di nascita indicando quali genitori due soggetti appartenenti allo stesso sesso.

E.CER.

(...*Omissis*...) nel procedimento di volontaria giurisdizione (...), promosso da XX e YY, con ricorso datato 2.11.2018, volto ad ottenere la rettifica dell'atto di nascita e la formazione di un nuovo atto di nascita con indicazione di entrambe le ricorrenti "come madri di ZZ 16.8.2014". Letti gli argomentati pareri del P.M. in data 10.12.2018 e del Giudice Tutelare in data 22.1.2019 (il primo favorevole all'accoglimento del ricorso, il secondo contrario), viste la richiesta dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di respingere il ricorso (memoria 14.3.2019) e la memoria di parte ricorrente 1°-4-2019, esaminati gli atti e la documentazione prodotta, osserva quanto segue.

I fatti.

le ricorrenti, XX e YY, hanno una relazione sentimentale stabile a partire dal 2007, con convivenza dall'anno successivo; il 17.10.2010 si unirono in matrimonio presso il Comune di Malaga (Spagna) e ottennero la trascrizione in Italia con effetti di unione civile il 27.4.2017;

a partire dal 2013 intrapresero un progetto di genitorialità comune, realizzato mediante il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (di seguito PMA), con fecondazione in vitro e metodo ROPA (trasferimento di embrioni donati dalla compagna), cui si sottopose YY, che in data 16.8.2014 diede alla luce la piccola ZZ presso l'Ospedale di Imperia;

la madre partorienti, YY, dichiarò al Comune di (...*omissis*...) la nascita della bambina (registrata come da atto n. 7, parte I, serie A, anno 2014), denunciandola come nata dall'unione sua con un uomo non parente né affine;

in data 6.7.2018 le due donne presentarono al medesimo Comune istanza di rettificazione del certificato di nascita, chiedendo l'aggiunta a margine, quale ulteriore genitore, del nome di XX;

con provvedimento in data 27.7.2018 l'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di (...*omissis*...) rigettò l'istanza, ritenendo competente il Tribunale Ordinario;

il 2.11.2018 le ricorrenti, opponendosi a detto provvedimento amministrativo, proposero ricorso a questo Tribunale ai sensi degli artt. 95 e 96 del D.P.R. 396/2000, chiedendo che fosse dichiarata l'illegittimità del rifiuto opposto dall'Ufficiale di Stato Civile e, per l'effetto, che fosse a questi ordinato "di operare la rettificazione ai sensi dell'art. 95 D.P.R. 396/2000 mediante la sostituzione dell'atto di nascita esistente e la formazione di un nuovo atto di nascita con indicazione delle due ricorrenti come madri di ZZ, nata a (...*omissis*...)".

Premesse

Il procedimento ha ad oggetto un tema eticamente sensibile ed attuale, con implicazioni politiche e ideologiche, contrapponendosi due modelli di genitorialità e due visioni della famiglia, discutendosi essenzialmente se il minore debba avere come genitori un padre ed una madre, ovvero anche due persone appartenenti allo stesso genere, quindi due uomini o due donne. In tale contesto, il giudice avrà eventualmente i propri convincimenti morali, ma non può farli valere, essendo tenuto ad applicare la legge; se ravvisa un vuoto normativo può ricorrere ai criteri ermeneutici interpretativi ed all'analogia, se consentita, per colmarlo; qualora individui profili di legittimità costituzionale di una o più norme, può sollevare la questione

davanti alla Corte Costituzionale, ove non sia stata già posta; in quest'ultimo caso può disporre la sospensione necessaria del processo. Entro tali limiti ed a queste regole si atterrà scrupolosamente il Tribunale. Sotto distinto profilo, non si ravvisa la necessità di nominare un curatore speciale per la piccola ZZ, atteso che le ricorrenti sono persone mature e responsabili, che agiscono in buona fede e nella convinzione di perseguire l'interesse non solo proprio, ma soprattutto della minore, escludendosi la sussistenza di un conflitto d'interessi.

Superiore interesse del minore.

Ai fini della complessa decisione occorre richiamarsi al principio del "superiore interesse del minore", invocato in più occasioni nel ricorso. È il principio informatore della normativa a tutela del minore, che ha rilevanza costituzionale (v. combinato disposto degli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., norme che vietano le discriminazioni lesive del diritto fondamentale alla formazione della famiglia e tutelano la filiazione e v. anche Corte Cost., n. 208/2008) e che trova riconoscimento formale in tutte le dichiarazioni e convenzioni internazionali dedicate al fanciullo: si vedano, ad esempio, l'art. 3 Convenzione di New York, per il quale "in tutte le decisioni riguardanti i fanciulli che scaturiscano da istituzioni di assistenza sociale private o pubbliche, tribunali, autorità amministrative o organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve costituire oggetto di primaria considerazione"; l'art. 6 Convenzione di Strasburgo, secondo cui qualsiasi provvedimento dell'autorità giudiziaria riguardante il fanciullo dev'essere ispirato al perseguimento del suo superiore interesse; l'art. 24, § 3, Carta di Nizza, per il quale "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo quando ciò sia contrario al suo interesse". Il dato, che costituisce il punto di partenza del ragionamento, non è smentito dal Giudice Tutelare che ha espresso parere contrario all'accoglimento del ricorso e neppure dall'Avvocatura dello Stato che ne ha chiesto il rigetto. Dunque, occorre stabilire se, in astratto e nel caso di ZZ, in una situazione tranquillizzante come quella in esame, corrisponda o meno all'interesse del figlio essere riconosciuto come tale da due genitori dello stesso sesso. In linea generale non si dispone di certezze scientifiche o di regole di esperienza per affermare che due genitori omosessuali non sarebbero in grado di riversare sul minore l'affetto di cui necessita, non gli consentirebbero di crescere in un ambiente sereno e di sviluppare le proprie inclinazioni e potenzialità, in tal modo arrecandogli un pregiudizio; v. Cass., n. 601/2003, secondo cui soltanto il "mero pregiudizio" induce a ritenere che "sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale". Nella fattispecie in esame ZZ, come si è detto, venne partorita nel 2014 dalla YY, mediante ricorso alla PMA con trasferimento degli ovuli donate dalla compagna XX; le due donne erano legate da stabile relazione sentimentale iniziata nel 2007 e avevano ufficializzato il loro rapporto col matrimonio in Spagna nel 2010. Dunque, la bimba, generata per effetto di un progetto di vita comune delle due ricorrenti e che ha ereditato i caratteri genetici di entrambe (una ha fornito l'embrione e l'altra ha condotto la gestazione ed ha partorito), a parere del Collegio, ha interesse a che la genitorialità affettiva - che peraltro, come detto, è anche biologica - si trasformi in genitorialità legale. Ciò le garantirebbe il diritto alla bi-genitorialità, ad instaurare quindi relazioni affettive stabili coi due genitori, farebbe coincidere la genitorialità degli affetti con quella legale, le attribuirebbe una propria identità personale all'interno del

nucleo familiare, la tutelerebbe anche sotto il profilo patrimoniale (attribuendole diritti successori ed al mantenimento). Assodato ciò, deve stabilirsi se vi siano principi di pari rango, cioè costituzionali, che confliggano con quello del superiore interesse del minore e che, di conseguenza, impongano di procedere ad un bilanciamento. Condividendosi e richiamandosi Cass., n. 19599/2016 e anche Corte Cost., n. 162/2014, deve escludersi che nel nostro sistema esista un principio costituzionale che vieti la filiazione da parte di coppie dello stesso sesso e, d'altro canto, neppure vi sono vincoli posti dalla normativa europea in materia di famiglia (v. art. 12 CEDU secondo cui "a partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto" e art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea secondo cui "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio").

Il papà e la mamma.

La filiazione è intesa, nel nostro ordinamento, quale discendenza da genitori appartenenti a diversi generi e ciò lo si desume: dalle norme del codice civile che considerano madre colei che partorisce (art. 269 terzo comma c.c.) e che parlano di padre e di madre (artt. 231, 243 bis, 250 e 262 c.c.); dall'art. 5 legge n. 40/2004, secondo cui "possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi", prevedendosi all'art. 12 elevate sanzioni per chi viola la disposizione. La norma, sia nel significato testuale che in quello volto alla ricerca del suo intento, esprime con chiarezza la voluntas legis nel senso che i genitori devono appartenere a generi diversi e non possono essere dello stesso sesso, diversamente sarebbe priva di significato. Il Tribunale, che si pone nell'ottica del figlio, condivide il principio affermato da cit. Cass., n. 19599/2016, secondo cui "le conseguenze della violazione delle prescrizioni e dei divieti posti dalla legge n. 40 del 2004 - imputabile agli adulti che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia - non possono ricadere su chi è nato", con la conseguenza che l'eventuale disvalore della scelta effettuata dalla XX e dalla YY (le quali, peraltro, hanno eluso la norma, ma tecnicamente non l'hanno violata, avendo fatto ricorso alla PMA in un Paese, la Spagna, che nel loro caso consentiva la tecnica) non potrebbe in alcun modo pregiudicare l'interesse di ZZ. Tuttavia, occorre fare i conti col disposto dell'art. 5 che rimane in vigore anche a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 162/2014, che dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 4, terzo comma, della legge 40/04 nella parte in cui non ammetteva il ricorso a tecniche eterologhe qualora fosse stata diagnosticata una patologia che era causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili (pertanto oggi, la PMA eterologa è compiuta legittimamente ove vi sia diagnosi di patologia che causa sterilità o infertilità assolute e irreversibili). Si tenga presente che l'Ufficiale di Stato Civile di (omissis disattese la richiesta delle ricorrenti proprio perché in violazione del cit. art. 5 "dal quale si può solo evincere che la normativa non prevede, allo stato attuale, la possibilità di utilizzare la pratica di procreazione medicalmente assistita (PMA) da parte di coppie omosessuali"; dal D.P.R. n. 396/2000, che prevede che uno dei genitori sia la "puerpera" (art. 30) e l'altro il padre (art. 44); di recente, dal Decreto del Ministro dell'Interno, di concerto coi Ministri per la Pubblica Amministrazione e dell'Economia e delle Finanze, del 31.1.2019, recante modifiche al

Decreto del Ministero dell'Interno in data 23.12.2015, che prevede la sostituzione, nella carta d'identità elettronica, del termine "genitori" con quelli di "padre" e "madre"; dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010 che, nel condividere l'impostazione del Tribunale di Venezia e della Corte d'Appello di Trento, espresse il principio secondo cui l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna, risultando ciò "non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. cod. civ. e, con particolare riguardo all'azione di disconoscimento, artt. 235, 244 e ss. dello stesso codice), e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l'art. 5, primo e secondo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile". Le ricorrenti propongono "una lettura della legge 40/2004 costituzionalmente orientata" che renda "ammissibile il riconoscimento della genitorialità ... non soltanto in capo alla madre che ha partorito la piccola ZZ, ma anche a quella che ha condiviso con la prima il progetto di genitorialità che ha portato alla nascita della piccola e che, in questo caso, è anche la madre biologica della bambina". Non v'è dubbio che, muovendosi da una prospettiva incentrata sull'interesse superiore del minore, debba essere compiuto ogni sforzo interpretativo per adeguare il significato delle disposizioni ai profondi mutamenti intervenuti nella concezione della famiglia, della coppia e dello status filiationis, a seguito dell'evoluzione dei costumi, della produzione normativa e dei contributi giurisprudenziali. Il Tribunale è propenso ad evitare ogni rigidità interpretativa, specie ove vengano in rilievo gli interessi dei minori, ma non può di certo disapplicare le norme sopra indicate; il discorso vale soprattutto per l'art. 5, di chiara interpretazione, meno per le norme più datate che disciplinavano e descrivevano la realtà all'epoca esistente, diversa da quella attuale, espressione dei profondi mutamenti nella concezione delle tematiche qui in esame. Né il Tribunale può addivenire ad un'interpretazione creativa, preclusa dal sistema e che ne rappresenterebbe una evidente forzatura.

In sostanza, si ritiene che il dato testuale ed il significato proprio delle disposizioni elencate, esaminate nel loro contesto, non siano superabili. Si è consapevoli che il concetto di famiglia, ex art. 29 della Costituzione ("la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio ...") debba essere riferito non solo a coppie di coniugi di sesso diverso, ma anche - almeno in termini di equiparazione - a coppie formate da persone dello stesso sesso, ove sussistenti vincoli affettivi: v. l'art. 1, comma 20, legge n. 76/2016, in tema di unioni civili, ove si dice che "... le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenute nelle parole coniuge, coniugi o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti". La norma, intervenuta dodici anni dopo la legge 40/2004 e sei anni dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010, recepì i mutamenti di costume manifestatisi nella società e rappresentò l'evoluzione del diritto di famiglia, accordando ampia tutela alle unioni civili com-

poste da persone dello stesso sesso. Tuttavia, non potrebbe sostenersi che il cit. art. 1 comma 20, e più in generale la legge n. 76/2016, esprimano una concezione della famiglia, intesa come comunità di affetti, che sia indifferente al sesso dei genitori. La disposizione, per espressa previsione normativa - v. ultima parte dell'art. 1 comma 20 - "non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge" e si osserva che la legge n. 76/2016 non richiama alcuna norma del codice civile in tema di paternità e maternità; ciò non sembra attribuibile ad una svista, bensì ad un preciso intento di non affrontare le problematiche in maniera penetrante e aderente alla realtà, forse perché il legislatore non ha ancora le idee chiare circa la soluzione da dare alla questione. Né argomenti, a sostegno della tesi delle ricorrenti, possono trarsi dalla cit. Cass., n. 19599/2016 - e in senso conforme v. anche Cass., n. 14878/2017 e Corte Cost., n. 272/2017 - che ha riconosciuto la trascrivibilità, nel registro dello stato civile in Italia, di un atto di nascita estero, validamente formato, dal quale risulti la nascita di un figlio da due donne omosessuali, che avevano fatto ricorso a tecniche fecondative. Per la S.C. "la regola secondo cui è madre colei che ha partorito, giusta l'art. 269 comma 3 c.c., non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero, validamente formato, dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (colei che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola". Ha poi aggiunto che nel caso esaminato "non si tratta di verificare la conformità alla legge italiana della legge spagnola, in base alla quale è stato formato all'estero l'atto di nascita di un bambino da due madri, essendo evidente la difformità delle rispettive discipline: la legge italiana non consente alle nostre autorità di formare un atto di nascita del genere". La legge italiana, dunque, secondo Cass., n. 19599/2016 S.C. - pronunciatisi perentoriamente in epoca anteriore al cit. decreto ministeriale 31.1.2019 che prevede, nella carta d'identità elettronica, la sostituzione del termine "genitori" con quelli di "padre" e "madre" - non consente all'Ufficiale di Stato Civile di formare un atto di nascita in cui siano indicati due genitori dello stesso sesso. Ed è proprio questo il nostro caso, ove non si tratta di garantire a ZZ la conservazione di uno status filiationis già legittimamente acquisito all'estero, bensì di formare in Italia un atto di nascita da due donne che si sono avvalse della PMA in Spagna. In altre parole, i condivisibili principi enucleabili dalla decisione sono da un lato quello della non contrarietà all'ordine pubblico della normativa straniera che consente una filiazione con due genitori appartenenti allo stesso genere, dall'altro quello dell'impossibilità di formare in Italia (o di rettificare, che è la stessa cosa) un atto di nascita in tale situazione.

La sentenza della Corte di Cassazione, a sezioni unite, 8 maggio 2019, n. n. 12192.

La sentenza in questione, molto attesa e depositata in questi giorni, esamina una questione diversa da quella oggetto del presente giudizio, occupandosi di un rapporto di filiazione che non è fondato su un legame biologico e che integra un'ipotesi di maternità surrogata (vietata dall'art. 12, sesto comma, cit. legge 40/2004), stante l'accordo intervenuto con una donna estranea alla coppia genitoriale, che ha provveduto alla gestazione ed al parto.

Le sezioni unite hanno affermato, tra gli altri, il seguente principio di diritto: "Il riconoscimento dell'efficacia del provvedimento giurisdizionale straniero con cui sia stato accertato

il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione munito della cittadinanza italiana trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall'art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto dell'adozione ...". Nella decisione si afferma esplicitamente che la fattispecie non è assimilabile a quella qui in esame, nella quale la minore ZZ ha legami biologici con entrambe le donne componenti la coppia. Dunque, il ragionamento delle sezioni unite, relativamente alla contrarietà ai principi dell'ordine pubblico e ad ogni altra questione, per le ragioni ampiamente illustrate nella decisione, non è estensibile al caso qui in esame, del tutto diverso.

Sospensione del processo.

Svolte le considerazioni che precedono, ritenuto che la filiazione da intendersi nel nostro ordinamento quale discendenza da genitori appartenenti a diversi generi confligga col principio, di rango costituzionale, del superiore interesse del minore, ravvisati dunque profili di legittimità costituzionale, osserva il Collegio quanto segue. Il Tribunale di Pisa, con ordinanza 15-3-2018, pur occupandosi di un caso diverso, ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale "della norma che si desume dagli artt. 449 c.c., 29 comma 2 DPR 396/00, dell'art. 250 c.c., e degli artt. 5 e 8 della legge 40/04, nella parte in cui non consente di formare in Italia un atto di nascita in cui vengano riconosciute come genitori di un cittadino di nazionalità straniera due persone dello stesso sesso ...". Ai sensi dell'art. 295 c.p.c. il Collegio dispone la sospensione necessaria del processo in attesa della definizione del giudizio da parte della Corte Costituzionale, come richiesto dall'Avvocatura dello Stato in via subordinata, trattandosi di pronuncia decisiva ai fini della definizione del presente giudizio. Le ricorrenti osservano che la sospensione del giudizio andrebbe a discapito della minore, che rimarrebbe privata della bi-genitorialità giuridica di cui ha urgente bisogno. Osserva il Tribunale che i tempi di decisione della Corte Costituzionale non dovrebbero essere lunghi, che è necessario attenderne l'esito, che ZZ continuerà ad essere amorevolmente accudita dalle ricorrenti, le quali - nonostante l'asserita urgenza - chiesero la rettifica dell'atto di nascita in Comune a distanza di quattro anni dalla nascita della bambina.

P.Q.M.

il Tribunale, visto l'art. 295 c.p.c., dispone la sospensione del giudizio in attesa della decisione di cui sopra della Corte Costituzionale (ordinanza di rimessione del Tribunale di Pisa in data 15.3.2018).

Tribunale di Savona, 18 aprile 2019 - Giudice Unico Tagliasacchi.

PROCEDIMENTO civile - provvisoria esecutività sentenze di primo grado - rapporto tra capi costitutivi e dichiarativi e capi di condanna - provvisoria esecutività in caso di rapporto di mera dipendenza.

(Art. 282 c.p.c.)

In tema di provvisoria esecutività dei capi di condanna della sentenza di primo grado, qualora questa contenga capi costitutivi o dichiarativi, occorre distinguere i casi nei quali le statuizioni di

condanna si collocano in rapporto di mera dipendenza rispetto ai capi costitutivi o dichiarativi, dai casi nei quali invece la statuizione di condanna è legata all'effetto costitutivo o dichiarativo da un nesso di sinallagmaticità o anche solo di corrispettività. Soltanto in questi ultimi casi - tra i quali vanno comprese sia la condanna al pagamento del prezzo contenuta nella sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., sia la condanna al conguaglio a carico dell'assegnatario in caso di scioglimento della comunione mediante assegnazione ex art. 720 c.c. - la necessità di non alterare il rapporto di corrispettività impedisce di attribuire la provvisoria esecutività al capo di condanna; negli altri casi, invece, non è individuabile nell'ordinamento alcuna preclusione alla formazione del titolo esecutivo indipendentemente dalla cosa giudicata sull'esistenza del diritto. In applicazione di tali principi, la condanna alla restituzione di un immobile in seguito alla risoluzione del contratto - così come la condanna alla restituzione delle somme ricevute con gli atti solutori dichiarati inefficaci - dipende dal capo costitutivo o dichiarativo, ma non sussiste un rapporto di corrispettività tra i due capi. Ne consegue che l'anticipazione degli effetti esecutivi del capo di condanna - e quindi l'adeguamento della realtà materiale al decisum - non è nella specie incompatibile con l'inedoneità dei capi costitutivi e dichiarativi ad avere efficacia anticipata rispetto al passaggio in giudicato.

(...Omissis...) Il Giudice, a scioglimento della riserva e letti gli atti, osserva quanto segue.

Con istanza ex art. 624 cpc, B. chiedeva la sospensione dell'esecuzione avviata da A. per il rilascio dell'immobile sito in Villanova d'Albenga, di cui la A. è usufruttuaria. L'esecuzione risulta azionata in forza della sentenza del Tribunale di Savona n. 41/2019, con cui è stata dichiarata la risoluzione del contratto di comodato stipulato dalla A in favore del proprio figlio F e della di lui moglie B. al fine di adibire l'immobile a casa coniugale, risoluzione intervenuta in seguito alla separazione personale dei coniugi. Con decreto del 15 marzo 2019 il giudice sospendeva inaudita altera parte l'esecuzione, fissando udienza per la conferma o la revoca del provvedimento nel contraddittorio tra le parti, autorizzando, altresì, il deposito di ulteriori memorie difensive. Preliminarmente va respinta l'eccezione sollevata dalla Amico, secondo cui la circostanza che uno dei cinque motivi su cui si fonda l'istanza di sospensione sia "nuovo", non essendo già stato dedotto come motivo dell'opposizione a precetto, renderebbe l'istanza medesima inammissibile o improcedibile. L'eccezione è infondata: da un lato, infatti, non vi è un siffatto divieto, atteso che l'istanza di sospensione non è vincolata ai motivi di opposizione a precetto e, comunque, l'effetto sarebbe, a tutto concedere, l'inammissibilità del singolo motivo e non già dell'intera istanza. L'istanza di sospensione è infondata e va respinta, con contestuale revoca del provvedimento emesso inaudita altera parte, per le ragioni che seguono. La pronuncia di risoluzione del contratto di comodato, reclusi di accertamento dell'intervenuto recesso, ha natura dichiarativa e, secondo un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità e di merito, sia le sentenze di accertamento sia quelle costitutive non hanno l'idoneità ad avere efficacia anticipata rispetto al momento del passaggio in giudicato (cfr. ex multis, Tribunale Roma sez. IV, 02/05/2012, n. 8574). Secondo quanto prospettato dal ricorrente nel secondo motivo della propria istanza ex 624 cpc, poiché il capo relativo alla condanna al rilascio dell'immobile è in rapporto di dipendenza rispetto al capo dichiarativo relativo all'accertamento dell'intervenuta risoluzione del contratto, anche il capo di condanna sarebbe, al pari del capo dichiarativo da cui esso dipende, insuscetti-

bile di provvisoria esecutività proprio a causa del rapporto di dipendenza esistente tra i due capi. A sostegno della propria tesi, il ricorrente invoca la nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 4059/2010.

Il riferimento, tuttavia, non è condivisibile, atteso che la pronuncia richiamata riguarda il diverso caso del rapporto di sinallagmaticità esistente tra il capo costitutivo e il capo di condanna della medesima sentenza. Tale affermazione di principio, inizialmente resa limitatamente all'ipotesi del rapporto tra il capo costitutivo della sentenza ex art. 2932 c.c. e il capo di condanna contenuto nella medesima pronuncia, è stato successivamente esteso ad ulteriori ipotesi. Al riguardo, cfr. Cassazione civile Sez. Un., 22/02/2010, n. 4059, secondo cui "Nell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di compravendita, l'esecutività provvisoria, ex art. 282 c.p.c., della sentenza costitutiva emessa ai sensi dell'art. 2932 c.c., è limitata ai capi della decisione che sono compatibili con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento successivo, e non si estende a quelli che si collocano in rapporto di stretta sinallagmaticità con i capi costitutivi relativi alle modificazione giuridica sostanziale. Essa, pertanto, non può essere riconosciuta al capo decisorio relativo al trasferimento dell'immobile contenuto nella sentenza di primo grado, né alla condanna implicita al rilascio dell'immobile in danno del promittente venditore, poiché l'effetto traslativo della proprietà del bene scaturente dalla stessa sentenza si produce solo dal momento del passaggio in giudicato, con la contemporanea acquisizione dell'immobile al patrimonio del promissario acquirente destinatario della pronuncia". Tra le sentenze successive che hanno esteso il principio appena enunciato, si possono richiamare, in particolare, quelle relative allo scioglimento della comunione di proprietà che preveda conguagli in denaro. Sul punto cfr. Cassazione civile sez. III, 30/01/2019, n. 2537, secondo cui "In tema di scioglimento della comunione mediante assegnazione ex art. 720 c.c. con determinazione di (o condanna al) conguaglio a carico dell'assegnatario, quest'ultimo capo di sentenza non è suscettibile di esecuzione provvisoria ex art. 282 c.p.c. e, quindi, di essere azionato come titolo esecutivo prima del passaggio in giudicato della statuizione sull'assegnazione, che ha natura costitutiva, in quanto ad essa legato da nesso di corrispettività ancorché non di stretta sinallagmaticità". Il caso di specie, tuttavia, non riguarda un'ipotesi che coinvolga la necessità di non alterare il rapporto di corrispettività o sinallagmaticità, atteso che viene esclusivamente in rilievo il rilascio dell'immobile in seguito alla risoluzione del contratto, sicché non vi è analogia di ratio tra la vicenda in esame e i precedenti sopra menzionati. La giurisprudenza successiva, inoltre, ha avuto modo di precisare ulteriormente i profili connessi alla problematica della provvisoria esecutività dei capi di condanna che dipendono dai capi costitutivi della medesima sentenza e, con orientamento costante, la Corte di Cassazione ha in proposito confermato i principi già enunciati dalle Sezioni Unite, ribadendo che l'esclusione della provvisoria esecutività è limitata alle sole ipotesi di corrispettività tra capo costitutivo e capo di condanna. In tal senso si può richiamare la recentissima sentenza Cassazione civile sez. III, 08/11/2018, n. 28508, resa in un caso del tutto assimilabile a quello oggi in esame, in quanto relativa all'ipotesi di una condanna alla restituzione dipendente da una pronuncia costitutiva. In quell'occasione la Corte di Cassazione ha affermato che "L'anticipazione in via provvisoria, ai fini esecutivi, degli effetti discendenti da statuizioni condannatorie contenute in sentenze costitutive, non è consentita, essendo necessario il passaggio in giudicato, soltanto

nei casi in cui la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico (come nel caso di condanna al pagamento del prezzo della compravendita nella sentenza costitutiva del contratto definitivo non concluso); è invece consentita quando la statuizione condannatoria è meramente dipendente dall'effetto costitutivo, essendo detta anticipazione compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo nel momento temporale successivo del passaggio in giudicato". Conseguentemente, la Corte ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto valido titolo per l'esecuzione provvisoria del dictum giudiziale la condanna alla restituzione di un immobile pronunciata contestualmente all'accoglimento della revocatoria fallimentare, in quanto meramente dipendente dall'effetto costitutivo prodotto dall'accoglimento dell'azione revocatoria. Merita ancora menzione, per la sua estrema chiarezza, un passaggio della sentenza Cassazione civile sez. I, 29/07/2011, n. 16737, perfettamente sovrapponibile al caso di specie: "L'adeguamento della realtà sostanziale non può cioè ritenersi precluso in generale (cioè in relazione al tipo di sentenza costitutiva) dalla circostanza che l'effetto costitutivo non si è ancora prodotto, dovendosi piuttosto distinguere i casi nei quali le statuizioni condannatorie sono meramente dipendenti da quell'effetto dai casi nei quali invece la statuizione condannatoria è legata all'effetto costitutivo da un vero e proprio nesso sinallagmatico, ponendosi come parte - talvolta "corrispettiva" - del nuovo rapporto oggetto della domanda costitutiva. In questi ultimi casi - tra i quali va compresa la condanna al pagamento del prezzo della compravendita contenuta nella sentenza sostitutiva del contratto definitivo non concluso - il rapporto di stretta sinallagmaticità che lega il pagamento del prezzo al trasferimento del diritto che si realizza solo con il giudicato (rapporto che non consentirebbe al venditore di percepire il prezzo prima del trasferimento della proprietà) impedisce di attribuire la provvisoria esecutività al capo di condanna; negli altri casi, nei quali la anticipazione degli effetti esecutivi si mostra compatibile con la produzione dell'effetto costitutivo in un momento temporale successivo, non è individuabile nell'ordinamento alcuna preclusione alla formazione del titolo esecutivo indipendentemente dalla cosa giudicata sull'esistenza del diritto. Alla luce di tali principii, che il collegio condivide, va osservato che, nella fattispecie in esame, il nesso tra la statuizione condannatoria e l'accertamento costitutivo si presenta come di mera dipendenza: la condanna alla restituzione delle somme ricevute con gli atti solutori dichiarati inefficaci - non diversamente, ad esempio, da quella alla restituzione del bene locato conseguente alla risoluzione del contratto di locazione - dipende dall'accertamento circa la sussistenza, o non, del titolo in base al quale tali somme sono state acquisite, ma non è in un rapporto di stretta sinallagmaticità tra i due capi, quale quello sopra descritto. Ne deriva di necessità la conclusione che la anticipazione degli effetti esecutivi di tale capo condannatorio - cioè l'adeguamento della realtà materiale al decisum - non è nella specie incompatibile con la produzione dell'effetto costitutivo al momento successivo del passaggio in giudicato". Appare così sicuramente superato l'orientamento minoritario, nonché più risalente, di cui è espressione Tribunale Modena, 30/08/2011, n.1368, secondo cui la sentenza, che su domanda di parte si limiti a dichiarare la risoluzione del contratto, contiene una condanna implicita alla restituzione o rilascio del bene oggetto del contratto sciolto, la quale tuttavia - a differenza del capo relativo alle spese del giudizio - non è suscettibile di esecuzione forzata sino al passaggio in giudicato della sentenza stessa. An-

che gli altri motivi dedotti dal ricorrente a sostegno della sospensione non sono fondati. Quanto al primo e al terzo motivo, essi sono assorbiti dalle considerazioni che precedono, atteso che la proposizione dell'appello non impedisce la provvisoria esecuzione (primo motivo) proprio in virtù dell'art. 282 cpc, mentre il riferimento alle sentenze di condanna contenuto nell'art. 447-bis comma 4 cpc (terzo motivo) va inteso alla luce delle considerazioni testé illustrate. Il quarto motivo è parimenti infondato poiché la trascrizione della domanda giudiziale ha solo un effetto prenotativo e non impedisce l'esecuzione del rilascio, né può avere rilievo la pretesa ex art. 1152 c.c. che, se mai, doveva essere fatta valere in sede di cognizione e non di esecuzione. Nessun rilievo, infine, ha in questa sede la proposizione della denuncia-querela di cui al quinto motivo. Spese di lite integralmente compensate, in ragione della complessità della questione.

P.Q.M.

respinge l'istanza; revoca il decreto di sospensione inaudita altera parte del 15 marzo 2019; dispone la prosecuzione della procedura esecutiva; (... *Omissis*...)

Tribunale di Genova, 10 luglio 2019, n. 1810 - Giudice Unico Ferrari - L. (Avv. Buffa) c. Editrice S.p.A. e c. altri (Avv.ti Galliano e Ferrari).

RESPONSABILITÀ civile – diritto di cronaca e di critica – diritto all'onore e alla reputazione – verità obiettiva della informazione – interesse pubblico alla informazione – sussistono nel caso di specie.

RESPONSABILITÀ civile – diritto di cronaca – notizia di cronaca – titolo eclatante - fatti veri – difficoltà di reperimento della notizia all'interno dell'articolo – insinuazione del dubbio nel lettore – carattere diffamatorio della notizia – sussiste.

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale – quantificazione mediante presunzioni semplici - ammissibilità.

RESPONSABILITÀ civile – diffamazione a mezzo stampa – sanzione pecuniaria – autonomia - risarcimento del danno – differenze – limiti.

(Art. 12, L. n. 47/1948)

MEDIAZIONE – mediazione obbligatoria - mancata partecipazione – corresponsione di somma di importo corrispondente al contributo unificato.

(Art. 8, comma 4 bis, D.lgs. 28/2010 come integrato dalla L. 98/2013)

Il bilanciamento tra i diritti di cronaca e critica, da un lato, e quelli all'onore ed alla reputazione, dall'altro, comporta l'individuazione di limiti all'esercizio dei primi, identificati nella verità obiettiva delle informazioni (verità anche solo putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca), nella contenenza delle espressioni usate e nell'interesse pubblico all'informazione (cosiddetta pertinenza). Quest'ultimo può ritenersi sussistente nel caso di specie, dal momento che non risulta violato quando le persone coinvolte godano di una diffusa notorietà, sia pure limitata all'ambito locale, atteso che la scriminante non impone che si tratti di persone pubbliche in chiave necessariamente nazionale, mentre la congiunta rilevanza, almeno astrattamente, penale dell'episodio conferisce allo

stesso un interesse pubblico oggettivamente apprezzabile, che giustifica la proiezione non solo locale della notizia.

Qualora attraverso il ricorso a locuzioni, il lettore tragga, quale risultato di maggiore evidenza (specie a fronte di una, già richiamata e del tutto diffusa, lettura rapida e non meticolosa dei quotidiani), la notizia, non vera, della qualità di un soggetto quale indagato, la non veridicità dell'informazione comporta, per ciò solo, il carattere diffamatorio della notizia. (Nel caso di specie emergere come la volontà giornalistica sia stata quella di insinuare nel lettore il dubbio e la confusione attraverso l'associazione del nome dell'attore all'indagine condotta dalla Procura: nonostante nel contesto di alcuni degli articoli in parola si precisò come l'attore non risulti indagato, tale affermazione risulta di difficile reperimento ad opera del lettore (essendo, appunto, collocata all'interno di articoli lunghi ed elaborati e, come tale, non ictu oculi evidente, specie a fronte di una frettolosa ed imprecisa lettura).

La quantificazione del danno non patrimoniale, essa può essere provata anche mediante presunzioni semplici là dove, proprio in materia di danno causato da diffamazione a mezzo della stampa, idonei parametri di riferimento possono rinvenirsi, tra gli altri, dalla diffusione dello scritto, dalla rilevanza dell'offesa e dalla posizione sociale della vittima.

La sanzione pecuniaria (prevista dall'art. 12 della l. n. 47 del 1948) nell'ipotesi di diffamazione commessa col mezzo della stampa, si aggiunge, senza sostituirsi, al risarcimento del danno causato dall'illecito diffamatorio, e presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del delitto di diffamazione, sicché non può essere comminata alla società editrice e può esserlo, invece, al direttore responsabile, purché la sua responsabilità sia dichiarata per concorso doloso nel reato di diffamazione e non per omesso controllo colposo della pubblicazione.

Alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione consegue la condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il presente giudizio.

(... *Omissis*...)

Con atto di citazione tempestivamente notificato, Lalla Francesco ha chiesto di accertare e dichiarare l'illiceità diffamatoria, di rilevanza penale e civile, del contenuto di una locandina e di alcuni articoli di giornale, redatti dai convenuti Editrice S.p.a., di cui era all'epoca dei fatti direttore Y, con conseguente condanna dei medesimi convenuti al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti, nonché alla riparazione di cui all'art. 12 l. 47/48.

A sostegno della pretesa l'attore, premesso di essere stato Procuratore Capo della Repubblica del Tribunale di Genova da luglio 2003 a novembre 2010 e di svolgere dal 25.1.2011 le funzioni di Difensore Civico della Regione Liguria, ha esposto come, a metà marzo 2015, si fossero manifestati "attacchi personali" al proprio indirizzo, "mediante esposizione in tutta la regione di locandine all'esterno di edicole e articoli (di prima pagina e interni) del giornale quotidiano Z.

In particolare, gli atti da cui emergerebbe la lamentata diffamazione sono stati individuati da parte attrice nei seguenti:

- locandina del 14 marzo 2015, recante la scritta, tutta in caratteri maiuscoli: "SCANDALO CARIGE L'EX CAPO DEI PM LALLA SOTTO INCHIESTA";
- articolo del 14 marzo 2015, titolo in prima pagina: "L'inchiesta aperta a Torino. Berneschi inguaina anche l'ex capo della procura di Genova"; a ciò si affianca poi il contenuto del relativo articolo, a pag. 16 del quotidiano, recante altrettante frasi di carattere asseritamente diffamatorio, aventi

- ad oggetto i presunti “favori da Berneschi”, all’epoca amministratore delegato di Banca Carige spa, “all’ex Procuratore Capo Lalla sotto inchiesta nello scandalo Carige” con riguardo alla richiesta di assunzione in Carige di una “nipote”, con conseguente apertura di “un’inchiesta parallela ... dalla Procura di Torino, in cui ci sono tra gli altri i nomi dell’ex procuratore capo di Genova Francesco Lalla”;
- si contesta, inoltre, che nel medesimo articolo era stato scritto: “Fra il 2002 e il 2003 le Fiamme Gialle focalizzarono un giro di false fatture e fondi neri e varie truffe sulle compravendite immobiliari del gruppo creditizio ... Nelle vecchie indagini condotte ai tempi di Lalla ... vennero archiviati molti dei personaggi arrestati l’anno scorso su (nuova) inchiesta”;
 - sempre in relazione all’articolo del 14 marzo 2015, pag. 16 del quotidiano: si contesta agli autori di avere riportato in termini travisati e non veritieri un’intervista telefonica fatta a parte attrice, con inserimento di un’espressione “inventata dall’autore dell’articolo” e mai pronunciata da Lalla (nella specie, il termine “nipote”);
 - articolo di martedì 17 marzo 2015, pag. 17 del quotidiano, recante il titolo: “Coinvolto nell’indagine per i presunti favori chiesti a Berneschi. Le dimissioni pro forma dell’ex pm. Lalla rimette il mandato da difensore civico, la Regione dice subito “che lo confermerà””; si contesta, in tal senso, la reiterazione, nel contenuto dell’articolo in oggetto, di quanto già riportato sul quotidiano in data 14 marzo 2015, con particolare riferimento alla falsa affermazione relativa al fatto che “l’inchiesta si sia concentrata anche su di lui”;
 - articolo di mercoledì 18 marzo 2015, pag. 14 del quotidiano: nell’ambito della notizia intitolata “Caso Carige. Difensore civico, per Lalla conferma “annunciata”, l’attore pone l’accento sulla, anche qui, reiterazione della notizia circa il suo “coinvolgimento nelle indagini”.

Secondo parte attrice il carattere diffamatorio degli articoli e della locandina di giornale summenzionati emergerebbe chiaramente dalla falsità delle notizie, stante il discostamento del relativo contenuto dal “fatto vero”, in ragione:

- dell’inveritiero coinvolgimento di Lalla nello scandalo Carige;
- dell’inesistenza di un’inchiesta a carico del predetto;
- dell’insussistenza della circostanza avente ad oggetto la richiesta di favori del Berneschi al medesimo;
- della mai avvenuta richiesta di assunzione di parenti ad opera dell’attore verso il Berneschi;
- della non veridicità della notizia circa l’avvenuta archiviazione di indagini nel 2002 e 2003, condotte “ai tempi di Lalla” (falsità che emergerebbe anche dal fatto che Lalla aveva assunto la funzione soltanto nel luglio 2003).

Tale carattere diffamatorio sarebbe poi corroborato dalle modalità di narrazione delle notizie, caratterizzate da commenti, aggiunte e insinuazioni, suscettibili di alterare ulteriormente la verità dei fatti.

La totalità dei predetti elementi avrebbe condotto, secondo l’attore, alla violazione dei limiti intrinseci al diritto di cronaca e di manifestazione del pensiero, giurisprudenzialmente individuati nella verità della notizia, nella pertinenza e nella continenza della stessa (requisiti, nel caso di specie, non ottemperati in toto).

Con comparsa di costituzione e risposta si costituivano i convenuti, contestando, anzitutto, quanto dedotto da parte attrice con riferimento alla lamentata falsità della notizia.

Sul punto, in particolare, parte convenuta ha concentrato le proprie difese sulla veridicità della notizia relativa alla sussistenza di

un’inchiesta che avrebbe riguardato anche Lalla, dal momento che, dal verbale di indagini di cui al doc. 4 prodotto dalla medesima parte, risulterebbe essere stato aperto un procedimento penale ad opera della Procura di Torino, nel luglio 2014, nell’ambito del quale il Pubblico Ministero avrebbe svolto attività istruttoria consistita, tra l’altro, nell’interrogatorio della teste A (...*omissis*...), alla quale sarebbero state richieste informazioni circa i rapporti di Berneschi con magistrati della Liguria; ciò dimostrerebbe come gli autori dell’articolo non abbiano fatto altro che riferire la verità, chiarendo sì come parte attrice non fosse indagata, ma come, in ogni caso, esistesse un’inchiesta che avrebbe coinvolto anche la medesima.

Quanto ai presunti favori chiesti da Lalla al B, inoltre, parte convenuta aggiungeva, in sede di comparsa, che “la notizia non sono i “favori” (...), ma il fatto – ben diverso – che, in sede di “inchiesta”, qualcuno abbia riferito agli inquirenti che egli avrebbe richiesto favori al predetto B”; in sostanza, la notizia avrebbe avuto ad oggetto le mere risultanze emerse dall’inchiesta.

Ciò posto, occorre premettere come, secondo l’unanime giurisprudenza di legittimità, il bilanciamento tra i diritti di cronaca e critica, da un lato, e quelli all’onore ed alla reputazione, dall’altro, comporti l’individuazione di limiti all’esercizio dei primi, identificati nella verità obiettiva delle informazioni (verità anche solo putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca), nella continenza delle espressioni usate e nell’interesse pubblico all’informazione (cosiddetta pertinenza).

Quest’ultimo, peraltro, può ritenersi sussistente nel caso di specie, dal momento che “non risulta violato quando le persone coinvolte godano di una diffusa notorietà, sia pure limitata all’ambito locale, atteso che la scriminante non impone che si tratti di persone pubbliche in chiave necessariamente nazionale, mentre la congiunta rilevanza, almeno astrattamente, penale dell’episodio conferisce allo stesso un interesse pubblico oggettivamente apprezzabile, che giustifica la proiezione non solo locale della notizia” (cfr. Cass., ord., n. 10925/2017).

A parere di questo giudice, tuttavia, risultano essere stati travalicati, nella fattispecie per cui è causa, i differenti limiti della verità obiettiva della notizia, nonché (e soprattutto) della continenza con cui la medesima è stata riferita. E, invero, l’uso di espressioni formalmente scorrette ed allusive ha inciso su entrambi i profili anzidetti, con conseguente statuibilità del carattere diffamatorio degli articoli e della locandina di cui si discute. L’analisi dei singoli atti individuati da parte attrice nel proprio atto di citazione fa, in tal senso, emergere come la volontà giornalistica sia stata quella di insinuare nel lettore il dubbio e la confusione circa la qualità del Lalla come indagato, attraverso l’associazione del nome dell’attore all’indagine condotta dalla Procura di Torino sul caso Carige.

Sul punto deve osservarsi come, nonostante nel contesto di alcuni degli articoli in parola si precisi che “Lalla non risulta indagato, ma è indubbio che l’inchiesta si sia concentrata anche su di lui”, tale dato assuma, nell’ambito dell’elaborato giornalistico, un’importanza ed una rilevanza, anche grafiche, del tutto secondarie.

Ed infatti, mentre l’affermazione sopra riportata risulta di difficile reperimento ad opera del lettore (essendo, appunto, collocata all’interno di articoli lunghi ed elaborati e, come tale, non *ictu oculi* evidente, specie a fronte di una frettolosa ed imprecisa lettura), di primo impatto appaiono invece espressioni quali “Lalla sotto inchiesta nello scandalo Carige”, “Berneschi inguaia anche l’ex capo della Procura di Genova”, “Scandalo Carige. L’ex capo dei PM Lalla sotto inchiesta”, “...il Consiglio regionale lo ha già “assolto”.

Risulta chiaro come, attraverso il ricorso a dette locuzioni, il

lettore tragga, quale risultato di maggiore evidenza (specie a fronte di una, già richiamata e del tutto diffusa, lettura rapida e non meticolosa dei quotidiani), la notizia, non vera, della qualità del Lalla di indagato nel caso Carige.

La non veridicità dell'informazione comporta, per ciò solo, il carattere diffamatorio della notizia.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, "integra diffamazione a mezzo stampa, per l'insussistenza dell'esimente del diritto di cronaca giudiziaria, l'attribuzione ad un soggetto nell'ambito di un articolo giornalistico della falsa posizione di imputato, anziché di indagato, allorché il giornalista riferisca di un'avvenuta richiesta di rinvio a giudizio, in luogo della reale circostanza della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-bis c.p.p., non potendo detti atti reputarsi equivalenti, dal momento che quest'ultimo, a differenza del primo, non comporta esercizio dell'azione penale e risponde allo scopo di consentire all'indagato l'esercizio del diritto di difesa con la possibilità di un approfondimento delle stesse indagini" (cfr. Cass., ord., n. 12370/2018).

A maggior ragione, quindi, deve ritenersi l'illiceità diffamatoria di un'operazione giornalistica da cui emerga il coinvolgimento nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria di un soggetto che non abbia mai assunto la formale qualità di indagato, ove tale dato non sia esplicitato in maniera evidente e preponderante rispetto al resto del contenuto della notizia, e, soprattutto, ove la struttura degli articoli e della locandina insinuino nel lettore il dubbio circa la colpevolezza di un individuo nei cui confronti la magistratura non abbia ritenuto nemmeno di indagare in via formale (proprio come nel caso di specie).

Le medesime espressioni poc'anzi individuate come lesive del limite della verità del fatto narrato hanno condotto, altresì, alla violazione del differente limite della continenza.

Come noto, "il legittimo esercizio dei diritti di cronaca e di critica giornalistica è condizionato dal limite, oltre che della verità e dell'interesse pubblico, della continenza, intesa come correttezza formale dell'esposizione e non eccedenza da quanto strettamente necessario per il pubblico interesse, sì da garantire cronaca e critica non si manifestino tramite strumenti e modalità lesivi dei diritti fondamentali all'onore ed alla reputazione" (cfr. Cass., n. 17211/2015).

Orbene, le locuzioni utilizzate nell'ambito degli atti per cui è causa devono ritenersi, anzitutto, non corrette dal punto di vista formale. Ed infatti, come ammesso dalla medesima parte convenuta, l'espressione "inchiesta", quale termine utilizzato nella locandina ed in apertura di uno degli articoli indicati (e, quindi, quale termine di impatto, anche visivo, del tutto preponderante) allude all' "indagine svolta oralmente o per iscritto per determinare lo stato oggettivo di fatti, situazioni, e sim." (cfr. Treccani) e, quindi, ad una circostanza non rispondente al vero e, come tale, non correttamente utilizzata. La scorrettezza formale in parola, peraltro, valutata unitamente al contenuto dell'intera operazione giornalistica, non appare quale mera imprecisione, facendo piuttosto emergere una volontà allusiva alla ritenuta colpevolezza del Lalla, che emerge dall'uso di accostamenti suggestionanti e di insinuazioni, nonché dal ricorso ad un tono scandalizzato. Ne sono piena dimostrazione le locuzioni/espressioni citate in precedenza, quali il termine "inguaia" o "assolto" (in relazione alla decisione del Consiglio regionale di fronte alle dimissioni formali del Difensore civico), nonché l'accostamento di parte attrice a soggetti effettivamente indagati e poi condannati, o, ancora, la relazione giornalmisticamente instaurata tra la stessa parte e lo "scandalo Carige", termine nuovamente incisivo in tal senso.

In sostanza, le notizie in oggetto sono state riportate senza quella moderazione, misura e proporzione delle modalità espressive, richieste dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui dette espressioni "non devono trascendere in attacchi personali diretti a colpire l'altrui dignità morale e professionale, con riferimento non solo al contenuto dell'articolo, ma all'intero contesto espressivo in cui l'articolo è inserito, compresi titoli, sottotitoli, presentazione grafica, fotografie, trattandosi di elementi tutti che rendono esplicito, nell'immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un articolo, e quindi idonei, di per sé, a fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi" (cfr. Cass., n. 25739/2014).

La domanda di parte attrice merita, quindi, accoglimento, stante la violazione dei limiti intrinseci del diritto di critica e cronaca emergente dagli articoli e dalla locandina indicati dalla medesima in sede di citazione.

Va dichiarata la conseguente responsabilità solidale degli autori degli articoli, del direttore del giornale e della società editrice del medesimo con le conseguenze risarcitorie sotto il profilo dell'art. 185 c.p. e 2059 c.c.

Si evidenzia che i fatti costituiti l'illecito penale sono ascrivibili anche al direttore del quotidiano, dovendosi escludere che i compiti di controllo possano essere da costui delegati ad altri soggetti, anche se tecnicamente qualificati e dovendo, anzi, il medesimo essere al corrente delle questioni di maggiore interesse pubblico.

L'art. 11 della L. n. 47/1948, inoltre, nel prevedere che per i reati commessi col mezzo della stampa sono civilmente responsabili, in solido con gli autori del reato e, fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore, contempla un'ipotesi di responsabilità solidale che si riferisce a tutti i danni derivanti dal reato, sia allorché esso venga accertato in sede penale, sia quando la sua sussistenza venga riconosciuta ai fini risarcitori in sede civile, e che, proprio in ragione della sua specialità, non richiede per la sua affermazione l'accertamento di un fatto di reato nei confronti dei soggetti in essa indicati, anche perché l'editore è nella gran parte dei casi una persona giuridica.

Quanto alla quantificazione del danno non patrimoniale, la cui sussistenza quale conseguenza pregiudizievole (ossia, una perdita ai sensi dell'art. 1223 c.c., quale norma richiamata dall'art. 2056 c.c.) di una lesione suscettibile di essere risarcita, a fronte della allegazione di parte attrice, può essere provata anche mediante presunzioni semplici "là dove, proprio in materia di danno causato da diffamazione a mezzo della stampa, idonei parametri di riferimento possono rinvenirsi, tra gli altri, dalla diffusione dello scritto, dalla rilevanza dell'offesa e dalla posizione sociale della vittima" (Cass., n. 25420/17; nello stesso senso Cass., n. 13153/17), questo giudice ritiene di liquidare equitativamente il medesimo in euro 25.000-, tenuto conto della tiratura e diffusione geografica del quotidiano, accessibile anche via internet, della carica pubblica rivestita dal soggetto passivo, della gravità dell'offesa, della rilevanza penale dei fatti attribuiti, nonché l'insussistenza della successiva rettifica; tale importo dovrà essere previamente devalutato fino al 18 marzo 2015 (termine di cessazione dell'illecito) e su di esso, progressivamente rivalutato, dovranno essere calcolati gli interessi legali fino alla presente liquidazione. Sono altresì dovuti gli interessi corrispettivi dalla data odierna al saldo effettivo.

Venendo alla domanda di riparazione pecuniaria ai sensi dell'art. 12 delle legge 47/48 ("Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una

somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato”), la Suprema Corte ha stabilito che “In riferimento alla diffamazione a mezzo stampa, a norma dell’art. 12 della legge n. 47 del 1948 la persona offesa dal reato può richiedere, oltre al risarcimento dei danni ai sensi dell’art. 185 del c.p., comprensivo sia del danno patrimoniale che del danno non patrimoniale, una somma a titolo di riparazione che non rientra nel risarcimento del danno né costituisce una duplicazione delle voci di danno risarcibile, ma integra una ipotesi eccezionale di pena pecuniaria privata prevista per legge, che come tale può aggiungersi al risarcimento del danno autonomamente liquidato in favore del danneggiato” (Cass. n., 29640/17) e che “La sanzione pecuniaria, prevista dall’art. 12 della l. n. 47 del 1948 nell’ipotesi di diffamazione commessa col mezzo della stampa, si aggiunge senza sostituirsi al risarcimento del danno causato dall’illecito diffamatorio, e presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del delitto di diffamazione, sicché non può essere comminata alla società editrice e può esserlo, invece, al direttore responsabile, purché la sua responsabilità sia dichiarata per concorso doloso nel reato di diffamazione e non per omesso controllo colposo della pubblicazione” (Cass., n. 16054/15).

La domanda in oggetto può, quindi, essere accolta soltanto nei confronti dei giornalisti (...*omissis*...).

Ai sensi dell’art. 8 comma 4 bis d.lgs. 28/2010, aggiunto dalla legge 98/2013, alla mancata partecipazione di parte convenuta senza giustificato motivo dei convenuti al procedimento di mediazione consegue la condanna della medesima al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il presente giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra istanza, eccezione e deduzione, così provvede:

- dichiara la portata diffamatoria nei confronti dell’attore Lalla Francesco della locandina e degli articoli di giornale, redatti dai convenuti (...*omissis*...)

Corte d’Appello di Genova, sez. III civ., 8 luglio 2019, n. 1032 - Pres. Atzeni - Rel. Baudinelli - SS (Avv. Ghigliotti) c. A. (Avv. Frigerio) e c. D. (contumaci).

(La sentenza di primo grado, Tribunale Genova, 27 aprile 2015, n. 1345 è stata pubblicata in *Questa Rivista*, 2015, n. 2, p. 10 e ss.).

REVOCATORIA (azione) - atto dispositivo compiuto in sede di separazione o di divorzio - parametri per la valutazione giudiziale.

(Art. 2901 c.c.)

REVOCATORIA (azione) - atto dispositivo compiuto in sede di separazione o di divorzio - adempimento di debito scaduto - onere della prova.

(Art. 2901 c.c.)

REVOCATORIA (azione) - atto dispositivo compiuto in sede di separazione o di divorzio - credito del soggetto agente in revocatoria - sufficienza del credito eventuale (contestato o litigioso).

(Art. 2901 c.c.)

L’azione revocatoria degli accordi patrimoniali fra i coniugi in sede di separazione/divorzio non è strettamente dipendente dalle particolarità del caso concreto e gli accordi possono qualificarsi, a seconda del contenuto assunto nei diversi contesti, come atti a titolo oneroso o atti a titolo gratuito. Il valore probatorio di dichiarazioni testimoniali rese da testi informati dai convenuti in revocatoria è nullo, trattandosi di dichiarazioni “de relato”.

L’allegazione che il trasferimento immobiliare in sede di separazione/divorzio costituisca una forma di adempimento di debito scaduto va interamente provata dalla parte che invoca l’esonero da revocatoria.

Per agire in revocatoria di trasferimento immobiliare in sede di separazione/divorzio è sufficiente che il credito verso il disponente sia stato azionato prima della predetta assegnazione, prescindendosi dalla data della sentenza che l’ha riconosciuto.

(...*Omissis*...)

Svolgimento del processo.

Con sentenza definitiva n. 1345/2015 del 23-27/4/2015, il Tribunale di Genova, in composizione monocratica, pronunciandosi nella causa promossa da SS, nei confronti di A, per ottenere la declaratoria di inefficacia ex art. 2901 c.c. dell’assegnazione immobiliare fatta da A in favore di moglie D (nuda proprietà) e dei figli (usufrutto) di cui alla sentenza 2841/2008 del Tribunale di Genova, così decideva: dichiarava l’inefficacia dell’atto di assegnazione immobiliare, rigettava le ulteriori domande, condannava le parti convenute in solido alla ruffusione delle spese processuali in favore della società attrice.

Avverso tale decisione, proponeva appello dinanzi a questa Corte A, con atto notificato in data 19/5/2015.

(...*Omissis*...)

Motivi della decisione.

Ad avviso della Corte, l’appello è infondato e deve essere rigettato.

1) Con l’unico motivo, l’appellante sostiene: i) che la sentenza appellata ha risolto il problema della definizione del trasferimento immobiliare avvenuto con la sentenza di divorzio, richiamando la sentenza della Cassazione n. 5473/2006 e quindi arrivando a qualificare tale trasferimento come atto a titolo gratuito; ii) che la citata sentenza della Cassazione aveva considerato come atto a titolo gratuito il trasferimento immobiliare tra coniugi in quanto nel caso sottoposto al suo esame i rogiti, stipulati successivamente alla separazione, prevedevano una cessione a titolo gratuito degli immobili; iii) che invece nel caso presente il trasferimento era previsto dalla sentenza di divorzio, alla quale non ha fatto seguito un rogito e quindi non potrebbe affermarsi che vi sia stato un trasferimento a titolo gratuito come nella controversia esaminata dalla Cassazione; iv) che invece nel presente caso il trasferimento immobiliare doveva essere considerato a titolo oneroso in quanto determinato dalla necessità di onorare il debito dell’esponente nei confronti della moglie, maturato a seguito del mancato adempimento dell’obbligo di corresponsione dell’assegno di mantenimento in favore dei figli determinato in sede di separazione; v) che essendo il trasferimento finalizzato a estinguere un debito scaduto, lo stesso non era assoggettabile a revocatoria, ai sensi dell’art. 2901 comma 3 c.c.; vi) che le testimonianze hanno confermato che la signora D si era lamentata delle inadempienze del coniuge ai doveri imposti dalla separazione e in particolare il teste Macchia ha affermato che l’A si era lamentato del fatto che la moglie aveva preteso il trasferimento della proprietà dell’immobile a saldo

del considerevole credito maturato per le indicate ragioni; vii) che non sarebbe corretta l'impostazione del Tribunale, secondo la quale l'atto è da qualificare a titolo gratuito in quanto la signora D, sia in sede di separazione che di divorzio, non ha richiesto assegno di mantenimento per sé, ma solo per i figli, e per il fatto che a tutela del credito maturato non ha dato corso ad azione esecutiva; viii) che l'A e la signora D erano separati dal 1998 e mantenevano rapporti solo formali, per cui la stessa non era consapevole della situazione finanziaria del medesimo; ix) che l'esistenza di un considerevole debito scaduto (circa 80/90 milioni di lire) e l'esistenza di un unico cespite immobiliare, lasciava alla signora D un'unica strada da percorrere per tutelare gli interessi propri e quelli dei figli; x) che trattandosi di atto a titolo oneroso sarebbe stato necessario dimostrare il *consilium fraudis*, vale a dire che la signora D era consapevole del pregiudizio arrecato ai creditori dell'ex marito, ma SS non ha fornito alcuna informazione al riguardo, mentre la sentenza impugnata si limita ad affermare che la consapevolezza della signora D si dovrebbe desumere dal pignoramento immobiliare trascritto da SS sul medesimo bene, tacendo sul fatto che tra le condizioni del divorzio era inserito l'impegno dell'A a provvedere alla soluzione del contenzioso con SS e alla cancellazione della trascrizione del pignoramento, il che dimostra che la signora D non era a conoscenza della situazione del marito anzi era convinta che egli aveva superato le proprie difficoltà; xi) che da ultimo si rileva che la sentenza da cui sorge il credito di SS è stata pubblicata il 20/9/2008, mentre la sentenza di divorzio risale al 15/7/2008, con trascrizione eseguita il 28/7/2008, quindi l'atto oggetto di revocatoria è anteriore all'insorgere del credito, per cui a maggior ragione avrebbe dovuto essere dimostrati in concorso della signora D nel confezionare un atto finalizzato a pregiudicare un possibile, seppur futuro credito di SS. Anche al fine di verificare l'attinenza delle censure svolte dall'appellante, prima di tutto occorre ricostruire e sintetizzare il percorso logico seguito nella motivazione della sentenza impugnata, la quale, dopo aver dato atto dei principi affermati dalla Giurisprudenza in ordine all'assoggettabilità a revocatoria degli accordi con i quali i coniugi stabiliscono il trasferimento di beni immobili o diritti reali minori sui medesimi, scendeva a un approfondito esame della fattispecie concreta in decisione, evidenziando: i) che il signor A ha prodotto in giudizio il ricorso per cessazione degli effetti civili del matrimonio presentato dall'ex coniuge D, nonché la sentenza resa nel procedimento di divorzio a istanza congiunta, contenente l'assegnazione dell'immobile; ii) che nel ricorso la D dà atto dell'avvenuta solo saltuaria corresponsione delle somme previste in sede di separazione per il mantenimento dei figli (nulla era previsto per la moglie, economicamente autosufficiente), richiedendo la determinazione di assegno dell'importo di € 1.500,00 mensili sempre per i figli, con prestazione di garanzia bancaria o assicurativa; iii) che le condizioni concordate tra i coniugi, trasfuse nella sentenza di divorzio, prevedono la cessione dell'immobile già di proprietà del marito in favore della moglie, con usufrutto in capo ai figli, l'obbligo di corrispondere la somma di € 1.000,00 mensili per il mantenimento dei figli e l'assunzione in capo al signor A delle spese di amministrazione ordinaria e straordinaria dell'immobile e il pagamento dei ratei del nuovo mutuo, verosimilmente finalizzato a estinguere la posizione debitoria nei confronti di SS, che aveva trascritto il pignoramento sull'immobile, che l'A si impegnava a cancellare; iv) che prove orali assunte, per la genericità di quanto riferito dai testi, in ogni caso de relato, e i documenti prodotti non forniscono uni-

voci e certi elementi di valutazione; v) che dai documenti (ricorso e sentenza) si evince che la D non aveva chiesto nulla per sé, neppure in sede di separazione, ma solo che l'ex marito le rilasciasse garanzie per il regolare assolvimento dell'onere di mantenere i figli; vi) che "la assegnazione dell'immobile - unico cespite dell'A - in presenza del persistere di un contributo di mantenimento in favore dei figli e in mancanza di atti precedenti all'assegnazione di formale messa in mora dei pregressi debiti scaduti o di esecuzione forzata, non può quindi ritenersi avere nei confronti della D natura solutoria di un pregresso debito e porta a ritenere che l'assetto dei trasferimenti effettuato all'atto del divorzio sia privo di giustificazioni di carattere economico e deve pertanto ritenersi effettuato a titolo gratuito". Così riassunta la motivazione della sentenza, non si può concordare con la valutazione conclusiva del Tribunale, in quanto:

a) la Giurisprudenza sull'assoggettabilità a revocatoria degli accordi patrimoniali tra i coniugi in sede di separazione o divorzio, citata nella sentenza impugnata, non è strettamente ricollegata alle particolarità del caso concreto come vorrebbe l'appellante, ma stabilisce il principio di carattere generale per cui nei confronti di detti accordi si ammette l'esperibilità della revocatoria (Cass., 26-7-2005, n. 15603) e, sotto il profilo dei presupposti della revocatoria, possono connotarsi, a seconda del contenuto che assumono nei diversi contesti, come atti a titolo oneroso o a titolo gratuito (Cass., 14-3-2006, n. 5473; Cass., ord., 15-4-2019, n. 10443);

b) in merito al caso concreto, ai fini della qualificazione del trasferimento come atto a titolo oneroso o a titolo gratuito, non può essere attribuito alcun rilievo alle testimonianze richiamate dall'appellante, in ordine alle lamentele della signora D riguardanti le inadempienze dell'ex marito agli obblighi assunti in sede di separazione e alle simmetriche lamentele del signor A riguardanti le pretese della ex moglie: i testi riferiscono su quanto appreso dalla signora D o dal signor A e il valore probatorio delle loro dichiarazioni è nullo, sia in quanto generiche sia, soprattutto, perché si tratta di dichiarazioni de relato (Cass., 15-1-2015, n. 569);

c) quanto all'allegazione che il trasferimento costituisse una forma di adempimento di debito scaduto, come tale non suscettibile di revocatoria a norma dell'art. 2901 comma 3 c.c., la tesi dell'appellante si fonda sulle medesime dichiarazioni dei testi appena ricordate, prive di qualsiasi valore probatorio e già questo sarebbe sufficiente a respingerla, anche perché l'onere probatorio in ordine alle circostanze dedotte per escludere la revocabilità grava interamente sulla parte che invoca l'esenzione (Cass., 8-9-2016, n. 17766);

d) in ogni caso, si rammenta che, come del resto già indicato dal Tribunale, dai documenti prodotti non risulta alcunché in merito al fatto che il trasferimento fosse attuato nell'ambito di una sistemazione che riguardasse (anche) i debiti pregressi; a parte il generico riferimento al fatto che il signor A era solito adempiere in modo saltuario agli obblighi assunti in sede di separazione, non vi è alcuna rinuncia da parte della signora D a far valere eventuali crediti relativi all'asserita (e non provata) omessa contribuzione in favore dei figli, mentre le viene trasferita la nuda proprietà dell'immobile; così come ne viene trasferito l'usufrutto ai figli, benché in favore degli stessi sia conservata, a carico del padre, una forma di contribuzione abbastanza consistente (€ 500,00 mensili per ciascuno);

e) in definitiva, non vi è alcuna contropartita (o concreto vantaggio conseguito dall'attuale appellante, nell'ambito della sistemazione dei rapporti patrimoniali tra coniugi) che possa giustificare il trasferimento dell'immobile, tale da consen-

tirne la qualificazione come atto a titolo oneroso; onde appare corretta la qualificazione di esso come atto a titolo gratuito, in conformità ai criteri indicati dalla Giurisprudenza nella specifica materia in questione; a maggior ragione, non è ravvisabile una forma di adempimento di debito scaduto (del resto neppure con precisione quantificata);

f) da un lato, quindi, non trattandosi di adempimento di debito scaduto, l'atto è assoggettabile a revocatoria; dall'altro, essendo un atto a titolo gratuito, non è richiesto il consilium fraudis in capo alla beneficiaria del trasferimento (Cass., 17-5-2010, n. 12045); fermo restando che la D non poteva non essere consapevole delle difficoltà dell'ex coniuge (sia tramite i figli, sia in considerazione del pignoramento trascritto sull'immobile: pag. 8-9 sentenza appellata);

g) infine, il credito non è insorto successivamente all'atto dispositivo, in quanto, come già indicato dal Tribunale, se la sentenza della Corte d'appello che riconosce il credito di SS è stata pubblicata il 20/9/2008, mentre la sentenza di divorzio risale al 15/7/2008, con trascrizione eseguita il 28/7/2008, tuttavia, tenuto conto che quale presupposto per agire in revocatoria è ammesso anche il credito eventuale (contestato o litigioso), quello fatto valere nel presente giudizio risale in detta forma a molto tempo prima rispetto alla pronuncia della sentenza che l'ha riconosciuto, posto che la relativa lite era pendente sin dal 14/9/1999, con la conseguenza che per l'esperibilità dell'azione ex art. 2901 c.c. non è richiesta la dolosa preordinazione volta a sottrarre il bene alla garanzia dei creditori.

2) Con riferimento a tutte le questioni affrontate dalle parti nelle memorie finali (relative all'ammontare effettivo del credito di SS posto a fondamento della revocatoria) si deve rilevare che le stesse non devono essere prese in considerazione ai fini del decidere in quanto l'esistenza del credito, quale presupposto della revocatoria, non aveva costituito oggetto di impugnazione.

Tanto premesso, ritenutane l'infondatezza, l'appello deve essere rigettato.

(...*Omissis*...)

P.Q.M.

la Corte di Appello, ogni diversa o contraria domanda, eccezione e deduzione disattesa e reietta, definitivamente pronunciando, rigetta l'appello proposto da A (...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. spec. imprese, 9 maggio 2019 - Pres. Tuttobene - Rel. Braccialini - I.M. Spa (Avv. Maraini) c. M.G. e G.M. (Avv. D'Angelo) e c. I.M. (Avv. Pitluga).

SOCIETÀ - società di capitali - verbalizzazione - diffamazione - competenza della Sezione specializzata in materia di impresa - sussiste.

SOCIETÀ - società di capitali - lesione dell'immagine e della reputazione commerciale - danno da "falsa luce" - immutazione della domanda - non sussiste.

SOCIETÀ - società di capitali - diritto di critica del socio - causa di giustificazione - presupposti e limiti.

SOCIETÀ - società di capitali - verbalizzazione in forma estesa - responsabilità del Presidente dell'assemblea - non sussiste.

(Artt. 1128, 1387, 2043, 2049, 2055 e 2059 c.c.; art. 3.2 lett. a) d.lgs 168/2003)

Sussiste la competenza della Sezione Specializzata in materia di Impresa allorché si verta in tema di responsabilità civile da diffamazione scaturente dalla verbalizzazione dell'intervento di uno dei soci atteso che la controversia investe rapporti societari e che l'art. 2 lett. a) d.lgs 168/2003 non consente di distinguere gli addebiti di responsabilità di natura contrattuale o extracontrattuale nei rapporti tra società e soci.

Il passaggio, in corso di giudizio, dalla allegazione di discredito commerciale e lesione dell'immagine a quella di danno da "falsa luce" non comporta mutamento della domanda risarcitoria in quanto le condotte addebitate sono le medesime così come rimangono immutate le eventuali conseguenze pregiudizievoli dovendosi pertanto ritenere che, sulla base di siffatte premesse, la lesione della reputazione commerciale sussuma in sé tutte le possibili varianti del pregiudizio non patrimoniale evocato.

Il diritto di critica del socio si manifesta attraverso la esternazione di una opinione, che, in quanto tale, non può essere rigorosamente obiettiva essendo necessariamente intrisa di una imprescindibile componente valutativa. In tale contesto la sussistenza dell'esimente rappresentata dall'esercizio del diritto di critica - pacificamente riconosciuto in capo al socio - ricorre allorché tale critica si riferisca a fatti storicamente e realmente accaduti, sia di interesse pubblico e, in ultimo, sia manifestata secondo forme corrette e misurate e non lesive dell'altrui dignità morale e professionale.

In sede di redazione del verbale di assemblea non sussiste la responsabilità del Presidente laddove operi la scelta di adottare la verbalizzazione integrale e non quella sintetica se anche da quest'ultima sarebbero ugualmente propalate quelle criticità e tensioni che hanno fondato l'esercizio della azione risarcitoria.

E.CER.

(...*Omissis*...) Con atto di citazione del 17 aprile 2015 la società I.M. S.p.A. conveniva in giudizio presso questo Tribunale il dott. M.G. e la sig.ra G.M. per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa della condotta posta in essere dai predetti in occasione dell'assemblea ordinaria della Società tenutasi in data 28 aprile 2014 in Genova, chiamata ad approvare il bilancio dell'esercizio precedente e a rinnovare il consiglio di amministrazione. La società esponente riferiva che, in occasione della sopracitata assemblea il dr. M.G., commercialista, per conto della socia signora G.M. (titolare di 104.000 azioni nel capitale della Società, con una partecipazione pari al 20,8%), aveva reso un lungo intervento - interamente trascritto a verbale - diretto a rappresentare una grave crisi della Società, contrariamente al vero. I.M. Spa, in particolare, sosteneva che a causa di tale intervento - e della conseguente integrale trascrizione nel verbale di approvazione del bilancio (verbale depositato presso il Registro delle Imprese ex art. 2435 c.c. e, pertanto, reso pubblico e liberamente accessibile) - era stata lesa l'immagine della Società, in quanto i fatti e i dati riportati in quell'occasione erano volutamente inesatti e/o erronei e ne era derivato un grave pregiudizio alla sua attività economica. Conseguentemente chiedeva il risarcimento del danno non patrimoniale all'immagine (pari ad € 1.000.000,00) nonché del danno patrimoniale, ivi compreso quello da perdita di chances (pari ad € 1.000.000,00), subito a causa della condotta della sig.ra G.M. e del dr. M.G., posto che il di lui intervento in assemblea aveva il precipuo scopo di ingenerare nei terzi l'erronea convinzione circa una fase recessiva dell'attività sociale. Con comparsa di

risposta ed istanza di chiamata in causa di terzo del 10 luglio 2015 si sono costituiti in giudizio il dott. M.G. e la sig.ra G.M. sostenendo, da un lato, la totale legittimità dell'intervento svolto in sede assembleare dal professionista quale delegato della socia, in quanto esercizio del diritto di informazione e critica da parte del socio e, dall'altro, la verità dei dati e fatti a fondamento dell'intervento. Inoltre le parti convenute sostenevano che non vi era alcun danno risarcibile, sia per la continenza della forma espositiva dell'intervento, sia per l'assenza di prova di effettivo pregiudizio, sia per il difetto di collegamento causale tra le condotte contestate e gli asseriti sviluppi lesivi.

I convenuti, infine, per il caso di ritenuta loro responsabilità chiamavano in causa il Presidente dell'Assemblea, sig. I.M., in quanto soggetto tenuto a curare la predisposizione del verbale dell'Assemblea in forma sintetica ed in termini non pregiudizievole per la società. Nella sua comparsa di risposta il terzo chiamato eccepeva l'inammissibilità e infondatezza della chiamata in causa in quanto le modalità di conduzione dell'assemblea ed i criteri di verbalizzazione non avevano formato oggetto di alcuna contestazione nei termini di cui all'articolo 2377 c.c. Il dr. I.M. eccepeva, inoltre, ai fini dell'articolo del 1227 c.c., il difetto di legittimazione passiva, in mancanza di una sua posizione di garanzia da cui discendesse la responsabilità per le comunicazioni/interventi confluiti nel verbale dell'assemblea sociale. Sempre a dire del presidente I.M., la domanda di manleva non poteva essere accolta in quanto, nell'ipotesi di accertamento della determinazione del danno identificato dalla società, si verserebbe nell'articolo 2055 c.c. che legittima solo una azione di regresso e non domande di manleva. Rispetto alla "oscura" garanzia impropria evocata dalle controparti, si precisava che dall'art. 2371 c.c., il quale esplicita i compiti del presidente dell'assemblea, non emergeva un potere/dovere di sintesi degli interventi dei soci; ciò trova conferma nell'articolo 2375 c.c., ove si legge che nel verbale devono essere riassunte le richieste dei soci e loro dichiarazioni pertinenti all'ordine del giorno: da qui, l'assenza di alcun profilo di responsabilità ravvisabile in capo all'organo sociale. Radicato il contraddittorio su tali opposte prospettazioni e tesi, dopo il deposito delle memorie deduttive ed istruttorie il giudice istruttore, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 12 aprile 2016, ammetteva le prove orali richieste dalle parti. L'istruttoria si è svolta nell'arco di tre udienze nelle date del 18.5; 1.6 e 21.9.2016, nel corso delle quali sono stati esaminati a teste:

i sigg.ri (...*omissis*...) in merito all'intervento assembleare del Dott. M.G., alla sua richiesta di verbalizzazione integrale e alle circostanze inerenti l'asserita presenza di una chiavetta USB, portata dallo stesso M.G. in assemblea per trasferire nel verbale il testo del suo intervento;

i sigg.ri (...*omissis*...) relativamente ai danni economici e di immagine allegati dalla Società nei rapporti con gli istituti di credito ed i fornitori, a seguito delle predette dichiarazioni assembleari del M.G.

La causa passava in decisione all'udienza del 9 gennaio 2018, in cui le parti precisavano le rispettive conclusioni in epigrafe riferite, con assegnazione dei termini ordinari per la redazione delle difese conclusive.

Per iniziativa del nuovo G.U. la causa veniva riassegnata alla Sezione Imprese, dopo appropriato contraddittorio scritto e orale sulla competenza della Sezione Specializzata, e passava definitivamente in decisione in data 29.1.2019 all'esito della discussione orale di cui all'art. 275 c.p.c.

Questioni processuali: competenza del Tribunale delle Imprese e chiamata di terzo.

Si è visto che il procedimento, trattato e gestito fino alla fase decisionale in forme monocratiche ed assegnato alla II Sezione civile a seguito della prospettata r.c. da diffamazione, è poi trasmigrato in fase decisionale alla Sezione Specializzata Imprese dopo appropriato contraddittorio scritto e orale sulla questione. Il Collegio condivide tali provvedimenti assunti all'esito dell'udienza del 5.11.2018, constatando che anche le memorie assegnate alle parti sulla pregiudiziale di competenza (collegiale e del Tribunale delle Imprese) si muovono nell'univoco segno della titolarità della Sezione Specializzata per quanto riguarda le odierne tematiche contenziose, sotto un doppio profilo: a) per il fatto che si verta in materia di "rapporti societari" (v. art. 3.2 lett. a) d.lgs. 168 del 2003): definizione ampia, che non consente di distinguere gli addebiti di responsabilità di natura contrattuale o extracontrattuale nei rapporti tra società e soci; b) Per il fatto che la chiamata di terzo operata dai convenuti rimanda ad una prospettata responsabilità di organo sociale, con l'effetto di attrarre per la connessione speciale di cui all'art. 3.3 dello stesso d.lgs. 168 l'intero contenzioso. Da qui, la condivisibile riassegnazione presidenziale dell'intero contenzioso a questa V Sezione in composizione collegiale. Da notare che la giurisprudenza della Sezione specializzata genovese ha già chiarito che, quando sorga questione di competenza "interna" tra le sezioni ordinarie del Tribunale e la Sezione Imprese, non si verte in ipotesi di conflitto da decidere con ordinanza declinatoria, ma si tratta di una semplice questione di riparto tabellare, che si risolve con la trasmissione al Presidente del Tribunale per la riassegnazione del fascicolo: come nella specie avvenuto. La (non contestata) competenza per territorio di questo Foro - benché la Società abbia sede in M.L. (UD) - discende dalla collocazione cittadina degli organi amministrativi e del suo centro direzionale, resa palese dalla convocazione dell'assemblea societaria nella nostra città. In corso di causa ha poi formato oggetto di contraddittorio la ritualità della chiamata in causa del Presidente della Società e dell'assemblea, dr. I.M. Quest'ultimo contesta l'ammissibilità della chiamata stessa perché a suo dire, per effetto della stessa chiamata, la posizione di contraddittore nei confronti della domanda originaria potrebbe ammettersi solo se egli fosse chiamato in causa quale soggetto effettivamente e direttamente obbligato (o, in caso di azione risarcitoria, quale unico responsabile del fatto dannoso), e non anche ove venga chiamato in giudizio dal convenuto per esserne garantito. In quest'ultimo caso, se l'attore vuole proporre domanda anche nei confronti del terzo chiamato, deve formulare nei confronti dello stesso una espressa ed autonoma domanda (argomentando da Cassaz. 9 aprile 2015 n. 7138). Ma, nel momento in cui la chiamata in causa del dott. I.M. trova necessario presupposto fattuale nell'affermazione e riconoscimento del contenuto illegittimo e dannoso delle dichiarazioni rese dagli stessi convenuti dott. M.G. e G.M. nel corso dell'assemblea del 28 aprile 2014 - sempre secondo la difesa del Presidente - sfugge l'autonomo titolo giuridico che legittimerebbe i convenuti a richiedere e pretendere di essere manlevati dal dott. I.M. per le conseguenze dei loro stessi comportamenti illegittimi. Su queste ultime questioni processuali, è opinione del Collegio che la chiamata in causa del Presidente dell'Assemblea sociale - in un contesto dottrinal-giurisprudenziale di qualche incertezza sui poteri censori e di sindacato di tale organo rispetto a conduzione e "contenimento" degli interventi dei soci nelle assemblee sociali e relativa verbalizzazione - sia ammissibile e si

giustificati quando venga ricondotta a riduzione delle poste risarcitorie, in caso di affermazione di responsabilità dei convenuti, per effetto del contributo (causalmente autonomo) dato al consolidarsi del pregiudizio societario a causa dell'omesso esercizio dei poteri propri del presidente dell'assemblea societaria.

In tal senso, si può parlare di un regresso "anticipato" e "condizionato" che fa riferimento all'art. 2055 c.c. e che può senz'altro fare ingresso nel processo attraverso la chiamata di terzo di cui all'art. 106 c.p.c.

Le esatte contestazioni prospettate.

Nelle memorie deduttive autorizzate dal primo istruttore sono state trattate con particolare approfondimento la qualificazione giuridica delle domande azionate e l'eccezione di novità della domanda che proviene dalle parti convenute, che rilevano una sostanziale modificazione dei fatti costitutivi dell'azione sviluppata, la quale, strutturata in termini di richiesta risarcitoria per diffamazione nell'atto introduttivo, vi-rebbe poi radicalmente verso i lidi indistinti dell'illecito da "falsa luce". Per un esatto inquadramento della questione, è opportuno dare conto analitico dei singoli profili di responsabilità prospettati da M. Spa come fatti costitutivi del diritto a risarcimento.

In tesi della I.M. Spa, la non veridicità dei fatti e dati economici esposti dal dott. M.G. nell'assemblea di approvazione del bilancio 2013 era desumibile dalla comparazione con i prospetti riepilogativi dei dati aziendali allegati come sue produzioni nn. 2,3,4,8, dalle quali si desumeva che: - con riguardo al risultato relativo all'esercizio in contestazione, definito dal Dott. M.G. come "non soddisfacente", il risultato come risultava dall'all. 2 era, al contrario, del tutto ragguardevole. Con riferimento al triennio 2011-2013, infatti, in merito agli utili distribuiti dei soggetti considerati nella tabella comparativa, la società I.M. era quella che aveva distribuito più utili di tutti; - il fatturato netto effettivo della società aveva subito, nel biennio 2012-2013, una riduzione minima ben inferiore rispetto a quella quantificata dal dott. M.G. nella misura del 12%: la riduzione percentuale era stata, invece, del solo 5,69%; - la riduzione di fatturato registrata durante l'esercizio 2013 era dipesa da una scelta strategica della società.

Tale scelta aveva prodotto effetti favorevoli e gran parte degli operatori tenuti in considerazione avevano ridotto gli incassi intaccando il loro risultato di esercizio, che era stato spesso negativo, mentre nel caso della società esponente il risultato di esercizio era comunque risultato positivo.

Non si era registrato alcun "notevole depauperamento" del valore delle azioni della società, del capitale investito e quindi della propria ricchezza la quale si era, in realtà, accresciuta. Era falsa l'affermazione secondo cui la società sarebbe risultata soccombente in una vertenza riguardante la costruzione di uno stabilimento in Novi Ligure: la società esponente, con riguardo a tale controversia aveva stipulato, invece, una transazione; - infine, non era vera la circostanza secondo cui la società è stata oggetto di una incessante erosione delle quote di mercato detenute a discapito di altri competitors. Secondo quanto emergeva dalla tabella allegato 8 dell'attrice, tutti gli operatori considerati avevano parzialmente ridotto la propria quota di mercato ma la riduzione per società I.M. solo dello 0,5%.

In tesi attorea, dunque, l'intervento del Dott. M.G. era strumentale e svolto con intento emulativo in quanto i dati forniti nell'intervento erano del tutto fuorvianti e non avevano alcuna effettiva rilevanza rispetto al bilancio di esercizio 2013, la cui

approvazione era all'ordine della giorno della citata assemblea; il che si desumeva anche dall'erroneità della scelta di confrontare dati non omogenei, in quanto riferibili a periodi risalenti. Passando ad illustrare le conseguenze dell'intervento assembleare, M. Spa assume che esso aveva provocato un grave pregiudizio alla società a causa dell'iscrizione presso il registro delle imprese, accessibile a tutti, di informazioni erranee. Ciò, in quanto la prospettazione erronea dei fondamentali dati economici della Società può produrre effetti dirompenti nella valutazione commerciale che gli altri operatori traggono sulla solidità dell'impresa esaminata e, pertanto, sull'attività del soggetto, i cui dati erronei siano stati diffusi. A sostegno della propria tesi, la società esponente riporta la dottrina e la giurisprudenza che si è occupata dei casi in cui una banca fornisca informazioni inesatte sulla solvibilità commerciale di un proprio clienti; o il fatto del terzo che, inserendosi nelle trattative contrattuali, fornisca ad una delle parte informazioni inesatte sull'affidabilità commerciale dell'altra; o, ancora, i casi di protesto illegittimo e di illecito o erronea segnalazione di una posizione in sofferenza alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, nonché, le false notizie diffuse da agenzie di informazioni e servizi giornalistiche.

Per la Società, in sostanza, le conseguenze negative sui rapporti con i terzi, ed in particolare presso operatori primari quali quelli riforniti dalla Società, discendono dall'idoneità dell'intervento assembleare del socio di minoranza ad ingenerare perplessità sulla solidità della società, con conseguente possibile riduzione e o perdita di ulteriori ordinativi, vecchi e nuovi, nonché di chances di nuovi incarichi di vendita e/o di produzione per conto di terzi.

Per quanto attiene alla prova del danno da perdita di chances, M. Spa afferma che, una volta provato il fatto lesivo, il danno che ne derivi possa ritenersi integrato tenendo presente il decorso eziologico che lo stesso fatto contestato è in grado di causare anche in chiave meramente probabilistica, secondo l'id quod plerumque accidit; e può essere liquidato anche in via equitativa (v. Cass., n. 23304/2007).

Nel caso di specie, secondo M. S.p.A., il fatto lesivo è documentalmente provato e le probabili ripercussioni sui rapporti commerciali in essere possono ragionevolmente presumersi sulla base del criterio di regolarità causale.

La quantificazione deve essere fatta tenuto conto del fatturato della società negli ultimi tre anni, all.2, ed al suo giro d'affari nel medesimo periodo, pertanto in un valore non inferiore ad 1.000.000,00 di euro. Per quanto attiene specificatamente la risarcibilità del danno all'immagine, alla reputazione, sia personale che commerciale, I.M. S.p.A. ricorda che tali diritti trovano legittimazione costituzionale e se danneggiati giustificano la richiesta di risarcimento. La diffusione, infatti, di informazioni inesatte su conto di un imprenditore può influire sulla sua buona reputazione: si parla infatti a tal proposito di lesione alla c.d. reputazione economica o di lesione alla reputazione d'impresa. La violazione del diritto all'immagine può essere integrata non solo nell'ipotesi di progettazione di notizie false, ma anche nel caso in cui la violazione venga inquadrata in una dimensione definibile come "falsa luce". Quanto ai parametri da considerare per la stima risarcitoria, secondo l'attrice occorre tener conto del "bacino di utenza" della parte lesa, della gravità dell'offesa, dell'intensità del dolo o della colpa, la notorietà e la posizione personale e sociale del soggetto leso, il clamore suscitato dalla pubblicazione. In riferimento al distinto problema della responsabilità anche della convenuta sig.ra G.M., la Società ritiene che l'intervento contestato deve essere ascritto anche alla socia, in quanto è stato pronunciato

in suo nome: in tesi attorea, il rappresentato risponde degli illeciti posti in essere dal rappresentante sia ai sensi dell'articolo 2055 c.c. nonché degli articoli 1228 e 2049 c.c. Questo perché, in tema di mandato con rappresentanza (con argomenti estensibili anche alle ipotesi di rappresentanza senza mandato), nel caso in cui mandante compia fatti dolosi o colposi risoltisi in danno al terzo, dei danni causati dal mandatario rispondono tanto quest'ultimo quanto il mandante, sempre che sussista un rapporto di occasionalità tra fra il fatto del rappresentante ed il mandato.

La Società allega poi che l'intervento dei convenuti avrebbe provocato, oltre ad un danno all'immagine della società, anche un grave pregiudizio alla sua attività economica, per i seguenti fattori: - a causa dell'iscrizione presso il registro delle imprese, accessibile a tutti, di informazioni erronee. L'intervento assembleare contestato ha destato serie preoccupazioni presso gli istituti bancari con cui la società intrattiene rapporti, i quali hanno inizialmente espresso intenzione di rivedere i fidi concessi; e hanno poi desistito, una volta resi conto dell'inattendibilità delle dichiarazioni dei convenuti; - essendo i bilanci depositati presso il registro delle imprese, le informazioni svianti possono essere utilizzate dai potenziali clienti, in particolare dalle catene della grande distribuzione, per selezionare gli operatori a cui affidare la produzione e fornitura di tonno, le quali scelgono la società che garantiscono maggiore solidità fondando le proprie determinazioni anche sulle risultanze dei bilanci sociali; in particolare ponendo attenzione alle censure e critiche formulate dai soci nel corso dell'assemblea di bilancio; - alcuni competitors utilizzano spesso le risultanze di bilancio per evidenziare alla clientela aspetti negativi inerenti la solidità dei concorrenti; - pertanto l'erronea prospettazione dei fondamentali attributi economici di una società può produrre effetti dirompenti nella valutazione commerciale che gli altri operatori formulano di essa.

Qualificazione delle domanda e relativa novità.

Dato analitico conto degli addebiti mossi ai convenuti e relative allegazioni circa il danno patrimoniale non patrimoniale conseguitone, si tratta a questo punto di qualificare la domanda azionata per verificare la fondatezza o meno dell'eccezione di novità della stessa. Nella citazione introduttiva la società attrice assume di essere lesa nella sua immagine e reputazione commerciale dall'intervento in assemblea del dr. M.G. per conto della socia di minoranza.

Il danno non patrimoniale sarebbe costituito dalla diminuzione di considerazione della persona giuridica, nella quale si esprime la sua "immagine", sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuita considerazione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente; sia, per quel che più specificamente attiene questo giudizio, in relazione alla minore considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi, con i quali la persona giuridica o l'ente di solito interagisce. Secondo la pacifica giurisprudenza civile e amministrativa, il diritto all'immagine ed alla reputazione commerciale deve essere oggi riconosciuto anche in capo alle persone giuridiche (cfr. Cons. St. 491/2008 e Cass., n. 12929/2007, confermata da Cass., n. 18082/2013). Viene in rilievo tale danno non patrimoniale qualora il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana costituzionalmente protetti, qual è il diritto all'immagine. Come accade in tema di lesione della reputazione professionale di un individuo, anche in questo caso il danno subito dalla persona giuridica deve

identificarsi con un danno conseguenza, cioè con un accadimento concreto ricollegabile alla lesione della situazione protetta in base a un nesso di causalità. In altri termini, non è sufficiente la prova del fatto lesivo, essendo necessario provare il danno concretamente subito dall'ente, oltre al nesso di causalità tra evento e danno. Una totale sconfessione delle opinioni che ravvisavano un "danno in re ipsa" alla reputazione si ritrova nelle decisioni della Cassazione nn. 7211 del 2009 e 2226 del 2013. Tutto ciò premesso, pare al Collegio che il passaggio dall'allegazione di discredito commerciale e quello di danno da "falsa luce" dell'informazione propalata non costituisca immutazione della domanda risarcitoria, dal momento che le condotte addebitate alla socia ed al suo rappresentante sono quegli stessi comportamenti analiticamente esaminati nel secondo paragrafo della citazione introduttiva e la conseguenza prospettata è sempre la medesima, sul versante patrimoniale e non patrimoniale. In particolare, per quest'ultimo profilo si può ragionevolmente pensare che l'introduzione della categoria della "falsa luce", sulla suggestione di esperienze di matrice anglosassone che nell'esperienza giurisprudenziale nazionale paiono recepite solo per la dimensione dell'identità "ideologica" delle persone fisiche (soprattutto quando titolari di un'immagine pubblica legata principalmente all'esercizio di funzioni politiche), sia fondamentalmente una strategia difensiva volta a paralizzare le eccezioni formulate dai convenuti sull'esistenza di appropriata causa di giustificazione, quale l'esercizio del diritto di critica spettante al socio. Fatto sta che non si ravvisa alcuno spostamento dei fatti dialettici posti a fondamento della pretesa risarcitoria sviluppata da M. Spa in termini tali da impedire l'esercizio del diritto di difesa, che invece ha avuto ampio modo di svilupparsi per tutto il corso del processo, nelle difese scritte e orali delle parti convenute. Concludendo perciò per questa parte introduttiva in termini che escludono qualsiasi novità "spaziante" nelle prospettazioni di M. Spa, il successivo esame sarà dedicato alla verifica circa l'effettiva sussistenza, o meno, delle condotte contestate e alla loro riconducibilità al paradigma generale della lesione della reputazione e dell'immagine commerciale dell'impresa attrice, che è l'esatta qualificazione da annettersi alla domanda azionata da I.M. Spa per la componente non economica: con qualificazione che copre tutte le possibili varianti del pregiudizio non patrimoniale variamente evocate dalla Società stessa.

Disamina in fatto delle condotte contestate.

Poiché da parte dei convenuti, ed in particolare del dr. M.G., è presente una ferma contestazione degli assunti della Società sul fatto che tale professionista avrebbe preteso l'inserimento integrale del suo intervento nel verbale di assemblea societaria, il Collegio deve esaminare la stessa sussistenza materiale degli addebiti formulati da Società e Presidente della M. Spa in una dimensione storico/ricostruttiva di chiara impronta fattuale. Dal compendio delle dichiarazioni dei testimoni sentiti su questo specifico profilo (...omissis...) è emerso che l'intervento del M.G. è stato lungo, dettagliato e molto articolato e che quest'ultimo aveva chiesto di persona la verbalizzazione integrale dello stesso nel corso dell'assemblea del 28 aprile 2014 (prassi non sconosciuta nella società, dato che già in precedenza vi era stata una richiesta d'integrale trascrizione verbale). A questo punto, terminano le concordanze nelle dichiarazioni testimoniali e si innestano i profili più incerti della vicenda relativi alla presenza o meno di una chiavetta USB circolata nel corso dei lavori societari e contenente l'intervento da esporre in assemblea, portata in assemblea dallo stesso M.G.

Al riguardo, i testi (...*omissis*...) negano o comunque affermano di non ricordare della presenza di tale chiavetta. I testi (...*omissis*...) affermano espressamente, invece, che il M.G. avesse recato con sé la chiavetta e che l'avesse passata al (...*omissis*...). Il teste (...*omissis*...) ricorda solo genericamente della presenza di una chiavetta, senza sapere chi ne fosse il proprietario.

L'ulteriore profilo di criticità emerge in relazione alle presunte "pressioni" del M.G. sugli altri componenti al fine di garantire la trascrizione integrale del suo intervento. I testi (...*omissis*...) non ricordano che il M.G. avesse fatto presente la responsabilità dei soggetti verbalizzanti in caso di mancata trascrizione integrale del suo intervento.

Il teste (...*omissis*...), invece, ha affermato che tutti i membri erano "consapevoli" che il mancato inserimento di tale intervento nell'ambito del verbale avrebbe potuto comportare delle conseguenze spiacevoli. Quest'ultimo professionista, poi, insieme al teste (...*omissis*...), ha ulteriormente riferito la circostanza che gli esponenti del Consiglio di Amministrazione avevano chiesto al M.G. di soprassedere alla richiesta di trascrizione integrale e che quest'ultimo aveva rifiutato, insistendo per l'allegazione di copia integrale del suo intervento. Occorre infine tenere presente quanto affermato dal presidente dell'assemblea e della Società, Dott. I.M., il quale, nella propria comparsa di risposta, riferisce che né lui, né altri hanno proferito parola: prima, durante, dopo l'intervento del Dott. M.G.

Analizzando criticamente tali contributi informativi ed esaminando le singole doglianze sollevate dalla società attrice nell'odierno contenzioso, il Collegio rileva che: a) non c'è stato alcun utilizzo in assemblea di chiavetta di memoria per trasferire l'intervento precompilato che, secondo la Società, dr. M.G. avrebbe "addirittura portato con sé un supporto informatico (chiavetta usb) contenente il file dell'intervento - di certo anticipatamente predisposto con propria rappresentata, signora G.M., - al fine di assicurarsi l'esatto e integrale inserimento nel testo del relativo verbale" (pag. 5 citazione). Ne ha in effetti parlato durante l'istruttoria il teste (...*omissis*...), ricordando "perfettamente" che il Dott. M.G. avrebbe consegnato la chiavetta USB all'Avv. (...*omissis*...) (segretario dell'assemblea); sentito sullo stesso punto, però, (...*omissis*...) in piena coerenza con quanto riferito da tutti gli altri testimoni, ha negato di averla mai ricevuta b) non risulta che il M.G. avrebbe richiesto di riportare integralmente l'intervento "pena la responsabilità dei soggetti verbalizzanti" (come afferma l'attrice al cap. 2, pag. 14, della memoria ex art. 183.6 n. 2 c.p.c.). In questo caso, deve rilevarsi che nel verbale assembleare non si rinviene traccia di tale affermazione né l'escusazione dei testimoni ha fornito la prova di quanto asserito dalla Società in questo specifico addebito. Non è stato dimostrato neppure l'ulteriore assunto dell'attrice (cfr. pp. 3 e 5 citazione e pag. 3 della memoria ex art. 183.6 n. 1) sul fatto che "alcuni membri hanno invitato a riflettere sugli effetti deleteri che avrebbe potuto patire la Società con la trascrizione a verbale di un intervento recante informazioni tanto infondate quanto lesive". Non vi è alcuna menzione di sorta nel verbale di assemblea. Inoltre, tra i quattro testimoni ascoltati, due di essi (...*omissis*...) dichiarano di "non ricordare".

Assume, dunque, valore dirimente quanto affermato dal presidente dell'assemblea (nonché Presidente della Società) Dott. I.M., il quale, nella propria comparsa di risposta, riferisce che né lui, né altri hanno proferito parola, prima e per tutto il corso dell'intervento del Dott. M.G.

La sintesi delle acquisizioni istruttorie si completa con le evidenze documentali, e queste forniscono un contributo deter-

minante sul punto in contestazione in quanto è agli atti la missiva mail del 28.4.2014 ad ore 17.07 con cui il dr. M.G. trasmetteva all'organo verbalizzante il testo del suo intervento, che poi si legge per intero nel verbale di assemblea, affinché fosse "integralmente riportato nel verbale". Sulla base di tali evidenze, si può dunque concludere che sicuramente il professionista ha insistito in assemblea per ottenere la completa riproduzione del suo testo nel verbale conclusivo, che ha poi fornito in un momento successivo a chi si occupava della verbalizzazione finale; senza trasmodare in minacce di alcun tipo e con chiaro imbarazzo generale dei partecipanti alla riunione, che però non si è trasformato in alcun "veto" di sorta su tale richiesta. Ne discende la piena riferibilità in linea di fatto dell'intervento contestato al rappresentante della socia, nei termini esattamente verbalizzati e poi riprodotti con l'atto iscritto a Registro Imprese: pervenuto ai verbalizzanti nelle forme comunicative da ultimo riferite.

Diritto di critica in generale e del socio in particolare.

Fin dalle battute introduttive dell'odierno contenzioso è stato posto l'accento sull'esistenza o meno della causa di giustificazione che eliderebbe l'illiceità degli addebiti sopra l'umeggiati nell'intervento sicuramente riferibile al dr. M.G.

Si rende quindi necessaria un'appropriata digressione per esaminare i presupposti applicativi del diritto di critica, in termini esimenti dei vari profili lesivi riconducibili alla reputazione commerciale di I.M. Spa come sopra qualificati, con particolare attenzione per i suoi risvolti in ambito societario. In linea generale, il diritto di critica si concretizza nell'espressione di un giudizio o di un'opinione che, in quanto tale, non può essere rigorosamente obiettiva. Qualora si pervenga, attraverso l'esame globale del contesto espositivo, a qualificare quest'ultimo come prevalentemente valutativo, i limiti dell'esimente sono costituiti, secondo attuale e consolidata giurisprudenza, dalla rilevanza sociale dell'argomento e dalla correttezza di espressione (cfr. sul punto Cass., n.11211/1993 costantemente seguita dalla giurisprudenza successiva).

Cronaca e critica sono attività diverse: entrambe concernono gli accadimenti di pubblico interesse ed i soggetti che vi sono coinvolti, ma mentre la cronaca è esposizione dei fatti ed il suo scopo è informare il lettore (per cui deve essere fondata sulla più scrupolosa obiettività), la critica consiste invece in un'attività prettamente valutativa e si risolve in un dissenso, o in consenso, per lo più ragionato rispetto alle opinioni o alle condotte altrui: si atteggia come analisi di eventi, condotte, fenomeni, allo scopo di apprezzarne il significato. La critica deve riferirsi ad un determinato evento ma, per sua stessa natura, consiste nella rappresentazione di quello stesso fatto e, dunque, nella sua elaborazione/interpretazione soggettiva. Ed il giudizio, in cui essa si sostanzia, non può essere rigorosamente obiettivo ed imparziale (così Cass., n. 6416/2004). La critica negativa dell'operato altrui, in particolare, non è di per sé offensiva quando sia socialmente rilevante, perché non può considerarsi lesiva della reputazione altrui l'argomentata espressione di un dissenso rispetto a specifici comportamenti. Vi sono ipotesi in cui l'espressione della critica comporta necessariamente anche valutazioni negative circa le qualità morali o intellettuali del destinatario: in questi casi l'inevitabilità del collegamento alla critica scrimina l'offesa nei limiti in cui essa è indispensabile per l'esercizio del diritto costituzionalmente garantito. Pertanto rimangono egualmente punibili quelle espressioni che la giurisprudenza definisce "gratuite", nel senso di non necessarie all'esercizio del diritto, in quanto inutilmente volgari o umilianti o dileggianti. Ciò che determina l'abuso del diritto è la gratuità

delle aggressioni non pertinenti ai temi apparentemente in discussione. La valutazione del carattere diffamatorio o non diffamatorio di uno scritto o di altra manifestazione del pensiero è una valutazione di un fatto per il giudice che deve effettuarla: falsificazione o manipolazione delle qualità di una persona determinata in un certo contesto. La forma della critica non è civile quando non è improntata a leale chiarezza, quando cioè si ricorre al c.d. “sottinteso sapiente”, agli accostamenti suggestionanti, al tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato o comunque all’artificiosa e sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre, alle vere e proprie insinuazioni. Ciò che distingue la critica dall’insulto, è il fatto che la prima è argomentata, la seconda è gratuita. Per essere validamente argomentato, un giudizio critico deve essere corredato da una spiegazione che renda manifesta al destinatario del messaggio la ragione della censura, essendo sufficiente un carattere minimo di logicità. In riferimento ai (necessari) limiti del diritto di critica, è possibile affermare in questa sede che:

1) Quanto alla verità del fatto narrato: la critica, in quanto formulazione di opinioni personali circa determinati fenomeni, non può ritenersi soggetta al rispetto di questo limite. E ciò non nel senso che la critica è svincolata da qualsivoglia profilo di verità, ma nel solo senso che, quale “rilettura ragionata” di un determinato fatto, si deve presentare come attività di interpretazione (positiva o negativa) dell’esistenza e della dinamica di quello stesso fatto. Non è dunque possibile pretendere che la critica sia rigorosamente veritiera o obiettiva, proprio perché una critica obiettiva sarebbe mera contraddizione in termini, la negazione stessa del suo essere un contributo dialettico necessariamente parziale. È vero, di contro, che la critica deve avere un contenuto di veridicità, ma solo nel senso che deve riferirsi ad un fatto storicamente vero o ad un evento realmente accaduto;

2) Quanto all’interesse pubblico: è necessario un bilanciamento che è ravvisabile nella pertinenza della critica di cui si tratta rispetto all’interesse pubblico, cioè l’interesse dell’opinione pubblica (che può essere una platea selezionata di operatori economici) alla conoscenza non tanto del fatto oggetto di critica, quanto di quella specifica e peculiare interpretazione;

3) Quanto alla continenza espressiva: quando la narrazione di determinati fatti è esposta insieme alle opinioni dell’autore dello scritto in modo da costituire contemporaneamente esercizio di cronaca e di critica, la valutazione della continenza non può essere condotta sulla base di criteri solo formali, dovendo invece lasciare spazio all’interpretazione soggettiva dei fatti esposti. La critica deve comunque concretizzarsi in un dissenso motivato e in valutazioni corrette e misurate e non lesive dell’altrui dignità morale e professionale. Conseguentemente il limite per l’esercizio di tale diritto deve considerarsi travalicato quando l’agente trascenda in attacchi personali diretti a colpire, su un piano esclusivamente personale e senza alcuna finalità di pubblico interesse, la figura morale del soggetto criticato.

Ciò premesso in generale, con particolare riferimento al diritto di critica del socio nel contesto dell’assemblea societaria (che, giova ribadirlo, costituisce la sede di elezione per l’esercizio di tale indefettibile diritto), la giurisprudenza è orientata nel senso del riconoscimento del diritto di criticare gli amministratori anche in modo aspro perché i soci debbono poter esercitare il loro potere di controllo in modo penetrante, proprio per assicurare l’esercizio di una corretta attività gestionale nell’interesse della società e dei soci. Con particolare riferimento alla portata del diritto di critica nel contesto dell’assemblea societaria, Cass., n. 16420/2008 (in un caso relativo al comportamento di alcuni soci

che avevano criticato l’operato degli amministratori) ha stabilito che: “Se è vero, infatti, che deve essere riconosciuta ai cittadini la più ampia possibilità di critica e se è vero che ai soci di una società deve essere riconosciuto il diritto di criticare gli amministratori anche in modo aspro perché debbono esercitare il loro potere di controllo in modo penetrante proprio per assicurare l’esercizio di una corretta attività gestionale nell’interesse della società e dei soci, e se è vero, infine, che la critica si sostanzia in un giudizio non suscettibile di essere considerato vero o falso, è altrettanto vero, per oramai pacifica giurisprudenza di legittimità, che il fatto assunto a base delle opinioni e delle valutazioni espresse deve essere esistente.”.

Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza di merito (Trib. Torino sentenza 21.04.1998), secondo cui: “dal principio secondo il quale il diritto di critica deve essere esercitato entro i limiti oggettivi fissati alla logica concettuale e dall’ordinamento positivo non può desumersi che la critica sia sempre vietata quando può offendere la reputazione individuale, dovendosi invece ricercare il bilanciamento dell’interesse individuale alla reputazione con l’interesse alla non introduzione di limitazioni all’esplicazione della formazione del pensiero costituzionalmente garantito. L’ambito assegnato al lecito esercizio del diritto di critica deve ritenersi particolarmente ampio se costituisce manifestazione dell’esercizio dei diritti attribuiti al socio nella riunione dell’assemblea ordinaria di una società finanziaria di telecomunicazioni soggetta a controllo pubblico. La rilevanza collettiva dei temi affrontati e gli usi sociali comunemente accettati consentono di collocare la soglia della lesione dell’onore e della reputazione della società su un livello più elevato del consueto”.

La Cassazione in epoca più recente ha stabilito che, in tema di diritto di critica, occorre tenere conto anche della forte conflittualità tra le parti, perché in tal caso il limite della continenza può intendersi superato soltanto in presenza di espressioni che, in quanto gravemente infamanti e inutilmente umilianti, trasformano in una mera aggressione verbale del soggetto criticato; ed ha applicato tali indicazioni ermeneutiche in un caso in cui il presidente di una cooperativa aveva criticato durante un’assemblea, in loro assenza, il comportamento di alcuni soci che non avevano adempiuto agli obblighi economici che derivavano dalla loro partecipazione alla cooperativa. Nell’occasione, tale organo aveva anche accusato i soci in mora di non saper stare in società o in condominio.

Secondo la Corte (Cass. n. 29105/2015): “sostenere che qualcuno non rispetta obblighi di natura economica può essere di per sé diffamatorio ma solo se il fatto non è vero. Mentre non c’è reato se l’addebito corrisponde alla realtà o se si ha ragione di ritenerlo corrispondente al vero. In tema di diritto di critica, occorre tenere conto anche della forte conflittualità che vi era tra le parti perché in tal caso il limite della continenza può intendersi superato soltanto in presenza di espressioni che, in quanto gravemente infamanti e inutilmente umilianti, trasformano in una mera aggressione verbale del soggetto criticato”.

Pertinenza, continenza e verità delle critiche esposte.

Dei tre presupposti per potersi riconoscere l’efficacia esimente del diritto di critica, due non sono oggetto di particolare contestazione nell’odierno contenzioso. Il collegamento logico tra le tematiche assembleari da discutere in sede di approvazione del bilancio di esercizio e di rinnovo dell’organo amministrativo, con le questioni poste all’attenzione dei soci nel corso del suo intervento dal dr. M.G., appare di solare evidenza: in una fondamentale tappa per la vita dell’impresa, come l’assemblea chiamata ad approvare il bilancio di esercizio e rinnovare l’organo amministrativo, era consistente l’interesse del socio a rappre-

sentare criticità economiche tali da provocare un radicale ripensamento della gestione aziendale, come si desume apertamente dalle conclusioni esposte nella parte finale dell'intervento del dr. M.G. per sollecitare un deciso cambio di rotta societaria. Non meno palese può ritenersi pure l'interesse (dei soci e dei terzi operanti con la Società) alla diffusione oltre la stretta cerchia societaria di contributi critici, nell'indicata prospettiva di una rimeditazione delle scelte gestionali palesatesi nell'esercizio decorso, come efficacemente dimostrato dal fatto che la "requisitoria" del dr. M.G. è stata seguita a ruota dalla condivisione dei medesimi rilievi critici da parte di altra socia di minoranza (...*omissis*...).

Altro aspetto che non può minimamente essere posto in dubbio è quello della "continenza" delle forme usate per la manifestazione dell'apporto critico del rappresentante dell'azionista: in nessun modo si può parlare di gratuita offensività dell'intervento assembleare o di gratuita denigrazione della Società e del suo vertice.

Più articolata analisi merita il terzo presupposto che, come sopra anticipato, va letto nella particolare dimensione propria di un contributo critico proveniente da soggetto che, per definizione, non può disporre di uno spettro informativo completo sulla vita aziendale e ha diritto quindi ad un primo preliminare contributo delucidativo che, in effetti, la Società non ha fatto mancare, se è vero che, subito dopo l'intervento del rappresentante della socia di minoranza, i lavori assembleari sono stati sospesi per consentire la partecipazione dei referenti amministrativi aziendali invitati a fornire appropriate spiegazione sui temi "caldi" posti all'attenzione dell'organo assembleare dal M.G. Analizzando i contenuti completi dell'intervento assembleare di quest'ultimo, senza estrarre fior da fiore ma valutando l'intero impianto argomentativo, pare al Tribunale che esso sia finalizzato a conseguire due legittimi obiettivi:

a) richiedere quell'informazione aggiuntiva di cui il socio di minoranza non può disporre a causa del coinvolgimento solo indiretto nelle politiche commerciali e nelle scelte amministrative del management aziendale, in funzione dell'appropriato e consapevole (imminente) esercizio del diritto di voto; b) Provocare una rivisitazione dell'impostazione imprenditoriale di I.M. S.p.A., ritenuta "familistica" e ormai troppo asfittica rispetto alle esigenze poste dalla competizione internazionale e dal mutato scenario dei mercati, per arrivare ad un assetto di vertice che si avvallesse di figure professionali esterne in grado di riorganizzare l'impresa secondo i nuovi indirizzi economici imposti da tale competizione.

Si impone ora l'analisi della verità dei fatti a fondamento dell'intervento, nella particolare dimensione valutativa che tale termine assume quale presupposto per il legittimo esercizio della critica proveniente dal socio.

Come nota la difesa dei convenuti, in via generale occorre rilevare che l'integralità dell'intervento fa esclusivo riferimento a dati veritieri le cui (pubbliche) fonti sono il bilancio della Società (prodd. 3, 4, 5 bilanci, relazione sulla gestione e note integrative relative agli anni 2011, 2012 e 2013); i dati di provenienza dell'associazione di categoria ("ANCIT"), nonché uno studio di primaria Società di consulenza (Nielsen) dedicato allo specifico comparto alimentare; non a personali congetture del rappresentante dell'azionista, che esprimeva nell'occasione una serie di argomentate censure ad un risultato di esercizio non poteva destare effettive preoccupazioni in termini di competitività commerciale. Si tengano presente i seguenti dati economici, desumibili dagli ultimi tre esercizi precedenti l'assemblea del 28 aprile 2014, da cui si desume un calo della redditività aziendale con qualche maggiore preoccupazione per l'esercizio appena

concluso perché, pur a fronte di un apprezzabile contenimento dei costi della produzione, gli utili risultano quasi dimezzati rispetto all'anno precedente e sono un terzo di quelli conseguiti nel 2011: (...*omissis*...).

Ora, nelle pagg. 15 e 16 della citazione l'attrice contesta l'affermazione del convenuto per cui: "la società ha visto addirittura diminuire notevolmente la propria quota di mercato e il proprio volume a discapito di altri competitor e di concorrenti un tempo marginali".

Ulteriormente l'attrice contesta l'affermazione del convenuto per cui (cfr. righe 10 e 11 verbale): "la conseguenza di detta gestione è stata per gli azionisti della società un notevole depauperamento del valore delle azioni della società, del capitale investito e quindi della propria ricchezza".

Sempre secondo la società: "(...) diversamente da quel che sostengono i convenuti (...) sono state alleggate notizie false (...). Come risulta dai patrimoni netti della società e di alcuni competitor costituisce un dato falso la circostanza in cui si sarebbe registrato un "notevole depauperamento del valore delle azioni della società, del capitale investito e della propria ricchezza". Anche a prescindere dalla comparazione del patrimonio netto della società con quello di altri concorrenti, lo stesso non si è depauperato ma si è addirittura accresciuto".

Nota il Collegio che, scorrendo l'intervento effettuato in assemblea (ed in particolare il passo contestato), non figura alcun richiamo, traccia o menzione alla nozione di "patrimonio netto" che, di per sé, evoca scenari economici abbastanza critici: il rappresentante dell'azionista ha semplicemente espresso la ragionevole considerazione che, a fronte dei dati estrapolati dalla bozza di bilancio in via di approvazione (in particolare, considerando il documentato calo di valore della produzione, utili e MOL) il valore delle azioni - e quindi del capitale investito dall'azionista - si era ridotto. Passando alla seconda censura, nell'atto introduttivo (cfr. pp. 16 e ss.) l'attrice afferma essere fuorviante la prospettazione del socio nella parte in cui si è sottolineato che la Società è stata soggetta ad una "incessante erosione delle quote di mercato detenute a discapito di altri competitor e di concorrenti un tempo marginali": espressione che, come tale, fa pensare ad una particolare inettitudine degli amministratori. Osserva però il Tribunale che tale citazione deriva in realtà da un "taglia e incolla" di due frasi facenti parte di due periodi differenti dell'intervento.

Nel testo del M.G., infatti, si fa riferimento - a pagina 2, rigo 25, e quindi in uno specifico contesto dedicato all'analisi di mercato, alla "(...) incessante erosione delle quote di mercato detenute." Tale concetto viene enunciato in una dimensione puramente oggettiva dopo aver presentato una breve e sintetica esposizione dei dati relativi al mercato delle conserve ittiche, senza il minimo riferimento alla crescita di concorrenti "marginali". Invece in un passaggio successivo, a pag. 4, righe 8 e 9 del predetto verbale, e in conclusione dell'intervento, si afferma che: "la Società ha visto diminuire notevolmente la propria quota di mercato e il proprio volume di vendite a discapito di altri competitor e di concorrenti un tempo marginali". Si tratta quindi di una considerazione generica e conclusiva che può condividersi o meno, ma che muove da non contestabili dati economici circa un'effettiva riduzione della quota di mercato a vantaggio, comparando i dati, di altre Società, confermando quindi la veridicità dei rilievi critici esposti per conto della azionista di minoranza. Quanto poi alla "soccumbenza" in un contenzioso che riguardava le sorti di uno stabilimento aziendale, programmato nella sua dimensione progettuale ma mai realizzato, l'imprecisione è solo relativa, perché è documentato che il contrasto determinatosi in tale vicenda con altri partners economici sia stato definito con una

transazione che prevedeva un esborso da parte della Società di 400 mila euro, e quindi in termini tutt'altro che favorevoli per la M. Spa. Se quindi non si può parlare di una soccombenza processuale, è invece del tutto giustificato definire la vicenda come soccombenza economica.

Ne discende conclusivamente che, secondo il Tribunale, l'intervento riportato dal convenuto Dott. M.G. ha rappresentato il legittimo esercizio del diritto del socio ad ottenere in assemblea informazioni e chiarimenti di dettaglio sull'andamento della società e ad esprimere opinioni e critiche riguardo alla gestione sociale per l'esercizio 2013 in funzione dell'imminente esercizio del diritto di voto dell'azionista. Esso risulta essere aderente ai principi, richiamati ed elaborati dalla giurisprudenza sopra richiamata - con particolare riferimento all'esercizio della libertà di stampa e a tutela della reputazione della persona, ma con precise "incursioni" nella materia societaria - in merito ai presupposti della verità dei fatti, della pertinenza e della continenza, necessari per il legittimo esercizio del diritto di manifestazione del pensiero. Inoltre, nello specifico ambito economico che qui rileva, l'intervento è altresì pienamente conforme a tutti gli altri parametri elaborati dalla giurisprudenza in materia di diritto di critica, quale species del diritto riconosciuto a livello costituzionale dall'art. 21 della nostra Legge Fondamentale. E si è visto che il nucleo dell'intervento critico è costituito da dati desunti dai bilanci sociali e da dettagliati richiami a studi realizzati da primarie società di analisi del mercato, gli uni e gli altri correttamente enunciati: non, dunque, da asserzioni meramente frutto di considerazioni personali del convenuto M.G.

Ne discende che non è ravvisabile una responsabilità della socia (...omissis...) e del professionista che la rappresentava in occasione dell'Assemblea sociale del 28 marzo 2014 per i contenuti dell'intervento sottoposto ai restanti azionisti, con conseguente reiezione della domanda risarcitoria sia per il danno patrimoniale che per quello non patrimoniale. L'assoluzione dei convenuti comporta l'impossibilità di prendere in esame l'eventuale posizione del terzo chiamato ai fini dei risarcimenti richiesti, visto che non ricorre il presupposto del regresso anticipato, costituito dall'affermazione di responsabilità del M.G. e della sua rappresentata.

Insussistenza di pregiudizio economico.

In relazione alle allegazioni di danno economico, da sole valorizzate in un milione di euro, ritiene il Collegio che in ogni caso tale prospettiva risarcitoria sia esclusa dalle acquisizioni dell'istruttoria svolta al riguardo, anche a prescindere dalla precedente assolutoria.

Come già in precedenza, è necessario dare conto dei contributi informativi raccolti in sede testimoniale, in cui si è proceduto con attento scrupolo ad indagare gli effetti dell'iscrizione camerale del verbale di assemblea sugli interlocutori bancari di M. Spa. In tale contesto istruttorio, il teste (...omissis...) ha riferito di aver telefonato al Rag. (...omissis...) della società I.M. S.p.A. e di aver incontrato anche il presidente dr. M., dal quale aveva avuto chiarimenti sulla posizione della maggioranza dei soci e sui riflessi della gestione dell'azienda. In ogni caso, dopo i chiarimenti resi, non era stato riscontrato alcun motivo di preoccupazione e pertanto non era stata apportata alcuna modifica nel rapporto con la società.

(...Omissis...) BNL, a seguito di normali e routinarie verifiche, aveva disposto il rinnovamento degli affidi.

In merito ai rapporti con i fornitori della società, è stato sentito il teste (...omissis...) (all'epoca dei fatti responsabile dell'ufficio estero delle I.M.), il quale ha riportato che la GRAAL,

società estera da cui acquistavano (...omissis...), aveva richiesto chiesto una garanzia, in quanto il loro responsabile commerciale aveva abbassato il rating della I.M. portandolo da 100.000 a 30.000 euro. A seguito di contatti da parte della società I.M., i responsabili del fornitore estero avevano motivato le ragioni del rivisto rating sulla base di un supposto contrasto tra i soci. (...omissis...)

Rispetto a queste poste risarcitorie in esame inerenti il danno patrimoniale, la società attrice (cfr. p. 25 della citazione) afferma che: "anche solo la evidenza di un dissidio fra i soci che, nella specie, non ha alcun motivo di esistere e che è solo strumentalmente creato da taluni soci, trasferisce una immagine di inaffidabilità e danneggia la Società". Secondo la M. S.p.A., l'intervento in assemblea del dr. M.G. avrebbe causato una "preoccupazione" presso le banche nonché una riduzione delle linee di credito utilizzabili, con riguardo a due fornitori (uno polacco ed uno delle Isole Mauritius).

Ad avviso del Tribunale, tali assunti sono privi di fondamento.

Infondata è la ragione di danno invocata da controparte e concernente il rapporto con le Banche "con cui storicamente opera la Società" (pag. 8 memoria ex art. 183.6 n. 2 c.p.c.) che avrebbero manifestato "preoccupazione".

Deve sottolinearsi che è la stessa Società attrice ad escludere che, nella specie, si sia verificato alcun danno in seguito alle dichiarazioni rese dal rappresentante dell'azionista, quando nelle proprie difese processuali scrive: "All'esito delle verifiche e delle indagini, invece, risultando confermata la non veridicità della prospettazione (a dimostrazione delle informazioni giustapposte nell'intervento contestato), i fidi non venivano ridotti."

In effetti, risulta ampiamente dimostrato che gli istituti bancari hanno ritenuto totalmente ininfluenti ed irrilevanti il contenuto delle dichiarazioni del Dott. M.G. rispetto alla conferma o meno degli affidamenti bancari.

Il contributo più esplicito in tal senso viene dal menzionato dr. (...omissis...), il quale ha sottolineato di: "non avere tenuto conto delle dichiarazioni risultanti dal verbale di assemblea del dott. M.G."; mentre determinante per la conferma delle relazioni bancarie era stata l'analisi relativa "ai numeri risultanti dallo stato patrimoniale e dal conto economico. Sotto il profilo numerico, dal mio punto di vista, le dichiarazioni del M.G. non erano rilevanti". Ciò è ulteriormente riaffermato in risposta ad altro capitolo di prova: "Non ho fatto il confronto fra le dichiarazioni contenute in verbale del M.G. e i bilanci societari; mi sono semplicemente basato sui bilanci".

Lo stesso giudizio di irrilevanza è formulabile quanto al già riferito contributo informativo del funzionario (...omissis...) così rendendo plasticamente evidente il peso che nella specie è stato attribuito alle posizioni dissenzienti dei soci ai fini dei rinnovi degli affidamenti bancari.

Con riguardo infine alla riduzione del credito con fornitori terzi, e dunque alla posizione del fornitore polacco (...omissis...), premesso che si tratta di forniture di (...omissis...), residuali e marginali rispetto al core business della Società (...omissis...), nessuna giustificazione viene dal medesimo fornitore fornita nelle proprie comunicazioni del giugno 2015 e marzo 2016 (prodd.16 e 17) circa le cause che avrebbero comportato la dichiarata "riduzione della linea assicurabile". (...omissis...)

La testimonianza prosegue facendo riferimento ad un colloquio intervenuto non con il fornitore (...omissis...) ma con altro soggetto (impresa assicuratrice (...omissis...)) che "ci disse che avevano avuto notizie di contrasti tra i soci e per tale motivo avevano rivisto il rating di I.M.". Tale affermazione, a tutto voler conce-

dere, non può che riferirsi al “contrasto tra soci” espressamente rappresentato e verbalizzato nel corso dell’assemblea del 2014. Ora, che un contrasto tra i soci - del tutto legittimo - fosse inderogabile dall’intervento del M.G. e potesse essere oggetto di attenzione degli operatori bancari e commerciali, per i dissidi interni alla compagine familiare e sociale della M. Spa, è circostanza che si desume dalle conclusioni stesse del dr. M.G. che, per conto dell’assistita, concludeva auspicando una radicale mutazione di rotta nella governance societaria.

Prima ancora, però, ed indipendentemente dalle iniziative del M.G. o della G.M., l’esistenza di un dissidio familiare a monte emerge a chiare lettere dall’esordio della verbalizzazione dell’assemblea, in cui tutti i soci presenti contestano la legittimazione all’assemblea sociale di una fiduciaria riferibile ad altri familiari, dando così conto esplicito di uno scontro sull’assetto proprietario che perdurava da tempo e non aveva nulla a che vedere con l’odierno contenzioso.

Se, dunque, il dissidio interno alla famiglia sull’assetto proprietario delle azioni poteva preoccupare le banche ed i fornitori, e non a torto, il problema in questione non era certo causalmente riferibile alla G.M. ed al suo rappresentante in assemblea.

Analoghe considerazioni di irrilevanza causale possono svolgersi con riguardo alla citata comunicazione mail della (...*omissis*...) Ltd., nella quale si riferisce che l’assicurazione sul credito della Società sarebbe stata ridotta “fino ad Euro 165.000,00”: non vi è alcun (esplicito o implicito) riferimento alle cause che avrebbero comportato tale dichiarata riduzione ma dirimente è che, in questo specifico caso, il fornitore dà atto che “nessuna vendita è in corso”, venendo così meno la configurabilità di alcun concreto danno per la Società. In ogni caso, come esattamente colgono le difese delle parti convenute, riesce davvero arduo ritenere che la I.M. (una delle società più importanti nel campo delle conserve (...*omissis*...)) avesse come unici fornitori la (...*omissis*...) e la (...*omissis*...) Ltd.; mentre è ragionevole presumere che l’attrice si sia certamente rivolta ad altri fornitori che non hanno ridotto il credito.

Ne discende che - a voler dissentire dai rilievi sviluppati nei precedenti paragrafi circa il legittimo esercizio del diritto di critica in sede assembleare - il Tribunale non potrebbe riconoscere alcun ristoro del danno patrimoniale prospettato, anche solo in termini di perdita di chances economiche, per l’indimostrato collegamento eziologico tra i pregiudizi allegati e le dichiarazioni della socia verbalizzate nell’assemblea sociale in esame.

Spese processuali, posizione del terzo chiamato, dispositivo.

Da ultimo, sul regime delle spese processuali. Esse non possono che seguire, nei rapporti tra la Società ed i convenuti, la regola della soccombenza e vengono dimensionate in base ai parametri medi del pertinente scaglione tariffario, determinato nella forbice di valore compresa tra 1 e 2 milioni di euro in base alle prospettazioni introduttive di danno allegate da I.M. Spa.

Viene operato un contenimento - fissando la cifra finale liquidata a 36 mila euro in prossimità della media tariffaria - per l’infondatezza delle difese svolte dai convenuti sulla novità della domanda e circa l’esatta paternità delle dichiarazioni verbalizzate, in un contesto difensivo che avrebbe meritato altrimenti un appropriato aumento rispetto ai valori medi, considerata l’impegno delle difese in diritto su tematica non particolarmente esplorata, come i limiti del diritto di critica del socio dissenziente, e la laboriosità della fase istruttoria.

Per quanto invece riguarda i rapporti tra i convenuti ed il terzo chiamato, si è visto che l’assoluzione dei convenuti non può determinare alcuna pronuncia di condanna del presidente della società.

Si tratta di stabilire a questo punto chi debba sostenere, in una chiave di lettura equiparabile alla soccombenza virtuale, l’onere delle spese di lite del dr. I.M. che, alla luce del minor impegno difensivo dell’istruttoria dedicata a tale posizione e della più circoscritta tematica trattata in diritto, si può determinare nella somma di euro 25.000. Essa dovrà fare carico alle parti chiamanti in quanto hanno evocato in giudizio l’organo societario sul presupposto di una responsabilità derivante dalla redazione in forma non sintetica, ma analitico/testuale, dell’intervento critico pronunciato in assemblea dallo stesso rappresentante della socia di minoranza. Si è visto infatti che i convenuti, dopo aver dato causa all’intervento critico, ma legittimo, in sede assembleare, si dolgono in questa sede che l’organo che dirigeva l’assemblea sociale non abbia proceduto a sintesi dell’intervento stesso; e si legge, in particolare, nella comparsa di costituzione (cfr. p. 17) che secondo le prospettazioni dei convenuti: “Al Presidente dell’Assemblea dei soci, nell’esercizio dei suoi poteri di direzione, organizzazione e regolamentazione dell’assemblea, [...] compete anche il potere di redazione del verbale in forma sintetica. [...] Il Presidente era doverosamente tenuto alla predisposizione di un verbale in forma “sintetica”. I convenuti ulteriormente colorano tali doglianze, affermando che: “Se quest’ultimo [il Dottor. I.M.] si fosse avvalso, come sarebbe stato suo dovere avvalersi, [...] dei poteri di formazione sintetica del verbale, nessuno degli effetti dannosi fantasiosamente configurati dall’attrice avrebbe potuto configurarsi.”. Ad avviso del Collegio, tuttavia, non è ravvisabile una responsabilità del presidente I.M. per la scelta di adottare la verbalizzazione integrale, piuttosto che di quella sintetica, visto che anche quest’ultima si sarebbe risolta - salvo ad edulcorare i contenuti censori fino a falsare il senso complessivo dell’intervento del M.G. - in una forte riprenda della gestione sociale per l’esercizio 2013. In questo senso, diventa impossibile sostenere che società o soci abbiano subito un pregiudizio causato dal I.M. a seguito delle forme di verbalizzazione dell’assemblea societaria e, in particolare, per la completa riproduzione dell’intervento del dr. M.G. Ne discende che la chiamata in giudizio del presidente per tale asserita responsabilità appariva fin dall’origine infondata, in quanto insuscettibile di determinare conseguenze lesive a seconda delle forme, consentite e adottate, per la verbalizzazione conclusiva: in altri termini, la deprecata omissione della verbalizzazione sintetica non ha svolto alcuna efficacia causale rispetto alla prospettiva di pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, che i convenuti hanno in questa sede confutato su altro versante e con indubbio fondamento. Da qui, vista l’infondatezza dell’addebito relativo alle forme di verbalizzazione a determinare pregiudizio per la società, l’attribuzione dell’onere economico dell’infondata chiamata in giudizio a carico esclusivo dei convenuti chiamanti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione o difesa rigettata, respinge le domande risarcitorie azionate da I.M. Spa contro i convenuti dr. M.G. e G.M., mandandoli assolti da ogni pretesa, ritenuti sussistenti i presupposti del legittimo esercizio del diritto di critica spettante al socio e l’insussistenza del danno patrimoniale allegato. Dispone non luogo a provvedere sulla domanda contenuta nella chiamata in causa del presidente della società (...*omissis*...).

I

Tribunale di Genova, 12 giugno 2018 - Giudice Lucca - D. (Avv. Curri).

II

Tribunale di Genova, 3 agosto 2018 - Giudice Lucca - D. (Avv. Curri).

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - contenuto della relazione del gestore della crisi.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 9)

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - incapienza di attivo liquidatorio - garanzia dei terzi al conferimento di beni nel patrimonio del debitore.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 8)

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - incapienza di attivo liquidatorio - degrado dei creditori privilegiati allo statuto di creditore chirografario - divieto di moratoria ultrannuale - sussistenza.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 7)

Nella attestazione di fattibilità prevista dall'art. 9, comma 2, legge 3/2012 il Gestore della Crisi deve svolgere rilievi circa la diligenza degli amministratori e di eventuali loro responsabilità e formulare attestazione diretta e non de relato circa mancanza di atti in frode.

Ai sensi dell'art. 8 della legge 3/2012 la proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento laddove preveda che i beni e i redditi della società non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo, deve prevedere che i terzi conferiscano redditi o beni non essendo sufficiente che i terzi prestino una garanzia personale di adempimento del piano sottostante la proposta di accordo.

La disposizione di cui all'art. 7, comma 1, della legge 3/2018 consente che i creditori privilegiati siano pagati solo in parte, ma tale previsione non deroga alla necessità che i creditori privilegiati siano pagati entro un anno, come previsto invece dall'art. 8, comma 4. La moratoria annuale per il pagamento dei creditori privilegiati di cui all'art. 7, comma 1, si applica anche ai creditori privilegiati degradati a chirografo laddove per incapienza di attivo liquidatorio il piano sottostante una proposta di accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento preveda il degrado a chirografo dell'intero ceto privilegiato.

III

Tribunale di Genova, 2 novembre 2018 - Pres. Braccialini - Rel. Bonino - D (Avv. Curri).

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - contenuto della relazione del gestore della crisi.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 9)

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - incapienza di attivo liquidatorio - garanzia dei terzi al conferimento di beni nel patrimonio del debitore.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 8)

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - incapienza di attivo liquidatorio - degrado dei creditori privilegiati allo statuto di creditore chiro-

grafario - divieto di moratoria ultrannuale - insussistenza.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 7)

SOVRAINDEBITAMENTO - accordo di composizione della crisi - Art. 7 l. 3/2012 - falcidia dell'IVA - tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. - ammissibilità.

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, art. 7 - art. 700 c.p.c.)

L'art. 9, della legge 3/2012, prevede che nella attestazione di fattibilità di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento il Gestore della Crisi non debba inserire anche i contenuti previsti dall'art. 9, comma 3bis della medesima legge 3/2012 necessari solo nella relazione di fattibilità di un piano del consumatore e conseguentemente non rilevano ai fini della ammissibilità della proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento le cause della situazione di indebitamento, la diligenza o meno dei soci | amministratori nella gestione della società ed eventuali loro responsabilità.

L'art. 8, secondo comma, della legge 3/2012 prevede che, in caso di incapienza di attivo liquidatorio, i terzi devono consentire il conferimento di beni o redditi, anche in garanzia, sufficienti per assicurare l'attuabilità della proposta. Un piano che preveda un impegno scritto dei soci di s.r.l. a versare | conferire alla società una somma di denaro è conforme all'art. 8 secondo comma della legge 3/2012.

Laddove il Gestore della Crisi attesti l'incapienza dell'attivo liquidatorio e quindi l'insussistenza di garanzia a favore dei creditori privilegiati ed il piano prevede la conseguente integrale falcidia ai sensi dell'art. 7 primo comma della legge 3/2012 con soddisfacimento parziale dei creditori privilegiati mediante apporto di finanza esterna, non si applica il divieto di dilazione ultrannuale per il pagamento dei creditori privilegiati previsto dall'art. 8, comma 4.

È ammissibile la tutela cautelare che si fonda sulla illegittimità costituzionale della norma di legge applicabile, a condizione che il provvedimento sia concesso in via del tutto provvisoria, venga contestualmente sollevata questione di costituzionalità o sia già pendente su istanza di altro Giudice questione di legittimità costituzionale, e la conferma della misura cautelare venga subordinata alla declaratoria di incostituzionalità sopraggiunta. (nel caso di specie il Tribunale ha emesso, in via cautelare, un decreto urgente che sospende ai sensi dell'art. 10, secondo comma, lett. C della legge 3/2012, in attesa la Corte Costituzionale si pronunci sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 3/2012 nella parte in cui non consente la soddisfazione parziale dell'Erario per il credito IVA in ipotesi di incapienza dell'attivo liquidatorio).

I

In relazione al ricorso depositato nell'interesse della D considerando a parte la questione di costituzionalità, si prega inoltrare:

- 1) Situazione contabile aggiornata;
- 2) Precisare la questione dei prelevamenti soci e dei relativi crediti della società verso gli stessi;
- 3) Richiedere all'attestatore una integrazione circa la fattibilità del piano: lo stesso non precisa nulla circa la fattibilità effettiva dei ricavi sperati ed indicati nel doc. 12, che è stato redatto dalla società e neppure sui cospicui risparmi di spesa sui quali si basa la previsione dell'inversione di tendenza di cui al doc. 12 (dalle attuali perdite ad un utile da destinare ai creditori); nulla dice in merito al fatto che la società pare avere patrimonio netto negativo di oltre 220.000 euro già dal 31.12.2016 a marzo 2018 superiore ad euro 280.000; non spiega per quanto rileva per la fattibilità del piano reddituale presentato né le cause della situazione di sovraindebitamento, né afferma alcunché circa la diligenza degli amministratori e di eventuali loro responsabilità (mentre il ricorso

accenna a negligenze contabili o comunque a spese eccessive da ridurre, oltre ai prelievi di somme) infine l'attestazione di mancanza di atti in frode deve essere diretta e non de relato.

4) "nella proposta, a differenza di quanto previsto dall'art. 8, si prevede che i beni e i redditi della società non siano sufficienti a garantire la fattibilità dell'accordo, senza prevedere che i terzi conferiscano redditi o beni: i terzi si limitano, in questo caso, a prestare la loro garanzia personale, senza conferire redditi o beni e neppure garanzie reali".

5) Ancora nella proposta si prevede che tutti i termini ivi previsti siano a favore del debitore: in questo modo la stessa si traduce in una moratoria di 5 anni (perché i soci sono tenuti al pagamento dopo 5 anni) che parrebbe in contrasto con l'art. 8, comma 4, laddove prevede che "la proposta di accordo con continuazione dell'attività di impresa e il piano del consumatore possono prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste la causa di prelazione.

II

Il Giudice delegato, sulla proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento ex art. 6 ss, L. 3/2012 proposta da D.

Ritenuto che con decreto 12.6.2018 questo Giudice ha fatto presente alcuni rilievi (sui prelievi effettuati dai soci, sulla fattibilità del piano e sulla mancata previsione che i terzi conferiscano ex art. 8, c. 2 redditi o beni sufficienti a garantirne la fattibilità) che comporterebbero una valutazione d'inammissibilità dell'accordo e che tali rilievi non sono superati dalle considerazioni di cui alla memoria integrativa del 18 luglio 2018 e quindi debbono essere qui integralmente richiamati".

Considerato che non è adempiuta inoltre la già prospettata tempestiva di cui all'art. 8, c.4, in quanto la norma prevede che la proposta di accordo con continuazione dell'attività di impresa possa prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio. Sul punto il ricorrente ha affermato che i debiti privilegiati sarebbero degradati al chirografo in conseguenza dell'applicazione dell'art. 7 c. 1. In primo luogo, si deve osservare che nel caso di specie non residuerebbero crediti chirografari per cui la riduzione di cui si parla parrebbe piuttosto da ascrivere al fisiologico concorso di più creditori privilegiati piuttosto che ad un degrado alla classe di chirografo che in questo caso non sarebbe rappresentata da alcun creditore. In ogni caso la disposizione di cui all'art. 7 c.1 consente che i creditori privilegiati siano pagati solo in parte, ma tale previsione non deroga alla necessità che i creditori privilegiati siano pagati entro un anno, come previsto invece dall'art. 8, c.4. Il mancato rispetto di tale tempestiva rende inammissibile la proposta ex art. 10. Comma 1".

Dichiara inammissibile la proposta di accordo.

III

La D con ricorso depositato in Cancelleria il 10/05/2018 ha chiesto l'omologazione di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento ai sensi degli articoli 6 e seguenti della legge n. 3/2012 esponendo:

che aveva debiti scaduti per € 309.248,00 nei confronti di Agenzia delle Entrate INPS. Comune di Genova e Camera di Commercio e non aveva un patrimonio immediatamente liquidabile; che non era un soggetto fallibile per carenza dei requisiti soggettivi ex art. 1, secondo comma, della legge fallimentare:

- che l'unica soluzione per il ripianamento dei debiti e per consentire alla società la continuità aziendale era la predisposizione

di un accordo per la composizione della crisi mediante la ristrutturazione dei costi finalizzata a reperire le risorse aziendali per il rimborso del debito;

- che la società non era in grado di soddisfare in modo integrale il credito Iva pari ad 99.883,94 in sorte capitale;
- che l'applicazione dell'art. 7, primo comma, della legge n. 3/2012 avrebbe comportato l'inammissibilità della proposta attesa la previsione di una falcidia del credito iva;
- che l'articolo 7, primo della legge n. 3/2012 era contrario all'ordinamento comunitario perché la Corte di Giustizia della EU con la sentenza 7/4/2016 nella causa -546/2014 aveva ritenuto compatibile con la disciplina comunitaria una normativa nazionale che, a determinate condizioni, consente di pagare soltanto parzialmente il debito Iva se tale debito, in caso alternativa fallimentare/liquidatoria, non riceve un trattamento migliore;
- che la falcidia del debito IVA era consentita in caso di fallimento e concordato a determinate condizioni e pertanto doveva essere ammessa anche per i debitori non fallibili disapplicando il diritto interno contrario al diritto comunitario come già affermato da tre precedenti giurisprudenza di merito richiamati nel ricorso;
- che in subordine l'art. 7 primo comma della legge n. 3/2012 doveva essere ritenuto incostituzionale per violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione;
- che nell'ottica alternativa della liquidazione il patrimonio della società era incapiente e non era sufficiente a pagare neppure tutti i creditori in prededuzione;
- che la società non era infatti proprietaria di beni immobile e mobile, fatta eccezione per un motociclo di scarso valore commerciale, e pertanto nell'ottica liquidatoria l'unica risorsa disponibile per i creditori era la giacenza esistente sul conto della società inferiore ad Euro .20.000,00;
- che la società metteva a disposizione dei creditori nell'arco temporale di cinque anni la somma di . 105.000,00 costituita per €. 45.000,00 da finanza esterna-risorse conferite da due soci e per Euro 60.000,00 dagli utili attesi in ragione della continuità e di un programma di riduzione dei costi e di conseguimento di ricavi annuali pari ad €. 145.000,00;
- che la proposta prevedeva il pagamento integrale dei crediti in prededuzione il pagamento dei crediti dell'Agenzia delle Entrate in misura pari al 44% il pagamento dei crediti dell'INPS ed INAIL, in misura al 22 % degli altri creditori in misura pari 35% con l'integrale stralcio delle somme maturate verso Erario, INPS e INAIL, a titolo di sanzioni ed interessi ai sensi dell'articolo 6, comma 9-ter, del DL n. 193/2016 convertito in legge con la legge n. 225/2016.

La società ha allegato al ricorso la documentazione prevista dalla legge e la relazione sulla proposta di accordo redatta dal Gesto della Crisi nominato dall'O.C.C.

Il Giudice designato con decreto in data 10-12/6/2018 ha chiesto l'integrazione della documentazione e alcuni chiarimenti sulla proposta e sulla relazione dell'attestatore.

La società ha depositato una memoria integrativa con la relazione integrativa dell'attestatore.

Il Giudice designato con il decreto in data 2-3 agosto 2018 ha dichiarato inammissibile la proposta evidenziando:

- che con il precedente decreto aveva fatto presente alcuni rilievi (sui prelievi effettuati dai soci sulla fattibilità del piano e sulla mancata previsione che i terzi conferiscano ai sensi dell' art. 8 secondo comma della legge n. 3/2012 redditi o beni sufficienti a garantirne la fattibilità) che comportavano una valutazione di inammissibilità dell'accordo e che tali rilievi non erano stati superati con la memoria integrativa;

- che non era rispettato l'articolo 8, quarto comma della legge n. 3/2012 atteso che il pagamento dei creditori privilegiati era previsto in un termine superiore alla dilazione annuale;
- che la tesi della società ricorrente secondo cui i creditori privilegiati erano degradati a chirografo ai sensi dell'art. 7 primo comma della legge per incapacienza dei beni era infondata perché nel caso concreto non residuavano crediti chirografari per cui la riduzione di cui parlava la società era da ascrivere ad un fisiologico concorso di più creditori privilegiati piuttosto che ad un degrado alla classe chirografaria;
- che nella fattispecie non era rappresentata da alcun creditore, e perché la previsione dell'art. 7 nella parte in cui consente la falcidia quantitativa dei creditori privilegiati non derogava alla necessità che gli stessi siano pagati entro l'anno nell'ipotesi prevista dall'Art.8 quarto comma. della legge.

La D ha proposto reclamo ai sensi dell'art. 10 sesto comma della legge n. 3/2012 avverso il decreto in data 3/8/2018 con il quale il Giudice Designato ha dichiarato inammissibile la proposta di accordo per la composizione della crisi da sovraindebitamento depositata dalla società reclamante.

La D ha proposto reclamo per quattro motivi.

Con il primo motivo lamenta la violazione degli articoli 7, 8, 9 e 10 della legge n. 3/2012 e l'esistenza di una motivazione apparente o carente quanto alla richiesta del Giudice designato di precisare la questione relativa ai prelevamenti dei soci e ai relativi crediti della società, atteso che la D. Studio aveva provato e documentato che il debito dei soci per i prelievi relativi a spese non inerenti pari ad € 21.515,67 era stato estinto mediante versamenti nelle casse sociali della corrispondente somma di denaro e che, in ogni caso la legge non prevedeva, tra le ipotesi di inammissibilità della proposta, quella evidenziata dal Giudice designato.

Con il secondo motivo di reclamo, lamenta la violazione dell'art. 9, comma due, della legge n. 3/2012 atteso che quanto richiesto dal Giudice designato circa le cause della situazione di indebitamento e la diligenza di soci/amministratori ed eventuali loro responsabilità non era conforme alla legge perché l'art. 9 comma 3-bis della legge non si applica alla procedura di composizione della crisi mediante accordo ed il gestore della crisi aveva attestato la fattibilità del piano in continuità con motivazioni logiche ed argomentate chiarendo le ragioni dei ricavi e dei costi assunti alla base del piano nell'arco temporale di 5 anni (riduzione delle spese e realizzazione di ricavi pari a circa euro 145.000,00 ogni anno). Con il terzo motivo di reclamo, lamenta la violazione dell'art. 8 secondo comma, della legge n. 3/2012 nella parte in cui il Giudice designato ha affermato che i soci/terzi si erano limitati a prestare la loro garanzia personale senza conferire redditi o beni e neppure garanzie reali, atteso che in realtà il piano si basava sull'assunto di potere mettere a disposizione dei creditori nell'arco di 5 anni la somma di euro 105.000.000 di cui euro 60.000 quali utili generali ed accantonati dalla società ed euro 45.000,00 quale finanza esterna messa a disposizione dei soci: sul punto si fa notare che l'importo di euro 45.000 era garantito dal fatto che era stato emesso un assegno circolare di euro 40.000,00 intestato alla società e che la residua somma di euro 5.000,00 sarebbe stata versata dai soci entro 60 giorni dall'omologa.

Con il quarto motivo di reclamo, la società lamenta la violazione dell'art. 7 primo comma e dell'art. 8 quarto comma della legge n. 3/2012 nella parte in cui il Giudice designato ha affermato che la previsione secondo cui i creditori privilegiati possono essere pagati soltanto in parte, in presenza delle condizioni previsti dall'articolo 7, non deroga alla necessità che in caso di piano in continuità siano pagati entro un anno dall'omologa: atteso che nella fattispecie il gestore della crisi aveva attestato che in ipotesi di li-

quidazione della società l'attivo ammontava ad euro 18.693,78 importo neppure sufficiente a pagare i crediti prededucibili: che i restanti creditori originariamente privilegiati, dovevano considerarsi degradati a chirografari per incapacienza dei beni oggetto del privilegio e che pertanto l'art. 8 quarto comma, della legge non si applicava alla fattispecie e la proposta doveva ritenersi ammissibile.

La società ha quindi ribadito che la proposta, pur prevedendo la falcidia del credito Iva in sorte capitale, deve ritenersi ammissibile, nonostante quanto previsto dall'art. 7, primo comma, della legge n. 3/2012 alla luce di quanto affermato da alcuni precedenti della giurisprudenza di merito in conformità alla giurisprudenza comunitaria ovvero in subordine ha eccepito l'illegittimità costituzionale della norma per violazione degli articoli 3, 97 e 24 Costituzione secondo quanto già affermato dal Tribunale di Udine con l'ordinanza del 12/11/2018 e rinvio alla Corte Costituzionale.

Il reclamo è stato notificato all'OCC e al gestore della crisi i quali non si sono costituiti.

Il primo ed il secondo motivo di reclamo possono essere esaminati congiuntamente e sono fondati per le seguenti ragioni.

La questione relativa ai prelevamenti dei soci e ai relativi crediti della società è stata messa a conoscenza del gestore della crisi dalla Dante Studio Immobiliare ed è stata esaminata nella relazione del dott. M. la società ha altresì provato e documentato che il debito dei soci per i prelievi relativi a spese non inerenti pari ad euro 21.515,67 è stato estinto mediante versamenti nelle casse sociali della corrispondente somma di denaro.

Il gestore incaricato dall'OCC ha attestato l'insussistenza delle cause ostative all'ammissione previste dall'art. 7 secondo comma, della legge n. 3/2012 e la fattibilità del piano ai sensi dell'art. 9 secondo comma della legge n. 3/2012, anche con la relazione integrativa del 17/7/2018: l'articolo 9, comma 3-bis, della legge n. 3/2012 non si applica agli accordi di composizione della crisi da sovraindebitamento proposti da imprenditori non fallibili bensì soltanto alla proposta di piano del consumatore e conseguentemente non rilevano ai fini della ammissibilità della proposta le cause della situazione di indebitamento la diligenza o meno dei soci/amministratori nella gestione della società ed eventuali loro responsabilità.

Il terzo motivo di reclamo è fondato perché la D ha allegato al ricorso per l'omologazione dell'accordo la lettera sottoscritta dai soci in data 10/05/2018, con la quale X e Y si sono impegnati a versare alla società la somma di euro 45.000,00 e l'eventuale differenza tra la somma di euro 60.000,00 (utili della società attesi nei prossimi cinque anni) ed il minore importo in ipotesi realizzato dalla società nell'arco di piano.

L'art. 8, secondo comma, della legge n. 3/2012 prevede che i terzi devono "consentire" il conferimento di beni o redditi, anche in garanzia, sufficienti per assicurare l'attuabilità della proposta: nel caso concreto si ritiene che la previsione della norma sia stata rispettata perché i soci hanno già versato alla società la somma di euro 40.000 mediante un assegno circolare intestato alla D. S.r.l. e con l'impegno sottoscritto in data 10/05/2018 hanno consentito di "versare conferire" alla società la residua somma di euro 5.000,00 entro 60 giorni dall'omologa, come chiarito nella memoria autorizzata depositata il 18/07/2018 e nel reclamo e la differenza necessaria per integrare l'eventuale minor utile conseguito dall'impresa nell'arco temporale del piano.

Il quarto motivo di reclamo è fondato perché l'organismo di composizione della crisi ha attestato che nell'alternativa liquidatoria i creditori privilegiati non sarebbero soddisfatti, neppure in parte, prospetto a pagina 15 del reclamo con conseguente integrale falcidia ai sensi dell'art. 7, primo comma, della legge n. 3/2012 e pre-

visione del soddisfacimento parziale degli stessi soltanto mediante l'apporto di finanza esterna - conferimenti dei soci e la continuità aziendale (utili attesi arco temporale cinque anni). L'integrale degradazione alla classe chirografari dei creditori privilegiati appare nella fattispecie giustificata alla luce di quanto attestato dall'organismo di composizione della crisi e la previsione nel piano del pagamento dilazionato dei creditori in cinque anni mediante la finanza esterna e gli utili attesi conseguiti ed accantonati a beneficio degli stessi è compensata sul piano giuridico dall'attribuzione del diritto di voto ai sensi dell'art.11, secondo comma, della legge n. 3/2012.

Ciò premesso la proposta di accordo allo stato degli atti, pur ritenendosi fondati i motivi di reclamo, dovrebbe essere comunque dichiarata inammissibile ex art. 7, primo comma della legge n. 3/2012 perché la società debitrice prevede la falcidia quantitativa del debito capitale per IVA anziché la mera dilazione di pagamento.

La società reclamante ha richiamato la sentenza in data 7-4-2016 della Corte di Giustizia UE emessa nella causa C-546/2014 e, in conformità ad alcuni precedenti della giurisprudenza di merito (Trib. Pistoia 26/4/2017; Trib. Torino 7/8/2017), ritiene che la norma di diritto interno possa essere disapplicata consentendo anche all'imprenditore non fallibile di proporre un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento con la falcidia del credito Iva: in subordine ha sollevato eccezione di illegittimità costituzionale della norma richiamando sul punto la recente ordinanza del Tribunale di Udine del 14/5/2018.

Il Collegio ritiene:

- che il quadro ricavabile dall'ordinamento comunitario è nel senso che non si può ritenere in contrasto con l'obbligo di assicurare l'effettiva riscossione ed il pagamento dell'Iva una legge nazionale che consente un pagamento parziale dell'Iva dovuta purché nell'ambito di una procedura concorsuale munita delle necessarie garanzie e nei limiti della soddisfazione ottenibile nello scenario liquidatorio alternativo;
- che ciò non vuol dire che nell'ordinamento dell'U.E., esista un precetto chiaro, preciso ed incondizionato che obblighi gli Stati membri a permettere il pagamento parziale dell'Iva ad un debitore insolvente, sia pure con le precisate garanzie procedurali;
- che, invero, rimane in via di principio a loro favore un quadro di relativa libertà nell'individuazione dei modi in cui perseguire l'obiettivo di una riscossione "effettiva";
- che pertanto non è configurabile un contrasto fra la disposizione interna in discussione ed una norma dell'UE avente efficacia diretta con conseguente potere giudiziale di "non applicazione" della prima nell'ambito di un giudizio interno;
- che non risultano in gioco "principi generali del diritto comunitario" tali da legittimare una disapplicazione di contrarie norme interne contrastanti con disposizioni di direttive U.F. a prescindere dall'efficacia diretta di queste ultime;
- che la norma interna in discussione esordisce con le parole "In ogni caso" e pertanto non si può ritenere che essa si limiti a riproporre un divieto generale proveniente dall'ordinamento U.F. ammettendo implicitamente un'eccezione a sé stessa per il caso in cui un piano preveda un trattamento del credito Iva migliore di quello ricavabile in caso di liquidazione "forzata dei beni";
- che la Suprema Corte di Cassazione, nella sentenza S.U. n.

26988/16 ha infatti affermato che il principio generale che consente la falcidia dei crediti privilegiati nelle procedure concorsuali può essere oggetto di deroga da parte del legislatore e ciò è volutamente avvenuto, per l'Iva ed altre specifiche categorie di crediti privilegiati nel caso dei procedimenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento;

- che, conseguentemente, la norma dell'art. 7 della legge n. 3/2012 introduce un'eccezione ad una regola generale (la possibilità di falcidia dei crediti privilegiati in misura pari alla capienza) e non è essa stessa una regola generale che implicitamente ammette eccezioni;
- che pertanto la disposizione in discussione non è in contrasto con norme dell'U.E. aventi effetto diretto e contenuto precettivo chiaro, preciso e incondizionato e non si pone un problema di sua "non applicazione" e la vicenda deve essere risolta soltanto nel quadro dell'ordinamento interno.

Il Collegio ritiene invece rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 3/2012 sollevata dalla società ricorrente per le stesse ragioni poste a fondamento dell'*ampia, esaustiva ed argomentata* ordinanza del Tribunale di Udine del 14-5-2018 qui richiamata e condivisa.

Tuttavia, tenuto conto che la questione è stata già proposta ritiene in questa sede di potersi limitare a rinviare il procedimento in attesa della decisione della Corte Costituzionale senza sollevare nuovamente identica questione di legittimità costituzionale.

In attesa della decisione della Consulta il Collegio ritiene di potere adottare, in via del tutto sommaria, anticipatoria e provvisoria, il provvedimento di natura "cautelare" previsto dall'art. 10, comma 2, lett. c, della legge n. 3/2012, subordinando la conservazione dell'efficacia della concessa di urgenza sino all'esito della decisione della questione di costituzionalità, in conformità a quell'orientamento della dottrina e della giurisprudenza di merito che ha ammesso la possibilità di accogliere un'istanza cautelare che si fondi sull'illegittimità costituzionale della norma di legge applicabile, a condizione che il provvedimento sia concesso in via del tutto provvisoria venga contestualmente sollevata la questione di costituzionalità (nella fattispecie la questione è già stata sollevata da altro Tribunale ed è pendente) e la conferma della misura cautelare venga subordinata alla declaratoria di incostituzionalità sopraggiunta.

P.Q.M.

rinvia il procedimento all'udienza del 20 Maggio 2019 ore 9.00 davanti al Giudice relatore Dott. Roberto Bonino per la successiva fissazione di udienza davanti al Collegio in attesa della decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 3/2012 sollevata dal Tribunale di Udine con l'ordinanza 14/05/2018; dispone in via anticipata e provvisoria che sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore D, che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore, subordinando con conferma di questa misura alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 7 della legge n.3/2012e alla pronuncia del decreto ex art.10 della legge n. 3/2012.

Massimario

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 20 marzo 2018, n. 826 - Giudice Unico Zampieri - G. (Avv. Za) c. R. (Avv. Colzi).

ESECUZIONE forzata in genere - pensione - pignoramento - limiti previsti per legge nella coesistenza di sequestri o pignoramenti e cessioni - applicazione analogica - esclusione- cessione volontaria del quinto - opponibilità ai creditori - esclusione - pignorabilità della pensione - limiti.

(Art. 2740 c.c.; art. 545 c.p.c.; art. 68 D.P.R. n. 180/1950)

Non può trovare applicazione alle pensioni l'art. 68 del D.P.R. n. 180/1950, in quanto detta fattispecie si applica esclusivamente a stipendi e salari dei dipendenti dalle Pubbliche Amministrazioni e non è suscettibile di applicazione analogica, costituendo un evidente limite al principio generale della responsabilità patrimoniale del debitore espresso dall'art. 2740 c.c. (Nel caso di specie il Tribunale ha stabilito che l'art. 68 del D.P.R. n. 180/1950 che prevede, nel caso il pignoramento abbia luogo dopo una cessione perfezionata e debitamente notificata, il limite quantitativo della differenza tra la metà dello stipendio o salario valutati al netto di ritenute e quota ceduta, non è applicabile al caso di pignoramento di pensione).

E' inopponibile ai creditori, e quindi non se ne può tenere conto ai fini della determinazione della quota pignorabile, la cessione volontaria del quinto della pensione, in quanto posta in essere volontariamente dal debitore ed in quanto essa costituisce un modo per sottrarre garanzie patrimoniali ai creditori stessi.

Non può trovare accoglimento l'istanza di assegnazione della pensione fino alla concorrenza della metà dell'eccedenza rispetto all'assegno sociale, coesistendo più crediti contemporanei, in quanto l'art. 545 c.p.c. non è applicabile alle pensioni, riguardando la norma esclusivamente retribuzioni o indennità assimilate. E' impignorabile la sola parte di pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle sue esigenze di vita e pignorabile un quinto della residua parte (cfr. Corte Cost. n. 506/2002). La valutazione su quale sia la parte di pensione assolutamente impignorabile in quanto destinata ad assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita è rimessa al giudice dell'esecuzione o, in caso di opposizione, al giudice del merito sull'opposizione.

F.O.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 27 febbraio 2017, n. 607 - Giudice Unico Tamborino - A. (Avv. Palli) c. V. (contumace) e c. A. S.p.A. (Avv. Maffi).

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - lesione integrità psicofisica - risarcimento - criteri - debito di valore - calcolo degli interessi - criteri.

(Artt. 1226, 2056 e 2059 c.c.)

Il fatto illecito che viola il diritto costituzionale alla salute comporta il ristoro del danno non patrimoniale unitariamente consi-

derato, con la seguente eliminazione di sottocategorie autonome, (aventi valenza meramente descrittiva al fine di giustificare dal punto di vista motivazionale e rendere così controllabile il quantum riconosciuto).

(Cfr.: Cass., n. 17144/2006; Cass., n. 14302/2006; Cass., n. 20323/2005; Cass., sez. un., n. 26972/2008; Cass., n. 26973/2008; Cass., n. 26974/2008 e Cass., n. 26975/2008).

Le Tabelle del Tribunale di Milano per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione all'integrità psicofisica costituiscono valido e necessario criterio di riferimento per assicurare un sistema uniforme, a livello nazionale, di risarcimento del danno, essendo state assunte dalla giurisprudenza quale parametro attestante la conformità della valutazione equitativa del danno in parola alle disposizioni di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c.

(Cfr.: Cass., n. 14402/2011; Cass., n. 6750/2011; Cass., n. 12408/2011; Cass., n. 3015/2016; Cass., ord., n. 134/2013)

Gli interessi sui debiti di valore devono essere calcolati sulla somma corrispondente al valore della somma al momento dell'illecito via via rivalutata anno per anno sulla base degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati dalla data del sinistro alla data della decisione. Spettano al danneggiato su tale somma complessiva gli ulteriori interessi legali dalla data della decisione fino al pagamento.

(Cfr.: Cass., sez. un., n. 1712/1995)

F.O.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 25 ottobre 2018 - G.U. Spera - B. (Avv. Tiby) c. Comune di Genova (Avv. Bracuto).

SANZIONI amministrative - chiamato all'eredità - qualità di obbligato solidale - esclusione - accettazione dell'eredità - necessità - onere della prova incombente sull'accertatore - sussistenza.

(Artt. 459 c.c. e 196 Cds)

Il chiamato all'eredità non subentra in modo automatico nella titolarità di diritti e doveri del de cuius in quanto tale situazione si verifica solo successivamente all'accettazione dell'eredità da parte del chiamato. Sono pertanto da annullare i verbali notificati al coniuge superstite, in qualità di obbligato in solido, qualora manchi la prova della accettazione dell'eredità (nella specie, a seguito del ritrovamento di un motoveicolo in divieto di sosta intestato al marito defunto, la Polizia municipale aveva contestato la violazione dell'art. 7 Cds ed intimato al coniuge superstite, ex art. 180 Cds, di esibire i documenti assicurativi, notificandogli, successivamente, anche il verbale per violazione dell'art. 193 Cds stante il difetto di copertura assicurativa. Il Tribunale ha riformato la sentenza del Giudice di Pace secondo il quale la ricorrente non aveva ottemperato agli obblighi di legge né dimostrato di non essere erede).

A.B.

Documenti

Terminologia e concetti nel percorso storico del “danno contrattuale” Omaggio al Prof. Mario Caravale.*

Guido Alpa

Ordinario di Diritto civile
nell'Università di Roma “La Sapienza”

Sommario: 1. Una premessa. - 2. Il caso del danno contrattuale. - 3. La tradizione del diritto romano. - 4. Il modello napoleonico. - 5. Le origini dei modelli italiani (1837, 1865, 1942). - 6. Il modello italiano attuale.

1. Una premessa.

È sempre un piacere ed un grande onore essere chiamati a celebrare un grande Maestro, specie se nel corso del tempo la sua frequentazione si è trasformata in una profonda amicizia, accompagnata da una grandissima stima. Tanto più quando il Maestro si è dedicato alla storia del diritto, che costituisce la base della cultura giuridica di ogni Paese in ogni epoca. Il passato del diritto è *dominato* (1) dagli storici, ed è la costola dell'esperienza moderna per gli ordinamenti, come il common law, che si basano sul precedente (2), e costituisce una chiave interpretativa per il diritto positivo vigente per gli ordinamenti organizzati mediante codificazioni (3).

Se è vero che oggi il diritto dell'Europa è un enorme giacimento di diritto positivo sui generis, è una «materia consolidata nella formazione del giurista» (4), è altrettanto vero che per comprenderne appieno il significato occorre compiere una attenta analisi storica dei testi via via elaborati e sottoposti all'attenzione degli interpreti.

Nell'interpretazione dei testi dobbiamo tenere in considerazione, per l'appunto avvertiti dalla consapevolezza storica:

- l'uso funzionale del precedente; gli esempi sono infiniti, ma vorrei richiamare soprattutto le note alle massime della Corte di Cassazione predisposte dall'Ufficio del Massimario, oltre che la tecnica consueta della redazione delle memorie da parte degli avvocati e della redazione delle sentenze da parte dei giudici; anche nella nostra esperienza il precedente ha ormai preso campo, diventando un referente essenziale nell'argomentazione giuridica (5);
- l'uso ideologico della storia utilizzata per giustificare indirizzi interpretativi: l'esempio più eclatante è dato dalla interpretazione originalista con cui alcuni studiosi statunitensi hanno proposto di assegnare significati restrittivi alle disposizioni della Costituzione americana; ma possiamo aggiungere anche l'attuale difesa dei diritti fondamentali del-

la Chiesa cattolica proposta nel segno della continuità, quando, come tutti sanno, nei secoli bui del Medioevo e ancora in quelli del Rinascimento e del Settecento o dell'Ottocento non si contano i processi e le esecuzioni di eretici, streghe, sodomiti, ebrei, “deviati” e così via;

- l'uso linguistico, e la trasposizione di termini e concetti nel corso degli anni, di cui parlerò più diffusamente;
- il contrasto tra indirizzi interpretativi, assistiti da riferimenti storici di opposti significati.

2. Il caso del danno contrattuale.

Tra gli argomenti di grande spessore che si sono affrontati nei diversi progetti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo o, più ambiziosamente, nella redazione di un codice civile europeo (6) campeggia quello del risarcimento del danno in caso di inadempimento contrattuale. Il tema è centrale nella teoria del contratto, della responsabilità e del danno, per dare alle cose un nome secondo le categorie utilizzate da dottrina e giurisprudenza dell'Europa continentale. Nell'esperienza inglese si preferisce collocare la problematica nell'ambito dei *remedies*, oltre che nell'ambito della trattazione dei singoli istituti.

A questo proposito è utile sottolineare che la redazione di un testo di principi volto a regolare il risarcimento del danno contrattuale non soddisfa soltanto le necessità a cui si fa riferimento quando si vuol giustificare l'opportunità di introdurre uno strumento opzionale - o, come si dice da parte di qualcuno - il ventesimo modello giuridico dell'Unione - ma soddisfa anche una esigenza ulteriore, additiva, e certo non trascurabile: quella di trovare all'interno di ogni modello un'armonia sufficiente per renderlo decifrabile ai suoi giuristi, e, all'esterno di essi, regole in cui si possano comporre, combinandoli, principi comuni, e, ove tali principi non siano rinvenibili, principi nuovi accettabili da parte di tutti gli esponenti degli interessi incisi.

L'argomento è introdotto, come si vede, con molte cautele. La ragione è semplice: il risarcimento del danno contrattuale è considerato particolarmente complesso, e la materia vanta un retroterra nobile e ma veramente intricato. A partire dal diritto romano classico, attraverso i millenni, si sono infatti alternate teorie, soluzioni, tendenze che trovano espressione sia nei testi dei codici civili dell'Europa continentale, sia nella case law inglese, sia nell'amplissima elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

La storia è sempre utile, ma in questo campo assolutamente imprescindibile, perché ci spiega l'origine dei termini e dei principi oggi utilizzati nelle diverse esperienze e il radicamento di convinzioni, pregiudizi, differenze che ostacolano la individuazione di linee comuni, di soluzioni ravvicinate, di modelli normativi condivisibili.

Se si volesse arricchire questo discorso con un apparato bibliografico compiuto e una rassegna di casi adeguata, a questo argomento si dovrebbero dedicare parecchi volumi, piuttosto che non poche pagine riassuntive ed elementari come queste predisposte per una relazione seminariale. Ma anche se esaminato in termini elementari, il tema non perde il suo fascino particolare, perché costituisce uno spicchio della problematica più generale, che riguarda i criteri di imputazione della responsabilità contrattuale, le restituzioni, le conseguenze dell'inadempimento e quindi incide direttamente le operazioni

(*) Queste pagine costituiscono la rielaborazione e l'aggiornamento di un saggio scritto alcuni anni fa ed ora rivisto alla luce delle novità introdotte dalla loi de ratification del 20 aprile 2018 con cui il legislatore francese ha riformato il Code civil. La riforma si era avviata con l'ordonnance del 10 febbraio 2016. Nella vastissima letteratura v. in particolare il commentario curato da Deshayes, Genicon e Lathier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2 ed., Parigi, 2018.

economiche compiute mediante il ricorso al contratto, sia da parte dei privati, sia da parte degli imprenditori, sia da parte di soggetti con status differenziato.

Per avviare il discorso conviene svolgere ancora qualche considerazione di carattere generale.

Di solito nei codici civili la materia è affidata a regole di natura generale; le disposizioni non sono dettagliate, ed in aggiunta esse includono termini che ben si possono definire clausole generali o espressioni molto elastiche. Il che dà luogo a due conseguenze di non poco momento: l'interprete si trova di fronte ad una materia da plasmare proprio perché le direttive che deve seguire sono piuttosto vaghe; in aggiunta, all'interprete è affidato un ampio potere di valutazione equitativa del danno. Perciò gli ambiti della sua discrezionalità sono assai larghi. Questi poteri sono al tempo stesso delimitati dalle prove, ma rafforzati dalle presunzioni.

Vi sono poi aspetti che connotano specificamente singole esperienze che appaiono poco conciliabili con i caratteri peculiari dei modelli concorrenti con i quali dovrebbero concorrere a formare un "quadro comune di riferimento". Ecco qualche esempio. Quasi in tutte le esperienze è escluso il risarcimento dei danni punitivi (o esemplari); in alcune di esse questa figura si nasconde sotto denominazioni e forme variegiate; in altre esperienze essi sono ammessi. Quasi in tutte le esperienze è consentita determinazione convenzionale del danno in termini di clausola penale; ma vi sono esperienze in cui la clausola penale è distinta da altri tipi di clausole, ed occorre fare complessi esercizi esegetici per distinguere le clausole conformi alla legge e quelle invece considerate nulle. Ed infine, nel common law è ammessa la scelta affidata al debitore tra adempimento e inadempimento con risarcimento del danno, mentre nelle esperienze continentali l'inadempimento volontario è sanzionato con l'obbligo di risarcire anche il danno imprevedibile. Queste divergenze (tra le tante che si potrebbero declinare) non hanno scoraggiato i compilatori dei Principi Unidroit, dei Principles of European Contract Law e del Draft Common Frame of Reference, che sono addivenuti a proposte, per lo più uniformi, di regole applicabili in materia di contratti e quindi anche di danno contrattuale.

Per porre in evidenza le difficoltà incontrate dai giuristi appartenenti ai diversi gruppi di lavoro, e degli interpreti che si sono cimentati in questa fatica occorre ricostruire, il percorso, come se fosse un sottile filo rosso, di questa problematica e scorrere le varie fasi in cui si è articolata.

3. La tradizione del diritto romano.

Il diritto romano e la tradizione medievale offrono pagine irte di difficoltà. Vi si sono dedicati, tra altri, giuristi illustri come Jhering, Mommsen e Kaser: il debitore è obbligato ad adempiere, e se non adempie la sua condanna diventa inevitabile: il diritto romano però presenta condanne diverse, secondo la formula applicata. La più frequente, nelle azioni ex stipulatu e in quelle ex testamento certi, era «*quanti ea res est*», corrispondente al puro valore della cosa che doveva essere data; nei *bonae fidei iudicia* dominava l'interesse del creditore («*id quod interest*») e la condanna consisteva nel «*quidquid ... dare facere oportet*». L'interesse già allora era distinto a seconda dei casi nell' *interesse positivo*, consistente nel vantaggio economico che avrebbe acquisito il creditore dal contratto adempiuto, e nell' *interesse negativo*, consistente nella collocazione del creditore nella situazione anteriore alla conclusione del contratto. Spiega Arangio Ruiz che la giurisprudenza era oscillante tra i due orientamenti, così come era incerta nell' includere nel risarcimento del danno, cioè nell' *id quod interest*, anche il lucro cessante oltre al danno emergente;

il danno doveva essere però diretto e non poteva superare (per volere di Giustiniano) il doppio del valore della cosa (*Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1943, pp. 389 s.). In ogni caso vi era identità tra *id quod interest* e interesse positivo; l'interesse negativo si risarciva solo quando la parte faceva valere l'azione di responsabilità per *dolus in contraendo* (Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 658).

Un grande studioso di diritto romano, Silvio Perozzi, chiarisce in modo esemplare le questioni che affliggevano i giuristi romani a proposito dell'obbligo imposto all'autore di risarcire il danno (*Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, II ed., p. 158 s.): «(...) Qui conviene fare un'avvertenza fondamentale. Nei diritti odierni è sancito il principio generale che chi ha per sua colpa cagionato un danno ad altri deve risarcirlo. Nel risarcimento del danno si pone anche la sanzione dei diritti di credito. Di qui la straordinaria importanza che ha assunto in codesti diritti la teoria del risarcimento del danno. Al diritto romano è ignoto l'uno e l'altro principio. Nessuna azione romana esprime coi termini della *condemnatio* che il giudice deve condannare il convenuto a risarcire il danno. Le formule *quod aequius melius erit, quanti ea res est, quid quid N.N.A.A. dare facere praestare oportet*, che sono le più late, non significano: ordine di condannare a risarcire. Fu la giurisprudenza a determinare che in certe azioni il giudice deve in base a codeste formule ordinare il risarcimento». Il risultato dell'azione era altro: in particolare la restituzione, oppure il recupero del prezzo commerciale della cosa, o il recupero del valore della cosa. «(...) Quindi la teoria del risarcimento del danno è di origine e caratteri moderni. Vi si trovano però accostati fatti ed idee, cioè, oltre a quella di danno (...), di rapporto di causalità fra l'atto e il danno, di colpa, di risarcimento, che meritano di essere considerate insieme».

È quindi dalla manipolazione delle regole del diritto romano che nascono le moderne regole di risarcimento del danno. Intanto, occorre tener conto del fatto che alla fine del Settecento i giuristi si trovano di fronte ad un divario: o applicare direttamente le regole del diritto romano (giustiniano) o tener conto del diritto intermedio. Anche il diritto intermedio pone molti problemi, essendo affidato al principio della pluralità degli ordinamenti, e al particolarismo. Accanto alla disciplina locale, con cui si governavano anche i rapporti tra privati attraverso gli statuti, occorre tener conto del diritto longobardo, e del diritto canonico, che pure ha inciso sulla evoluzione del diritto civile. In più, trattandosi di uno spazio temporale di quasi quindici secoli, la tradizione del diritto romano si era via via modellata sulla interpretazione dei glossatori, dei commentatori, dei "culti", nella contrapposizione tra *mos italicus* e *mos gallicus*. Insomma non era facile ai giuristi del Seicento e del settecento, ma neppure a quelli dell'Ottocento, individuare regole di tenore univoco basandosi sulle fonti romanistiche.

Secondo una ricostruzione (Volante, Il sistema contrattuale del diritto comune classico, Milano, 2001, p. 441 ss.) nel periodo intermedio si erano proposte tre diverse interpretazioni della formula *id quod interest*: (i) il valore della prestazione come convenuto dalle parti, (ii) il valore di mercato della prestazione (cioè della cosa o del servizio), (iii) il valore attribuito alla prestazione dal creditore. Tra i giuristi più acclamati, Azzone identificava l'*id quod interest* con il fatto stesso del danno provocato al creditore dall'illecito della controparte o di un terzo. Jacques de Révigny, criticando questa nozione di danno riteneva al contrario che l'*id quod interest* non fosse un *fatto* (cioè la privazione patrimoniale oggettiva subita dal creditore) ma la *quantificazione* del danno determinato dall'inadempimento nella prospettiva della tutela dell'interesse del creditore (c.d. in-

teresse *singolare*). In questo senso il danno non veniva a coincidere con il prezzo di mercato e neppure con il prezzo convenuto dalle parti, ma assumeva connotati soggettivi, corrispondeva cioè a quanto stimato dal creditore. In questo modo si superava anche la differenziazione del calcolo dell'interesse correlata alle diverse tipologie contrattuali, perché la regola aveva tenore universale.

Questa tesi non ebbe successo. Non fu accolta neppure dall'allievo di Révigny, Belleperche, che preferì tornare alla distinzione tripartita dell'interesse. E d'altra parte, fin tanto che si distinguono le obbligazioni di fare da quelle di dare, non è possibile assegnare la medesima soluzione a tutti i casi che si possono offrire all'interprete.

Nonostante il grande impegno dei glossatori e dei loro successori nel definire i confini del danno contrattuale, e nonostante che gli statuti avessero integrato e modificato le regole giustiniane come interpretate dai giuristi dell'età di mezzo, le regole originarie ebbero il sopravvento: «il diritto romano ha finito per trionfare», osservava Schupfer nel suo libro su II diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento (Vol. I, Torino, 1911, p. 266).

4. Il modello napoleonico.

Proprio riprendendo le fonti del diritto romano - definite in modo perentorio *la loi* - gli interpreti francesi cominciano ad impiegare la formula *danni-interessi* («dommages-intérêts») (Girard, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it., Milano, Roma, Napoli, 1909, 658 ss.). Il testo del Codice napoleonico all'art. 1147 non utilizza il trattino ma esplicitamente parla di «dommages et intérêts».

Poiché i giuristi francesi contemporanei si interrogano sul significato di questa endiadi, e si chiedono se si debbano separare i danni dagli interessi, può essere utile chiarire che l'espressione «interessi» usata dai Romani non riguardava gli interessi monetari, ma, come si è precisato, l'interesse del creditore, cioè il bene della vita a cui tende la sua pretesa. Molti sono perciò gli equivoci che si sono addensati su questa formula, dovuti anche al fatto che un conto è l'inadempimento di una obbligazione di dare una somma di danaro - che fa maturare interessi - altro conto l'inadempimento di una obbligazione di fare, un conto è un debito di valuta, altro conto un debito di valore. E gli interessi si dividono poi in diverse categorie, come si dirà appresso.

Per risalire alle origini della codificazione napoleonica occorre, come al solito, documentarsi con le pagine di Domat e di Pothier, dalle cui frasi i compilatori hanno tratto spesso di sana pianta il contenuto delle disposizioni del Code civil.

Con molta chiarezza e semplicità Domat (*Le leggi civili nel loro ordine naturale*, trad. it., Napoli, 1796, I, p. 241, Par. I, Lib. I, Tit. I, Sez. III) dice che chi non adempie le convenzioni è tenuto ai danni e interessi a favore dell'altra parte, «secondo la natura della convenzione, secondo la qualità dell'inosservanza, e le altre circostanze». In altra sezione (la sesta) di questa parte Domat aggiunge però che la risoluzione per mancata esecuzione della prestazione importa le *restituzioni* e il *risarcimento di danno ed interessi* (op. cit., p. 279).

Pothier, nel suo *Traité des obligations selon les réglés tant du for de la conscience, que du for extérieur* (Paris, Orléans, 1768, I, pp. 176 ss.) spiega che si denomina *dommages & intérêts* «la perdita che qualcuno ha subito e il guadagno che ha mancato di fare», come insegna il diritto romano, cioè L. 13 ff. Rat. rem. hab. *Quantum mea interfuit; id est, quantum mihi abest, quantum luerari potui*. «*Dommages & intérêts*» dunque indica sia il *danno emergente* sia il *lucro cessante*. Vien fatto quasi naturale sposare il danno emer-

gente con «*dommages*» e il lucro cessante con «*intérêts*». Anche Pothier p fa riferimento ai diversi tipi di obbligazione, e fa appello alla «moderazione» nella stima dei danni accollati al debitore. Vi è una connessione causale tra inadempimento e danno, occorre valutare la colpa del debitore, l'assenza di cause di forza maggiore, e la prevedibilità del danno. I danni imprevedibili possono essere risarciti solo in caso di *dolo* del debitore. Da queste formule semplici nascono le regole sulle quali poggia ancor oggi tutto il diritto continentale.

Le parole di Domat e di Pothier sono quindi traslate nel testo con forza di legge e sono collocate nel Libro III, sui contratti o delle obbligazioni convenzionali, dopo la disciplina della obbligazione di dare, di fare o di non fare, nella sezione IV del Tit. III, intitolata «des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation». L'art. 1147 del Code civil recita perciò: «le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement des dommages et intérêts» sia nel caso di mancata esecuzione sia nel caso di ritardo nella esecuzione; l'art. 1149 precisa che «les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé».

«*Dommages et intérêts*» è dunque la formula magica che comprende sia il danno derivante dalla mancata esecuzione di una prestazione di fare o di non fare sia la mancata prestazione di una obbligazione di dare. Anche per le obbligazioni di dare non si parla solo di interessi, ma di *dommages et intérêts*. L'art. 1153 è chiaro al riguardo: «dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, le dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixées par la loi; sauf les régies particulières au commerce et au cautionnements».

Le disposizioni del Code civil ovviamente debbono essere assoggettate ad interpretazione e le formule semplici diventano complesse nel corso del tempo.

Per la verità la discussione al Tribunato è pressoché inesistente, e nei Motifs si sottolinea che la materia è estremamente difficile da trattare (*Code civil des Français*, vol. V, Paris, An XII, 1804, vol. V, p. 115). La vaghezza dei termini, che circoscrivono un campo molto ampio, la varietà delle circostanze che si possono venire a creare consentono agli interpreti di sbrigliare la loro fantasia e la loro abilità esegetica.

I casi sono infiniti, ci avverte a pochi anni dalla pubblicazione del Code civil l'autore de *La Clef des Lois Romaines ou Dictionnaire analytique et raisonné de toutes les matières contenues dans le Corps de Droit*, Metz, 1809; a suo parere la difficoltà di liquidare i danni e gli interessi deriva non dal diritto ma dal fatto e «il giudice, non vedendo sempre con chiarezza quali possano essere i danni e gli interessi che una parte può pretendere giustamente nei confronti dell'altra, tende a ridurli quanto può». Le fonti romane continuano ed essere la chiave di volta della materia e gli esponenti della Scuola dell'Esegesi si volgono ad esse per interpretare il testo del codice. Ecco due esempi significativi.

Toullier (*Droit civil français*, Bruxelles, 1837, vol. III, p. 530) cita il passo di Paolo da cui è stata tratta la formula dei «danni-interessi», e spiega che danni e interessi, nell'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie, consistono «negli interessi stabiliti dalla legge», salve le regole particolari del commercio, e si sofferma sulla applicazione giurisprudenziale del codice. Baudry-Lacantinerie e Barde (*Trattato di diritto civile. Delle obbligazioni*, trad. it., vol. I, Milano, s.d., pp. 496 ss.) precisano che il danno deve comprendere la perdita subita (*damnum emergens*) e il lucro mancato (*lucrum cessans*); e aggiungono: «questi due elementi, dicono la maggior parte degli autori, sono rappresentati nell'espressione stessa di *risarcimento di danni-interessi* (danno, dam-

num; interessi, *lucrum*), che conterrebbe in tal modo quasi una definizione dell'indennità di cui si tratta. Ma è molto probabile che la parola *lucro*, aggiunta all'espressione *danno*, costituisca semplicemente una ridondanza come se ne trovano spesso nello stile degli antichi notai». E distinguono poi i danni compensativi, per mancata esecuzione della prestazione, e i danni moratori, per il ritardo nel pagamento di una somma di danaro.

5. Le origini dei modelli italiani (1837, 1865, 1942).

Le formule napoleoniche passano nei codici italiani preunitari, in particolare nel Codice albertino (artt. 1237, 1240) del 1837 e poi nel Codice civile unitario (art. 1227) del 1865. Nel testo del codice civile unitario cade l'endiadi *danni e interessi*, e si parla solo di *danni*, mentre di *interessi* si parla a proposito delle obbligazioni che hanno ad oggetto una somma di danaro. La dottrina e la giurisprudenza continuano invece ad usare sia l'espressione "danni e interessi" sia l'espressione "danni-interessi". Il codice prevede che gli interessi per il ritardo nel pagamento di una somma di danaro sono dovuti nella misura del tasso legale (art. 1231) salva diversa pattuizione delle parti. Gli interessi sono dovuti senza che il creditore debba dare alcuna giustificazione. In ogni caso, il danno da risarcire è dato dall' *interesse positivo*.

Assai diversa la trattazione nel Codice civile austriaco del 1811 (1816 nelle province italiane), in cui si precisa, al §912 che «qualche volta il creditore può, oltre il debito principale, domandare dal suo debitore anche le prestazioni accessorie. Queste consistono nelle accessioni e nei frutti della cosa principale; negli interessi o convenuti, o da pagarsi per la mora del debitore; o nel risarcimento del danno cagionato, o di quanto importa al creditore di non essersi debitamente adempita l'obbligazione; finalmente nell'importo che una delle parti si fosse per questo caso stipulato»; e al §1293, in materia di danno extracontrattuale, si distingue dal danno il lucro cessante, che ci si aspetta secondo il corso ordinario delle cose, e si distingue tra indennità (con cui si risarcisce il danno emergente) e pieno soddisfacimento (con cui si risarcisce anche il lucro cessante); le due voci non sono però unite in modo indissolubile. Infatti il § 1324 prevede il risarcimento del lucro cessante solo in caso di dolo e di negligenza evidente.

Il Codice civile tedesco è ancora più dettagliato e preciso, perché ai §§ 241 ss.; il § 249 dispone che chi è tenuto al risarcimento dei danni deve ristabilire lo stato che esisterebbe se non si fosse verificata la circostanza che obbliga al risarcimento; al § 252 dispone che il danno comprende anche il lucro cessante, e per tale deve intendersi il lucro che poteva con probabilità attendersi secondo il corso ordinario delle cose o secondo le speciali circostanze, in specie, secondo le misure e i provvedimenti presi; al § 253 dispone che il danno non patrimoniale può essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. La collocazione della materia è nei rapporti di debito. Regole speciali si prevedono per il risarcimento del danno derivante da un'azione illecita diretta contro la persona, danno che si estende ai pregiudizi per il guadagno o il benessere del danneggiato (§ 842) e, nel caso di lesione del corpo o della salute o di privazione della libertà l'offeso ha diritto al risarcimento in danaro anche per il danno che non è danno patrimoniale (§ 847).

Il testo del B.G.B. non fa che riprodurre le conclusioni cui era pervenuta la dottrina tedesca proprio negli anni della sua redazione. Nelle *Pandette* di Demburg (vol. II, *Diritto delle obbligazioni*, trad. it., Milano, 1903, pp. 178-179) si precisa che in caso di inadempimento delle obbligazioni il danno è composto di due voci, il *damnum emergens* e il *lucrum cessans*,

il primo facilmente accertabile, il secondo deve essere determinato in una quantità più o meno problematica: «la certezza non può essere richiesta, non può di regola essere raggiunta, ma le semplici illusioni di un guadagno neanche vanno considerate. Il diritto non tiene conto delle fantasie»; in altri termini il creditore deve dimostrare di aver preso particolari disposizioni che presentavano fondata speranza di fargli realizzare il lucro che assume aver perduto.

Di fronte a questo quadro variegato, la dottrina italiana, a partire dalla metà dell'Ottocento, ha iniziato ad elaborare le sue categorie giuridiche tenendo conto del diritto romano, del diritto francese, della rielaborazione del diritto romano effettuato dalla dottrina tedesca. Il diritto di matrice francese è interpretato mediante le categorie elaborate dalla Pandettistica. Sicché negli anni Trenta del Novecento, quando si manifesta più forte l'esigenza di rinnovare il Codice civile, il clima culturale è favorevole non tanto a proporre una crasi tra la tradizione romana, quella francese e quella tedesca, ma ad innovare le regole, redigendole in modo più chiaro e collocandole nel testo con un ordine sistematico.

Non tutti i problemi erano risolti, però. Proprio negli anni antecedenti alla nuova codificazione (del 1942) si era aperto il dibattito sulla risarcibilità del danno morale contrattuale.

L'ipotesi fu scartata dalla dottrina prevalente, sia perché l'inadempimento contrattuale non doveva essere considerato sotto la luce della sanzione, sia perché il Codice del 1865 nulla diceva al riguardo e quindi la sua inclusione nell'area del danno risarcibile avrebbe gravato il debitore in modo eccessivo. Anche i giuristi italiani, comunque, tendevano ad adattare - a modo loro - le formule del diritto romano alle esigenze della vita moderna. Ancora negli anni vicini alla nuova codificazione, Nicola Stolfi, autore di un ponderoso e fortunato trattato di diritto civile, aveva modo di scrivere che l'evoluzione del diritto romano aveva portato all' «afferinarsi del principio che il debitore il quale non adempie la sua obbligazione deve corrispondere al creditore una somma di danaro che equivalga al vantaggio che gli avrebbe procurato l'*adempimento esatto, effettivo e tempestivo* della obbligazione. E tale indennità costituisce appunto i danni-interessi» (*Diritto civile*, Torino, 1932, vol. III, p. 308). Giovanni Pacchioni precisava che il *damnum emergens* è costituito da ogni diminuzione dei beni del creditore in causa dell'inadempimento; *lucrum cessans* è ogni valore che il titolare del patrimonio avrebbe potuto realizzare ove il suo debitore avesse adempiuto mediante la sua attività gestoria: tutto ciò che avrebbe potuto lucrare in conseguenza esclusiva o principale dell'aumento patrimoniale che gli sarebbe stato causato dall'adempimento che invece mancò. Per rafforzare questa tesi richiama la tradizione romana, riluttante ad ammettere il risarcimento del *lucrum cessans*, concesso solo sulla base di una apposita richiesta rimessa alla discrezionalità del giudice: tale dunque doveva essere la regola anche per il diritto italiano vigente in allora (*Diritto civile italiano. P.II Diritto delle obbligazioni. Vol. II Dei contratti in generale*, Padova, 1936, p. 217). Il codice italo-francese delle obbligazioni per parte sua è molto dettagliato nella formulazione delle disposizioni: in particolare all'art. 98 parla di perdita sofferta e di guadagno di cui è stato privato il creditore.

6. Il modello italiano attuale.

La scelta dei compilatori (con la unificazione del codice civile e del codice di commercio) fu quella di collocare le regole della materia nell'ambito della disciplina delle obbligazioni (artt. 1223 ss.) assegnando al danno extracontrattuale regole additive speciali (artt. 2056-2059); il risarcimento danno mo-

rale, inteso in senso restrittivo, si riconobbe solo in caso di illecito extracontrattuale.

Il Codice civile italiano dedica al risarcimento del danno contrattuale sette disposizioni. Inizia con il principio generale per il quale il danno si compone di due fattori, la perdita subita dal creditore e il mancato guadagno (art. 1223); il danno risarcibile deve essere diretto ed immediato; per le obbligazioni pecuniarie si prevede la corresponsione degli interessi legali dal giorno della mora e si riconosce il danno maggiore se il creditore ne dà prova (art. 1224); il danno inoltre deve essere prevedibile al momento della conclusione del contratto (art. 1225); nell'ipotesi che esso non si possa provare nel suo preciso ammontare, si autorizza il giudice a liquidarlo con valutazione equitativa (art. 1226); si riduce il risarcimento per concorso colposo del creditore e del danno evitabile dal creditore usando l'ordinaria diligenza (art. 1227); il debitore risponde anche del fatto doloso o colposo dei suoi ausiliari (art. 1228); le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave sono nulle (art. 1229).

Come si vede, le due voci di danno sono distinte, così come sono distinti gli interessi connessi con l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie. Nella Relazione del Ministro Guardasigilli (n. 572) si ricollegano le due voci al *damnum emergens* e al *lucrum cessans*, e si insiste sul nesso causale tra inadempimento e danno, cioè sul fatto che il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, e deve essere prevedibile al momento in cui è sorta l'obbligazione. I poteri discrezionali del giudice sono più ampi nella valutazione del lucro cessante. Non sono ammessi i danni morali.

Giurisprudenza e dottrina italiane hanno precisato con qualche dettaglio le formule ampie che la tradizione ci ha consegnato: il creditore deve essere messo nella medesima situazione economica nella quale si sarebbe trovato se il fatto illecito non si fosse verificato; la somma liquidata deve essere equivalente all'effettivo valore dell'utilità perduta; il lucro cessante è dato dal mancato accrescimento del patrimonio del creditore, il quale deve fornire al giudice elementi presuntivi circa l'impiego specificamente progettato e concretamente predisposto che non si è realizzato (Cass. 7.7.1981 n. 4455). È sufficiente una fondata e ragionevole previsione, non l'assoluta certezza che il lucro si sarebbe verificato (Cass. 20.1.1987 n. 4280). Il danno, imputato sulla base della colpa, deve essere diretto e immediato nonché prevedibile, salvo nel caso di intenzionale inadempimento, che implica il risarcimento anche del danno imprevedibile. Per il danno risentito nella violazione di obbligazioni pecuniarie si ricorre all'interesse legale, salva la prova del maggior danno. Gli interessi si distinguono in *moratori*, se dovuti al ritardo nel pagamento di una somma di danaro, *corrispettivi*, per risarcire il creditore dalla mancata utilizzazione della somma di danaro, *compensativi*, dovuti al creditore indipendentemente da quelli moratori, al fine di ristabilire l'equilibrio economico tra i contraenti (Cass., 19.8.1998, n. 8196).

Per i debiti di valuta si esclude il cumulo di rivalutazione monetaria e interessi legali; per ottenere di più rispetto agli interessi legali il creditore deve dimostrare di aver subito un maggior danno. Il cumulo è applicabile ai debiti di valore, perché la rivalutazione è diretta a ripristinare il patrimonio precedentemente alla violazione e gli interessi hanno natura compensativa (Cass., 18.8.1998, n. 8165). La giurisprudenza ha sviluppato diverse presunzioni, dividendo per categorie sociologico-economiche i creditori (imprenditori, professionisti, consumatori) graduando così l'ammontare del maggior danno; ciò in considerazione dei fenomeni inflattivi, ora in parte superati dalla adesione dell'Italia al sistema dell'Euro (Cass., 19.10.1995, n. 10844).

È ora ammesso anche il risarcimento del *danno morale contrattuale*, in caso di vacanza rovinata, mobbing, stalking, lesione dell'immagine. In particolare è ammesso il risarcimento del danno morale - sub specie di "danno esistenziale" - nel caso di responsabilità medica, ritenendosi in giurisprudenza la sussistenza di un rapporto contrattuale tra medico e paziente, anche se il medico è dipendente della struttura sanitaria (Cass., 4.1.2010, n. 13). Non erano ammessi i *danni punitivi*, neppure nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. A questo proposito aveva osservato la Corte di Cassazione che «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. E quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata "in re ipsa". È inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato (Cass., 19.1.2007, n. 1183). Ma una recente sentenza ha cambiato orientamento.

In materia di risarcimento del danno per l'inadempimento di obbligazioni pecuniarie la Corte di cassazione non ha ancora espresso un indirizzo unitario.

Vi è un orientamento che propugna il principio secondo il quale nelle obbligazioni pecuniarie «il fenomeno inflattivo non consente un automatico adeguamento dell'ammontare del debito, né costituisce di per sé un danno risarcibile, ma può implicare, ai sensi dell'art. 1224 c.c. «solo il riconoscimento in favore del creditore, oltre che degli interessi, del maggior danno che sia derivato dalla impossibilità di disporre della somma durante il periodo della mora, nei limiti in cui il creditore medesimo deduca e dimostri che un pagamento tempestivo lo avrebbe messo in grado di evitare o ridurre quegli effetti economici depauperativi che l'inflazione produce a carico di tutti i possessori di danaro, posto che gli interessi moratori accordati al creditore dal primo comma dell'art. 1224 c.c. hanno funzione risarcitoria, rappresentando il ristoro, in misura forfetariamente, della mancata disponibilità della somma dovuta» (Cass., 10.11.2009, n. 23744).

Un altro orientamento prevede invece che quando il creditore sia un imprenditore commerciale e vi sia ritardo nel pagamento non sia necessaria la prova del maggior danno eguagliabile alla svalutazione monetaria perché si presume che «in base all' "id quod plerumque accidit" se vi fosse stato tempestivo adempimento la somma dovuta sarebbe stata utilizzata in impieghi antiinflattivi» (Cass., 31.5.2010, n. 13228).

In un saggio recente, scritto da uno dei più autorevoli giuristi italiani, Pietro Trimarchi ha rivisitato i problemi del danno contrattuale ricorrendo non solo a considerazioni di ordine logico e pragmatico ma anche di ordine economico. In altri termini, la prospettiva da cui muove l'A., nell'ambito di una più ampia analisi dedicata ai rimedi messi a disposizione del creditore dall'ordinamento in caso di inadempimento del debitore (*Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p.83 ss.) è che per risolvere i problemi del risarcimento del danno «occorre analizzare la funzione della responsabilità contrattuale, cioè, trattandosi di materia contrattuale, dunque at-

tinente ad operazioni economiche» occorre verificare come «le regole sulla responsabilità possano influire sulle motivazioni degli operatori in modo da realizzare risultati di efficienza». Le funzioni della responsabilità contrattuale sono molteplici: stabilire un rapporto di fiducia tra le parti, costituire un incentivo per il debitore, realizzare l'interesse del creditore. Da questo punto di vista appare preferibile la teoria che privilegia il risarcimento dell'interesse positivo, essendo arduo, quasi in tutte le circostanze, dare la prova dell'interesse negativo. Secondo l'A. «l'inadempimento non deve essere scoraggiato quando procuri al debitore inadempiente un vantaggio superiore al danno dell'altra parte (inadempimento efficiente), perciò il risarcimento non solo non deve essere inferiore, ma neppure deve essere superiore all'interesse positivo». Questa conclusione porta l'A. a ritenere che la regola secondo la quale l'inadempimento volontario implica anche il risarcimento del danno imprevedibile deve essere applicata con cautela e in via restrittiva (p.180). Questa soluzione avvicina dunque il modello italiano a quello inglese.

L'A. si chiede se nel diritto italiano sia risarcibile l'interesse negativo in alternativa a quello positivo. Se cioè il creditore, anziché chiedere il prezzo della cosa o del servizio non acquisito e il lucro cessante, possa chiedere la restituzione del prezzo e il rimborso delle spese effettuate per preparare l'adempimento della propria prestazione. La risposta è negativa, perché il risarcimento è una conseguenza dell'inadempimento e quindi la questione rientra nel nesso causale; «solo il risarcimento delle spese ragionevoli inutilmente affrontate è economicamente giustificato e opportuno, quando l'interesse lesso non sia valutabile, o non sia facilmente valutabile, in danaro». In questo modo si stempera la distinzione tra interesse positivo e interesse negativo, posto che l'art. 1226 c.c. consente ai giudici di valutare in modo equitativo, cioè tenendo conto delle circostanze, il danno vantato dal creditore.

La distinzione tra concezione reale (*aestimatio rei*) e concezione patrimoniale (*id quod interest*) appare all'A. troppo schematica. La seconda si attaglia meglio della prima al sistema italiano, perché comprende il lucro cessante, ed è basata su criteri oggettivi, quindi facilmente verificabili, mentre la prima si affida a criteri soggettivi. Se però il creditore provvede ad una operazione sostitutiva in tempi vicini all'inadempimento «è ragionevole considerare il prezzo concretamente pattuito come rappresentativo (...) di un prezzo di mercato» non facilmente accertabile (op. cit., p.116). Il creditore potrà ottenere il risarcimento sperato solo se riuscirà a dare la prova che avrebbe potuto ottenere altrimenti un vantaggio superiore. In questo senso, le regole stabilite dai Principi Unidroit, dai PECL e dal Draft sono considerate in linea con il diritto italiano.

Ancora. L'A. si chiede se quando la prestazione resa è incompleta o difettosa si debba risarcire il minor valore di mercato della prestazione resa oppure rimborsare i costi necessari per completarla o eliminare i difetti. Egli ritiene che, al di là dei casi in cui il risultato delle due ipotesi venga a coincidere, si debba seguire il principio che articola il risultato tenendo conto delle diverse tipologie contrattuali. Nell'appalto il debitore deve pagare il costo della regolare esecuzione, se l'opera è incompleta; se l'opera è completata ma difettosa, occorre temperare gli interessi contrapposti, senza dover gravare eccessivamente la posizione del debitore, e così pure nella vendita. Ma occorre distinguere tra tipi di vendita, e in particolare considerare i rimedi che sono messi a disposizione del compratore se ha lo status di consumatore.

Sulla perdita di chance dottrina e giurisprudenza sono incerte sulla sua iscrizione al danno emergente o al lucro cessan-

te. L'A. sottolinea come la domanda sia oziosa, potendosi di volta in volta assegnare la chance all'una o all'altra categoria di danni; il problema della chance è solo collegato con il nesso causale e con l'onere della prova (pp.150 ss.).

Il risarcimento del danno nell'inadempimento di obbligazioni pecuniarie - per cui sono dovuti gli interessi legali dal giorno della mora - non deve essere confuso con il maggior danno per il ritardo. Il saggio degli interessi legali varia se si applica l'art. 1284 c.c. oppure il d.lgs. n. 231 del 2002 (art. 5) che attua la direttiva sui ritardi nei pagamenti (dir. CE n.35/2000). Il contrasto è forte, e spetta alla giurisprudenza attenuarlo mediante l'accertamento delle prove offerte dal creditore (op. cit. p. 154). L'art. 1283 c.c. sottrae il debitore al pagamento di interessi anatocistici; secondo l'A. questa regola è giustificata perché altrimenti si esporrebbe il debitore ad un onere troppo gravoso, ma si deve applicare con ragionevolezza; ad es., gli interessi anatocistici sono dovuti se il creditore, a sua volta, li ha pagati, sicché la norma non si applica nel caso di risarcimento del danno da ritardo effettivamente subito e sul danno effettivamente liquidato con sentenza.

Secondo la giurisprudenza per i debiti di valore «la rivalutazione monetaria e gli interessi costituiscono una componente dell'obbligazione di risarcimento del danno e possono essere riconosciuti dal giudice anche d'ufficio ed in grado di appello, pur se non specificamente richiesti, atteso che essi devono ritenersi compresi nell'originario "petitum" della domanda risarcitoria, ove non ne siano stati espressamente esclusi» (Cass., 30.9.2009, n. 20943). In caso di illecito extracontrattuale «gli interessi compensativi dovuti per il danno da ritardo non possono essere calcolati dalla data dell'illecito sulla somma liquidata per capitale e rivalutata sino al momento della decisione, dovendo, invece, essere computati o con riferimento ai singoli momenti riguardo ai quali la somma equivalente al bene perduto si incrementa nominalmente, per effetto dei prescelti indici medi di rivalutazione monetaria, ovvero anche in base ad un indice medio, tenuto conto che la liquidazione del danno da ritardo rientra pur sempre nello schema liquidatorio di cui all'art. 2056 cod. civ., in cui è ricompresa la valutazione equitativa del danno stesso ex art. 1226 cod. civ.» (Cass., 9.3.2010, n. 5671).

In caso di inadempimento o di ritardato adempimento di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro - assoggettata, in quanto tale, alla disciplina dell'art. 1277 c.c. - «la rivalutazione monetaria del credito può essere riconosciuta solo a condizione che il creditore allegghi e dimostri, ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ., l'esistenza del maggior danno derivante dalla mancata disponibilità della somma durante il periodo di mora, non compensato dalla corresponsione degli interessi legali nella misura predeterminata dall'art. 1224, primo comma, cod. civ., rimanendo comunque esclusa la possibilità del cumulo tra rivalutazione monetaria ed interessi compensativi» (Cass., 3.6.2009, n. 12828).

La giurisprudenza però calcola la rivalutazione mediante il riferimento agli indici ISTAT dei prezzi al consumo, cumulandola con gli interessi, e quindi operando la rivalutazione sulla somma inizialmente ottenuta di anno in anno. Questa soluzione - secondo l'A. - era giustificabile anni fa, quando gli operatori economici erano esposti ad un altissimo tasso di inflazione. Oggi però la situazione è cambiata, e quei criteri non sono più giustificati. Pertanto nel debito di valore l'equivalenza pecuniaria «deve essere determinata con riferimento al momento in cui il credito avente per oggetto il bene o il servizio è sostituito dal credito del risarcimento in danaro, oppure al momento in cui è divenuto possibile la sostituzione del bene o del servizio mancato. Gli interessi possono venire in considerazione solo

nel tempo successivo nel quale è mancata la somma di danaro ma non nel periodo in cui è mancato il bene o il servizio, valori della vita che non producono interessi; per il periodo precedente si tiene conto della perdita di acquisto della moneta e quindi è giustificata la rivalutazione automatica» (op. cit., p.169).

La storia dunque ci aiuta a comprendere i fenomeni del passato ma anche ad interpretare i testi del presente: l'insegnamento della storia ha dunque un profondo significato non solo cognitivo, ma anche morale.

Di qui la gratitudine che dobbiamo manifestare a quanti, come al Maestro che oggi onoriamo, ha dedicato la sua intera vita per tutelare questi valori.

Note.

(1) L'espressione è usata da Gordon, *Taming the Past. Essays on Law in History and History in Law*, Cambridge, 2018.

(2) Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harvard Law Review 457 (1897).

(3) Stolleis, *Il quadro europeo*, in *Storia e diritto. Esperienze a confronto, Quaderni fiorentini*, n. 14, Milano, 2013, p. 35

(4) Stolleis, Op.loc.cit.

(5) Bessone, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996; Guastini, *Teoria del diritto. Approccio metodologico*, Mucchi, s.L., 2013; e Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Mass., 2009.

(6) Il rinnovato interesse della Commissione europea per la raccolta in un quadro sistematico di principi inerenti il diritto privato - per il momento circoscritto al diritto contrattuale e alla vendita (Libro Verde della Commissione sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM (2010) 348 def., del 1.7.2010) - costituisce una ulteriore sollecitazione all'esame del testo del Draft Common Frame of Reference (v.Bar, Clive, Schulte Nolke, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Monaco, 2009) e delle opere che hanno preceduto e accompagnato e seguito la sua pubblicazione, dapprima come "progetto" poi come outline edition e poi come testo commentato. Mi riferisco in particolare al commento, pubblicato in più volumi, a cura dello Study Group on a European Civil Code (Monaco, 2009-2010), alle indagini sulla terminologia e sui principi del diritto privato europeo (European Contract Law. Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Monaco, 2008), ai trattati e ai saggi via via apparsi sulle riviste nonché alle relazioni congressuali (sul punto v. in particolare Alpa e Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005; ed. riveduta *Grundlagen des Europäischen Privatrechts*, Monaco, 2009).

La vocazione... ereditaria.

Marco Tiby

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Chiamare le parole per nome. - 2. La vocazione all'essere sé stessi. - 3. La vocazione dell'uomo nella prospettiva cristiana. - 4. La vocazione ereditaria: eredi non si nasce, si diventa. - 5. Actio interrogatoria - 6. Rinunzia o rifiuto? - 7. Impugnazione della rinunzia.

1. Chiamare le parole per nome.

Interrogarsi sull'origine delle parole e cercare di comprenderne il loro vero (*etimo*, in greco) significato, comparandole e raffrontandole con altre, non è soltanto un affascinante passatempo, ma un esercizio utilissimo sia per cogliere la radice e l'essenza dei concetti, cioè di quelle idee che accogliamo nella nostra mente e facciamo proprie (concetto viene da *cum-capere*), sia per associare ogni vocabolo alla sua motivazione, favorendone così un uso più consapevole. (1)

La "parola" stessa nasce per avvicinare e mettere in relazione tra loro gli esseri umani e, più è precisa, più attende al suo scopo. Infatti, "imparare a usare il linguaggio non porta a solitudini, ma a legami, e tramite di essi, si diventa più forti, si accresce la possibilità di modificare il mondo e di modificarsi" (2).

La parola ha quindi una forza creatrice, un potere quasi costitutivo e modificativo delle realtà umane: si pensi a quella data con una stretta di mano al termine di una trattativa, alla promessa degli sposi, ma anche alla rottura di una relazione, all'educazione dei figli... Tutto si costruisce e si disfa attraverso le parole le quali possono essere delle carezze quando servono per comunicare affetti, esprimere sentimenti e vicinanza, mostrare comprensione oppure dei veri e propri schiaffi quando colpiscono e feriscono il prossimo (insulti, ingiurie, minacce, ma anche pettegolezzi) provocando, appunto, rumore (schiaffo deriva dalla radice germanica onomatopeica *klap*). Quando poi le parole sono strumenti di un'arte o di una professione esse diventano *voca-boli* (la voce è un mezzo - *bulum*, per dare nome alle cose); in quest'ambito, conoscere la loro origine aiuta ad essere più convincenti e persuasivi nella formulazione, ad esempio, di una tesi difensiva o nella motivazione di una sentenza (3). E' vero che se ho ragioni da vendere faccio presto a farmi capire, ma è altrettanto vero che un cattivo e distorto utilizzo dei vocaboli può rivelarsi un *boomerang*. Se impieghi una cacciavite a taglio per avvitare o svitare una vite Phillips (a croce), potrei riuscire ugualmente nell'intento, ma farei più fatica, rischiando di rovinare l'uno e l'altra. Le parole sono un po' come dei cacciaviti: non solo devono essere della stessa forma della vite (la quale si attorciglia e perciò viene così chiamata per somiglianza alla pianta e ai suoi tralci), ma devono avere, per "innestarsi" perfettamente in essa, anche la giusta dimensione.

Non vi è dubbio poi che lo sforzo di coltivare un linguaggio calibrato (da *lybra*, bilancia) e, quindi, l'abilità di soppesare, consente di rendere più bello e godibile (al di là delle ragioni sostanziali) un testo scritto (una comparsa di risposta, ad esempio, da *cum-parere*, venire alla luce - partorire è dare alla luce-, apparire, manifestare) (4).

Fermiamo ora questo gioco entusiasmante (*en-theos*, essere dentro a qualcosa di divino) di chiamare le parole per nome, tendenzialmente orientato verso un'infinità di combinazioni, sul termine (5) "vocazione", per poi considerare (6) alcuni aspetti legati a quella ereditaria (7).

2. La vocazione all'essere sé stessi (8).

Vocazione deriva dal latino *vocatus*, participio passato del verbo *vocare* (a sua volta da *vox*). Indica un'azione, quella del chiamare, ma anche un moto interiore: mi sento di fare questo, mi sento portato per quest'altro, per fare l'avvocato piuttosto che il magistrato (ma anche entrambi), il notaio, etc. Se mi guardo dentro e cerco di conoscermi più a fondo comprendo che sono attratto da... In questo senso, tutti ci sentiamo chiamati perché tutti abbiamo una passione che ci porta a tendere verso la realizzazione di desideri e aspirazioni in armonia con le nostre inclinazioni naturali (9). In altre parole, si è chiamati a realizzarsi come persone, ciascuno con la propria irripetibile ed unica identità. Chi risponde a questa chiamata vive generalmente bene, in armonia con sé stesso, con i propri simili, con gli animali e con l'ambiente, diventando una "bella persona" (in greco l'aggettivo bello, *kalòs*, e il verbo chiamare, *kaléo*, hanno la stessa radice etimologica), una persona felice (eu-demonia, è per i greci la felicità, il cui segreto sta appunto nello scoprire il proprio demone, il proprio genio, e viverlo) (10).

Il compito di scoprire e assecondare la vocazione di ognuno spetta alle persone che abbiamo vicino fin dall'infanzia. L'art. 147 c.c. impone ad ambedue i coniugi di educare i figli nel rispetto delle loro capacità, delle loro inclinazioni naturali e delle loro aspirazioni. Un *munus* che per poter essere attuato presuppone da parte dei genitori ascolto, osservazione, confronto, intuizione e, soprattutto, la consapevolezza che i figli devono essere educati, anche a costo di sacrificare le proprie aspettative o a dispetto di eventuali ansie o paure che si possano affacciare nell'animo e nella mente, a camminare sulla loro strada.

Insomma, occorre essere illuminati (la bellezza rimanda alla luce) come illuminata era Caterina di Mauro, la mamma di un certo Giovanni la quale poiché "possedeva un'intelligenza svegliata ed uno spirito sgombro da pregiudizi", "con la stessa lucidità con la quale aveva compreso l'opera del Renan (...) senti che la vocazione del figlio suo era cosa molto seria, e che per favorirla occorreva farlo uscire dal nido..."; "tutta dedita all'educazione della prole, per quei tempi poteva chiamarsi una intellettuale, senza quella punta di sarcasmo che oggi accompagna tale parola. Essa leggeva, e non poco; né soltanto libri di devozione, ma anche di amena e grave letteratura..." (11) Era il 1865 quando Verga, venticinquenne, si trasferì a Firenze proprio per coltivare la sua vocazione, imparare la lingua, incontrare scrittori...

Sembra dunque che per educare i figli, visto il risultato ottenuto da mamma Caterina, sia necessario, in primo luogo, non avere pregiudizi e che la cura (preventiva) per non farseli venire sia quella di leggere, leggere e leggere.

Avvenne così anche nel caso di un bambino che, seppure molto vivace, si appassionò subito ai libri, tanto da essere rimproverato perché passava troppo tempo immerso nella lettura. Un po' come succede adesso, per molti, con *Fortnait* e gli altri giochi elettronici... A sette anni cominciò col leggere *Le avventure di Pinocchio* e poi via, uno dietro l'altro, anno dopo anno, tutti i classici della letteratura. Quando aveva undici anni (siamo nel 1923), dopo aver ascoltato la predica di un frate cappuccino, sentì la chiamata. Ma per entrare in seminario occorreva il benessere del padre, che in quel momento lavorava in Belgio. Scrisse così una lettera e rimase in trepidante attesa per la risposta (ogni giorno andava all'ufficio postale a chiedere se fosse arrivata); il padre, infatti, non era praticante, ed era anzi un militante socialista; inoltre, mandare un figlio in seminario, per una famiglia povera, rappresentava un grande sacrificio. Giovanni Luciani assecondò il desiderio del

figlio con la condizione che, una volta divenuto prete, avrebbe dovuto stare dalla parte dei poveri e dei lavoratori (12).

Uno straordinario scrittore, uno straordinario papa. Tutto ciò grazie a genitori intelligenti, capaci, cioè, di leggere dentro il cuore dei figli consentendogli di realizzare i loro desideri.

Viceversa, nessuno può essere obbligato a seguire una strada sulla quale non intende camminare. Maria, l'educanda di Verga, costretta a rinchiudersi nel convento catanese contro le sue inclinazioni e i suoi desideri, ci insegna come la vocazione sia innanzitutto una chiamata alla gioia e alla piena realizzazione di sé stessi e che mai e poi mai può essere imposta (13). Alla fine dell'ottocento il problema riguardava, per altri aspetti, anche il clero secolare: "in quel tempo i preti sceglievano la loro carriera per non saper altro che fare; ma lo zio Sebastiano, sebbene di famiglia povera, aveva scelta la sua per vocazione sincera. Era un uomo intelligente e anche colto, che sapeva di lettere e di latino (...) Al contrario dell'altro prete di famiglia, don Ignazio, fratello del signor Antonio, egli amava la povertà, era casto, di umore allegro..." (14)

Sta di fatto che la peculiarità di ogni vocazione, scelta in genuina libertà, si caratterizza, paradossalmente, per una costrizione interiore che obbliga a seguire una determinata strada apparendo ogni altra priva di senso (15).

Vittorio Spinazzola, nell'introduzione al romanzo autobiografico dal quale è tratta la citazione, scrive: "La vocazione di scrittrice le si impose nell'animo per una spinta irrecusabile". Cosima, infatti, si sentiva "come costretta da una forza sotterranea" a scrivere "versi e novelle" (p. 56).

Grazia Maria Cosima Damiana Deledda, per questa sua passione, venne osteggiata dal suo *entourage* familiare e dalla cerchia di amici e conoscenti fin da quando aveva quattordici anni, compresa solo dal fratello Andrea. Un ruolo di promozione e aiuto per lo sviluppo della sua vocazione lo ebbe invece il marito, a sua volta bersaglio di Luigi Pirandello, probabilmente invidioso che una donna potesse assurgere a certi livelli nel panorama letterario. Per la Deledda, che aveva frequentato la scuola fino alla quarta elementare, scrivere era "un bisogno fisico" così come per le altre ragazze del tempo correre per i viali dei giardini o andare in luoghi proibiti, se possibili, per convegni amorosi (cfr. p. 75). Scriveva a Luigi Capuana nel 1897: "La guida che nei primi passi mi è mancata ora la sento in me stessa, ed è una intima voce che mi addita qualche cosa di alto e di puro e di fortemente luminoso".

3. La vocazione dell'uomo nella prospettiva cristiana.

Per il cristianesimo ogni uomo è chiamato a vivere in comunione con Dio. Non si tratta della semplice scoperta dell'io interiore o di un'autorealizzazione, come sembra intendere don Giuseppe nell'ultimo scambio di battute con Giorgio, il manager che per caso ha trascorso una giornata e mezza in una abbazia tra Bergamo e Brescia: "E chi sta parlando di diventare prete? Ti ho augurato che ti venga la vocazione, quella più importante, quella primaria: la vocazione a essere uomo. Voce e azione, appunto: unità, realizzazione, sostanza, coerenza e poi, per tutto il resto... se ne ride chi abita i cieli..." (16)

Se ne ride, certo, perché questo è solo un aspetto della vocazione cristiana; per un uomo, "essere, divenire uomo, sé stesso" (17), non esaurisce il significato dal punto di vista del rapporto con il Tu infinito. Scriveva Thomas Merton: "la nostra vocazione non è semplicemente quella di *essere*, ma di collaborare con Dio a creare la nostra stessa vita, la nostra identità, il nostro destino." (18)

La *Gaudium et spes*, la costituzione conciliare sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, dedica la prima parte al tema "La Chie-

sa e la vocazione dell'uomo". Trattando, in particolare, del mistero della morte, così si esprime: "Dio infatti, ha chiamato e chiama l'uomo a stringersi a Lui con tutta intera la sua natura in una comunione perpetua con la incorruttibile vita divina. Questa vittoria l'ha conquistata il Cristo risorgendo alla vita..."

Chiamati a stringersi a Lui e a vivere... innestati, come il tralcio nella vite. La vita cristiana è tutta qui (19) e come ogni relazione presuppone attenzione e silenzio: solo chi ascolta può accorgersi di essere chiamato (20).

Negli anni '80 ebbe molta fortuna un manuale intitolato "chiamata e risposta" scritto, anche qui, da un monaco benedettino, dom Anselm Gunthor. Una specie di Torrente per il diritto privato... tanto più che i due erano coetanei.

Pur essendo un testo di morale, si può dire che tutta la teologia si esaurisca nel titolo di questo libro (21).

La facoltà di rispondere alla "chiamata" si prescrive solo con la morte (...*in facultativis non datur praescriptio*) e, quindi, dura tutta la vita. In comune con la vocazione ereditaria (l'accettazione si prescrive in dieci anni) vi è l'effetto retroattivo. Con una differenza: nel caso della vocazione ereditaria gli effetti retroagiscono al momento della morte del *de cuius*, mentre nel caso della vocazione cristiana retroagiscono al momento della nascita, come se da sempre il chiamato fosse stato... innestato (22).

In questa prospettiva anche la morte è vocazione; anzi è l'ultima è più importante vocazione dell'uomo perché coincide con il giudizio e cioè con la chiamata definitiva all'Amore, come emerge dalla lettura di un altro straordinario romanzo (23) e come frate Ginepro aveva in un certo qual modo intuito e cercato di dimostrare (24).

4. La vocazione ereditaria: eredi non si nasce, si diventa.

Anche la vocazione ereditaria si muove tra una chiamata e una risposta. La vicenda successoria si apre con la morte di un soggetto (chiamata) e si chiude con l'accettazione (risposta positiva) o la rinuncia del chiamato (risposta negativa). Tra l'apertura della successione e la chiusura della stessa può passare un certo tempo. La legge fissa però dei paletti: dieci anni per accettare, tre mesi per fare l'inventario (se il chiamato è nel possesso dei beni) o anche il termine fissato di volta in volta dal giudice su richiesta di chi ha interesse a sbloccare lo stallo.

Il morto viene detto *de cuius* (della cui eredità si tratta) e il successibile, come visto, "chiamato". Anche in questo contesto la morte produce, oltre alla messa a disposizione dell'eredità (il termine utilizzato dal codice è "devoluzione"), una vocazione. La messa a disposizione dell'eredità può avvenire per legge o per testamento. Altri modi non ve ne sono (art. 457 c.c.). Perciò, mentre la devoluzione è duplice e riguarda il titolo (legge o testamento) della messa a disposizione, la vocazione è una sola e concerne la facoltà del chiamato di accettare o meno l'eredità. Si tratta di un diritto potestativo dove esercizio e realizzazione coincidono. Il chiamato, se vuole, può prendere tempo oppure cautelarsi accettando con beneficio d'inventario (art. 484 c.c.) oppure ancora rinunciare all'eredità (art. 519 c.c.). Insomma il chiamato è sovrano e governa la situazione. Possiamo immaginarlo come un re nel suo castello il quale, se vuole fare entrare qualcuno, abbassa il ponte levatoio. Questo qualcuno, stufo di aspettare, potrebbe però rivolgersi ad un giudice che dica al re di decidersi entro un breve tempo. Apri o tieni chiuso, lo vuoi o non lo vuoi? Se il re non risponde e il termine scade il ponte non si abbasserà più... Nello stesso tempo, il re potrebbe mandare a dire: vai pure, tanto non ti aprirò mai; oppure, ti apro, ma a condizione che non crei grane e porti solo cose buone...

Accettare puramente e semplicemente l'eredità comporta l'obbligo di rispondere *ultra vires*, rischiando cioè di pagare i creditori del *de cuius* non solo con quanto questi ha lasciato, ma anche con le proprie sostanze. Sono previste, per tale motivo, delle cautele: l'accettazione con beneficio d'inventario (484 c.c.) oppure la rinuncia all'eredità (art. 519 c.c.).

Quello che qui interessa mettere in luce è che senza l'accettazione (espressa o tacita che sia) il chiamato non può assumere la qualifica di erede. Perciò, mentre la delazione è un semplice presupposto della qualità di erede, l'accettazione è il fatto costitutivo idoneo a conferire al chiamato detta qualità. Eredi non si nasce, ma si diventa.

Questo asserto non è frutto di un'interpretazione delle disposizioni di legge in quanto esse, sul punto, sono incontrovertibili. L'art. 459 c.c. recita infatti che "l'eredità si acquista con l'accettazione". A sua volta l'art. 474 c.c. ne evidenzia le caratteristiche disponendo che l'accettazione può essere espressa (*aditio*) o tacita (*pro herede gestio*). Ciò nonostante, qualcuno è riuscito a leggere (e quel che più è grave, ad applicare) il codice civile abrogando queste chiare disposizioni, forse tratto in inganno dalla possibilità, anch'essa codificata, della rinuncia. Il ragionamento potrebbe essere pressappoco il seguente: se il chiamato può rinunciare e non lo fa, si assume il rischio di essere considerato erede: se vorrà reagire all'aggressione da parte dei creditori del *de cuius*, gli basterà dimostrare di aver rinunciato.

In quel di Salerno, tanto il Tribunale, quanto la Corte d'Appello sono caduti in una svista clamorosa, corretta poi dalla Cassazione. (25) Vediamola brevemente. L'Inps aveva ottenuto un decreto ingiuntivo contro Orazio il quale, senza fare opposizione, decedeva lasciando la figlia Antonietta. Sulla base di tale titolo esecutivo, divenuto definitivo, l'Inps chiedeva a quest'ultima il pagamento, rassicurandola che avrebbe soprasseduto se fosse stata data dimostrazione della sua estraneità all'asse ereditario, allegando la rinuncia all'eredità. Antonietta disattende l'invito e viene quindi raggiunta dal decreto ingiuntivo. Si oppone deducendo di non essere legittimata passiva, non avendo mai accettato l'eredità di Orazio. Il Tribunale la respinge e la Corte d'appello conferma la sentenza ritenendo che Antonietta abbia accettato tacitamente l'eredità. Tale accettazione tacita deriverebbe da tre indici rilevatori: a) il disinteresse dimostrato all'invito dell'Inps; b) la mancata allegazione di una effettiva rinuncia all'eredità; c) la mancanza di fatti idonei ad escludere l'accettazione tacita dell'eredità. Incredibile, ma vero. Se uno dicesse una simile castroneria (26) all'esame di diritto privato al primo anno di università, difficilmente potrebbe superarlo. La circostanza di cui alla lettera a) è neutra, quella di cui alla lettera b) non è richiesta dalla legge, quella di cui alla lettera c) stravolge il senso stesso dell'accettazione tacita (*pro herede gestio*), cioè di quell'insieme di atti che presuppongono la volontà di succedere e che l'interessato non avrebbe diritto di fare se non nella qualità di erede (27).

In una simile delirante (fuori dal solco) impostazione, tutto si ribalta, a partire dall'onere della prova. E' come se a Salerno fosse il sole a girare intorno alla terra e non il contrario.

5. Actio interrogatoria.

All'Inps, condannato a pagare le spese di tutti i gradi di giudizio, viene spiegato che: a) se fosse vera questa tesi, l'art. 481 c.c. (la c.d. *actio interrogatoria*) non avrebbe ragione di esistere; b) proprio a tale azione l'ente previdenziale avrebbe dovuto far ricorso per imporre ad Antonietta "una scelta più rapida rispetto a quella a lei consentita nel termine decennale".

La cassazione sottolinea come “il disinteresse manifestato dal chiamato all’eredità rispetto all’azione di terzi dirette a rivendicare il pagamento di debiti del *de cuius*” attesta piuttosto una volontà contraria a quella di accettare... e spiega come l’art. 481 c.c. risponda all’esigenza “di garantire la stabilità e certezza dei rapporti giuridici tra le parti” in vista di “una equilibrata coesistenza tra il diritto dell’erede a scegliere se subentrare o meno nel patrimonio del *de cuius* (nel termine della prescrizione decennale a lui assegnato dall’art. 480 c.c.) e la necessità di chiarezza per i creditori.”

In ragione di tale finalità (quella di far cessare lo stato di incertezza determinato dalla indecisione del chiamato) il termine fissato dal giudice per costringere il chiamato a prendere posizione (28) è di decadenza ed eventuali sue proroghe concesse su richiesta del chiamato sarebbero illegittime perché volte a frustare la *ratio* dell’istituto.

Qualcuno ha provato a sostenere l’ammissibilità di tale dilazione argomentando dall’art. 488 c.c., disposizione riguardante l’accettazione con beneficio d’inventario. Il chiamato interrogato può infatti fare una dichiarazione di accettazione pura e semplice oppure, se non è nel possesso dei beni, una dichiarazione di accettazione con beneficio d’inventario. In questo secondo caso, però, oltre a fare la dichiarazione entro il termine assegnato dal giudice, il codice stabilisce che debba fare “anche” l’inventario. Se non lo fa, viene considerato erede puro e semplice. Il secondo comma di detta disposizione ammette una dilazione, ma tale dilazione riguarda ovviamente la redazione dell’inventario e non certo il termine fissato per fare la dichiarazione; lo ha precisato la cassazione (29) sottolineando come, da un lato, sia la stessa congiunzione “anche”, contenuta nel primo comma dell’art. 488 c.c., ad orientare l’interpretazione nel senso appena detto e, dall’altro, come “le norme che impongono il compimento dell’inventario entro un dato termine (...) non determinano la decadenza dal beneficio, ma fanno conseguire dall’inutile decorso del termine l’accettazione pura e semplice.”

6. Rinuncia o rifiuto?

Il chiamato, come visto, solo se non ha accettato (*semel heres, semper heres*), può dismettere (o non esercitare) il diritto (potestativo) di accettare. Occorrono delle formalità: o va dal notaio, oppure dal cancelliere del Tribunale del luogo in cui la successione si è aperta. Diversamente, la rinuncia non produce effetto. Questo atto, per cui è richiesta la capacità di agire, va inserito nel registro delle successioni che è diviso in tre parti: la seconda è dedicata alle rinunce e si chiude con una rubrica con tutti i nominativi delle persone la cui successione si è aperta (cfr. art. 52 disp. att. c.c.). Anche se avesse per oggetto beni immobili, la rinuncia non va tuttavia trascritta in conservatoria. Ciò perché con non viene dismesso alcun diritto reale (atto in generale soggetto a trascrizione ex art. 2684 c.c. n. 3, come del resto l’accettazione dell’eredità di cui all’articolo seguente), ma solo il diritto di accettare l’eredità.

Meritano di essere ricordate alcune particolarità.

La rinuncia produce l’effetto di annullare la chiamata (art. 521 c.c.), ma si possono ritenere legati e donazioni, salva l’azione di riduzione, ed è nulla se sottoposta a termine o a condizione o se fatta solo per parte (art. 520 c.c.). Tuttavia, secondo la cassazione, la rinuncia alla successione testamentaria non è di ostacolo alla successione legittima. Si trattava del caso in cui i chiamati si erano accordati sulla divisione dei beni devoluti per successione legittima, rinunciando ad eventuali testamenti poi successivamente scoperti. (30)

Il chiamato che sottrae o nasconde i beni ereditari si considera erede puro e semplice nonostante la rinuncia (art. 527 c.c.).

La ragione è chiara, così come è chiaro il fatto che la rinuncia fatta verso corrispettivo o a favore di alcuni soltanto dei chiamati importi accettazione dell’eredità (art. 478 c.c.).

Infine, la rinuncia all’eredità, fintanto che questa non viene accettata dagli altri chiamati, è sempre revocabile (art. 525 c.c.) mediante l’accettazione.

Tralasciando la questione di quale sia la differenza tra semplice chiamato e rinunziante, ci si può domandare, essendo l’effetto della rinuncia la c.d. *omissio adquirendi* (rinunciando, non acquisto l’eredità), se ci si trovi di fronte ad una vera e propria rinuncia (cioè una rinuncia *abdicatoria*) oppure ad un semplice “rifiuto”. La distinzione è sottile anche perché si tratta di sinonimi: la particella *re-* ha in entrambe le parole il significato di respingere: in particolare, nel caso della rinuncia di mandare indietro l’annuncio, la novità, la novella; nel caso del rifiuto, ciò che viene versato o gettato contro. Se si indica come ipotesi classica di rinuncia *abdicatoria* la remissione del debito (art. 1236 c.c.) -che può essere... rifiutata dal debitore- oppure l’abbandono della cosa (art. 923 c.c.), con la rinuncia all’eredità non si dismette nulla e nessun diritto, ma ci si rifiuta, più semplicemente, di assumere una certa qualità. Non c’è nessun diritto da dismettere, ma solo un qualcosa da rifiutare. La rinuncia, in questo caso, è il contrario dell’ accettazione e, pertanto, come “non accettazione” altro non è che un rifiuto e così l’ha intesa la cassazione in una lontana sentenza del 1974 (31). Fortunatamente, la dettagliata disciplina della rinuncia contenuta nel codice civile sminuisce di gran lunga gli effetti pratici della questione.

7. Impugnazione della rinuncia.

La sentenza da ultimo citata ci consente di esaminare, seppure a grandi linee, l’impugnazione della rinuncia da parte dei creditori. Sulla natura giuridica di tale azione, gli studiosi si sono divisi assumendo diverse e contrapposte posizioni (32). L’ampiezza e la profondità delle argomentazioni consente a chi volesse studiare l’azione revocatoria e capire perché differisce da quella surrogatoria di spostarsi sul terreno delle successioni per causa di morte e leggersi un qualsiasi commento all’art. 524 c.c. (33)

Chi intende la rinuncia un mero rifiuto, come la sentenza citata, esclude legami di parentela con l’azione revocatoria (art. 2901 c.c.) a prescindere dal requisito della frode, espressamente escluso. L’azione, infatti, non mirerebbe dunque “a rendere inefficace un atto di disposizione del patrimonio del debitore (la rinuncia del debitore)” visto che questo neppure esiste. Certo, la rubrica parla di “impugnazione” (termine generalmente utilizzato per invalidare o rendere privi di effetti degli atti giuridici), ma lo fa in senso atecnico, non processuale, richiamandosi, più probabilmente, al combattere (*pugnare*) e contrastare il rifiuto del debitore idoneo ad impedire ai beni del *de cuius* di entrare a far parte del suo patrimonio.

Si è perciò volto lo sguardo all’azione surrogatoria (art. 2900 c.c., *rogare*, domandare, *sub*, al posto di un altro) visto che il meccanismo consente ai creditori di esercitare il diritto dismesso dal debitore di accettare la delazione ereditaria e, conseguentemente, soddisfarsi sui beni ereditari (34).

Ma anche qui si è controbattuto evidenziando l’assenza dell’inerzia del debitore nell’esercizio del diritto, nonché il carattere personale del diritto ad accettare l’eredità da parte del suo titolare; l’azione non avrebbe dunque carattere acquisitivo e i beni non rientrerebbero nel patrimonio del rinunziante, rimanendo in quello del subentrante (35).

La discussione, per quanto interessante, è rimasta tuttavia relegata entro i confini della pura accademia, sia perché le im-

pugnazioni delle rinunzie non sono, per forza di cose, molto frequenti, sia perché in sede applicativa l'art. 524 c.c. non ha dato adito a particolari problemi, come dimostra lo scarso numero delle pronunce di legittimità.

A ben vedere, l'aver codificato questo tipo di strumento, altro non è che una forma di controllo giudiziale del diritto del creditore di aggredire il debitore. Nessuno infatti potrebbe vietare, in linea astratta, di prevedere la possibilità di escutere direttamente i beni dell'eredità che il debitore, per qualsiasi motivo, abbia omesso di acquisire al proprio patrimonio.

Con l'art. 524 c.c. si è voluto quindi porre sotto sorveglianza l'agire del creditore il quale, per soddisfarsi sui beni del debitore rinunciante, nei limiti del suo credito, deve essere autorizzato dal giudice.

Si è ritenuto poi che questo tipo di controllo vada fatto instaurando un procedimento contenzioso in contraddittorio con il debitore (36) il quale potrà eventualmente difendersi deducendo l'inesistenza del credito e del danno.

Quanto al credito non si richiede sia certo liquido ed esigibile ammettendosi unicamente la sussistenza di una "ragione di credito anche se non ancora accertata nel suo preciso ammontare, e persino eventuale e condizionata". (37) L'importante è che detta ragione di credito sia sorta prima della rinuncia. Anche il requisito del danno, nella medesima prospettiva volta a privilegiare la strumentalità dell'azione, viene inteso in termini di "danno prevedibile" "che si verifica quando, al momento dell'esercizio dell'azione, fondate ragioni facciano apparire i beni personali del rinunciante insufficienti a soddisfare del tutto i suoi creditori." (38)

Un danno al creditore può essere provocato anche dal legittimario totalmente pretermesso che rinunci all'azione di riduzione. Poiché il riservatario non è, e non può essere qualificato, un "chiamato all'eredità", il creditore non può agire ex art. 524 c.c. fintanto che le disposizioni testamentarie lesive non siano rese inefficaci: il creditore deve pertanto impugnare previamente la rinuncia all'azione di riduzione (39).

L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dalla rinuncia.

Note.

(1) In questo ultimo senso, cfr. Serianni, *Leggere, scrivere, argomentare, Prove ragionate di scrittura*, Laterza, 2015, p. 89.

(2) Valeria Milani Comparetti, *Don Milani e suo padre, Carezzarsi con le parole*, Edizioni Conoscenza, 2017, p. 30.

(3) Cfr. Nicola Gardini, *Viva il latino*, Garzanti, 2016, p. 44: "La ricerca della chiarezza impone, infatti, un esercizio continuo della definizione semantica, da cui si sviluppa una vera e propria arte terminologica".

(4) Gardini, *cit.*, p. 46: "Le persone non vanno annoiate o tramortite, bensì coinvolte e trascinate, e solo così, attraverso una specie di incantamento, potranno ascoltarci, e dunque apprendere, convincersi, emozionarsi attraverso quel che diciamo."

(5) Termine è sinonimo di parola nella misura in cui ne determina e circoscrive il significato.

(6) Guardare un po' il cielo stellato e trarre qualche indicazione.

(7) Tra le altre letture che hanno stimolato queste brevi riflessioni cfr. Massimo Angelini, *Ecologia della parola, Il sale, gli occhi, le stelle, l'aratro, il dono... conversazioni per un altro modo di guardare la realtà*, Pentagora, 2017; Bruno Becchi, Leo di Simone, Carlo Fiaschi, Vera Franci Riggio, Beppe Manzotti, Carlo Mezzasalma, Renzo Rossi, *Lorenzo Milani, L'etica della scrittura*, Edizioni Ferria, Comunità di San Leonino, 2005; Conferenza Episcopale della Toscana, *La forza della parola, Lettera su comunicazione e formazione a 50 anni dalla morte di Don Lorenzo Milani*, EDB, 2018.

(8) Sulla questione dell'accentazione del pronome tonico riflessivo cfr. <http://www.accademiadellacrusca.it/it/lingua-italiana/consulenza-linguistica/domande-risposte/accentazione-pronome-stesso>.

(9) Parla di vocazione (allo studio della lingua latina) come di un istinto, anche Gardini, *cit.*, p. 11: "Difficile spiegare un istinto, una vocazione. Si può, semmai, raccontare una storia. Il latino mi aiutò a uscire dalla famiglia, a trovare la strada della poesia e della scrittura letteraria, ad avanzare negli studi, a innamorare armi della tradizione, a dare ai mie vari interessi un indirizzo comune, alla fine, anche da guadagnarmi da vivere."

(10) Sottolinea l'importanza (per lo studio del greco) di "tener conto della natura semantica delle parole, ossia di ciò che ci vogliono realmente dire, andando a cerare, per intuizione, il significato giusto" Andrea Marcolongo, *La lingua geniale, 9 ragioni per amare il greco*, Laterza, 2016, p. 78.

(11) De Roberto, *Storia della "Storia di una Capinera"* si trova come appendice al volume edito da Feltrinelli, Giovanni Verga, *Storia di una capinera*, VII ed, 2018. L'Autore riporta sul punto quanto gli aveva riferito Niccolò Niceforo "anch'egli accintosi da giovane a scrivere, ma entrato più tardi nella magistratura e tornato all'antico amore di nascosto, sotto lo pseudonimo, noto e caro ai cultori di storia aneddotica, di Emilio del Cerro".

(12) Jesus Lopez Saez, *Albino Luciani. Un caso aperto*, Libreria del Santo, 2018; Stefania Falasca, *Papa Luciani. Cornocca di una morte*, Piemme, 2017.

(13) Come chiaramente intuito da Ildegarda otto secoli prima: "Se tu vuoi portarmi in offerta tuo figlio mentre è ancora privo della facoltà di decidere e la capacità d'intendere non è ancora completamente sviluppata, e vuoi offrirmelo contro la sua volontà, commetti un'ingiustizia". Citazione contenuta nel volume di Neria De Giovanni, *Il degrado di Bingen, La donna, la monaca, la santa*, Libreria Editrice Vaticana, 2013, p. 37.

(14) Grazia Deledda, *Cosima*, Mondadori, III rist., 1988, p. 20. Sulla scrittrice sarda, premio Nobel per la letteratura per il 1926, cfr. tra le altre Rossana Dedola, *Grazia Deledda, I luoghi gli amori le opere*, Avagliano Editore, 2016; Neria De Giovanni, *Grazia Deledda*, Maria Pacini Fazzi Editore, 2016. Id., *Religiosità, fatalismo e magia in Grazia Deledda*, San Paolo Edizione, 1999.

(15) Come confidò lo stesso Luciani.

(16) Giulio Dellavite, *Se ne ride chi abita i cieli, L'abate e il manager: lezioni di leadership fra le mura di un monastero*, Mondadori, 2018.

(17) Il *Wie man wird, was man ist*, di nicciana memoria... Nell'ambito di una visione cosmica ove l'uomo è una particella cosciente che si incorpora in una Totalità organizzata alla quale si sottomette in atteggiamento adorante cfr. Pierre Teilhard de Chardin, *Sulla felicità*, Queriniana, 2013, il quale individua tre "movimenti in avanti" (o "fasi naturali della nostra personalizzazione") attraverso cui l'uomo diventa "pienamente se stesso e vivente": a) essere (cioè "farsi e trovarsi"); b) amare ("uscire da noi unendoci agli altri"); c) adorare ("sottomettere e ricondurre la propria esistenza ad uno più grande di sé"). Per il geologo e paleontologo francese (1881 – 1955), proibito negli anni sessanta, ed ora citato nella Enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco, la sua vocazione ad essere gesuita era stata determinata "dal desiderio della più elevata perfezione".

(18) Thomas Merton, *Semi di contemplazione*, Garzanti, 1991, p. 34.

(19) Catherine M. De Bar, *Attesa di Dio, Riflessioni sulla Regola di San Benedetto*, Jaka Book, 1982, con introduzione di Jean Leclercq: "Dio ci ha chiamati a viver in lui la vita santa e felice che egli vive in se stesso; ma non possiamo vivere che per mezzo di Gesù Cristo e come sue membra", p. 66.

(20) Nello stupendo sermone *De immensa Dei misericordia*, Erasmo afferma: "Ascolta questa voce, o infelice peccatore, scuotiti dal sonno letale, risorgi con Cristo, per vivere in lui" in Erasmo da Rotterdam, *La misericordia di Dio*, Edizioni della Normale, 2016, p. 79.

(21) Fu un titolo azzecato (scritto tutto in minuscolo, come il nome

dell'autore posto in basso e non in alto), accompagnato da una grafica di copertina, particolare per l'epoca, accattivante e pregevole sotto il profilo estetico: il colore verde con diverse gradazioni a bande orizzontali incastonato in una sorta di H bianca; l'uso del carattere minuscolo e l'alternanza bianco/nero delle scritte; la centralizzazione del titolo e, soprattutto, la collocazione del nome dell'autore a piè di copertina. Il titolo è collocato al centro, solo parzialmente simmetrico, con la congiunzione "e" che non separa la chiamata dalla risposta come forse si poteva fare mettendo la seconda sullo sfondo verde e lasciando la "e" nel mezzo. Il messaggio è chiaro: "chiamata e risposta" sono un tutt'uno e non si possono separare. La seconda suppone la prima e la prima esige la seconda. Interessanti segnali provengono anche dalle bande verdi (quattro) via via più scure nella misura in cui si avvicinano al centro (in ordine, verde limone, verde mela, verde prato e verde); come a dire che la chiamata viene dall'alto e la risposta procede dal basso per incontrarsi e formare una relazione in uno spazio dal colore bianco, colore indefinito e, quindi, simbolo dell'infinito...

(22) È questo un effetto della "immensa e ineffabile misericordia di Dio verso tutti" sempre per Erasmo, *op. cit.*, p. 43.

(23) Mi riferisco a *Il giorno del giudizio*, di Salvatore Satta il quale, tra l'altro, si inserisce nel discorso sulla vocazione per la peculiarità di averne avute due: quella di giurista, e quella di scrittore. Sul "giuristascrittore", originario di Nuoro, come Grazia Deledda, mi permetto di rinviare all'articolo dal titolo: *Il legato in sostituzione di legittima tra presupposti processuali e condizioni dell'azione. Spunti per una lettura de "Il giorno del giudizio" di Salvatore Satta*, in questa Rivista, 2018, n. 2, p. 50.

(24) Frate Ginepro, di fronte alla caduta del più bel ponte del Perù, avvenuta a mezzogiorno del 24 luglio 1714, ove morirono cinque persone, comincia a interrogarsi: perché proprio loro, e non io che ero subito dietro? Che legame c'è tra queste cinque vittime? E' stato un caso, o una chiamata? Il bellissimo romanzo di Thornton Wilder, *Il ponte di San Luis Rey*, Mondadori, 1964, è tornato alla ribalta dopo il crollo del Ponte Morandi. Se si leggono le prime pagine sostituendo la parola "limensi" con "genovesi", le analogie relative alle impressioni e alle domande che i superstiti si sono posti quasi 304 anni prima, subito dopo il crollo, sono impressionanti. La lettura di questo libro è stata una delle cause concorrenti a determinare la vocazione di Lorenzo Milani. Cfr. Affinati, *Uomo del futuro*, Mondadori, 2016, p. 80, che riporta, sul punto, i ricordi e le impressioni di Adele Corradi. Fra Ginepro, alla fine, non riesce a darsi una risposta, ma l'Autore conclude con un finale meraviglioso in grado di scuotere le coscienze, prospettando un eterno ritorno dei moti d'amore all'Amore che li ha creati.

(25) Cass. 30.08.2018, n. 21436

(26) Il castrone, da cui deriva tale parola, è l'agnello o puledro castrato il quale, a dispetto dei suoi simili interi, si presenta molto più remissivo, quasi imbelles (debole, inadatto alla guerra). Di qui il significato di viltà e poi di sciocchezza, strafalcione, etc. L'espressione (che denota, come altre del resto, un certo sprezzo per il mondo animale), a differenza di quello che potrebbe sembrare, non ha quindi nulla di volgare.

(27) Cfr. Cass. 29.03.2017, n. 8053, per la quale "la partecipazione alla denuncia di successione" non costituisce accettazione. Sul punto cfr. Bianca, *Diritto civile*, vol. 2, Giuffrè, 2005, p. 608, n. 17.

(28) Se il chiamato non fa la dichiarazione, perde il diritto di accettare. Ciò vuol dire che neppure con l'*actio interrogatoria* il chiamato può essere costretto ad accettare!

(29) Cass. 26 marzo 2012, n. 4849.

(30) Cass. 01.07.2002, n. 9513, decisione criticata in dottrina da Bianca, *Diritto civile, op. cit.*, p. 632.

(31) Cass. 10.08.1974, n. 2394. In dottrina, Cfr. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Cedam, 1989, p. 219 che però non prende posizione... riportando la tesi di Ferri il quale vede in essa un rifiuto come nel caso dell'art. 1333 c.c., dell'art. 1411 comma 3, c.c. (in entrambe le disposizioni si usa il termine rifiuto) e della rinuncia al legato di cui all'art. 649 c.c.

(32) Per citare solo articoli e note a sentenza dedicati al tema, cfr. Giuseppe Musolino, *L'azione di impugnazione della rinuncia all'eredità da parte dei creditori del chiamato*, in *Riv. notariato*, II, 2008, p. 459; Stefano Conforti, *L'azione ex art. 524 C.C. può essere promossa nei confronti degli eredi del debitore che ha rinunciato all'eredità*, in *Corr. Giur.*, 2004, V, p. 632; Maruffi, *I presupposti dell'azione ex art. 524 c.c.*, in *Giur. it.*, 2000, c. 525; Sergio Balzaretto, *L'impugnazione della rinuncia all'eredità da parte dei creditori del rinunciante*, in *NGCC*, II, 1996, p. 92; Riccardo Dogliotti, *Sull'impugnazione della rinuncia all'eredità da parte dei creditori ex art. 524 cod. civ.*, in *Corr. Giur.* 1995, IX, p. 1086; Stefano Pardini, *Impugnazione della rinuncia e autorizzazione ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinunciante*, in *Riv. notariato*, II, 1992, p. 749; De Marchi, *La c.d. impugnazione della rinuncia all'eredità e la perdita del diritto di accettare*, *Riv. notariato*, 1961, p. 337.

(33) Art. 524. Impugnazione delle rinuncia da parte dei creditori – *Se taluno rinuncia, benché senza frode, a un'eredità con danno dei suoi creditori, questi possono farsi autorizzare ad accettare l'eredità in nome e luogo del rinunciante, al solo scopo di soddisfarsi sui beni ereditari fino alla concorrenza dei loro crediti. Il diritto dei creditori si prescrive in cinque anni dalla rinuncia.*

(34) Bianca, *Diritto civile*, Vol. II, Giuffrè, 2005, p. 636 il quale osserva come l'opinione contraria (seguita dalla giurisprudenza) per cui non ci si troverebbe difronte neppure ad una surrogatoria non spiega come il creditore possa soddisfarsi sui beni del debitore senza che questi abbiano fatto ingresso nel suo patrimonio.

(35) Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, 1992, p. 443, il quale la qualifica "come una sorta di revocatoria di atto pregiudizievole ma non fraudolento."

(36) Si esclude il litisconsorzio necessario con i successivi chiamati che hanno accettato l'eredità (cfr. Cass. 24.11.2003, n. 17866 e Cass. 12.06.1964, n. 1470; Cass. 25.03.1995, n. 3548 e Cass. 18.01.1982, n. 310, per le quali i successivi chiamati che hanno accettato l'eredità possono considerarsi portatori di un interesse idoneo a consentire unicamente un intervento in causa adesivo dipendente per sostenere le ragioni del debitore rinunciante. Nel caso entrino nel processo, si verterà in una causa inscindibile con le relative conseguenze in tema di impugnazione (Cass. 25.03.1995, n. 3584). Tuttavia, cfr. Cass. 29.03.2007, n. 7735 che richiede la necessità di proporre e trascrivere la domanda anche nei confronti di chi si affermi quale avente causa degli altri chiamati all'eredità rispetto al medesimo immobile, e Cass. 15.10.2003, n. 15468, anch'essa sulla stessa scia ritiene necessaria la proposizione della domanda anche contro l'erede del rinunciante e la relativa trascrizione della stessa per affermare la prevalenza dei creditori del secondo sugli aventi causa dell'accettante.

(37) Cass. 12.06.1964, n. 1470.

(38) Cass. 29.04.2016, n. 8519, nel caso era intervenuta la dichiarazione di fallimento del debitore; Cass. 10.08.1974, n. 2394.

(39) Cass. 22.02.2016, n. 3389; Cass. 29.07.2008, n. 20562.

Brevi osservazioni sull'insolvenza di gruppo: l'incontro dell'ordinamento italiano con la regolamentazione europea.

Dimitri Zuco

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il concetto di gruppo nel Codice della riforma. - 3. Giurisdizione e competenza. - 4. Il concordato e la liquidazione di gruppo. - 5. Cooperazione e comunicazione - 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Non è trascorso molto da quando avremmo definito «*exclus[a] la proponibilità, innanzi al medesimo tribunale, del concordato cd. di gruppo, in assenza di una disciplina positiva che si occupi di regolarne la competenza, le forme del ricorso, la nomina degli organi, nonché la formazione delle classi e delle masse*» (1).

Allo stesso modo, avremmo immaginato la “liquidazione di gruppo”, al più, quale mera conseguenza di un’estensione (allorché) consentita alla presenza di giuste condizioni (2). Ebbene, ora l’annuncio che una nuova disciplina organica della crisi di impresa ha trovato sistemazione nell’ordinamento italiano, venendo a sostituire (*rectius*: sovrapporsi a) (3) la canuta Legge fallimentare, impone tutte nuove considerazioni.

Lo scorso 12 gennaio, difatti, è stato emanato il decreto legislativo che ospita il Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza (da qui, semplicemente “Codice”) (4), in attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (5), il quale pretende di riformare in modo «*sistematico e organico*» (6) l’intera materia, semplificando il sistema normativo nel suo complesso, con l’ambizione d’infondere l’agognata certezza del diritto – ideale già deteriorato da prassi giudiziali disomogenee nel settore – ed efficienza al sistema economico.

Nell’attesa di un’indagine “complessiva” della riforma, il presente contributo si propone di esaminare la disciplina che l’inedita legislazione ha inteso destinare all’insolvenza dei gruppi di imprese – fenomeno ancora estraneo all’ordinamento fallimentare (7) –, senza ignorare la regolamentazione europea appena rivista.

Non è un caso se la menzionata delega – cui il decreto necessariamente s’informa – esponeva un obiettivo senz’altro ambizioso, vincolando il Governo a tenere conto «*della normativa dell’Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della model law elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)*» (8).

Al proposito, va segnalato che la novella italiana si inserisce nel solco di un processo di riforma che sta interessando l’intero scenario dell’Unione, ed è bene evidenziare che oltre confine certi riformatori hanno già provveduto ad adeguare il proprio ordinamento alla disciplina europea, magari senza eccellere nel dimostrare il rinnovato approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza (9). Per fare giusto qualche esempio, nella legislazione francese si osserva l’introduzione di un *Titre IX* nel *Livre VI* del *Code de commerce*, in cui trovano collocazione una serie di “*dispositions particulières aux procédures d’insolvabilité relevant du règlement (UE) n°*

2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d’insolvabilité” (10). Nel Regno Unito, l’adeguamento operato con *Statutory Instruments* (11) ha coinvolto, tra il resto, l’*Insolvency Act 1986* e le *Insolvency Rules* (12). Non diversamente, l’ordinamento tedesco riceve, al nuovo art. 102c EGInsO (13), una disciplina di “*durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren*”. Anche in Austria si registrano modifiche al livello dell’ordinamento fallimentare, con l’inserimento di una parte VII (14) nell’*Insolvenzordnung* (IO).

In breve, l’evoluto atteggiamento verso il fenomeno dell’insolvenza maturato a livello globale e culminato, in Europa, nell’adozione del regolamento (UE) 2015/848, ha sollecitato i Legislatori all’adeguamento delle rispettive normative nazionali. Cosicché, anche per l’ordinamento patrio è giunto il tempo della riforma, tenuto conto che la Legge fallimentare, malgrado i numerosi interventi sostenuti (15), espone serie criticità specie con riguardo all’insolvenza di gruppo, ancorché oggi sempre più di frequente l’attività d’impresa si valga delle dinamiche di aggregazione (16) e assuma dimensione transfrontaliera (17).

Ancora ieri (18), nell’assenza di una comune disciplina intesa a regolare il fenomeno in discussione, i «*vari tentativi di forzare il regime vigente per consentire una disciplina coordinata del gruppo insolvente ... si sono scontrati con problemi di competenza per territorio (quando le imprese del gruppo hanno sedi in luoghi diversi), di tutela dei creditori delle singole società e di rigida suddivisione delle masse attive e passive*» (19).

Preliminarmente, serve considerare che l’adeguamento, pure al livello del diritto materiale (non di dipp) e suscettibile di tradursi nella predisposizione di regole per le insolvenze totalmente interne all’ordinamento, non può prescindere dalla normativa riservata all’insolvenza transfrontaliera dal regolamento europeo di rifusione. Anzi, ammesso parlarsi di insolvenza transfrontaliera «*quando l’attività del debitore si estende oltre i confini di un singolo Stato e, di conseguenza, la massa attiva e passiva è dislocata in più Stati*» (20), va accettato che il carattere transfrontaliero dell’insolvenza non costituisce requisito (nemmeno implicito) di applicazione dell’EIRr (21), sicché la normativa europea trova applicazione anche nel caso di insolvenza puramente “domestica” (22). L’avvertimento vale qui a significare che la riforma italiana sconta l’inesorabile primato della disciplina europea, dalla quale è integrata e surrogata (23), atteso che, lungi dall’esprimere semplicemente uno strumento del diritto internazionale privato, quest’altra normativa soddisfa una complessa ma equilibrata disciplina di diritto materiale uniforme.

2. Il concetto di gruppo nel Codice della riforma

Frutto dell’inventiva imprenditoriale che ha trovato un primo riconoscimento nella Legge del New Jersey del 1896 (24), com’è noto i gruppi di imprese hanno iniziato a svilupparsi (nei sistemi di *civil law*, liberamente) nel corso del XX secolo. E nonostante meticolosa opera dottrinale, impegnata a edificare un concetto legale muovendo da elementi di rilievo prettamente economico, una serie di problemi tuttora gravitano attorno alla nozione (25). L’unico dato certo è che il gruppo di imprese descrive la forma tipica di organizzazione della grande e medio-grande impresa del tempo presente, dal momento che realizza il modo comune di gestione dell’impresa nell’era in cui il fenomeno della globalizzazione si è esteso a ogni profilo giuridicamente rilevante: il mercato delle materie prime, dei prodotti, dei servizi, dei capitali, del lavoro e via discorrendo.

Ora, ben lontano dall’idea di sperimentare una sistemazione concettuale del fenomeno, nel nuovo Codice si scorge un’a-

nalitica definizione di “gruppo”, collocata all’art. 2, co.1, lett. h), cui si affianca quella di “gruppo di rilevanti dimensioni” (lett. i), connotata dal rispetto dei requisiti fissati dall’art. 3, parr. 6 e 7 della direttiva 2013/34/UE (26) per i gruppi di medie e grandi dimensioni. Subito colpisce la meticolosità impiegata nel descrivere un fenomeno non semplice da catturare, tanto che la normativa qui a paragone, nel definire il “gruppo di società”, riferisce semplicemente di «un’impresa madre e tutte le sue imprese figlie» (27), nel (velato) (28) tentativo di evitare possibili compressioni. Tanta cura (ravvisabile nella profusione di elementi registrati dall’art. 2, lett. h), in verità, appare capace unicamente di esporre la disciplina a problemi ermeneutici del tutto analoghi a quelli già sofferti dall’EIRr, malgrado l’inverso taglio. Di fatto, riferendo de «l’insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto» (29), la definizione accolta dal Codice rinvia essenzialmente a un’idea di gruppo “verticale” o “gerarchico”, viceversa trascurando il modello del gruppo “orizzontale” o “paritetico” (30), nel quale difetta il vincolo di subordinazione dacché tutte le imprese coinvolte partecipano insieme alla definizione dell’assetto comune al gruppo.

In qualunque caso, per favorire l’efficace gestione delle procedure, anziché dar adito a un’interpretazione severa del dettato normativo, si può supporre la disciplina pretenda applicarsi ogniquale volta siano aperte procedure a carico di debitori che, pur formalmente distinti, intrattengano collegamenti funzionali od operativi tali da giustificare una trattazione coordinata delle procedure loro afferenti. Allora un qualsiasi «collegamento/coordinamento significativo, anche solo di mero fatto» a livello di proprietà o di gestione si fa sufficiente a identificare il gruppo e applicare la relativa disciplina (31).

3. Giurisdizione e competenza

Venendo al contenuto precettivo, che risiede tutto nel Titolo VI, per le imprese insolventi di un gruppo il nuovo Codice allestisce una procedura unitaria per l’accesso ai diversi strumenti di risoluzione della crisi, quali il concordato preventivo e l’accordo di ristrutturazione dei debiti, laddove si preservi la continuità aziendale, e la liquidazione giudiziale allorché ne difettino i presupposti.

Relativamente alla prima eventualità, l’art. 284 concede alle «imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano» di proporre «con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all’articolo 40 con un unico piano o con piani reciprocamente collegati e interferenti», così come «la domanda di accesso alla procedura di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti». Peraltro, allorché le diverse imprese del gruppo abbiano il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse (eventualità non difficile da immaginare), l’art. 286 stabilisce la competenza del foro in cui abbia sede la capogruppo (identificata in base alla pubblicità prevista dall’art. 2497-bis Cc) ovvero – in mancanza di pubblicità (32) – dell’impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria (33). Per quanto attiene, invece, alla seconda eventualità, l’art. 287 ammette le imprese insolventi «di un medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano» siano assoggettate «in accoglimento di un unico ricorso, dinanzi ad un unico tribunale, a una procedura di liquidazione giudiziale unitaria». Come si nota, l’ambito della competenza, in giusta simme-

tria a quello della giurisdizione delineato all’art. 11, è tracciato dal “centro degli interessi principali del debitore” (o “COMI”), concetto mutuato dal regolamento insolvenza e non privo di interessanti implicazioni (34). Smesso il tralattivo criterio impiegato dalla Legge fallimentare, che consegna competenza al foro della “sede principale dell’impresa” insolvente, il Riformatore ha preferito adottare il paradigma di derivazione internazionalistica, sull’identificazione del quale si è spesa la più parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Dalla nominata legislazione il Codice estrae fino il contenuto del criterio (35): così, per “centro degli interessi principali del debitore” deve intendersi «il luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi». Poi, ancora imitando, si puntualizza che il «trasferimento del centro degli interessi principali non rileva ai fini della competenza quando è intervenuto nell’anno antecedente al deposito della domanda» di apertura d’una procedura (36). Eppure, contrariamente all’EIRr, il Codice della riforma assicura una sovrachia sequenza di presunzioni di COMI, destinate (idealmente) a facilitarne l’individuazione, ciò che evidenzia, con la normativa europea, una simmetria soltanto d’intenzione. E invero, non si comprende quale insolita funzione il Legislatore delegato abbia ritenuto assegnare alle riferite presunzioni (*iuris tantum*), sistemate all’art. 27, tanto si è adoperato a stratificare senza risparmio ogni pensabile criterio di competenza per alfine “degradarli” tutti a congettura, con ciò svilendo il significato degli uni e delle altre. Appunto, si legge di sede legale e di sede effettiva dell’attività abituale, dipoi del luogo di residenza, domicilio, ultima dimora nota, luogo di nascita del legale rappresentante e, da ultimo, l’inesplicabile attribuzione di competenza al Tribunale di Roma (sic!). È lecito chiedersi se, invece, meglio non sarebbe convogliare attenzione sulle proprietà del COMI, la cui estensione ha già sviluppato ogni sorta di ragionamento, in altra sede.

Nel quadro del regolamento (CE) 1346/2000, quando il criterio in discorso non accedeva a un lessico normativo, la definizione raccolta nei Considerando ha procurato terreno fertile a quanto mai vivide discussioni. Poi, colta l’importanza di attribuirvi più solido fondamento, la definizione è stata corredata di valore precettivo, collocandosi, ora, nell’art. 3 dell’EIRr. In tutto questo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è consacrata al difficile ruolo di patrocinarne due opposte capitali esigenze: «da un lato, consentire alle imprese di scegliere l’ordinamento più confacente alle proprie esigenze organizzative, potendo poi operare oltre i confini nazionali ... [e] dall’altro, proteggere le aspettative dei terzi in ordine al regime giuridico applicabile all’insolvenza» (37).

Significativo, al riguardo, il tritico di sentenze note per aver illustrato la nozione di “centro degli interessi principali”, il carosello delle famigerate sentenze Eurofood (38), Interedil (39) e Rastelli (40). In dette occasioni (e in altre ancora) s’è chiosato che l’accertamento (della ricorrenza degli attributi) del COMI – quali la gestione (i) abituale e (ii) riconoscibile degli (iii) interessi (iv) principali (41) – va retto su elementi (congiuntamente) obiettivi e verificabili da parte dei terzi. A tal proposito, è verificabile dai terzi tutto ciò che i) sia stato oggetto di adeguata pubblicità, ii) sia circondato da una trasparenza tale da far ritenere che i terzi ne abbiano contezza, iii) sia di pubblico dominio. Simile accertamento, peraltro, consiste in una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti, nell’ambito della quale particolare attenzione va riservata ai luoghi in cui il debitore i) detiene beni o esercita un’attività economica, ii) stipula i contratti cruciali dell’impresa, iii) sono in generale collocati gli attivi.

Alfine, è sulla scorta di tale giurisprudenza che andrà recuperato il perimetro del criterio, concepito per assicurare una gestione (non necessariamente giudiziale, della crisi) che abbia col debitore un collegamento effettivo.

4. Il concordato e la liquidazione di gruppo

La domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, ammesso (lo si è visto) radicarsi un giudizio unitario, deve identificare le ragioni di maggior convenienza, per i creditori, del piano unitario (o dei piani collegati), ed esibire informazioni “analitiche” sulla struttura del gruppo (42) e delle singole imprese (43).

Presupposti per l’accesso al concordato di gruppo, secondo quanto disposto all’art. 284, sono l’appartenenza delle entità coinvolte al medesimo gruppo e la situazione di “sofferenza” di ciascuna di esse, valutata singolarmente (44).

Il relativo piano – la cui fattibilità, peraltro, è attestata da un professionista indipendente – può meditare la liquidazione di talune imprese del gruppo come operazioni contrattuali e riorganizzative, compresi trasferimenti di risorse infragruppo (45), e sopra ogni cosa, deve persuadere d’essere «*idoneo a consentire il risanamento dell’esposizione debitoria di ciascuna impresa e assicurare il riequilibrio complessivo della situazione finanziaria di ognuna*» (46). Soltanto valutata positivamente l’eventualità che i creditori siano soddisfatti in misura non inferiore a quanto prevedibile con la liquidazione il tribunale procede all’omologazione del concordato o dell’accordo di ristrutturazione. Resta, in ogni caso, «*ferma l’autonomia delle rispettive masse attive e passive*» (47).

Nel concordato, all’unicità del giudice competente (così, della procedura) corrisponde la nomina di un unico giudice delegato e di un singolo commissario giudiziale, nonché la costituzione di un unico fondo spese di giustizia (48).

Una volta accolto il ricorso, si prevede la contestuale votazione sulla domanda di concordato da parte dei creditori di ciascuna singola impresa del gruppo separatamente. Il concordato di gruppo è accolto quando le proposte delle singole imprese sono approvate dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto (49). Restano escluse dal voto (e dal computo delle maggioranze, ex art. 109) le imprese del gruppo titolari di crediti nei confronti dell’impresa ammessa alla procedura. Sancita l’unicità della procedura, coerentemente, è negata la risolubilità e l’annullabilità del concordato nel caso i presupposti si verificano in capo ad alcune soltanto delle società collegate, a meno che ne risulti globalmente compromessa l’attuazione del piano.

Venendo alle ipotesi in cui la prosecuzione dell’attività d’impresa sia prassi inattuabile, al Capo II il Codice sistema una disciplina della liquidazione giudiziale di gruppo. Trattasi, anche in questo caso, d’una procedura unitaria, cui segue l’individuazione di un unico giudice competente (secondo un’opinabile regola di prevenzione) (50), un unico giudice delegato e un unico curatore, nonché un programma di liquidazione coordinata delle masse attive delle singole imprese. Resta, invece, distinto ogni comitato dei creditori per ciascuna impresa del gruppo (51).

In tale contesto, appartiene al curatore l’opportunità di proporre le azioni dirette ad ottenere l’inefficacia delle operazioni infragruppo avvenute nei 5 anni antecedenti la domanda di liquidazione giudiziale che abbiano trasferito risorse in pregiudizio dei creditori nonché la possibilità di esercitare azione revocatoria degli atti compiuti dopo la domanda di liquidazione ovvero, nel caso degli atti contemplati dall’art. 166, co. 1, lett. a) e b) (52), nei 2 anni antecedenti e, nel caso degli

atti di cui all’art. 166, co. 1, lett. c) e d) (53), nell’anno precedente al deposito della domanda.

In tema di prededuzione e postergazione dei crediti, il Codice itera l’impianto vigente, traendo dalla Legge fallimentare quella stessa disciplina che sanziona, da una parte, la prededucibilità del c.d. finanziamento-ponte erogato in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (fino all’80% dell’ammontare) (54) e, dall’altra parte, antitetivamente, la postergazione dei crediti da finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha dato luogo alla procedura di liquidazione, o nell’anno anteriore (55).

5. Cooperazione e comunicazione

Tra le regole comuni al Titolo VI – o così si può supporre, benché la relativa disposizione sia deposta a chiusura del Capo II (procedura unitaria di liquidazione giudiziale), quasi a smentirne il dato letterale (56) – v’è la previsione secondo cui, allorché le imprese del gruppo siano assoggettate a separate procedure (eventualmente anche dinanzi a tribunali diversi) (57), gli organi di gestione cooperino per facilitare la gestione efficace delle medesime. Non molto (58), se si osserva che sulla cooperazione tra gli attori delle procedure l’EIRr erige la sua stessa ossatura (59), mentre proprio il Capo V, destinato a regolare le «*procedure d’insolvenza delle società facenti parte di un gruppo di società*», esordisce con una disciplina degli obblighi di «*cooperazione e comunicazione*» che sviluppa l’intera sezione 1. Qui la collaborazione interessa amministratori e giudici, e si svolge lungo tre direttrici: a) scambio di informazioni, b) coordinamento di gestione e sorveglianza degli affari delle società insolventi e c) coordinamento nell’approvazione di protocolli (per quanto interessa ai giudici) e negoziazione di un piano coordinato di ristrutturazione (per ciò che compete agli amministratori). A tutto ciò si associa una sequela di “prerogative” che assegnano a ciascun amministratore un autentico seppur fievole ascendente da esercitare nelle procedure di altre società (insolventi) del gruppo: a) essere ascoltato nelle diverse procedure, b) chiedere, sussistendo precise condizioni, la sospensione delle operazioni di realizzo dell’attivo in corso per queste e c) domandare l’apertura di una procedura di coordinamento di gruppo. Ebbene, nulla di tutto questo trova un riscontro nel Codice.

6. Conclusioni

Alfine, per tentare di tracciare un (prudente) bilancio della riforma in punto insolvenza dei gruppi di imprese, atteso che «*il primo scoglio operativo, che coinvolge indistintamente tutte le procedure concorsuali e preconcorsuali di gestione delle crisi è sicuramente legato alla competenza territoriale*», spettante «*al tribunale del luogo ove l’impresa ha la sede principale non rilevando deroghe a tale criterio per ragioni di connessione con altre procedure di diverse società facenti parte di un gruppo*» (60), non ci si può esimere dal riscontrare con favore la predisposizione di regole atte a infrangere questo dirimente ostacolo. Ma, se è pur vero che qualcosa è sempre meglio di niente, nondimeno si registrano soluzioni moderate e obblighi quantomai sfuggenti. Diversamente dalla disciplina europea, per quanto interessata dall’anomalia di istituire “obblighi facoltativi” (61), l’intangibile disciplina sulla cooperazione predisposta dal Codice della riforma sembra ridursi ad espressione d’intento. Ma oltre l’intenzione, il rinnovamento pare piuttosto contenuto.

Si nota, anzitutto, un parallelismo (assolutamente non necessitato) (62) col divieto di confusione delle masse anco pre-

sente nell'EIRr (63), che il Legislatore italiano avrebbe ben potuto superare (64). Oltre Continente hanno (talvolta) riscontrato successo le soluzioni suggerite dalla dottrina del "piercing the corporate veil" (65) (anche ammesso, in assenza di un preciso riferimento normativo) (66), e si è financo proposto di sopprimere la regola della responsabilità limitata nei rapporti di gruppo e introdurre una regola di responsabilità illimitata (67). Nemmeno, nel nuovo Codice, si valutano ipotesi di estensione della procedura a carico di una società del gruppo a società collegate *in bonis* – tra l'altro, siccome richiesto che le imprese del gruppo interessate dalla novella codificazione siano tutte "in stato di crisi o di insolvenza" –, quando la giurisprudenza italiana rimane ancora divisa sulla possibilità di applicare l'art. 147 *bis*, L.fall. alla società irregolare o di fatto costituita, per *facta concludentia* quali atti a rivelare l'*affectio societatis* (68), tra società di capitali (69).

In buona sostanza, sebbene concesso di approcciare la materia innovando e potenziando – anche rispetto all'EIRr – l'impianto dell'ordinamento fallimentare, (quantomeno) in punto insolvenza dei gruppi di imprese il Codice della riforma sembra aver abdicato all'ingenita funzione. L'auspicio, oggi, è nel senso di immaginare potenziamenti del Codice a mezzo dei decreti correttivi già preannunciati dalla Legge 8 marzo 2019 n. 20 (70).

Se non altro, lo si è accennato, a ripianare le mancanze della nuova normativa provvederà la disciplina qui a (misurato) raffronto, allestita in sede europea a fronteggiare le insolvenze (non solo) transfrontaliere, benché non pare vi sia la giusta consapevolezza (in generale) di questo aspetto.

Note.

(1) Così si legge in *Mass. Cass. civ.*, 2015, vol. 2, Capitolo XLIII, Le procedure concorsuali. Profili processuali (a cura di Campese), relativamente a Cassazione civile sez. I, 13.10.2015, n. 20559.

(2) Il riferimento interessa l'annosa questione afferente al "perimetro di estensibilità" del fallimento *ex art.* 147 L. Fall., giunta perfino al vaglio di legittimità costituzionale (cfr. Corte Cost., 12 dicembre 2014, n. 276, pubblicata in GU, Serie Speciale, 17 dicembre 2014 n. 52; Corte Cost., 29 gennaio 2016, n. 15, pubblicata in GU, Serie Speciale, 03 febbraio 2016 n. 5; Corte Cost., 6 dicembre 2017, n. 255, pubblicata in GU, Serie Speciale, 13 dicembre 2017 n. 50). Nella giurisprudenza di merito perdura il contrasto tra l'idea della legittima estensione del fallimento nei confronti di società di capitali e l'opinione contraria. L'orientamento della Cassazione, sul punto, è da ultimo espresso in *Cass. civ.*, sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095.

(3) Per vero, la novella, nonostante abbia contenuto e finalità pensate alla sostituzione della normativa prerenpublicana, rinuncia a disporre esplicita abrogazione (se non di sporadiche disposizioni) della menovata Legge fallimentare, la quale, pertanto, manterrà applicazione relativamente ai procedimenti introdotti antecedentemente all'entrata in vigore del nuovo Codice, postergata (dall'art. 389) al 15 agosto 2020.

(4) Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in GU Serie Generale, 14 febbraio 2019 n. 38 (SO n.6/L).

(5) In GU Serie Generale del 30 ottobre 2017 n. 254.

(6) Questo significava Renato Rordorf, nella propria "Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali". Non va dimenticato, infatti, che i contenuti della riforma della normativa concorsuale muovono dai lavori della Commissione Rordorf, istituita con decreto del Ministro della giustizia 28 gennaio 2015. Per un'analisi della riferita Legge delega, si veda D. Griffini, *I principi generali della c.d. riforma rordorf: definizione dello "stato di crisi" e novità in tema di apertura delle procedure*, in *Judicium*, 2017; Cagnasso,

Panzani, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Tomo III, Milano, 2016. Una riguardevole illustrazione del Codice, invece, la si trova nel Dossier 26 novembre 2018 n.84, del Servizio Studi del Senato, reperibile all'indirizzo www.senato.it.

(7) Non è mistero che una disciplina "generale" destinata all'insolvenza dei gruppi di imprese nel diritto fallimentare italiano sia, ad oggi, assente, potendosi recuperare esclusivamente frammenti di normative speciali, nel quadro dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (D.L. 26/1979, convertito in L. 3 aprile 1979 n. 95, successivamente abrogato dal D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 recante la "nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza"), delle insolvenze bancarie e assicurative (artt. 98 e 105 del Testo Unico Bancario) e delle imprese fiduciarie (D.Lgs. n. 233 del 1986 convertito nella Legge n. 430 del 1986). L'ordinamento fallimentare istruito dal Regio decreto del '42, invece, medita il fenomeno "gruppo di imprese" ai soli fini del voto in occasione del concordato preventivo (art. 177 u.c. L.fall.) e fallimentare (art. 127 c. 7 L.fall.).

(8) Cfr. art. 1, co. 2, Legge delega. Per comodità espositiva, nel seguito verrà impiegato l'acronimo EIRr (European Insolvency Regulation recast) per riferirsi al regolamento (UE) 2015/848.

(9) Di cotesto arricchito approccio si legge nella Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 (2014/135/UE), nominata nel riferimento più sopra, in GUUE L 74/65, la quale esplicitamente proclama il «duplice obiettivo di incoraggiare gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti, promuovendo l'imprenditoria, gli investimenti e l'occupazione e contribuendo a ridurre gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno».

(10) La riforma è stata attuata con l'*Ordonnance* n° 2017-1519 du 2 novembre 2017, in JORF du 3 novembre 2017 n. 0257. Nel *Chapitre IV* del *Code de commerce*, compare una disciplina specifica «des procédures d'insolvabilité concernant des membres d'un groupe de sociétés établies dans plusieurs États membres». Sull'adeguamento del diritto francese ad opera dalla citata *ordonnance*, si veda P. Nabet, *L'adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement européen sur l'insolvabilité*, in *Bull. Joly E.*, 2018, 6, 466 ss.

(11) *Statutory Instruments* 2017 No. 702, *Insolvency Amendment* (EU 2015/848) *Regulations* 2017, reperibile al sito dell'HMMSO.

(12) Trattasi delle *Insolvency (England and Wales) Rules* 2016, delle *Insolvency (Scotland) Rules* 1986 e delle *Insolvency Rules (Northern Ireland)* 1991. Il processo di riforma ha investito altresì, più o meno marginalmente, le *Land Registration Rules* 2003, il *Civil Proceedings Fees Order* 2008, la *Pension Protection Fund (Entry Rules) Regulations* 2005 e la *Cross-Border Insolvency Regulations* 2006; in Irlanda del nord, l'*Insolvency Order* 1989 e la *Pension Protection Fund (Entry Rules) Regulations* (Northern Ireland) 2005. In Scozia, il Parlamento (scozzese), nelle materie devolute, ha adottato ulteriori *Statutory Instruments* a riforma della propria legislazione. Tutta la normativa richiamata è reperibile presso l'HMMSO.

(13) Nella sessione del 27 aprile 2017, il *Bundestag* ha approvato il disegno di Legge (18/10823) di attuazione del regolamento UE 2015/848 sulle procedure di insolvenza (documento 18/12154). Per un commento, W. Leber, *Swierczok, Der neue Art. 102c EGIInsO*, in *ZInsO* 2017, 1861 ff., nonché in *ZIK* 2017, 230 ff.

(14) A riformare l'IO ha provveduto la *Insolvenzrechtsänderungsgesetz* 2017 (IRÄG 2017). Sul punto, S. Riel, *Das Konzerninsolvenzrecht des IRÄG 2017*, in *ZIK* 2017/109 ff.

(15) Tra i più rilevanti, negli ultimi anni, si segnala: il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (in G.U. 16/03/2005, n.62) convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80 (in SO n.91, relativo alla G.U. 14/05/2005, n.111); il D.L. 9 gennaio 2006, n. 5 (in SO n.13, relativo alla G.U. 16/01/2006, n.12); il D.L. 12 settembre 2007, n. 169 (in G.U. 16/10/2007, n.241); il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (in SO

n.129, relativo alla G.U. 26/06/2012, n.147) convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 (in G.U. 11/08/2012, n. 187); il D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (in G.U. 27/06/2015, n.147), convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132 (in SO n. 50, relativo alla G.U. 20/08/2015, n. 192); il D.L. 3 maggio 2016, n. 59 (in GU 3/05/2016, n.102) convertito con modificazioni dalla L. 30 giugno 2016, n. 119 (in G.U. 02/07/2016, n. 153).

(16) Sottolinea l'aspetto De Cesari, Montella, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana, Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*, in Fallimento (monografie), Milano, 2009, 102. Per Bufford, *Revision of the European Union Regulation on Insolvency Proceedings – Recommendations*, in IILR 2012, 341 ss., «*virtually every reported international insolvency case involves a group of companies*».

(17) Nella guida predisposta dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale si legge «*the business of corporations is increasingly conducted, both domestically and internationally, through “enterprise groups”*». V. Uncitral, *Legislative Guide on Insolvency Law. Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency*, New York, 2012, 5, reperibile al sito www.uncitral.org.

(18) È bene rammentare, peraltro, che il nuovo Codice trarrà applicazione a partire dal 15 agosto 2020.

(19) Si rinvia volentieri all'esauritivo contributo di M. Arato, *Regolazione della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese*, in ilcaso.it, 2018, 2.

(20) Leandro, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in Jorio, Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, volume III. Il fallimento, Milano, 2016, 740, relativamente alla disciplina europea dell'insolvenza transfrontaliera.

(21) Ricci, *Il riconoscimento delle procedure d'insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2000*, in Riv. dir. proc., 2004, 392 dalla sua prospettiva, sottolinea come «*in realtà ogni insolvenza ha un carattere transfrontaliero potenziale, che in futuro potrà rivelarsi o non rivelarsi secondo le evenienze (o per effetto di iniziative prese all'estero nell'ambito della procedura, o per qualsiasi altra ragione)*» sicché «*non c'è insolvenza apparentemente “domestica” che non abbia anche una potenziale rilevanza transfrontaliera*». Del resto, «*non sempre all'atto della dichiarazione di fallimento è dato sapere se questo avrà o meno effetti internazionali*», asseriva, con riferimento al progetto di convenzione del 1980 (che consegna le origini della regolamentazione europea), Lemontey, *Relazione introduttiva del progetto di convenzione relativa al fallimento, ai concordati ed ai procedimenti affini*, in Bollettino delle Comunità Europee, Supplemento 2/82, 48. Di contrario avviso, relativamente al regolamento rifiuto, Carbone, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in Carbone, Frigo, Fumagalli, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 100 ss.; Proto, *L'insolvenza transfrontaliera nel diritto comunitario*, in Dir. Fall., 2003, 561 ss.; e relativamente al regolamento di rifusione, Leandro, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, in Jorio, Sassani (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, volume III. Il fallimento, Milano, 2016, 869.

(22) A chiarire la delicatissima e dibattuta questione, CGUE 16 gennaio 2014, C-328/12 (Schmid), punti 20 e 21. Ad avviso della Corte, il regolamento insolvenza (EIR, vigente *ratione temporis*) trova applicazione indipendentemente dal previo accertamento di elementi di estraneità, dal momento che «*un siffatto presupposto generale ed assoluto non risulta dal tenore letterale delle disposizioni del regolamento*». Al proposito, «*né l'articolo 1 del regolamento, intitolato “Campo d'applicazione”, né l'allegato A del regolamento, che contiene un elenco delle procedure di insolvenza di cui a tale prima disposizione, limitano l'applicazione del regolamento alle procedure che presentano un elemento internazionale*».

(23) Al proposito, si rammenti l'enunciato del art. 4, par. 3, cpv. TUE. Secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia, compete a ciascun giudice nazionale – in quanto preposto a vigilare sull'applicazione e osservanza del diritto dell'Unione nell'ambito del proprio ordinamento (CGUE, 6 dicembre 1990, causa C-2/88 Imm., J.J.

Zwartveld e altri, punto 10 della sentenza) – «*di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria*». In questi termini, CGCE, 9 marzo 1978, causa C-106/77 (Simmenthal, punto 21). Si veda, Usher, *The Primacy of Community Law*, in EuLR, 1978, 3, 214 ss.; Harris, *The Primacy of European Community Law*, in Texas Int'l L. J., 1980, 15, 139 ss. L'identificazione di un obbligo di interpretazione conforme risale a CGCE, 10 aprile 1984, causa 14/83 (Sabine von Colson e Elisabeth Kamann, punto 26 della sentenza). Per quanto qui interessa, Bariatti, Laukemann, Oberhammer (et al.), *The implementation of the new insolvency regulations – recommendations and guidelines*, JUST/2013/JCIV/AG/4679, Milano-Luxembourg-Wien, 2015, 115, alla Guideline 6 (National provisions on cooperation and communication) suggerisce che «*member States are advised to adopt rules on cooperation and communication with regard to domestic group insolvency proceedings corresponding to Articles 56–60 EIR-R. These rules should be interpreted in accordance with the provisions of the EIR-R*».

(24) Galgano-Sbisà, *Direzione e coordinamento di società*, in De Nova (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, Libro V: Del lavoro – artt. 2497 - 2497-septies, Bologna, 2014, 3.

(25) Non per niente, rileva come «*dovrebbe ormai considerarsi acquisito al dibattito scientifico in materia di gruppi il convincimento secondo cui al centro del fenomeno si pone un vero e proprio paradosso logico: l'esigenza, cioè, di pervenire all'identità delle differenze armonizzando la molteplicità delle figure soggettive societarie con l'unità oggettiva dell'impresa tramite esse esercitata*» Maugeri, *Interesse sociale, interesse dei soci e interesse del gruppo*, in Giur. comm., 2012, I, 66. Si veda anche Fasquelle, *Les faillites des groupes de sociétés dans l'Union Européenne: la difficile conciliation entre approche économique et juridique*, in Bull. Joly S., 2006, 2, 151 ss.

(26) Art. 3 direttiva 2013/34/UE, par. 6: «*i gruppi di dimensioni medie sono gruppi che non sono piccoli gruppi e sono composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato e che, su base consolidata, alla data di chiusura del bilancio dell'impresa madre non superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: 20 000 000 EUR; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40 000 000 EUR; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 250*». Al par. 7: «*grandi gruppi sono gruppi composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato e che, su base consolidata, alla data di chiusura del bilancio dell'impresa madre superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: 20 000 000 EUR; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: 40 000 000 EUR; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 250*».

(27) Art. 2, n. 13, EIRr. A sua volta, il n. 14 descrive l'«*impresa madre*», come «*l'impresa che controlla, direttamente o indirettamente, una o più imprese figlie. Un'impresa che redige un bilancio consolidato conformemente alla direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio è considerata quale impresa madre*».

(28) L'opinione prevalente è che il dato letterale consenta di includere tra i destinatari della disciplina europea sia i gruppi c.d. verticali e sia i gruppi c.d. orizzontali o paritetici: assumendo ciò, vale ritenere i primi caratterizzati dalla presenza di una società che occupa ruolo apicale (impresa madre) e controlla direttamente o indirettamente una o più altre (imprese figlie), e i secondi dall'esistenza di tanti enti che, attraverso un controllo indiretto, realizzano lo scopo comune conservando ciascuno la posizione di «*uno tra pari*», potendosi intendere per controllo «*the capacity to determine, directly or indirectly, the operating and financial policies of an enterprise*» (così la Guida Uncitral, part. III, 2, invocata dalla Relazione alla Proposta della Commissione di modifica dell'EIR – doc. COM(2012) 744), punto 3.1.1). L'equivoca formulazione, però, parrebbe descrivere i tratti che pertengono ai soli gruppi verticali. Al proposito, Bariatti,

Laukemann, Oberhammer (et al.), *The implementation of the new insolvency regulations*, cit., 109, segnala che «the wording of the actual definition of “group of companies” in Article 2 no 13 EIR-R, however, might suggest that the new provisions on group insolvencies are still only applicable to subordination groups».

(29) Come si vede, neppure un cenno interessa l'art. 2497 septies cod.civ., disposizione alla quale taluni autori ricollegano la costituzione di gruppi paritetici. In questo senso, Mucciarelli, *Art. 2497-septies, Coordinamento fra società*, contributo all'opera di Sbisà (a cura di), *Direzione e coordinamento di società. Artt. 2497-2497-septies c.c.*, in Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari (diretto da), *Commentario alla riforma del diritto delle società*, Milano, 2012, 397. Tutto considerato, non stupisce il contrario avviso dell'esimio Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in *Società*, 2004, 540, il quale ritiene che la stessa nozione di gruppo paritetico non abbia cittadinanza generale nel nostro ordinamento, nel senso che non trova in esso una sicura base definitoria. Similmente, Cottino, *Gruppi di Società (Dir. comm.)*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993, 8, osserva che «il gruppo, nella sua normale estrinsecazione, non è e non può essere un'associazione tra eguali».

(30) Non basta a smentire l'asserto il rinvio operato all'art. 2545-septies, il quale non interviene in via generale bensì afferisce unicamente al gruppo cooperativo (paritetico), forma di aggregazione del tutto peculiare a figurare un modello “a metà strada” tra il gruppo verticale e il gruppo orizzontale, concepito dal Legislatore del 2003 col proposito di estendere le possibilità di integrazione tra società cooperative superando l'ostacolo posto dal principio “una testa un voto” che caratterizza questo tipo societario (per effetto dell'art. 2538 Cod.civ.) e ne impedisce l'aggregamento in un gruppo verticale propriamente detto. Relativamente a questa particolare figura, e tenuto conto che l'accordo di partecipazione contempla l'identificazione di una società cooperativa capogruppo a cui vengano affidate le funzioni di direzione e il coordinamento, discute di «contratto di dominio “debole”» Lamandini, *Il gruppo paritetico semplice e qualificato (bancario). Prime riflessioni*, in *Abbadessa, Portale (diretto da), Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, Torino, 2007, 4, 1107. Diversamente, Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Abbadessa, Portale (a cura di), Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Milano, 2007, 818 sottolinea come il modello di gruppo in discorso si distingue anche dai c.d. contratti di dominio debole.

(31) Così suggerisce De Cesari, Montella, *op.loc.ult.cit.*, relativamente all'EIRr, ma l'invito conviene anche alla normativa nazionale. E ancorché il risultato non paia potersi raggiungere che attraverso la forzatura cagionata da un'interpretazione teleologica, in cotesto specifico scenario resta verosimilmente raccomandabile affrancarsi dal dibattito afferente alle tassonomie dei gruppi di imprese e patrocinare una finalità superiore.

(32) Si rammenti che la definizione di gruppo accolta dal nuovo Codice apprezza anche i vincoli derivanti da rapporti contrattuali.

(33) Del tutto analoga la disposizione all'art. 25 (declaración conjunta de concurso de varios deudores) della Ley Concursal (modificata dalla Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003), che al párrafo 4 recita: «será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo».

(34) Il criterio è impiegato già dalla “legge modello” predisposta dall'Uncitral, reperibile al sito www.uncitral.org. De Cesari, Montella, *Le procedure di insolvenza*, cit., 104, segnala che «il termine “centro di interessi” è così ampio da sfuggire ad una definizione completa ed esauritiva». Considerata l'infinità degli apporti sull'argomento, sia consentito limitarsi a segnalare, Giorgini, *Il centro degli interessi principali del debitore insolvente in diritto comparato*, in *Giur. comm.*, 2013, 612

ss.; Benedettelli, «Centro degli interessi principali» del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *RDIPP*, 2004, 499 ss.; Boggio, *COMI, dipendenza e procedure secondarie a carico di società controllate nel Reg. CE n. 1346/2000 (e del Reg. UE n. 848/2015)*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1932 ss.; Catalozzi, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Fallimento* 2006, 1256 ss.; Menjucq, *Notion autonome du centre des intérêts principaux d'une filiale étrangère d'un groupe*, in *JCP G*, 2006, II, 10089; Panzani, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interredil e Rastelli*, in *Int'l Lis*, 2012, 31 ss.; Bufford, *Center of Main Interests, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, in *Nw. J. Int'l L. & Bus*, 2007, 27, 351 ss.; Bariatti, Corno, *Centro degli interessi principali*, in *ilfallimentarista.it*, 2016; Costa, Richter, Gerber-Lemaire, Marchand, *Regulation No. 1346/2000 on insolvency proceedings: The difficult COMI determination, the treatment of groups of companies and forum shopping in light of the CJEU's and domestic case law, and the modernization of the Regulation*, in *Droit bancaire et financier au Luxembourg (ALJB)*, 2014, 3281 ss.

(35) La Legge delega, all'art. 2, co. 1, lett. f), difatti, impone la ricezione non del solo criterio, ma bensì della «nozione».

(36) Art. 28 del Codice. All'art. 3 EIRr, l'inefficacia del trasferimento agli effetti della presunzione è circoscritta al periodo di tre mesi (o sei, nel caso di persone fisiche).

(37) Boggio, *COMI, dipendenza e procedure secondarie a carico di società controllate nel Reg. CE n. 1346/2000 (e del Reg. UE n. 848/2015)*, in *Giur. It.*, 2016, 8-9, 1935.

(38) CGUE 2 maggio 2006, C-341/04 (Eurofood IFSC Ltd) reperibile presso curia.europa.eu. Per un commento si veda Baccaglini, *Il caso «Eurofood»: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, 123 ss.; Bariatti, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 203 ss.; Winkler, *Eurofood: e davvero finito il periodo di “rodaggio” del regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 527 ss.

(39) CGUE 20 ottobre 2011, C-396/09 (Interredil s.r.l.). Si veda, *inter alia*, Leandro, *Trasferimento di sede e determinazione del Comi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 72 ss.; Biermeyer, *Case Note - Case C-396/09 Interredil Srl. Judgment of the Court of 20 October 2011*, in *MJECL*, 2011, 18, 581 ss.; De Cesari, *Procedura principale e procedure territoriali - Nuovi spunti interpretativi forniti dalla Corte di giustizia*, in *Fallimento*, 2012, 535 ss.; Moss, “Head office functions” test triumphs, in *ECJ: Interredil*, in *Insol.Int.*, 2011, 126 ss.;

(40) CGUE 15 dicembre 2011, C-191/10 (Rastelli Davide e C.). Si veda Corsini, *Il sistema francese di estensione della «giurisdizione fallimentare» non supera il vaglio della corte di giustizia*, in *Fallimento*, 2012, 275 ss.; Vallens, *Extension d'une procédure collective a une société étrangère: localisation du centre des intérêts principaux en France*, in *Rec. Dalloz*, 2012, 403 ss.; Mélin, *Confusion des patrimoines et sociétés situées a l'étranger*, *JCP G*, 2012, 13, 616 ss.; Panzani, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interredil e Rastelli*, in *Int'l Lis*, 2012, 31 ss.

(41) Questi i quattro elementi significativi che è subito possibile rinvenire dalla definizione, caratterizzati da un elevato grado di coesione: come si vede, la nozione gravita attorno al termine “interessi”, primo elemento e punto di répero; tra questi, al vaglio comparativo, avanzano i soli “principali”, per il secondo elemento; infine, il terzo e quarto elemento sono fattori di localizzazione spaziale, i connotati di “abitualità” e “riconoscibilità” richiesti alla gestione. Un'impostazione a tratti differente esibisce Giorgini, *Il centro degli interessi principali del debitore insolvente in diritto comparato*, in *Giur. Comm.*, 2013, 612 ss. Si veda anche la soluzione raggiunta da Benedettelli, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *RDIPP*, 2004, 499 ss.

(42) Si aggiunga che l'art. 3, comma 1, lett. b) della norma di delega prescrive «specifici obblighi dichiarativi nonché il deposito del bilancio consolidato di gruppo, ove redatto, a carico delle imprese appartenenti a un gruppo, a scopo di informazione sui legami di gruppo esistenti, in vista del loro assoggettamento a procedure concorsuali». Ulteriori obblighi di informazione sono ora imposti dalla Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, recante modifica della Direttiva 2013/34/UE, per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni. La menzionata Direttiva è reperibile al sito eur-lex.europa.eu.

(43) Va segnalato, inoltre, il potere del commissario giudiziale ex art. 286, co. 4, del Codice, che, «con l'autorizzazione del giudice, può richiedere alla CONSOB o a qualsiasi altra pubblica autorità informazioni utili ad accertare l'esistenza di collegamenti di gruppo e alle società fiduciarie le generalità degli effettivi titolari di diritti sulle azioni o sulle quote ad esse intestate».

(44) Cfr. D'Attorre, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Fall., 2019, 3, 280, laddove l'Autore, condivisibilmente, asserisce che «ciò significa, per un verso, che l'assoggettamento alla procedura concorsuale riguarda sempre le singole imprese e non il gruppo in quanto tale, e, per altro verso, che l'appartenenza al gruppo non determina alcuna deroga rispetto all'applicazione delle regole ordinarie in tema di presupposti».

(45) Art. 285, co. 1, del Codice. Il successivo comma, per giunta, specifica che «gli effetti pregiudizievoli delle operazioni di cui al comma 1 possono essere contestati ... attraverso l'opposizione all'omologazione».

(46) Siccome il rinvio operato all'art. 56, co. 2, «il piano deve avere data certa e deve indicare: a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative; e) gli apporti di finanza nuova; e) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto». Ancorché nell'assenza di un esplicito rinvio, a complemento della domanda, l'art. 39 richiede si allegino le scritture contabili e fiscali obbligatorie, le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti, i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata, uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività, l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto, un' idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi e una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

(47) Art. 284, co. 3, del Codice.

(48) Art. 286, co. 2, del Codice. Il successivo comma 3 stabilisce che «i costi della procedura sono ripartiti fra le imprese del gruppo in proporzione delle rispettive masse attive».

(49) Al tono dell'art. 109, del Codice, peraltro, «nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato è approvato se, oltre alla maggioranza di cui al periodo precedente, abbia riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta inoltre nel maggior numero di classi». Si tenga presente, infine, che «i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, ancorché la garanzia sia contestata, dei quali la proposta di concordato prevede l'integrale pagamento, non hanno diritto al voto se non rinunciano in tutto od in parte al diritto di prelazione».

(50) Nel caso di contemporanea presentazione di più domande di accesso alla procedura, la regola è quella già dettata dall'art. 286.

(51) Art. 287 del Codice.

(52) Trattasi degli «atti a titolo oneroso in cui le prestazioni eseguite o le obbligazioni assunte dal debitore sorpassano di oltre un quarto ciò che a lui è stato dato o promesso, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore» e degli «atti estintivi di debiti pecuniari scaduti ed esigibili non effettuati con danaro o con altri mezzi normali di pagamento, se compiuti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore». L'art. 290 del Codice fa «salvo il disposto dell'articolo 2497, primo comma, del codice civile». La previsione è reiterata all'articolo successivo, il quale soggiunge, al secondo comma, che «il curatore è altresì legittimato a proporre, nei confronti di amministratori e sindaci delle società del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione giudiziale, la denuncia di cui all'articolo 2409 del codice civile».

(53) Il riferimento è ai «pegni, le anticresi e le ipoteche volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore per debiti preesistenti non scaduti», nonché ai «pegni, le anticresi e le ipoteche giudiziali o volontarie costituiti dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale o nei sei mesi anteriori per debiti scaduti».

(54) L'art. 102 del Codice, da leggersi in combinato con gli artt. 99 e 101, replica il disposto dell'art. 182-*quater* L.fall., ponendo esplicitamente deroga agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* cod.civ. L'acuta soluzione proviene dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. con mod. L. 30 luglio 2010, n. 122), parzialmente modificato dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. con mod. L. 7 agosto 2012, n. 134), con tutta l'aria d'ambire a incoraggiare il salvataggio dell'impresa, intimamente connesso, peraltro, alla tempestività di intervento, facilitando l'accesso al credito.

(55) L'art. 292 del Codice, sulla scorta dell'art. 2497-*quinquies* cod.civ., estende alla fattispecie la disciplina del rimborso dei crediti dei soci finanziatori da parte della società di cui all'art. 2467 cod.civ., ampliandone, a ben guardare, la portata applicativa (si nota l'assenza delle condizioni di «eccessivo squilibrio» o di «ragionevolezza del conferimento»). L'enunciato, non a caso, richiama la sola liquidazione giudiziale, benché la disposizione sia collocata nel Capo V pertenente alle «disposizioni comuni».

(56) All'art. 288 del Codice. In tema, Greggio, *Il difficile rapporto tra postergazione dei crediti infragruppo e compensazione nel concordato*, in *ilfallimentarista.it*, 2016.

(57) Al tono dell'art. 3, co. 1, lett. e) della Legge delega, obblighi reciproci di informazione e di collaborazione tra gli organi di gestione delle diverse procedure, avrebbero dovuto essere stabiliti altresì nel caso di contemporanea pendenza di procedure in Italia e all'estero. Se si pone mente a che l'EIRr trova applicazione soltanto laddove il COMI dell'impresa insolvente sia situato sul territorio dell'UE, si comprende che della preterita regola (seppur modesta) si avverterà mancanza tutte le volte in cui l'assetto del gruppo coinvolga società il cui COMI sia situato *extra* Ue.

(58) Di contrario avviso, Scognamiglio, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Le Società*, 2019, 4, 419, secondo cui sarebbe addirittura troppo, purtuttavia riconoscendo trattarsi d'una «facilitazione».

(59) E invero, nell'EIRr la «collaborazione» assurge a principio generale, identificabile nel sottotesto del regolamento e collegato al principio di leale collaborazione espresso dall'articolo 4 TUE. Non a caso, Bork, *Principles of Crossborder Insolvency Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2017, 44 ss., inquadra gli obblighi di cooperazione e comunicazione tra i «*Jurisdictional Principles*».

(60) Buffelli, *Gruppi di imprese: con la legge delega percorso ad hoc per la gestione delle crisi*, in *Norme e tributi* mese, 2018, 2.

(61) La licenza serve a evidenziare che, sebbene si discorra (anche nel testo del regolamento) di «obblighi di cooperazione e comunicazione», l'EIRr sviluppa la propria disciplina della «collaborazione»

tra gli attori delle procedure su di un fondamento prettamente consensuale. E nonostante, per l'effetto, esponga attenuata incisività, può notarsi che, nel complesso, la disciplina europea realizza un duttile compromesso la cui efficacia sarà largamente condizionata dalla buona volontà e spirito di leale collaborazione degli interessati. V. Nisi, Vallar, *La disciplina dei gruppi di società nel nuovo regolamento sulle procedure di insolvenza*, in Quaderni SIDIBlog, 2, 2015, 15.

(62) Per vero, il Legislatore delegato non ha potuto altro che dare attuazione alla direttiva di cui all'art. 3, co. 1, lett. d) della Legge delega. L'impiccio, dunque, risiede a monte.

(63) Sul punto, inter alia, Dammann, Menjucq, Roussel Galle, *Le nouveau Règlement européen sur les procédures d'insolvabilité*, in Rev. proc. coll., 2015, 1, 2, par. 34; Leandro, *A First Critical Appraisal of The New European Insolvency Regulation*, in Dir. Un. Eur., 2016, 2, 247 ss. Sul tema del consolidamento sostanziale (delle masse, non solo delle procedure) – artificio che appartiene (e meglio si addice) agli ordinamenti di *common law*, laddove originato più di settant'anni addietro (cfr. U.S. Supreme Court, april 28, 1941, No. 601, *Sampson v. Imperial Paper & Color Corp.*, 313 U.S. 215 [1941]) –, merita segnalare, nella plenitudine dei contributi, Easterbrook, Fischel, *Limited Liability and the Corporation*, in UCLR, 1985, 52 89; Baird, *Substantive Consolidation Today*, in B.C. L. Rev., 2005, 47, 5, 5 ss.; Vattermoli, *Gruppi insolventi e «consolidamento» di patrimoni (substantive consolidation)*, in Riv. dir. soc., 2010, 3, 586 ss.; Graulich, *Substantive consolidation – A post-modern trend*, in ABI Law Rev., 2006, 14, 527 ss.; Tucker, *Substantive Consolidation: The Cacophony Continues*, in ABI Law Rev., 2010, 18, 89 ss.; Willett, *The Doctrine of Robin Hood – A Note on “Substantive Consolidation”*, in DePaul Bus. & Com. L. J., 2005, 4, 87 ss. Offre un quadro di ordine comparatistico Hirte, *Towards a Framework for the Regulation of Corporate Groups' Insolvencies*, in ECFR, 2008, 213 ss.

(64) Un particolare del regolamento consente di svolgere una breve chiosa sul punto. Nella Relazione alla Proposta della Commissione di modifica dell'EIR (doc. COM(2012) 744), punto 3.1.4, si legge: «*pur introducendo il coordinamento delle varie procedure relative alle società di un medesimo gruppo, la proposta non intende impedire l'attuale prassi in caso di gruppi societari altamente integrati, che consiste nell'individuare il centro degli interessi principali di tutte le società partecipate in uno stesso ed unico luogo, e avviare di conseguenza la procedura d'insolvenza in una sola giurisdizione*». In simili casi, al tono del considerando 53 EIRr, «*il giudice dovrebbe inoltre avere la facoltà di nominare, ove opportuno, lo stesso amministratore per tutte le procedure in questione, purché ciò non sia incompatibile con le norme ad esse applicabili*». Ebbene, nonostante si imponga il rispetto della distinta personalità giuridica di ciascuna società del gruppo (esplicitamente il cons. 54), si può ipotizzare il legislatore europeo non abbia inteso avversare l'idea che «*se uno Stato ha giurisdizione su entrambe le società collegate ex art. 3 del [regolamento], esso sarà libero di consolidare le due procedure e di farle reputare come procedura singola da tutti gli altri Stati membri*» (così, con riferimento all'EIR, Queirolo, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria: modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, 197, in nota; analogamente, con riferimento all'EIRr, Leandro, op. loc. ult. cit.; Id, *Le procedure concorsuali transfrontaliere*, cit., 869 ss; Bourbouloux, Loste, *Vers une amélioration du traitement de l'insolvabilité des groupes*, in Rev. proc. coll., 2015, 1, 8, par. 2). Del resto, nel quadro dell'EIRr ciascuna procedura è sottoposta alla

lex fori concursus, sicché laddove questa lo preveda nulla dovrebbe poterlo escludere.

(65) Mazzoni, *I gruppi di società nel diritto statunitense*, in Pavone La Rosa (a cura di), *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, Bologna, 1982, 439. Alle parole del Mr. Justice Ambro (Thomas L.), della United States Court of Appeals, l'avvertimento che, in ogni modo, «*because substantive consolidation is extreme (it may affect profoundly creditors' rights and recoveries) and imprecise, this “rough justice” remedy should be rare and, in any event, one of last resort after considering and rejecting other remedies*». Cfr. In re Owens Corning, 419 F3d 195 (3d Cir. 2005).

(66) Il dato è che «*while the Code does not explicitly authorize substantive consolidation, neither does the Code forbid it*». Cfr. il Memorandum BAP No. 15-1010, per In re Clark's Crystal Springs Ranch v. Gugino, No. 16-60025 (9th Cir., 2017).

(67) Ve n'è notizia fin da Blumberg, *The law of corporate groups. Substantive Law*, 1987, 93. In argomento, si veda altresì Muchlinski, *Limited liability and multinational enterprises: a case for reform?*, in Cambridge JE, 2010, 34, 915 ss. Lo Cascio, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in Fall., 2019, 3, 275, rileva che «*la disposizione 256 del decreto attuativo in esame riproduce quasi totalmente quella dell'attuale legge fallimentare*», salvo l'introduzione della legittimazione del PM e dei creditori personali dei soci a chiedere l'estensione in discorso.

(68) Di recente, Cassazione civile, sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1095, ha riconosciuto che «*la partecipazione di una società a responsabilità limitata in una società di persone, anche di fatto, non esige il rispetto dell'art. 2361, 2° comma, c.c., dettato per la società per azioni, e costituisce un atto gestorio proprio dell'organo amministrativo, il quale non richiede – almeno allorché l'assunzione della partecipazione non comporti un significativo mutamento dell'oggetto sociale, fattispecie peraltro estranea al caso di specie – la previa decisione autorizzativa dei soci, ai sensi dell'art. 2479, 2° comma, n. 5, c.c.*», avvallando quella giurisprudenza che sostiene la mancanza della deliberazione assembleare, prevista dal secondo comma dell'art. 2361 cod.civ., non sia di ostacolo alla configurazione di una società di fatto della quale facciano parte società di capitali, dal momento che il rapporto sociale scaturisce *sic et simpliciter* dal comportamento concludente degli amministratori. L'inosservanza del disposto dell'art. 2361, co. 2 Cc, non renderebbe nulla la partecipazione (assunta per fatti concludenti) ma rilevarebbe solo nei rapporti interni, suscettibile di giustificare un'azione di responsabilità nei confronti dell'organo gestorio ovvero rappresentare una giusta causa di revoca (in questo senso, Trib. Palermo, sez. fallimentare, 14 ottobre 2012, in Società, 2013, 392 ss., con nota di Hamel, *Il fallimento di società di fatto tra società di capitali*).

(69) In proposito, si veda il commento a Cassazione Civile, Sez. I, 31 luglio 2017, n. 19014, di Abete, *Concordato preventivo di “gruppo”: presupposti ed opzioni alternative*, in Fallimento, 2018, 2, 181 ss. Sulla medesima pronuncia, Fauceglia, *La Cassazione separa il “grano” dal “loglio”: i confini del concordato preventivo di gruppo (Concordato preventivo di gruppo)*, in Società, 2017, 1386 ss.

(70) Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione Legge 19 ottobre 2017, n. 155, in GU, Serie Generale, 20 marzo 2019 n. 67. Non a caso, ravvisa «*una disciplina sicuramente perfettibile*», Scognamiglio, op. ult. cit., 413.

Recensioni

Diritto civile italiano. Due secoli di storia

GUIDO ALPA

Il Mulino, 2018, pp. 616

Quando il Professor Alpa mi propose di presentare il suo libro al Salone del Libro di Torino, la mia prima reazione, quale giovane magistrato da poco immesso nelle funzioni, fu quella di rispondergli che non sapevo se ne sarei stato all'altezza. Il motivo è molto semplice: sebbene io mi consideri un suo allievo, anche per me, come per tutti, Guido Alpa rappresenta l'archetipo del Grande Maestro.

Di Lui si può dire quanto si afferma di Dante nell'ambito della letteratura italiana: la particolarità, o meglio, unicità di Dante, secondo gli studiosi, risiede nel fatto che venne percepito fin da subito, già dai suoi contemporanei, come "un classico", tanto che i primi commenti gli furono sostanzialmente coevi. Ebbene, nella visione mia e di tutta la generazione alla quale appartengo, Guido Alpa è l'unico giurista contemporaneo univocamente percepito come un Classico. Aggiungerei che si tratta di un Classico puro, perché nella sua sterminata produzione bibliografica (chi lo conosce bene gli ha sicuramente sentito pronunciare almeno una volta la celebre frase "io sono quel che ho scritto") ha sempre dimostrato la capacità di attraversare l'intero spettro del diritto civile, dall'analisi delle questioni più tecniche, a cominciare dalla storica monografia "Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore", fino a recentissimi lavori del 2018 concernenti la responsabilità civile in prospettiva europea (cfr. "Orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di responsabilità civile", Giappichelli, 2018), nonché il tema, innovativo, dei diritti fondamentali nell'ambito del contratto (cfr. "Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali", Giappichelli, 2018) fino ad arrivare alla riflessione dottrinale e astratta su temi di un livello più alto, attitudine che era propria anche del suo Maestro Stefano Rodotà, ma che è, in realtà, rara tra i civilisti.

"Diritto civile italiano. Due secoli di storia" (Il Mulino, 2018) si colloca a cavallo tra queste due prospettive: si tratta di un testo che consente una rilettura del diritto civile in una puntuale contestualizzazione storica e in una dimensione culturale di amplissimo respiro.

È del resto noto come l'Autore avesse già suscitato profondissima ammirazione allorquando, ancora recentemente, aveva ribadito questa sua attitudine a privilegiare piani di riflessione su tematiche di generale portata, straordinariamente stimolanti, in quanto tali da porre ineludibili interrogativi. Il persiero corre, per esempio, per restare nell'ambito degli approfondimenti degli ultimi anni, a "Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna" (Marietti, 2017) nonché a "La Cultura delle regole" (Laterza, 2009).

Ebbene, con "Diritto civile italiano. Due secoli di storia", la riflessione di Guido Alpa muove, sotto il profilo cronologico, dall'eredità del diritto romano e medioevale, irrinunciabili punti di partenza, e attraversa l'epoca delle codificazioni, il clima dell'Europa liberale, fino ad arrivare al periodo fascista, al Codice del 1942 e al dopo-guerra. L'Autore, inoltre, non si sottrae neppure al confronto con le frontiere future del diritto civile ed europeo, mostrandosi, come sempre, fermo difensore

dei diritti fondamentali e ponendosi, sotto questo profilo, in una posizione che potrebbe essere definita come un autentico cognitivismno etico.

Con riferimento al metodo, non manca un attento sguardo comparatistico, non comune tra i civilisti, e, del resto, non è un caso che Guido Alpa sia il giurista italiano più letto e più tradotto all'estero nonché, a mero titolo esemplificativo, l'unico italiano tra i membri della British Academy.

Appare significativo che anche il metodo comparatistico venga utilizzato dall'Autore in ottica diacronica, con una particolare attenzione rivolta anzitutto ai modelli che hanno ispirato il nostro sistema, ossia quello francese e quello tedesco, mettendo peraltro in evidenza un singolare strabismo del sistema italiano, in cui nelle aule universitarie già veniva insegnato un diritto civile di chiara derivazione dogmatica tedesca, laddove, per contro, nei tribunali veniva applicato il codice civile del 1865, direttamente ispirato al Code Civil di Napoleone.

Quanto all'oggetto, vi è costante attenzione non solo e non tanto per l'evoluzione della normativa, ma anche e soprattutto per quella – molto più complessa e più sfuggente – della "cultura giuridica", intesa nel senso più esteso possibile (e, a tale proposito, occorre ribadire come il diritto sia innegabilmente anche un fatto di cultura). Appare superfluo sottolineare l'immensa difficoltà del compito di rendere accessibile e comprensibile qualcosa che, di per sé, risulta impalpabile ed evanescente come la "cultura giuridica" degli ultimi due secoli. Soltanto un grande Maestro come Guido Alpa poteva riuscire in quest'impresa, dimostrando in ogni pagina la capacità di cogliere l'essenziale.

In questa prospettiva, quindi, il libro si confronta con le idee della dottrina, mostrando un panorama di notevole vastità, prestando attenzione tanto alle riviste, alcune delle quali oggi non più esistenti, quanto alle monografie, ai commentari, alla trattatistica e alla manualistica; si confronta poi con gli orientamenti della giurisprudenza, a cui l'Autore pare riconoscere un ruolo rilevante nell'evoluzione dell'ordinamento, nel costante tentativo, si potrebbe dire, di avvicinare l'essere al dover essere.

Con la lettura di questo libro si compie, allora, uno straordinario viaggio, non semplicemente attraverso le nude regole, bensì attraverso la cultura giuridica e il pensiero dei grandi autori della letteratura civilistica, da Domat e Pothier a Savigny, da Bensa e Fadda a Scialoja a Betti, fino a Francesco Galgano. In conformità con i principi dell'ermeneutica, secondo cui lo stesso testo assume per ogni lettore un specifico significato, la mia attenzione, come giovane magistrato, si è soffermata su alcune riflessioni.

In primo luogo, pare utile interrogarsi sulle modalità attraverso le quali questo libro rappresenta una fonte di autentico arricchimento per i magistrati in generale e per i giovani magistrati in particolare.

In secondo luogo, va considerata altresì l'importanza che la lettura di un testo come questo può avere per chiunque, a prescindere dall'appartenenza alla categoria dei giuristi, ma per il solo fatto di essere cittadini.

Per quanto concerne il primo profilo, l'immagine più efficace per rendere l'idea dell'effetto di quest'opera sulla formazione

dei giovani magistrati è quella utilizzata da Tiziano Terzani quando descrisse la magia come quella “realità che sta al di là dei fatti”. Ebbene, facendo ricorso a questa stessa immagine, si può dire, a mio avviso, che il libro di Guido Alpa consenta a noi magistrati di vedere la “realità al di là delle regole”, in un duplice senso.

Da un lato, infatti, il libro illustra le modalità, il percorso, attraverso cui il diritto civile ha assunto la forma che oggi conosciamo, dall'altro lato riesce a far percepire le ragioni, la ratio delle regole, dimostrando come il diritto sia al tempo stesso la causa e la conseguenza dei cambiamenti economici, politici e sociali. Si tratta di un preziosissimo arricchimento per i giovani magistrati come me che si trovano a dover fare applicazione di un complesso di regole cristallizzate in principi ai quali a volte guardiamo come a una realtà granitica e ferma, che assumiamo come un dato di fatto indefettibile, forse in via aprioristica, senza fermarci a meditare sul lunghissimo percorso compiuto nel corso del tempo per l'elaborazione di quei principi. In questa prospettiva viene in mente la concezione Hegeliana della storia, come un passato che ci giustifica.

Ebbene, grazie a questo testo si riesce a comprendere quella “realità al di là dei fatti”, le origini delle regole, le origini delle idee. E la conoscenza dell'origine delle cose e delle idee di chi ci ha preceduto ci rende senza alcun dubbio dei giudici migliori. D'altra parte, i giudici, ancora oggi, non sono senz'altro esenti da critiche. Ed infatti, nelle pagine del libro dedicate al settecentesco “*Dei difetti della giurisprudenza*” di Ludovico Antonio Muratori, è lo stesso Guido Alpa a ricordare la sorprendente attualità delle problematiche all'epoca individuate dal Muratori con riferimento alla giurisprudenza, tra cui l'oscurità del dato normativo e la pluralità di opinioni dei giudici. Memorabili sono le pagine in cui vengono affrontati temi tecnici e classici del diritto civile, quali la nozione di negozio giuridico, il contratto, la proprietà, il rapporto tra il contratto e i terzi.

Non può poi essere trascurata la rilevanza fondamentale che, per esempio, hanno avuto per il nostro modello economico, il superamento della concezione del diritto di proprietà come “*diritto illimitato*” e la progressiva centralità assunta dal contratto, divenuto uno strumento anche di libertà, per superare i vincoli della società del vecchio regime, come sintetizzato nell'efficace espressione di Henry Sumner Maine “*from status to contract*”.

Ma i meriti di questo libro non sono confinati al mondo del diritto. Sono convinto, infatti, che la lettura di un testo come

questo sia un'occasione di profondo arricchimento per chiunque, non soltanto per avvocati e magistrati. Del resto, vale la pena sottolinearlo, il diritto civile è il diritto dei “*cives*”, dei cittadini, quindi è il diritto di tutti, perché, per l'appunto, riguarda tutti.

A tale proposito, sono estremamente e tristemente attuali le pagine sull'utilizzo del diritto non per tutelare, ma per discriminare.

Colpisce il quadro descritto dall'Autore con riferimento alla posizione della “donna giurista”, ossia le vicende relative al divieto di iscrizione all'albo degli avvocati e a quello, più resistente nel tempo, di accesso al concorso in magistratura, rimosso nel 1965.

Con riferimento alla prima, Guido Alpa, al vertice del CNF per oltre un decennio, si è fatto carico di raccontare la vicenda di Lidia Poët, che fu la prima donna ad ottenere l'iscrizione all'albo degli avvocati, nel 1883, iscrizione che venne tuttavia annullata dalla Corte di Appello di Torino su opposizione del pubblico ministero, con argomentazioni tanto discutibili quanto banali e semplicistiche.

Sono poi toccanti per qualsiasi lettore e risvegliano la nostra morale critica le pagine relative alla discriminazione dei suditi delle colonie, in particolare i libici, e, soprattutto, degli ebrei, che a maggior ragione meritano di essere ricordate nei cento anni dalla nascita di Primo Levi.

Al riguardo desta imbarazzo e indignazione il silenzio dei giuristi. E fu solo silenzio nella migliore delle ipotesi, posto che vi furono anche numerose adesioni ideologiche alla legislazione discriminatoria. Nei manuali dell'epoca successiva alle leggi razziali, si legge semplicemente che “*vi possono essere limitazioni alla capacità giuridica in rapporto all'appartenenza a una certa razza*”, laddove attualmente l'art. 1 del Codice Civile si limita a stabilire che “*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita*”. Colpisce, in proposito, l'assurdità e la goffaggine della nozione giuridica di ebreo legislativamente prevista, un assurdo e mal riuscito tentativo di definire qualcosa che, per sua natura, sfugge all'ambito di ciò che si può definire con terminologia giuridica.

In conclusione, non si può che esprimere la più profonda ammirazione per quest'ultimo lavoro di un grande Maestro qual è Guido Alpa, che ha regalato ai giuristi e a tutti noi “*cives*” un'opera che ci arricchisce, nella consapevolezza che per affrontare al meglio il futuro è necessario non dimenticare mai il passato.

Dott. Eugenio Tagliasacchi

Superficie. Sopraelevazione

GIUSEPPE MUSOLINO

Collana *Strumenti del diritto. Diritti reali*

a cura di BOERO e MUSOLINO,

Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 528

Sommario: 1. *La struttura dell'opera.* – 2. *Storia e comparazione.* – 3. *I diritti di superficie.* – 4. *Natura, modalità di costituzione e di estinzione del diritto di superficie.* – 5. *Loggetto e il contenuto del diritto.* – 6. *Diritti reali su beni pubblici assimilati alla superficie.* – 7. *Il diritto al sepolcro.* – 8. *I diritti esclusivi di pesca. Il diritto di banco in chiesa.* – 9. *Il diritto di sopraelevazione.* – 10. *Apprezzamento complessivo.*

1. La struttura dell'opera.

La ricca e qualificata bibliografia sul diritto di superficie (1) si è appena arricchita di una monografia (2), ove esso è trattato attraverso l'analisi sia degli artt. 952-956 c.c., sia delle altre disposizioni che lo riguardano, nel codice civile (l'art. 1127 circa la sopraelevazione condominiale), nelle leggi speciali (in particolare l'edilizia economico-popolare, la disciplina dei parcheggi privati su suolo pubblico, dei diritti reali di pesca), nel diritto consuetudinario (il diritto di sepolcro), nella prassi negoziale (gli impianti fotovoltaici), persino nel diritto canonico (il banco in chiesa).

Il libro è suddiviso in tre parti rispettivamente dedicate: la prima alla superficie, la seconda ai diritti reali - ad essa assimilabili - su beni pubblici, la terza al diritto di sopraelevazione. Sono spesi numerosi riferimenti ad altre esperienze giuridiche, in prospettiva sia storica sia comparatistica: dalle fonti romane ai principali ordinamenti attuali, transitando per il diritto comune. L'inquadramento teorico della materia è affrontato anche con attenzione all'esercizio dell'autonomia negoziale, nel dare forma alle posizioni soggettive derivanti dal diritto reale in esame, creandole, modificandole ed estinguendole.

Alla natura del diritto di superficie è dedicata la prima sezione, ampia, articolata in quattro capitoli.

Nel primo trovano spazio le questioni interpretative sollevate dagli artt. 952-956 c.c. (3). Si constata come la stessa manualistica, ove è consueta la ricognizione degli orientamenti più accreditati, non segnali una posizione condivisa, bensì una pluralità di orientamenti differenti, se non antitetici; inoltre, come ancora in tempi recenti ci si diffonda a illustrare l'inquadramento della superficie quale autonomo diritto reale, argomentando sia dalla collocazione della disciplina nel terzo libro del codice, sia dalla circostanza per cui in più disposizioni essa è menzionata in elenchi contenenti solo altri diritti reali di godimento, di più antica tradizione (art. 2810, comma 1, c.c.; art. 1350 c.c.; art. 2643 c.c.) (4).

E' apparso improprio - osserva l'Autore (p. 5) - lo stesso impiego del termine superficie negli artt. 952-956 c.c., in quanto istituto prettamente romanistico, dotato di scarsa corrispondenza con altri diritti propri di ordinamenti sia antichi, sia moderni. Esso si collega al principio *superficies solo cedit*, esasperazione dell'assoluta signoria sopra la cosa, per cui essa appartiene al proprietario nella sua struttura, destinazione e in ogni potenzialità anche remota di sfruttamento del soprasuolo e sottosuolo (*usque ad sidera et usque ad inferos*), escludendosi la divisione per piani orizzontali, tale da assegnare il suolo a un soggetto e l'edificio a un altro, oppure da attribuire a differenti titolari i diversi piani di un edificio (5).

2. Storia e comparazione.

Dopo averlo contemplato nel codice civile del 1942 (6), il legislatore si è riferito al diritto di superficie nei testi sull'edilizia economica e popolare e per la casa (7). Quest'ultimo provvedimento ha, notoriamente, consentito a vasti ceti sociali di accedere all'abitazione, incentivando appunto la costruzione di immobili di proprietà pubblica attribuiti in diritto di superficie per una certa durata (8). La sottrazione della facoltà di edificare ai proprietari dei suoli e la sua attribuzione a fronte di un corrispettivo riprende, in parte, l'esperienza inglese del *Town and Country Planning Act* del 1948. La Legge finanziaria del 1999 (9) ha, poi, consentito ai Comuni di cedere in proprietà le aree comprese nei piani di edilizia economica e popolare precedentemente attribuite in diritto di superficie temporaneo. Sempre alla stregua dell'utilità sociale è analizzata la disciplina riguardante la costruzione di parcheggi privati su suolo pubblico (la legge 122/1989, c.d. Tognoli) nonché, in generale, la facoltà di concedere ai privati l'utilizzo di beni pubblici per la realizzazione di fabbricati destinati ad attività commerciali (quali gli stabilimenti balneari, oppure gli impianti per la distribuzione del carburante), o per la fruizione di attività artistiche (i palchi teatrali), o, ancora, per la cura e il ricordo dei defunti (diritto di sepolcro), o infine per lo sfruttamento delle risorse ittiche (diritti reali di pesca).

L'impiego effettuato con riguardo agli impianti fotovoltaici per la produzione di energia elettrica viene esaminato coinvolgendo gli aspetti fiscali, nella prassi decisivi ai fini della scelta fra la costituzione di un diritto reale di superficie oppure di un rapporto con effetti meramente obbligatori, quale la locazione.

Si sottolinea come la moderna rivalutazione dell'istituto nel codice e in leggi speciali (anche attraverso il riconoscimento di figure sorte durante il diritto comune) consenta di apprezzarne importanti funzioni, alcune delle quali già valorizzate in passato. Invero, una volta rivisti i principi romanistici dell'unicità del dominio sul suolo e sulle costruzioni ivi edificate, alla superficie si è fatto ricorso in situazioni nelle quali si intendeva riconoscere e conservare sul suolo stesso un diritto eminente in capo a collettività particolari (enti pubblici o la Chiesa), in pari tempo garantendo al titolare del fabbricato la pienezza di facoltà riconosciute al proprietario, secondo i principi ordinanti del diritto comune.

Nel secondo capitolo l'istituto è inquadrato sullo sfondo del sistema dei diritti reali, muovendo da fonti romane, diritto comune, principali codici europei. Si considera, poi, il nesso con l'accessione, rinvenuta al fondamento dell'invenzione del diritto di superficie (10), per il riconoscimento di un titolo giuridico idoneo ad assegnare le costruzioni a soggetti differenti dal proprietario del suolo.

In dipendenza dell'attrazione esercitata dal dominio, la *superficies* era considerata parte integrante del terreno, donde il criterio *superficies solo cedit* che assegna la superficie al proprietario del suolo quale realizzazione della proprietà romanistica che, nella forma del *dominium*, rispecchia le esigenze dell'originaria sovranità del *pater familias* all'interno del gruppo (parallela alla sovranità statale). Anche nel diritto italiano vigente la costruzione eseguita da un terzo su suolo altrui appartiene al proprietario del suolo stesso, salvo ricorra un impedimento dell'acquisto per accessione (norma di legge o costituzione di diritto di superficie).

Si esaminano, quindi, la superficie su suolo pubblico (11), lo sviluppo del diritto in esame nei rapporti fra i privati (12) e il rapporto fra superficie ed enfiteusi (13).

Le fonti romane sostanzialmente avrebbero consegnato un istituto destinatario di un breve titolo nel Digesto - D. 43, 18

–, mancando alcuna trattazione specifica nelle *Institutiones*, nel *Codex*, nelle Novelle. Al contrario dell'usufrutto e delle servitù prediali, la superficie sarebbe stata assente nello *ius civile*, ispirato al contrario principio *superficies solo cedit*. Il diritto in esame, partendo dal contratto di locazione, sarebbe andato definendosi in base a concessioni del diritto pretorio (14), trovando un primo, incerto, parziale e comunque non definitivo assetto nel diritto giustiniano.

Al di là delle varie configurazioni assunte, il fondamento della qualificazione giuridica rimane sempre la locazione da cui, almeno dal punto di vista formale, avrebbero preso le mosse gli sviluppi interpretativi attraverso i quali l'istituto conseguì una configurazione autonoma, trascorrendo da rapporto meramente personale a diritto reale.

Nelle fonti il termine *superficiarius* non corrisponderebbe a *usufructuarius* e *usuarius*: si ammetterebbe solo un accostamento empirico, dal momento che la giurisprudenza classica non avrebbe collocato la superficie fra gli *iura in re aliena*, pur ipotizzandosene l'inclusione in ragione della comune tutela reale. L'evoluzione si coglierebbe solo sul piano della protezione processuale, ove, a fronte della tutela accordata dal regime civilistico (uniformata alla natura obbligatoria dell'istituto), sarebbe intervenuta l'opera del pretore, giunto ad assegnare un'azione utile esperibile sia contro il concedente sia contro terzi che avessero il godimento della superficie al posto del superficiario.

Ai compilatori giustiniani si dovrebbe, invece, riferire la considerazione – rintracciata nelle scarse norme che se ne occupano – della superficie come diritto reale di godimento su cosa altrui: nel *Corpus iuris*, la regola *superficies solo cedit* sarebbe bensì nuovamente affermata, tuttavia non più quale criterio inderogabile per l'estensione in senso verticale della proprietà, bensì in relazione con lo sviluppo storico del diritto dominicale, per soddisfare l'esigenza sociale ed economica di uno sfruttamento ulteriore della potenzialità degli immobili. Le fonti romane, secondo il modello fornito dalla codificazione giustiniana (15), vengono riprese generalmente nella materia dei diritti reali dal legislatore moderno, che procede a modificare l'ordinamento, nel passaggio dal diritto comune, proprio dell'età di mezzo, al diritto codificato. A tale circostanza si dovrebbe l'omissione del diritto di superficie nel codice francese, anche in questo seguito dal codice italiano del 1865, complice la sua considerazione nei termini di una forma di soffocazione della proprietà immobiliare.

La rivisitazione e sistemazione ottocentesca dei diritti reali peraltro di per sé non avrebbe significato l'estinzione degli schemi giuridici dell'appartenenza non inclusi nei codici civili. Nell'ottocento diversi diritti reali sorti nei secoli precedenti, attraverso la consuetudine (il diritto di palco e il diritto di sepolcro) o grazie ai titoli di provenienza antecedenti alle codificazioni (diritti esclusivi di pesca) avrebbero conservato la loro vigenza e sarebbero stati assimilati alla superficie. Rispetto alle fattispecie menzionate, peraltro, si constata la tendenza del diritto moderno a non prendere in considerazione le posizioni prive di immediato riscontro nel numero chiuso dei diritti reali, ritenuto rigorosamente delineato dal legislatore sull'esempio romano. Ciò a fronte della ricchezza di diritti sui beni concepita dal diritto comune, coerente con la propensione della mentalità medievale a consentire la concorrenza sullo stesso bene di una pluralità di situazioni reali, riducibili al modello dominativo, sovrapposte, parallele o contigue. Nondimeno, si osserva che “proprietà e diritti reali, già ripensati e discussi come unica categoria, devono piegarsi alla ribellione dei fatti; ma ora lo scarto tra vecchi schemi concettuali e realtà sociale induce ad arricchire piuttosto che a ri-

durre le situazioni reali della comune esperienza” (16). Le codificazioni moderne presentano un sistema romanistico dei diritti reali nel quale, con alcune variabili, sopravvivono elementi derivati dalle consuetudini medioevali, oltre che dal sistema feudale; la limitazione dei vincoli si deve confrontare con le esigenze sociali alla base degli schemi dell'appartenenza. La tendenza legislativa successiva alla rivoluzione francese prosegue l'atteggiamento ostile nei confronti della moltiplicazione dei vincoli alla proprietà fondiaria.

Si conviene, poi, con l'opportunità di ripensare gli “elementi non moderni della modernità giuridica, se non, come è stato suggerito, la rinascita di aspetti del diritto premoderno” (17). Si rammenta la carica ideologica del paradigma borghese della proprietà nei codici ottocenteschi, evidenziandosi che la ‘ripulitura’ concettuale ha investito l'asserita natura individualistica e unitaria dello schema giuridico della proprietà romana. Si rileva, poi, come la concezione della proprietà, fatta propria dal codice del 1942, già dal *code Napoléon*, non possa esser fatta risalire alla proprietà romanistica (18), bensì al passaggio dalla società signorile alla società moderna, caratterizzata dall'affermazione del diritto eguale, astratto e generale. Il modello plurale, approdo della dottrina cristiana e delle dinamiche presenti nell'ordine sociale dell'epoca medioevale (che, sostanzialmente perdura fino a tutto il Settecento), avrebbe coniugato proprietà e solidarietà attraverso le proprietà simultanee (i *dominia* – utile e eminente – della dottrina del diritto comune).

Tale modello plurale, che eleva la superficie a *dominium*, assegna al superficiario il dominio utile e al proprietario del suolo il dominio diretto (*utile dominium competit superficiario, directum competit domino soli*) al pari dell'enfiteusi, delle concessioni fondiarie e della locazione a lungo termine, a differenza delle servitù prediali e personali (usufrutto, uso e abitazione), che rimangono qualificate come *iura in re aliena*. Il modello plurale si sarebbe confrontato con quello monista ed esclusivista (il *dominium*), ritenuto maggiormente fedele all'ispirazione romanistica (in realtà, derivante dall'ideologia individualistica e liberista), che sarebbe prevalso solo con la rivoluzione francese, trovando la propria sanzione nel *code civil*, prima, nel BGB, poi. Il modello plurale ricordato troverebbe maggiore continuità nei paesi di *common law* e particolarmente in Inghilterra, ove permane una concezione del diritto di proprietà “normalmente scomponibile a seconda delle esigenze pratiche”. In questi ordinamenti, il dominio “prescinde da una relazione immediata con il suo oggetto, essendo concepito come titolarità di un diritto o di un interesse legale collegato al bene”, per cui “non si è titolari di un bene, ma di una certa facoltà sul medesimo”. Simile assetto consente una “maggiore articolazione delle forme di appartenenza, dando spazio a una legittima ripartizione degli interessi proprietari, dai diversi contenuti, tra più individui che risultano titolari di cointeressenze sul medesimo bene senza che nessuno possa sentirsi o essere ritenuto proprietario in modo pieno ed esclusivo” (19). L'analisi del modo in cui le norme romane vennero intese nell'età moderna porterebbe alla conclusione che esse sono state comprese dal legislatore delle codificazioni ottocentesche in senso maggiormente individualista di quanto non fosse nell'età antica, essendo venuti meno i fondamentali limiti derivanti dal costume (20).

Il paradigma proprietario presente nell'art. 544 del codice francese, nella sua espressione letterale, appare comunque ancora interno a un'interpretazione, almeno in parte, debitrice degli schemi del diritto comune, dal momento che il concetto di proprietà viene nuovamente individuato ed espresso come enumerazione di facoltà: la riscoperta della concezione monistica del dominio non ha, tuttavia, oscurato la sua tradizio-

nale articolazione in *ius disponendi* e *ius utendi*, cosicché risulterebbe criticabile l'idea della proprietà come somma di poteri, risultato dell'addizione di godere e disporre. Si osserva che sarà compito della dottrina novecentesca demolire l'immagine della proprietà individuale, compatta e tendenzialmente assoluta, sottolineando che essa non è la forma prevalente dell'appartenenza (21). La proprietà sarebbe meglio rappresentata assumendola quale "fascio di pretese (*claim*), facoltà (*privilege*), poteri, immunità; oppure, quando si assuma che esiste una pluralità di situazioni dominicali ciascuna delle quali riceve dall'ordinamento giuridico una specifica conformazione in vista dell'opportuno – e cangiante – temperamento dei vari interessi che si appuntano sulle cose" (22).

Rispetto al codice francese, astrazione e assolutizzazione maggiori della proprietà si trovano nello schema elaborato dalla Pandettistica, calato nel § 903 BGB, secondo cui la proprietà è il potere di disporre della cosa liberamente, nei limiti stabiliti dalla legge, e di escluderne gli altri.

Si giunge, così – osserva l'Autore (p. 31) –, a un quadro ricco di costruzioni concettuali raffinate e attente alle esigenze economiche e sociali, attraverso cui i giuristi della tradizione civilistica fondata sul diritto romano non operano sempre dal medesimo angolo visuale. A volte essi partono dalla natura delle *res*, dalla loro funzione economica di uso (foreste per legnatico, campi per coltivazioni agricole, prati per pascoli, cave per estrazione di materiali e metalli, eccetera), accentuando la varietà delle *utilitates rerum*. Altre volte i giuristi del diritto comune proiettano il paradigma soggettivo del 'potere' dell'uomo sulla *res*, che può imprimere, con maggiore o minore intensità, la destinazione d'uso del bene (si è concluso che potrebbe parlarsi di modello 'cosale' per la prima prospettiva e di modello 'potestativo' per la seconda). In tale quadro di costruzioni concettuali, viene elaborata la teoria dei *plura dominia*, in base alla quale esiste una molteplicità di domini e una pluralità di regimi dell'uso dei beni: esattamente il contrario di quanto affermato dal *code Napoléon*, con l'art. 544. La situazione rappresentata della proprietà e dei rapporti ad essa correlati impediva o comunque poteva essere di ostacolo, da un punto di vista pratico, al riferimento a un gestore economico unico del bene, un solo soggetto responsabile della produttività della *res*.

All'esigenza di attribuire a un unico soggetto il potere della gestione economica di ciascun bene risale uno dei principi caratteristici della codificazione: la tipicità e il numero chiuso dei diritti reali.

Si è così chiarito che i codici civili elaborati nell'Ottocento (in particolare, il francese e, in maniera diversa quanto agli *iura in re aliena*, il BGB) si basano su una selezione semplificatrice della ricchissima tradizione concettuale precedente e consegnano un modello paradigmatico della proprietà individuale, attraverso il quale leggere l'esperienza civilistica precedente, conservano gli schemi giuridici dell'appartenenza che possono coordinarsi con il proprio paradigma proprietario ed escludono quelli che ne confliggono a motivo della loro natura irriducibile in una prospettiva di potere assoluto sul bene.

L'istituto – osserva l'Autore (p. 34 s.) – non figura nel codice civile italiano previdente, come nel francese e in quello spagnolo; in Belgio, la superficie è introdotta solo con la legge 10 gennaio 1924, seppur in precedenza ricevesse riconoscimento giurisprudenziale. Il BGB accoglie inizialmente il diritto di superficie, prevedendolo come un onere sul fondo in virtù del quale veniva attribuita la titolarità di una costruzione sopra o sotto il suolo. Da tempo, però, nel BGB non compare più, essendo stato trasferito nell'ordinanza del 15 gennaio 1919 (§

12), modificata dalla l. 21 settembre 1994, recante riforma dei diritti reali; e dalla l. 23 luglio 2002, mantenendo i diritti già costituiti, e assegnando una nuova disciplina extracodicistica a quelli creati successivamente, prevedendo la proprietà separata della costruzione, trasmissibile agli eredi.

Il codice civile austriaco (ABGB), infine, al § 1150, non contempla autonomamente la superficie, ma la pone in relazione all'enfiteusi, distinguendo fra dominio utile, assegnato al superficiario, e dominio diretto, del proprietario del suolo. La disciplina austriaca della superficie è stata, poi, oggetto della l. 26 aprile 1912, n. 86, e dell'ordinanza 11 giugno 1912, n. 114, che hanno ammesso la possibilità di costituirla solo su fondi appartenenti allo Stato, alle province, ai comuni, ai distretti o ad associazioni o istituzioni aventi natura pubblica.

3. I diritti di superficie.

Nel terzo capitolo vengono dettagliatamente esaminate le differenti fattispecie ricondotte dal legislatore al diritto di superficie. Al riguardo si segnala l'adozione quale titolo del capitolo non già del "diritto di superficie", ma dei "diritti di superficie", a sottolineare come si ponga la proprietà superficiaria, accanto al diritto di costruire.

L'interesse scientifico della trattazione emerge nell'esame delle diverse tesi dottrinali e giurisprudenziali sulla concessione *ad aedificandum*, che viene analizzata come diritto reale su cosa altrui nonché nelle configurazioni quale mero diritto relativo (in particolare il contratto di locazione della *superficies*), con gli effetti connessi, fra cui l'opponibilità e la tutela del diritto obbligatorio di costruire (23). Si considera, poi, la proprietà superficiaria, analizzando, infine, anche la tesi della proprietà superficiaria della costruzione già esistente come proprietà separata, con il corollario dell'esclusione del diritto di ricostruire.

4. Natura, modalità di costituzione e di estinzione del diritto di superficie.

Il quarto capitolo è incentrato sulla natura del diritto di superficie. Sono, dapprima, analizzati i modelli monista, duale, tripartito, poi verificate le ulteriori ipotesi ricostruttive della superficie: proprietà, *ius in re aliena*, rapporto composito, accessione del suolo al fabbricato, servitù prediale (diritto di mantenere la costruzione); ricevono ampia attenzione la dottrina e la giurisprudenza interna, il codice civile svizzero; infine, la superficie è affrontata come fattispecie di dominio utile.

Dopo aver passato in rassegna le differenti configurazioni, si giunge a individuare nell'istituto il trascorrere della proprietà dalla condizione potenziale a quella attuale, descrivendo compiutamente l'alternarsi delle fattispecie legali del diritto di superficie, con le peculiarità che lo distaccano dai diritti reali su cosa altrui.

Sono, quindi, analizzate le caratteristiche operative, a partire dalle modalità di costituzione, esplorate nel quinto capitolo. La volontà delle parti deve sempre essere espressa. Al diritto in esame può dare vita il proprietario del terreno – tenendo conto del principio *nemini res sua servit* –, l'enfiteuta, il superficiario stesso, come pure la comunione familiare. L'analisi prosegue nei capitoli sesto e settimo, con il contratto, passando in rassegna alcune clausole negoziali: le limitazioni dei poteri del superficiario, il pagamento al proprietario concedente, al superficiario (a fronte dell'acquisto della costruzione da parte del *dominus soli*), il *solarium* (denominazione che prende il corrispettivo in unica soluzione o il canone periodico). La costituzione della superficie a titolo oneroso è messa a confronto con il contratto di locazione; poi è considerata la costituzione a titolo gratuito e quella per deduzione,

quindi tramite negozio *mortis causa*; infine trovano spazio la forma del negozio costitutivo e i profili fiscali.

Nel settimo capitolo appare la fonte non negoziale: l'acquisto per destinazione del padre di famiglia; l'usucapione sia del diritto di superficie in senso stretto (concessione *ad aedificandum*) sia della proprietà superficaria; attenzione viene riservata anche alla prova della costituzione del diritto.

Lo stesso modo di procedere è applicato rispetto alle cause di estinzione del diritto. Nel capitolo ottavo sono esaminate la decadenza per mancata edificazione degli alloggi di edilizia economico-popolare, la rinuncia (anche con riguardo alla forma in cui deve essere espressa), la condizione risolutiva, l'estinzione per scadenza del termine (24). Nel capitolo successivo, sono trattate le cause non negoziali, quali l'estinzione per non uso (prescrizione del diritto di costruire), verificando fra l'altro, anche alla luce delle indicazioni giurisprudenziali divergenti da quelle dottrinali, l'applicazione delle norme sulla prescrizione ordinaria e le questioni applicative del concetto di non uso rispetto allo *ius ad aedificandum*. Si passa, quindi, all'esame della difformità dell'opera costruita rispetto alle previsioni negoziali, all'incremento della costruzione ultimata nel ventennio, all'imprescrittibilità dell'utilizzo parziale del diritto di edificare. Ulteriori questioni affrontate sono la prescrizione per non uso del diritto di rifare la costruzione; l'estinzione per non uso del diritto di superficie costituito in base a norme previgenti; l'imprescrittibilità della proprietà superficaria; il *dies a quo* della prescrizione per non uso rispetto alle norme urbanistiche. Infine la verifica del diritto di costruire conseguente al perimento della costruzione, la clausola di estinzione per perimento della costruzione, il perimento del suolo, la consolidazione.

5. L'oggetto e il contenuto del diritto.

Nel decimo capitolo trova spazio l'oggetto del diritto di superficie. Tale può essere la costruzione sul suolo, di cui sono verificate alcune caratteristiche, quali la necessità dell'unione al suolo (25).

La costruzione nel sottosuolo viene esaminata nel capitolo undicesimo, distinguendo innanzitutto fra diritto sul sottosuolo e su beni nel sottosuolo. Oltre all'acquisto tramite compravendita, se ne verifica la possibile acquisizione per usucapione e il rapporto fra il sottosuolo medesimo e la proprietà condominiale. Si analizzano, infine, i tratti differenziali rispetto al diritto di superficie costituito sul soprasuolo.

Alle piantagioni (superficie arborea, macchiatico, diritti superficiali agricoli) è dedicato il capitolo dodicesimo, che si apre con notazioni comparatistiche. Atteso il divieto vigente nel nostro ordinamento di costituire nuove superfici arboree, questo diritto permane per quelle costituite anteriormente al codice vigente. Nel volume è esplorato il possibile mantenimento di tale diritto, attraverso la riproduzione spontanea delle piante iniziali, delimitando l'oggetto del divieto, in base a considerazioni di cui si verifica la conferma nella giurisprudenza in materia, a livello sia costituzionale, sia di legittimità e di merito.

Al contenuto del diritto in esame è dedicato il tredicesimo capitolo. Viene esaminato l'ambito dell'autonomia negoziale, con riguardo alle clausole inseribili nel titolo costitutivo, come quella circa l'esclusione del diritto di ricostruire. In quest'ambito è affrontata anche la tematica dell'elasticità del diritto, che l'Autore dimostra riguardare anche la superficie e, in genere, i diritti reali. Si analizzano, infine, la durata e la tutela della posizione del superficario.

Si sviluppa, poi, nel capitolo quattordicesimo il tema dei poteri del superficario, con i relativi atti dispositivi, quali quelli di alienazione o di costituzione di diritti personali di godi-

mento, tramite il comodato o la locazione, oppure di costituzione di diritti reali: l'usufrutto, l'uso, l'abitazione, le servitù prediali e l'ipoteca. Nell'analisi dei poteri del superficario si considera anche l'applicabilità delle norme sul vicinato.

La posizione del proprietario del suolo è analizzata nel capitolo successivo: essa risulta caratterizzata dal proprio *patis*, pur potendo il *dominus soli* usufruire di alcuni residui poteri di godimento e compiere alcuni atti dispositivi.

6. Diritti reali su beni pubblici assimilati alla superficie.

La seconda parte del volume è dedicata ai molti diritti reali su beni pubblici, che vengono assimilati alla superficie.

Si ripercorrono innanzitutto i profili generali della costituzione di tali diritti, che sorgono per l'utilizzo dei beni demaniali, possibile attraverso le tre categorie di uso, oppure la realizzazione di costruzioni sui beni demaniali stessi. Sono esaminate, fra l'altro, le fattispecie delle edicole per la vendita di giornali, dei distributori di carburante, delle costruzioni sul demanio marittimo (gli stabilimenti balneari), verificando anche la tutela del loro possesso e i profili tributari dei relativi contratti. Attenzione particolare viene, poi, dedicata ai beni pubblici sui quali il diritto di superficie acquisisce tratti peculiari, che lo rendono per molti versi tipico: il diritto di palco in teatro, il diritto di sepolcro, i diritti reali di pesca.

Al diritto di palco è dedicata l'intera quinta sezione, formata da tre capitoli (diciassettesimo, diciottesimo e diciannovesimo) che prendono in considerazione, fra l'altro, le recenti pronunzie – sia civili sia amministrative – che se ne sono occupate: si tratta di un diritto che può essere utilizzato per la valorizzazione del patrimonio culturale, prezioso in questi tempi in cui scarseggiano le risorse pubbliche destinate alla cultura. Il palco in teatro è oggetto, da un lato, di una disciplina speciale dettata principalmente dalla legge del 1939 e, per i molti aspetti che questa non comprende, dalla consuetudine. Entrambe le discipline (legislativa e consuetudinaria) vengono esaminate per individuare i rapporti fra il palchettista, il proprietario del teatro, il gestore dell'attività teatrale; la costituzione e l'estinzione nonché l'oggetto (definito come bene indivisibile) del diritto di palco.

Se l'approdo attuale dell'istituto in esame è – secondo la ricostruzione compiuta dall'Autore – quello, quanto alla sua natura, della proprietà superficaria o della piena proprietà o, ancora, di un diritto autonomo, a seconda dei casi concreti, si verificano anche le diverse ipotesi che hanno via via formulato la dottrina e la giurisprudenza (usufrutto; diritto di uso; servitù prediale; servitù irregolare; diritto personale obbligatorio), per concludere l'esame della fattispecie con l'analisi dei poteri dell'autonomia negoziale nel conformare questo diritto secondo i propri interessi e con l'esame delle facoltà spettanti al palchettista (facoltà di uso e facoltà di disposizione), dei relativi doveri riguardanti le spese di manutenzione, le spese per le innovazioni, l'obbligo di pagare il biglietto di ingresso (con la tutela del possesso del palco), le possibili implicazioni con la gestione e l'amministrazione del teatro nella fattispecie ordinaria *ex lege* e, infine, lo speciale *ius dereliquendi* e il pure specifico eventuale obbligo di cessione.

7. Il diritto al sepolcro.

Una sezione specifica, composta da quattro capitoli (dal ventesimo al ventiquattresimo), è dedicata al diritto di sepolcro, mettendosi in luce come con questa espressione si raccolgono in realtà una pluralità di diritti anche molto diversi fra loro, quanto a natura (reale o obbligatoria) e a disciplina. Si tratta innanzitutto del diritto primario di sepolcro, consistente nel

diritto di essere seppellito e di seppellire altri in un determinato sepolcro. È un diritto reale limitato, avente per oggetto un bene infruttifero (il sepolcro); conferisce, quindi, non lo *ius fruendi*, ma la mera utilizzazione (*ius utendi*) del bene, con riguardo alla facoltà del *sepeliri* (che, per ovvie ragioni, non viene esercitata direttamente dall'avente diritto, avendo esecuzione solo dopo la sua morte), e il corrispondente *ius inferendi*, esercitabile esclusivamente a favore di chi in vita era titolare del *sepeliri*.

In ordine allo *ius sepeliendi* può configurarsi l'esercizio del corrispondente potere di fatto, qualificabile come possesso (art. 1140, comma 1, c.c.), tutelabile con l'azione di manutenzione e costituito dall'*inferre mortuum in sepulchrum*, poiché il possesso è attuabile solo entro i limiti della destinazione del bene, oltre cui vale il regime delle cose indisponibili e l'attività (che altrimenti corrisponderebbe alla situazione di fatto) rimane senza effetti (art. 1145 c.c.).

Vi è, poi, il diritto secondario di sepolcro, che spetta a chiunque (pure non titolare del diritto primario) sia congiunto di una persona che vi riposa e consiste nelle facoltà di accedervi (passaggio al sepolcro), nel nostro ordinamento ad esempio in occasione delle ricorrenze, per il compimento di atti di culto e di pietà (far celebrare messe nella cappella in onore dei defunti, pregare sulle tombe, accendere lampade, portare fiori), provvedere all'ornamento del sepolcro stesso e alla sua manutenzione, nonché nel potere di opporsi a ogni sua trasformazione che arrechi pregiudizio al rispetto dovuto a quella spoglia e ad ogni atto costituente violazione od oltraggio. Anche la conservazione delle iscrizioni funerarie con le indicazioni delle persone sepolte rientra nel diritto alla tutela del sentimento di pietà verso i defunti.

Accanto al diritto primario e quello secondario se ne configura uno riguardante l'intestazione del sepolcro, che si pone come espressione ultima dell'unità della famiglia, di un gruppo legato per sangue, storia, affetti; l'intestazione (il nome) è lo strumento con cui tale unità può essere mantenuta e individuata all'esterno. Quest'ultimo diritto spetta presuntivamente al concessionario del terreno demaniale.

Il diritto di scegliere il sepolcro costituisce un diritto di natura personale, ma non personalissima, che può, quindi, essere esercitato per sé stessi o, qualora difettino disposizioni da parte del defunto, per altra persona.

Il diritto di scegliere il luogo del proprio sepolcro è un diritto della personalità fondato sulla consuetudine, che spetta a ciascun individuo, riconoscendo la possibilità di esercitarlo manifestando una volontà precisa in proposito, ad esempio, tramite testamento (art. 587, comma 2, c.c.); in mancanza dell'atto di ultima volontà, tali disposizioni possono essere manifestate, senza particolare rigore di forme, pure oralmente attraverso il conferimento di un mandato ai prossimi congiunti, peculiare fattispecie di *mandatum post mortem*.

Sono esaminati i possibili contrasti fra i congiunti, segnalando la tutelabilità in via d'urgenza, con la procedura prevista dall'art. 700 c.p.c., del diritto dell'erede testamentario di far seppellire il defunto nel cimitero della città ove egli visse e morì, in esecuzione dell'intenzione da lui manifestata in vita, nei confronti dei parenti, che intendano, invece, trasferire la salma nel luogo di origine della famiglia.

Vi è, infine, il diritto sul sepolcro come bene immobile (suolo e manufatto) destinato a sepolcro.

Il bene sepolcro ha una triplice destinazione. La prima è definibile come generale e generica, relativa alla destinazione ad accogliere salme, comune alle costruzioni cimiteriali dedicate al culto dei defunti; essa non va mai mutata, se non nei casi con-

sentiti dalla legge. La seconda è tipica o attuale, familiare o ereditaria in base alla *lex sepulchri* individuata dal fondatore. Si riconosce, infine, una destinazione specifica, riguardante le singole nicchie ove sono tumulati i resti mortali degli aventi diritto. Nel sepolcro familiare (26) tali destinazioni sono funzionali al principio di unità assoluta che lo caratterizza, salvaguardando l'indivisibilità del sepolcro (ammessa affinché si mantenga il vincolo di destinazione, trattandosi di cosa che, se divisa, cesserebbe di servire all'uso a cui è destinata, art. 1112 c.c.) e l'unità architettonica, che pure fa parte, e non certo secondariamente, della comunione.

La destinazione del sepolcro ed il relativo vincolo sono, inoltre, funzionali al fine di impedire la tumulazione di estranei. Il capitolo ventunesimo è dedicato alla natura del diritto sul sepolcro, analizzando le diverse opinioni affiorate in dottrina e giurisprudenza, con riferimento al confronto con il diritto di proprietà, quello di superficie, le servitù prediali. Dopo aver indagato la connessione fra diritto sul sepolcro e diritto primario di sepolcro, si giunge a individuare la natura quale diritto speciale di uso, con ciò discostandosi dalla più comune visione che lo riconduce alla superficie (27).

I capitoli ventiduesimo e ventitreesimo sono dedicati rispettivamente al sepolcro familiare o gentilizio e al sepolcro ereditario, che si differenziano per la diversa regola di tumulazione: il primo segue la *lex sepulchri* dettata dal fondatore, mentre nel secondo si applica la disciplina delle successioni ed è sicuramente ammessa la trasmissione a terzi del diritto e la assoggettabilità a esecuzione forzata.

La nozione di famiglia può divergere da quella della legislazione comune, dal momento che il fondatore è sovrano nel determinare le regole per essere tumulati nel sepolcro e sicuramente peculiari sono le regole consuetudinarie che si applicano se ci si limita a definire il sepolcro come familiare. Il volume si occupa delle molte questioni relative all'identificazione del fondatore e della sua volontà (espressa o presunta) circa l'ambito della famiglia ai fini del diritto di sepolcro e delle norme consuetudinarie che prevedono la comunanza di sangue e/o di nome, con le relative problematiche sulle figlie, i loro mariti e discendenti e sui parenti collaterali.

Sono esaminati l'atto di fondazione, il possesso del sepolcro e il regime di comunione fra i componenti della famiglia, prestando attenzione anche alla disponibilità del diritto di sepolcro prima della *lex sepulchri* e all'inalienabilità successiva alla sua creazione, con riguardo, ad esempio, alla concessione di ipoteca e all'esecuzione forzata sul sepolcro.

Oltre che la disciplina di diritto privato, comprensiva delle norme sulla successione a causa di morte, con particolare riguardo alla formazione dell'asse ereditario, alla collazione, e all'indegnità, si analizzano gli atti dispositivi e traslativi del sepolcro familiare nella disciplina pubblicistica e amministrativa, disciplina di diritto pubblico ulteriormente indagata nel capitolo ventiquattresimo, dove si tratta fra l'altro del canone per la concessione, della decadenza e della revoca della concessione medesima, con le relative problematiche circa l'eventuale risarcimento del danno.

8. I diritti esclusivi di pesca. Il diritto di banco in chiesa.

Ai diritti esclusivi di pesca, quali il diritto di calare tonnara, è dedicato il capitolo venticinquesimo: si verificano, innanzi tutto, l'oggetto di tali diritti (i pesci che passano e vivono in un determinato tratto di mare o di fiume o di lago), e la natura reale della posizione soggettiva del titolare.

Si esaminano i diritti non solo in capo a privati, ma anche in capo a enti pubblici, la loro tutela, e il relativo regime giuri-

dico, in ordine alla costituzione e al riconoscimento, nonché all'estinzione per revoca e per decadenza e, infine, all'espropriazione per pubblica utilità.

Il capitolo ventiseiesimo riguarda il diritto di banco in chiesa, sia nella disciplina legislativa statale, sia nella normativa canonica, verificandosene la natura di diritto reale, assimilato comunemente alla superficie, e le modalità di acquisto e di revoca del diritto, nonché la tutela giurisdizionale

9. Il diritto di sopraelevazione.

L'opera si chiude con l'ampia disamina del diritto di sopraelevazione, a cui è dedicata l'intera parte terza, composta di sei capitoli.

Il primo è dedicato, oltre che ai soggetti che possono esercitare il diritto (il proprietario dell'ultimo piano, il proprietario del lastrico solare, eventuali altri soggetti, quali un condomino dei piani inferiori all'ultimo), a individuare la nozione di sopraelevazione, che trova diverse fattispecie concrete comprese dalla giurisprudenza nella fattispecie legale (interventi di innalzamento dell'edificio condominiale con nuovi piani o fabbriche, interventi di semplice innalzamento, il caso della trasformazione).

Il capitolo ventottesimo riguarda l'esame approfondito di ogni ipotesi di sopraelevazione del tetto e del lastrico solare, nonché di trasformazione del sottotetto, esaminandosi fra l'altro le ipotesi di ultimo piano dell'edificio condominiale in presenza di più proprietari, di lastrico solare in proprietà comune, di lastrico solare in proprietà esclusiva, di terrazza a livello.

Si verifica anche il rapporto fra diritto di sopraelevazione e parti comuni condominiali, con la normale inutilizzabilità del tetto e le ipotesi di trasformazione totale oppure parziale del tetto in terrazza ad uso esclusivo, di costruzione di altana sul tetto.

Nel capitolo ventinovesimo si esamina il rapporto fra diritto di sopraelevazione e proprietà, verificando il concetto di spazio aereo come concetto di relazione e i limiti della proprietà fondiaria con riguardo allo spazio aereo sovrastante. Viene, così, posta in discussione la così detta colonna d'aria sovrastante gli immobili e la natura dei poteri sullo spazio aereo. Nel capitolo trentesimo si esaminano le diverse teorie circa la natura del diritto di sopraelevazione (diritto reale autonomo; fattispecie di superficie o di proprietà, optandosi per quest'ultima scelta) e le cause di acquisto (fra le quali l'usucazione) e di estinzione del diritto stesso, come la prescrizione; nonché la tutela possessoria dello spazio aereo.

E' nel capitolo trentunesimo che si verificano analiticamente i limiti all'esercizio del diritto di sopraelevazione. Si tratta sia di limiti posti convenzionalmente, sia di limiti legali (le condizioni statiche dell'edificio condominiale, l'aspetto architettonico dell'edificio condominiale, con riguardo sia alla sopraelevazione totale sia a quella parziale, con riguardo al rapporto fra diminuzione del pregio estetico e diminuzione del valore economico; limitazione dell'aria e della luce).

Si valuta in questa sede la violazione delle norme urbanistiche, nonché la legittimazione processuale ad opporsi alla sopraelevazione (con riguardo ai condomini, all'amministratore del condominio, al conduttore) e la prescrizione della facoltà dei condomini di opporsi alla sopraelevazione.

Il trentaduesimo e ultimo capitolo tratta, infine, delle molteplici questioni riguardanti l'indennità per l'esercizio del diritto di soprizzo.

10. Apprezzamento complessivo.

In un solo volume sono concentrate due opere pregevoli, di taglio rispettivamente storico/comparatistico la prima, di ca-

rattere teorico, ma con attenzione ai profili applicativi la seconda; la ricerca effettuata si presenta ricca e qualificata, frutto della titolarità delle rispettive competenze, che l'Autore coltiva e affina da lunghissimo tempo.

Questo abbinamento consente di suggerire senz'altro il libro agli studiosi, ma anche ai professionisti e in genere agli operatori giuridici; ai primi, se ne raccomanda la lettura per erudirsi e confrontarsi con le tesi frutto della ricerca dell'Autore, ai secondi, se ne indica la consultazione per informarsi in maniera completa e ragionata.

Prof. Andrea Fusaro

Note.

(1) Tra i contributi più recenti si segnalano: C. Tenella Sillani, *Il diritto di superficie e la proprietà superficaria*, in Aa.Vv., *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Quaderni Fondaz. it. Notariato, Roma, 2015, p. 52; R. Caterina, *Usufrutto, uso, abitazione, superficie*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2009, p. 197; G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, in *Vita not.*, 2008, p. 81; A. Guarneri, *Superficie e nuovi diritti connessi*, in Gambaro e Morello (diretto da), *Tratt. diritti reali*, II, *Diritti reali parziari*, Milano, 2011, p. 1; Id., *La superficie*, in Comm. Schlesinger, Milano, 2007; A. Barca e C. Marvasi, *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2004; G. Giacobbe, *La superficie*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 2003.

(2) G. Musolino, *Superficie. Sopraelevazione*, nella collana *Strumenti del diritto. Diritti reali*, a cura di Boero e Musolino, Zanichelli, Bologna, 2019, pp. 528.

(3) E' ricordato che la stessa Relazione del Guardasigilli (n. 445) considerava come sia trascurato l'aspetto dell'utilizzo del suolo.

(4) G. Gabrielli, *Diritto di superficie e pubblicità nei registri immobiliari e nei libri fondiari*, cit., p. 81 ss.

(5) V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Milano, 1984, p. 258, nota 1.

(6) Il codice abrogato, sull'esempio del *code civil* napoleonico, non se ne occupava, pur ammettendosi in giurisprudenza la possibilità di costituire il diritto sia sugli immobili, sia sulle piante (superficie arborea).

(7) Delle aree espropriate dai Comuni una percentuale può essere ceduta in proprietà, per il resto in diritto di superficie.

(8) Da sessanta a novantanove anni: art. 35, l. 22 ottobre 1971, n. 865, richiamato dall'art. 2, l. 28 gennaio 1977, n. 10

(9) Art. 31, commi 45, 47 e 48, l. n. 448/1998.

(10) Sia nel secondo comma dell'art. 952 c.c., circa la costruzione già esistente sul suolo altrui, sia nel primo, in ordine alla disponibilità del suolo altrui per realizzare la costruzione

(11) Secondo la tradizione, essa risalirebbe al tempo del re Tarquinio Prisco, riguardo all'installazione di botteghe nel foro e sulle strade.

(12) Consterebbe che, nell'ambito dello *ius civile*, inizialmente la superficie non costituiva un istituto autonomo, non fosse un'entità giuridica separabile dal suolo, bensì *pars rei*, elemento costitutivo di un unico bene – suolo e relative costruzioni su di esso –, con destinazione giuridica unitaria.

(13) Il riferimento all'enfiteusi, deriverebbe dalla codificazione giustiniana: nelle *Novellae*, con il termine enfiteusi, venivano comprese anche quelle concessioni di natura mista, che attribuiscono, oltre al diritto di coltivare, quello di edificare o il godimento di un edificio già costruito: la superficie appare come un'ipotesi di enfiteusi riguardante terreni edificati oppure da edificare; questa concezione permane, poi, anche sotto il vigore del codice del 1865: in dottrina, quanto alla superficie, si osserva che, pur nel silenzio della legge, "nulla osta a che si riconosca l'esistenza di questo diritto reale, applicandogli le regole

dell'enfiteusi" o, comunque, che, pur riconoscendosene la differente funzione ed importanza economico-sociale, i due istituti "hanno un qualche rapporto d'analogia tra loro": così, DE RUGGIERO, *Introduzione alle scienze giuridiche e Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1911, p. 551, ricordato dall'Autore a p. 45, nota 101).

(14) Con il diritto onorario di frequente i magistrati – pur non conoscendoli – avrebbero temperato i principi dello *ius civile*, per adattare l'ordinamento allo sviluppo sociale ed economico.

(15) Quali diritti reali su cosa altrui, consta valorizzare le servitù prediali e le servitù personali, usufrutto, uso e abitazione.

(16) In questi termini, come rileva l'Autore (p. 21) si esprime Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 5/6, *Itinerari moderni della proprietà*, Milano, 1976-77, p. 873.

(17) Così, come indica l'Autore (p. 22), osserva Quaglion, *Panoramica storica del diritto di proprietà*, in AA.VV., *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2013, 51, il quale prosegue "Si potrebbe dire che forse, davanti alle incognite dell'oggi, si assiste ad un sempre più accentuato ritorno alla percezione della complessità dei fatti economici e sociali, che la semplicità e la rigidità del 'moderno' (inteso quale conformazione data all'ordinamento dagli esiti della rivoluzione francese, in base all'ideologia illuministica) non valgono più a disciplinare", ammesso – come aggiunge l'Autore (p. 22) – che l'abbiano mai fatto, in concreto, interamente.

L'Autore (p. 22 s.) rileva inoltre che la complessità della realtà prevede la permanenza non solo della superficie, pur non espressamente codificata da molti dei codici ottocenteschi, sull'esempio del *code Napoléon*, ma anche di istituti creati durante la vigenza del diritto comune.

Rileviamo che non sempre, infatti, la realtà fattuale si lascia comprendere nelle categorie e negli schemi dottrinali tuttora sostanzialmente in uso, elaborati, sulla base dell'asserito ritorno alla ritrovata purezza del diritto romano (peraltro, giustamente riconosciuto rispondente alla ragione naturale), ritorno operato dapprima, in Francia, dal legislatore (all'esito della rivoluzione del 1789) e coltivato dalla dottrina con la scuola dell'esegesi e, successivamente, in Germania, dalla pandettistica, che ha fornito la base per l'elaborazione del BGB. A ciò deve aggiungersi la constatazione per cui il diritto romano è, in realtà, alla base non solo dell'attuale diritto codificato, ma anche del previgente diritto comune, con gli adattamenti dovuti all'influenza dei diritti germanici e del diritto canonico (l'influsso di quest'ultimo è, peraltro, già presente nella legislazione degli ultimi secoli di Roma imperiale e particolarmente nel diritto giustiniano).

(18) La quale, accanto al *dominium ex iure Quiritium* classico, prevedeva la proprietà pretoria o *in bonis habere*, la così detta proprietà provinciale, e la proprietà dei peregrini, unificati solo nella codificazione giustiniana.

(19) In questi termini (come menziona l'Autore a p. 26, nota 48), si esprime Cosentino, *Forme di appartenenza e interessi protetti*, Napoli, 2010, p. 2, che riprende il pensiero di Prelati, *Real property e proprietà fondiaria*, Napoli, 2000, p. 18. L'Autore (p. 26 ss.), aderendo e dando seguito alle osservazioni di De Martino, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario Comparato di Studi Legislativi*, XVI (1941), poi in ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, I, Roma, 1979, e ora nella collana *Diritto romano e Sistemi giuridici*, Torino, 1999, il quale ultimo

sostiene che il sistema romano non è individualistico, se con ciò si intende che in esso, sempre e comunque, prevalgono gli interessi individuali su quelli sociali, poiché non si può sottovalutare l'influenza pratica essenziale che ha sull'esercizio dei diritti il costume sociale: i *mores* danno grande importanza all'interesse collettivo, impersonato dallo Stato e i censori romani sono in grado di imporre ai cittadini una condotta nell'uso dei beni in loro proprietà conforme a questo interesse, poiché la comunità cittadina in Roma non è indifferente al modo in cui i singoli proprietari fanno uso della terra: a ciò consegue il controllo dell'attività dei singoli da parte del potere politico, nelle forme costituzionali proprie della città-Stato. Emerge, così, un tratto caratteristico del sistema giuridico romano, ove sono determinanti i *mores maiorum*.

(20) Come osserva l'Autore (p. 28), nell'ordinamento italiano, il compito di riconfigurare il diritto di proprietà secondo criteri di maggior equilibrio rispetto alle concezioni sociali, economiche e giuridiche derivanti dall'individualismo illuministico e, più recentemente, alle gravi conseguenze dell'economia globalizzata viene assolto dalla Carta Costituzionale, in particolare con l'art. 42 e con l'art. 43 Cost., che riecheggia l'esigenza alla base dei *mores* romani.

(21) Come ricorda l'Autore (p. 29), altri modi di possedere "hanno potuto dimostrare la loro resilienza non solo rispetto a narrazioni che tendevano a consegnarli all'oblio, ma anche a tentativi legislativi di sopprimerli" (si veda Gambaro, *Relazione introduttiva*, in *Fra individuo e collettività*, cit., p. 12).

(22) In questi termini (rileva l'Autore a p. 30), si esprime Gambaro, *Relazione introduttiva*, in *Fra individuo e collettività*, cit., p. 12. Peraltro, Tenella Sillani, *Panoramica del diritto di proprietà*, *ivi*, p. 24, osserva che, fra percorsi ascendenti e discendenti, la nozione di proprietà, in quanto espressione riassuntiva dei rapporti fra le persone e le cose, ha resistito assai bene alla sua supposta disintegrazione e, perciò, è continuamente al centro di problematiche non trascurabili dell'ordine giuridico ed economico come quelle che riguardano i nuovi beni immateriali, nonché è protagonista di importanti espansioni sul piano globale, ad esempio, in Cina.

(23) La proprietà superficaria dell'immobile edificato e il diritto di mantenere la costruzione (diritto di appoggio), considerando le tesi del diritto autonomo e della mera facoltà nel diritto di proprietà superficaria.

(24) Termine legale o negoziale per il diritto di costruire; la proprietà superficaria a termine; le conseguenze della scadenza del termine; superficie a termine e clausole regolanti l'estinzione: la clausola sul corrispettivo al superficario, la clausola sulla demolizione della costruzione, la clausola di mantenimento della proprietà separata al superficario.

(25) L'unione permanente del bene al suolo come requisito necessario; l'unione transitoria al suolo e le relative tesi dell'irrelevanza del carattere permanente o transitorio dell'unione al suolo medesimo), nonché il diritto sulla così detta colonna d'aria sopra il suolo.

(26) Esso raccoglie le spoglie dei familiari del testatore, individuati in base alla nozione di famiglia secondo la consuetudine o secondo la eventualmente diversa nozione che detta il fondatore stesso con la *lex sepulchri*.

(27) Su tale originale qualificazione proposta dall'Autore, si veda anche il precedente Musolino, *Il diritto di sepolcro (l'usus sepulchri fra autonomia negoziale e istituzione familiare)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 64.

La responsabilità sanitaria civile e penale

CARLO BRUSCO

Giappichelli Editore, 2018, pp. XI-330.

Carlo Brusco, stimato ed autorevole Magistrato, dapprima in Genova ed a fine carriera in Roma, quale Presidente della Quarta Sezione Penale della Suprema Corte di Cassazione, che si occupa di tutti i reati colposi e, in particolare, della responsabilità medica, ha dedicato la sua ultima, in ordine di tempo, fatica allo studio ed alla disamina della Responsabilità Sanitaria civile e penale (Giappichelli Editore), con una profonda analisi storica, talora comparatistica, ed attuale, oggi disciplinata dalla legge Gelli – Bianco.

1. L'affascinante problema della responsabilità civile e penale di medici ed Enti ha, infatti, origini neppure recenti ed ha avuto soluzioni di policy giurisprudenziale piuttosto che di rigorose applicazioni del diritto positivo.

Per numerosi decenni l'art. 2236 c.c. è stato mandatario della valutazione della condotta del medico ed il richiamo alla speciale difficoltà, nell'apprezzamento complessivo delle arti liberali, propendeva sempre in favore del professionista e per lunghi decenni assorbiva anche la negligenza e/o l'imprudenza, divenute oggi questione di risibile spessore.

Un deciso revirement si è prodotto nell'ultima decade del secolo scorso, anche se autorevole Magistrato di Genova, nella specifica materia, dava ancora attuazione all'art. 10 del T.U. 10/01/1957 n. 3, richiamato dal D.P.R. 20/12/1979 n. 761 relativo alla analisi della condotta del personale delle USL: il medico può essere direttamente responsabile solo per dolo o colpa grave (v. artt. 28 e 35).

Tale soluzione, non è stata condivisa dalla Suprema Corte che la relegò al solo personale amministrativo delle USL.

Non risulta, tuttavia, che sia stata mai concretamente utilizzata. Il medico, quindi, da "locus geni" ottocentesco, si avviò a diventare ambita preda risarcitoria, come è stato amabilmente definito da autorevolissima mano della Suprema Corte in una delle più celebri sentenze (Cass. n. 21619/2007).

Non potendo modificare le regole, la policy interpretativa ha indotto la Magistratura di vertice ad operare sugli oneri probatori, dando applicazione ad una tesi contrattualistica, financo con l'applicazione della responsabilità contrattuale da contatto sociale di teutonica provenienza, con applicazione di un istituto del quale la medesima suddetta mano, in veste di autorevole giurista, precisò che non si sentisse bisogno alcuno!

Con la altrettanto celebre sentenza n. 589/1999, la Suprema Corte è pervenuta allo zenit dell'inquadramento contrattuale da contatto sociale.

Poco importa se all'interno del medesimo Collegio Giudicante i pareri fossero dissimili: infatti, a fronte di chi sosteneva che del contatto sociale non si è mai sentito il bisogno, stava chi del medesimo è stato (ed è tuttora) fermo e ferreo paladino: ed esisteva anche elaborata dottrina di autorevole Magistrato che ha riferito (quale giurista) come sia stata una semplice scelta operativa nell'intendimento di voler agevolare il paziente (= la vittima) sia per il tramite degli oneri probatori, notoriamente fonte di un rischio processuale, sia concedendogli un maggiore termine di prescrizione: da ciò la creazione di un rapporto similcontrattuale ad "effetti protettivi generali".

Se, quindi, l'Avvocatura ha cercato di strumentalizzare la tesi contrattualistica per aggirare la competenza territoriale per il

tramite del Foro del Consumatore, la Suprema Corte, ha subito precisato che certamente non si trattava di un contratto, anche se si doveva seguire la regola del contratto, ma solo al fine degli oneri probatori.

Il mondo sanitario, pur costituito, salvo errori, da circa 300.000 operatori, non ha mai saputo reagire a tale orientamento, né è mai riuscito a valorizzare quelle situazioni che talvolta (come ironizzano gli avvocati) consentono l'intuizione di una "udienza filtro"; "la riorganizzazione del ruolo"; "il rinvio all'ottava"; "la delega ad un onorario": tutto deve essere sempre fatto presto e con esattezza.

Così è per il medico...

E' noto a tutti l'affanno che ha accompagnato la classe medica negli ultimi decenni.

Non pochi disegni di legge si sono affiancati o sostituiti senza pervenire ad una soluzione accettabile.

Anzi, fino al 2008 il legislatore ha consentito all'Ente di assicurare tutti i medici, anche per la colpa grave, situazione che è stata vietata dalla legge finanziaria dell'epoca che, con l'interpretazione generale della Corte dei Conti, non ha più consentito di far pagare un premio assicurativo all'Ente in favore del medico contro il quale la medesima Corte dei Conti poteva esercitare una azione di responsabilità per colpa grave. La discussione ha, quindi, iniziato ad attivarsi in via sindacale, con l'interessamento delle parti sociali.

L'infelice situazione, creata con l'inversione degli oneri probatori; la deflagrazione delle conseguenze della totale, parziale, omessa informazione (anche del dialogo tra una cardioaspirina ed un acido acetilsalicilico), la ricostruzione della causalità, in particolare omissiva impropria, e tante altre similari problematiche, hanno prodotto un meccanismo difensivo che si è rivelato sia pernicioso, sia largamente costoso, senza riuscire a sopire l'ansia del personale sanitario, il quale, dando corretta attuazione materiale all'art. 32 della Costituzione, dovrebbe essere ritenuto quantomeno meritevole di consono rispetto, non inferiore a chi lo censura.

Il legislatore, con indicibile ritardo e dopo gli abortiti disegni dagli anni 2000 – 2008, è (non felicemente) intervenuto normativamente dapprima con il decreto Balduzzi e successiva legge di conversione, e, poco tempo dopo, con la legge Gelli – Bianco n. 24/2017, emanata "Venerdì 17" ed entrata in vigore il "1° di Aprile"... senza essere uno scherzo!

Volendo credere ai corsi ed ai ricorsi storici, la legge Gelli – Bianco ci riporta ai principi applicati dal ricordato Magistrato Genovese che, decidendo una vertenza di responsabilità di medici ed Enti, aveva dato applicazione al T.U. dei dipendenti pubblici, dell'anno 1957, richiamato dal D.P.R. n. 761/1979. Si è, quindi, tornati con la legge Gelli ad una responsabilità che (finalmente) il legislatore (non il Giudice) costruisce come contrattuale, relegando il medico alla sola colpa aquiliana, salvo diverse specifiche pattuizioni tra le parti interessate, e consentendo una rivalsa/regresso soltanto nell'ipotesi di dolo o colpa grave per il tramite dell'assicuratore (eventuale) o della Corte dei Conti, ma sperimentabile solo in tempi specificamente previsti e con meccanismi economici che dovrebbero ripercorrere le (forse inesistenti) conseguenze patrimoniali dell'obbligo risarcitorio del Giudice.

2. Carlo Brusco, con il completo, profondo ed autorevole lavoro "La responsabilità sanitaria civile e penale", accompagna il lettore nel lungo percorso compiuto dalla giurisprudenza per sostenere l'ipotesi del contratto di speditività che il paziente, che ha diritto alle prestazioni erogate dal Servizio Sanitario nazionale, concorderebbe con la Struttura Ospedaliera, anche se con

obbligo di prestazione a carico di una sola parte, tesi sostenuta anche da autorevolissima dottrina.

L'Autore ha cura di analizzare e comunicare tutti i lavori preparatori che hanno condotto dapprima al decreto Balduzzi e, successivamente, alla legge Gelli, ripercorrendo le varianti del programma ancora in bozza, ed in via di modifica.

L'attenta esegesi dei testi normativi evidenzia, sia pure con garbata reticenza, come tante scelte appaiano alla fine anche lacunose, perplesse, se non addirittura contraddittorie.

Ben precisa come il legislatore pressoché mai si sia dato carico delle soluzioni da operare nel periodo intertemporale che propone al lettore; ed è ben consapevole che il legislatore medesimo abbia preferito non risolvere problematiche che meritavano prudente attenzione e che, in realtà, erano state ben segnalate al Senatore Gelli già nel corso dei lavori preparatori, e che hanno trovato giusta scelta legislativa in altri ordinamenti: forse più con l'indennizzo, ma senza forzature interpretative o giurisprudenziali, che con il risarcimento.

Già Magistrato di solida ed autorevolissima esperienza, soprattutto in sede penale, Carlo Brusco ha cura di richiamare gli orientamenti della Suprema Corte in ordine alle norme penali introdotte tanto dal decreto Balduzzi, quanto dalla legge Gelli, il bilanciamento delle quali però conduce a possibili differenti soluzioni (richiamate nelle decisioni delle Sezioni Semplici penali) meritevoli dell'intervento delle Sezioni Unite, che viene puntualmente illustrato con l'esame scrupoloso della Sentenza Mariotti, con la selezione delle linee guida, la valutazione del grado di colpa, e con la speciale digressione alla responsabilità per imperizia governata dal novellato art. 590 sexies, 2° comma. E ciò dopo aver svolto un pregnante bilanciamento tra il decreto Balduzzi e la legge Gelli – Bianco, ed aver svolto ampio studio sulle linee guida e sulle buone pratiche con i richiami giurisprudenziali più pertinenti, che hanno delimitato le regole della responsabilità penale meglio definiti con l'art. 590 sexies, con il quale è stata novellata la disciplina in materia.

L'attento studio delle problematiche, degli orientamenti giurisprudenziali possibili e degli interventi della dottrina, lascia persuasi che la legge Gelli non sia certamente in grado di risolvere tutti i problemi, e, ben motivatamente, conduce l'Autore a ricordare come la giurisprudenza svolga anche funzioni normative, e che ciò non sia certo una novità ed entro certi limiti possa essere accettato... ma potrebbe anche essere un azzardo e lascia, quindi, sperare che ciò raramente avvenga. L'esegesi degli aspetti civilistici pare certamente più agevole e ben solida nel dipanare il sistema del doppio binario della responsabilità (contrattuale per l'Ente; aquiliana per il medico, salvo specifico patto) ben conosciuto anche dalla risalente giurisprudenza e spesso utilizzato nelle scelte giurisprudenziali.

La legge Gelli, del resto, pare la restaurazione dell'antico, che non piacque alla Cassazione, limitando la responsabilità per colpa grave al solo personale amministrativo: e, forse, è per questo che l'art. 7, comma 5, prevede che le disposizioni del mede-

simo "costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile". Colché la Struttura risponderà sempre ex artt. 1218 e 1228 c.c., mentre l'esercente la professione quale dipendente pubblico (salvo abbia assunto direttamente una obbligazione contrattuale) risponderà solo ex art. 2043 c.c. con oneri probatori invertiti.

Ciò potrebbe lasciare intendere, come taluno ha scritto, che con la legge Gelli dovrebbe essere cessata la prevalenza della giurisdizione sulla legislazione.

Carlo Brusco pare non concordare totalmente.

Del resto, nel profilo civilistico prende posizione in contrasto con sistemi che privilegiano il no-fault, che sembra meno gratificante per il lesso, come è tipico del sistema indennitario, dimenticando, peraltro che il sistema risarcitorio italiano è tra i più compensativi in Europa e, forse, un intervento legislativo comporterebbe una riduzione delle somme risarcitorie.

Soluzione che sembra poco piacere all'Autore nella disamina degli artt. 138 e 139 cod. ass.ni, sospettati di illegittimità costituzionale.

Le parti processuali ed assicurative, pur debitamente strutturate, soffrono, infine, della sommarietà delle scelte normative e della inconcludenza del legislatore.

Quest'ultimo è apparso (opinione personale di un avvocato) subalterno della Cassazione nelle scelte di base della responsabilità contrattuale, originariamente tale per policy giurisprudenziale, ma impossibilitato ad operare sul versante assicurativo non riuscendo ad imporre alcunché all'oligopolio delle imprese.

Invero, pare poco consono stabilire la obbligatorietà della presenza degli assicuratori sin dalla procedura preventiva ex art. 696 bis c.p.c., che, però, pare inquinata dalla presunzione che il paziente abbia sempre ragione, e così spesso non è; così come pare non ben delineato il compito del Giudice (che deve sempre essere terzo) e che, quindi, deve prestare attenzione anche alle richieste processuali del resistente nell'ATP, che è il soggetto onerato dalla prova, così come poco consona è in generale l'imposizione della obbligatorietà della copertura assicurativa (o di analoghe misure, v. art. 10) e dell'istituzione di un Fondo di garanzia se poi non si rende obbligatorio per le imprese stipulare i contratti di assicurazione stabilendone il contenuto minimo.

Peraltro, l'Autore pare doversi limitare ad enunciare le problematiche che restano insolte, come tuttavia è ancora privo di concreta soluzione il problema dell'ampiezza del risarcimento che da decenni attende l'approvazione delle tabelle sia per la valutazione della lesione, sia per la liquidazione del danno.

Carlo Brusco anche di ciò dà contezza con molto garbo con la pregevole monografia di ampio respiro storico, scientifico, didattico e, soprattutto, di applicazione pratica, potendo ogni professionista, cultore della materia, trovare la soluzione dei casi che la concretezza del vissuto quotidianamente presenta.

Ugo Carassale

Il lavoro nero

MICHELE DI LECCE, CORRADO MARVASI
Maggioli Editore, 2019, pp. 530.

Il prossimo 21 ottobre sarà presentato nei locali messi a disposizione dal COA genovese, per l'esattezza nell'Aula grande, il libro *Il lavoro nero* edito da Maggioli e curato dal Dott. Michele Di Lecce e dall'Avv. Corrado Marvasi. L'opera è l'esito di una sinergia di varie professionalità, avendo partecipato alla sua redazione magistrati, avvocati e funzionari. La prefazione è del Presidente del Tribunale di Genova, Dott. Ravera, il quale per tanti anni ha operato come Giudice del lavoro. Possiamo, quindi, affermare che si tratta di un testo scritto da esperti della materia, di una materia in continua evoluzione normativa e sempre sotto i riflettori della cronaca politica, sociale, nonché, purtroppo, molto spesso anche drammatica.

A quest'ultimo riguardo, i riferimenti agli infortuni che colpiscono operai e addetti alle filiere produttive risultano assai ovvi: sembra non esserci giorno in cui non passi la notizia di un grave, se non letale, incidente in qualche struttura.

Alle volte la pura casualità determina l'evento, ma più di sovente sono la negligenza e la superficialità più assurde a provocare la caduta da una impalcatura, da un tetto e via discorrendo in questa tragica sequela di avvenimenti. Se questo è lo scenario che si apre ictu oculi a chi si avvicina al mondo del lavoro, non potrà non notarsi come al centro del palco campeggi un protagonista assoluto: il lavoro nero.

Per quanto qui rileva, è opportuno trascurare tutte le altre colorazioni e definizioni con cui la dogmatica classificatoria ci ha abituati a distinguere le varie forme di irregolarità che caratterizzano l'universo occupazionale. Vogliamo dire che, pur nel rilievo di tali distinguo, un dipendente è sfruttato, pur se il riconoscimento dell'attività da lui svolta avverrà in parte e non in toto, ovvero se sarà costretto ad aprire una partita IVA (in modo da apparire "autonomo"), quando invece è ad ogni effetto un "subordinato".

Come è stato correttamente messo in evidenza, alla fine l'obiettivo datoriale, quello minimo, risulta l'evasione: evasione dalla giusta retribuzione, dal versamento dei contributi, da ogni forma d'assistenza, anche previdenziale, da ogni onere, fiscale e non, che grava sull'impresa. Ed ecco che un'impresa, appunto, che può "permettersi" di assumere manodopera sfuggendo a quegli oneri, si presenta sul mercato in maniera senz'altro più concorrenziale rispetto a chi, al contrario, gli adempimenti ex lege li rispetta.

A questo punto, emerge in tutta la sua evidenza il forte impatto (nefasto, e comunque multidirezionale) rivestito dal lavoro nero in ogni settore della vita quotidiana. Da esso, infatti, discende non solo l'allentamento (azzeramento, non di rado) delle misure di sicurezza, foriere degli infortuni di cui si è detto, ma altresì un minor gettito nelle casse dello Stato e col-

lusioni tra imprenditori e amministratori, gli uni e gli altri di poco scrupolo.

Alla fine, come anticipato, è l'economia nel suo complesso, con le relazioni che gravitano al suo interno, a risentirne, sicché partiti da un fenomeno (il lavoro nero, grigio ecc.) che sembra connotare la materia sub specie in termini pragmatici, come se si trattasse di normale routine, siamo pervenuti al centro del problema che attanaglia l'odierna crisi. Il lavoro nero non sarà di questa sempre la causa, prospettandosi spesso come effetto di un'origine che andrà quindi cercata altrove, non di meno, il lavoro nero recita il ruolo di protagonista che gli abbiamo all'inizio attribuito.

Come non legare poi tale aspetto specioso del lavoro allo sfruttamento della clandestinità e delle incontrollate migrazioni di massa, ossia di persone che si riversano sulle nostre spiagge nella speranza di una vita dignitosa, mentre ad accoglierli trovano condizioni esistenziali che forse neppure nel loro paese erano costretti a sopportare?

Il libro dà conto di tutte queste situazioni, immergendosi in una realtà di cui tutti siamo testimoni, sicché la visione che governa lo sviluppo di ogni capitolo, prefazione compresa, non è astratta, bensì è portata sui fatti, su come si svolge il contraddittorio tra domanda ed offerta, nei suoi lati positivi e negativi. Nel libro, insomma, la tensione è volta alla concretezza del momento espressivo costituito dal lavoro, per il cui tramite la personalità umana viene accreditata nei meriti, ma pure umiliata attraverso schemi comportamentali i più variegati possibili.

Avviene, così, che dal giusto riconoscimento delle prestazioni rese, si giunga – lo abbiamo anticipato – al loro sfruttamento. Uno sfruttamento che può non conoscere limiti: ecco, allora, affacciarsi una terminologia che sembrava sparita dai nostri orizzonti di civiltà, ossia la schiavitù, il servilismo, l'appartenenza materiale di un individuo ad un altro.

Compare adesso sulla scena un altro protagonista "nero": il caporalato, che forma oggetto specifico dell'ultimo capitolo dell'opera, quasi in un crescendo di brutalità. In conclusione, dall'analisi del valore esistenziale del lavoro (Capitolo I), ai principi costituzionali che ne reggono e ne proclamano il valore medesimo nel rispetto della dignità di ogni singolo prestatore (Capitolo II), il libro procede nell'esame del mondo sommerso dell'occupazione, trattando il tema dell'evasione e dell'elusione (Capitoli IV-V-VI), previa puntualizzazione del paradigma formativo del rapporto tra datore e dipendente (Capitolo III).

Affrontati, quindi, gli strumenti di tutela fruibili dal prestatore (Capitolo VII), il testo si incunea nell'inferno dantesco degli schiavi e dei padroni, ossia, appunto, degli oppressi e dei loro caporali (Capitolo VIII). Alla fine, la fenomenologia lavoristica si coniuga e si è coniugata, nell'intento degli Autori, con quella strettamente giuridica.

Alessandro Barca

Massimario del Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria

Il Consiglio di disciplina della Liguria

*Avv. Elisabetta Ratti
Presidente del C.D.D. Liguria*

Approfitto volentieri di questo spazio per illustrare brevemente l'attività fin qui svolta dal Consiglio di Disciplina della Liguria.

Come è noto i Consigli di Disciplina (C.D.D.), compreso quello del nostro Distretto, si sono insediati per la prima volta nel gennaio 2015 ed agli stessi è stata devoluta in via esclusiva la giurisdizione disciplinare sugli iscritti agli albi forensi, in precedenza affidata ai Consigli degli Ordini Circondariali (cioè i C.O.A.).

L'attività svolta dai C.D.D., oltre ad essere totalmente nuova e assai differente rispetto a quella disciplinare precedentemente affidata ai C.O.A., si è rilevata fin da subito assai complessa.

Posso affermarlo con certezza sia per la mia esperienza diretta in qualità di Presidente per il primo quadriennio e poi riconfermata per il secondo, sia per il confronto sempre più approfondito e costante con tutti i C.D.D. d'Italia.

I C.D.D. si sono infatti ritrovati a mettere in pratica un procedimento disciplinare nuovo, molto articolato e regolamentato in ogni minimo dettaglio dalla Legge Professionale 247/2012 e dai Regolamenti C.N.F. n. 1 e n. 2 del 2014, con disposizioni talvolta in contrasto tra loro o comunque di difficile applicazione ed interpretazione.

A ciò si aggiunga che il 15.12.2014, cioè poco prima dell'inizio dell'attività dei C.D.D., è anche entrato in vigore il Nuovo Codice Deontologico Forense.

Devo peraltro sottolineare che, proprio grazie al confronto continuo tra i vari C.D.D. e tra questi ed il C.N.F., alcune norme sono state modificate e semplificate proprio nell'ottica di rendere più snello il procedimento disciplinare.

Dopo le prime iniziali difficoltà anche logistiche, dal settembre 2016 il C.D.D. Liguria ha ottenuto locali dedicati ed una stabile organizzazione che ha consentito di eliminare buona parte dell'arretrato pervenuto dai C.O.A. del Distretto nonché di trattare e definire molti nuovi procedimenti.

Un ulteriore passo in avanti è stato compiuto attraverso l'istituzione di sezioni fisse (modifica recentemente introdotta), le quali consentono ai consiglieri, provenienti da tutti i Fori del Distretto, di riunirsi e celebrare i dibattimenti con maggiore regolarità e celerità rispetto al passato.

Attualmente il C.D.D. Liguria opera attraverso quattro sezioni fisse - ferme restando le incompatibilità previste dalla Legge - con l'aggiunta di una quinta sezione "stralcio", adde-
detta alla trattazione dei fascicoli più datati.

Le sezioni si compongono di cinque consiglieri, ma è possibile che in futuro il numero dei componenti possa essere ridotto a tre in forza di una modifica legislativa in itinere ed auspicata da molti C.D.D., soprattutto da quelli con pochi consiglieri e che, attualmente, hanno perfino difficoltà a comporre le sezioni.

A tale proposito ricordo che il C.D.D. Liguria si compone attualmente di 21 consiglieri, mentre nel primo quadriennio i componenti erano 29.

Ciò è avvenuto non certamente per nostra volontà, ma a causa dell'avvenuta soppressione di alcuni Tribunali e per la variazione numerica dei componenti dei C.O.A. facenti parte del Distretto.

Va infatti tenuto presente che il C.D.D. si compone di un numero complessivo di consiglieri pari ad un terzo della somma dei componenti dei C.O.A. del Distretto, approssimato per difetto all'unità.

Anche questa è una sorta di anomalia che ha generato problemi di organizzazione in tutta Italia e in Liguria.

Infatti, a fronte del numero assai elevato di fascicoli provenienti da Genova e tenuto conto delle incompatibilità previste dalla Legge, tali fascicoli possono essere trattati solo dai consiglieri del C.D.D. non genovesi (attualmente in numero di 14, mentre i consiglieri di Genova sono ben 7).

L'auspicio è che anche tale anomalia possa essere in futuro modificata legislativamente.

Per questa volta concludo, approfittando dell'opportunità concessami per ringraziare i Vice Presidenti, il Consigliere Segretario, il Tesoriere e tutti i consiglieri del C.D.D. Liguria, compresi quelli non facenti più parte dell'attuale Consiglio, i quali, gratuitamente, con abnegazione e con grande spirito di servizio si sono assunti la responsabilità di portare avanti questo difficile compito, sul quale, a mio avviso e come è stato spesso detto, si gioca una delle più importanti partite: quella della credibilità dell'Avvocatura.

"Il rispetto delle regole esige innanzitutto la conoscenza delle regole"

(Tratto da *L'Avvocato e la Verità* di Ettore Randazzo)

*Avv. Fabio De Santis
Segretario del C.D.D. Liguria*

Tale asserzione, di una semplicità disarmante ci permette di sottolineare come, a distanza di oltre quattro anni dall'insediamento dei Consigli Distrettuali di Disciplina e dall'entrata in vigore del nuovo procedimento disciplinare, la materia deontologica (sostanziale e procedurale) rimane ancora oscura a molti colleghi (esponenti, incolpati e difensori) che, come emerge quotidianamente, continuano a confondere ruoli e funzioni delle singole Istituzioni Forensi con gravi ripercussioni sugli stessi procedimenti e sul corretto esercizio del diritto di difesa dei singoli.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, è stato spogliato della competenza disciplinare che, per legge - ed è questa "la rivoluzione copernicana" - è stata attribuita ai "nuovi" Consigli di Distrettuali di Disciplina che, per la Liguria, è composto da 21 Avvocati, nominati dai Consigli dell'Ordine del distretto di appartenenza secondo parametri prestabiliti normativamente. Il Consiglio Distrettuale di Disciplina, nel quadro normativo vigente, è l'unico Organo Forense che esercita la potestà disciplinare, agisce in piena indipendenza di giudizio e autonomia organizzativa.

Il Consiglio Distrettuale di Disciplina Ligure nel quadriennio 2015/18 ha trattato e assegnato (al 31/12/18) 1287 pro-

cedimenti disciplinari di cui 622 sono stati archiviati, 53 riuniti e/o trasferiti ad altro CDD, 174 definiti con un richiamo verbale, 49 con sanzioni non ablativo, 9 con la sospensione dall'esercizio della professione forense e sono state irrogate 3 sospensioni cautelari. Con l'insediamento del nuovo CDD (nel gennaio 2019) sono stati riassegnati circa 400 fascicoli. Soltanto con una formazione e competenza adeguata potranno essere tutelati correttamente i diritti di tutti quei soggetti, avvocati e non, coinvolti nei procedimenti disciplinari forensi. L'avvocato nel procedimento disciplinare, più che in altri, dovrà prestare una particolare attenzione e non "affrontarlo" come se fosse un "semplice" processo penale, civile e/o amministrativo.

Il Massimario del C.D.D. della Liguria

*Avv. Fabio Cavaletti
Consigliere del C.D.D. Liguria*

Si inaugura, con la rassegna di massime proposte qui a seguire, la collaborazione tra questa autorevole Rivista ed il Consiglio Distrettuale di Disciplina Forense della Liguria.

Il CDD della Liguria considera importante l'opportunità di contribuire alle pubblicazioni di Nuova Giurisprudenza Ligure facendo, così, conoscere ai Colleghi del Distretto le massime tratte dalle decisioni assunte dall'Organismo.

E' indubbio come la conoscenza della materia deontologica costituisca tutt'oggi parte importante ed imprescindibile del bagaglio di conoscenze di ogni iscritto all'albo.

Confida, il CDD della Liguria, che questo spazio, riservato alle massime tratte dalle proprie decisioni, offra ai Colleghi una fonte di ulteriore conoscenza della materia deontologica. Si segnala, tra l'altro, sotto tale ultimo profilo, l'esistenza di una banca dati, di libero accesso, a cura del Consiglio Nazionale Forense (www.codicedeontologico-cnf.it) che raccoglie tutta la giurisprudenza in materia disciplinare prodotta da detto Organismo nonché dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato; da pochi giorni, inoltre, questo utile strumento consente di reperire anche una selezione di decisioni dei Consigli Distrettuali di Disciplina che operano sul territorio nazionale.

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 12 marzo 2019, n. 19 - Pres. Pedroni Menconi - Rel. De Santis.

FORMAZIONE continua - presupposti - iscrizione all'albo.

(Art. 11, comma 1, Legge n. 247/2012; artt. 15 e 70, comma 6, Codice deontologico forense; Conf. sent. CNF, n. 331/2016)

SANZIONE disciplinare - determinazione - criteri.

(Artt. 21 e 22 Codice deontologico forense)

L'obbligo di formazione continua sussiste per il solo fatto dell'iscrizione nell'albo e non subisce deroga né attenuazioni anche nel caso di "difficoltà di trovare corsi relativi alle specifiche materie trattate", al fine di acquisire i "crediti formativi" richiesti, in quanto "con l'espressione formazione professionale continua, si intende ogni attività di accrescimento ed approfondimento

delle conoscenze e delle competenze professionali, nonché il loro aggiornamento mediante la partecipazione ad iniziative culturali in campo giuridico e forense".

Ai fini della determinazione in concreto della sanzione da irrogare (ex art. 21 e 22 del codice deontologico), occorre tener presente della coesistenza di circostanze quali, da una parte: il comportamento complessivo del segnalato, anche processuale, e la rilevanza del fatto che, di per sé, indurrebbero ad irrogare una sanzione aggravata, e dall'altra: il riconoscimento delle proprie responsabilità e l'assenza di precedenti disciplinari a carico dell'incolpato (circostanze valutabili ai fini di una mitigazione della sanzione). (Nel caso concreto la Sezione ha ritenuto equivalenti le circostanze irrogando la sanzione edittale dell'avvertimento per l'inaadempienza agli obblighi formativi).

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 12 marzo 2019, n. 20 - Pres. Pedroni Menconi - Rel. De Santis.

FORMAZIONE continua - sanzione - determinazione - criteri.

(Art. 11, comma 1, Legge n. 247/2012; artt. 15 e 70, comma 6, Codice deontologico forense)

Ai fini della determinazione in concreto della sanzione da irrogare (ex art. 21 e 22 del codice deontologico), occorre tener presente sia del comportamento complessivo del segnalato, sia dei precedenti disciplinari (specifici e reiterati), nonché del fatto che non emerge in alcun modo un ravvedimento o un'assunzione di responsabilità deontologica da parte dell'incolpato per i fatti contestati e il comportamento processuale tenuto dall'incolpato, assente al procedimento, non permette di far emergere alcun elemento utile ai fini dell'applicazione di una diversa e più attenuata sanzione.

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 4 dicembre 2018, n. 76 - Pres. e Rel. Mazzucco.

NORME deontologiche - natura - derogabilità - esclusione.

(Art. 34 Codice deontologico forense)

Con l'entrata in vigore dell'art. 3 n. 3 della L. n. 247/2012 e del Codice Deontologico Forense del 2014, promulgato in esecuzione di tale norma e dei principi in essa indicati, le regole deontologiche, in quanto espressamente recepite dalla legge, hanno natura pubblicistica e, conseguentemente, sono inderogabili, costituendo vincoli comportamentali obbligatori per l'avvocato. In attuazione di tale principio è stato ritenuto disciplinarmente responsabile l'avvocato che, in violazione dell'art. 34 del nuovo Codice deontologico forense, abbia agito in giudizio per ottenere un decreto ingiuntivo nei confronti del proprio cliente per il pagamento di parcelle arretrate, senza previamente rinunciare a tutti gli incarichi, anzi continuando ad assisterlo anche successivamente. Quanto sopra nonostante vi fosse accordo ed autorizzazione del cliente sia per l'ingiunzione a garanzia dei crediti del legale, sia per la prosecuzione dei mandati, in quanto le regole deontologiche, poste a tutela dell'interesse pubblico, sono indisponibili ed appartengono alla potestà esclusiva dell'avvocato.

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 2 dicembre 2018, n. 82 - Pres. Quattrone - Rel. De Santis.

PROBITÀ, DIGNITÀ E DECORO della professione -

messaggi intimidatori - violazione del principio di probità e decoro - sussiste.

(Art. 51, comma 1, Legge n. 247/2012; artt. 9 e art. 52 Codice deontologico forense)

Il comportamento biasimevole dell'incolpato, ovvero l'invio di ripetuti messaggi (sms) al nuovo difensore subentrante, di manifesta gravità, con pesanti minacce di morte, epiteti, ingiurie, affermazioni discriminatorie e ripetute espressioni omofobiche, non permettono di applicare al caso concreto una sanzione diversa dalla sospensione dall'esercizio della professione. Una diversa sanzione, non interdittiva, mal si attagherebbe ad un comportamento lesivo sia delle condotte vietate dalla legge penale, sia (e soprattutto) di quei basilari principi di probità, dignità e decoro, a cui l'avvocato deve ispirare la propria condotta a salvaguardia della propria reputazione e dell'immagine della classe forense. (La Sezione ha ritenuto congrua, per i fatti contestati, la sanzione di sei mesi di sospensione)

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 12 marzo 2019, n. 12 - Pres. Federici - Rel. Beltrametti.

PROCEDIMENTO disciplinare - prova - rilevanza - limiti.

(Art. 34 Codice deontologico forense)

Fermi restando i principi relativi all'onere probatorio nel procedimento disciplinare, in assenza di diversi e contrastanti elementi, ai fini di una declaratoria di assenza di responsabilità, dovranno prevalere le affermazioni della parte interessata, soprattutto ove esse risultino corroborate da 5 evidenze documentali versate durante il dibattimento, tali da dimostrare la prospettazione difensiva.

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 4 dicembre 2018, n. 78 - Pres. e rel. De Santis.

SANZIONE disciplinare - determinazione - criteri.

(Art. 59, comma 6, lett. g, Legge 247/2012; art. 23 Reg. C.N.F. n.2/2014; artt. 27 e 71, comma 3, Codice deontologico forense)

La noncuranza dell'incolpato agli interessi del cliente emergono dalle segnalazioni/esposti che vengono utilizzati ai fini della decisione ai sensi dell'art. 59 c. 6 lett. g della Legge n. 247/2012 c art. 23 reg. CNF n. 2/14, poiché tali atti "sono utilizzabili per la decisione ove la persona dalla quale provengono sia stata citata per il dibattimento". L'assoluta indifferenza alle comunicazioni degli organi forensi, ovvero la "scelta" dell'incolpato di non inviare deduzioni e/o difese viene valutata dalla sezione ex art. 71 comma 3 C.D.F. Per la determinazione della sanzione in concreto da irrogare, occorre tener conto del comportamento complessivo dell'incolpato, dei precedenti disciplinari esistenti, nonché la "scelta" del professionista di "non interagire" nel presente procedimento disciplinare, che non permettono alla Sezione di valutare alcun elemento a favore dell'incolpato stesso. (Nel caso di specie la Sezione ha ri-

tenuto congrua la sanzione della censura per la violazione degli obblighi di informazione ex art. 27 C.d.f.).

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 12 marzo 2019, n. 10 - Pres. Pedroni Menconi - Rel. De Santis.

SANZIONE disciplinare - richiamo verbale - alternativa alla sanzione - criteri - limiti.

(Art. 52, Legge 247/2012; art. 21 e 22 Codice deontologico forense)

FORMAZIONE continua - violazione dell'obbligo - natura - conseguenze.

(Art. 11, Legge 247/2012; artt. 15 e 70, comma 6, Codice deontologico forense)

Occorre tener presente che la nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense ha introdotto il "richiamo verbale" quale alternativa al proscioglimento ovvero all'irrogazione di una sanzione disciplinare. Tale provvedimento non ha carattere sanzionatorio ed è previsto per i casi di infrazioni lievi e scusabili, ma ha come presupposto sempre, e comunque, l'accertamento di una responsabilità disciplinare (anche se lieve e scusabile). Tale provvedimento permette, quindi, di non sanzionare comportamenti di modesto rilievo deontologico, dai quali tuttavia il professionista dovrebbe astenersi.

L'aggiornamento e formazione continua è requisito per la permanenza dell'iscrizione all'albo ex art. 2, lett. e), D.M. 25 febbraio 2016, n. 47 (Regolamento recante disposizioni per l'accertamento dell'esercizio della professione forense). L'assenza di tale requisito comporta la cancellazione (amministrativa) dall'albo ed è disciplinato dal legislatore con maggior attenzione rispetto agli altri requisiti per esercitare la professione forense, infatti ex art. 4.2 DM 47/16 "L'avvocato cancellato dall'Albo nei casi previsti dall'articolo 2, comma 2, c) ed e) non può esservi nuovamente iscritto prima che siano decorsi dodici mesi da quando la delibera di cancellazione è divenuta esecutiva."

Consiglio distrettuale di disciplina della Liguria, 26 marzo 2019, n. 29 - Pres. Baudinelli - Rel. De Santis.

SANZIONE disciplinare - aggravamento - rilevanza del precedente - sussiste.

(Art. 11, Legge 247/2019; artt. 15, 21, 22 e 70, comma 6, Codice deontologico forense)

Il comportamento complessivo del segnalato, che mostra un'apatia e indifferenza agli obblighi formativi, nonché i precedenti disciplinari (anche specifici) sono valutati ai fini dell'aggravamento della sanzione. (Nel caso concreto, la Sezione, considerato il comportamento complessivo dell'incolpato, nonché i precedenti disciplinari, ha ritenuto congrua l'irrogazione della sanzione aggravata nella misura della sospensione dall'esercizio della professione per mesi due, non sussistendo le condizioni per irrogare la sola sanzione della censura).

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, ordinanze e decreti

I

T.A.R. Liguria, sez. II, 4 marzo 2019, Pres. F.F. - Est. Morbelli - Unione degli Atei e Agnostici Razionalisti - UAAR, Circolo di Genova dell'Unione degli Atei e Agnostici Razionalisti (Avv. F. Corvaja) c. Comune di Genova (Avv.ti Pessagno e Burlando).

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO - campagna contro l'obiezione di coscienza in campo abortivo - invito ad informarsi circa la posizione del proprio medico - promozione della scelta consapevole del medico di fiducia - non lesività del messaggio - inibizione comunale alla pubblicazione del messaggio - illegittimità.

(Art. 21 Cost.; art. 9 l. n. 194/1978; art. 3, c. 2, d.lgs. n. 507/1993; art. 10, c. 2, Piano Generale degli Impianti Pubblicitari del Comune di Genova)

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO - campagna contro l'obiezione di coscienza in campo abortivo - insinuazione circa un trattamento a favore dei medici abortivisti - lesività del messaggio - sussistenza - inibizione comunale alla pubblicazione del messaggio - legittimità.

(Art. 21 Cost.; art. 9 l. n. 194/1978; art. 3, c. 2, d.lgs. n. 507/1993; art. 10, c. 2, Piano Generale degli Impianti Pubblicitari del Comune di Genova)

La valenza lesiva del simbolo e più in generale di un messaggio deve essere valutata relativamente ai significati ordinariamente estraibili dal veicolo comunicativo e non con riferimento a tutti gli ipotetici significati in relazione alle singole sensibilità soggettive. (1)

La dicitura per cui i ginecologi obiettori sarebbero spesso assunti per la loro adesione alla dottrina cattolica è idonea a minare l'integrità professionale degli interessati e realizza una loro discriminazione indiretta. (2)

II

Consiglio di Stato, sez. V, 9 aprile 2019, n. 2093 - Pres. Severini - Est. Fantini - Comune di Genova (Avv. Piciocchi) c. Unione degli Atei e Agnostici Razionalisti - UAAR, Circolo di Genova dell'Unione degli Atei e Agnostici Razionalisti (Avv. Corvaja).

LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO - campagna contro l'obiezione di coscienza in campo abortivo - invito ad informarsi circa la posizione del proprio medico - offesa al sentimento etico e religioso dei medici obiettori - discriminazione in base alla religione e al sentimento etico - campagna di informazione non dinamica - necessità della non eccedenza del messaggio - lesività del messaggio - inibizione comunale alla pubblicazione del messaggio - legittimità.

(Art. 21 Cost.; art. 9 l. n. 194/1978; art. 3, c. 2, d.lgs. n. 507/1993; art. 10, c. 2, Piano Generale degli Impianti Pubblicitari del Comune di Genova)

Esulandosi da una critica "dinamica" ed essendo pertanto necessaria la non eccedenza del messaggio, costituisce discriminazione dei medici obiettori di coscienza in campo abortivo e lesione del loro sentimento etico e religioso una campagna di informazione critica che superi i limiti della continenza espressiva. (3)

1-3 Nota.

Palazzo Spada "scioglie" il dilemma posto dal manifesto UAAR di Genova.

Ha avuto un esito che lascia assai perplessi coloro che hanno a cuore la libertà fondante del sistema, ossia la libertà di manifestazione del pensiero nella sue forme di libertà attiva e passiva di informazione, il dissidio generatosi tra giudice amministrativo di prime cure e giudice d'appello circa la portata più o meno lesiva di un manifesto di propaganda filoabortiva. Come riportato dalle due decisioni che qui si pubblicano, un manifesto (di cui l'autorità amministrativa aveva rifiutato la diffusione) evidenziava infatti "l'immagine con diversa gradazione cromatica, bipartita e giustapposta, del busto di un medico e di un ministro del culto cristiano (manifestate, rispettivamente da camice e stetoscopio, da abito talare e croce) con l'enunciato letterale a grandi caratteri, nello spazio sovrastante il torace "Testa o croce" e sotto in caratteri minori "Non affidarti al caso", e più sotto ancora con l'aggiunta "Cedi subito al tuo medico se pratica qualsiasi forma di obiezione di coscienza". Ciò che qui s'intende succintamente rimarcare non è, del resto, la plausibilità o meno del tenore delle frasi contenute nel manifesto, sulla cui eventuale rilevanza penale spetta al giudice ordinario decidere sulla base della rilevazione della commissione del fatto offensivo, quanto invece la presenza di alcune aporie nelle fattispecie in esame. Le aporie sono essenzialmente tre. La prima è dato dal fatto che la libertà di manifestazione del pensiero, che incontra nella Carta costituzionale l'esclusivo limite del buon costume, è valutata qui, quanto alla liceità del suo esercizio concreto, rispetto agli inediti parametri delle "norme poste a protezione della coscienza individuale ed a tutela di ogni confessione religiosa". La seconda consiste nel fatto che il contenuto di tali parametri viene ricavato (contraddittoriamente? approssimativamente?) dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Da parte del Consiglio di Stato, a sostegno del *decisum*, vengono evocate le decisioni dell'8 luglio 1986, n. 103, che tuttavia censura una condanna inflitta ad un soggetto che pure si era lasciato andare, in un articolo di giornale, a crudi giudizi su un eminente uomo politico; del 23 aprile 1992, n. 236, che analogamente ritiene violato l'art. 10 della Convenzione Edu (che tutela la libertà di pensiero) dalla condanna irrogata ad un soggetto (per di più parlamentare) per aver fatto risalire la Governo la corresponsabilità di attentati sanguinosi nei Paesi Baschi; del 28 ottobre 1999, n. 18396, che ha ritenuto un'ingerenza inammissibile nella libertà di pensiero l'avversario sanzionato, da parte del Principe del Liechtenstein, un funzionario non condividendosene le prospettazioni in materia di diritto costituzionale; del 19 giugno 2007, n. 27306 (attribuita peraltro al 2012 che invece è la data di pubblicazione dell'informazione sulla Rete), che riconosce, è vero, che la libertà si stampa non può discriminare qualsiasi messaggio, ma riguarda solo la peculiare e delicata posizione di un soggetto minore. Pare pertanto invece un facile pronostico osservare che se la fattispecie in commento fosse portata a Strasburgo avrebbe tutt'altro esito rispetto a quello nazionale. Il terzo paradosso nasce dall'affermazione per cui il messaggio andava giudicato più severamente, non "trattandosi di una critica "dinamica" e immediatamente reattiva di giudizio altrui collegato a specifici fatti": come dire che, anche qui, avrebbe potuto valere l'attenuante della provocazione. Però, a ben vedere, in tempi di *social* la tesi ha una sua suggestione.

P.C.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 7 marzo 2019, n. 320 - Pres. Cardino - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - concessione di un finanziamento - acquisizione delle partecipazioni in altra società del medesimo gruppo - pagamento di interessi passivi - deduzione - contestazione - abuso del diritto - art. 10-bis l. n. 212/2000 - attuazione di una riorganizzazione societaria - configurabilità - abuso del diritto - esclusione.

La deduzione di interessi passivi, avvenuta ai sensi dell'art. 96 TUIR, che la società Alfa ha corrisposto alla capogruppo Beta a fronte della concessione di un finanziamento per l'acquisizione del 55% delle quote della società Gamma, appartenente al medesimo gruppo, non è abusiva, ai sensi dell'art. 10-bis L. n. 212/2000, se posta in essere nell'ambito di un programma di riorganizzazione aziendale (nella specie, la CTR ha accertato che tale riorganizzazione era finalizzata al raggruppamento delle filiali italiane del Gruppo facente capo a Beta, per fare sì che potesse essere identificata un'unica entità del Gruppo Beta di riferimento in Italia, nella prospettiva del perseguimento delle migliori efficienze organizzative. Inoltre, la CTR ha riscontrato che Alfa e Gamma si trovavano a svolgere attività di fatto molto simili, con utilizzo dei medesimi distributori e quindi con analoghi contatti e rapporti commerciali, sussistendo complementarietà tra i loro prodotti). In ogni caso, l'operazione contestata dall'Ufficio non risulta aver prodotto neppure un indebito vantaggio fiscale, poiché i benefici contestati sono riconducibili alla deduzione di interessi passivi che, sulla base della vigente normativa e della costante giurisprudenza della Suprema Corte e i Giudici "sono sempre deducibili".

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 13 marzo 2019, n. 349 - Pres. Fanucci - Rel. Del Monaco.

ACCERTAMENTO - associazioni non riconosciute - responsabilità - onere della prova.

Nel caso di contestazione da parte dell'Amministrazione finanziaria - ai danni di una associazione sportiva - circa l'emissione di fatture false, deve essere esclusa la responsabilità personale e solidale (ex art. 38 c.c.) in capo al legale rappresentante dell'Associazione non riconosciuta quando sia fondata sul mero presupposto della copertura della suddetta carica. La responsabilità deve essere - invece - collegata alla concreta attività negoziale svolta - per conto dell'associazione - risoltasi nella creazione di rapporti obbligatori tra l'ente ed i terzi. Chi agisce in giudizio deve fornire la prova di tale attività materiale. (Nel caso specifico l'Agenzia delle entrate non risulta aver adempiuto all'onere di dimostrare che nell'anno in contestazione il contribuente - ritenuto responsabile - avesse agito in nome dell'associazione, in qualità di autore degli illeciti contestati).

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 387 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

ACCERTAMENTO - accesso - apertura cassaforte e

cassetti - autorizzazione Autorità giudiziaria - consenso del contribuente.

Qualora nel corso delle operazioni di accesso alla sede di una società si presenti la necessità di procedere agli adempimenti ex art. 52 comma 3 del D.p.r. 633/1972 (vale a dire accessi, ispezioni, verifiche), occorre provvedere tempestivamente a chiedere alla competente Autorità giudiziaria il necessario provvedimento autorizzativo. Tuttavia, l'autorizzazione del Procuratore della Repubblica è richiesto solo nei casi di "apertura coattiva" e non anche quando l'attività di ricerca si svolga con la collaborazione del contribuente o nel caso in cui cassetti ed armadi non siano chiusi a chiave.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 384 - Pres. Cardino - Rel. Cattaneo.

ACCERTAMENTO - atto giudiziario - imposta di registro - modalità di liquidazione - sussistenza del debito anteriore alla cessazione della società - indicazione nel bilancio finale - necessità - omissione - art. 2495 c.c. - responsabilità del liquidatore - sussistenza.

L'art. 6 del Decreto Interministeriale del 10/5/2006, concernente le modalità operative di registrazione telematica degli atti giudiziari, prevede, al comma 3, che i dati della liquidazione delle imposte siano resi noti anche mediante pubblicazione sul sito internet dell'Agenzia delle Entrate e il loro inserimento nel registro di cancelleria, reso disponibile per via telematica nelle forme previste dal DPR 123/2000. Tale modalità di liquidazione del tributo lo rende certo, liquido ed esigibile, senza che sia necessario per il contribuente attendere l'avviso di liquidazione dell'Ufficio. Conseguentemente, il liquidatore di una società (successivamente estinta) ha l'obbligo di inserire tale posta nel bilancio finale di liquidazione: qualora non vi provveda, si applicano le norme di cui all'art. 2495 del CC, secondo cui i creditori sociali, quale l'Amministrazione finanziaria, possono agire nei confronti dei liquidatori, una volta estinta la società, se il mancato pagamento è stato causato da colpa di questi.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 383 - Pres. Cardino - Rel. Cattaneo.

ACCERTAMENTO - sottoscrizione - delega - validità - fattispecie - sussiste.

L'art. 42, d.p.r. n. 600/73, individua nel capo dell'Ufficio o altro impiegato della carriera direttiva da lui delegato il soggetto idoneo a manifestare la volontà dell'amministrazione.

negli atti a rilevanza esterna e di produrre gli effetti giuridici imputabili alla determinazione della sua volontà nella sfera giuridica dei contribuenti. Pertanto spetta al titolare dell'ufficio, o a un impiegato della carriera direttiva da lui delegato, il compito di firmare gli avvisi (nella specie, dalla disposizione di servizio n. 1/2016 risulta l'indicazione del nominativo del funzionario interessato che ha sottoscritto gli atti per effetto della delega di firma, e l'indicazione degli atti procedurali ricompresi nella delega di firma. Secondo la CTR, dalla documentazione allegata si evinceva che l'atto di accertamento

è stato sottoscritto da incaricato di mansioni dirigenziali su apposita delega del Direttore dell'Ufficio cui compete il potere di rappresentanza dell'ufficio. Trattandosi di delega conferita al responsabile di un'articolazione interna all'Ufficio la CTR ha ritenuto sempre possibile individuare la persona fisica alla quale si intendeva attribuire la delega in quanto il delegato non può che coincidere con la persona fisica che ricopre il ruolo di responsabile dell'articolazione interna al momento della sottoscrizione dell'atto impugnato. Inoltre, sempre secondo la CTR, le ragioni del conferimento della delega non solo emergevano dalla delega stessa, ma erano anche quelle di comune buon senso, non potendo un'unica persona, ossia il Direttore Provinciale, gestire direttamente un ufficio della grandezza della DP di Genova.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 25 marzo 2019, n. 411 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - art. 28, d.lgs. n. 175/2014 - estinzione della società - effetto decorsi cinque anni dalla richiesta di cancellazione - applicazione - solo per le società cancellate a partire dal 13/12/2014.

L'art. 28 del D.lgs. n. 175/2014, ha previsto, ai soli fini della validità e dell'efficacia degli atti di liquidazione, accertamento, contenzioso e riscossione dei tributi e contributi, sanzioni e interessi, che l'estinzione della società di cui all'art. 2495 CC ha effetto trascorsi 5 anni dalla richiesta di cancellazione dal registro delle imprese. Tale norma non ha effetto retroattivo e non si applica alle società che abbiano presentato richiesta di cancellazione al registro delle imprese prima del 13/12/2014, data di entrata in vigore del provvedimento.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 25 marzo 2019, n. 415 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - vendita di cosa futura - cessione di un terreno per la realizzazione di box - plusvalenza tassabile - configurabilità - solo al momento della costruzione dei box.

Nel caso di cessione del diritto di superficie perpetuo per lo sfruttamento del sottosuolo di un terreno per la costruzione di box sotterranei, potrà realizzarsi una plusvalenza tassabile solo in conseguenza della realizzazione e della vendita dei box. E ciò conformemente alla giurisprudenza della Cassazione secondo cui, nei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di una cosa futura, l'effetto traslativo si verifica al momento in cui il bene viene ad esistere nella sua completezza.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 10 aprile 2019, n. 469 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

ACCERTAMENTO - indagini bancarie - onere della prova - spettanza - fattispecie.

Qualora l'accertamento effettuato dall'Ufficio finanziario si basi sulle verifiche dei conti bancari, l'onere probatorio dell'Amministrazione è soddisfatto attraverso i dati e gli elementi risultanti dai conti predetti, determinandosi un'inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, il quale deve dimostrare, con una prova non generica, ma analitica per ogni versamento bancario, che gli elementi desumibili dalla motivazione bancaria non sono riferibili ad operazioni imponibili e sono prive di rilevanza fiscale.

Ne consegue che il soggetto onerato deve provare, al fine di vincere tale presunzione, fatti concreti, che dimostrino che i versamenti bancari non sono riferibili ad operazioni imponibili e sono privi di rilevanza fiscale.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 27 marzo 2019, n. 434 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

ART. 12 L. 2000, n. 212 - necessità previo contraddittorio - mancanza pvc - illegittimità - violazione - sussiste.

La Commissione ritiene di accogliere il primo motivo d'appello con cui la società lamenta - oltre ad altre questioni di merito - l'illegittimità del provvedimento, giacché non preceduto da regolare pvc per l'anno 2012, con conseguente violazione dell'art. 12, c. 7 Legge n. 212/2000, il quale, come noto, consente al contribuente di presentare "osservazioni e richieste" dopo la consegna del verbale di chiusura delle indagini.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 2 aprile 2019, n. 445 - Pres. e Rel. Venturini.

CLASSAMENTO CATASTALE - presentazione docfa - rettifica da a/1 in a/2 - illegittimità - caratteristiche intrinseche ed estrinseche immobile - rilevanza - fattispecie.

La superficie lorda indicata in 178 mq è da considerare rilevante ai fini della definizione della signorilità secondo le nozioni presenti nell'opinione generale per il fatto che va considerata unitamente alle altre caratteristiche, desumibili anche dalle numerose foto agli atti: doppio bagno, doppio ingresso, ottimale ripartizione degli spazi (grande salone, tre camere di ampia metratura), pavimentazione di pregio (lastroni di marmo variegato in ingresso, grangiglia in corridoio, parquet/legno nel resto della casa); androne e pianerottoli con pavimentazione in marmo verde variegato. Tali caratteristiche intrinseche non paiono sufficientemente contrastate dal fatto che l'androne del palazzo sia di ridotte dimensioni ed accessibile con scalone esterno.

Quanto alle caratteristiche estrinseche, va rilevato che l'immobile è ubicato in quartiere che - nella consolidata percezione dei Genovesi - è di estremo pregio; dal punto di vista oggettivo (e quindi anche dalla valutazione di valore) va considerato che dista poche centinaia di metri dal lungomare e dal lido di Genova (il mare è in vista); anche a non voler considerare il viale privato che conduce ai box, la zona circostante è ricca di verde con giardini ed alberi di alto fusto, riferibili agli appartamenti a piano terra o agli stabili e ville circostanti. Tali caratteristiche estrinseche non paiono sufficientemente contrastate dal fatto che esista nei pressi, al di là della fascia verde, un distributore di carburante.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 21 marzo 2019, n. 393 - Pres. Fanucci - Rel. Del Monaco.

CONTENZIOSO - art. 22 D.lvo 1992, n. 546 - termine per la costituzione - tardività - preclusione.

La costituzione tardiva di una parte - ovvero la sua omessa o irregolare costituzione - è priva di rilevanza giuridica ed ha come esclusiva conseguenza quella di impedire l'esercizio di ulteriori facoltà (come quelle che eccedono la semplice resistenza attuata mediante deduzioni in contrario). La costituzione tardiva e/o omessa preclude - in altre parole - alla parte negligente di indicare mezzi di prova, proporre eccezioni non rilevabili d'ufficio e chie-

dere la chiamata di terzi nella causa, in sostanza priva la sua partecipazione effettiva al processo.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 12 marzo 2019, n. 328 - Pres. Venturini Rel. Alba.

IMPOSTA DI REGISTRO - datio in solutum - prestazione non patrimoniale - imposta "fissa".

La cessione di beni immobili in favore dei propri creditori a titolo di datio in solutum rende applicabile l'art. 5 del D.p.r. 131/1986 concernente le scritture private non autenticate, non aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale. In tal caso, l'Imposta applicabile all'atto di cessione - in caso di registrazione - è quella in misura c.d. "fissa" in ragione del principio di alternatività tra IVA ed Imposta di registro (ex art. 40 del TUR) poiché l'operazione sottostante già risulta soggetta ad IVA.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 14 marzo 2019, n. 363 - Pres. e Rel. Cardino.

IMPOSTA DI REGISTRO - vendita immobiliare - accertamento di maggior valore - sua determinazione in correlazione al prezzo precedente vendita fra fratelli e su valori omi - accertamento - legittimità - fattispecie.

Nel caso in esame l'ufficio aveva effettuato la determinazione del maggior valore in base al precedente atto di trasferimento di 1/4 degli stessi beni. Tale valore si poneva comunque all'interno della forbice OMI della zona omogenea (da € 2.700,00/mq ad € 3.700,00/mq). Doveva essere sottolineata inoltre la pregevole ubicazione.

È evidente, d'altronde, che il riferimento a trasferimenti immobiliari paragonabili a quello in esame costituisce criterio da valutarsi con cautela, atteso che bisognerebbe essere certi della assoluta somiglianza delle caratteristiche morfologiche, strutturali e di ubicazione degli immobili comparandi, per poter trarre da questi elementi realmente significativi ai fini dell'accertamento di valore.

Del tutto comprensibile, pertanto, è la survalenza assegnata dall'Amministrazione finanziaria - e dalla Commissione tributaria provinciale - al precedente trasferimento immobiliare del medesimo bene, pro quota, in un ambito endofamiliare.

Inoltre, considerando che la determinazione finale adottata dalla Commissione tributaria provinciale - non contestata con appello incidentale dell'Agenzia delle Entrate - ha ridotto il valore dell'immobile ad € 406.000,00 così attribuendogli un valore a mq. pari ad € 3.052,00 circa, si rileva che essa appare del tutto all'interno delle valutazioni O.M.I., richiamate dall'Agenzia delle Entrate.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 385 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

IMPOSTA DI REGISTRO - cessione di immobile - accertamento di maggior valore - motivazione - requisiti - mancata allegazione atti notarili richiamati a comparazione - mancata individuazione caratteristiche immobili assunti a comparazione - nullità - sussiste - fattispecie.

Nel caso in discussione l'Ufficio non ha allegato all'avviso di rettifica gli atti di compravendita degli immobili individuati quali

comparabili onde consentire la comprensione dei calcoli riportati nella tabella di comparazione, considerato che proprio l'elaborazione delle caratteristiche degli immobili di confronto risulta sulla base del metodo applicato.

L'Ufficio deduce che, pur confermando la legittimità delle stime basate sugli OMI, nel caso di specie, tali valori non possono essere considerati rappresentativi in quanto l'immobile non ha caratteristiche ordinarie per metratura e per ubicazione risultando posizionato in un complesso di notevole pregio.

Proprio la peculiarità del bene rendeva illegittimo il ricorso ad un procedimento comparativo pluriparametrico, considerato che tale metodo permette di determinare il valore di mercato di un immobile attraverso il confronto tra l'immobile oggetto di stima ed un insieme di immobili simili le cui cessioni sono avvenute di recente e di cui sia noto il prezzo.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 27 marzo 2019, n. 437 - Pres. e Rel. Cardino.

IMPOSTA DI REGISTRO, IPOTECARIA E CATASTALE - separazione giudiziale fra coniugi - verbale di separazione consensuale - successiva cessione immobiliare - lasso di tempo di 22 anni - convenzione matrimoniale - applicazione - avviso di liquidazione del maggior tributo - illegittimità.

Un eventuale differimento dell'esecuzione dell'accordo di separazione - quali che ne siano le ragioni ispiratrici - non appare, di per se stesso soltanto, rivelatore di un originario intento elusivo. Non si comprende, infatti, quale vantaggio, in termini di carico tributario, dovrebbero avere i coniugi dal differire l'esecuzione concreta del trasferimento concordato tempo prima. Pertanto, o si prova che l'intento elusivo era già presente al momento della composizione della crisi coniugale (il che nemmeno l'Amministrazione finanziaria sostiene, essendo il suo avviso di liquidazione fondato unicamente sul decorso del tempo), e allora a ben poco rileverebbero sia la tempestività che il ritardo del negozio di trasferimento. Oppure, al contrario, in assenza di tale prova, il lasso di tempo, anche considerevole, fra accordo coniugale - assimilabile ad un contratto preliminare - e contratto definitivo non assume alcun rilievo ai fini fiscali (a meno che non si facciano valere fatti sopravvenuti all'accordo, sintomatici di un intento non più compositivo, bensì divenuto elusivo. Ad esempio: l'intervenuta riconciliazione fra i coniugi che priverebbe il trasferimento di qualsivoglia finalità transattiva).

Né si vede come l'Amministrazione finanziaria possa invocare la scadenza di un termine posto nell'esclusivo interesse delle parti negozianti e che esse erano del tutto libere consensualmente di differire, anche tacitamente. Ciò toglie rilievo a ogni discussione sul carattere ordinatorio o perentorio del termine in esame.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 10 aprile 2019, n. 468 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

IMPOSTA IPOTECARIA E CATASTALE - art. 17 d.lgs 2010, n. 28 - verbale di accordo giudiziale - trasferimento immobiliare - imposta ipotecaria e catastale - esenzione - spettanza.

Con il D.LGS 28/2010 è stato introdotto un regime agevolativo a favore di chi accede all'istituto della mediazione, finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

A tal fine l'art. 17 comma 2° del D.G.LS 28/2010 prevede l'esenzione di tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione da ogni spesa, tassa o diritti di qualsiasi specie e natura.

Dubbi che sono sorti al riguardo concernevano il significato dell'espressione "spesa, tassa o diritto di qualsiasi natura e specie, ossia se la norma potesse trovare applicazione anche con riferimento a tipologie di tributi non espressamente menzionate, come, nel caso in oggetto, le imposte ipotecarie e catastali.

La soluzione a favore dell'interpretazione estensiva e quindi dell'esenzione dalle imposte ipotecarie e catastali nei procedimenti di mediazione trae il suo fondamento dalla soluzione raggiunta dalla giurisprudenza di legittimità (n. 6065/2000) relativamente all'interpretazione dell'art. 19 della L. 74/1987, riguardante tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi ai procedimenti di separazione e di divorzio.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 8 aprile 2019, n. 459 - Pres. Bolognesi - Rel. Alassio.

IRAP - cuneo fiscale - riduzione base imponibile - azienda pubblica di trasporto persone - affidamento servizio - concessione o appalto - distinzione - rilevanza - accertamento - legittimità.

È indubbio che in ragione del contratto di servizio sottoscritto con il Comune, integrato dalle prescrizioni regionali, la contribuente operi a tariffa: gli artt. 24 e 26, prevedono un regime tariffario (un indirizzo di politica tariffaria impresso dagli enti pubblici Comune e Regione) accompagnato dai meccanismi finalizzati al perseguimento dell'equilibrio finanziario di gestione.

Pertanto, l'esistenza di tale servizio a tariffa fonda (e giustifica) l'esclusione ex lege del beneficio per cui è causa.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 14 marzo 2019, n. 361 - Pres. Fanucci - Rel. Del Monaco.

IRES - cessione di una partecipazione - società partecipata - acquisizione di un terreno e delle autorizzazioni a costruire - svolgimento di un'attività commerciale - sussistenza - regime "pex" - applicabilità.

È soggetta a "pex" la cessione della partecipazione detenuta in una società che, nel tempo intercorso tra la sua costituzione e la cessione delle sue quote, ha acquistato un terreno ed ha ottenuto le necessarie concessioni edilizie per l'avvio di un progetto di costruzione residenziale. Tali attività (della società partecipata) non descrivono una mera "fase di startup", ma trattandosi di attività dirette a costituire ed a rendere operativa la struttura aziendale, danno luogo all'esercizio di un'impresa commerciale. Conformemente alla Circolare del Ministero delle Finanze n. 7/F/2013, l'esercizio di impresa commerciale deve infatti ritenersi sussistente già nelle fasi iniziali di progettazione e realizzazione dell'investimento, in quanto attività direttamente riconducibili al più ampio oggetto sociale per il quale l'impresa risulta costituita.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 27 marzo 2019, n. 434 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

IRES IRAP - art. 102 comma 2 t.u. 1986, n. 917 - ammortamento di beni materiali - lavorazione del

marmo - determinazione del relativo coefficiente - contratto di leasing - fattispecie.

La contribuente svolge attività di lavorazione del marmo e controverte sul tipo di collazione tariffaria ai fini della corrispondente coefficiente di ammortamento per quanto riferito all'impianto con "sistema automatico di carico per la lavorazione e la calibratrice" installato nel proprio laboratorio.

La questione è rilevante per la deducibilità o meno del costo dell'ammortamento in quanto la Società ha stipulato nel 2010 un contratto di leasing della durata di 60 mesi e la normativa vigente prevede l'indeducibilità se la durata di leasing è inferiore ai due terzi del periodo di ammortamento.

In concreto, l'inquadramento nel gruppo 8 "minerali non metaliferi", prevede un ammortamento in 120 mesi mentre l'inquadramento nel gruppo 7, per imprese siderurgiche un ammortamento in un minor numero di mesi.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 7 marzo 2019, n. 323 - Pres. Cardino - Rel. Romano.

IRPEF - deduzione - assegno di mantenimento - riduzione deducibilità - mantenimento dei figli.

È ammessa la deducibilità delle spese afferenti l'immobile di abitazione della ex coniuge e dei figli se sostenute in base al provvedimento dell'Autorità giudiziaria emesso in sede di separazione legale. Tuttavia se nell'abitazione del ex coniuge vi sono anche i figli, allora è ammessa la riduzione al 50% delle spese deducibili in quanto gli assegni corrisposti per il mantenimento dei figli - presenti all'interno dell'abitazione - sono esclusi da deducibilità dal reddito (ai sensi dell'art. 10 comma 1 lett. c del D.p.r. 917/1986).

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 27 marzo 2019, n. 433 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

IRPEF - art. 67 lett. a. t.u. 1986, n. 917 - tassazione separata - plusvalenza da cessione di terreno lottizzato - progetto approvato - fattispecie.

Risulta non contestata la circostanza che, in epoca pregressa, era stato avviato a cura del contribuente l'iter amministrativo teso a renderlo edificabile trattandosi di vendita di terreno "comprendente di progetto approvato come da permesso di costruire convenzionato n. 34 del 31 ottobre 2006, pratica edilizia n. 19/2004 protocollo n. 3305 del 02/11/2006".

A tal fine è irrilevante che il cedente non abbia posto in essere alcuna opera che potesse rendere edificabile il terreno più di quanto non lo fosse già ai sensi del vigente Piano Regolatore, e di essersi limitato a cedere la proprietà di un terreno che era edificabile solo e soltanto in forza del Piano Regolatore, relativamente al quale aveva soltanto chiesto il permesso di costruire, in ossequio alla normativa amministrativa vigente.

In merito deve osservarsi che la richiesta del permesso di costruire è stata la condizione per cui la plusvalenza è stata conseguita mediante operazioni poste in essere a fini speculativi, con conseguente applicazione dell'art. lett. a) del Tuir quindi quale strumento per la fruizione di un più consistente corrispettivo rispetto al prezzo dell'originario acquisto.

La fattispecie sarebbe rientrata nella previsione dell'art. 67 lett. b) del Tuir, come sostenuto dal contribuente, se le opere a scopo speculativo (richiesta di permesso) fossero state effettuate dal cessionario,

difettando in tale caso della possibilità di definire la condotta come strumento o messo (e non mera occasione) per la fruizione di un più consistente corrispettivo rispetto al prezzo dell'originario acquisto.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 1 aprile 2019, n. 442 - Pres. Delucchi - Rel. Ceriale.

IRPEF - diniego di rimborso - risarcimento giudiziale del danno per infortunio sul lavoro - rimborso - non imponibilità.

Il credito che il contribuente vanta rispetto al ministero della giustizia scaturisce dalla sentenza del Tribunale di Massa sulla base del ricorso svolto dal medesimo in materia previdenziale per il riconoscimento di infortunio sul lavoro.

Non vi è alcun dubbio che sia il risarcimento del danno dipendente da causa di servizio, riconosciuto in sede giudiziaria quale danno emergente, sia gli accessori di legge sulla tardiva corresponsione dello stesso risarcimento debbano essere considerati esclusi da tassazione.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 383 - Pres. Cardino - Rel. Cattaneo.

IVA - contratto di leasing - utilizzo di beni ammortizzabili da parte dell'utilizzatore - credito IVA - acquisto dei beni - equiparazione - utilizzatore - possibilità di chiederne il rimborso - art. 30 d.p.r. n. 633/72 - sussiste.

L'art. 30, c. 3, lett. c), d.p.r. n. 633/1972, è applicabile anche alla richiesta di rimborso formulata dall'utilizzatore per crediti IVA afferenti beni strumentali ammortizzabili detenuti in virtù di un contratto di leasing. Secondo la Suprema Corte (sent. n. 20951/2015) agli effetti dell'IVA l'utilizzatore ha diritto al rimborso dell'eccedenza detraibile dell'IVA di importo superiore a Euro 2.582,18 assolta relativamente a beni ammortizzabili detenuti in virtù di contratto di leasing, in quanto il contratto di leasing deve reputarsi equivalente ad una fattispecie acquisitiva di un bene di investimento, verificandosi a favore dell'utilizzatore, anche prima dell'esercizio del diritto di riscatto, l'ipotesi di un acquisto di bene. L'orientamento della Cassazione trova conforto anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale, nonostante abbia tendenzialmente qualificato come prestazioni di servizi le operazioni di leasing, non ha mancato di individuare alcune eccezioni, in base alle quali il leasing è classificato come cessione di beni, a condizione che si determini il trasferimento al locatario della maggior parte dei rischi e benefici, ovvero la somma delle rate, interessi inclusi, sia praticamente identica al valore venale del bene (condizioni di cui la CTR ha riscontrato la sussistenza nel caso di specie).

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 25 marzo 2019, n. 424 - Pres. Celle - Rel. Maggio.

IVA - cessioni di beni - prova della loro cessione intracomunitaria - rilevanza - modalità.

L'attività della appellata si svolge in collaborazione con un'altra società specializzata nel settore che si occupa della ricezione della merce nel magazzino di Roma, quale depositario ed emetteva i documenti di consegna su indicazione della depositante.

Le vendite operate dall'appellata avvenivano franco deposito, circostanza questa che consente la prova dell'avvenuta consegna

delle merci in altro stato membro, con qualsiasi documento idoneo a tal fine, come statuito dalla Risoluzione 477/e/2008 dell'Agenzia delle Entrate. La compravendita è poi onerosa come dimostrato dalle fatture emesse e dai relativi pagamenti essendo poi idonei i DDT che sono stati reperiti a seguito delle richieste e della collaborazione della emittente e depositaria dei documenti di trasporto. Tali documenti recano il timbro o la firma che attestano la consegna Francia. Inoltre la iscrizione VIES di cedente e cessionaria, la compilazione del modello Intrastat e le dichiarazioni del dirigente della società, confermano l'avvenuto cessione e l'avvenuto trasporto in Francia della merce.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 27 marzo 2019, n. 435 - Pres. Venturini - Rel. Alba.

IVA - credito emergente dalla dichiarazione - termine di prescrizione decennale - diniego - illegittimità.

Secondo l'orientamento costante della Corte di legittimità, il credito iva esposto dal contribuente nella dichiarazione dei redditi è soggetto all'ordinaria prescrizione decennale, mentre non è applicabile il termine biennale di decadenza previsto dall'art. 21 c. 2 D.Lgs 31 dicembre 1992, n. 546, in quanto l'istanza di rimborso non integra il fatto costitutivo del diritto, ma solo il presupposto di esigibilità del credito per dare inizio al procedimento di esecuzione del rimborso stesso.

La domanda di rimborso del credito d'imposta maturato dal contribuente deve considerarsi già presentata con la compilazione del corrispondente quadro della dichiarazione annuale, la quale configura formale esercizio del diritto, mentre la presentazione del modello VR costituisce, ai sensi del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 38 bis, solo un presupposto per l'esigibilità del credito e, dunque, un adempimento prodromico al procedimento di esecuzione del rimborso.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 7 marzo 2019, n. 324 - Pres. e Rel. Cardino.

RISCOSSIONE - criteri di calcolo degli interessi - decorrenza dei termini.

Alla stregua della disciplina ex art. 2033 c.c. (il c.d. "indebito oggettivo"), non può ritenersi in mala fede l'ente pubblico che riscuote somme dovute dal privato in base ad una legge vigente, alla cui osservanza il medesimo ente sia stato obbligato (sino alla pronuncia di illegittimità costituzionale della norma o sino alla sua abrogazione). Pertanto il calcolo degli interessi sull'imposta - diventata, successivamente ad una modifica normativa - "indebita" deve decorrere dal momento in cui il pagamento è divenuto tale e non dal momento del pagamento della stessa. (Nel caso di specie, il contribuente lamentava l'errata decorrenza dei termini di calcolo degli interessi maturati dal versamento dell'imposta che - però - solo successivamente ad una modifica normativa ne ha decretato l'indebito versamento. La CTR ritiene di dover riconoscere come dies a quo il momento non del versamento - precedente - dell'imposta ma il momento in cui - ex lege - tale pagamento è divenuto "indebito" in quanto non più normativamente dovuto).

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 377 - Pres. Canepa - Rel. Cunati.

SANZIONI - art. 6 d.lvo 1997, n. 472 - attività di un soggetto terzo denunciato all'autorità giudiziaria - esi-

mente - commercialista "infedele" - non applicazioni - requisiti - fattispecie.

È noto che scopo dell'art. 6 comma 3 d.lvo 1997 n. 472 è quello di prevenire accordi fraudolenti diretti a conseguire l'impunità, sottintendendo l'impossibilità di deleghe diverse da quelle concernenti il versamento del tributo e imponendo la sorveglianza degli obbligati sull'esecuzione del pagamento rimesso ad altri e - come chiarito anche dalla circolare MEF n. 180 E/1998 - la disciplina del predetto art. 6, comma 3, disciplina, in modo più ampio, le fattispecie già oggetto della Legge n. 423/95 in quanto "rispetto ad essa, la nuova norma di carattere generale non si limita a prendere in considerazione la condotta illecita di dottori commercialisti, ragionieri, consulenti del lavoro, avvocati, notai e altri professionisti iscritti negli appositi albi, ma si riferisce a qualsiasi terzo e quindi, in particolare, a ogni altro soggetto cui venga conferito mandato dal contribuente, dal responsabile o dal sostituto d'imposta".

La non punibilità in questione presuppone la convincente dimostrazione che l'omesso pagamento del tributo sia dipeso da un fatto addebitabile ad un terzo, debitamente autorizzato dal Contribuente alla prestazione professionale, ex ante valutabile soggetto affidabile secondo criteri di ordinaria diligenza (quindi senza colpa in eligendo del titolare), tempestivamente denunciato all'Autorità giudiziaria dopo la scoperta di detto reato.

Tutte queste condizioni sono state provate dal Contribuente che, partendo dalla comprovata piena ed esclusiva responsabilità penale del commercialista, regolarmente iscritto all'Albo professionale, quindi reputabile ex ante del tutto affidabile, ha dimostrato di aver subito (a meno di 3 mesi dalla conoscenza dell'illecito) denunciato il commercialista e di non aver potuto aver conoscenza del suo comportamento truffaldino prima della richiesta dell'Agenzia in quanto nessuna provvista economica era stata data al professionista il quale, operava - come ribadito dall'appellante e non seriamente contestato dall'Ufficio - all'insaputa del Contribuente "il pagamento di un F/24 a zero in data 24/07/2011, in qualità di intermediario telematico a valere su un presunto conto corrente del professionista.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 25 marzo 2019, n. 411 - Pres. Celle - Rel. Chiti.

SOCIETÀ ESTINTA - notifica atto di accertamento - invalidità - ricorso dell'ex liquidatore - ammissibile - art. 28, d.lgs. n. 175/2014 - ultrattività quinquennale - natura sostanziale della disposizione - conseguenza - applicazione solo per le società cancellate a partire dal 13/12/2014.

Deve considerarsi nullo l'avviso di accertamento emesso nei confronti di una società estinta. In tal caso, sussiste la legittimazione processuale dell'ex liquidatore ad impugnare l'atto al fine di eccepirne la nullità in quanto la pretesa è rivolta a società non più esistente. Inoltre, in un caso come quello di specie, la validità dell'accertamento non può esser fondata sull'art. 28, d.lgs. n. 175/2014, che prevede l'efficacia quinquennale degli atti impositivi oltre la data di estinzione, in quanto tale disposizione, avendo natura sostanziale e non processuale, può trovare applicazione solo con riferimento alle società cancellate a partire dal 13/12/2014 e non anche a quelle cancellate prima di tale data.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 25 marzo 2019, n. 426 - Pres. e Rel. Bolognesi.

SOCIETÀ ESTINTA - perdita legittimazione processuale**- legittimazione dell'ex liquidatore - inesistenza - appello - inammissibile - socio - sua legittimazione - responsabilità limitata.**

L'appello interposto nel 2016 dalla Società cancellata con decorrenza 31 dicembre 2012, deve essere dichiarato inammissibile in quanto le società estinte dal momento della loro cancellazione dal registro delle imprese, sono private della loro legittimazione processuale.

Infatti la Corte di Cassazione, con la sentenza 8 marzo 2017, n. 5988, analizzando nuovamente l'annosa questione inerente i rapporti giuridici delle società cessate, ha affermato che l'art. 2495 del codice civile esclude radicalmente che una società estintasi possa mantenere la legittimazione processuale, anche a mezzo del suo liquidatore.

Venendo ora alla posizione della appellante, ex socia ed ex liquidatrice, a seguito dell'estinzione della società conseguente alla cancellazione dal registro delle imprese, viene a determinarsi un fenomeno di tipo successorio, in forza del quale i rapporti obbligatori facenti capo all'ente non si estinguono - il che sacrificerebbe ingiustamente il diritto dei creditori sociali - ma si trasferiscono in capo ai soci, anche se questi ne risponderanno in concreto nei limiti di quanto riscosso a seguito della liquidazione o illimitatamente, a seconda del regime giuridico dei debiti sociali cui erano soggetti "pendente società" (Cass. SS. UU. n. 6070/13).

Al riguardo, come già hanno deliberato i Giudici Provinciali, la responsabilità della socia deriva dai ruoli rivestiti e dall'assegnazione del credito garantito da cambiali e diritti di pegno sulle quote della società ceduta.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 19 marzo 2019, n. 382 - Pres. Canepa - Rel. Zanoni.

TRIBUTI LOCALI - ICI - soggettività passiva - esenzione - enti non commerciali - destinazione d'uso degli immobili - sua prova - spettanza.

L'art. 7 comma 1 lett. a del D. Lgs. 504/92 indica in modo incontrovertibile i presupposti necessari per beneficiare dell'esenzione dell'Imposta comunale sugli immobili, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo, puntualizzando che deve trattarsi di immobili adibiti esclusivamente ai fini istituzionali. Nell'elenco - ex art. 7 del D. Lgs. 504/92, che deve intendersi tassativo stante l'assenza di una formula di chiusura che ammetta un'interpretazione estensiva - non compare alcun riferimento ad enti non economici di diversa natura. Vi è di più, quand'anche la legge ammettesse detta possibilità, sarebbe comunque onere dell'Ente (non incluso nella disposizione) provare in modo puntuale lo svolgimento dei soli compiti istituzionali presso l'immobile per cui è causa.

Ancora, l'eventuale decisione precedente di una Commissione tributaria che attesti il mancato perseguimento dello scopo di lucro non costituisce caratteristica sufficiente per includere l'Ente nell'elenco dei soggetti non suscettibili di esenzione ICI/IMU

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 12 marzo 2019, n. 327 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

TRIBUTI LOCALI - TOSAP - terreno sovrastato da cavalcavia autostradale - occupazione da parte del concessionario della rete - sussistenza - presupposto impositivo - configurabilità.

La società che gestisce in concessione la rete autostradale deve pagare la TOSAP in relazione alla porzione di superficie, compresa nel territorio comunale, sovrastata da un cavalcavia. Il presup-

posto impositivo del tributo, ai sensi degli artt. 38 e 39 del DLGS 507/93 è costituito dall'occupazione di spazi ed aree, anche soprastanti e sottostanti il suolo appartenenti al demanio o al patrimonio indisponibile dei Comuni, che comporti un'effettiva sottrazione della superficie ad uso pubblico. In particolare l'art. 39 del Decreto dispone testualmente che la tassa è dovuta al Comune o alla Provincia dal titolare dell'atto di concessione o di autorizzazione, o, in mancanza, dall'occupante di fatto, anche abusivo, in proporzione alla superficie effettivamente sottratta all'uso pubblico nell'ambito del rispettivo territorio. Tale norma deve interpretarsi nel senso che l'occupazione a mezzo di impianti di servizi pubblici è soggetta alla tassa sia che si tratti di spazi sottostanti che soprastanti lo spazio pubblico.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 12 marzo 2019, n. 327 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

TRIBUTI LOCALI - TOSAP - rete autostradale - gestione in concessione - concessionario - ente che agisce in piena autonomia - esenzione di cui all'art. 49, lett. a), d.lgs. n. 507/93 - applicabilità - esclusione - soggettività passiva - configurabilità.

Non è invocabile, da parte della società che gestisce in concessione la rete autostradale l'esenzione dal pagamento della TOSAP prevista dall'art. 49, lett. a) d.lgs. n. 507/93. La società concessionaria

è infatti l'esecutrice della progettazione e della realizzazione dell'opera pubblica a fronte del corrispettivo costituito dal diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati, non rilevando il fatto che il viadotto sia di proprietà del demanio e che, al termine della concessione, anche la gestione torni in capo allo Stato, poiché, nel periodo di durata della concessione, il bene, funzionale all'esercizio di un servizio di pubblica utilità, è gestito da un ente che agisce in piena autonomia.

Commissione Tributaria Regionale della Liguria, 10 aprile 2019, n. 470 - Pres. Venturini - Rel. Cattaneo.

IMPOSTA SULLA PUBBLICITÀ - cabina fotografica automatizzata - scritte informative e fotografie apposte sul suo esterno - messaggio pubblicitario - Sussistenza - Imposta dovuta.

Nel caso di specie, siamo di fronte a cabine per il rilascio di fototesere ed altro, ove le scritte informative e le fotografie apposte sulle cabine, rappresentano un vero e proprio messaggio pubblicitario, volto a richiamare l'attenzione del pubblico sui servizi offerti.

Tali cabine non possono essere considerate sedi secondarie o filiali della Società appellante, in quanto non compaiono sul certificato della CCIAA e non hanno le caratteristiche strutturali e di autonoma organizzazione nonché di lavoro umano che sono richieste per qualsiasi unità operativa commerciale e/o produzione di servizi.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 febbraio 2019, n. 1037 - Giudice Baldini.

CAUSE di esclusione della punibilità - particolare tenuità del fatto - condotte plurime e reiterate - interpretazione.
(Artt. 131 bis e 697 c.p., art. 38 TULPS)

Con le locuzioni di condotte plurime e reiterate di cui all'art. 131bis co. 3 c.p. il legislatore si riferisce, non tanto ad azioni che non si presentano come uniche ed isolate, quanto, piuttosto, per un verso a comportamenti posti in essere in numero elevato e significativo, e per altro verso a comportamenti analoghi e ripetuti nel tempo, in quanto tali indicativi di una maggior pericolosità sociale dell'agente. Per questo motivo, nel caso di specie che vedeva una imputazione di due differenti fattispecie criminose sostanzialmente della stessa indole, il Giudice dichiara la non punibilità per irrilevanza del fatto, ritenendo che tale declaratoria non debba essere circoscritta necessariamente a condotte che si estrinsechino in un'unica azione od omissione.

M.CAP.

Sentenza nei confronti di: L. C., nato a G. imputato per il reato p. e p. dall'art. 38 TULPS e 697 c.p. per ché aveva fatto denuncia all'Autorità deteneva all'interno della propria autovettura Suzuki tg X, n. 215 cartucce calibro 12, un machete con manico in legno con fodero in pelle, un machete con manico in legno marca Martini con fodero in pelle, nonché nel locale commerciale di riparazioni armi sito in Via B. 56R, un fucile semiautomatico Beretta cal. 20, fucile semiautomatico cal. 12 canna cal. 12, sovrapposto marca Browning, carabina ad aria compressa, revolver Smith & Wilson, fucile semiautomatico beretta cal. 12 canna beretta, fucile semiautomatico Breda cal. 12 canna Breda, proiettili n. 26 cal. 12, n. 4 cal. 16, n. 7 cal. 20, n. 15 cal. 32, n. 34 cal. 38, n. 10 cal. 39/357. In Genova il 26/10/2017.

(... Omissis...)

Svolgimento del processo.

Con decreto di citazione emesso in data 24.7.2018 a seguito di opposizione a decreto penale di condanna L.C. è stato tratto a giudizio innanzi a questo Ufficio in composizione monocratica per rispondere dei reati di cui all'imputazione, a lui ascritti nel procedimento n° 13231/17 R.G.N.R.

All'udienza del 12 dicembre 2018, previa declaratoria di assenza dell'imputato ex art. 420 bis c.p.p. (non essendo costui comparso senza addurre legittimo impedimento ed avendo nominato un difensore di fiducia con valida elezione di domicilio presso il medesimo), il processo veniva rinviato per trattazione innanzi a questo giudicante.

All'udienza del 10 gennaio 2019, a seguito della dichiarazione di apertura del dibattimento, venivano dunque ammesse le prove orali e documentali richieste dalle parti; alla successiva udienza dell'11 marzo 2019 venivano raccolte le deposizioni dei testi B. V. e G. A. e l'imputato si sottoponeva ad esame; indi, conclusa l'istruttoria, le parti rassegnavano le rispettive conclusioni, come da verbale di udienza, ed il sottoscritto giudicante pronunciava sentenza, dando lettura del dispositivo e riservando nel termine di legge il deposito dei motivi.

Motivi della decisione.

Non contestata la ricostruzione dei fatti effettuata dall'Isp. della Polizia di Stato B. F. in occasione della propria deposizione in giudizio.

Intorno alle ore 22.00 del 26 ottobre 2017 transitando nella Via Burlando del capoluogo ligure, gli operanti notavano la saracinesca dell'officina di riparazione armi dell'odierno imputato aperta e la luce accesa all'interno del locale; il locale medesimo risultava chiuso a chiave, ma dall'esterno si notava un notevole disordine con svariate armi poggiate alla rinfusa sul pavimento. Allarmati dalla situazione gli operanti contattavano telefonicamente il L. (residente nello stesso stabile e dai medesimi conosciuto personalmente) il quale sopraggiungeva dopo pochi minuti.

Una volta all'interno del locale gli agenti provvedevano ad un accurato controllo constatando, fra le altre cose, come ivi fossero presenti i sei fucili di cui al capo di imputazione ed un revolver (quest'ultimo custodito all'interno di una cassaforte) dal L. legittimamente detenuti, ma che avrebbero dovuto essere custoditi all'interno della di lui abitazione.

In occasione della verifica effettuata nell'immediatezza all'interno dell'autovettura del prevenuto (laddove costui dichiarava di custodire la denuncia di detenzione delle armi) parcheggiata nelle vicinanze venivano dunque rinvenute 215 munizioni calibro 12 e due machete: il L. si giustificava asserendo di essersi recato a caccia quella mattina.

A seguito delle irregolarità riscontrate il prevenuto veniva formalmente diffidato, successivamente provvedendo a sanarle con conseguente rinnovo della licenza.

La moglie dell'imputato, G. A., riferiva che la sera del controllo il marito si era momentaneamente assentato dall'officina per recarsi a prenderla sul luogo di lavoro; asseriva che costui era solito portare le armi di sua proprietà (che normalmente custodiva in casa all'interno di un'apposita vetrina) in officina per sottoporle alla ordinaria manutenzione, cosa che aveva fatto quel giorno (o quello prima); soggiungeva dunque che il coniuge la mattina del giorno del controllo era andato a caccia. L'odierno imputato ha confermato integralmente quanto riferito dalla moglie precisando che le cartucce rinvenute nel bagagliaio erano custodite all'interno di un sacchetto e che i due machete venivano dal medesimo abitualmente utilizzati per sfrondare la vegetazione (come era accaduto quella mattina) in occasione delle sue battute di caccia; soggiungeva inoltre che la porta dell'officina era stata chiusa a chiave con inserimento dell'allarme.

Passandosi dunque alle valutazioni in punto penale responsabilità dell'odierno imputato in ordine al reato ascrittogli, si osserva.

Non contestati, come detto, devono ritenersi nel caso specifico i fatti storici che hanno originato l'imputazione a carico di L. C. e corrette, dunque, le imputazioni formulate dal P.M. Delle contravvenzioni in questione ricorrono per l'appunto gli elementi costitutivi, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo: il giudicabile, in sostanza, deteneva illecitamente all'interno della propria autovettura due armi bianche ed oltre 200 cartucce, nonché, all'interno della propria officina, i fucili di sua proprietà senza averne fatto denuncia all'Autorità di Pubblica Sicurezza.

Ciò premesso osserva tuttavia il sottoscritto quanto segue:

1. all'odierno imputato vengono contestate due condotte della medesima indole;
2. il L., persona completamente incensurata, risulta svolgere la professione di riparatore di armi ed era in possesso di tutte le licenze ed autorizzazioni del caso;
3. il locale nel quale vennero rinvenute le armi, al momento del controllo, risultava chiuso a chiave;
4. la mattina del giorno del controllo il giudicabile si era recato a caccia;
5. il fatto non ha arrecato danni a chicchessia, né, ad avviso di questo giudicante, ha arrecato alcun serio pericolo a terzi.

L'insieme delle sopra riferite circostanze - a sommosso 'avviso di questo giudicante, e conformemente alle conclusioni rassegnate dal difensore - induce a più che fondatamente ipotizzare che nella presente vicenda possa trovare applicazione l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Al riguardo si osserva innanzi tutto come i reati nel caso di specie astrattamente ravvisabili - vale a dire le contravvenzioni di cui agli artt. 38 T.U.L.P.S. e 697 c.p. - rientrino, per limiti editali di pena, fra quelli indicati all'art. 131 bis comma 1 c.p.p. Quanto poi agli ulteriori presupposti positivi per l'applicazione dell'istituto, vanno sottolineati la modestissima entità del dolo ravvisabile in capo all'odierno imputato (il quale ha infatti agito con indubbia leggerezza, ma certamente non con l'intenzione di violare apertamente i precetti penali), la di lui completa incensuratezza e la condizione di soggetto che professionalmente opera nel settore delle armi, nonché la evidente occasionalità della condotta serbata, unitamente alla assenza di danni e/o di pericolo arrecati a chicchessia.

Non ricorre inoltre nessuna delle ipotesi che - ai sensi del comma 3, ultima parte, dell'art. 131 bis c.p. - il legislatore ha ritenuto indicative della abitualità del comportamento, con conseguente inapplicabilità dell'istituto in questione: se per un verso dalla formulazione del capo d'imputazione è evidente che il L. non abbia agito per motivi abiecti o futili, per altro verso costui non risulta mai essere stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, né vi sono elementi dai quali desumere l'abitualità della condotta.

In proposito osserva il sottoscritto come, pur essendo oggetto di imputazione (e pur essendo astrattamente ravvisabili) due differenti fattispecie criminose sostanzialmente della stessa indole, non si possa nel caso di specie parlare di condotte plurime, abituali o reiterate: l'odierno imputato pose per l'appunto in essere due distinte azioni (la detenzione di munizioni ed armi bianche all'interno dell'auto e lo spostamento di sei fucili dal luogo ove avrebbero dovuto essere custoditi) suscettibili di violare altrettanti e differenti fattispecie criminose, ma nulla più.

Orbene, tralasciando la nozione di reato abituale, nel caso de qua pacificamente inconfidente, ritiene in particolare il sottoscritto che con le locuzioni di condotte plurime e reiterate il legislatore abbia per l'appunto inteso riferirsi - non tanto ad azioni che non si presentino come uniche ed isolate, quanto piuttosto - per un verso a comportamenti posti in essere in numero elevato e significativo, e per altro verso a comportamenti (magari numericamente più circoscritti, ma) analoghi e ripetuti nel tempo, in quanto tali indicativi di una maggior pericolosità sociale del soggetto agente, intesa quale sua predisposizione alla commissione di reati in maniera non occasionale ed isolata.

Non ritiene in altre parole il sottoscritto che la declaratoria di non punibilità per irrilevanza del fatto debba essere necessariamente circoscritta a condotte criminose che si estrinsechino in un'unica azione o omissione.

Tutto ciò premesso può in definitiva sostenersi che nel caso di specie le modalità della condotta non abbiano connotazione di gravità e, al contrario, siano sintomatiche di una personalità tutt'altro che socialmente pericolosa: nei confronti di L.C. ben può dunque nel caso specifico emettersi sentenza di non luogo a procedere in ordine ai reati a lui ascritti per essere i medesimi non punibili per la particolare tenuità del fatto. L'assoluzione impone di restituire al prevenuto le armi munizioni sottoposte a sequestro. La presente pronuncia, ai sensi dell'art. 3 comma 1, lett. f), D.P.R. 313/2002, va inoltre iscritta nel casellario giudiziale.

P.Q.M.

il Giudice visti gli artt. 530 c.p.p. e 13,1 bis, c.p. assolve L.C. dai reati ascrittigli per essere i medesimi non punibili in ragione della particolare tenuità dei fatti.

Massime

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 aprile 2019 - Giudice Lovesio.

CONTRAVVENZIONI - accensioni ed esplosioni pericolose - esplosione colpi con un'arma giocattolo - insussistenza.

(Art. 703 c.p.)

Non è configurabile il reato di cui all'art.703 c.p. nel fatto di esplodere dei colpi con un'arma giocattolo la quale per definizione non comporta - a differenza dell'arma da fuoco - una fiammata o un'esplosione causata da materiale infiammabile con la conseguenza che lo sparo in luogo pubblico da un'arma giocattolo non può integrare il reato de quo.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 7 gennaio 2019 - Giudice Staricco.

DELITTI contro il patrimonio - furto - aggravanti - esposizione della cosa alla pubblica fede - sottrazione, all'interno di un esercizio commerciale, di prodotti dotati di placca antitaccheggio - impossibilità controllo a distanza - sussistenza aggravante.

(Artt. 624 e 625 n. 7 c.p.)

DELITTI contro il patrimonio - furto - aggravanti - destrezza - caratteristiche - abilità, astuzia o avvedutezza - idoneità a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla "res " - approfittamento di distrazione non provata - insussistenza - occultamento refurtiva sotto l'abbigliamento - insussistenza.

(Artt. 624 e 625 n. 4 c.p.)

Integra il reato di furto aggravato dall'esposizione della cosa alla pubblica fede la sottrazione all'interno di un esercizio commerciale di prodotti dotati di placca antitaccheggio, in quanto tale dispositivo, consentendo la mera rilevazione acustica della merce occultata al passaggio alle casse, non ne consente il controllo a distanza che esclude l'esposizione della merce alla pubblica fede. (Cass. Pen. n. 11082 dell' 08/03/2017).

In tema di furto, la circostanza aggravante della destrezza sussiste qualora l'agente abbia posto in essere, prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, una condotta caratterizzata da particolari abilità, astuzia o avvedutezza ed idonea a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza del detentore sulla "res ", non essendo invece sufficiente che egli si limiti ad approfittare di situazioni, non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore medesimo.

Nello stesso senso non configura l'aggravante della destrezza il fatto di aver nascosto il bene sottratto sotto la giacca. (Cass. Pen. Ss. Uu. N. 34090 del 27/04/2017).

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 28 marzo 2019 - Giudice Lepri.

DELITTI contro la famiglia - maltrattamenti contro familiari e conviventi - condotta attiva.

(Art. 572 c.p.)

È configurabile la fattispecie criminosa di cui agli artt. 572 c.p. nella condotta dell'imputato che ha maltrattato e vessato l'ex convivente, rivolgendole insulti ed offese, altresì umiliandola e minacciandola in diverse occasioni, anche alla presenza del figlio minore.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 12 marzo 2019, n. 1060 - Giudice Lepri

DELITTI contro la famiglia - obblighi di mantenimento - capacità economica dell'obbligo - soglia di povertà - reato - insussistenza.

(Artt. 3 e 4 c. 2 L. 54/2006, art. 12s exies L. 898/1970)

Nel caso in cui sia provata la penale responsabilità in capo all'ex coniuge imputato ma, contestualmente, risulti agli atti una capacità economica sotto la soglia dei povertà, l'imputato va mandato assolto poiché il fatto non costituisce reato ai sensi dell'art. 530 co.2 c.p.p.a. nulla rileva l'inerzia dell'imputato in merito alla sua mancata attivazione al fine di ottenere una revisione delle statuizioni economiche: ciò infatti costituisce solo un mero indizio circa la sussistenza della capacità di adempiere che, qualora non sia smentito da altre emergenze di segno opposto, non può essere considerato rappresentativo di alcunchè.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 gennaio 2019 - Giudice Rizzo.

DELITTI contro la fede pubblica - introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi - destinazione alla vendita - uso personale - insussistenza.

(Art. 474 c.p.)

Il fatto che gli imputati detenessero due telefoni ciascuno non consente di ritenere di per sé senz'altro dimostrata la loro destinazione alla vendita trattandosi comunque di un numero non così elevato da essere incompatibile con l'uso personale e, pertanto, non può ritenersi concretizzata la fattispecie di cui all'art. 474, comma 2, c.p. contestata.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 22 gennaio 2019, n. 263 - Giudice Petri.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - delitti contro l'attività giudiziaria - favoreggiamento personale - autofavoreggiamento - nemo tenetur se detegere reato - insussistenza.

(Art. 378 c.p.)

Non sono integrate le condotte criminose di cui all'art. 378 c.p. quando il favoreggiamento risulta unico mezzo e riflesso automatico di favoreggiamento a se stesso. La Suprema Corte è costante nel ritenere non punibile l'autofavoreggiamento, cioè la condotta di chi, avendo commesso il reato, realizza favoreggiamento al fine di non autoincriminarsi.

(Fattispecie in cui l'imputato asseriva di non possedere un'automobile, di cui è in realtà proprietario, utilizzata per una tentata truffa; l'istruttoria ha fatto emergere come la condotta di favoreggiamento contestata all'imputato avesse come unico scopo quello di garantirsi l'impunità dal reato di tentata truffa. Alla luce di quanto esposto, il Giudice ha ritenuto che le dichiarazioni contestate integrassero il principio "nemo tenetur se detegere" e, di conseguenza, l'esercizio del diritto di difesa di cui all'art. 24 co.2 Cost.).

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 28 marzo 2019, n. 1373 - Giudice Lepri.

DELITTI contro l'amministratore della giustizia - delitti contro l'attività giudiziaria - patrocinio o consulenza infedele - elemento soggettivo - volontà di nuocere all'assistito - irrilevanza - dolo generico - sufficienza - difficoltà adempimento mandato per eccessivo carico di lavoro - irrilevanza.

(Art. 380 c.p.)

Al fine di valutare l'integrazione dell'elemento soggettivo nel reato di cui all'art. 380 c.p., risulta sufficiente la mera coscienza e volontà del difensore di violare i propri doveri professionali, a nulla rilevando la specifica volontà dell'agente di nuocere alla parte assistita (cfr. Cass. Pen. Sez. VI, n. 28309/2016). Nel caso di specie, il Giudice ha valutato che non potesse assumere valore di scusante la circostanza dedotta dall'imputato circa la consistente mole di lavoro che gli avrebbe impedito di prestare la dovuta attenzione alle pratiche del suo assistito, e ciò in quanto ha ritenuto che le difficoltà lavorative non avessero inciso in alcun modo sulla coscienza e volontà dell'imputato di venir meno al dovere di informarsi per conto del cliente che chiedeva regolarmente aggiornamenti.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 aprile 2019, n. 1500 - Giudice Vinelli.

DELITTI dei privati contro la P.A. - resistenza a pubblico ufficiale - resistenza passiva - reazione istintiva - uso di forza non orientato a neutralizzare attività del pubblico ufficiale - insussistenza.

(Art. 337 c.p.)

Perché si configurino le condotte descritte all'art. 337 c.p. sono necessari atti che integrino il requisito di violenza e non una mera resistenza passiva. Per questo motivo non sono sufficienti atti identificabili in reazioni spontanee e istintive senza un vero e proprio uso della forza finalizzato a neutralizzare la presa e darsi alla fuga. (Nel caso di specie non è stata ritenuta riconducibile all'art. 337 c.p. la condotta di chi genericamente, nell'intento di allontanarsi dai pubblici ufficiali, muove le braccia in modo scomposto).

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 2 aprile 2019 - Giudice Parentini.

IMMIGRAZIONE - espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione - modalità di esecuzione - elemento oggettivo - elemento soggettivo.

(Artt. 13 c. 13 bis e 16 D.lvo 286/98)

Ricorre l'elemento oggettivo del reato di violazione del divieto di reingresso sul territorio nazionale (art. 13 c. 13 bis D. Lgs 25 luglio 1998 n. 286) quando la sanzione sostitutiva dell'espulsione ha avuto immediata efficacia al momento della lettura della sentenza in presenza dell'imputato che l'aveva richiesta, e l'allontanamento volontario, attestato dalla Polizia di Frontiera, ne ha reso superflua l'esecuzione coattiva.

Ricorre l'elemento soggettivo del reato, stante l'evidente consapevolezza della sanzione, insita nell'accordo raggiunto con la pubblica accusa sulla sanzione da applicare in merito a plurimi e gravi reati; la circostanza che l'imputato possa non avere avuto contezza dell'immediata efficacia dell'espulsione e/o abbia fatto affidamento sulla inerzia della Questura che non ha eseguito coattivamente la sanzione sostitutiva prima dell'irrevocabilità della sentenza, non è elemento risolutivo, trattandosi di una errata conoscenza del precetto che, a norma dell'art. 5 c.p., non esclude il dolo. Anzi proprio la circostanza che, in prossimità del passaggio in giudicato della sentenza, lo stesso abbia scelto di allontanarsi volontariamente dal territorio nazionale è, semmai, ulteriore riscontro dell'adesione spontanea alla sanzione applicata.

In questo senso pertanto non è necessaria la formale esecuzione del provvedimento di espulsione. Infatti l'espulsione prevista dall'art. 16 D.lgs 286/1998 è immediatamente efficace ed esecutiva, posto che il secondo comma dell'art. 16 prevede che la stessa venga eseguita dal Questore anche prima del passaggio in giudicato della sentenza. In merito alle modalità di esecuzione, il rinvio dell'art. 16 comma 2 al solo art. 13 comma 4 comporta la necessità che, in tali casi, l'espulsione sia effettuata con "accompagnamento alla frontiera" a mezzo forza pubblica, senza possibilità di dilazioni per una partenza volontaria ai sensi dell'art. 13 comma 5. Tali disposizioni vanno poi coordinate con le altre disposizioni generali sull'esecuzione dell'espulsione rimessa sempre all'organo amministrativo, tra cui l'art. 13 comma 2 bis che prevede che l'espulsione "non venga eseguita coattivamente" nei confronti dello straniero identificato in uscita dal territorio nazionale durante i controlli di polizia di frontiera.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 febbraio 2019, n. 61 - Giudice Deplano.

PATROCINIO a spese dello Stato - falsità nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato - elemento soggettivo - errore - ravvisabilità documentale - irrilevanza - dolo eventuale - sussistenza.

(Art. 95 d.p.r. 115/2002)

Nel caso in cui la falsità nell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato sia determinato da errore sui redditi dei componenti del nucleo familiare, conviventi con l'istante, tale errore non rileva laddove esso risulti dai documenti fiscali, risultando sufficiente, ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo, il dolo eventuale. Nel caso di specie il fratello dell'istante aveva affermato, mediante autocertificazione, l'assenza di reddito, motivo per cui l'imputato aveva dichiarato un reddito familiare inferiore

a quello reale, ottenendo così l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 aprile 2019 - Giudice Deplano.

PROVE - valutazione della prova - mezzi di prova - testimonianza - testimonianza della persona offesa - pluralità di testi oculari - fattispecie di incidente stradale - preferibilità testimonianza persona offesa.

(Art. 192 e 194 c.p.p., art. 590 bis c.p.)

In fattispecie di incidente stradale a fronte della pluralità di testi oculari, tra le varie dichiarazioni si può ritenere preferibile la versione fornita nell'immediato dalla vittima. Questo perché una volta che è sicuro il nucleo dei fatti, tra i vari ricordi forse è da preferirsi quello di chi le lesioni le subì direttamente e cioè visse il fatto da protagonista passivo diretto; anche perché tale ricostruzione venne resa poco dopo il fatto e non a distanza di anni, come fatto dai testi in udienza.

PA.PITT.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 gennaio 2019, n. 127 - Giudice Lepri.

REATI stradali - guida in stato di ebbrezza - sinistro stradale - guida di un mezzo - prova - indicazioni univoche - necessità - carenza.

(Art. 186 co. 2 lett b) e co. 2bis d.l. 285/1992)

REATI stradali - guida in stato di ebbrezza - esami emato chimici - esecuzione al di fuori di protocolli - avviso facoltà farsi assistere da difensore - carenza - risultati - inutilizzabilità.

(Art. 186 co. 2 lett b) e co.2bis d.l. 285/1992)

In relazione al reato di cui all'art. 186 co. 2 lett b) e co.2bis D. Lvo 285/1992, al fine di valutare l'integrazione del presupposto di fatto della fattispecie criminosa, vale a dire la guida di un mezzo, non può assumere rilievo probatorio unico la circostanza che il motociclo usato dall'imputato presenti segni compatibili con un'eventuale caduta a terra se il veicolo è stato ritrovato regolarmente parcheggiato senza riscontri chiari da parte della sezione antinfortunistica della Polizia Municipale.

Al fine di provare la guida in stato di alterazione alcolica non rileva il risultato di esami ematici effettuati non nell'ambito degli ordinari protocolli ma su espressa ed autonoma richiesta della polizia giudiziaria, qualora l'interessato non sia stato previamente avvisato della facoltà di farsi assistere da un difensore.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 25 gennaio 2019, n. 336 - G.O.T. Barilari.

SICUREZZA pubblica - inosservanza ordine emesso dal Questore - foglio di via - accertamento legittimità atto amministrativo - necessità.

(Art. 163 r.d. 773/1931 TULPS)

Il giudice penale che deve pronunciarsi su una fattispecie in cui l'atto amministrativo è elemento costitutivo, ha il dovere di accertarne la legittimità. Nel caso di specie, il foglio di via emesso dal Questore deficitava della comunicazione dell'avvio del procedimento previsto in via generale dall'art. 7 L. 241/1990; tale omissione è legittima solo nella misura in cui sussistano particolari ragioni di urgenza - che devono essere riportate nel provvedimento attraverso la motivazione dello stesso - tali da rendere necessario l'immediato allontanamento del soggetto, non risultando sufficiente la dichiarata "necessità di tutelare con tempestività l'ordine e la sicurezza pubblica".

M.CAP.