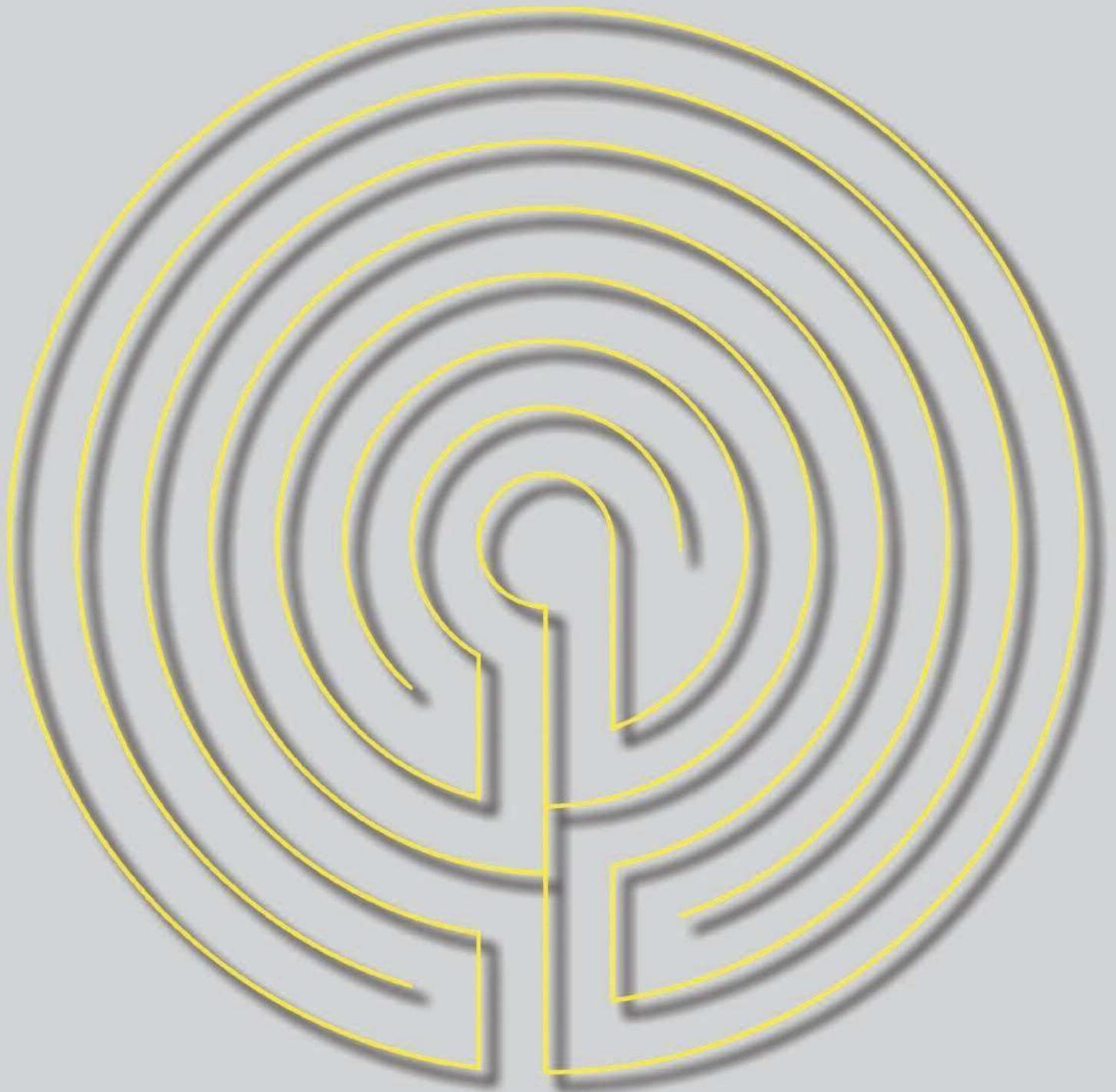


NEL LABIRINTO DEL DIRITTO



RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA n. 1/2022

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO

RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it

Direttore Responsabile:

Marco AZZARITI

Hanno collaborato a questo numero:

Francesco MACARIO - Vittoria SALVATO - Alessandra DOMINICI

Mariadomenica MARCHESE - Anna Maria SOLDI - Stanislao DE MATTEIS

Alessandro PEPE - Aldo Angelo DOLMETTA - Fulvio TRONCONE



Editore: Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Direzione – Redazione ed Amministrazione della rivista “Nel Labirinto del Diritto” sono presso la sede legale della Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico in Formello (Rm) alla Via del Praticello n. 34.

© 2022 Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Tutti i contenuti sono protetti dal diritto di autore. Ogni utilizzo non autorizzato sarà perseguito ai sensi di legge.
Riproduzione vietata.

Editoriale**Diritto Concorsuale**

Tra inadempimento delle obbligazioni e stato d'insolvenza: brevi note su dichiarazione di fallimento e (previa) risoluzione del concordato preventivo in attesa delle sezioni unite pag. 4
di Francesco MACARIO

Professore Ordinario di Diritto Privato presso l'Università degli Studi Roma TRE

Brevi considerazioni in ordine ad alcuni profili della riformata disciplina della crisi di impresa: presupposti delle procedure e doveri (del debitore, delle parti, delle autorità preposte alle stesse) pag. 13
di Vittoria SALVATO

Avvocato del foro di Napoli

Esecuzione Forzata

L'espropriazione immobiliare di beni gravati da "usi civici" pag. 27
di Alessandra DOMINICI

Magistrato presso il Tribunale di Civitavecchia

Brevi note in tema poteri inibitori e sospensivi e processo esecutivo pag. 42
di Mariadomenica MARCHESE

Consigliere presso la Corte di Appello di Potenza

La custodia dell'immobile dopo la legge delega 2021 pag. 54
di Anna Maria SOLDI

Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione

Diritto Tributario

Debiti tributari: dagli incentivi previsti dal Codice della crisi e dell'insolvenza e dal recente D.L. n. 118/2021 all'esdebitazione. pag. 70

di Stanislao DE MATTEIS, Alessandro PEPE, Anna Maria SOLDI

Sostituti Procuratori Generali presso la Suprema Corte di Cassazione

Diritto Civile

Fideiussioni bancarie e normativa antitrust. L'esigenza della tutela reale pag. 79
di Aldo Angelo DOLMETTA

già Consigliere nella Prima sezione della Corte di Cassazione,

già Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Docente a contratto presso la Facoltà di giurisprudenza.

"Un lungo cammino inizia sempre con un piccolo [ma significativo] passo" pag. 110
Prima applicazione della Verwirkung in campo locatizio (Nota a Cass. n. 16743 del 2021)

di Fulvio TRONCONE

Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione

Editoriale

Continua incessante il percorso complicato e tortuoso all'interno del c.d. Diritto vivente espressione questa che, se da una parte, rende il senso della profonda attualità degli argomenti trattati nel presente numero, dall'altra chiarisce, con tutta evidenza, il tentativo di dominare la complessità di temi sempre attuali, proponendo interpretazioni e soluzioni che, sia pure non sempre condivisibili, hanno certamente il pregio di indicare una strada, aprire un dibattito e quindi far partecipare attivamente.

Questa del resto è la *mission* della Rivista trimestrale di giurisprudenza (e non solo): costituire un momento di riflessione tra attori del mondo del Diritto.

E ciò appare evidente se solo si dà uno sguardo veloce al corposissimo indice di questo numero: l'attualità del tema dei doveri delle parti nella procedure di risoluzione della crisi o dell'insolvenza (vera e propria porta di ingresso per un diritto "contrattuale" della crisi di impresa) fa da *pendant* con lo spinoso tema delle fidejussioni bancarie e normativa *antitrust*, fino a giungere – con il numero in appendice - al tema forse più scottante ed immediato della non impugnabilità dell'estratto di ruolo di cui alla recentissima Legge n. 215 del 17 dicembre 2021.

Rincorrere temi attuali è difficile ed al contempo stimolante: è come lanciare messaggi di soccorso proprio nel nostro Labirinto del Diritto, dove nel complicato orientarsi si tende la mano per cercare quella via di uscita che significa libertà di pensiero ed espressione, proprio perché le nostre vogliono essere pagine "aperte" e "libere".

Buona lettura.

Marco AZZARITI

Tra inadempimento delle obbligazioni e stato d'insolvenza: brevi note su dichiarazione di fallimento e (previa) risoluzione del concordato preventivo in attesa delle sezioni unite

I. Ritenuta di particolare importanza e pertanto rimessa alla decisione delle Sezioni Unite¹, la questione giuridica relativa all'ammissibilità della dichiarazione di fallimento anche in assenza della previa risoluzione del concordato preventivo omologato (dunque, in fase di esecuzione) induce a svolgere qualche breve riflessione di tipo sistematico, ragionando essenzialmente sui principi che governano la materia dell'insolvenza e delle relative procedure concorsuali, nel necessario raccordo, che deve essere assicurato, sempre in termini di coerenza del sistema, con i principi e le norme del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti.

Tanto l'ampia e analitica motivazione della menzionata ordinanza, quanto l'esemplare (per la chiarezza nell'esposizione dei contenuti, così come per la correttezza delle opzioni argomentative) "memoria ex art. 378 c.p.c." resa dalla Procura Generale, danno conto, in primo luogo, dell'inesistenza di un contrasto interno alla Suprema Corte². Alcune voci dottrinali³, al pari di talune recenti decisioni nella giurisprudenza di merito, hanno assunto tuttavia una diversa posizione, discostandosi dall'orientamento della Cassazione nel senso dell'ammissibilità della dichiarazione di fallimento *omisso medio* – con formula riassuntiva, utilizzata dalla dottrina e ripresa dalla giurisprudenza -, ossia anche in assenza della risoluzione del concordato, per affermare il contrario, nel senso della necessaria previa risoluzione⁴, con altra decisione di merito che aveva esteso tale conclusione al caso dell'accordo di ristrutturazione omologato,

ex art. 182 *bis* l. fall., ritenendo applicabile analogicamente l'art. 186 l. fall., dettato in tema di concordato preventivo⁵.

Di qui, l'esigenza di fare il punto sulla questione, tanto più che, nel panorama normativo generale, alle disposizioni in vigore, così come intese e dunque operanti nel diritto vivente, si aggiunge la disciplina che opererà con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ove attualmente si registra la modifica (per effetto delle disposizioni "integrative e correttive", di cui al d.lgs. 147/2020) dell'art. 119 del Codice, consentendo l'apertura della liquidazione – ossia della procedura che sostituirà l'attuale fallimento – "solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo". La nuova norma, su cui vi sarà modo di ritornare nelle battute finali, estende poi la legittimazione a richiedere la risoluzione e la conseguente liquidazione (oltre che a tutti i creditori concorsuali, anche) al commissario giudiziale.

In attesa di conoscere l'esito della decisione delle Sezioni Unite, alcune rapide considerazioni di sistema valgono a confermare la correttezza dell'orientamento già espresso dalla Suprema Corte. Lo snodo concettuale, rispetto al quale la sensazione è che le decisioni di merito – al pari delle opinioni dottrinali, manifestate in senso contrario a quanto deciso dalla Cassazione – non abbiano messo a fuoco la visione complessiva e sistematica della materia, va colto nella diversità e autonomia dei piani d'indagine, nell'esame, rispettivamente, della domanda per la risoluzione del concordato e dell'istanza per la dichiarazione di fallimento. In tal senso, si può ritenere che lo scenario sistematico non debba necessariamente risultare modificato dopo la 'soppressione' del fallimento e della sua sostituzione con la procedura di liquidazione, secondo le regole e i principi del nuovo Codice (ancorché, s'è detto, la disposizione dell'art. 119, così come modificata, sembri andare in una diversa direzione, sicché potrebbe porsi nuovamente la questione, in termini questa volta di razionalità dell'op-

¹ L'ordinanza interlocutoria è di Cass. 31 marzo 2021, n. 8919.

² Ricordando la stessa ordinanza, nell'esordio della motivazione, i precedenti costituiti dalle ordinanze n. 17703/2017 e 29632/2017, quest'ultima in *Fallimento*, 2018, 731.

³ Da ultimo, anche per riferimenti ulteriori del passato, cfr. S. Ambrosini, *Inadempimento del concordato preventivo: fallimento omisso medio o previa risoluzione? La parola alle Sezioni Unite*, in www.ilcaso.it.

⁴ Si vedano, in particolare: Trib. Ancona, 20 giugno 2019, e App. Firenze, 16 maggio 2019, entrambe pubblicate e annotate in *Dir. fallim.*, 2020, 848, n. Fava; ma v. anche, in precedenza, Trib. Pistoia, 20 dicembre 2017, in *Fallimento*, 2018, 735, n. Ratti, Pezzano; Trib. Campobasso, 14 febbraio 2019, in www.dejure.it.

⁵ Cfr. Trib. Napoli, 4 febbraio 2016, in *Dir. fallim.*, 2016, 1604, n. Ferraro.

zione normativa adottata dal legislatore delle “integrazioni” e “correzioni”: v. *infra*).

II. Occorre dunque tenere ben distinti l’inadempimento, quale fatto al quale l’ordinamento collega un giudizio di disvalore – che si manifesta con le tutele apprestate per il creditore, ossia il risarcimento del danno nella disciplina delle obbligazioni, e per la controparte di un contratto a prestazioni corrispettive, ossia la facoltà di domandare la risoluzione del contratto (in alternativa o anche successivamente alla richiesta di esecuzione) – dall’insolvenza, costituente invece (non già un fatto, bensì) una condizione (da cui l’espressione: “stato d’insolvenza”) del debitore. Condizione, quest’ultima, che costituisce il presupposto per attivare una serie di forme di tutela (nella duplice prospettiva della disciplina del rapporto obbligatorio e del contratto, tanto in generale quanto nelle diverse fattispecie normative in ambito di “singoli contratti”), fra le quali spicca evidentemente la possibilità di presentare istanza di fallimento.

La scelta del legislatore di disciplinare la risoluzione del concordato preventivo, come conseguenza dell’inadempimento del debitore rispetto alla promessa di pagamento fatta ai creditori (i quali, sulla base di questa promessa, hanno approvato il concordato a maggioranza), così come la prassi consolidata (e ragionevole, nonché efficace in termini pratici) di richiedere cumulativamente la risoluzione del concordato per inadempimento e, per l’effetto (con autonoma statuizione del tribunale), la dichiarazione di fallimento (con riferimento agli artt. 137 e 15, oltre che 186 l. fall.), non può condurre a confondere le due diverse situazioni giuridiche, né a legittimare la necessaria pregiudizialità della risoluzione.

Se appare persino scontato ritenere che l’accertamento dell’insolvenza del debitore sia altra cosa rispetto all’accertamento del suo inadempimento e che, di conseguenza, tali valutazioni siano autonome e indipendenti – fermo l’innegabile nesso tra insolvenza e adempimento, nel senso che la prima si manifesta proprio nell’incapacità del debitore di adempiere le sue obbligazioni con regolarità (ma non può esservi identificazione con l’inadempimento o i diversi inadempimenti, in se stessi considerati) -, non si comprende perché tale elementare assunto debba essere smentito nel momento in cui la valutazione avvenga rispetto al debitore in concordato preventivo. La rilevata separazione dei piani dell’indagine,

richiesta da un’elementare logica giuridica e valida in entrambe le situazioni (ossia del debitore ancora *in bonis* e del debitore in concordato), esclude pertanto che la dichiarazione di fallimento - inesorabilmente fondata sull’accertamento dell’insolvenza e non dell’inadempimento, né di plurimi inadempimenti, benché, in punto di fatto, sono questi a rilevare maggiormente tra gli indici dell’insolvenza -, debba essere preceduta dalla risoluzione del concordato preventivo.

In altri termini, il debitore che, nella fase di esecuzione del concordato, si riveli incapace di adempiere regolarmente le sue obbligazioni – deve intendersi pacificamente: quelle assunte verso i creditori concorsuali attraverso la proposta concordataria – potrà dunque essere ritenuto insolvente, con la conseguente apertura della procedura concorsuale fallimentare (o di liquidazione, con il nuovo Codice) anche *omisso medio*, una volta che il tribunale abbia accertato l’insolvenza stessa. Se è del tutto ovvio che il regolare adempimento (degli obblighi assunti mediante la procedura concordataria) sia preclusivo tanto della risoluzione, quanto della dichiarazione di fallimento, è invece (astrattamente) possibile che l’inadempimento rilevante (secondo il criterio, mutuato sempre dal diritto comune dei contratti, in particolare a prestazioni corrispettive, della “non scarsa importanza”) conduca alla risoluzione del concordato, senza tuttavia la dichiarazione di fallimento, avendo - sempre in termini di ipotesi, certamente assai poco frequente, ma comunque possibile – il debitore superato le difficoltà economico-finanziarie e quindi, in una parola, avendo lo stesso riacquisito la condizione di piena solvibilità (impeditiva del fallimento).

In quanto derivanti da valutazioni di natura prettamente sistematica e dunque di carattere generale, le considerazioni appena svolte non possono non valere, infine, anche per il caso dell’inadempimento all’accordo per la ristrutturazione dei debiti, la cui eventuale risoluzione non è direttamente connessa, in un rapporto di necessaria consequenzialità, con la dichiarazione di fallimento del debitore inadempiente. Ove quest’ultimo versi tuttavia in una condizione d’insolvenza, potrà essere dichiarato il fallimento, senza che la sola presenza dell’accordo – l’inadempimento al quale, evidentemente, verrà accertato come premessa logica alla rilevanza giuridica dell’incapacità di adempiere regolarmente, ossia all’insolvenza – imponga di transitare attraverso la sua risoluzione (anche se, oc-

corre ancora ribadirlo, questo passaggio si verificherà verosimilmente nella maggior parte dei casi).

III. Fissati i principi che, manifestati o non in modo esplicito nella motivazione, dovrebbero guidare la decisione delle Sezioni Unite, inducendole a confermare senza tentennamenti l'orientamento della Cassazione - in linea, del resto, con le considerazioni svolte, in modo lineare e incontrovertibile s'è detto, nella memoria della Procura Generale -, si possono comprendere alcuni passaggi, di natura maggiormente tecnica in quanto fondati sull'esame delle disposizioni vigenti, della *ratio decidendi* seguita dalla Suprema Corte (sia pure espressa, come è inevitabile, in termini diversi nelle menzionate decisioni del 2017 e nelle altre richiamate nell'ordinanza di rimessione al Primo Presidente).

In primo luogo, si afferma la mancanza di qualsiasi automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento, con la precisazione che con la domanda di risoluzione il creditore avrebbe interesse a far valere il credito nella misura originaria e non in quella falciata (concordataria). La Corte conferma che l'art. 184 l. fall. (talvolta, invero un po' enfaticamente, "descritto come proiezione concorsuale del principio civilistico di cui all'art. 1372 cod. civ.") non può condizionare, per così dire, il creditore e che, a fronte dell'istanza di fallimento, il tribunale deve verificare i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. fall., ritenuti "presupposti comuni che andranno accertati *ex novo*". Va ricordato poi l'argomento - lo si rinviene, in particolare, nella seconda decisione n. 29632/2017 - secondo cui la pretesa "specialità" dell'art. 186 l. fall. non vanifica l'operatività delle norme generali (che finiscono per esprimere i principi portanti della materia, mentre non esprime certo un principio l'art. 186 l. fall.), a cominciare da quelle sui soggetti legittimati a provocare la dichiarazione di fallimento (attualmente, gli artt. 6 e 7 l. fall.). Innegabile è infatti l'aporia - correttamente temuta e dunque denunciata dalla Procura Generale nella sua memoria - che determinerebbe la sopravvalutazione della previsione dell'art. 186 l. fall., connessa alla pretesa sua "specialità", dal momento che la legittimazione dei soli creditori anteriori a richiedere la risoluzione, finisce per limitare a costoro, in punto di fatto, anche la facoltà di chiedere la dichiarazione di fallimento (conseguente alla risoluzione), con esito visibilmente irrazionale sul sistema delle procedure concorsuali.

Scarso significato sembrerebbe poi doversi riconoscere alla pretesa distinzione tra la "nuova insolvenza" e quella che avrebbe condotto al concordato, considerandone la "continuità" - come *quaestio facti*, evidentemente, chiariva la Suprema Corte nel 2017 -, ripresa dall'ordinanza di rimessione. Anche su questo punto, inequivoca e pienamente condivisibile è la posizione della Procura Generale, nel senso che: "nessun dato normativo consente di elaborare una distinzione tra insolvenza *ante* e insolvenza *post*, sicché, in assenza di specifiche previsioni, l'insolvenza deve considerarsi una condizione unitaria".

Un principio generale e insuperabile fissa il criterio per la verifica della sussistenza dello stato d'insolvenza nella capacità del debitore di far fronte con regolarità alle sue obbligazioni e, dunque, nel contesto del concordato in fase di esecuzione, l'accertamento verterà sulla capacità di effettuare con regolarità i pagamenti programmati e promessi con la proposta (sulla quale si sono espressi con il voto i creditori). È evidente che, nell'esecuzione del concordato, l'insolvenza del debitore potrebbe aggravarsi, nel senso che, per effetto di fattori diversi (a cominciare dalle eventuali obbligazioni sopravvenuti), il debitore proponente non riesca a rispettare il piano concordatario e dunque la promessa di pagamento, ma ciò non autorizza a individuare due diverse insolvenze, che non soltanto mancano di qualsiasi fondamento normativo, ma alimentano un'inutile confusione nell'applicazione delle norme e dei principi.

Anche gli argomenti che l'ordinanza riferisce ad alcune voci in dottrina, per negare il fallimento *omisso medio*, sostenendo pertanto la necessaria preventiva risoluzione del concordato, sembrano l'esito di un esasperato esercizio esegetico delle disposizioni e di più o meno forzati equilibrismi tra le stesse, come ad esempio quando la questione giuridica in esame viene collegata alle diverse ipotesi di cui agli artt. 162, 2° comma e 173, 2° comma l. fall., o si insiste sulla pretesa efficacia di *lex specialis* dell'art. 186 l. fall. Senza dire, per un verso dell'ulteriore argomento - se così lo si vuol definire - relativo alla possibilità del creditore di agire *in executivis* sui beni del debitore nel caso di concordato inadempito (ma non risolto), che invero si fa fatica a considerare attinente alla questione; per altro verso, del tentativo di neutralizzare il passaggio della motivazione di Corte cost. 2 aprile 2004, n. 106, estremamente chiaro nel senso della piena ammissibilità della dichiarazione di fallimento ("in consecuzione" oppure *ex novo*), senza la

previa risoluzione (nella specie, preclusa al creditore, dopo il decorso del termine fissato dal legislatore).

La tendenza a svolgere questo genere di argomentazioni, di natura apparentemente tecnico-formale, che non è possibile svolgere e contestare in modo più diffuso in questa sede – né appare utile, data l'estrema linearità della soluzione confermativa dell'orientamento favorevole alla dichiarazione di fallimento *omisso medio* –, sembra indotta da un atteggiamento fortemente condizionato dall'idea (preconcetta) che si debba ragionare soltanto su quanto il legislatore espressamente prevede (o non prevede, immaginando che per ciò stesso la soluzione vada esclusa). In tal modo, si finisce per rinunciare anche al solo tentativo di ricercare una soluzione razionale, secondo il sistema e i principi su cui lo stesso si fonda – in tal senso, occorre inquadrare, in primo luogo, la disciplina delle procedure concorsuali in un contesto necessariamente più ampio, quale è quello del diritto comune delle obbligazioni e dei contratti -, mantenendo ben distinte le diverse problematiche giuridiche dell'accertamento, rispettivamente, dell'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione e dello stato d'insolvenza, secondo le considerazioni iniziali. Non è un caso che l'irrazionalità di determinati esiti, conseguiti mediante forzati incastrati eseguiti delle disposizioni della legge fallimentare in tema di concordato preventivo, venga apertamente denunciata anche nella memoria della Procura Generale.

Dovrebbe risultare evidente, anche ai Supremi Giudici nella prossima decisione delle Sezioni Unite, l'irrazionalità di una soluzione che faccia dipendere la dichiarazione di fallimento dall'accertamento dell'inadempimento di non scarsa importanza e dalla conseguente risoluzione del concordato, dal momento che il presupposto oggettivo del fallimento – al momento attuale almeno, mentre con il nuovo Codice si tratterà della procedura di liquidazione - risiede nello stato d'insolvenza, rispetto al quale è indifferente la sua genesi, per così dire; se si preferisce, il contesto in cui l'insolvenza stessa matura. L'ipotesi del concordato preventivo inadempito, del resto, quale contesto giuridico prodromico alla dichiarazione di fallimento, potrebbe essere assimilata a quella di una transazione inadempita – ma anche, s'è detto, dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182 *bis* l. fall. -, in ipotesi proprio a causa della condizione del debitore (che può consistere nello stato d'insolvenza), ma nessuno subordinerebbe la dichiarazione di fallimento alla risoluzione della transazione (senza

dire dei tempi, notoriamente molto lunghi, che richiederebbe lo svolgimento del giudizio per l'accertamento dell'inadempimento e la conseguente pronuncia risolutoria).

IV. Il ragionamento fondato sui principi e la ricerca della razionalità del sistema dovrebbero consentire, infine, di affrontare senza particolari difficoltà le diverse “problematiche” indicate nella parte finale dell'ordinanza di rimessione. In primo luogo, sembra veramente un falso problema quello del rischio di aggiramento o elusione dell'art. 186 l. fall., per la differenza e autonomia, già ampiamente considerata, tra la pronuncia di risoluzione (disciplinata dalla disposizione indicata) e la dichiarazione di fallimento (che consegue, invece, all'accertamento dello stato d'insolvenza).

Analogamente, non costituisce un problema giuridico effettivo la presenza di alcune ipotesi tipizzate, in cui è possibile che venga dichiarato il fallimento in costanza della procedura concordataria (secondo gli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall.), posto che tali fattispecie normative non valgono (così come accade per l'art. 186) a escludere la dichiarazione di fallimento *omisso medio*, non prevista ma neanche esclusa da alcuna disposizione: ritenere che il fallimento in costanza di concordato possa essere dichiarato “solo al verificarsi degli eventi di cui agli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall.” si rivela, allo stato se non altro, una petizione di principio, mentre con l'entrata in vigore del nuovo Codice – ove rimanga immutata la norma di cui al menzionato art. 119, che ammette l'apertura della procedura di liquidazione solo dopo la risoluzione del concordato preventivo – potrebbe porsi un problema appunto di razionalità della stessa disposizione, in ragione delle considerazioni sin qui svolte.

Da ultimo, anche il problema del “coordinamento” – la Cassazione lo eleva a “generale principio di coordinamento” – tra le procedure concorsuali e, in particolare del c.d. “coordinamento asimmetrico” (di cui alle celebri pronunce delle Sezioni unite 9935 e 9936/2015), può essere agevolmente superato dalla ovvia constatazione che il fallimento non potrebbe essere dichiarato se non dopo l'accertamento dell'inadempimento degli obblighi assunti dal debitore con il concordato, ma sempre a condizione che venga verificata la sussistenza dell'insolvenza. Non può essere, pertanto, la definizione del concordato “con esito negativo, in seguito al verificarsi di uno degli eventi di cui agli artt. 162, 173, 179 e 180 l. fall.”, la *condicio*

sine qua non per la dichiarazione di fallimento, ma l'accertamento dello stato d'insolvenza, secondo la norma di principio di cui all'art 5 l. fall. Anche l'assimilazione dell'art. 184 l. fall. all'art. 1372 c.c., quale "proiezione concorsuale" del principio di vincolatività del contratto, al di là della discutibilità del parallelismo – è persino banale osservare che il concordato preventivo è (e rimarrà sempre) una procedura, imperniata sulla deliberazione a maggioranza dei creditori, rispetto alla quale alcune categorie ordinanti del diritto contrattuale possono senz'altro essere richiamate (come è in effetti avvenuto, tanto da parte della giurisprudenza, quanto dallo stesso legislatore), ma non ha certo la struttura e la natura del contratto -, non può comportare *ex se* la conseguenza della sua necessaria risoluzione, prima che possa essere dichiarato il fallimento.

L'auspicio è, per concludere queste brevi considerazioni, che la pronuncia delle Sezioni Unite possa

costituire l'occasione non soltanto per risolvere la questione specifica sottoposta al suo esame, ma anche per offrire una solida base sistematica alla decisione stessa, che in prospettiva consenta un'applicazione delle norme del Codice di prossima entrata in vigore in armonia con la cornice dei principi che al diritto vivente si richiede di attuare, così da assicurare il razionale funzionamento del sistema, anche e soprattutto nel momento in cui quest'ultimo va assestandosi, dopo le numerose novità normative introdotte nell'ordinamento in tema di crisi d'impresa, insolvenza e procedure concorsuali.

Francesco MACARIO

Si allega in calce la requisitoria della Procura generale della Corte di cassazione relative alla questione oggetto dell'articolo del prof. Francesco MACARIO.



**PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione**

**Udienza pubblica del 7 dicembre 2021 – Sezioni Unite civili
R.G. n. 2010 2017 n. 1 del ruolo**

Memoria ex art. 378 c.p.c.

IL PUBBLICO MINISTERO

Visto il ricorso R.G. n. 2010 del 2017;

letti gli atti, osserva:

preliminarmente, pur convenendosi sulla perdurante importanza della trattazione orale della causa, anche in sede di legittimità, non sempre pienamente surrogabile dalla trattazione scritta, si ritiene nondimeno opportuno, tenuto conto della natura della questione posta dal ricorso, di illustrare gli argomenti che costituiranno oggetto delle conclusioni orali in una memoria scritta, allo scopo di garantire nei termini più ampi ed effettivi il contraddittorio ed il diritto di difesa delle parti.

1. L'oggetto della controversia ed i dati processuali salienti

Il Fallimento della XXXX ricorre per cassazione contro la sentenza della Corte di Appello di Campobasso (n. 394 del 2016) che ha revocato il fallimento della XXXXX, dichiarato su istanza del Pubblico Ministero senza la preventiva risoluzione del concordato preventivo cui la società debitrice era stata ammessa, ormai omologato ed in fase di esecuzione.

I fatti processuali ancora rilevanti possono essere ricostruiti come segue:

XXXX veniva ammessa al concordato preventivo, successivamente omologato nel 2013;

con istanza del 1° giugno 2016, il P.M. instava per il

fallimento della predetta società e tale richiesta veniva accolta dal Tribunale di Campobasso con la sentenza n. 12 del 2016, quantunque la procedura concorsuale minore non fosse stata previamente definita con la risoluzione, ai sensi dell'art. 186 l.f.;

la predetta sentenza, reclamata dalla fallita, veniva quindi riformata dalla Corte di Appello di Campobasso che revocava la dichiarazione di fallimento della debitrice perché pronunciata “*omisso medio*”.

2. La questione posta all'attenzione della Corte e le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite

La questione posta all'attenzione della Corte, diffusamente individuata in tutte le sue implicazioni dall'ordinanza interlocutoria n. 8919 del 2021, è la seguente:

occorre stabilire se, a seguito della omologazione del concordato preventivo, la società ammessa alla procedura concorsuale minore possa essere dichiarata fallita ad istanza di uno qualunque dei soggetti legittimati ai sensi degli artt. 6 e 7 l.f., senza che il concordato preventivo sia stato previamente risolto;

è, peraltro, necessario valutare se una ricostruzione favorevole alla dichiarazione di fallimento *omisso medio* sia compatibile con il quadro normativo vigente (così come ricostruito anche in via interpretativa) nonché con il nuovo codice della crisi di impresa, non ancora in vigore.

Fatte tali premesse, va innanzitutto precisato che la questione esaminata è risolta in modo univoco dalla giurisprudenza di legittimità che ha più volte affermato la ammissibilità del fallimento *omisso medio* del debitore in concordato preventivo ad istanza di tutti i soggetti legittimati, ai sensi degli artt. 6 e 7 l.f. (Pubblico Ministero, creditori concorsuali limitatamente alla quota del credito, come “ristrutturata”, creditori successivi alla procedura concorsuale minore).

L'intervento delle Sezioni Unite è stato, infatti, sollecitato (con la citata ordinanza interlocutoria n. 8919 del 2021) al solo fine di affrontare la tenuta dell'orientamento cui si è fatto cenno alla luce delle criticità evidenziate dalla giurisprudenza di merito (che a tutt'oggi non si è integralmente adeguata all'orientamento della Suprema Corte) nonché da parte della dottrina.

La richiesta di rimessione alle Sezioni Unite della presente controversia non è, pertanto, giustificata dalla necessità di un intervento nomofilattico chiarificatore di un contrasto interpretativo registrato nella presente sede di legittimità ma appare piuttosto finalizzato a conseguire una pronuncia che possa sopire definitivamente ogni dubbio ricostruttivo.

3. Il quadro normativo di riferimento

Al fine di comprendere esattamente i termini della questione è necessario prima di ogni altro rilievo ricostruire il panorama normativo di riferimento.

Innanzitutto, il concordato preventivo vincola tutti i

creditori “anteriori”.

L'art. 184 l.f. stabilisce, infatti, che il concordato preventivo è obbligatorio per tutti i creditori che, in quanto titolari di pretese maturate in epoca antecedente alla presentazione del ricorso di cui all'art. 161 l.f., possono definirsi concorsuali.

Il vincolo concordatario può, tuttavia, sciogliersi a determinate condizioni.

L'art. 186 l.f., nella formulazione attualmente vigente, stabilisce che la risoluzione del concordato preventivo può essere dichiarata, ad istanza di ciascuno dei creditori (evidentemente concorsuali), quando l'inadempimento non ha scarsa importanza.

A seguito del decreto legislativo n. 169 del 2007 non è, dunque, possibile che alla risoluzione del concordato si pervenga in presenza di un inadempimento della società debitrice segnalato dal Commissario giudiziale ovvero rilevato di ufficio dal Tribunale.

Per completezza, giova, comunque, rappresentare che le predette disposizioni sono destinate a mutare parzialmente nel prossimo futuro.

Il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), ha sostituito l'originario art. 119 del codice della crisi, inserendo un settimo comma a tenore del quale “*il Tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo*”.

Sempre la medesima disposizione stabilisce, altresì, che legittimati a richiedere la liquidazione sono tutti i creditori (concorsuali) nonché il commissario giudiziale.

4. La posizione interpretativa della Suprema Corte e le posizioni antagoniste

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte (Cass. n. 17703 del 2017; Cass. n. 29632 del 2017; in senso parzialmente difforme va, però, menzionata, seppure limitatamente ad un *obiter dictum*, Cass. n. 13850 del 2019) fino ad oggi può riassumersi come segue:

- il creditore anteriore può presentare istanza di fallimento a prescindere dalla risoluzione del concordato qualora intenda far valere il credito insoddisfatto nella misura “falcidiata” dalla proposta;
- l'esercizio della facoltà prevista dall'art. 6 l.f. non è preclusa dalla vincolatività del patto concordatario sancita dall'art. 184 l.f., salvo che il creditore anteriore intenda far valere il credito inadempito nella misura originaria;
- l'art. 186 l.f. non è, pertanto, norma speciale rispetto all'art. 6 l.f.: il ricorso per la risoluzione del concordato preventivo è, infatti, finalizzato esclusivamente a realizzare la “riviviscenza” dell'originaria esigibilità inte-

- grale dell'obbligazione vantata dai creditori anteriori; il Pubblico Ministero è legittimato, ai sensi dell'art. 7 l.f., quando alleggi una insolvenza riferibile ai creditori anteriori, nei soli limiti della quota "ristrutturata" del credito che ad essi spetta nell'ambito della procedura concorsuale minore.

Come anticipato, parte della giurisprudenza di merito e parte della dottrina contrastano la posizione sino ad ora espressa dalla giurisprudenza di legittimità affermando che:

- il fallimento del debitore non può essere dichiarato se non sia stata preventivamente definita la procedura di composizione negoziale della crisi (invocando la necessità del "coordinamento asimmetrico" della procedura concordataria e della procedura fallimentare come affermato dalla Cassazione a Cass. Sezioni Unite n. 9935 e 9936 del 2015); pertanto, una istanza di fallimento formulata, ai sensi dell'art. 6 (da un creditore concorsuale anteriore) ovvero dell'art. 7 l.f. (dal P.M.), sarebbe improcedibile ove il concordato non fosse stato previamente risolto poiché la risoluzione dopo l'omologazione costituisce l'unico strumento giuridico che consente di porre nel nulla la procedura di composizione negoziale della crisi;
- le disposizioni della legge fallimentare inducono alla conclusione dell'inammissibilità del fallimento *omisso medio* poiché a) l'art. 186 l.f. è *lex specialis* rispetto all'art. 6 l.f.; poiché gli artt. 162 e 173 l.f. attribuiscono espressamente al P.M. il potere di chiedere che la procedura concordataria sia convertita in fallimento in presenza di determinati presupposti, tale facoltà non può essere riconosciuta al di fuori di quanto espressamente stabilito dalla legge; b) l'art. 184 l.f. stabilisce che il concordato preventivo approvato e omologato obbliga i creditori anteriori che, pertanto, non possono invocare una insolvenza delle obbligazioni concordatarie se non dopo aver risolto l'accordo raggiunto con il debitore;
- lo stato di insolvenza che ha dato luogo alla procedura concordataria è definitivamente rimosso dall'effetto esdebitatorio dell'omologazione di guisa che il creditore anteriore può instare per il fallimento dell'imprenditore allegando una insolvenza successiva connessa a pretese maturate nel corso della procedura concorsuale minore;

in presenza di un concordato preventivo inadempito, ma non più risolvibile per decorso del tempo (l'art. 186 l.f. consente di chiedere la risoluzione nel termine perentorio di un anno), i creditori anteriori, pur non potendo richiedere il fallimento del debitore, possono esercitare le azioni esecutive individuali che, a seguito dell'omologazione, non sono precluse dall'art. 168 l.f.

5. La ammissibilità della dichiarazione di fallimento

omisso medio e gli argomenti che inducono a preferire tale soluzione

Diversi argomenti inducono a confermare la posizione interpretativa cui ormai da tempo ha aderito la Suprema Corte.

Va preliminarmente evidenziato che nessun significato può attribuirsi al fatto che l'art. 119 del codice della crisi, nella stesura introdotta nel 2020, al settimo comma preveda che "il Tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo".

Può, infatti, affermarsi che tale disposizione non rappresenta nel caso di specie un valido criterio interpretativo poiché tra la normativa dell'attuale legge fallimentare ed il codice della crisi non ricorre il necessario "ambito di continuità" che renderebbe possibile ricavare dalle disposizioni future elementi utili alla esegesi di quelle vigenti (il riferimento alla necessità di un ambito di continuità tra il vecchio ed il nuovo è compiuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 12476 del 2020).

La disposizione contenuta nel nuovo codice della crisi pare, infatti, per la gran parte "innovativa" come si evince dal fatto che il citato articolo 119, oltre ad attribuire il potere di chiedere la risoluzione, non solo ai creditori, ma anche al Commissario giudiziale (cui spetta di formulare specifica segnalazione al Tribunale), vieta espressamente la dichiarazione di fallimento *omisso medio* nel caso in cui l'insolvenza sia riconducibile a debiti anteriori.

Analogo divieto non è, invece, espressamente previsto dalla attuale legge fallimentare né può ricavarsi indirettamente dal complesso delle disposizioni che disciplinano regolano il concordato preventivo e ne prevedono la possibile "conversione" in fallimento.

Alla conclusione secondo cui la previa risoluzione del concordato preventivo omologato costituirebbe la condizione ineludibile affinché il debitore possa essere dichiarato fallito per l'inadempimento degli impegni assunti nei confronti dei creditori anteriori non può pervenirsi neppure sostenendo che la composizione negoziale della crisi realizza la definitiva esdebitazione dell'imprenditore relativamente alle obbligazioni pregresse che, ove inadempite, potrebbero al più essere soddisfatte attraverso l'esercizio di una azione esecutiva individuale ma non con concorsuale.

Tale affermazione non persuade innanzitutto perché nessun dato normativo consente di elaborare una distinzione tra insolvenza *ante* e insolvenza *post* sicché, in assenza di specifiche previsioni, l'insolvenza deve considerarsi espressione di una condizione unitaria.

In questa prospettiva, non vi sarebbe, pertanto, motivo per escludere che anche i debiti concordatari inadempiti possano da soli costituire sintomo rivelatore del fatto che l'imprenditore, pur ammesso alla composizione ne-

goziale della crisi, è divenuto insolvente nella fase di esecuzione del piano perché solo nella fase liquidatoria è stata acquisita prova del fatto che non in condizione di far fronte con regolarità (secondo modalità e tempi promessi) ai pagamenti programmati in virtù della proposta.

Giova, ancora rilevare, che non convince la tesi secondo cui i creditori anteriori, in presenza di un adempimento del concordato, avrebbero una alternativa secca tra la proposizione dell'istanza di risoluzione, che è prodromica alla eventuale successiva richiesta di fallimento, e l'esecuzione individuale.

Tale prospettazione non persuade per tutte le ragioni sin qui esposte ed anche in considerazione del fatto che, pendente il concordato preventivo, l'esecuzione individuale è percorribile ad istanza dei creditori anteriori solo a determinate condizioni. Più precisamente, quantunque, ai sensi dell'art. 168 l.f., il divieto di esecuzione individuale operi solo a far data dalla proposizione della domanda di concordato preventivo e sino alla sua omologazione, è prevalente la tesi secondo cui non è possibile sottoporre ad espropriazione i beni che il debitore abbia ceduto ai suoi creditori in virtù di una proposta di concordato preventivo liquidatorio poiché questi ultimi fanno parte di un patrimonio "segregato" non disponibile (cfr. Cass. n. 5306 del 1999 con riferimento al concordato con cessione).

Va, inoltre, precisato che durante la fase di esecuzione del concordato i creditori anteriori sono vincolati dai tempi e modi di pagamento previsti dalla proposta talché non sussiste il potere di agire in via esecutiva fintantochè il credito non sia divenuto esigibile rispetto a tutte le scadenze indicate nella proposta omologata.

In ogni caso, è ulteriormente opportuno precisare che ove si accedesse alla tesi secondo cui non è possibile dichiarare il fallimento dell'imprenditore – debitore ammesso ad un concordato preventivo nel frattempo omologato se tale procedura concorsuale minore non sia stata previamente risolta ai sensi dell'art. 186 l.f., si apprederebbe ad una ricostruzione foriera di significative aporie. Poiché la risoluzione di cui all'art. 186 l.f. può essere invocata dai soli creditori anteriori, affermare che il fallimento *omisso medio* è vietato, equivale a sostenere che, una volta omologato il concordato preventivo, l'imprenditore – debitore non potrebbe essere dichiarato fallito per una insolvenza collegata all'inadempimento delle obbligazioni concordatarie, in virtù di una istanza del P.M. ovvero di una richiesta di autofallimento.

L'effetto di una siffatta soluzione è, però, evidentemente irrazionale.

Pare, infatti, difficilmente percorribile la tesi secondo cui la dichiarazione di fallimento di un imprenditore – debitore in concordato preventivo che abbia "ammesso" di non poter adempiere regolarmente le proprie obbligazioni o che sia risultato insolvente all'esito degli accertamenti compiuti dalla Procura della Repubblica, sia pre-

cluso da un ostacolo processuale, non espressamente previsto e, peraltro, irriducibilmente contrastante con gli interessi pubblicistici sottesi agli istituti della legge fallimentare.

La tesi favorevole alla dichiarazione di fallimento *omisso medio* per l'inadempimento delle obbligazioni concordatarie è, infine, conforme alla sentenza della Corte Costituzionale n. 106 del 2004 che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 137, 184 e 186 l.f. affermando che "*una lettura delle norme impugnate conforme a Costituzione non preclude all'interprete di giungere alla conclusione che anche in assenza di risoluzione del concordato possa giungersi ad una dichiarazione di fallimento*", ha implicitamente sostenuto che anche l'inadempimento dei crediti anteriori alla proposta concordataria può dare origine ad una insolvenza "rilevante" ai fini dell'apertura della procedura concorsuale.

La soluzione sin qui propugnata appare peraltro in linea con l'orientamento (espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 9435 e 9436 del 2015) secondo cui le istanze di fallimento non sono procedibili fintantochè il Tribunale non abbia provveduto sulla domanda di concordato preventivo.

Deve, infatti, ritenersi che l'esigenza di provvedere prioritariamente sulla domanda di cui all'art. 161 l.f. viene meno quando il concordato preventivo sia stato ammesso, approvato e poi omologato.

Quando il concordato pende ormai in fase esecutiva, l'obiettivo di favorire prioritariamente soluzione negoziata della crisi del debitore pare inevitabilmente raggiunto. La necessità del coordinamento simmetrico tra le due procedure non può, invece, essere portato alle estreme conseguenze tanto da indurre ad affermare che, pur dinanzi ad un inadempimento delle obbligazioni concordatarie, l'istanza di fallimento è improcedibile quando la risoluzione non è stata richiesta o, comunque, disposta.

Per completezza, giova rilevare che non è condivisibile la tesi secondo cui la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore - debitore presuppone la preventiva definizione della procedura di concordato preventivo pendente, come può ricavarsi dalle disposizioni dettate dagli artt. 162, 173 e 180 l.f. che subordinano la conversione della procedura concorsuale minore in fallimento allo svolgimento di un subprocedimento "tipico" finalizzato alla chiusura anticipata.

Deve, infatti, ritenersi che tale preventiva definizione, certamente indispensabile nelle fasi che precedono l'omologazione, non sia più necessaria quando il concordato preventivo omologato, sia ormai in corso di esecuzione.

6. Le criticità applicative dell'orientamento ritenuto preferibile

Per completezza, giova evidenziare che non possono essere addotte a sostegno della tesi opposta a quella sin qui sostenuta le criticità applicative che possono derivarne.

Si è sostenuto che la tesi favorevole alla dichiarazione del fallimento *omisso medio* produrrebbe l'effetto di far lievitare i costi poiché imporrebbe di duplicare le spese anche degli organi della procedura.

Si è altresì affermato che in caso di fallimento non preceduto dalla risoluzione del concordato preventivo imporrebbe la gestione coordinata di due masse.

A ben vedere va, però, rilevato che tali argomenti non sono decisivi.

Giova rilevare innanzitutto che se la dichiarazione di fallimento costituisce l'unica modalità per tutelare le ragioni dei creditori concorsuali, nessun rilievo assume il fatto che essa generi ulteriori costi.

Inoltre, la eventuale coesistenza delle due masse delle diverse procedure concorsuali non costituisce ragione sufficiente per la dichiarazione di fallimento che, oltre, ad avere una rilevanza pubblicistica in determinate ipotesi, produce effetti ben più ampi a carico del debitore.

7. I principi di diritto alla luce delle conclusioni raggiunte e la conseguente richiesta di accoglimento del ricorso

Alla luce di quanto sin qui sostenuto, giova rilevare che la dichiarazione di fallimento non poteva essere revocata in quanto il creditore istante era legittimato a proporre la istanza ex art. 6 l.f. in relazione ad una pretesa "anteriore".

Si chiede, pertanto, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di accogliere il ricorso confermando

l'orientamento sin qui espresso nei seguenti termini:

- il debitore può essere dichiarato fallito, ad istanza dei creditori concorsuali, del P.M. e dello stesso debitore, per l'inadempimento dei crediti anteriori riscontrato nella fase esecutiva di un concordato preventivo omologato e non risolto (perché il ricorso ex art. 186 l.f. non è stato proposto ovvero non poteva più essere proposto);
- la mancata o intempestiva richiesta di risoluzione del concordato preventivo non impedisce che i soggetti legittimati ai sensi degli artt. 6 e 7 l.f. possano chiedere che il debitore venga dichiarato fallito, se insolvente alle obbligazioni concordatarie assunte; in mancanza di una pronuncia giudiziale di risoluzione che ponga nel nulla l'accordo negoziale pregresso, l'inadempimento dell'imprenditore in concordato va, però, ragguagliato, rispetto ai debiti anteriori, non agli importi originari, ma agli importi rinvenienti dalla ristrutturazione.

Per tutte le ragioni che precedono, il ricorso proposto dal fallimento appare fondato e deve essere accolto.

PER QUESTI MOTIVI

Chiede che la Corte di Cassazione accolga il ricorso.

Anna Maria SOLDI
Il Sostituto Procuratore Generale

Brevi considerazioni in ordine ad alcuni profili della riformata disciplina della crisi di impresa: presupposti delle procedure e doveri (del debitore, delle parti, delle autorità preposte alle stesse)

SOMMARIO: 1. Premessa. • 2. Novità e finalità della riforma della crisi di impresa; sistematica del codice della crisi. • 3. Presupposto soggettivo delle procedure di composizione della crisi e di regolazione della crisi e dell'insolvenza. • 4. Presupposto oggettivo delle procedure di composizione della crisi e di regolazione della crisi e dell'insolvenza. • 5. Doveri delle parti coinvolte nelle procedure. • 6. Doveri e poteri del pubblico ministero nella crisi d'impresa.

1. Premessa.

Il succedersi di riforme legislative - in quest'epoca di transizione particolarmente vorticosa - non può destare perplessità, poiché costituisce carattere naturale ed essenziale dell'ordinamento, tenuto conto che, come sottolineato da uno degli indiscussi Maestri del nostro Paese (e non solo), Giuseppe Capograssi, «[n]essun ordinamento è definitivo, perché nessuna situazione della vita esaurisce le invenzioni della vita. E nessun ordinamento resta intatto di fronte al mutare della storia perché non è possibile prevedere le imprevedibilità della vita»¹. A tali imprevedibilità neppure può porre rimedio la nuova, benché ampia, concezione dell'interpretazione quale *inventio* (secondo la nota accezione di Paolo Grossi, intesa nel senso di 'tirar fuori' da una disposizione il suo significato) che, peraltro, nell'ambito del diritto commerciale neppure costituisce una novità. Non da oggi è stato infatti sottolineato che «l'impegno per il giuscommerzialista è secco e netto: non arrestarsi al livello legale e formale, a un mondo di comandi cartacei, ma iniziare dal "ben più vigoroso" piano dei fatti, perché è quello fecondamente segnato dalla impronta affidante della effettività»². Resta tuttavia imprescindibile l'intervento del legislatore, cui compete tracciare le linee fondamentali della regolamentazione (e dello sviluppo) del sistema, per garantire quella certezza che costituisce una delle ragioni del diritto.

Merita dunque condivisione l'attenzione mostrata dal legislatore alla materia, *latu sensu*, fallimentare, attestata dai ripetuti interventi di riforma realizzati negli ultimi due decenni. Il loro rapido, non sempre razionale, succedersi ha però messo a dura prova l'in-

terprete, i professionisti del settore, gli imprenditori, i cittadini tutti. Riprova sicura di ciò è data, tra l'altro, dalla vicenda del codice della crisi, costellata da rinvii³, correzioni ed integrazioni⁴ dovuti anche al sopravvenire di tragici eventi (il riferimento, come è ovvio, è alla pandemia da Covid che, purtroppo, non può dirsi ancora vinta). Tale complicato contesto induce a ritenere non inopportune alcune brevi considerazioni non focalizzate su alcuna o più delle molte questioni poste dalle recenti riforme (oggetto di una letteratura già amplissima, nonostante la loro novità), bensì tese ad individuare (in estrema sintesi, a modo di schema, necessariamente ed ovviamente incompleto) alcune delle principali direttrici entro cui queste si sviluppano.

2. Novità e finalità della riforma della crisi di impresa; sistematica del codice della crisi.

La richiamata finalità, di offrire un quadro complessivo della nuova disciplina della crisi e dell'insolvenza dell'impresa recata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (codice della crisi), attraverso un sintetico esame della disciplina da questo stabilita, non esige una preliminare comparazione del previgente e dell'at-

³ Basta qui ricordare che il codice della crisi, in virtù, da ultimo, dell'art. 1 del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, entrerà in vigore il 22 maggio 2022. L'art. 23 di detto decreto-legge ha, inoltre, stabilito l'improcedibilità, fino al 31 dicembre 2021, dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo o per la dichiarazione di fallimento relativi a concordati preventivi con continuità aziendale omologati in data successiva al 1 gennaio 2019. L'entrata in vigore delle disposizioni in materia di procedure di allerta e composizione assistita della crisi è stata posticipata al 31 dicembre 2023, ma non è irragionevole dubitare che ciò davvero avverrà, soprattutto senza ulteriori modifiche.

⁴ In particolare, di sicuro rilievo, l'introduzione dell'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, oggetto degli artt. 2 ss del decreto-legge n. 118 del 2021.

¹ *Il problema della scienza del diritto*, ora in M. D'Addio, E. Vidal (a cura di), *Opere di Giuseppe Capograssi*, II, Milano, Giuffrè, 1959, 576.

² Grossi, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, in *Introduzione al novecento giuridico*, Bari, 2012, 84, richiamando Cesare Vivante.

tuale sistema e neanche un approfondimento delle ragioni delle scelte realizzate con detto codice.

Per evidenziare la marcata novità di alcune di esse è sufficiente ricordare, in sintesi, che sino alla metà del primo decennio degli anni 2000 la disciplina della crisi dell'imprenditore commerciale era stabilita, in consonanza con il codice civile⁵, dal r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (d'ora in poi, legge fallimentare), connotato da un impianto e da una struttura sistematica razionale e da disposizioni sufficientemente chiare e sintetiche (caratteri di rado riscontrabili nella recente normazione).

La legge fallimentare costituiva un *corpus* unitario di agevole lettura, ispirato all'interesse pubblico dell'eliminazione dal mercato delle imprese insolventi ed alla realizzazione della tutela dei creditori, nell'osservanza della *par condicio creditorum*, in quanto «tradizionalmente considerata come quella caratterizzante l'istituto fallimentare, come la prima regola nella gerarchia dei valori del processo di fallimento»⁶.

Alla fine degli anni '70 del secolo scorso era stato introdotto un nuovo istituto (l'amministrazione straordinaria della crisi delle imprese), avente ad oggetto la disciplina della crisi dell'impresa di grandi dimensioni che, anche a seguito delle modifiche che l'hanno caratterizzata nel tempo⁷, neppure aveva minato alle basi l'unità del sistema, tenuto altresì conto dei rinvii alla legge fallimentare. A partire da tali anni, in conseguenza non tanto di alcune sentenze della Corte costituzionale⁸, ma soprattutto delle cicliche,

⁵ Nel quale erano disciplinate le principali categorie giuridiche che venivano in rilievo nella legge fallimentare, e cioè l'imprenditore, l'azienda e la società.

⁶ Pajardi, *Radici e ideologie del fallimento*, Milano, 1992, 33.

⁷ In sintesi, è sufficiente ricordare che l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi venne introdotta dal d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito, con modificazioni, nella legge 3 aprile 1979, n. 95, innovato, anche a seguito di interventi della Corte di giustizia che ne aveva rilevato il contrasto con la disciplina europea in materia di aiuti di stato, con il d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, seguito da interventi determinati da esigenze di settore, se non dalla crisi di bene individuate imprese (essenzialmente volti a regolare i casi Parmalat ed Alitalia, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito nella legge 18 febbraio 2004, n. 39; d.l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito nella legge 27 ottobre 2008, n. 166) ed anche di tenere conto degli effetti del regolamento CE sulle insolvenze transfrontaliere.

⁸ Gli interventi della Corte costituzionale in definitiva, avevano infatti realizzato una *reductio ad constitutionem* della legge fallimentare senza, tuttavia, influire sul suo complessivo im-

sempre più ravvicinate, crisi economiche, delle rapide modificazioni del quadro economico e della tipologia e strutture delle imprese, erano emersi limiti e carenze di una disciplina storicamente datata.

Nel tempo, era maturato il convincimento, divenuto largamente condiviso, dell'inadeguatezza di una disciplina ispirata ad una concezione liquidatoria dell'impresa, incapace di garantire la salvaguardia della potenzialità produttiva, l'occupazione dei lavoratori e, in definitiva, lo stesso mercato. La configurazione del fallimento come strumento di «difesa dell'economia generale contro il fenomeno dell'insolvenza», che esigeva la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore⁹ al duplice fine di ottenere «un sollecito, anche se parziale, soddisfacimento dei diritti dei creditori e di eliminare dal mercato le imprese economicamente inefficienti» (a causa dell'incapacità di gestione dell'imprenditore, se non di manovre fraudolente¹⁰), si era rivelata incongruente rispetto all'esigenza di recuperare il valore dell'impresa. Siffatta concezione era divenuta altresì dissonante rispetto alle convinzioni maturate in ambito sovranazionale, secondo cui «la "morte delle imprese" può essere compatibile con il dinamismo economico», anche a causa della «maggiore concorrenza globale», apparendo superata la configurazione che collegava «strettamente il fallimento commerciale all'incapacità personale e alla frode»¹¹.

La giurisprudenza, soprattutto di merito, allo scopo di evitare che la crisi sfociasse inevitabilmente nell'arresto dell'attività dell'impresa, aveva dal suo canto offerto un'interpretazione delle disposizioni della legge fallimentare che aveva dato luogo al cd. «uso alternativo delle procedure concorsuali», grazie anche ad un'esegesi talora marcatamente *creativa* della disciplina dell'istruttoria prefallimentare¹², ad una rico-

piano, incidendo, tra l'altro, l'altro, sulla disciplina di identificazione del piccolo imprenditore e, in definitiva, avevano garantito l'applicazione dei principi di eguaglianza e del diritto di difesa.

⁹ Per tutti, Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, 8.

¹⁰ Pajardi, *Radici e ideologie del fallimento*, cit.

¹¹ *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato sociale europeo e al Comitato delle Regioni*, 5 ottobre 2007, § 2.1.

¹² Il riferimento è alla prassi dei rinvii della comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio (sulla quale, Ferro, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001, 255), artificialmente utilizzati per dare all'imprenditore – quasi sempre subordinatamente al consenso dei creditori – la possibilità di sistemare le

struzione estensiva dei presupposti delle procedure concorsuali minori, al fine del loro utilizzo quale tecnica di dilazione del fallimento¹³ e ad una valutazione non di rado assai benevola dei piani di risanamento dell'impresa, allo scopo appunto di preservare il valore dell'azienda. L'attenzione dei giudici all'esigenza del salvataggio del valore dell'azienda aveva fatto sì che assai spesso, in mancanza di strumenti capaci di dare attendibilità alla prognosi di ripresa, le procedure concorsuali minori erano divenute una sorta di paracadute, che permetteva soltanto di procrastinare la dichiarazione di fallimento, con effetti sovente deleteri soprattutto per i creditori chirografari e di assicurare effetti positivi -peraltro, limitatamente al breve periodo- quasi esclusivamente per i lavoratori.

Tra le ragioni dell'inidoneità di tale approccio interpretativo a garantire il risultato avuto di mira vi era, inoltre, la perdurante carenza della disciplina rispetto allo scopo di consentire all'impresa di fruire dei finanziamenti necessari per realizzare la riorganizzazione, la cui erogazione era condizionata non solo alla prognosi positiva sul risanamento, ma anche alla possibilità di recuperare, in caso di successivo fallimento, il capitale e gli accessori, esito sul quale gli orientamenti della giurisprudenza non permettevano di avere affidanti certezze¹⁴.

Erano dunque progressivamente emerse le carenze della legge fallimentare che - era stato osservato, in

linea generale e con efficace sintesi - «si chiamano (...) *impresa e mercato*», essenzialmente dovute alla minimalizzazione dell'impresa da parte del diritto concorsuale. Le norme della legge fallimentare miravano, infatti, a «disciplinare le conseguenze, non già della crisi dell'impresa, ma dell'insolvenza del soggetto imprenditore»¹⁵, senza considerare che il primo dei due fenomeni si traduce in crisi degli equilibri del mercato e che, pertanto, il suo superamento mediante il recupero del valore dell'azienda può avere effetti positivi anche per i creditori che pure sembrano direttamente danneggiati dalla mancata liquidazione della medesima. Si era quindi imposta l'idea di lasciare la soluzione della crisi dell'impresa anzitutto al mercato, sulla scorta delle analisi economiche, ma anche per fare fronte alla concorrenza tra ordinamenti (sovente configurata come un ritorno alla *lex mercatoria*) ed al fine di porre rimedio alle lentezze e vischiosità del nostro sistema di giustizia. In definitiva, il convincimento era che «in economie di mercato e fondate sul contratto, quali le economie che reggono i Paesi dell'Unione Europea, l'insolvenza è problema che si radica nel mercato e che deve essere ricondotto -per la possibile soluzione- alle dinamiche del mercato»¹⁶.

Abortiti i progetti di riforma degli anni '90, a partire dal 2005 e poi con una serie particolarmente elevata di interventi, tale da mettere a dura prova gli interpreti¹⁷, è stata realizzata una riforma del diritto fallimentare orientata ad assecondare dette esigenze ed a lasciare spazio alle tecniche di composizione stragiudiziale che, in passato, avevano consentito di risolvere privatisticamente non poche crisi imprenditoriali¹⁸. La finalità era quella di realizzare un'inversione di rotta rispetto al panprocessualismo del sistema che connotava la legge fallimentare, mediante l'inserimento di elementi di contrattualismo¹⁹ e

pendenze, secondo una prassi che presentava elevati rischi, conseguenti, tra l'altro, dalla possibilità che, *medio tempore*, maturasse il termine per la proposizione dell'azione revocatoria.

¹³ Trib. Monza 7 dicembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, 622, con nota di Della Chà-King, *Un interessante caso di utilizzo " alternativo " della procedura di concordato preventivo*.

¹⁴ Al riguardo, per ragione di sintesi, Salvato, *Se il «vecchio» condiziona il «nuovo»: osservazioni in margine alla disciplina dei crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata in caso di consecutivo fallimento*, in *Dir. fall.*, 1994, I, 633. Tra l'altro, l'incertezza in ordine alla tutela del credito concesso in favore dell'impresa assoggettata ad amministrazione controllata era testimoniata dal contrasto tra Cass. 15 luglio 1992, n. 8590, in *Fallimento*, 1993, p. 40 e Cass. 27 giugno 1997, n. 5772, *ivi*, 1998, 47, in ordine alla configurabilità della mora nell'adempimento dei debiti di massa; nel senso della ammissibilità della prededuzione delle spese inerenti alla gestione dell'impresa, nel caso di concordato preventivo, se essa integrava una modalità essenziale di gestione della procedura, Cass. 12 marzo 1999, n. 2192, *ivi*, 2000, 370; per l'esame delle posizioni critiche sulla stessa prededucibilità del credito, Lanfranchi, *Uso «alternativo» delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 133.

¹⁵ Corsi, *Impresa e mercato in una nuova legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 332.

¹⁶ Di Marzio, *Il correttivo della riforma fallimentare*, Milano, 2008, 94.

¹⁷ Ai fini che qui interessano è, dunque, sufficiente ricordare che gli atti normativi principali attraverso i cui è stata realizzata la riforma sono il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, la legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione di detto decreto-legge; il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, emanato in virtù della delega contenuta in tale ultima legge; il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169.

¹⁸ Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, 883.

¹⁹ Su questi profili, tra i molti, Cecchella, *Il diritto fallimentare riformato*, Milano, 2007, p. 6; Fimmanò, *La conservazione*

l'incentivazione della «disintermediazione giudiziaria» delle crisi aziendali²⁰. Focalizzando l'attenzione soltanto sul profilo caratterizzato da più marcata innovatività, va ricordato che con le riforme dei primi anni 2000 si era tentato di dare soluzione alla questione della prosecuzione dell'attività nel caso di crisi dell'impresa, allo scopo di scongiurare il fallimento, introducendo forme di composizione concordata della crisi che, in sintesi, procedevano attraverso tre livelli²¹: ad un primo livello, mediante un'intesa di carattere sostanzialmente privato, alla quale restava estranea l'autorità giudiziaria, secondo una tecnica non ignota alla prassi e che, tuttavia, in passato, comportava rischi tali da renderne pericolosa la conclusione²²; ad un secondo livello, mediante un accordo di ristrutturazione dei debiti, che si sviluppava attraverso un controllo del tribunale²³; ad un terzo livello, mediante un istituto, il concordato preventivo, il quale, ad onta dell'identità terminologica con quello disciplinato dalla legge fallimentare, era profondamente diverso da quest'ultimo²⁴.

e la riallocazione dei valori aziendali, in *www.ilcaso.it*; Ragusa Maggiore, *Il fallimento tra diritto processuale e finalità sostanziale*, *Dir.fall.*, 2003, I, 53.

²⁰ Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio» (o di ristrutturazione dei debiti di impresa)*, in *Riv.dir.priv.*, 2007, 282.

²¹ Per la gradazione dei differenti livelli di composizione, Piscitello, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in *Banca borsa tit.cred.*, 2007, I, 538; sulla relazione tra le tre modalità di composizione della crisi, Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti «di salvataggio»*, cit., 277.

²² Si tratta dei piani di risanamento previsti dall'art. 67, terzo comma, lettera d), l.fall., nel testo novellato.

²³ Il riferimento è agli «accordi di ristrutturazione dei debiti» oggetto dell'art. 182-bis, l.fall., nel testo modificato dalle novelle del 2005 e, successivamente, del 2007.

²⁴ In particolare, nella disciplina offertane con il decreto correttivo del 2007 (d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169) e con l'art. 33, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134. Infatti, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, «aveva in modo dirompente riscritto la procedura di concordato preventivo ma sovrapponendosi a diverse norme che non erano state modificate, aveva generato cumuli di contrasti vieppiù agitati dalle contrastanti letture ideologiche della novella procedura», ma è con il decreto correttivo del 2007 che si è poi posto «mano allo scoordinamento normativo» e sono stati compiuti «altresì decisivi passi verso un'accentuazione della natura privatistica del procedimento», Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 225. L'intervento del 2012 aveva permesso di anticipare la protezione e gli effetti del concordato, dando luogo ad una conformazione del concordato variamente definita dagli interpreti: concordato con ri-

La frequenza e la modalità degli interventi di riforma avevano dato luogo a difficoltà applicative ed incertezze, rendendo improcrastinabile l'esigenza di «un approccio di riforma non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico e organico, in modo da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso»²⁵ e scarsamente razionale, anche a causa dello «scarto tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate», che risentivano di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano da quello degli anni 2000²⁶. Tale esigenza, unitamente alle sollecitazioni provenienti dall'Unione europea e dagli organismi internazionali²⁷ hanno condotto ad identificare una serie di obiettivi da parte della legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155, che ha costituito la base giuridica del codice della crisi e che, con riguardo ad alcuni dei principali profili civilistici (i soli cui qui si ha riguardo), sono sintetizzabili come segue:

- abbandono del tradizionale sostantivo «fallimento», connotato da una «aura di negatività e di discredito [...] non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato»²⁸;

- definizione di una disciplina organica della crisi e dell'insolvenza concernente non soltanto l'impresa,

serva, concordato in bianco, pre-concordato, concordato al buio, concordato con prenotazione, riserva di concordato, prenotazione di concordato, domanda prenotativa di concordato, concordato senza piano, sul punto, Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, *Fallimento*, 2013, 1209.

²⁵ Relazione al disegno di legge poi approvato come legge 19 ottobre 2017, n. 155.

²⁶ Così ancora la Relazione citata nella nota che precede.

²⁷ Il riferimento, espressamente contenuto nella Relazione richiamata nella nota che precede, è: quanto alle prime, alla «raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, oltre che [d]alla recente rifusione delle pertinenti disposizioni nel regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza»; relativamente alle seconde, è ai «principi della model law, elaborati in tema di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL), cui hanno aderito molti Paesi anche in ambito extraeuropeo (tra cui gli Stati Uniti d'America), il cui recepimento, in regime di reciprocità, consente il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali emessi nei rispettivi Paesi, con evidente vantaggio anche per gli imprenditori italiani operanti all'estero».

²⁸ Così la Relazione al disegno di legge-delega.

ma anche il debitore ‘civile’, tenuto conto del fatto che la profonda e generalizzata crisi economica che interessa i Paesi dell’area occidentale (e non solo) ha investito (ed investe) ogni livello di svolgimento dell’attività economica;

- introduzione accanto alla tradizionale nozione di “insolvenza” (da conservare inalterata) della nuova nozione di “crisi”, intesa, sostanzialmente, quale probabile rischio di insolvenza;

- previsione, in coerenza con l’introduzione della nozione di “crisi”, e grazie ad essa²⁹, di strumenti in grado di farla emergere (cc.dd. strumenti di allerta) e di permetterne la composizione ed il superamento stragiudiziale, mediante l’intervento di «organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata» e grazie a misure volte ad incentivare gli imprenditori (per quanto qui interessa) ad avvalersene;

- realizzazione di un assetto in grado di garantire la specializzazione dei giudici chiamati a trattare le procedure di crisi e di insolvenza, prevedendo: che presso i tribunali delle imprese fossero concentrate le procedure di maggiori dimensioni, ripartendo la trattazione delle rimanenti tra un numero ridotto di tribunali, dotati di una pianta organica adeguata, scelti in base a determinati parametri ed emanando disposizioni dirette ad assicurare l’effettiva specializzazione dei giudici chiamati a occuparsi delle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza;

- nel caso di insuccesso del procedimento attivato dagli strumenti di allerta, previsione di una molteplicità di strumenti di regolamentazione della crisi e/o di insolvenza, destinati ad operare, in linea tendenziale: alcuni sul piano stragiudiziale, con la finalità di realizzare la prevalenza degli strumenti di ristrutturazione rispetto a quelli meramente disgregatori, altri (in caso di mancata attivazione o esito negativo dei predetti) sul piano giudiziale;

- razionalizzazione e riduzione ad unità dei molteplici strumenti di regolazione della crisi e/o dell’in-

solvenza, mediante l’introduzione di un procedimento unico di accertamento giudiziale della crisi e/o dell’insolvenza;

- riscrittura della disciplina del concordato preventivo, da circoscrivere alla sola ipotesi del c.d. concordato in continuità e, quindi, nel caso in cui si preveda la possibilità di superare la situazione di crisi, ma anche di vera e propria insolvenza, mediante la prosecuzione (diretta o indiretta) dell’attività aziendale sulla base di un adeguato piano che, per quanto possibile, consenta di soddisfare i creditori ed una disciplina volta a semplificare i principali passaggi della procedura: La proposta liquidatoria non è conseguentemente ammessa, salvo che costituisca una componente del piano che non comprometta la qualificazione della proposta rispetto alla continuità;

- rivisitazione complessiva della disciplina dei privilegi, tenuto conto che quella vigente era frastagliata ed obsoleta;

- previsione, in luogo del fallimento, della liquidazione giudiziale, connotata da una disciplina rapida e snella, pur conservando i caratteri fondamentali di quella della legge fallimentare. Introduzione di significative novità quanto alla liquidazione dell’attivo mediante «l’adozione di un sistema di vendita dei beni» ed «una rivisitazione complessiva della relazione [...] tra le procedure fallimentari e il mercato»³⁰. Previsione, inoltre, della possibilità che la liquidazione giudiziale possa concludersi anche con un concordato, sulla falsariga dell’attuale istituto del concordato fallimentare, ma nel caso non in cui la proposta sia sostenuta da un apporto di ulteriori risorse, tali da rendere questa ipotesi più vantaggiosa per i creditori rispetto all’ordinaria liquidazione;

- valorizzazione dell’istituto dell’esdebitazione³¹, prevedendo per le insolvenze di minore portata la possibilità di un’esdebitazione di diritto, che non richiede la pronuncia di un apposito provvedimento del giudice e condizionandola, per le insolvenze di maggiore portata, a precisi requisiti di meritevolezza,

²⁹ Nell’osservanza della raccomandazione n. 2014/135/UE, che pone tra gli obiettivi principali da conseguire quello di consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l’insolvenza e proseguire l’attività che – come ricorda la richiamata Relazione al disegno di legge-delega – costituisce altresì «un principio riconosciuto da tutti gli ordinamenti, a partire da quello statunitense, e fa parte dei principi elaborati dall’UNCITRAL e dalla Banca mondiale per la corretta gestione delle crisi d’impresa».

³⁰ Così la Relazione al disegno di legge-delega.

³¹ In quanto, sottolinea la Relazione al disegno di legge-delega, la raccomandazione n. 2014/135/UE, nel 20° considerando, «ricorda come sia dimostrato che «gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo una seconda volta» e se ne deduce l’opportunità di «adoperarsi per ridurre gli effetti negativi del fallimento sugli imprenditori, prevedendo la completa liberazione dai debiti dopo un lasso di tempo massimo».

tenendo conto che «non è opportuna sempre e comunque, dovendosi evitare che ne risultino avvantaggiati gli imprenditori disonesti o che comunque se ne possa abusare una regolamentazione»³²;

- eliminazione della lacuna della legge fallimentare in materia di gruppo di imprese, identificato mediante una nozione nuova e ulteriore rispetto a quella del codice civile, ed introduzione di disposizioni volte a consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell'insolvenza delle plurime imprese del gruppo;

- riconduzione del fenomeno della crisi e dell'insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta nell'alveo della disciplina comune, limitando detto istituto alle sole ipotesi in cui la necessità di liquidare l'impresa non discenda dall'insolvenza, ma costituisca lo sbocco di un procedimento amministrativo volto ad accertare e a sanzionare gravi irregolarità intervenute nella gestione.

In attuazione degli obiettivi della richiamata legge-delega, il codice della crisi risulta ispirato a due principali finalità:

A] la prima è di disciplinare in modo organico ed unitario:

x) l'insolvenza dell'imprenditore commerciale, tradizionalmente oggetto delle procedure concorsuali;

x.1) l'insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start-up* innovative e di ogni altro debitore non assoggettabile alle procedure concorsuali, definita "sovraindebitamento".

Il codice stabilisce alcuni principi comuni ai fenomeni della crisi e dell'insolvenza, applicabili a tutte le procedure destinate a disciplinarle (indipendentemente dalla natura del debitore), che sono poi distintamente regolamentate – a seconda che concernano o meno l'imprenditore commerciale –, mantenendo le differenziazioni giustificate dalla diversità delle situazioni.

L'obiettivo dichiarato di tale approccio sistematico è stato di soddisfare esigenze di certezza del diritto, che tuttavia è dubbio siano state conseguite, come peraltro è chiaramente evincibile dai successivi interventi correttivi.

B] La seconda finalità è di incentivare l'emersione anticipata della crisi, per evitare (soprattutto con riguardo all'imprenditore commerciale) che sfoci in

insolvenza, permettendone il superamento e, quindi, garantendo la continuità aziendale.

Tale finalità è alla base delle disposizioni connotate da maggiore innovatività. Per la prima volta, il legislatore ha infatti disciplinato la crisi dell'imprenditore, al fine di garantirne l'emersione ed il superamento prima che dia luogo all'insolvenza. Tale obiettivo si è inteso conseguire mediante la responsabilizzazione dell'imprenditore e l'incentivazione a consentire la tempestiva emersione della crisi e la sua composizione con l'ausilio di un apposito organismo (l'OCRI) e grazie alla distinta enunciazione delle nozioni di crisi e di insolvenza (art. 2).

Nondimeno, la crisi e l'insolvenza, soprattutto con riguardo all'imprenditore commerciale, non danno affatto luogo a due situazioni effettivamente (e nettamente) distinte e neppure costituiscono oggetto di differenti procedimenti (rispettivamente di composizione e regolazione della prima e della seconda) che debbano svolgersi secondo uno schema progressivo e crescente (a seconda della gravità della situazione di difficoltà economico-finanziaria). La situazione di crisi, così come quella di insolvenza, non necessariamente emerge all'esito dell'attivazione e degli strumenti di allerta; la prima neanche è alla base esclusivamente del procedimento di composizione della crisi che si svolge davanti all'OCRI. Lo stato di crisi e l'insolvenza danno infatti luogo a (e costituiscono oggetto di) procedure di regolazione³³ che – fatta eccezione per la liquidazione giudiziale – possono essere promosse in presenza del primo o della seconda.

Le descritte finalità del codice della crisi danno ragione della sua struttura, caratterizzata dall'organizzazione delle disposizioni secondo uno schema progressivo che può essere sintetizzato come segue:

z) fissato l'ambito di applicazione del codice (art. 1), sono anzitutto poste le definizioni volte a precisare il significato delle situazioni descritte e disciplinate dallo stesso (art. 2);

z.1) di seguito sono enunciati i principi generali (artt. 3-12) che riguardano, tendenzialmente ed essenzialmente, l'imprenditore (individuale o collettivo).

³² Cfr. la Relazione al disegno di legge-delega.

³³ Il riferimento è al concordato preventivo (art. 85) ed agli strumenti negoziali di regolazione della crisi stragiudiziali (artt. 56-64, ripartiti in due categorie a seconda che siano o meno soggetti ad omologazione) che hanno quale presupposto sia uno stato di crisi sia una situazione di insolvenza dell'imprenditore.

vo)³⁴, benché alcuni siano riferibili, entro il limite di compatibilità, anche al debitore ammesso alle procedure dirette a disciplinare il sovraindebitamento³⁵;

z.2) successivamente, sono disciplinati (nel Titolo II, artt. 12- 25) i cc.dd. strumenti di allerta della crisi (che dovrebbero consentirne il tempestivo accertamento) e la procedura di composizione della crisi, che può avere esito positivo (e chiudersi con appunto la composizione) o sfociare in una procedura di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza;

z.3) in coerenza con la progressione sopra accennata, sono poi disciplinate, in linea generale, le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (nel Titolo III, artt. 26-55), quanto ai profili procedurali, concernenti la modalità di avvio, di svolgimento e di definizione di tutte le relative procedure (e cioè degli strumenti negoziali, del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale);

z.4) alla regolamentazione, in linea generale, delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza segue la disciplina (nel Titolo IV, artt. 56-120) di tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza sia dell'imprenditore (fatta eccezione della liquidazione giudiziale), sia del debitore ammesso alla procedura di regolazione del sovraindebitamento (in particolare, artt. 65-83), quanto ai profili concernenti i presupposti di accesso alle procedure, le modalità di svolgimento e gli effetti delle stesse.

z.5) le disposizioni del codice disciplinano poi la liquidazione giudiziale (sostanzialmente corrispondente all'abrogato fallimento) negli artt. 121-277, contenuti in un autonomo Titolo, il V, quasi ad evidenziare il carattere di procedura che, verosimilmente,

³⁴ La sezione I del capo II si apre infatti con l'art. 3, rubricato "Doveri del debitore", che ai commi 1 e 2 si occupa esclusivamente dello «imprenditore» individuale e collettivo, così da poter far presumere che le successive disposizioni (ad es. l'art. 4), laddove fanno riferimento al "debitore" potrebbero appunto concernere soltanto quello che sia anche imprenditore.

³⁵ E ciò tenuto conto della finalità del codice della crisi, dell'espressa indicazione che il Capo II del Titolo I reca "Principi generali" e della circostanza che alle procedure di sovraindebitamento si applicano le disposizioni concernenti le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza del Titolo II, in quanto compatibili (art. 65, comma 2). In particolare, dovrebbero ritenersi applicabili le disposizioni che stabiliscono i doveri del debitore (art. 4) e delle autorità preposte alla trattazione dei procedimenti (art. 5), i principi di carattere processuale (art. 7), sulla sospensione dei termini in periodo feriale e sull'obbligo di patrocinio legale (art. 9), sulle comunicazioni telematiche (art. 10) e sulla giurisdizione (art. 11).

te, resta quella destinata, in linea generale e principale, a disciplinare l'insolvenza dell'imprenditore commerciale.

Alla disciplina della liquidazione giudiziale segue quella dell'esdebitazione, distinta a seconda che concerna l'imprenditore ammesso alla liquidazione giudiziale (artt. 278-281), ovvero alla procedura attivabile in caso di sovraindebitamento (artt. 282-283);

z.6) con soluzione marcatamente innovativa, il codice ha poi disciplinato la crisi che coinvolge un gruppo di imprese e (nel Titolo VI, artt. 284-292) reca la regolamentazione che permette di affrontare la crisi delle imprese che fanno capo ad uno stesso gruppo in un'ottica unitaria;

z.7) alla liquidazione coatta amministrativa è, invece dedicato il Titolo VII (artt. 293-316);

z.8) la disciplina penale è, infine, contenuta nei Titoli VIII e IX (artt. 317-388);

La ripartizione non brilla per chiarezza e può dare adito a possibili confusioni e difficoltà interpretative ed applicative. La sistematica non permette infatti di identificare con la necessaria immediatezza e precisione la disciplina sostanziale (anche, e soprattutto, con riguardo ai presupposti di accesso) e processuale delle differenti procedure (nonostante la fissazione di una procedura unitaria di accesso alle procedure di regolazione) e rischia di vanificare l'intento razionalizzatore alla base della preliminare fissazione (nel Titolo II, artt. 26-55) del procedimento unitario di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Un ulteriore elemento di confusione è, altresì, costituito dall'innesto della disciplina del sovraindebitamento tra quella dedicata agli strumenti negoziali stragiudiziali ed il concordato preventivo, in virtù di una scelta di cui è difficile cogliere la ragione giustificatrice.

3. Presupposto soggettivo delle procedure di composizione della crisi e di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il codice disciplina la situazione di difficoltà economico-finanziaria in cui può versare un debitore, anche se non sia un imprenditore, qualora assurga ai livelli dallo stesso previsti, integrando uno stato di crisi, ovvero di insolvenza.

La tendenziale generalità della disciplina del codice è esplicitata dall'art. 1, in quanto stabilisce che è applicabile:

x) all'imprenditore che esercita, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agrico-

la, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubbliche, fatte salve per queste ultime le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa che le concernono (comma 3);

x.l) al debitore che sia consumatore o professionista.

L'ampio riferimento dell'art. 1, comma 1, rende opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che il codice distingue poi le condizioni di accesso alle differenti procedure a seconda del tipo di impresa, stabilendo, ad esempio, che la liquidazione giudiziale è applicabile esclusivamente all'imprenditore commerciale che supera determinate soglie (art. 21).

Per accertare i presupposti di applicabilità delle differenti procedure disciplinate dal codice è dunque necessario avere riguardo alla specifica regolamentazione stabilita per ciascuna (all'esito degli interventi correttivi), tenendo conto che nell'art. 2, comma 1, sono stabilite, in linea preliminare, le nozioni di: «impresa minore»³⁶; «grande impresa»³⁷; «gruppo di

imprese»³⁸ e «gruppi di imprese di rilevante dimensione»³⁹.

Le norme del codice non si applicano allo Stato e agli enti pubblici (art. 1, comma 1).

Inoltre, continuano ad essere applicabili (comma 2):

y) le disposizioni delle leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese. Nondimeno, qualora la crisi o l'insolvenza di dette imprese non sia disciplinata in via esclusiva da dette leggi, sono applicabili le procedure ordinarie regolate dal codice;

y.l) la liquidazione coatta amministrativa, la cui disciplina è stata marcatamente innovata dal codice con le disposizioni degli artt. 293-316⁴⁰.

4. *Presupposto oggettivo delle procedure di composizione della crisi e di regolazione della crisi e dell'insolvenza.*

Presupposto oggettivo di applicabilità delle procedure previste dal codice è l'esistenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria del debitore, qualora superi determinate soglie che, secondo il legislatore, impongono un tempestivo intervento, allo scopo di permetterne il superamento e, comunque, di realizzare una composizione e/o regolazione capace di garantire l'equa tutela dei molteplici interessi in gioco.

Siffatte soglie sono state individuate in due situazioni, identificate come «stato di crisi» e «stato di insolvenza», caratterizzate da una gravità crescente e da una differenziazione che assume rilievo essenzialmente per l'imprenditore commerciale, quando assoggettabile *anche* alla liquidazione giudiziale.

Sul piano definitorio, il codice distingue, infatti, a seconda che dette situazioni riguardino:

³⁶ Definita, dall'art. 2, comma 1, lettera d), come «l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348»

³⁷ Che sono, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera g), « le imprese che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, alla data di chiusura del bilancio superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: venti milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: quaranta milioni di euro; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: duecentocinquanta».

³⁸ Costituito, ex art. 2, comma 1, lettera h), dallo «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; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: 1) l'attività di direzione e coordinamento di società sia

esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; 2) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento».

³⁹ Che sono, in virtù dell'art. 2, comma 1, lettera i), «gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013».

⁴⁰ Applicabile anche nelle regioni a statuto speciale e nelle province autonome di Trento e Bolzano compatibilmente con i rispettivi Statuti e le relative norme di attuazione, anche con riferimento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (art. 1, comma 4).

x) il debitore che svolge attività di impresa ed è assoggettabile a liquidazione giudiziale (art. 2, comma 1, lettere a e b): per questo lo stato di crisi e lo stato di insolvenza, distintamente considerati e definiti, rilevano, come accennato, ai fini dell'identificazione della procedura applicabile;

x.1) il debitore che svolge attività d'impresa non assoggettabile a liquidazione giudiziale⁴¹, il consumatore ed il professionista (art. 2, comma 1, lettera c): per questi lo stato di crisi e lo stato di insolvenza sono stati unitariamente considerati e danno luogo entrambi allo stato definito come «sovraindebitamento».

Volgendo lo sguardo all'imprenditore, il legislatore delegante aveva stabilito che, con la riforma, avrebbe dovuto essere introdotta la nozione di stato di crisi (art. 2, comma 1, lettera c). È intuitiva la difficoltà insita nel definire tale nozione, poiché non è semplice stabilire quando una situazione di difficoltà economico-finanziaria richieda di essere esternata ed esiga, per il suo superamento, un tempestivo intervento che, anche se non si svolge sul piano giudiziario, influisce comunque sulla gestione dell'attività d'impresa. Quest'ultima è caratterizzata da una normale alea ed in essa è insito un ordinario, inevitabile, rischio che, non di rado, implica scelte difficili, anche in punto di economicità e sostenibilità di determinate iniziative. Non è stato quindi semplice individuare il punto di equilibrio in grado, da un canto, di permettere un tempestivo intervento, a garanzia della continuità aziendale e dell'equa tutela dei molteplici interessi in gioco; dall'altro, di evitare un controllo eccessivamente anticipato dell'attività di impresa che, ignorando il naturale rischio che la connota, potrebbe comportare un eccessivo dirigismo e tradursi in un pesante freno allo sviluppo economico.

Siffatta difficoltà emerge, tra l'altro, dalla circostanza che la nozione di stato di crisi posta dall'art. 2, comma 1, ha costituito oggetto di parziale modifica, da parte del decreto correttivo, prima ancora che il codice entrasse in vigore.

L'art. 2, comma 1, nel testo emendato dal decreto correttivo, stabilisce che per «crisi» si intende «lo sta-

to di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

Si tratta di una definizione che anche in tale ultima formulazione⁴² resta indeterminata ed assume precisione e concretezza nell'art. 13. È infatti quest'ultima disposizione che, in applicazione dell'art. 2, comma 1, lettera c), della legge-delega, secondo il quale la nozione di stato di crisi doveva essere stabilita «anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica», lo individua prevedendo appunto gli «indicatori della crisi», la cui identificazione è rimessa al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili. La nozione stabilita dall'art. 13, benché contenuta nel Capo II del Titolo II, concernente le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, deve ritenersi abbia valenza generale; ad essa dovrebbe aversi riguardo per accertare quando sussiste lo stato di crisi che costituisce oggetto delle molteplici procedure oggetto del codice, salvo con riguardo al consumatore ed al professionista.

Siffatta considerazione rende opportuno evidenziare che il codice, subito dopo avere enunciato le nozioni di «stato di crisi e «stato di insolvenza», definisce, nell'art. 2, comma 1, lettera c), il «sovraindebitamento», identificato come «lo stato di crisi o di insolvenza» in cui versano soggetti diversi dall'imprenditore commerciale assoggettabile a liquidazione giudiziale, a liquidazione coatta amministrativa, ovvero ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi e di insolvenza. La disposizione non stabilisce nozioni 'speciali' della crisi e dell'insolvenza, diverse da quelle poste con l'art. 2, comma 1, lettere a) e b), ma a queste rinvia; quindi, deve ritenersi che la qualità del soggetto rilevi ai fini dell'applicabilità degli indicatori della crisi dell'art. 13 (non riferibili al debitore che sia un consumatore o un professionista) ed in quanto e perché essa rileva per qualificare detti stati come

⁴¹ Più precisamente, l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo, le start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, ed ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

⁴² Il quale ha sostituito l'originaria previsione che definiva la crisi come una situazione di «difficoltà economico-finanziaria», evidentemente troppo generica, con la precisazione che la stessa consiste in uno «stato di squilibrio economico-finanziario», in quanto più corretta secondo i parametri della scienza aziendalistica, cui la legge-delega n. 115 del 2017 fa riferimento, e perché più precisa.

«sovraindebitamento», che tuttavia sussiste sempre che ricorra una delle situazioni identificate, in linea generale, come «stato di crisi» e «stato di insolvenza».

Nondimeno, come accennato, soltanto al debitore-imprenditore è applicabile l'art. 13, poiché questa disposizione e gli indicatori della crisi da questa previsti sono stabiliti con riguardo all'attività di impresa e, quindi, non sono riferibili al consumatore ed al professionista. Per questi ultimi lo stato di crisi dovrebbe ritenersi integrato, come già previsto dall'art. 6, comma 2, lettera s) della legge n. 3 del 2012 qualora sussista una «situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni».

Minori difficoltà ha posto la definizione dello stato di insolvenza, tenuto conto che la legge-delega ha vincolato il legislatore delegato a realizzare la riforma «mantenendo l'attuale nozione di insolvenza», in quanto ritenuta «sufficientemente collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale», sicché non è stato ritenuto «necessario modificarla rispetto all'attuale formulazione normativa», quale contenuta nella legge fallimentare⁴³.

L'insolvenza è stata dunque definita dall'art. 2, comma 1, lettera b), come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», definizione che riproduce letteralmente quella già recata dall'art. 5 della legge fallimentare e, appunto per questo, consente di avvalersi dell'elaborazione offertane dalla giurisprudenza e della dottrina, che l'aveva identificata ed esplicitata con sufficiente chiarezza.

Come osservato da alcuni Autori, il nuovo codice, complice la preoccupazione per un livello troppo basso delle soglie di allerta, è finito per incorrere in contraddizione: da un lato ha individuato nello stato di crisi il presupposto oggettivo delle procedure di allerta e di composizione assistita; dall'altro, ha qualificato come indicatori della crisi situazioni che, in realtà, sono di regola – e comunque possono essere sintomatiche dello stato di insolvenza. La previsione dell'art. 13, pare, inoltre in contrasto con quanto stabilito, in tema di allerta c.d. interna, dall'art 14, pri-

mo comma, che parla di “esistenza di fondati indizi della crisi” laddove i reiterati e significativi ritardi nei pagamenti, rappresentano, in base *all'id quod plerumque accidit*, fondati indizi dell'insolvenza.⁴⁴

5. Doveri delle parti coinvolte nelle procedure.

Gli artt. 3-5 stabiliscono i doveri che si impongono alle parti coinvolte nelle procedure, in vista del conseguimento delle finalità cui le stesse sono preordinate. Le disposizioni enunciano distintamente: i doveri del debitore (che si esamineranno con specifico riguardo al caso in cui il debitore sia un imprenditore); i doveri dei creditori; i doveri e le prerogative delle autorità chiamate a gestire le procedure. Le disposizioni enunciano una serie di clausole generali, volte a fissare le fondamentali modalità di comportamento che si impongono a detti soggetti, alle quali deve dunque aversi riguardo, al fine di accertarne la correttezza del comportamento, nei casi nei quali questo assume rilievo.

x) Doveri del debitore.

Gli artt. 3 e 4 pongono a carico dell'imprenditore:

- l'obbligo di rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere le iniziative necessarie a farvi fronte, che assume concretezza in considerazione di quello preliminare che grava:

* *l'imprenditore individuale* del dovere di adottare le misure idonee a permettere la rilevazione tempestiva della crisi;

* *l'imprenditore collettivo* del dovere di istituire, come impostogli dal secondo comma del novellato art. 2086 c.c., «un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa».

La distinzione tra imprenditore individuale e collettivo assume rilievo in quanto l'art. 2086, secondo comma, c.c. stabilisce soltanto per il secondo l'obbligo di adottare un assetto organizzativo adeguato al richiamato obiettivo che, tuttavia, concerne in definitiva anche il primo. L'adozione di misure idonee a permettere la rilevazione tempestiva della crisi implica infatti, di necessità, un'organizzazione dell'impresa idonea a detto scopo. È, quindi, soltanto in considerazione della maggiore libertà organizzativa

⁴³ Relazione al disegno di legge-delega.

⁴⁴ Pollio-Longoni, *La riforma del fallimento. Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2019.

che connota l'imprenditore individuale rispetto a quello collettivo (tenuto conto degli schemi organizzativi che si impongono a quest'ultimo, particolarmente complessi e stringenti nelle società di capitali) che si giustifica la diversa specificazione del contenuto dell'obbligo di realizzare un'adeguata organizzazione amministrativa dell'impresa. Nondimeno, in occasione della rilevazione della crisi e/o dell'insolvenza l'osservanza di detto obbligo da parte dell'imprenditore individuale andrà accertato, verificando anzitutto la congruità dell'assetto scelto, tenuto conto dell'attività svolta, rispetto allo scopo di garantire l'osservanza dell'obbligo in esame.

L'obbligo di rilevare tempestivamente la crisi assume concretezza grazie all'introduzione dei cc.dd. strumenti di allerta e degli indicatori della crisi, che costituiscono parametri di controllo e di verifica della sua osservanza.

All'obbligo di rilevare tempestivamente la crisi si accompagna quello di attivarsi, adottando le iniziative necessarie per fronteggiarla; in particolare, avviando il procedimento di composizione della crisi, ovvero una delle procedure di regolazione della crisi e/o dell'insolvenza, che grava in identico modo l'imprenditore individuale e l'imprenditore collettivo⁴⁵.

L'importanza di tale fondamentale obbligo è chiara, poiché una delle idee principali del codice è che le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore. La sua rilevanza emergerà in occasione dell'esame delle diverse procedure, allorché sarà evidenziato che la sua osservanza è condizione, tra l'altro, della fruizione di alcuni effetti favorevoli e rileva anche quanto alle conseguenze di carattere penale;

- l'obbligo di comportarsi «secondo buona fede e correttezza» (art. 4, comma 1), che, in buona sostanza, reitera la clausola generale dell'art. 1175 c.c., specificata con riguardo al caso in cui il debitore versi in uno stato di crisi e/o di insolvenza, attraverso la fissazione (nel comma 2 dell'art.4):

* *del dovere di illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente.* L'imprenditore è in tal modo gravato di un preciso obbligo informativo

⁴⁵ L'art. 3 stabilisce, al comma 1, che l'imprenditore individuale deve assumere le iniziative necessaria a fronteggiare la crisi «senza indugio», locuzione che non si rinviene nel comma 2, che concerne l'imprenditore collettivo, soltanto perché questo rinvia all'art. 2086, secondo comma, c.c., che la contiene.

che lo onera di fornire ai creditori tutte le notizie necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto e che assume concretezza attraverso le specifiche disposizioni (di seguito esaminate) in cui sono specificate le informazioni che il debitore è tenuto a fornire;

* *del dovere di assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura*, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori. Si tratta, a ben vedere, di una specificazione dell'obbligo di tempestività sopra esaminato, esteso alla fase di trattazione della procedura, che impone all'imprenditore di assumere con tempestività anche le iniziative strumentali a garantirne la rapida definizione;

* *del dovere di gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori*, che è niente altro che una specificazione dell'obbligo di correttezza stabilito a carico del debitore dall'art. 1175 c.c.

x.1) *Doveri dei creditori.*

L'art. 4, comma 1, grava anche il creditore dell'obbligo di comportarsi «secondo buona fede e correttezza», onerandolo:

* *del dovere di collaborare lealmente* con il debitore, con i soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza;

* *del dovere di rispettare l'obbligo di riservatezza* sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite.

Si tratta, in buona sostanza, della reiterazione dell'obbligo di correttezza stabilito anche per il creditore dall'art. 1175 c.c., che assume specificità e concretezza nelle disposizioni che disciplinano le differenti procedure. Particolare rilievo riveste il secondo di detti doveri, in quanto mira a rafforzare l'obbligo del debitore di segnalare con tempestività lo stato di crisi e/o di insolvenza (e di assumere l'iniziativa di dare corso al procedimento di composizione del Titolo II), garantendogli che le notizie acquisite dal creditore non potranno da questo essere divulgate, con il rischio che possano pregiudicare lo svolgimento dell'attività e la stessa composizione della crisi.

x.3) *Doveri e prerogative delle autorità preposte.*

Il codice della crisi disciplina anzitutto la procedura di composizione assistita della crisi, affidata ad appositi organismi e che si svolge sul piano stragiuri-

diziale; nelle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza è previsto, invece, tendenzialmente, in linea generale⁴⁶, l'intervento dell'autorità giudiziaria. L'art. 5 del codice stabilisce i doveri e le prerogative dei primi e taluni dei doveri che concernono la seconda e gli organi con questa chiamati a collaborare e che è opportuno esaminare distintamente.

x.3.1) Doveri e prerogative dell'OCRI e dell'OCC.

Le procedure di allerta e composizione della crisi sono gestite, a seconda della qualità del debitore, da due organismi, l'OCRI e l'OCC, di cui è stata sopra esaminata la definizione.

Detti organismi, così come il referente attraverso cui gli stessi operano, ed il personale dei relativi uffici, chiamati a svolgere compiti fondamentali nella procedura di composizione della crisi, sono tenuti all'obbligo di riservatezza su tutte le informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. La previsione non esaurisce il complesso degli obblighi che fa carico ai componenti di detti organismi ed assume pregnante importanza soprattutto in quanto è espressiva del convincimento che l'obbligo del segreto in questa fase preliminare di verifica della situazione di difficoltà del debitore è indispensabile per garantire che questi la segnali tempestivamente, senza il timore che la possibile diffusione di notizie relative alla stessa possa essa stessa, da sola e di per sé, pregiudicare comunque lo svolgimento dell'attività e la stessa composizione della crisi.

La centralità di tale obbligo è ancora più chiara se si considera che l'art. 5, comma 5, tutela il segreto stabilendo altresì che i componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. A questo scopo, l'art. 5, comma 5, stabilisce che si applicano le disposizioni dell'articolo 200 c.p.p.; i componenti di tali organismi sono dunque tenuti al segreto professionale e gli stessi costituiscono un'ulteriore categoria di soggetti, che si aggiunge a quelle previste da detta disposizione del codice di rito penale e di cui è appunto tutelato detto

segreto. Ad essi sono inoltre estese le garanzie previste nel processo penale per il difensore dall'art. 103 del c.p.p. e, conseguentemente, le ispezioni, le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni interferenti con l'attività d'ufficio sono possibili soltanto nei casi e nei modi stabiliti da quest'ultima disposizione.

x.3.2) Doveri dell'autorità giudiziaria e degli organi da questi nominati.

Il legislatore ha ritenuto di fissare in linea generale due obblighi che gravano i giudici e gli organi che con questi collaborano, che possono essere distinti in base alla seguente bipartizione:

- il primo obbligo grava sia l'autorità giudiziaria sia gli organi da questa designati nel corso della procedura e concerne le *nomine dei professionisti* chiamati a svolgere compiti nelle stesse, che vanno effettuate nell'osservanza dei criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza.

Tale obbligo assume concretezza attraverso la previsione che il presidente del tribunale, ovvero se questo è ripartito in sezioni il presidente della sezione cui è assegnata la trattazione delle procedure, devono procedere all'adozione di protocolli, condivisi con i giudici della sezione, nei quali devono essere stabilite le regole da osservare, come nell'esecuzione, e conseguenze della violazione per il giudice ed il professionista.

L'osservanza dell'obbligo è presidiata dal potere attribuito al presidente del tribunale, ovvero al presidente della sezione designata per la trattazione delle procedure (qualora il tribunale sia articolato su più sezioni) di vigilare sulla sua attuazione e sul rispetto dei protocolli. È, peraltro, evidente che a detto potere corrisponde un dovere di esercitare tale vigilanza disciplinare

- il secondo obbligo grava esclusivamente sull'autorità giudiziaria e consiste nella previsione di un *criterio di priorità* nella trattazione anche dei processi c.d. satellite delle procedure previste dal codice della crisi, e cioè di quelli in cui è parte un organo nominato dall'autorità giudiziaria nelle stesse o comunque un soggetto nei cui confronti è aperta una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Il criterio di priorità mira a scongiurare che la lungaggine dei processi promossi a seguito delle (e correlati alle) procedure del codice possa irragionevolmente procrastinare la durata di queste ultime.

Allo scopo di richiamare l'attenzione dei capi degli uffici sull'esigenza di vigilare che detto criterio di priorità sia osservato e di apprestare le misure più

⁴⁶ La precisazione si impone, tenuto conto della previsione di strumenti negoziali stragiudiziali, da parte dell'art. 56.

congrue a questo fine, è stato previsto che annualmente il capo dell'ufficio (quindi, il presidente del tribunale, anche quando questo sia diviso in sezioni) deve trasmettere al presidente della corte d'appello i dati relativi al numero e alla durata dei suddetti procedimenti, indicando le disposizioni adottate per assicurarne la celere trattazione e di tali notizie il presidente della corte d'appello deve dare atto nella relazione sull'amministrazione della giustizia.

6. Doveri e poteri del pubblico ministero nella crisi d'impresa.

Probabilmente, una delle maggiori novità nel nuovo codice della crisi avrebbe dovuto e potuto⁴⁷ essere individuata nel rivitalizzato ruolo del pubblico ministero e nella adeguata valorizzazione dell'interesse pubblico sotteso alla regolazione della crisi e dell'insolvenza.

La riforma del 2007 aveva decisamente improntato l'asse della disciplina concorsuale fallimentare ad una visione eminentemente privatistica⁴⁸. Il codice della crisi, in senso antitetico, sembra ispirato al rafforzamento dei poteri del P.M. nelle procedure di composizione e regolazione della crisi delle imprese, allo scopo di realizzare un ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi in gioco.

Il riconoscimento dell'interesse pubblico descritto nella vigenza dell'originario testo della legge fallimentare come correlato "all'esigenza di rimuovere l'insolvenza dell'imprenditore, ossia difendere l'economia generale dal fenomeno morboso del dissesto" si trasforma, in linea con la raccomandazione n. 2014/135/UE, in interesse correlato alla predisposizione di istituti e strumenti procedurali atti a consentire alle imprese in difficoltà di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare che la crisi si aggravi e diventi irreversibile⁴⁹.

Nel nuovo codice della crisi, il pubblico ministero, spogliandosi delle sue vesti puramente penalistiche, nell'esercizio delle funzioni per lui previste dal diritto civile, è chiamato a riflettere ed a porre la propria at-

tenzione sia alle situazioni imprenditoriali di difficoltà (di preinsolvenza), sia a quelle avviate ad una regolazione concordata, sia alla liquidazione, muovendosi in una prospettiva di compatibilità tra esigenze punitive e di perseguimento dell'interesse generale anche attraverso il risanamento delle imprese.

L'importanza del ruolo attribuito al P.M. nella gestione della crisi di impresa è stata diffusamente approfondita in un documento, al quale è possibile e doveroso rinviare, per l'esposizione, in dettaglio, delle ragioni che fondano tale affermazione e per l'individuazione delle disposizioni che ne costituiscono la base giuridica e che costituisce un contributo importante ai fini della ricostruzione di detto specifico tema⁵⁰. Nel nuovo assetto della disciplina della crisi e dell'insolvenza la parte pubblica è chiamata a interloquire con tutti gli attori dei molteplici procedimenti, essendogli, ad uno stesso tempo, consentito di interloquire per garantire la congruità rispetto all'interesse pubblico delle scelte realizzate in ciascuno, e di accendere un faro garantendogli le altre parti delle procedure per avere immediata contezza dei presupposti dello svolgimento dell'azione investigativa in ambito penale.

Al P.M. nel nuovo quadro normativo viene consentito e garantito di attenzionare le condotte che possono essere realizzate da parte dei soggetti responsabili dell'impresa nel periodo di ricerca del ripianamento economico e della continuità aziendale.

L'epicentro dell'analisi investigativa in materia concorsuale – è stato osservato – si è dunque spostato all'indietro, con conseguente aumento dei fatti e degli atti richiesti dell'attenzione del pubblico ministero che, dunque, viene oggi ad assumerne una nuova veste di controllore ed un rinnovato potere d'azione⁵¹.

Difatti, proprio nell'ottica del richiamato "controllo anticipato" il nuovo codice, ha, altresì, previsto nella fase di trattativa negoziale specifiche e nuove fattispecie di reato, ovvero:

⁴⁹ Filippi, *Il ruolo del PM nel codice della crisi e dell'insolvenza* in www.giustiziainsieme.it.

⁵⁰ Si tratta dell'atto leggibile in https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/21.11.17_Ruolo_PM_nella_crisi_di_impresa.pdf, su "Il ruolo del pubblico ministero nella crisi d'impresa tra legge fallimentare, Codice della crisi e dell'insolvenza e decreto-legge n. 118 del 2021",

⁵¹ De Flammineis, *Il "nuovo" ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale, Alcune osservazioni al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁴⁷ L'uso del condizionale è giustificato dal fatto che, come si precisa infra nel testo, i successivi interventi sul codice della crisi possono avere incrinato l'idea originaria, volta alla rivitalizzazione del ruolo del P.M.

⁴⁸ 4 Cfr. sull'argomento Nigro, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in AA.VV., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007.

- con riferimento alle fasi relative agli accordi di ristrutturazione ed al concordato preventivo, l'art. 341 punisce l'attribuzione da parte dell'imprenditore di attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti.

- l'art. 342, invece, fa riferimento alle false attestazioni e relazioni dei professionisti indipendenti nelle medesime procedure.

- con riferimento alla composizione del sovraindebitamento ed ai reati posti in essere dai componenti dell'organismo di composizione della crisi, sono previste: "Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi" (art. 344) ed il reato di "Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI" (art. 345). Le condotte illecite descritte (in particolare nell'art. 344, co. 1, lett. a) e b) e co. 3 e nell'art. 345) si riferiscono ad ipotesi di frodi, patrimoniali e documentali, falsi documentali e falsità ideologiche di attestazione, che si inquadrano nell'ambito delle attività da compiersi nel corso della formulazione dei programmi di risanamento; invece, le condotte illecite di cui all'art. 344, co. 1, lett. c), d) ed e), riguardano la fase esecutiva di tali procedure di composizione della crisi.

Tuttavia, profilo pregnante è che il P.M. non è chiamato ad intervenire soltanto nella fase patologica del procedimento, essendo peraltro evidente l'esigenza di scongiurare il rischio che arrivi tardi, anche molto dopo l'eventuale danno provocato dalle condotte illecite sopradescritte dalle fattispecie agli interessi protetti⁵².

Non pare, peraltro, possibile fornire una diversa lettura dell'impianto codicistico che consenta di attribuire al PM, oltre all'accertamento dei reati già consumati nel corso della procedura di componimento (fase patologica), un controllo in itinere.

Con riguardo alla procedura di composizione della crisi di cui agli artt. 18 e 19 del codice, nel caso di evoluzione patologica, ossia di un'anomala interruzione, è prevista, ai sensi dell'art. 22, una segnalazione al P.M., ai fini dei poteri d'iniziativa di cui all'art. 38.

Il riferimento contenuto nell'art. 22 all'insolvenza dell'azienda sposta dunque il piano di analisi verso un'ipotesi concreta di decozione dell'attività imprenditoriale confermando che l'iniziativa del pubblico ministero è rivolta alla sola apertura della procedura

della liquidazione giudiziale, che prende il posto della procedura di fallimento. Solo a questo punto, già patologico della vicenda della trattativa per la composizione della crisi, è previsto l'intervento del controllo del pubblico ministero che, a quel punto, dovrebbe andare a scandagliare tutte le condotte antecedenti al percorso di trattativa non andata a buon fine.

Limitato pare il potere di intervento del pubblico ministero nelle ipotesi in cui le trattative negoziali si concludano positivamente, ovvero quando viene concluso un accordo tra il debitore con i creditori coinvolti. In tali casi, infatti, il pubblico ministero potrebbe non venire affatto a conoscenza della situazione di crisi e degli accordi intrapresi tra le parti salvo il caso in cui dovesse sopraggiungere una situazione patologica e, quindi, ai sensi dell'art. 21, comma 4 del codice della crisi di impresa gli atti e i documenti prodotti nel corso delle trattative negoziali potrebbero "essere utilizzati (...) nell'ambito di un procedimento penale".

Nel caso in cui la trattativa per la composizione della crisi non si conclude positivamente perché l'accordo con i creditori non viene raggiunto ma permane una situazione di crisi – e non di evidente insolvenza 12 2/2019 –, a questo punto, anche su invito del collegio (art. 21), il debitore può fare ricorso alle procedure regolatrici della crisi cui agli artt. 37 e ss. del Codice con conseguente intervento, solo successivo, della figura della pubblica accusa.

È comunque il caso di chiedersi se non sia opportuno approfondire l'esigenza di fornire al pubblico ministero strumenti di controllo *in itinere* che gli consentano di apportare correttivi, in un processo fisiologico di monitoraggio delle situazioni di crisi, per dare concretezza alle opzioni di recupero della continuità aziendale ed alla finalità della riforma. Si tratta, in definitiva, di realizzare sinergie rafforzate e maggiormente qualificate per un accrescimento culturale e qualitativo del controllo pubblico sulle procedure concorsuali⁵³, tenendo conto che la crisi e l'insolvenza dell'impresa coinvolgono una pluralità ed eterogeneità di interessi che, di necessità, non consente di ricondurre le relative vicende ad una dimensione esclusivamente privatistica.

Vittoria SALVATO

⁵² Gambardella, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale*, in *Diritto penale contemporaneo*.

⁵³ De Flamminesi, *Il "nuovo" ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale. Alcune osservazioni al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit.

L'espropriazione immobiliare di beni gravati da "usi civici"

SOMMARIO: 1. "Usi civici": una nozione in evoluzione • 2. Il regime giuridico dei beni gravati da "usi civici" • 3. Il pignoramento dei beni gravati da "usi civici" • 4. Il ruolo degli ausiliari e delle parti nell'espropriazione di beni gravati da "usi civici" • 5. Conclusioni

1. "Usi civici": una nozione in evoluzione

La locuzione «usi civici» individua peculiari diritti di godimento su beni, propri o altrui, la cui titolarità spetta ad una collettività, stanziata su un determinato territorio e a ciascun suo componente. Si tratta, più esattamente, di diritti il cui contenuto assicura alla collettività che ne è titolare la fruizione di specifiche utilità provenienti dalla terra, dai boschi e dalle acque¹, quali ad esempio il diritto di raccogliere la legna (c.d. legnatico) o quello di far pascolare il proprio bestiame su un determinato fondo.

La peculiarità dell'istituto si rinviene soprattutto nel fatto che il diritto spetta a ciascuno degli appartenenti alla collettività non secondo il modello di comunione disciplinato dal codice civile del 1942, ma secondo il modello di una comunione a mani riunite (senza quote) di tipo germanico² che consente l'esercizio del diritto ad un tempo esclusivo e concorrente³. Per questa loro caratteristica i diritti di uso civico si differenziano dal diritto di uso di cui all'art. 1021 c.c. a cui in passato parte della dottrina ha tentato di assimilarli⁴. L'uso ha, infatti, una natura esclusiva in quanto la titolarità del diritto in capo ad un soggetto esclude tutti gli altri dalla possibilità di esercizio dello stesso.

È importante notare che la collettività titolare di "usi civici" storicamente non era dotata di personalità giuridica e non aveva perciò facoltà di compiere validi atti giuridici di amministrazione e disposizione

di tali diritti; per ovviare a tale carenza l'ordinamento ha individuato enti esponenziali alle quali tali facoltà sono imputate. Le forme organizzative previste a tal fine dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766 (riguardante il riordinamento degli usi civici del Regno) sono: il comune, le associazioni agrarie e l'amministrazione (comunale) separata dei beni frazionali per l'ipotesi in cui i diritti d'uso civico spettino a comunità originarie insediate su una parte soltanto del territorio del comune (frazioni)⁵. Le associazioni agrarie a seconda della collocazione geografica sul territorio nazionale hanno assunto le più disparate denominazioni. Le più note sono le Regole del Veneto, le Consorzierie del Piemonte e Valle d'Aosta, le Comunelle del Carso. Nella regione Lazio la gestione degli usi civici è stata principalmente affidata alle Università Agrarie. Nell'Italia meridionale, invece, non si sono mai avute gestioni autonome e separate da quella dell'ente comunale: in queste realtà il Comune rappresenta gli utenti civici e gestisce i beni della comunità con bilanci separati.

Solo di recente il legislatore ha riconosciuto personalità giuridica di diritto privato e autonomia statutaria⁶ agli enti esponenziali delle comunità titolari di "usi civici", con l'obiettivo di consentire una maggiore autonomia decisionale e amministrativa nella gestione dei beni permettendone anche un'utilizzazione che ne produca reddito⁷.

¹ S.ORRU, voce "Usi civici", in *Digesto discipline privatistiche*, XIX, Torino, 1999, I aggiornamento anno 2018.

² V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del Diritto*, fasc. n. 1, marzo 2014.

³ R. TRIFONE, *Gli usi civici*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1963, pag. 147 e ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2013, 120; Corte cost. sent. n. 103/2017 disponibile su www.cortecostituzionale.it, nella motivazione la Corte pone come presupposto del proprio ragionamento l'esistenza di una comunione senza quote con riferimento ai beni gravati da usi civici per giustificare la non operatività dell'istituto dell'accessione sui suddetti beni.

⁴ A. PALERMO, voce "Usi civici", in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1975,607

⁵ Cass. civ., sez. V, n. 2632 del 5.2.2020.

⁶ Art. 1, comma 2, L. 20 novembre 2017 n. 168 (Norme in materia di domini collettivi). Il legislatore ha così superato l'inattività delle Regioni nell'attuazione della legge n. 97 del 1994 (cd. legge Montagna). In forza dell'art. 3 di tale legge le Regioni avrebbero, infatti, dovuto stabilire le modalità specifiche per conferire la personalità giuridica di diritto privato agli enti gestori dei beni gravati da Uso Civico. Deve per completezza essere evidenziato che le sole Università agrarie del Lazio ed ex stati pontifici, erano già state riconosciute come persone giuridiche con finalità di impresa dalla l. 397 del 1894. A tal proposito si rinvia a P.GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, ristampa del 2017.

⁷ Cfr. lavori preparatori della L. 20 novembre 2017 n. 168 (Norme in materia di domini collettivi) e in particolare scheda

Un'altra peculiarità degli "usi civici" è quella di essere diritti reali di godimento non disciplinati dal codice civile del 1942, nonostante storicamente esistenti nel momento della sua entrata in vigore. Tale circostanza ha da sempre determinato difficoltà nell'interpretazione dell'inquadramento sistematico dell'istituto.

Il *corpus* normativo di riferimento per gli "usi civici" originariamente era costituito solo dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766 e dal relativo regolamento di attuazione di cui al regio decreto 26 febbraio 1928, n. 332. Accanto alla legge statale nel tempo si sono susseguite molte leggi delle regioni, alle quali l'art. 16, commi primo e quarto, del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 ha devoluto la materia, seppur limitatamente alle funzioni amministrative.

Molte di queste leggi regionali sono state oggetto di pronunce di incostituzionalità della Corte Costituzionale per aver invaso la competenza statale in violazione dell'art. 117 Cost. In tali pronunce la Corte ha evidenziato come il regime degli "usi civici" oltre a riguardare l'agricoltura, materia di competenza concorrente, attiene anche all'ordinamento civile e alla tutela paesaggistica e ambientale di competenza esclusiva statale⁸.

di lettura Dossier del 21 giugno 2017, consultabile sul sito internet della Camera dei Deputati che si diffonde sulle ragioni storiche di tale scelta.

Ci si può limitare qui a sottolineare che la rilevanza del cambiamento è apprezzabile laddove si consideri che i beni gravati da uso civico sono stati sovente - soprattutto nelle impostazioni più risalenti - ricostruiti come terre in dominio collettivo, la cui negoziazione e circolazione presupponeva l'assenso di *tutti i cives*, talvolta perfino fondata sul malagevole criterio del *nemine discrepante*, nel senso cioè che nessun membro della collettività civica nel momento negoziale poteva mancare, né essere di contrario avviso (affinché la popolazione non si privasse dei suoi secolari diritti senza un'apprezzabile contropartita cfr. Cass. civ., sent. n. 387 del 11.02.1974).

⁸ Nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale particolarmente interessanti appaiono: C. cost. n. 103/2017 che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 1, comma 12, 4, commi 24, 25, 26 e 27, e 8, comma 13, della legge della Regione autonoma Sardegna 11 aprile 2016, n. 5, consultabile su Federalismi.it n. 10 del 17 maggio 2017; C. cost. n. 113 del 2020 che ha dichiarato incostituzionale l'art. 8 della legge della regione Lazio n. 6 del 2005, consultabile su Federalismi.it n. 12 del 6 giugno 2018 con nota di E. BUOSO, *La disciplina dei terreni gravati da usi civici e delle terre collettive tra paesaggio e ordinamento civile, in le Regioni*, 5-6 del 2018; C. cost. n. 71 del 2020 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 53 della legge della Regione Calabria 29/12/2010, n. 341, consultabile su Federalismi.it, n. 14 del 13 maggio 2020.

Deve infatti, ricordarsi che l'art. 1 del D.l. n. 312 del 1985 ha sottoposto a vincolo paesaggistico, tra l'altro, "le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici"⁹ e che l'art. 142, comma 1, lettera h) del D.lgs. n. 42 del 2004 ha inserito detti beni nel codice dei beni culturali e del paesaggio.

Negli ultimi anni gli "usi civici" sono stati disciplinati nuovamente dalla L. 20 novembre 2017 n. 168 che ha dettato norme in materia di "domini collettivi"¹⁰, senza abrogare espressamente le norme previgenti, che pertanto devono ritenersi applicabili nei limiti in cui siano compatibili¹¹.

Tratto comune di tutte le sopramenzionate fonti normative è quello di non contenere una definizione di "uso civico", riconducendo nell'ambito di tale locuzione, situazione giuridiche differenti, con regimi giuridici distinti. Tale carenza definitoria pone non pochi problemi interpretativi a chiunque si trovi a dover aver a che fare con immobili gravati da uso civico e pertanto, anche al giudice dell'esecuzione a cui il creditore procedente chiede la liquidazione di un bene con tali caratteristiche a soddisfazione del proprio credito.

Come autorevolmente rilevato, con la nozione usi civici il legislatore si riferisce alternativamente agli *Usi civici* in senso stretto (c.d. nella prassi notarile beni privati gravati) che insistono sui beni di proprietà di un soggetto privato, sia alle c.d. terre collettive, di proprietà della collettività stessa che esercita il diritto di godimento¹². Queste ultime nella classificazione attualmente operata dal legislatore del

⁹ Art. 82, quinto comma, lettera h, del D.lgs. n. 616 del 1977.

¹⁰ in termini monografici, v. G. DI GENIO, *Gli usi civici nel quadro costituzionale (alla luce della legge n. 168 del 20 novembre 2017)*, Torino, 2019.

¹¹ M. COSULICH, *La legge 20 novembre 2017, n. 168, "Norme in materia di domini collettivi" Osservazioni a prima lettura*, in *Riv. Dir. Agrario, Napoli*, 4/2017, 698; A. GERMANO, *Un diritto transitorio per gli usi civici?*, cit., 4, secondo il quale, in ordine alla legge del 1927, possono considerarsi non applicabili, per intervenuta obsolescenza, le disposizioni sulla classificazione delle terre civiche, quelle sulla quotizzazione nonché quelle sulla gestione delle terre silvo-pastorali (artt. 11 e 13-26).

¹²F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1965, II, 666 ss.; U. PETRONIO, *Usi e demani civici fra tradizione storica e dogmatica giuridica*, in *La proprietà e le proprietà*, Giuffrè, 1988, 491 ss.; A. GERMANO, «*Usi civici*», in *Digesto discipline privatistiche*, XIX, Torino, 1999, 535; Id., *Usi civici, terre civiche, terre collettive*, RDA, 1999, II, 243.

2017 fanno parte del *Demanio Civico*¹³. In questa categoria rientrano anche le terre appartenenti alle comunità montane, già disciplinate dalla L. n. 97 del 1994.

Deve rilevarsi che seppur accomunati sotto la medesima definizione, queste due tipologie di “usi civici” hanno una diversa origine storica. Gli *Usi civici* in senso stretto sono, di regola, quei diritti originariamente concessi o riconosciuti, con atto formale o per *facta concludentia*, da un feudatario sulle terre infeudate e che si estrinsecano nell'esercizio di facoltà di ben definito e ristretto godimento. Attribuiti originariamente *benevolentiae causa* o quale corrispettivo del lavoro di colonizzazione sollecitato dallo stesso feudatario, gli *Usi civici* in senso stretto vengono goduti in comune dalla collettività per soddisfare i bisogni essenziali della vita e rappresentano sempre una limitazione al diritto di godimento delle *utilitates* del fondo che, altrimenti, sarebbero spettate, integralmente, al suo proprietario.

Le terre collettive, oggi facenti parte del *Demanio civico* hanno, invece, di regola origine nel fatto dell'apprensione della terra, attraverso l'occupazione di un territorio inabitato, nel quale un gruppo di famiglie si è insediato per coltivarlo e per goderne i frutti. In tal caso, tutte le utilità del fondo sono della collettività, che si pone, rispetto alla terra occupata e lavorata, in un rapporto di tipo dominativo, per il suo carattere di godimento esclusivo, ovvero per lo *ius excludendi omnes alios* spettante a tutti ed a ciascun membro della collettività¹⁴.

L'art. 1 della L. del 1927 che delimita il suo ambito di applicazione fa espresso riferimento sia agli “usi civici e a qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento delle terre spettanti agli abitanti di un Comune o di una frazione di Comune” (c.d. *Usi civici* in senso stretto) sia “alle terre possedute da Comuni, università e altre associazioni agrarie, comunque denominate soggette all'esercizio di usi civici” (*Demanio civico*).

Per gli Usi civici in senso stretto la legge del 1927 prevede come procedura ordinaria di estinzione la liquidazione, che può avvenire in due diverse modalità. La prima consiste nello scorporo di una parte del territorio privato gravato che viene trasferito in pro-

prietà alla collettività titolare dell'uso civico, con conseguente riespansione della piena proprietà del privato cittadino sulla restante parte¹⁵. In alternativa, quei terreni che hanno ricevuto dai proprietari sostanziali e permanenti migliorie possono essere liquidati mediante la corresponsione al Comune di un canone annuo di natura enfiteutica¹⁶ e definitivamente liberati mediante l'affrancazione.

Per i beni appartenenti al *Demanio civico* utilizzabili come bosco o pascolo la legge del 1927 individua due possibili modalità di passaggio dal demanio all'allodio che presuppongono un provvedimento dell'amministrazione: l'alienazione previa autorizzazione del Ministero dell'economia Nazionale o la mutazione di destinazione, procedura quest'ultima eccezionale e sempre reversibile¹⁷. Tali beni possono essere trasformati in beni privati anche a seguito della legittimazione¹⁸ delle occupazioni abusive solo se l'occupante abbia apportato migliorie, l'occupazione sia durata almeno dieci anni e la zona occupata non interrompa la continuità dei terreni. In tale ipotesi la liberazione del bene dall' “uso civico” si realizzerà mediante l'attribuzione di un canone di natura enfiteutica¹⁹ all'occupante e con la finale affrancazione del fondo. Per i beni destinati alla coltura agraria è invece prevista la quotizzazione in singole unità fondiari sulle quali può essere attribuito ai privati un diritto di natura enfiteutica oggetto di possibile affrancazione²⁰.

¹⁵ Art. 5 L. 16.6.1927 n. 1766.

¹⁶ Il riferimento normativo al «canone di natura enfiteutica» ha suscitato non pochi dubbi in ordine alla natura del rapporto giuridico che viene a costituirsi fra il proprietario del fondo e la collettività. Al riguardo, l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza esclude il sorgere di un rapporto di natura enfiteutica in senso proprio, sì che non vi sarebbe l'obbligo di migliorare il fondo né la possibilità di devoluzione. In dottrina, per tutti, V, CERULLI IRELLI, *Problemi della liquidazione degli usi civici mediante compenso canone*, in NDA, 1981, 621 ss.

¹⁷ Art. 12 L. 16.6.1927 n. 1766 e art. 41 Reg n. 332/1928.

¹⁸ Artt. 9 e 10 L. 16.6.1927 n. 1766.

¹⁹ Ancorché la norma faccia espresso riferimento ad un «canone di natura enfiteutica», deve ritenersi che, a seguito della legittimazione, sorga in capo al beneficiario un diritto di proprietà esclusivo, non già un diritto di enfiteusi. Secondo l'orientamento prevalente, il riferimento normativo va inteso, nel senso che il canone de quo dovrà essere assoggettato alle norme volte a disciplinare il canone enfiteutico. Sul punto, A. JAN-NARELLI, *La prelazione agraria e le terre civiche oggetto di provvedimento di legittimazione*, in RDA, 2000, 175 ss. cit. 187 ss., anche per ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

²⁰ Art. 13 e ss. L. 16.6.1927 n. 1766.

¹³ Art. 3 co. 2 L. 20 novembre 2017, n. 168.

¹⁴ A. GERMANÒ, voce “Usi civici”, in Dig. disc. priv., cit.; ID., *Usi civici, terre civiche, terre collettive*, in Riv. dir. agr., 1999, II, 248 ss.; U. PETRONIO, voce “Usi civici”, in Enc. dir., XLV, Milano, 1992, 930,938.

Alle illustrate procedure di estinzione si aggiunge, per entrambe le categorie di beni gravati da “uso civico”, la conciliazione, che può avvenire durante il giudizio di accertamento dell’esistenza del diritto di godimento collettivo innanzi al Commissario Regionale per la liquidazione degli usi civici (di seguito per semplicità “Commissario”)²¹.

Bisogna inoltre ricordare che l’art. 3 della legge del 1927 impone un termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla sua entrata in vigore, per la denuncia degli “usi civici” ancora in esercizio a tale data. Di conseguenza, nessun membro della collettività dopo tale data potrà chiedere l’accertamento di diritti che non esercitava in quel momento e che pertanto devono ritenersi eccezionalmente estinti per il non uso alla data indicata dal legislatore. Secondo l’orientamento prevalente tale obbligo di denuncia e tale forma di estinzione è riferibile solo agli *Usi civici* in senso stretto e non anche al *Demanio civico*²².

La diversità sostanziale tra i due fenomeni e la conseguente differente disciplina prevista dal legislatore per la loro estinzione e circolazione ha portato la stessa Corte costituzionale a sottolineare l’inadeguatezza dell’espressione “usi civici” in senso onnicomprensivo dovendo piuttosto preferirsi²³ l’espressione più generica “assetti fondiari collettivi”. Tale monito non è passato inosservato al legislatore che

²¹ Art. 29 L. 16.6.1927 n. 1766.

²² Cass.civ., n. 6165 del 16.3.2007, in DGA, 2008, 268, con nota di L. FULCINITI, *La dichiarazione degli usi civici obbligatoria (solo) su terre private*, ove si legge che «la dichiarazione prevista dall’art. 3 l. 16-1-1927, n. 1766, secondo cui chiunque pretenda di esercitare i diritti di uso civico di “promiscuo godimento” è tenuto a farne dichiarazione al Commissario liquidatore entro sei mesi dalla pubblicazione della legge pena l’estinzione dei relativi diritti, non riguarda i diritti sui terreni che, appartenendo al demanio universale e comunale siano propri della stessa collettività degli utenti; infatti, allo scopo di evitare contrasti o incertezze tra le popolazioni agrarie, il legislatore nel prevedere l’obbligo della denuncia esclusivamente per i diritti “di promiscuo godimento”, ha inteso riferirsi, ai diritti di uso civico su beni altrui, non potendosi tale ipotesi configurare nel caso di titolarità dei beni spettanti alla stessa *universitas* di appartenenza degli utenti, anche quando i diritti siano esercitati da collettività residenti in parte limitate del territorio comunale». Nello stesso senso Cass. civ., n. 10645 del 26.10.1993, in RDA, 1994, II, 207, con nota di A. GERMANO, *Carneade, chi era costui? Ovvero degli usi civici*.

²³ Anche la Corte Costituzionale ha definito il sintagma “usi civici” come una «“espressione di comodo” [...] che comprende istituti e discipline varie dell’intero territorio [nazionale]» è ha

con la L. n. 168 del 2017 ha introdotto la nozione di “domini collettivi”, che secondo i primi commentatori, dovrebbe aver sostituito, almeno nell’accezione ampia, il concetto di “usi civici”²⁴. L’art. 2 co. 4 della summenzionata legge sembra, infatti, utilizzare l’espressione *Uso civico* in senso proprio, ovvero con riferimento ai beni di titolarità esclusiva di un soggetto pubblico²⁵ o privato gravati da diritti di godimento collettivi, identificandolo come realtà distinta dai beni di proprietà collettiva, ma che, come questi, sono amministrati da enti esponenziali.

È importante, tuttavia, notare che l’art. 3 della legge n. 168 del 2017 introduce una nuova nozione giuridica, quella di *Beni collettivi*. È un concetto che supera la distinzione codicistica e costituzionale²⁶ tra

affermato che ad oggi sinonimo di tale espressione può essere considerato quello, ascrivibile alla dottrina contemporanea, di “assetti fondiari collettivi”, cioè regimi di proprietà diversi da quella allodiale, aventi quale comun denominatore – all’interno di singole peculiarità generate dai diversi contesti storici – l’utilizzazione collettiva di alcuni beni immobili” (C.Cost. 71/2020).

²⁴ A. GERMANO, voce “domini collettivi” in *Digesto discipline privatistiche*, XIX, Torino, 1999, aggiornamento 2018. La locuzione «domini collettivi» non rappresenta un neologismo nel linguaggio giuridico nazionale; essa si ricollega alla tradizione dell’Italia centrale e, infatti, compariva già nella L. 4 agosto 1894, n. 397, relativa all’ordinamento dei domini collettivi nelle province dell’ex Stato Pontificio. In argomento, diffusamente, E. CORTESE, “*Domini collettivi*”, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 913 ss.; E. CONTE, *Beni comuni e domini collettivi fra storia e diritto*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona, 2012, 43 ss. Da ultimo, A. GERMANO, *I domini collettivi*, *Dir. Agr.*, 2018, 85.

²⁵ L’uso civico che grava su un bene di proprietà di un soggetto pubblico, secondo quanto si legge nei lavori preparatori deve riferirsi ad un bene di natura non demaniale. Al livello catastale tali beni sono intestati, solitamente, ad una persona fisica o ad un ente ecclesiastico che era l’originario concedente dell’uso.

²⁶ L’art. 42 della Costituzione afferma che la proprietà è pubblica o privata e che i beni economici appartengono allo stato, ad enti o a privati. Sull’inquadramento costituzionale dei “beni collettivi” si rinvia a A. CIERVO, *Beni pubblici e beni collettivi*, *Il libro dell’anno del diritto 2018*, consultabile su www.treccani.it; R. VOLANTE, *un terzo ordinamento civile della proprietà. La L. 20 novembre 2017 n. 168 in materia di domini collettivi*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, 5, 1067.

Già prima dell’entrata in vigore della L. 20 novembre 2017, n. 168, era stato autorevolmente evidenziata in dottrina l’inadeguatezza delle categorie giuridiche relative al diritto di proprietà conosciute dal legislatore moderno per descrivere il fenomeno dei domini collettivi. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1984, 266 ss. ove si

proprietà pubblica e privata, ricomprendendo al suo interno sia il *Demanio civico* sia i beni di proprietà di soggetti pubblici o privati sui quali i residenti del comune o della frazione esercitati gli *Usi civici*.

La differenza sostanziale tra l'intervento normativo del 1927 e quello del 2017 è che nel primo caso il legislatore ha disciplinato gli "usi civici" nell'ottica di riordinarli e per quanto più possibile estinguerli, laddove il legislatore contemporaneo mira a conservare tali diritti collettivi e proteggere il più possibile i "domini collettivi" da utilizzazioni volte a soddisfare esclusivamente l'interesse di singoli cittadini.

Tale ritorno in auge della categoria dei domini collettivi è dovuto al mutamento della funzione che agli stessi è stata attribuita nel tempo.

La funzione originaria dell'istituto era quella di fornire un sostentamento vitale alle popolazioni, in una fase storica nella quale la terra rappresentava l'unico elemento dal quale le stesse potevano ricavare i prodotti necessari per la sopravvivenza. La funzione vitale del bene-terra è stata drasticamente ridimensionata nell'assetto economico della società odierna, che è fortemente incentrato sul settore industriale e sul terziario. Attualmente anche laddove l'unica fonte di reddito è la terra è necessario avere a disposizione appezzamenti estesi a coltivazioni intensive sicché risulta difficilmente compatibile con tali esigenze la persistenza di una proprietà collettiva, in luogo di quella solitaria od individuale.

È stato, infatti, rilevato come l'originaria destinazione sembra addirittura stravolta, una volta che gli "usi civici" sono stati compresi nella specifica tutela paesistico-ambientale o assunti di conseguenza a parametro blandamente negativo della sanabilità delle violazioni delle leggi urbanistiche²⁷. In questa nuova accezione l'"uso civico", oggi denominato "dominio collettivo", è funzionale alla conservazione del bene ambiente non soltanto a favore dei singoli appartenenti alla collettività dei fruitori del bene gravato nel singolo contesto territoriale collegato alle possibilità

legge che le categorie di "privato" e "pubblico" non sono applicabili all'esperienza giuridica medievale, il contesto di fondazione della proprietà collettiva. Esse sono utilizzabili solo dal punto di vista dell'ordinamento giuridico moderno che, allorquando è costretto a rapportarsi con queste realtà, deve descriverle con le proprie categorie.

²⁷ Art. 32 co. 5 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, come sostituito, da ultimo, dall'art. 32, comma 43, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, in legge 24 novembre 2003, n. 326.

di concreto utilizzo dell'immobile, ma alla generalità dei consociati sull'intero territorio nazionale.

2. Il regime giuridico dei beni gravati da "usi civici"

Prima dell'entrata in vigore della L. n. 168 del 2017 sui "domini collettivi", gli interpreti hanno ritenuto che i beni gravati da "usi civici" seguissero un diverso regime giuridico a seconda che si trattasse di beni privati gravati (c.d. *Usa civico* in senso stretto) di proprietà del singolo cittadino o di terre collettive (oggi *Demanio civico*) nella titolarità della comunità.

La giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi quasi esclusivamente con riferimento ai beni appartenenti al *Demanio civico* e al loro regime circolatorio.

Gli "usi civici" costituenti *Demanio civico* sono distinti dall'art. 11 della L. n. 1766 del 1927 in due gruppi: i beni destinati a bosco o a pascolo permanenti e i beni utilizzabili per la cultura agraria. I primi, secondo il disposto dell'art. 12, non possono essere alienati e non ne può essere mutata la destinazione senza l'autorizzazione del Ministero dell'Economia. I secondi, ai sensi dell'art. 21, prima dell'affrancazione non possono essere divisi, alienati o ceduti per qualsiasi titolo. L'affrancazione presuppone l'avvenuta ripartizione in unità fondiari assegnate mediante un procedimento amministrativo inizialmente gestito dal Commissario e ora dalla Regione, e l'assegnazione di un diritto simile all'enfiteusi sulle stesse a favore dei privati, che possono acquisirne solo in seguito la proprietà.

Il regime previsto dal legislatore del 1927 per i beni di proprietà della collettività gravati da diritti di godimento era pertanto quello dell'inalienabilità. Tali beni erano sottratti alla libera circolazione, salvo interventi della pubblica autorità.

Un'altra caratteristica dei beni appartenenti al *Demanio civico* desunta in via interpretativa dalle prescrizioni della legge del 1927 era la non usucapibilità degli stessi, in quanto l'"uso civico" non poteva estinguersi per il non uso²⁸. Il fondamento di tale convinzione si rinviene nell'art. 9 della legge del 1927 laddove nel disciplinare la legittimazione delle occupazioni abusive, si dispone che ove non avvenga tale procedimento di estinzione dell'uso civico, le terre devono essere restituite al Comune o alla frazione, a qualunque epoca rimonti l'occupazione.

²⁸ Cass., Sez. Un. n. 7429 del 27 marzo 2009;

Sul presupposto dell'inalienabilità e dell'impossibilità di essere oggetto di usucapione la dottrina e la giurisprudenza hanno assimilato, almeno in punto di disciplina, i beni appartenenti al *Demanio civico* ai beni demaniali di proprietà degli enti pubblici, rispetto ai quali tale speciale regime giuridico è sancito dall'art. 823 c.c..

In un primo tempo la giurisprudenza ha assimilato il *Demanio civico* al *Demanio pubblico* di cui all'art. 822 e ss. c.c., desumendo da tale considerazione la nullità insanabile degli atti di trasferimento di fondi destinati ad "uso civico", chiarendo solo successivamente che la natura pubblicistica dei diritti di "uso civico" non determina una completa equiparazione di questi ultimi ai beni demaniali²⁹.

La giurisprudenza di legittimità si è occupata della natura del *Demanio civico* principalmente al fine di dichiarare la nullità degli atti di trasferimento. In alcune pronunce è stata configurata un'ipotesi di nullità dell'atto per impossibilità dell'oggetto³⁰, mentre in altre pronunce è stata invocata la nullità per violazione di norme imperative³¹.

Per coerenza sistematica è stata ritenuta nulla anche una divisione che comprenda nella massa alcuni beni gravati da uso civico. Parimenti invalidi sono stati ritenuti i contratti di concessione e/o locazione di terreni civici³².

Più dibattuta è stata, invece, la possibilità di concludere, in attesa della legittimazione, un contratto preliminare di vendita, condizionato all'emanazione del provvedimento³³. L'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità ha ritenuto viziati da nullità anche i negozi con effetti meramente obbligatori, in cui ci si impegna a vendere un bene nel momento in cui sarà liberato dall'uso civico³⁴, anche se bisogna dar conto dell'esistenza di una serie di pronunce giurisprudenziali meno intransigenti sul tema³⁵.

²⁹ Cass. civ. n. 2553 del 19.10.1967, in *Giust.civ.*, 1968, I, 263; Cass. civ., n. 3690 del 12.12.1953, in *Giur. Cass. civ.*, 1953, V, 396.

³⁰ Cass. civ. n. 4120 del 28.11.1977, in *Giust. civ.*, 1978, I, 967; Cass. civ. n. 6017 del 10.11.1980.

³¹ Cass. civ. Sez. III, n. 1940 del 03.2.2004.

³² Cass., Sez. Un., n. 25986 del 22.12.2010; Cass., Sez. Un., n. 28654 del 3.12.2008.

³³ Cass. civ. n. 4536 del 4.08.1979, in *Nuovo dir. Agr.*, 1980, 229 e *Cass. civ. n. 1234*, del 8.5.1973, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 705.

³⁴ Cass. civ. n. 4120 del 28.10.1977.

³⁵ Cass. n. 1404 del 7.5.1968, nella quale emerge che secondo i giudici della Suprema corte, le cessioni o alienazioni

È stata considerata affetta da nullità insanabile anche la vendita del bene gravato da uso civico nella forma di "vendita del possesso"³⁶, posta in essere da soggetti che intendevano trasferire la peculiare condizione di godimento del bene gravato da uso civico, paragonandolo al possesso.

I beni appartenenti al *Demanio civico* sono comunemente ritenuti non assoggettabili alla confisca prevista dalle norme antimafia in quanto, anche se non classificabili tra quelli demaniali in senso tecnico, sono soggetti agli effetti sostanziali della demanialità³⁷. I suddetti beni non sono neppure espropriabili per causa di pubblica utilità se non previa "sdemanializzazione"³⁸.

I beni privati gravati da *Usi civici* in senso stretto sono, invece, stati ritenuti liberamente commerciabili dalla dottrina e soprattutto dalla prassi notarile, in assenza di una disposizione nella legge del 1927 che ne prevedesse espressamente limiti alla circolazione³⁹. Vi

previste dal divieto dell'art. 21 della L. del 1927 sono solo quelle a carattere reale immediato, escludendo quelle con effetti obbligatori.

³⁶ Cass. civ. n. 852 del 27.09.1996.

³⁷ Documento CNDCEC - Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili - 02/11/2015 - Linee guida in materia di amministrazione giudiziaria, che riportando un parere del Procuratore nazionale Antimafia afferma che "i beni comunali di uso civico costituenti il c.d. demanio universale, anche se non classificabili tra quelli demaniali in senso tecnico, non sono soggetti al regime giuridico stabilito dal codice civile per i beni patrimoniali degli enti pubblici, ma permangono gli effetti sostanziali della demanialità per effetto della legge speciale la quale afferma per giurisprudenza costante e concorde, i principi della inalienabilità ed imprescrittibilità dei diritti su detti beni, della inusucapibilità e della immutabilità della destinazione" ... "pertanto è ragionevole che il provvedimento di confisca debba intendersi improduttivo di effetti nella parte in cui avrebbe disposto di beni soggiacenti successivamente dichiarati soggiacenti al regime del demanio civico".

³⁸ Corte. Cost. 78/61; Cass. Sez. Un, n. 375 del 30.06.1999; sul tema si rinvia a E. TOMASELLA, *L'espropriazione e i beni civici*, in *La Regione Puglia e gli usi civici*, a cura di Miele, Atti del Convegno di Foggia del 25-5-1999, Foggia, 2000, 45 ss.; L. DE LUCIA, « *Usi civici* », in *Digesto/pubbl.*, XV, Torino, 1999, 592.

³⁹ Studio n. 777 del Consiglio nazionale del Notariato redatta da Giovanni Casu e inserita nella sezione "materiale" con delibera della commissione studi civilistici del 21.5.1994 reperibile sul sito www.notariato.it; A. RUMOLO, *Usi civici e validità del contratto*, *Notariato*, 2005, 2, 135. La prassi notarile nel caso in cui al momento del rogito fosse iniziata, ma non completata la procedura di liquidazione, riteneva opportuno citare l'obbligo di corresponsione del canone e di esecuzione

è comunque stata unanimità di consensi intorno all'idea che il trasferimento della proprietà non fosse idoneo ad estinguere l'uso civico, diritto che continua ad insistere sul fondo trasferito all'acquirente limitandone, anche se spesso solo formalmente, il dominio.

La giurisprudenza di legittimità ha di fatto avalato la prassi dottrinale non essendo note pronunce rilevanti in materia di circolazione di beni privati gravati da *Uso civico*.

Tale assetto interpretativo è stato parzialmente modificato dall'entrata in vigore della L. n. 167 del 2018 il cui l'art. 3, comma terzo, dispone che il regime giuridico dei *beni collettivi* resta quello dell'inalienabilità, dell'indivisibilità, dell'iusucapibilità e della perpetua destinazione silvo-pastorale.

Come già ricordato, nella nuova categoria dei *beni collettivi*, definita al comma primo dell'art. 3, rientrano sia il *Demanio civico* (beni di cui alle lettere a, b, c, e, f), sia le terre di proprietà di soggetti pubblici (non demaniali) o privati sulle quali i residenti del comune o della frazione esercitano *Usi civici* non ancora liquidati (lettera d).

Il richiamo alla liquidazione, procedura di estinzione degli "usi civici" riservata ai beni privati gravati, unitamente al riferimento alla proprietà privata del bene lascerebbe pensare che con questo intervento il legislatore abbia voluto superare quella dicotomia di regime giuridico che si era creata nella prassi, sottoponendo tutti i "domini collettivi" al medesimo regime giuridico, simile a quello dei beni demaniali.

Si creerebbe così per legge un *tertium genus* di beni che seppur non qualificabili come demaniali, ne acquisirebbero alcune delle caratteristiche in merito alla circolazione e ai modi di acquisto dei diritti sugli stessi gravanti.

Tuttavia, ad una più attenta lettura, ci si potrebbe chiedere se il legislatore non abbia comunque lasciato uno spazio alla libera commerciabilità dei beni privati sui quali emerge l'esistenza di un *Uso civico*, laddove tale diritto di godimento non sia più esercitato in quanto lo stesso, seppur illegittimamente, è stato trasformato ed è di fatto asservito all'uso esclusivo del suo titolare o dei suoi aventi causa. Si pensi al classico esempio del diritto di "legnatico" su un terreno edificato sul quale da anni insistono palazzine abitate.

delle miglorie, eventualmente previste in quanto la cessione aveva ad oggetto, non la piena proprietà sul bene ma l'utile dominio.

In tal senso farebbe deporre l'indicazione tra i *Beni collettivi* solo di quelle terre private sui cui i Comuni e le Frazioni "esercitano" *Usi civici*. L'utilizzo del tempo presente evoca l'idea di una situazione attuale e in corso quantomeno al momento dell'entrata in vigore della L. n. 168 del 2017.

Il concetto di *Uso civico* in esercizio rievoca il termine di decadenza per la denuncia dell'esistenza di "usi civici" previsto dall'art. 3 L. n. 1766 del 1927 che, come noto, aveva come obbiettivo quello di riordinare gli usi civici, eliminando il più possibile queste forme di godimento tra pubblico e privato.

Potrebbe quindi ritenersi che come qualunque soggetto o ente esponenziale gestore dell'*Uso civico* può far accertare dal Commissario che al 3.4.1928, data di entrata in vigore della L. n. 1766 del 1927, l'uso civico non fosse più in esercizio e che pertanto è da ritenersi estinto ove non rivendicato nel termine di sei mesi da quella data, allo stesso modo il titolare del diritto di proprietà (*rectius dominio utile*) sul bene gravato da *Uso civico* potrebbe chiedere l'accertamento del mancato esercizio del diritto collettivo alla data del 13.12.2017, data di entrata in vigore della L. n. 168 del 2017. L'oggetto del giudizio non sarebbe necessariamente l'accertamento dell'esistenza dell'*Uso civico*, che potrebbe essere non in discussione o comunque essere già stato accertato, ma l'accertamento del suo esercizio ad una certa data. L'esito del giudizio non potrebbe, d'altronde, essere quello di dichiarare estinto l'uso civico per non uso, in assenza di un'espressa disposizione normativa in tal senso, ma sarebbe limitato all'accertamento della non riconducibilità del bene alla categoria dei *Beni collettivi*, con conseguente inapplicabilità del relativo regime giuridico.

La competenza a pronunciarsi su una domanda così formulata potrebbe essere anche del giudice ordinario, ove la si ritenesse esorbitante dai limiti della competenza funzionale del Commissario limitata dagli artt. 1 e 2 della L. n. 1766 del 1927 ai giudizi di accertamento circa l'esistenza, la natura e l'estensione degli usi civici, nonché alle problematiche che sorgono nel corso del procedimento di liquidazione. È consolidato l'orientamento della sezioni Unite della Corte di Cassazione secondo cui "*l'accertamento della qualità di un terreno che si assume di "uso civico", ossia l'accertamento della c.d. "qualitas soli, rientra nella giurisdizione del Commissario regionale per la liquidazione degli usi civici soltanto quando la relativa questione sia sollevata dal preteso titolare o dal preteso utente del diritto civico e debba essere risolta con efficacia di giu-*

dicato; invece, la controversia tra privati nella quale la demanialità civica di un bene sia stata eccepita al solo scopo di negare l'esistenza del diritto soggettivo di cui la controparte sostenga di essere titolare - eccezione questa che si risolve nella contestazione di un fatto costitutivo del diritto azionato dalla controparte - deve essere decisa dal giudice ordinario, con statuizione sul punto efficace solo incidenter tantum”⁴⁰.

Nell'ipotesi in esame, il giudizio avrebbe ad oggetto il diritto soggettivo del titolare della proprietà (*rectius* dominio utile) sul bene gravato da uso civico alla sua alienazione. Il giudice dovrebbe valutare se il bene gravato da *Uso civico* sia qualificabile o meno come *Bene collettivo* e per far ciò dovrebbe accertare non l'esistenza, ma l'esercizio dello stesso alla data di entrata in vigore della L. n. 168 del 2017. Ove tale accertamento avesse esito negativo, l'*Uso civico* continuerebbe ad esistere e si trasferirebbe unitamente alla titolarità del bene in capo all'acquirente.

3. Il pignoramento dei beni gravati da “usi civici”

Nelle procedure esecutive immobiliari, soprattutto in alcuni territori dove sono storicamente concentrate le terre gravate da “uso civico”, capita di frequente che il creditore precedente scopra in corso di procedura che il bene pignorato sia gravato da “uso civico”, circostanza a cui nella maggior parte dei casi segue l'emissione di una pronuncia di improcedibilità dell'esecuzione.

Tali decisioni dei giudici dell'esecuzione trovano fondamento in un orientamento della giurisprudenza di legittimità che, nei pochi casi in cui è stata chiamata ad esprimersi sul tema, ha ritenuto affetto da nullità il pignoramento avente ad oggetto un bene gravato da “uso civico”.

La più nota pronuncia in materia è quella della terza sezione della Cassazione Civile del settembre 2011⁴¹.

Con tale sentenza la Suprema Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la pronuncia del tri-

bunale di Sulmona che aveva affermato la validità del pignoramento effettuato dal creditore su un compendio immobiliare già appartenuto al *Demanio civico* del Comune di Barrea e transitato dal demanio all'allodio con provvedimento successivo al pignoramento, sulla base del presupposto che la “sdemanializzazione” avesse natura dichiarativa ed efficacia *ex tunc*.

Nonostante l'inammissibilità del ricorso, i giudici di legittimità hanno ritenuto di particolare importanza la questione sottoposta alla loro attenzione e pertanto hanno pronunciato ai sensi dell'art. 363, comma terzo, cod. proc. civ., il seguente principio di diritto: “*un bene soggetto ad uso civico non può essere oggetto di espropriazione forzata, per il particolare regime della sua titolarità e della sua circolazione, che lo assimilano ad un bene appartenente al demanio, nemmeno potendo per esso configurarsi una c.d., sdemanializzazione di fatto*”.

La Cassazione prende le mosse da una ricognizione della nozione di “uso civico” e dell'evoluzione della sua funzione nel tempo, facendo esclusivo riferimento agli istituti disciplinati dall'art. 11 della L. n. 1766 del 1927, ovvero a quelli che con l'attuale definizione normativa della L. n. 168/2017 costituirebbero *Demanio civico*, senza alcun cenno agli *Usi civici* in senso stretto.

Secondo la Suprema Corte l'incommerciabilità derivante dagli artt. 12 e 21 della legge del 1927 comporta come inevitabile conseguenza che, al di fuori dei più o meno rigorosi procedimenti di estinzione dell'uso civico e prima del loro formale completamento, “*la preminenza di quel pubblico interesse che ha impresso al bene immobile il vincolo dell'uso civico stesso ne vieti qualunque circolazione, compresa quella derivante dal processo esecutivo*” e questo perché quest'ultimo è posto a tutela dell'interesse del singolo creditore che deve recedere dinanzi al carattere “*superindividuale e latu sensu pubblicistico dell'interesse legittimante l'imposizione dell'uso civico*”.

I giudici di legittimità, quasi a voler assegnare maggior incisività al principio espresso precisano che tale divieto “*comporta la non assoggettabilità del bene gravato da uso civico ad alcuno degli atti del processo esecutivo, a partire dal pignoramento, che ne è quello iniziale*”.

È, infatti, con riferimento al pignoramento che secondo la Cassazione va valutata la situazione di proprietà, di commerciabilità e comunque di impignorabilità del bene, poiché “*a quello se ritualmente trascritto - saranno fatti retroagire, una volta avutosi il*

⁴⁰ Cass., Sez. Un., n. 836 del 18.01.2005; Cass., Sez. Un., n. 7429 del 27.03.2009; Cass., Sez. Un., n. 7894 del 20.05.2003; Cass., Sez. Un., n. 3031 del 01.03.2002, richiamata anche da Cass. Sez. Un. Ord. n. 9282 del 20.05.2020.

⁴¹ Cass. sez. III n. 19792 del 2011 pubblicata in *Riv. dir. agr.*, 2012, II, 73, con nota di A.GERMANO', *Sull'impignorabilità dei beni di uso civico: una rilevante sentenza della Corte Suprema*.

coattivo trasferimento del bene staggito dal debitore esecutato all'aggiudicatario (o all'assegnatario), gli effetti della vendita (o dell'assegnazione), in ossequio al principio della continuità delle trascrizioni dei relativi atti di acquisto e quindi dei trasferimenti successivi dei diritti reali oggetto della procedura esecutiva”.

L'unica eccezione prevista da giudici di legittimità alla nullità del bene gravato da “uso civico” (rectius appartenente al *Demanio civico*) è quella in cui il diritto di godimento a favore della collettività si sia estinto attraverso una delle procedure tassativamente previste dagli artt. 12 e ss della L. n. 1776 del 1927 e solo se il pignoramento sia eseguito in danno di colui in cui favore sia stata riconosciuta la “sclassificazione” e, quindi, l'acquisto della titolarità di un diritto reale esclusivo sul bene in questione.

Tale affermazione si pone in continuità con una precedente pronuncia con la quale la Corte di Cassazione aveva ritenuto valido il pignoramento di un bene gravato da “uso civico” una volta avvenuta la legittimazione. Il riferimento alla legittimazione che è una procedura prevista per i soli beni appartenenti alle collettività e non ai privati, permette di comprendere che anche in questa pronuncia la Corte si è occupata di beni appartenenti al *Demanio civico*⁴².

Sorprende che la Suprema Corte nel 2011 non abbia colto l'occasione di pronunciarsi anche con riferimento al pignoramento di beni gravati da *Usi civici* in senso stretto, soprattutto perché in altre occasioni i giudici di legittimità avevano mostrato sensibilità verso la dicotomia di regime giuridico che si era configurata in via interpretativa con riferimento ai diversi tipi di diritti collettivi disciplinati dalla legge del 1927. Si consideri, ad esempio, una risalente pronuncia nella quale la Cassazione aveva affrontato il tema della sclassificazione di fatto attraverso il procedimento di espropriazione per pubblica utilità di un bene appartenente al *Demanio civico*, escludendone la possibilità giuridica, ma precisando al contempo che tale preclusione non avrebbe operato della diversa fattispecie relativa a terreni privati gravati dall'*Uso civico* in senso stretto.

La sentenza del 2011, peraltro, si sofferma molto sul tema della c.d. “sdemanializzazione” o “sclassificazione” di fatto, escludendola nel caso di beni gravati

da “uso civico”⁴³ appartenenti al *Demanio civico*, senza neanche prendere in considerazione l'esistenza di una altra tipologia di beni gravati; ciò stupisce soprattutto perché in quell'occasione la Suprema Corte non si è pronunciata per risolvere un caso concreto, ma per affermare un principio di diritto ed esercitare il proprio ruolo nomofilattico. Si potrebbe ritenere che il Supremo Collegio non abbia ritenuto necessario soffermarsi sul tema delle terre private gravate, dando per scontato che le stesse fossero utilmente pignorabili come qualsiasi altro bene di proprietà individuale.

È interessante osservare che all'esito di tale pronuncia i giudici dell'esecuzione hanno assunto due diversi orientamenti. Una parte di essi ha applicato il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, che si riferisce genericamente ai beni gravati da “uso civico”, a tutte le situazioni disciplinate dalla L. n. 1766 del 1927.

Un'altra parte della giurisprudenza, in assenza di una norma che prevedesse espressamente l'incommerciabilità e l'impignorabilità dei beni privati gravati e in mancanza di un'esplicita indicazione in tal senso da parte della giurisprudenza di legittimità, ha continuato a ritenere validi i pignoramenti sugli stessi trascritti con la sola accortezza di informare i potenziali acquirenti che la vendita del bene subastato non avrebbe estinto il diritto di godimento a favore della collettività.

Tale orientamento condivideva con la prassi notarile che ammetteva la stipula di contratti di vendita in relazione ai beni privati gravati da uso civico, la particolare valorizzazione dell'esigenza della certezza dei traffici giuridici a cui si affiancava quella della possibilità del recupero dei crediti concessi dagli istituti bancari.

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della L. n. 168 del 2017 che sancisce espressamente l'in-

⁴² Cass. civ. n. 1750 del 15.6. 1974, in *Rass. Avv. Stato*, 1974,408.

⁴³ I giudici di legittimità chiariscono che a differenza dei beni demaniali in senso proprio, dove la perdita di tale connotato è legato all'accertamento dell'inerzia della pubblica amministrazione titolare, con riferimento agli usi civici l'estinzione degli stessi presuppone un complesso accertamento che riguarda tutti i potenziali titolari del diritto e che richiede relazioni di organi tecnici dotati di particolare competenza, ricerche comparative su documenti, esame di provvedimenti di sfruttamento del bene a fini diversi da quelli originari e così via, a seconda delle differenti legislazioni regionali. Il provvedimento conclusivo di tale procedimento segna il momento in cui il bene può ritenersi passato all'allodio e aver perso la sua destinazione e strumentalità rispetto all'interesse della collettività.

commerciabilità dei *Beni collettivi*, in cui sono incluse anche le terre in proprietà esclusiva seppur con il limite dell'attuale esercizio, l'orientamento dei giudici dell'esecuzione sul territorio nazionale si è tendenzialmente uniformato nel ritenere affetto da nullità un pignoramento avente ad oggetto i suddetti beni.

È evidente che laddove si seguisse la linea interpretativa sopra suggerita, volta a rinvenire nell'art. 3, comma secondo lettera d), che si riferisce agli *Usi civici* in esercizio, uno spiraglio per garantire la libera commerciabilità ai beni di privati rispetto ai quelli in cui l'*Uso civico* non è più esercitato, si potrebbe prospettare una soluzione idonea ad evitare la dichiarazione di improcedibilità dell'esecuzione costituito dall'accertamento negativo della natura di "Bene collettivo" del bene pignorato.

La procedura esecutiva subirebbe comunque una battuta d'arresto, in quanto sarebbe necessario attendere l'esito del giudizio per tale accertamento negativo prima che il giudice dell'esecuzione possa pronunciarsi sull'istanza di vendita. Verrebbe a crearsi un'ipotesi di stallo della procedura esecutiva simile a quella che si determina laddove deve attendersi l'esito del giudizio volto all'accertamento della qualità di erede del debitore esecutato⁴⁴.

Il giudizio ove non avente ad oggetto anche l'esistenza dell'*Uso civico*, per le considerazioni sopra svolte, potrebbe essere istaurato dal creditore dinnanzi al giudice ordinario, anche in via riconvenzionale in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., proposta dal debitore per paralizzare l'azione esecutiva, in quanto si tratterebbe di questione relativa alla pignorabilità del bene.⁴⁵

⁴⁴ Cass. civ., n. 11638 del 26.05.2014, la quale consente il ripristino in corso di procedura della continuità delle trascrizioni, mediante l'accertamento e la trascrizione dell'accettazione dell'eredità da parte del debitore o dei suoi aventi causa.

⁴⁵ Laddove, invece, il giudizio avesse ad oggetto anche l'accertamento circa l'esistenza dell'uso civico allora il giudizio dovrebbe svolgersi essere comunque innanzi al commissario degli usi civici, la cui competenza funzionale non può essere invasa dal giudice dell'esecuzione, neanche nelle parentesi cognitive che il processo esecutivo oggi consente (615, 617, 512, 591 ter c.p.c.). In tal senso cfr. Cass. Sez. Un. n. 4749 del 24 .7. 1986, secondo cui la giurisdizione del commissario regionale per gli usi civici sussiste anche con riferimento alle opposizioni all'esecuzione, atteso che tale competenza giurisdizionale, a norma degli artt. 29 e 30 della legge 16 giugno 1927, n. 1766, si estende alle questioni sull'indisponibilità di detti immobili come

D'altronde l'unica ulteriore interpretazione della L. n. 168 del 2017 idonea a salvaguardare la garanzia dei creditori garantiti da ipoteca su beni rispetto ai quali solo nel corso della procedura esecutiva sia emersa l'esistenza di un *Uso civico*, sarebbe quella di non ritenere perfettamente coincidenti le ipotesi di incommerciabilità con quelle di impignorabilità.

Tuttavia, tale soluzione non appare percorribile alla luce del principio espresso dalla Corte di Cassazione nella sopra ricordata pronuncia del 2011. I giudici di legittimità hanno chiaramente affermato che laddove c'è un interesse *latu sensu* pubblicistico per la tutela del quale il legislatore pone un limite alla libera circolazione dei beni, tale vincolo non può essere aggirato mediante la vendita nella procedura esecutiva immobiliare volta a soddisfare interessi individuali di privati cittadini.

All'epoca della pronuncia l'incommerciabilità era normativamente prevista solo per il *Demanio civico*, attualmente tale regime è esteso per legge a tutti i *Beni collettivi*, compresi quelli su cui gravano *Usi civici* in senso stretto e pertanto questo monito espresso dalla Suprema Corte oggi deve essere applicato analogicamente all'intera categoria.

D'altronde anche per i beni demaniali in senso proprio l'art. 823 c.c. non sancisce l'impignorabilità, limitandosi a prevedere l'inalienabilità e l'impossibilità di formare oggetto di diritti a favore di terzi e nonostante il silenzio del legislatore l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che esclude la pignorabilità dei suddetti beni era consolidato già prima dell'affermazione del suesposto principio da parte della sentenza della Cassazione del 2011⁴⁶.

4. Il ruolo degli ausiliari e delle parti nell'espropriazione dei beni gravati da "usi civici"

Nella procedura esecutiva avente ad oggetto i beni gravati da "usi civici" il ruolo degli ausiliari del giudice dell'esecuzione e delle parti si atteggia in modo particolare con riferimento a due problematiche: l'emersione dell'"uso civico" e la valutazione circa la possibilità di liberare il bene estinguendo lo stesso.

conseguenza della loro demanialità, né trova deroga nel disposto dell'art. 615 cod. proc. civ., circa la devoluzione al giudice dell'esecuzione delle cause dirette a contestare la pignorabilità di un bene, il quale opera nel presupposto della spettanza delle cause stesse alla giurisdizione del giudice ordinario.

⁴⁶ Cass. civ., sez. un. n. 1609 del 14.02.1987; Corte appello Firenze, 19/04/1982, in Archivio civile 1983, 643.

Se con riferimento al primo problema il ruolo degli ausiliari appare determinante, per ciò che concerne la seconda questione sembra potersi affermare che gli stessi abbiano scarso potere di intervento.

Come già ricordato, nella maggior parte dei casi il creditore procedente viene a conoscenza dell'esistenza del bene pignorato solo dopo aver dato impulso alla procedura esecutiva.

Tale circostanza è correlata alla circostanza che non esiste una forma di pubblicità legale per gli "usi civici" e non esistono archivi documentali in grado di offrire una prova assoluta della loro esistenza.

Deve darsi atto che il legislatore con l'ultimo intervento in materia di "domini collettivi" sembra aver tenuto conto del problema della conoscibilità dei suddetti vincoli, ma solo con riferimento alla circoscritta ipotesi dei demani civici appartenenti alle comunità montane. L'art. 3 ottavo comma della L. n. 168 del 2018 prevede che entro dodici mesi dalla data della sua entrata in vigore, le regioni, in attuazione delle prescrizioni contenute nella L. n. 97 del 1994 sulle Comunità Montane, debbano disciplinare con legge le forme specifiche di pubblicità dei patrimoni collettivi vincolati, con annotazioni nel registro dei beni immobili, nonché degli elenchi e delle deliberazioni concernenti i nuclei familiari e gli utenti aventi diritto. Il legislatore in caso di inerzia delle regioni, prevede un potere normativo sostitutivo degli enti esponenziali delle collettività titolari, ciascuno per il proprio territorio di competenza, proprio al fine di garantire l'obiettivo di pubblicità dei vincoli relativi.

Con riferimento a tutti gli altri "domini collettivi" la situazione permane quella attuale nella quale gli unici documenti comprovanti l'esistenza degli "usi civici" sono le sentenze dei Commissari degli usi civici ai quali l'art. 29 della L. n. 1766 del 1927 attribuisce la competenza funzionale ed esclusiva relativamente al loro accertamento.

Anche per gli "usi civici" accertati con le sentenze del Commissario degli usi civici, si pongono problemi d'interpretazione e di conoscibilità delle pronunce.

Con riferimento al primo problema spesso tali sentenze, risalenti nel tempo, menzionano intere tenute senza riportare i dati catastali e la loro attualizzazione è affidata a consulenti tecnici nominati dal Commissario degli usi civici che redigono planimetrie esplicative, con esiti non sempre univoci. Si sono, infatti, verificate situazioni paradossali in cui la medesima sentenza è stata trasformata in planimetria da due diversi tecnici succedutesi nell'incarico dando

luogo a elaborati differenti, di tal che immobili che nella prima perizia rientravano nel fondo sul quale era stata accertata l'esistenza dell'uso civico, successivamente era considerata fuori da tale area e pertanto libera da ogni peso⁴⁷.

Anche laddove le sentenze contengono specifici riferimenti agli immobili gravati, si pone il problema della loro conoscibilità da parte dei soggetti interessati in quanto spesso non sono trascritte.

Può ritenersi che domanda di accertamento dell'"uso civico" effettuata al commissario dovrebbe essere trascritta ai sensi dell'art. 2653 c.c. e conseguentemente la sentenza dovrebbe essere annotata. Tuttavia, da un lato l'accertamento dell'esistenza dell'"uso civico" può essere fatta anche d'ufficio dal Commissario⁴⁸ e dall'altro lato tali vincoli, salvo le ipotesi di estinzione previste dalla legge statale, sono inestinguibili e seguono il fondo, pertanto non si pone un problema di opponibilità che ne rende indispensabile la trascrizione, come accade per gli altri diritti reali.

Neanche la visura catastale è di significativo aiuto ai fini dell'individuazione degli "usi civici" in quanto

⁴⁷ Tale caso paradossale è stato sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, per una decisione in tema di giurisdizione, sulla quale si è pronunciata con sentenza n. 8564/2021.

Gli usi civici esistenti sul territorio di Civitavecchia sono stati accertati con la sentenza n. 19 del 24.02.1990 del Commissario Usi civici di Roma passata in giudicato e mai trascritta. L'Università Agraria di Civitavecchia ha provveduto ad una ricognizione degli usi civici esistenti sul territorio di propria competenza partendo dall'esame testuale della suddetta sentenza. Tale prima ricognizione denominata "Atlante Cartografico Tenute delle Mortelle", fu predisposta secondo il progetto arch. Rossi e fatte propria dalla Regione con Determinazione dirigenziale del 30.09.2013.

Successivamente, con determinazione dirigenziale Regione Lazio n. G01938 del 21.02.2019, l'Amministrazione ha disposto l'individuazione delle terre gravate da usi civici sul territorio di Civitavecchia secondo la perizia redatta dal perito Monaco che ha nuovamente tradotto in cartografia le indicazioni della richiamata sentenza. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte i ricorrenti chiedevano che venisse accertata l'inesistenza degli usi civici sul proprio terreno in forza della seconda perizia, laddove nella prima ricognizione l'immobile di loro proprietà risultava all'interno dell'area gravata indicata dalla sentenza commissariale.

⁴⁸ Art. 29 L. 16.6.1927 n. 1766; in senso contrario Cass. Sez. U. n.n. 9287 del 09.11.1994. Sul tema si segnala l'interessante contributo di L.FULCINITI, *Il contrastato impulso processuale del commissario usi civici (Nota a sentenza Cass. Sez. II Civ. 13 giugno 2013, n.14903 ord.)*, *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente* n. 11/2013.

solo a volte, andando a ritroso nell'intestazione dei beni, può rinvenirsi l'intestazione ad un'Università Agraria o ad un Comune, che può servire quanto meno come indice per operare approfondite ricerche presso l'ente al quale è risultato storicamente intestato il bene.

In passato alcuni Commissari degli usi civici hanno tentato di risolvere il problema della carenza di pubblicità degli Usi civici con provvedimenti applicabili solo nel territorio di competenza e destinati a perdere efficacia al momento della cessazione dell'incarico del Commissario.

Ad esempio, nella regione Lazio il commissario per gli usi civici con una circolare invitò i comuni a rilasciare l'annotazione dell'esistenza di usi civici sul certificato di destinazione urbanistica; esso costringeva il privato che volesse cedere il proprio terreno agricolo:

- a) a chiedere al comune il CDU;
- b) a chiedere alla regione dichiarazione sull'esistenza su quel terreno di eventuali usi civici.

La regione provvedeva:

- a) a rilasciare una dichiarazione per l'intero territorio comunale, se su questo comune fosse stata effettuata la c.d. verifica, cioè l'accertamento da parte di un tecnico specialistico, nominato dal commissario per gli usi civici, dell'intero territorio del comune;
- b) a rilasciare, in caso contrario, una dichiarazione che valesse per l'esclusivo terreno indicato, identificato con i dati catastali.

Tale prassi è stata poi abbandonata dal successivo Commissario e comunque si tratta di una prassi locale, non idonea a superare il problema sull'intero territorio nazionale.

A fronte di questa complessa situazione occorre chiedersi come possa emergere in una procedura esecutiva immobiliare l'esistenza dell' "uso civico".

L'art 173 *bis* delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, che si occupa di descrivere il contenuto della relazione di stima, prescrive che *"L'esperto provvede alla redazione della relazione di stima dalla quale devono risultare (...) 8) la verifica che i beni pignorati siano gravati da censo, livello o uso civico e se vi sia stata affrancazione da tali pesi, ovvero che il diritto sul bene del debitore pignorato sia di pro-*

*prietà ovvero derivante da alcuno dei suddetti titoli"*⁴⁹.

Tale disposizione è stata introdotta dal D.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2015, n. 132, che ha recepito una prassi già adottata dai giudici dell'esecuzione nei territori maggiormente interessati dal fenomeno dei "domini collettivi".

L'esperto estimatore deve pertanto rivolgersi a tutti gli enti esponenziali presenti sul territorio, potenzialmente titolari di "usi civici", nonché esaminare gli atti di provenienza ed effettuare ricerche di natura catastale e ipocatastale anche ulteriori rispetto a quelle svolte dal creditore procedente o dal notaio che ha redatto la certificazione notarile. Dovrà ad esempio, effettuare le visure catastali e ipocatastali anche sui terreni qualora sia pignorato un fabbricato e andare anche più a ritroso rispetto al ventennio che limita l'onere di controllo del creditore e del giudice dell'esecuzione ai fini della continuità delle trascrizioni.

Tale accertamento è peraltro il presupposto per tutte le successive verifiche demandate all'esperto, quali la regolarità urbanistica, lo stato di manutenzione ecc., in quanto alla luce dell'orientamento giurisprudenziale al momento consolidato, l'eventuale emersione dell'esistenza dell' "uso civico" rende inutile l'espletamento dell'incarico e la stima dell'immobile dovendo il giudice dell'esecuzione dichiarare l'improcedibilità dell'esecuzione.

Sarebbe pertanto prassi virtuosa e rispettosa del principio di economia processuale quella di indicare all'esperto di rimettere gli atti al giudice se il controllo preliminare relativo all'esistenza di "usi civici" abbia esito positivo, ovvero utilizzando la terminologia introdotta con la legge del 2017, se emerga la natura di *Bene collettivo* del compendio pignorato.

Ferma restando l'attribuzione normativa all'esperto della verifica circa l'esistenza dell'uso tale circostanza può essere portata all'attenzione del giudice dell'esecuzione da altri soggetti. A volte la segnalazione può giungere da un custode particolarmente scrupoloso ed esperto della materia, come avviene nel caso in cui tale ufficio venga affidato ad un notaio. Altre volte è la stessa parte esecutata che, avendo interesse ad ostacolare la prosecuzione della procedura esecutiva e ad impedire la liquidazione del bene, pone il tema all'attenzione del giudice.

Ci si può chiedere se tale verifica dovrebbe essere fatta già dal creditore procedente prima di iscrivere al ruolo la procedura esecutiva o, perlomeno, al mo-

⁴⁹ L. FULCINITI, *Gli usi civici entrano nella relazione di stima del bene pignorato*, *Diritto e giurisprudenza agraria*, alimentare e dell'ambiente, n. 1/2016.

mento del deposito della documentazione ex art. 567 c.p.c. per il tramite del notaio che, ove incaricato, redige la certificazione notarile. In realtà il summenzionato articolo pone a carico del creditore solo l'obbligo di verificare le iscrizioni e le trascrizioni relative al bene e poiché, come detto, l'uso civico nella maggioranza dei casi non è trascritto sul bene l'onere di accertamento non può essere posto a carico del creditore, ai sensi dell'art. 567 c.p.c. e, quindi, a pena di estinzione della procedura.

Tuttavia, il creditore procedente, prima di intraprendere l'azione esecutiva, ha interesse a valutare l'esistenza di tutte le condizioni dell'azione al fine di evitare un dispendio di tempo e di risorse economiche istaurando procedure destinate a non giungere a termine. Anche l'assenza dell'"uso civico" deve essere configurata come una condizione dell'azione esecutiva, attinente alla commerciabilità e pignorabilità del bene, il cui accertamento deve essere fatto d'ufficio dal giudice dell'esecuzione e la cui carenza determina la dichiarazione di improcedibilità dell'esecuzione.

Per la verifica delle condizioni dell'azione esecutiva, quali ad esempio la proprietà del bene in capo alla parte esecutata, il creditore nella maggior parte dei casi si rivolge al notaio, affidandogli anche il compito della redazione della relazione notarile.

Potrebbe quindi ritenersi che ove riceva dal creditore procedente l'incarico di redigere la certificazione notarile e la verifica delle condizioni dell'azione, il notaio abbia l'onere di verificare anche che il bene non rientri nella categoria dei *Beni collettivi*.

D'altronde deve darsi atto dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale molto rigoroso che ritiene responsabili per inadempimento dell'onere di diligenza professionale i notai che non hanno rilevato l'esistenza di "usi civici" al momento della stipula dell'atto pubblico di mutuo fondiario con cui è stata costituita ipoteca sul bene pignorato o di un atto di compravendita⁵⁰. In alcune pronunce l'onere di verifica sembra limitarsi alle ipotesi in cui l'esistenza di "usi civici" emerge da indizi contenuti nelle visure catastali, estese sia al terreno che al fabbricato sul quale è stata iscritta ipoteca. In un altro arresto tale onere sembra includere anche la consultazione dell'ufficio regionale titolare del potere amministrativo

in materia⁵¹. Di recente il Tribunale di Napoli ha connotato con ancora maggior rigore l'onere di verifica del notaio affermando espressamente che "*nep-pure la difficoltà di individuare l'esistenza di usi civici possa escludere la responsabilità del professionista*"⁵².

Una volta accertata l'esistenza di un "uso civico" nell'ambito di una procedura esecutiva, con tutte le difficoltà sopra descritte, è necessario chiedersi se vi possano essere alternative alla dichiarazione di improcedibilità da parte del giudice dell'esecuzione.

Tale conclusione anticipata della procedura potrebbe essere impedita laddove si riconosca a taluno dei soggetti del processo esecutivo la possibilità di dare impulso e portare a termine le procedure volte all'estinzione del diritto di "uso civico" sul bene.

Come sopra ricordato, per i beni privati gravati da *Uso civico* il procedimento ordinario di liberazione del bene è la liquidazione, mentre per i beni appartenenti al *Demanio civico* la procedura tipica è la legittimazione, alla quale si aggiungono eccezionalmente l'alienazione e la mutazione di destinazione. Per entrambe le categorie il vincolo può essere rimosso mediante la conciliazione in ambito giudiziale, innanzi al Commissario regionale per gli usi civici.

L'alienazione e la modifica di destinazione dei beni demaniali sono procedure del tutto eccezionali e presuppongono un provvedimento dell'autorità, che difficilmente può immaginarsi essere adottato al fine di realizzare l'interesse contingente e privato del creditore procedente.

Per quanto riguarda la legittimazione, dal tenore letterale dell'art. 9 della L. n. 1766 del 1927 sembra potersi affermare che la stessa possa essere richiesta solo dall'occupante illegittimo del bene. Laddove il custode, a seguito della liberazione del bene, acquisti il possesso dell'immobile si potrebbe ritenere pertanto legittimato ad avanzare l'istanza di legittimazione alla Regione (che a seguito del decentramento amministrativo è subentrata nella funzione precedentemente svolta dal Commissario).

Tuttavia, tale soluzione non appare percorribile in quanto il custode esercita le funzioni di gestione e amministrazione del bene in funzione di garantire l'efficiente liquidazione dello stesso sul mercato, con il limite intrinseco di non poter compiere atti dispositivi relativi al diritto sul bene. Il custode può infatti

⁵⁰ Cass. civ. Sez. II, n. 4427 del 2005.

⁵¹ Tribunale di Napoli VIII sez. civ. 06 marzo 2014; Corte appello Napoli sez. IX 22/04/2020 n. 1408.

⁵² Tribunale Napoli sez. VIII 20/05/2019 n. 5185.

dare in locazione il bene, su autorizzazione del giudice dell'esecuzione, ma non può vendere il bene immobile o costituire servitù che gravino sullo stesso⁵³.

Si osserva, infatti, che l'esito favorevole della procedura di legittimazione determinerebbe la trasformazione del diritto pignorato da dominio utile a piena proprietà, passando per una fase transitoria in cui il diritto sul bene si trasformerebbe in una speciale forma di enfiteusi.

Deve, pertanto, escludersi la legittimazione del custode a dare impulso a tale procedura, volta ad ottenere una modificazione sostanziale del diritto pignorato.

La "liquidazione", in assenza di un'esplicita previsione normativa, deve ritenersi riservata al solo titolare del diritto di proprietà sul bene gravato da uso civico, il quale può disporre di una parte dello stesso nel caso sia necessario lo scorporo delle terre oppure può chiedere la trasformazione del suo diritto in enfiteusi, eventualmente da riscattare. Anche tale forma di liberazione del bene, pertanto, non sembra poter essere effettuata dal custode.

Potrebbe, invece, ipotizzarsi la legittimazione del custode, quale possessore del bene, a sollecitare la definizione di procedure amministrative o eventuali giudizi di accertamento che hanno avuto origine dalle denunce formulate dai soggetti che vantavano diritti di "uso civico" sul bene, nel termine di decadenza di cui all'art. 3 della L. n. 1766 del 1927. L'art. 7 del reg. 337 del 1928 prevede, infatti, la legittimazione del "possessore" a presentare domanda al Commissario per ottenere che sia esaurito il procedimento in ordine alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art 3 della L. n. 1766 del 1927 relative ai diritti di "uso civico" esercitati o pretesi sulle proprie terre, da soggetti terzi.

In questo caso il custode, ove emerga una concreta incertezza sulla natura del bene pignorato, potrebbe evitare che le lungaggini del processo di riordino degli usi civici determinino una fase di stallo della procedura esecutiva senza prevedibili limiti temporali. Laddove l'esperto estimatore rilevi che sia in corso una procedura amministrativa o un procedimento giurisdizionale avente ad oggetto l'esistenza o l'estinzione dell' "uso civico" sul bene pignorato, il

custode potrebbe quindi limitarsi a stimolarne la rapida definizione evidenziando agli organi competenti l'esigenza di certezza in merito al regime di circolazione del bene, correlata alla pendenza di una procedura esecutiva.

Rispetto alle procedure di estinzione dell'"uso civico" fin qui analizzate non appare ipotizzabile neanche una legittimazione del creditore procedente a promuovere istanze amministrative relative alla liberazione del bene dal vincolo, in quanto egli è un soggetto terzo e in rapporto di completa estraneità giuridica e di fatto con il bene pignorato.

Un discorso parzialmente diverso deve farsi per la conciliazione giudiziale che normalmente avviene nell'ambito di un giudizio volto all'accertamento dell'esistenza dell'"uso civico", di competenza esclusiva del Commissario.

Per verificare se gli ausiliari del giudice o le parti possano dare impulso a questa forma di liberazione del bene prima ancora che interrogarsi sull'esistenza di una legittimazione sostanziale, è necessario verificare la loro legittimazione processuale ad agire innanzi al Commissario.

Le Corti superiori hanno riconosciuto la legittimazione processuale di ogni cittadino ad agire nell'interesse della collettività per il riconoscimento della natura di *Demanio civico* del bene⁵⁴.

A maggior ragione deve ritenersi possibile per il terzo, creditore procedente, chiedere l'accertamento negativo dell' "uso civico" sul bene che ha pignorato e sul quale spesso ha iscritto ipoteca.

Tuttavia, nell'ambito del giudizio il creditore procedente non essendo il titolare di diritti reali sui beni gravati non potrà transigere la controversia per addivenire all'estinzione del diritto di "uso civico", in quanto tale atto dispositivo presuppone una legittimazione sostanziale del diritto di proprietà/dominio utile di cui egli è carente.

Più semplice appare la configurazione della legittimazione ad agire del creditore procedente a proporre il giudizio per l'accertamento circa la qualifica del bene privato gravato da *Uso civico* come non appartenente alla categoria dei *Beni collettivi*. Come si è già diffusamente argomentato, da tale accertamento non deriverebbe la liberazione del bene e la conseguente trasformazione del diritto sullo stesso, ma

⁵³ Art. 65 c.p.c.; sul ruolo del custode di rinvia alla trattazione monografica A.GHEDINI, A. CRIVELLI, N. MAZZAGARDI, "Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare" Cedam 2021.

⁵⁴ Cass. civ. Sez. II, n. 1796 del 14.07.1949; Corte cost. 71 /2020

unicamente la possibilità di commerciarlo, privatamente o nell'ambito di una procedura esecutiva.

Si osserva che tale giudizio non dovrebbe essere proposto in via surrogatoria, avendo il creditore una legittimazione e un interesse personale ad accertare la natura di un bene che intende pignorare e potrebbe essere proposto nel corso di un giudizio di opposizione all'esecuzione.

5. Conclusioni

All'esito di queste riflessioni emerge l'esistenza di un panorama normativo ancora non del tutto intellegibile con riferimento alla natura e al regime giuridico dei beni nella titolarità di privati cittadini che risultano gravati da *Usi civici*, nonostante il recente intervento normativo che aveva come obiettivo quello proprio di valorizzare e sistematizzare la materia dei "domini collettivi".

Sarebbe, quindi, auspicabile che il legislatore intervenisse nuovamente per chiarire se sussista ancora una possibilità di libera circolazione per i beni sui quali, al momento di entrata in vigore della L. n. 168 del 2017, tale vincolo era già venuto meno non essendo di fatto più esercitato. Complementare a tale intervento sarebbe la previsione di una forma di pubblicità legale obbligatoria almeno delle sentenze con cui i Commissari regionali degli usi civici abbiano accertato l'appartenenza al *Demanio civico* dei beni o l'esistenza di *Usi civici* sugli stessi, in modo da consentire la conoscibilità del vincolo e la certezza dei traffici giuridici.

Tale misura avrebbe un immediato effetto positivo anche per gli istituti di credito che hanno concesso crediti garantiti da ipoteca su aree del territorio nazionale risultate, successivamente, interessate dal fenomeno degli "usi civici".

A fronte di una giurisprudenza di merito orientata all'interpretazione delle vigenti norme nel senso del divieto assoluto di pignorabilità di tali beni e di una giurisprudenza di legittimità risalente e non riferibile all'attuale assetto normativo, i creditori quantomeno potrebbero evitare di sostenere le spese per l'inizio di procedure destinate all'insuccesso.

È opportuno evidenziare che questo limite "sovravenuto" all'alienazione dei beni sui quali è stata iscritta ipoteca, incide negativamente sull'aspettativa degli istituti bancari al recupero dei propri crediti garantiti da ipoteca, soprattutto con riferimento ad alcune aree del territorio nazionale. Ciò determina

una minore disponibilità degli stessi a concedere crediti in tali zone geografiche e la permanenza dei debitori nella situazione di inadempimento, con conseguente esposizione all'esecuzione di altre poste del loro patrimonio, ove esistenti.

Per ovviare a tale problema, potrebbe ipotizzarsi la previsione di una deroga al divieto di circolazione dei beni privati gravati da *Usi civici*, analoga a quella normativamente prevista per i beni oggetto di abusi edilizi⁵⁵. Tale deroga, d'altronde, non dovrebbe necessariamente compromettere la realizzazione dell'attuale funzione primaria che il legislatore riconosce ai "domini collettivi", ovvero la tutela paesaggistico-ambientale. Per scongiurare tale evenienza sarebbe necessario soltanto affiancare alla norma legittimante il pignoramento di beni privati gravati da *Uso civico*, una disposizione che preveda la permanenza del vincolo paesaggistico e ambientale. D'altronde l'art. 3, sesto comma della L. n. 168 del 2017 già prevede espressamente il mantenimento di tale vincolo sulle terre anche in caso di liquidazione dell' "uso civico".

Alessandra DOMINICI

⁵⁵ Art. 46 del D.P.R. n. 380/2001. È stato osservato che già sotto il vigore della previgente l. 47/1985 pur essendo resi praticamente incommerciabili gli immobili abusivi per atti *inter vivos*, erano fatti salvi gli acquisti a titolo originario (usucapione), quelli *mortis causa*, nonché quelli che si fondano su di un titolo giudiziario (v. artt. 2919 c.c. e 586 c.p.c.) In tal senso PACINI, *Le vendite giudiziarie e la legge sul condono edilizio*, GM, 1985, 1017. Il giudice dell'esecuzione immobiliare ed il giudice delegato ai fallimenti, devono pertanto far accertare dall'esperto estimatore la reale situazione di fatto e di diritto degli immobili posti in vendita, onde mettere in condizioni i concorrenti all'asta di conoscere se potranno, a loro volta, rivendere gli immobili ovvero soltanto usufruirne ovvero correre il rischio dell'acquisizione del bene e persino dell'area di sedime dopo la demolizione eventualmente eseguita in applicazione delle sanzioni previste dalla normativa pubblicistica in materia.

Brevi note in tema poteri inibitori e sospensivi e processo esecutivo

SOMMARIO: 1. L'arresto del processo esecutivo • 2. I poteri inibitori processuali • 3. Il rapporto tra poteri inibitori e sospensivi • 3.1. L'attuale panorama interpretativo.

1. L'arresto del processo esecutivo

La sospensione è un istituto generale del diritto processuale civile che può inerire sia il processo di cognizione che quello esecutivo. Nelle due ipotesi gli unici minimi comuni denominatori sono rintracciati negli effetti che la sospensione determina: la paralisi dello svolgimento del processo di cognizione o di esecuzione e l'impossibilità di compiere ulteriori atti.¹ La pregiudizialità alla base della sospensione del processo di cognizione postula il passaggio in giudicato della decisione di un altro giudizio di cognizione, non altrettanto accade quanto al processo esecutivo laddove non si riscontra una pregiudizialità così

¹ Secondo alcuni Autori, gli elementi di identità ravvisabili delle due figure sospensive si esauriscono in ciò: “nella produzione di una pausa, di uno iato nel corso del procedimento e nel divieto di compiere atti durante il periodo di sospensione” così Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, IV, Torino, 2010, 259. La dottrina che ha particolarmente sottolineato la distanza del fenomeno sospensivo nel processo di cognizione rispetto a quello esecutivo, ha rilevato come “la sospensione del processo esecutivo, nonostante la identità del nome, non ha nulla in comune con la sospensione del processo di cognizione. In questo caso si tratta di un'esigenza di coordinamento dei giudizi, determinata da un rapporto di pregiudizialità, qui si tratta solo di una disciplina dell'azione esecutiva in relazione agli incidenti sorti nel corso del processo, o comunque le pretese avanzate dal debitore o da terzi: quindi, in sostanza, di un problema di opportunità dell'ulteriore esercizio dell'azione, a seconda che le pretese si manifestino più o meno fondate” così Satta, *L'esecuzione forzata*, in Tratt. Vassalli, IV edizione, Torino, 1963, 253. In particolare, si è evidenziato come alla base della sospensione del processo esecutivo ai sensi dell'art. 623 c.p.c. non sussiste la pregiudizialità tipica del meccanismo di cui all'art. 295 c.p.c. “Invero, come correttamente affermato, il concetto di pregiudizialità, su cui fa leva il meccanismo sospensivo di cui all'art.295 c.p.c., non può essere posto a base anche della vicenda sospensiva di cui agli artt. 623 e ss c.p.c., per la semplice ragione per cui, non potendosi addivenire, nel processo esecutivo, ad una decisione della causa (come invece prescrive l'art.295 c.p.c.), mancherebbe in un siffatto contesto procedimentale l'estremo essenziale per prospettare l'ipotesi per cui la decisione (quella in sede esecutiva) possa confliggere con la definizione dell'altra (in sede cognitiva)” Così Bucolo, *La sospensione nell'esecuzione*, I, La sospensione in generale, Milano, 1972.

intesa essendovi già un diritto accertato e cristallizzato nel titolo esecutivo e dovendosi, piuttosto, verificare se quel titolo esiste e se riguarda il diritto di cui si chiede attuazione.²

Il corso dell'esecuzione forzata può subire una battuta d'arresto in conseguenza di fenomeni processuali molto diversi tra loro. In particolare, sono connotati da un diverso raggio d'azione così come da presupposti applicativi differenti i c.d. poteri inibitori processuali rispetto ai poteri di sospensione dell'esecuzione.

I poteri inibitori sono funzionalmente connessi al giudizio di gravame che involge il titolo esecutivo della cui provvisoria esecutività si controverte, i poteri di sospensione spendibili dal giudice dell'esecuzione sono invece generalmente connessi ad un'opposizione endoesecutiva. Ancora, i primi hanno raggio applicativo più esteso in quanto, incidendo sul-

² Così Vittoria, *La sospensione esterna del processo esecutivo. La sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione*, in *Esecuzione forzata*, 2007, 3, 401, “La sospensione necessaria del processo di cognizione, infatti, riflette sul piano del processo il rapporto di pregiudizialità dipendenza che esiste tra diverse situazioni soggettive oggetto di controversia nei due processi, sicché il diritto fatto valere nel giudizio pregiudicato può essere dichiarato solo in quanto non sia negata l'esistenza di altro diritto, che è controverso e di cui si deve conoscere con efficacia di giudicato in un diverso giudizio. Nel caso del processo di esecuzione, pur sempre si tratta di assicurare il collegamento tra due processi, anche se non più di cognizione, ma uno di cognizione ed uno di esecuzione. Però, la ragione che dà causa alla disciplina di questo collegamento non sta nel dover attendere che sul diritto da attuare si formi un accertamento con efficacia di giudicato: questa necessità è infatti negata in linea di principio dalla esecutorietà del titolo in cui il diritto è stato già accertato e perciò nel processo esecutivo si tratta solo di verificare che vi sia il titolo e che esso riguardi il diritto di cui è chiesta l'attuazione coattiva. Nel caso del processo di esecuzione, è la sospensione della esecutorietà a realizzare una forma di collegamento opposta, che trova allora causa in un concreto diverso bilanciamento degli interessi tra creditore e debitore, concreto diverso bilanciamento che poggia sulla considerazione comparativa da un lato del pregiudizio che ne può risultare alle parti del rapporto dall'attuazione o mancata attuazione coattiva del diritto e dall'altro della probabilità che le ragioni fatte valere in sede di impugnazione del titolo o di opposizione risultino fondate”.

l'efficacia esecutiva del titolo inibiscono l'inizio di qualsiasi esecuzione oltre a determinare l'arresto dell'esecuzione già pendente per sopravvenuta carenza del titolo esecutivo. Viceversa, la sospensione dell'esecuzione ha ambito applicativo circoscritto alla prosecuzione del processo esecutivo nel quale la sospensione viene richiesta ed accordata.³ I poteri inibitori incidono perciò sull'efficacia esecutiva del titolo, i secondi sul processo esecutivo.

L'art. 623 c.p.c. qualifica e descrive il fascio dei poteri sospensivi che possono segnare l'arresto del processo esecutivo, è la norma fulcro delle varie e diverse ipotesi di sospensione dell'esecuzione.

La norma esplicita la regola secondo cui il corso dell'esecuzione forzata non può arrestarsi se non a fronte di un provvedimento del giudice dell'esecuzione "salvo che la sospensione sia disposta dalla legge o dal giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo".

L'art. 623 c.p.c., opera anzitutto una distinzione in base alla fonte della sospensione dell'esecuzione, se legale o giudiziale differenziando le sospensioni disposte dalla legge o dal giudice dinanzi al quale è impugnato il titolo esecutivo, c.d. esterne, e quelle disposte dal giudice dell'esecuzione, sospensioni interne.⁴

³ Sul punto, Impagnatiello, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria del processo civile*, Milano, 2010, 375 secondo cui "sotto il profilo concettuale, le fattispecie di inibitoria processuale differiscono dalle fattispecie sospensive di cui agli artt. 615 co.2 c.p.c. e 624 c.p.c. in ciò: mentre le prime hanno ad oggetto un provvedimento giudiziale e sono strutturalmente e funzionalmente collegate al giudizio di impugnazione cui accedono, le seconde non hanno necessariamente ad oggetto un titolo di formazione giudiziale e sono strutturalmente e funzionalmente collegate ad un giudizio di opposizione preventiva all'esecuzione ovvero ad uno degli altri giudizi di opposizione contemplati dal III Libro del codice di rito, proposti successivamente all'inizio dell'esecuzione".

⁴ "La norma in questione, che notoriamente disciplina le fattispecie di sospensione secondo la distinzione tra sospensione c.d. esterna, disposta dalla legge ovvero da un giudice diverso dal g.e. e sospensione c.d. interna, disposta dal giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624 c.p.c., costituisce il primario addebbellato normativo sull'assetto dei rapporti tra il giudice dell'impugnazione del titolo esecutivo e il giudice dell'esecuzione. Nei rapporti tra sospensione esterna ed interna, l'art. 623 c.p.c. opera infatti in duplice direzione: determina - in linea di principio - l'attribuzione del potere sospensivo al giudice dell'impugnazione e, correlativamente, priva il giudice dell'esecuzione del potere di provvedervi in via diretta, ed il debitore della facoltà di reiterare la medesima istanza al g.e., salvo essa si fondi

A fronte di una sospensione disposta dalla legge l'arresto del processo esecutivo è obbligato: la legge, sulla base di una valutazione svolta *ex ante*, impone al giudice dell'esecuzione, in presenza di determinati presupposti, di arrestare il corso del processo esecutivo. La sospensione di fonte giudiziale invece può essere interna, allorquando sia disposta dal giudice dell'esecuzione ed esterna quando sia disposta da un giudice diverso dal giudice dell'esecuzione⁵.

La sospensione *ex lege* e quella conseguente ad un provvedimento del giudice del titolo esecutivo sono concepite come ipotesi eccezionali e tipiche anche in considerazione dell'assenza di discrezionalità in capo al giudice dell'esecuzione, a fronte del percorso ordinario che vede assegnare al giudice dell'esecuzione la possibilità di arrestare il corso del processo esecutivo sulla base di una valutazione discrezionale nell'ambito delle parentesi oppositive.⁶

su circostanze sopravvenute o comunque su doglianze di diversa natura, che possano formare oggetto di opposizione all'esecuzione" così Signorelli, *La sospensione del e nel processo esecutivo: uno sguardo d'insieme alla luce del progetto esecuzioni e della giurisprudenza nomopoietica*, in *Rassegna dell'esecuzione forzata*, 3/2021, 643 e ss.

⁵ Non sono mancate altre opzioni classificatorie, come quella che distingue la sospensione interna al processo esecutivo in base alla funzione cui essa assolve. "Una prima tipologia, che si impone sulle altre per l'importanza pratica che riveste, avente funzione cautelare (ovvero, secondo la tesi cui si ritiene di aderire, *lato sensu* cautelare); una seconda, espressione del fenomeno della pregiudizialità (intesa, tuttavia, in senso lato); una terza, con funzione conciliativa", Mastrogiovanni, *Codice commentato delle esecuzioni civili*, art. 623 c.p.c. Sempre in termini classificatori, Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 2019, 2401, che distingue tra sospensioni necessarie e facoltative "rientrano tra le fattispecie sospensive necessarie quelle previste dall'art. 623 c.p.c. che si riferiscono alle ipotesi in cui il processo esecutivo subisce una battuta d'arresto per espressa previsione di legge o per effetto di provvedimenti assunti dal giudice della cognizione quando essi incidono sull'efficacia del titolo esecutivo in forza del quale i creditori hanno promosso l'esecuzione forzata. Possono, invece, essere ascritte alle fattispecie sospensive facoltative quelle previste dagli articoli 624 c.p.c., 618 c.p.c., e 624 bis c.p.c."

⁶ A fronte di una causa sospensiva prevista dalla legge il giudice dell'esecuzione non ha poteri discrezionali dovendo limitarsi a prendere atto dello stesso. Sull'assenza di discrezionalità da parte del giudice dell'esecuzione cfr. Cass. 20 giugno 1983 n. 4219 secondo cui "a norma dell'art. 623 cod. proc. civ., il potere di sospendere l'esecuzione forzata spetta al giudice dell'esecuzione, salvo che la sospensione sia disposta dalla legge o dal giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo cioè dal giudice davanti al quale è impugnata la sentenza avente efficacia esecutiva". Nello stesso senso anche Cass. 15 settembre 1984, 2

Quanto alla sospensione dell'esecuzione disposta dal "dal giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo", è invalsa un'interpretazione elastica di detta locuzione in quanto il riferimento all'impugnazione del titolo non è interpretato in senso restrittivo ritenendosi compresi nel novero dei poteri sospensivi in oggetto anche ipotesi in cui non ricorra un vero e proprio gravame avverso il titolo esecutivo⁷.

La sospensione opera, quanto alle ipotesi c.d. facoltative, dal momento in cui è disposta dal giudice dell'esecuzione. Nell'ipotesi di sospensione necessaria invece a decorrere dall'adozione del provvedimento sospensivo adottato o dal giudice dell'impugnazione o al verificarsi della situazione prevista dalla legge.

Ancora, nel caso della spendita di poteri inibitori l'arresto del processo esecutivo richiede un provvedimento *ad hoc* da parte del giudice dell'esecuzione.⁸ In tal caso infatti, l'arresto del processo esecutivo consegue ad un provvedimento eventuale (se richiesto) e necessario, dal contenuto ricognitivo, da parte del giudice dell'esecuzione. La parte che abbia ottenuto un provvedimento di sospensione esterna potrà limitarsi a sollecitare l'arresto del processo esecutivo ai sensi dell'art. 486 c.p.c. non essendo necessario attivare un giudizio oppositivo.⁹

maggio 1975 n. 1691. A mero titolo esemplificativo rientrano nelle sospensioni previste dalla legge, c.d. ipotesi di sospensione necessaria ed esterna, la sospensione prevista dalla l. n. 44 del 1999, l'ipotesi di ricasazione del giudice dell'esecuzione, la sospensione di cui al d. lgs. n. 159 del 2011 ovvero la stasi del processo esecutivo conseguente all'adozione di misure di prevenzione aventi ad oggetto il bene pignorato, la sospensione in caso di composizione della crisi da sovraindebitamento.

⁷ Come nel caso della sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto ai sensi dell'art. 649 c.p.c.

⁸ Capponi, *Cautele interinali contro l'esecuzione forzata*, in *Judicium*, "Quando il giudice dell'impugnazione sospende l'efficacia esecutiva o l'esecuzione, il giudice dell'esecuzione deve limitarsi a prendere atto che l'esecuzione non può proseguire e arresta il processo esecutivo richiamando l'art. 623 (non l'art. 624 c.p.c.) con provvedimento non reclamabile, ma impugnabile ex art. 617 c.p.c. in quanto atto dell'esecuzione (laddove, ad esempio, si contesti l'estensione del provvedimento di inibitoria, che può anche essere parziale o assoggettato a condizioni) 15. Qualora il giudice dell'opposizione a precetto sospenda l'efficacia esecutiva del titolo a esecuzione già iniziata, il giudice dell'esecuzione dovrà ancora applicare l'art. 623 c.p.c. (difetto sopravvenuto del titolo esecutivo) e il suo provvedimento meramente ricognitivo non sarà reclamabile (ma, semmai, impugnabile ex art. 617 c.p.c.)".

⁹ Soldi, cit., 2409, "la dottrina e la giurisprudenza di legittimità ritengono al riguardo che il giudice dell'esecuzione,

La spendita di poteri inibitori che elidono l'efficacia esecutiva del titolo, vuoi da parte del giudice

quando sia necessario impedire la prosecuzione delle attività esecutive in corso, è chiamato ad emettere un provvedimento dal contenuto meramente ricognitivo. Qui, preso atto di quanto stabilito da altro organo giudiziario, dichiara la sospensione già verificatasi. È chiaro, pertanto, che la parte esecutata che intende far valere l'efficacia del titolo esecutivo, non ha l'onere di proporre un'opposizione all'esecuzione e di richiedere la sospensione ex articolo 624 c.p.c., ma può limitarsi a presentare al giudice dell'esecuzione un'istanza ex art. 586 c.p.c., sollecitando il suo intervento". In giurisprudenza, Cass. n. 709/2006 secondo cui "La sospensione dell'esecutorietà del decreto ingiuntivo, disposta dal giudice dell'opposizione, determina la sospensione della esecuzione forzata promossa in base a quel titolo, concretando l'ipotesi di sospensione della esecuzione ordinata dal giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo di cui all'art. 623 cod. proc. civ., ed impedisce, quindi, che atti esecutivi anteriormente compiuti, dei quali resta impregiudicata la validità ed efficacia, possano essere assunti a presupposto di altri atti, in vista della prosecuzione del processo di esecuzione. Tale effetto del provvedimento di sospensione può essere rappresentato al giudice della esecuzione nelle forme previste dall'art. 486 cod. proc. civ. e senza necessità di opposizione alla esecuzione da parte del debitore, il quale ha peraltro la facoltà di contestare la validità degli atti di esecuzione compiuti dopo (e nonostante) la sospensione del processo esecutivo con il rimedio della opposizione agli atti esecutivi (art. 617 cod. proc. civ.), tendente ad una pronuncia che rimuova l'atto in ragione del tempo in cui è stato adottato". In termini anche Cass. n. 11342/2006 e n. 105/2004 e Cass., ord. 19-11-2014, n. 24637, RFI, 2014, voce Esecuzione provvisoria, n. 4, laddove si precisa che l'ordinanza di sospensione dell'esecutività di un titolo (nella specie, giudiziale) rende priva di idoneo fondamento la procedura esecutiva su di esso originariamente basata e, quindi, tutti gli atti emessi nel suo corso, fin dalle ore zero del giorno in cui l'ordinanza stessa è stata pubblicata. La sospensione esterna non innesta e non richiede il meccanismo oppositivo sospensivo di cui agli artt. 615 e 624 c.p.c. in quanto solo la sospensione funzionalmente connessa ad un'opposizione può a sua volta innestare il percorso estintivo di cui all'art. 624 co.3 c.p.c. Sul punto, sono ancora una volta decisive le notazioni svolte da Capponi, *Ri-sospensione dell'esecuzione?*, in *Esecuzione forzata*, 2014, 3, 586 (nota a App. Torino Sez. I, 27 settembre 2013), secondo cui "È pacifico che, ottenuto dal giudice dell'impugnazione, dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo o dal giudice dell'opposizione a precetto (ma è dubbio se questi possa ancora provvedere, una volta iniziata l'esecuzione) il provvedimento sospensivo, sia esso incidente sull'efficacia esecutiva del titolo o direttamente sull'esecuzione, l'opponente non dovrà promuovere un'opposizione all'esecuzione dinanzi al g.e., ma semplicemente rappresentargli, oralmente all'udienza o con ricorso (art. 486 c.p.c.), che dall'"esterno" l'esecuzione è stata arrestata. Per quanto concerne infatti le concrete conseguenze sull'esecuzione in atto, sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo e sospensione dell'esecuzione fi-

del gravame ai sensi dell'art. 283 c.p.c. vuoi in sede di opposizione a precetto ai sensi dell'art. 615 co. 1 c.p.c., impone così un successivo provvedimento del giudice dell'esecuzione. L'inibitoria incide infatti sul titolo esecutivo elidendone la provvisoria efficacia esecutiva ma non si spinge sino ad arrestare il corso dell'esecuzione forzata. Tale ulteriore effetto, benché necessario, consegue solo al successivo provvedimento ricognitivo del giudice dell'esecuzione.¹⁰

Sempre sul piano applicativo va rilevato come a fronte di tali ipotesi ed a differenza del caso di sospensione disposta ai sensi dell'art. 624 c.p.c. il giudice dell'esecuzione non provvederà ad assegnare il termine per l'introduzione del giudizio di merito non

niscono per equivalersi perché, ferma la validità degli atti già compiuti, inibiscono il compimento di quelli ulteriori". In senso conforme anche Orlando, *Le sospensioni esterne alla procedura esecutiva*, REF, 2012, 537; Oriani, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 266 e nota 412. Ancora, Longo, *La sospensione duplicata e l'estinzione del processo esecutivo*, in *Esecuzione forzata*, 2016, 1, 73, sottolinea la abnormità di una sospensione disposta ai sensi dell'art. 624 c.p.c. e sulla base dell'unico motivo di opposizione individuato nella sospensione già ottenuta dal giudice del gravame, "La coincidenza di cause sospensive dovrebbe condurre ad affermare che, in linea di principio, è del tutto errato ed illegittimo (e come si vedrà oltre abnorme) il provvedimento con cui un giudice dell'esecuzione, anziché prendere atto che il processo esecutivo è già sospeso come automatico effetto della sospensione esterna disposta dal giudice della cognizione, individua in tale provvedimento inibitorio l'unico presupposto (il grave motivo) di un'autonoma sospensione interna al processo esecutivo, ricondotta nell'alveo dell'art. 624 c.p.c., con le aberranti conseguenze su richiamate. Né tale anomalia pare venir meno sol perché la sospensione esterna sia fatta oggetto di una delibazione di merito sui gravi motivi legittimanti la sospensione. La delibazione circa la sussistenza dei gravi motivi implica la possibilità per il giudice di ritenerli esistenti e gravi oppure no, ossia, in quest'ultimo caso, inidonei a determinare la sospensione. Questa possibilità è preclusa ove i gravi motivi si traducano nella sola esistenza del provvedimento sospensivo ex art. 649: il giudice non potrebbe valutare se sospendere oppure no un processo già sospeso".

¹⁰ In merito Capponi, cit., "La Corte omette di considerare che, se il provvedimento del giudice dell'impugnazione può autonomamente sospendere l'esecuzione in atto (art. 623 c.p.c.), quella del giudice dell'opposizione a precetto, che non è una sospensione dell'esecuzione, è sempre, vista dalla prospettiva del g.e., una fattispecie di sopravvenuta carenza dell'efficacia del titolo esecutivo che chiama un provvedimento dello stesso g.e. che incida sull'esecuzione in atto: che sarà pure meramente ricognitivo, non fondato sull'apprezzamento di "gravi motivi" e così non reclamabile, ma che certo non potrà essere del tutto soppresso, se il risultato da raggiungere sarà quello della sospensione del processo esecutivo".

venendo qui in rilievo la c.d. struttura bifasica che, come noto, caratterizza l'*iter* procedurale tipico delle sospensioni in sede oppositiva dinanzi al giudice dell'esecuzione.¹¹

Ancora, ulteriore corollario applicativo è che l'arresto del processo esecutivo, dichiarato ai sensi dell'art. 623 c.p.c. per sopravvenuta carenza del titolo, è ipotesi del tutto estranea alla dinamica processuale di cui all'art. 624 c.p.c., ivi inclusa la possibilità di estinzione della procedura ai sensi del co. 3 di tale norma¹².

Sia l'esercizio del potere inibitorio che del potere sospensivo danno luogo ad uno stato di acquiescenza dell'esecuzione forzata che non attinge gli effetti fino ad allora prodotti realizzando così una sorta di cristallizzazione dell'esecuzione il cui ulteriore corso è condizionato dall'esito del giudizio sul titolo esecutivo e del giudizio di opposizione a precetto (nel

¹¹ Così Capponi, cit. "Sarà poi il g.e. – e anche questo si ricava dalla chiara lettera dell'art. 623 – a produrre le conseguenze, nell'esecuzione, della sopravvenuta carenza di efficacia del titolo esecutivo. Se ne deduce che se l'esecuzione può essere sospesa dall'interno (art. 624) come dall'esterno (art. 283) e in tal caso il provvedimento sarà auto-esecutivo; l'efficacia esecutiva del titolo è sempre sospensione dall'esterno (artt. 283 e 615, comma 1) e la relativa fattispecie, rispetto all'esecuzione, configura sempre un'ipotesi di sopravvenuta carenza dell'efficacia del titolo esecutivo, di cui il g.e. è tenuto a prendere atto a norma dell'art. 623, sospendendo l'esecuzione. Queste considerazioni sono sufficienti a comprendere che inibitoria e sospensione non sono la stessa cosa, e che altro è intervenire sul titolo esecutivo, altro è intervenire sull'esecuzione".

¹² Longo, cit. "L'anomalia di tale provvedimento sospensivo e del suo regime giuridico, si presenta anche sotto ulteriori profili con riguardo all'operare dell'estinzione di cui all'art. 624, 3° co., c.p.c. Questa fattispecie estintiva rappresenta un eventuale effetto accessorio di una sospensione disposta (non dichiarata) dal giudice dell'esecuzione investito di un'opposizione, in virtù della strumentalità tra quella sospensione e la correlata opposizione: il legislatore ha previsto che una certa stabilità del provvedimento sospensivo, sommata alla mancata prosecuzione dell'opposizione cui questo accede, sia idonea a far conseguire l'estinzione tanto del giudizio oppositivo quanto di quello esecutivo. Si tratta di una modalità di "composizione" della lite nel suo complesso, nel senso che, a fronte del contegno delle parti nel giudizio oppositivo (consistente nella mancata prosecuzione del giudizio oppositivo) e del collimante svolgimento del processo esecutivo (sospeso per le ragioni poste a base di quella stessa opposizione con provvedimento dotato di un certo grado di stabilità, perché accettato dalle parti non essendo stato reclamato o perché non più reclamabile), si giustifica la mancata prosecuzione dell'azione esecutiva e di quella cognitiva ad essa collegata".

caso della spendita poteri inibitori) o del giudizio di merito intrapreso o meno all'esito della sospensione disposta *ex art.* 624 c.p.c.

Occorre precisare inoltre come la sopravvenuta sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è un fenomeno ben distinto rispetto dalla sopravvenuta caducazione dello stesso. La sopravvenuta caducazione del titolo esecutivo, escludendo *ex tunc* il diritto del creditore di agire *in executivis* produce l'immediata inefficacia degli atti esecutivi già compiuti. Viceversa, come detto, una sospensione *ex lege* o disposta dal giudice del gravame determinano una stasi destinata a cessare con il venir meno della causa prevista dalla legge o con la definizione del giudizio di gravame imponendo al creditore la riattivazione del processo esecutivo (art. 627 c.p.c.).

Piuttosto, benché fenomeni diversi, la caducazione del titolo esecutivo, così come la spendita di poteri inibitori e sospensivi, determinano l'arresto del processo esecutivo solo in assenza di creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo e perciò titolari del potere di darvi ulteriore impulso.

L'art. 623 c.p.c. è espressione del principio generale dell'immanenza del titolo esecutivo la cui esistenza è essenziale per tutto il corso dell'esecuzione forzata. La proliferazione dei titoli esecutivi "provvisori" ha portato ad un'evoluzione interpretativa in materia. Il principio della permanenza del titolo esecutivo è oggi infatti garantito non solo quando sia il titolo esecutivo del creditore procedente a reggere l'esecuzione forzata sino alla sua conclusione, ma anche quando un titolo esecutivo la sorregga, senza soluzione di continuità e fino alla sua conclusione, benché diverso da quello posto a fondamento del pignoramento.¹³

¹³ Pur nel silenzio del dato normativo, non essendovi riscontri positivi nel Libro III del c.p.c. che disciplinino espressamente detta eventualità si è assistito ad una progressiva maturazione di tale approdo esegetico. In giurisprudenza, prima della decisiva pronuncia delle Sezioni Unite n. 61 del 2014 della Corte di legittimità, non sono mancati precedenti che, proprio partendo dall'unico dato normativo, l'art. 653 co. 2 c.p.c., hanno riconosciuto nella norma citata l'espressione di un principio generale, così Cass. civ. 18-4-2012 n. 6072. Nè sono mancate pronunce che escludevano invece la possibilità, per il creditore intervenuto, di dare ulteriore corso all'esecuzione forzata nonostante il sopravvenuto difetto del titolo esecutivo del creditore procedente, così Cass., Sez. III, 13-2-2009, n. 3531. Ad ogni modo, la non decisività della permanenza del titolo esecutivo originario, e, piuttosto, la possibilità di ritenere sod-

Infine, sempre con riguardo agli effetti della sospensione di cui all'art. 623 c.p.c., nonostante l'arresto del processo esecutivo possa essere determinato, come visto, da una pluralità di fattori eterogenei, il minimo comun denominatore dal punto di vista applicativo è rappresentato dalle conseguenze della sospensione che rintracciano il proprio referente normativo nell'all'art. 626 c.p.c.: la stasi del processo esecutivo e l'impossibilità di compiere gli atti del processo nonché l'assenza di un fenomeno di illegittimità sopravvenuta. In particolare, l'art. 626 c.p.c. inibisce il compimento di atti esecutivi funzionali alla prosecuzione dell'esecuzione forzata in vista della liquidazione dei beni. Si ritengono invece ammissibili atti di carattere esecutivo preordinati all'amministrazione o conservazione dei beni pignorati nonché parentesi funzionali a consentire al debitore di liberare l'immobile dal vincolo pignoratorio (conversione del pignoramento, istanza di riduzione del pignoramento e parentesi oppositive).

2. I poteri inibitori processuali.

Come detto, i poteri inibitori presentano connotati del tutto diversi rispetto a quelli sospensivi andando ad elidere l'efficacia esecutiva del titolo esecutivo posto a fondamento del precetto o del successivo pignoramento.

È il caso della sospensione necessaria e giudiziale conseguente all'accoglimento dell'inibitoria del titolo esecutivo da parte del giudice del gravame (artt. 283,

disfatto detto principio, pur a fronte del venir meno del titolo esecutivo originario, quando l'esecuzione sia comunque, senza soluzione di continuità, retta da un titolo esecutivo, è stata poi consacrata dalla pronuncia del 2014 della Cassazione, Sez. U. 7-1-2014 n. 61 secondo cui "nel processo di esecuzione forzata, al quale partecipino più creditori concorrenti, le vicende relative al titolo esecutivo del creditore procedente (sospensione, sopravvenuta inefficacia, caducazione, estinzione) non possono ostacolare la prosecuzione dell'esecuzione sull'impulso del creditore intervenuto il cui titolo abbia conservato la sua forza esecutiva. Tuttavia, occorre distinguere: a) se l'azione esecutiva si sia arrestata prima o dopo l'intervento, poiché nel primo caso, non esistendo un valido pignoramento al quale gli interventi possano ricollegarsi, il processo esecutivo è improseguibile; b) se il difetto del titolo posto a fondamento dell'azione esecutiva del creditore procedente sia originario o sopravvenuto, posto che solo il primo impedisce che l'azione esecutiva prosegua anche da parte degli interventori titolati, mentre il secondo consente l'estensione in loro favore di tutti gli atti compiuti finché il titolo del creditore procedente ha conservato validità".

373 e 401 c.p.c.) o del giudice della cognizione piena sul titolo esecutivo giudiziale (art. 649 c.p.c.).¹⁴

L'art. 283 c.p.c. rappresenta il prototipo dei poteri inibitori ed esplicita in modo positivo e netto la loro distinzione rispetto ai poteri sospensivi essendo lo stesso giudice del gravame titolare, al contempo, non solo del potere inibitorio dell'efficacia esecutiva del titolo ma anche del potere di sospensione dell'esecuzione già iniziata. La disgiunzione che si interpone tra le due prerogative del giudice dell'impugnazione consacra in modo plastico ed evidente la diversa natura dei due poteri¹⁵.

Il potere di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo di cui all'art. 615 co. 1 c.p.c. ha posto non po-

chi problemi anzitutto quanto alla sua collocazione. Anzitutto, proprio dalla sua formulazione, *a contrario*, si è tratto argomento per sostenere che offrirebbe un riscontro testuale esplicito alla distinzione tra poteri inibitori e sospensivi in quanto accorda al giudice dell'opposizione a precetto il solo potere di sospendere l'efficacia esecutiva del titolo posto a fondamento della preannunciata esecuzione forzata.

Una prima opzione esegetica colloca tale potere al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 623 c.p.c. in quanto incide sull'efficacia esecutiva del titolo con portata inibitoria e non contempla la sospensione dell'esecuzione.¹⁶

¹⁴ L'avvio dell'esecuzione forzata sulla base di un titolo esecutivo giudiziale provvisoriamente esecutivo espone il creditore al rischio del suo arresto nel caso sopraggiunga la sospensione del titolo medesimo nel corso del giudizio a cognizione piena. È quanto accade nell'ipotesi di esecuzione intrapresa sulla scorta di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo a fronte della successiva sospensione ex art. 649 c.p.c. Sul punto, Cass. n. 8217/2004 secondo cui "Nel caso di coesistenza del processo esecutivo promosso sulla base di un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, del giudizio d'opposizione a decreto ingiuntivo e del giudizio d'opposizione all'esecuzione, nel momento in cui il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ha sospeso la provvisoria esecuzione del decreto si concretizza l'ipotesi della sospensione dell'esecuzione disposta dal giudice dinanzi al quale è impugnato il titolo esecutivo, a norma dell'art. 623, seconda ipotesi, cod. proc. civ., con conseguente impedimento della prosecuzione del processo esecutivo, che non può essere riattivato fino a che, in dipendenza del giudizio d'opposizione a decreto ingiuntivo, il titolo non abbia riacquisito con il rigetto dell'opposizione la sua efficacia esecutiva a norma dell'art. 653 cod. proc. civ.".

¹⁵ Sul tema, Capponi, *Cautele interinali contro l'esecuzione forzata*, in *Judicium*, "È certamente semplicistico affermare che il provvedimento di inibitoria incide sul titolo o sul processo a seconda del tempo in cui esso interviene (sebbene l'art. 283 c.p.c. utilizzi inopportuna la disgiuntiva "o"). Infatti, un'inibitoria dell'efficacia esecutiva è utile anche qualora l'esecuzione sia già iniziata, perché impedisce l'avvio di altro eventuale processo esecutivo, di identica o di diversa natura, sulla scorta del medesimo titolo: il giudice dell'impugnazione deve quindi porsi non soltanto il problema di arrestare l'esecuzione in corso (sospensione dell'esecuzione) ma anche di impedire che il titolo possa essere posto a base di altre distinte e successive esecuzioni (sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo). È quindi corretto ritenere che, a esecuzione iniziata, il provvedimento di inibitoria dovrà presentare due autonomi capi: quello che sospende l'esecuzione in corso e quello che sottrae, in generale, efficacia esecutiva al titolo (inibitoria in senso proprio)".

¹⁶ In particolare, si argomenta, l'art. 615 co. 1 c.p.c. si colloca al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 623 c.p.c. proprio perché non contempla un potere di sospensione dell'esecuzione, a differenza dell'art. 283 c.p.c. che espressamente lo assegna al giudice dell'impugnazione e del generale potere di sospensione che compete al giudice dell'esecuzione. Così Capponi, cit., secondo cui "il potere del giudice dell'opposizione a precetto è tutto e soltanto nell'art. 615, comma 1: la cui stessa esistenza si giustifica proprio sul riflesso che la norma è da sempre considerata fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 623; (e) la sentenza afferma, correttamente, che il compimento del pignoramento non fa venir meno il potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto, che è potere sul titolo; ma al tempo stesso ignora che quel potere – anche e proprio in ragione del richiamato art. 5 c.p.c. (§ 9.3.) – non può convertirsi in potere di sospendere l'esecuzione: se non altro perché l'art. 623 quel potere assegna, alternativamente, al giudice dell'impugnazione e al giudice dell'esecuzione, non anche al giudice dell'opposizione a precetto; ed inoltre perché l'art. 5 c.p.c. perpetua una competenza, ma non crea o trasforma competenze". In merito, sempre Capponi, *Le opposizioni all'esecuzione e le c.d. preclusioni sospensive* (a proposito di Cass., sez. III, n. 26285/2019), 2020, *Judicium*, secondo cui "Va peraltro precisato – ci verrà utile per l'esame della n. 26285/2019 – che l'art. 623 c.p.c., allorché cita il «giudice davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo» intende non il giudice davanti al quale comunque si discuta del titolo bensì esclusivamente quello che può modificarlo, conoscendolo per così dire dall'interno: vale a dire il giudice dell'impugnazione o dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Per questa ragione, l'art. 623 è sempre stato giudicato estraneo all'opposizione a precetto e ciò ha costretto il legislatore del 2005 a intervenire sull'art. 615, comma 1". In termini, Soldi, cit., 2411 "il provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo disposta ai sensi dell'art. 615 co. 1 c.p.c. esula dalla previsione dell'art. 623 c.p.c. È pur vero, però, che detto provvedimento incide sulla perseguibilità del processo esecutivo ed opera rispetto ad esso come una sospensione esterna in qualche modo analoga a quella adottata dal giudice della cognizione. Occorre, peraltro, rammentare che la sospensione del titolo assunta ex art. 615 co. 1 c.p.c. è correlata ad un'opposizione all'esecuzione preventiva e ha la struttura e

Si parla infatti di natura anticipatoria sia del provvedimento inibitorio del giudice dell'impugnazione che del provvedimento del giudice dell'opposizione a precetto, in quanto idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito, a fronte della natura conservativa tipica dei provvedimenti sospensivi.

Vi è poi la più recente opzione interpretativa che descrive tale potere alla stregua di un potere cautelare *sui generis* così accostandolo al potere sospensivo di cui al co. 2 della medesima norma.¹⁷

Quanto ai poteri inibitori, sul piano della disciplina, oltre alle differenze innanzi segnalate¹⁸, la diversa natura si riverbera anche sul crinale dei rimedi: i provvedimenti inibitori non sono impugnabili in considerazione dell'esclusione di una loro natura cautelare ed in quanto provvedimenti destinati ad essere assorbiti dalla decisione di merito.¹⁹

Come detto, è diverso il rispettivo raggio d'azione in quanto solo la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo disposta dal giudice dell'opposizione a precetto o dal giudice del gravame, elidendo l'efficacia esecutiva del titolo esecutivo, incide non già sulla singola esecuzione ma esclude la possibilità di iniziare un qualsiasi processo esecutivo sulla base del titolo sospeso.

la funzione di un provvedimento cautelare destinato ad anticipare gli effetti del giudizio cui accede”.

¹⁷ *Infra*, paragrafo 3.1.

¹⁸ Cfr. paragrafo precedente quanto all'ineroperatività della struttura bifasica tipica dei poteri sospensivi *ex art.* 624 c.p.c. e, correlativamente, quanto all'ineroperatività del sistema sospensivo estintivo di cui all'art. 624 co. 3 c.p.c.

¹⁹ In giurisprudenza, sulla non impugnabilità dell'ordinanza di cui all'art. 283 c.p.c., Cass. n. 4060/2005 secondo cui “L'ordinanza con cui in sede d'appello, alla prima udienza, il Collegio, a norma degli artt. 283 e 351 cod. proc. civ. (nel testo successivo alla legge n. 353 del 1990) provvede in ordine alla provvisoria esecuzione della sentenza di primo grado non è reclamabile davanti a un giudice diverso nè è ricorribile per Cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., in quanto trattasi di provvedimento endoprocedimentale avente natura latamente cautelare e provvisoria, destinato ad essere assorbito e superato dal provvedimento a cognizione piena che definisce il giudizio, dovendosi peraltro estendere a questa ordinanza il disposto di cui all'ultimo comma del citato art. 351, che esclude espressamente l'impugnabilità del provvedimento collegiale di conferma, revoca o modifica del decreto con il quale il Presidente abbia concesso in via di urgenza l'inibitoria prima dell'udienza di comparizione, così come l'art. 431, cod. proc. civ., con riferimento alle sentenze di condanna a favore del datore di lavoro, nel richiamare l'art. 283 cod. proc. civ. stabilisce che l'ordinanza concessiva dell'inibitoria non è impugnabile”.

La sospensione esterna conseguente alla spendita di poteri inibitori comporta, operativamente, l'adozione di un consequenziale provvedimento meramente dichiarativo da parte del giudice dell'esecuzione benché essenziale in quanto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo non è in grado, di per sé, come detto innanzi, di arrestare il corso del processo esecutivo laddove non recepita da un provvedimento ricognitivo da parte del giudice dell'esecuzione.

Come nelle ipotesi di sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 623 c.p.c., anche la spendita dei poteri inibitori non intacca gli effetti degli atti esecutivi nel frattempo compiuti, né si produce un fenomeno di illegittimità sopravvenuta.²⁰

La proliferazione dei titoli esecutivi “provvisori” ha portato, nel corso del tempo, ad avvertire l'insufficienza di un potere inibitorio concentrato solo in capo al giudice dell'appello (art. 283 c.p.c.) ed è alla base della positivizzazione, nel 2005, dei poteri di inibitori in capo al giudice dell'opposizione a precetto.²¹

²⁰ Sulla mera improseguibilità dell'esecuzione forzata e l'assenza di un fenomeno di illegittimità sopravvenuta, Cass. n. 14048/2013 secondo cui “In caso di titolo esecutivo giudiziale provvisorio, la sospensione della sua esecutività - come nell'ipotesi di cui all'art. 283 cod. proc. civ. ad opera del giudice dell'impugnazione - non comporta la sopravvenuta illegittimità degli atti esecutivi nel frattempo compiuti, ma impone la sospensione, ai sensi dell'art. 623 cod. proc. civ., del processo esecutivo iniziato sulla base di detto titolo”.

²¹ Ha messo in luce tale evoluzione Capponi, *Vicende del titolo esecutivo nell'esecuzione forzata*, Corr. Giur., 12/2012, 1512 sottolineando come “gli orientamenti consolidati in giurisprudenza sino alle riforme processuali degli anni 1990-1995 hanno dovuto in seguito confrontarsi con la realtà dei provvedimenti anticipatori sommari (artt. 186 bis, ter e quater c.p.c.), coi provvedimenti cautelari recanti condanna al pagamento di somme (art. 669 *duodecies* c.p.c.) e, più in generale, con lo stesso art. 282 c.p.c., che, novellato dalla legge n. 353/1990, ha assegnato (apparentemente) a tutte le sentenze di primo grado l'esecutorietà o efficacia provvisoria. In tal modo, la normale efficacia esecutiva, che nel sistema del codice del 1942 apparteneva senz'altro alla sentenza d'appello (pur essendo prevista la possibilità che la sentenza di primo grado fosse munita della clausola di provvisoria esecuzione, peraltro legata al riscontro di rigorosi presupposti), è divenuta caratteristica propria della sentenza di primo grado, nonché di provvedimenti condannatori, generalmente aventi forma di ordinanza, pronunciati prima della sentenza che definisce il giudizio. In epoca precedente a queste novità legislative l'ipotesi del provvedimento, diverso dalla sentenza, avente efficacia esecutiva immediata riguardava soprattutto il decreto ingiuntivo”.

L'insufficienza del potere inibitorio concentrato in capo al giudice del gravame era poi maggiormente avvertita con riguardo ai titoli esecutivi di natura non giudiziale, di per sé più instabili sotto il profilo sostanziale. Tutti questi fattori hanno contribuito ad avvertire la necessità di una tutela anticipata rispetto alla sospensione dell'esecuzione e dunque rispetto all'inizio dell'esecuzione forzata.²²

Il nuovo addentellato normativo si è rivelato feroce di una pluralità di fondamentali dubbi esegetici anzitutto nel rapporto con il potere di sospensione dell'esecuzione di cui al successivo co. 2 dell'art. 615 c.p.c.

2.1. Il rapporto tra poteri inibitori e sospensivi.

Le interferenze tra poteri inibitori e sospensivi così come tra le ipotesi di sospensione di cui all'art. 623 c.p.c. sono molteplici: tra potere di sospensione dell'esecuzione in capo sia al giudice dell'esecuzione che al giudice del gravame, tra potere sospensivo ex art. 615 co. 1 c.p.c. e potere inibitorio dell'efficacia del titolo esecutivo in capo al giudice dell'impugnazione e, infine, tra i poteri sospensivi di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 615 c.p.c.

Quanto alla sospensione dell'esecuzione, i diversi motivi che sono a fondamento del potere di sospensione dell'esecuzione in capo al giudice del gravame, incentrati su ragioni inerenti la formazione del titolo giudiziale, e le ragioni che, invece, possono introdursi con l'opposizione esecutiva successiva e correlativa istanza di sospensione dinanzi al giudice dell'esecuzione, giustificano la coesistenza delle due tutele sospensive aventi ad oggetto entrambe l'ulteriore corso dell'esecuzione benché promananti da due giudici diversi e spiegano la scarsa problematicità di tale prima ipotesi di interferenza tra poteri sospensivi²³.

²² Prima della novella legislativa l'insufficienza del previgente impianto normativo aveva condotto a soluzioni applicative quali la proponibilità dell'azione cautelare atipica, art. 700 c.p.c. In tal senso Cass. n. 15220/2005 secondo cui "Va in proposito considerato che dopo l'inizio dell'esecuzione la sospensione può essere disposta solo dal giudice dell'esecuzione (Cass. 28.9.1980, n. 5299); prima il provvedimento di sospensione non può intervenire, non essendo possibile sospendere un processo che ancora non pende (Cass. 4.10.1991, n. 10354); è, tuttavia, possibile soddisfare la medesima esigenza mediante ricorso all'art. 700 c.p.c. (Cass. 23.2.2000, n. 2051)".

²³ Con l'opposizione all'esecuzione non possono essere introdotti motivi inerenti la formazione del titolo. In giurisprudenza,

Non si rinvencono particolari difficoltà e disomogeneità interpretative neanche quanto al rapporto tra il potere sospensivo di cui al co. 1 dell'art. 615 c.p.c. ed il potere inibitorio del giudice del gravame trattandosi, ancora una volta, di provvedimenti che coinvolgono la valutazione di motivi non sovrapponibili avendo il giudice dell'opposizione a precetto cognizione limitata all'esistenza o meno del titolo esecutivo o, altrimenti, alla cognizione in ordine a fatti estintivi o modificativi subentrati successivamente alla formazione del titolo esecutivo giudiziale.

Piuttosto, maggiori incertezze presenta il tema del rapporto tra la spendita del potere di cui all'art. 615 co. 1 c.p.c. e di quello sospensivo in capo al giudice dell'esecuzione (art. 615 co. 2 c.p.c.), il tema dei "rapporti temporali" tra i due poteri e delle rispettive aree di azione.²⁴

denza, Cass. n. 12911/2012 secondo cui "Nel giudizio di opposizione all'esecuzione, iniziata in base ad un titolo esecutivo giudiziale, non possono essere sollevate eccezioni anteriori alla formazione del titolo stesso, le quali si sarebbero dovute far valere unicamente nel procedimento conclusosi con il titolo posto in esecuzione".

²⁴ Sono plurime le interferenze riscontrabili nella prassi tra i due poteri sospensivi di cui all'art. 615 c.p.c. Per un tentativo di selezione e soluzione delle diverse ipotesi, Consolo, *Opposizione a precetto e sospensione, Esecuzione forzata*, 2010, 4 "Allo stato crediamo che i problemi creati dal silenzio del legislatore sul punto possano essere così risolti in una cornice sistematica armonica: se il creditore, a valle della pronuncia del provvedimento di sospensione da parte del giudice dell'opposizione a precetto, procede ugualmente con il pignoramento, il debitore dovrà onerarsi di proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615, 2° co., c.p.c., facendo ivi valere la carenza di titolo esecutivo. L'accoglimento dell'opposizione caducherà gli eventuali atti esecutivi posti in essere, per mancanza *ab origine* di un titolo idoneo a fondarli. Se, invece, il creditore procede con il pignoramento "dopo" la proposizione dell'istanza di sospensione al giudice dell'opposizione a precetto ma "prima" che egli si sia pronunciato sul punto (e la circostanza non è certo di scuola: il creditore potrà procedere con il pignoramento dopo soli 10 giorni dalla notifica del titolo esecutivo e del precetto, e qualche rara volta financo prima), allora la soluzione più appropriata crediamo sia allo stato la seguente: il giudice dell'opposizione a precetto pronuncerà comunque - ricorrendone i presupposti - l'ordinanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. Ove però il processo esecutivo sia stato nel frattempo reso pendente, il giudice dell'esecuzione (volta che quel provvedimento inibitorio del giudice della cognizione venga portato a sua conoscenza) si limiterà a prendere atto della sospensione dell'efficacia del titolo esecutivo e in forza di questa pronuncerà ordinanza di sospensione del processo esecutivo, senza necessità per l'esecutando di proporre opposizione all'esecuzione. In que-

3. L'attuale panorama interpretativo.

Con specifico riguardo a quest'ultimo ambito, come efficacemente messo in luce, il dibattito si è incentrato in una prima fase sul crinale della sopravvivenza o meno del potere di sospensione in capo al giudice dell'opposizione a precetto a fronte del sopravvenuto inizio dell'esecuzione forzata, e, successivamente, in ordine alla persistenza o meno di un potere di sospensione in capo al giudice dell'esecuzione laddove, per gli stessi motivi, l'istanza di sospensione sia stata già avanzata dinanzi al giudice dell'opposizione a precetto.²⁵

sto caso gli atti esecutivi compiuti prima della pronuncia dell'ordinanza di sospensione da parte del giudice della cognizione rimarranno però in vita, in attesa di vedere quale sarà la sorte della opposizione proposta. Ancora diverso, e tale da offrire una terza angolazione del tema, è poi il problema di coordinamento che si pone nell'eventualità in cui l'esercizio del potere di sospensione sia richiesto, in forza delle stesse ragioni, ad entrambi i giudici (perché, ad es., viene inizialmente proposta opposizione a precetto con la relativa istanza di sospensione e nelle more della decisione il creditore procede a pignoramento, sicché il debitore assai probabilmente proporrà allora altresì opposizione all'esecuzione ex art. 615, 2° co., chiedendo ex art. 624, 1° co., c.p.c., al giudice dell'esecuzione la sospensione del processo esecutivo, in forza però degli stessi motivi già proposti in sede di opposizione al precetto e lì non ancora delibati). Il rischio qui è evidente: che vi siano due decisioni contrastanti sugli stessi presupposti. Questo rischio, che pur sussiste, tuttavia si ridimensiona se si considera che la decisione del giudice dell'esecuzione, di solito più rapida di quella del giudice della cognizione (v. oltre), ove negativa, ci pare destinata a venire superata dall'eventuale accoglimento della più generale inibitoria dell'art. 615, 1° co. E questo precisamente nel senso che, ottenuta la paralisi generale del titolo esecutivo, si potrà ritornare dal giudice dell'esecuzione per far valere questa sopravvenienza che priva di fondamento la pretesa del precedente di compiere ulteriori atti esecutivi. Il concorso di rimedi dunque indubbiamente sussiste e può anche dar luogo a delle provvisorie dissonanze, che tuttavia verranno ricomposte in forza della prevalenza del *dictum* del giudice della cognizione che può meglio compiere la prognosi sull'esito finale dell'opposizione, e che per tale ragione assai probabilmente si pronuncerà per secondo".

²⁵ Signorelli, cit., 670. In sintesi, quanto alla sopravvivenza o meno di un potere sospensivo in capo al giudice dell'opposizione a precetto successivamente all'inizio dell'esecuzione forzata, si sono confrontate tesi opposte. Secondo un primo orientamento, essendo il potere sospensivo di cui all'art. 615 co. 1 c.p.c. funzionale ad accordare tutela in una fase processuale in cui il debitore potrebbe esserne sprovvisto, non essendo ancora iniziata l'esecuzione forzata, tale *ratio* verrebbe meno con l'inizio del processo esecutivo a partire dal quale potrebbe intervenire solo un provvedimento sospensivo del giudice dell'esecuzione, così Bo-

L'attuale quadro interpretativo risulta fortemente inciso da due pronunce piuttosto recenti della Corte di legittimità, una delle Sezioni Unite in punto di reclamabilità del provvedimento del giudice dell'opposizione a precetto sulla sospensione²⁶ e l'altra, della Terza Sezione civile, in tema di rapporti tra i poteri sospensivi ex art. 615 co. 1 e 2 c.p.c.²⁷

Come detto, l'espressa previsione di un potere inibitorio in capo al giudice dell'opposizione a precetto appartiene ad una recente passato. La novella del 2005, tuttavia, non ha risolto ogni problema interpretativo dando adito ad un ampio dibattito in punto di impugnabilità o meno del provvedimento sulla sospensione adottato ai sensi dell'art. 615 co.1 c.p.c.²⁸

VE-BALENA, *Le Riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 307; VITTORIA, *La sospensione esterna del processo esecutivo. La sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione*, in questa *Rivista*, 2007, 401 ss. A questo orientamento si contrappone quello secondo cui, la diversa portata dei poteri sospensivi di cui al primo e secondo comma dell'art. 615 c.p.c. non consentirebbe di ritenere "esaurito" il potere sospensivo del giudice dell'opposizione a precetto solo in conseguenza dell'inizio dell'esecuzione forzata, così CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione forzata*, Torino, 2010, 384 ss.; BARRECA, *Ancora sulla sospensione dell'efficacia esecutiva e sulla sospensione del processo esecutivo*, 2010, 718; SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2016, 1976 e Crivelli, (*Alcune questioni controverse in tema di opposizione all'esecuzione*, in *Esecuzione forzata*, 2017, 1, 92, secondo cui "Altro orientamento ritiene infatti che la potestà sospensiva del giudice dell'opposizione a precetto ben possa coesistere con quella del g.e. Anzitutto deve considerarsi che la tesi più sopra esposta non valorizza sufficientemente sotto il profilo degli effetti che i poteri di sospensione previsti rispettivamente dagli artt. 615, 1° co. e 624 c.p.c., non coincidono tra loro, aspetto invece che ritengo rilevantissimo e foriero di conseguenze. Oggetto dell'istanza di sospensione ex art. 615, 1° co., c.p.c. è infatti costituito dall'efficacia esecutiva del titolo, che una volta sospesa impedisce che lo stesso sia posto a base di una qualsiasi azione esecutiva; la sospensione ex art. 624 c.p.c. invece riguarda esclusivamente quello specifico processo esecutivo nell'ambito del quale la relativa istanza è proposta".

²⁶ Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19889.

²⁷ Corte cass., sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26285.

²⁸ Come evidenziato dalla dottrina, "In effetti, a rendere incerta la possibilità di impugnare il provvedimento di sospensione pre-esecutiva si opponevano due ulteriori considerazioni. a) Il legislatore del 2005 aveva in un primo momento (18) espressamente limitato l'applicabilità dell'art. 624 c.p.c. all'opposizione all'esecuzione ex art. 615, comma 2°, c.p.c., per poi eliminare tale riferimento nel testo definitivo (19), lasciando spazio ad un'interpretazione estensiva della materia. b) Nonostante la generica previsione del comma 1° dell'art. 624 c.p.c., tale ultimo articolo si riferisce ancora oggi alla possibilità di re-

La pronuncia delle Sezioni Unite si innesta sul terreno di un dato normativo insufficiente e perviene ad affermare la reclamabilità dell'ordinanza con cui il giudice dell'opposizione a precetto provvede sull'istanza di sospensione tenuto conto della simmetria di tutela che tale opzione interpretativa garantisce tra l'inibitoria di cui all'art. 615 co. 1 c.p.c. e la sospensione ex art. 624 c.p.c. traendo un argomento testuale dalla novella che nel 2006 ha portato all'espunzione del riferimento al solo co. 2 dell'art. 615 c.p.c. nell'art. 624 c.p.c. e dall'ampliamento del catalogo dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione reclamabili per dedurre la volontà del legislatore di individuare nel reclamo uno strumento di tutela generale dei provvedimenti sospensivi.

Ma al di là di tali argomentazioni di tipo sistematico e letterale, la Cassazione svolge alcune pregnanti considerazioni in punto di rapporto tra poteri inibitori e sospensivi. In particolare, sulla premessa della diversità dei due poteri, la Corte traccia una linea di demarcazione tra l'inibitoria di cui all'art. 283 c.p.c. e la sospensione ex art. 615 co. 1 c.p.c.: la prima, non reclamabile perché destinata ad essere assorbita dal provvedimento che definisce il giudizio di merito, la seconda reclamabile perché la cognizione del giudice dell'opposizione a precetto, a fronte di titoli esecutivi giudiziali, è ammissibile solo con riguardo a motivi non inerenti alla formazione del titolo ma involgenti fatti impeditivi o estintivi verificatisi successivamente alla sua formazione. È la considerazione in base alla quale le Sezioni Unite giungono a riconoscere, piuttosto, una natura latamente cautelare al provvedimento di cui all'art. 615 co. 1 c.p.c.²⁹

clamare un provvedimento del giudice dell'esecuzione, norma che contraddice l'interpretazione estensiva accolta dalle sezioni unite in commento, poiché in caso di opposizione a precetto tale giudice non è ancora nominato", così Canella, *Le Sezioni Unite dichiarano reclamabile il provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2020, 1078.

²⁹ Sono eloquenti in tal senso i paragrafi dal n. 30 in poi della motivazione della sentenza secondo cui "Non vi è allora identità di funzione o di natura tra le misure inibitorie del titolo esecutivo in sede di sua impugnazione (o di opposizione al titolo costituito da un decreto ingiuntivo o altro paragiudiziale) e la misura in esame, che si situa a valle dell'emanazione del titolo stesso e, non potendo in via principale riguardare intrinseche ragioni di illegittimità di quello, a monte dell'incombente processo esecutivo. 34. In questa fase non si contesta, per quanto detto, il diritto in sé come consacrato nel titolo, ma

Quanto ai rapporti tra i due giudizi, va considerato come la giurisprudenza ha sempre ammesso un rapporto di litispendenza tra opposizione a precetto

specificamente il diritto del creditore ad agire in via esecutiva per conseguire il concreto soddisfacimento delle ragioni riconosciutegli; la contestazione del diritto di agire in via esecutiva non solo non si esaurisce, ma neppure coincide necessariamente con la contestazione del titolo, nei ristretti limiti in cui quella possa ancora avere luogo per quello giudiziale o nell'accezione ampia nel caso dello stragiudiziale e del paragiudiziale, ben potendo invece involgere numerosi elementi anche ad esso del tutto estrinseci. Corollari applicativi sono perciò la reclamabilità del provvedimento sospensivo adottato ai sensi dell'art. 615 co. 1 c.p.c. in quanto non condivide la natura del potere inibitorio, ma, piuttosto, si connota in termini di provvedimento cautelare *sui generis*". In merito le reazioni della dottrina si sono divise: da una parte le voci di quanti hanno aderito alla ricostruzione teorica della sospensione in termini di provvedimento cautelare *sui generis*, e dall'altro quelle di quanti non condividono tale ricostruzione sulla base della considerazione per cui anche l'opposizione a precetto potrebbe rivelarsi funzionale alla disamina del titolo esecutivo e non già solo alla verifica del diritto del creditore di procedere esecutivamente. In termini adesivi alla pronuncia, Farina, *Il provvedimento sulla sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo è reclamabile anche se emesso dal giudice dell'opposizione a precetto*, *Ilprocessocivile.it*, fasc., 31 luglio 2019, secondo cui "l'inibitoria del titolo esecutivo giudiziale in pendenza di impugnazione od opposizione è istituito ben diverso dalla sospensiva concessa dal giudice dell'opposizione a precetto. Nonostante l'art. 615, comma 1, c.p.c., sia stato formulato «sulla contigua fattispecie dell'inibitoria del titolo giudiziale impugnato» che non è soggetta ad ulteriore impugnazione (v. artt. 351,373,649 c.p.c.), il Supremo Collegio opportunamente precisa che «la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo riguarda non l'esecuzione in astratto ma come connotata nel precetto, essendo limitata dalle ragioni dell'opposizione al precetto stesso». L'oggetto dell'opposizione pre-esecutiva è la contestazione del diritto del creditore di agire *in executivis*; si tratta nella specie di azione di accertamento negativo che non attiene propriamente al titolo esecutivo ma, più precisamente alla mera inesistenza (anche per fatti sopravvenuti o anche solo parziale) del diritto di agire *in executivis*". In senso opposto ed allo scopo di evidenziare l'aporia in cui tale ricostruzione rischia di incorrere, altra parte della dottrina ha evidenziato ipotesi in cui tale ricostruzione si rivelerebbe insufficiente, "Per chiarire i limiti dell'oggetto dell'opposizione pre-esecutiva pare opportuno un esempio. Se è proposta opposizione a precetto su titolo giudiziale nella quale si fa valere un fatto estintivo sopravvenuto al diritto sub iudice nel giudizio di impugnazione, ad esempio l'avvenuto pagamento del debito, deducendo che esso sia stato accertato in misura eccedente alla richiesta originaria e si accompagna a tale deduzione la domanda di accertamento dell'esistenza del controcredito, il provvedimento di accoglimento dell'opposizione, se non impugnato nei termini, assume il valore di giudicato esterno nei confronti della decisione del giudizio di appello relativa al medesimo fatto costitutivo che si

ed opposizione all'esecuzione successivamente proposta. E tale opzione ha trovato conferma nella pronuncia delle Sezioni Unite che ha sottolineato come si tratti di giudizi entrambi tesi ad accertare l'esistenza del diritto del creditore di agire esecutivamente. E l'identità di *petitum* si è trasfusa anche in sede cautelare, conducendo perciò ad affermare che a fronte dell'identità di *petitum* della domanda di merito non può non sussistere un'identità di *petitum* anche con riguardo alla domanda cautelare.

Sono plurimi gli spunti di interesse e di approfondimento che suscita anche la pronuncia della Terza Sezione civile che si snoda dalle premesse teoriche tracciate dalle Sezioni Unite. In particolare, attesa l'identità di *petitum*, ravvisa una continenza cautelare tra i poteri sospensivi di cui all'art. 615 c.p.c. tale per cui l'istanza di sospensione, proposta per i medesimi motivi, non potrebbe essere rivolta sia al giudice dell'opposizione a precetto che al giudice dell'esecuzione.

L'argomentata "consumazione" della tutela percorribile dinanzi al giudice dell'esecuzione ove già proposta l'istanza di sospensione al giudice dell'opposizione a precetto, è stata valutata, tuttavia, come scelta che finisce con obliterare i connotati originali di detti poteri fin qui messi in evidenza.³⁰

D'altra parte, tali premesse teoriche rivestono una significativa portata applicativa anche in ordine all'incidenza del provvedimento del giudice dell'opposizione a precetto sull'esecuzione in corso.³¹

concluda in un momento successivo. Un caso di questo tipo rende evidente che non può essere condivisa l'affermazione delle sezioni unite secondo la quale la decisione sulla sospensione del titolo esecutivo ex art. 615, comma 1°, c.p.c. è reclamabile, ma non lo è quella adottata in sede d'inibitoria perché si tratta di cause ontologicamente differenti", così Canella, *Le Sezioni Unite dichiarano reclamabile il provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo*, in *Rivista tri. di diritto e procedura civile*, n.3/2020.

³⁰ Così Signorelli, cit., 673, secondo cui "Per la verità, non può considerarsi pacifica la perfetta sovrapposizione tra i due poteri sospensivi in questione: come è noto, quanto all'oggetto, l'inibitoria concessa dal giudice dell'opposizione a precetto investe - *expressis verbis* - l'efficacia esecutiva del titolo, mentre la sospensione disposta dal giudice dell'esecuzione impedisce soltanto la prosecuzione dell'esecuzione in corso. Da ciò consegue una diversità di funzioni, posto che la prima preclude l'avvio di qualsiasi processo di esecuzione, perché oggetto del provvedimento è direttamente il titolo esecutivo: vi è, dunque, piena coincidenza tra oggetto del provvedimento inibitorio e oggetto della contestazione di merito introdotta dall'opposizione".

In proposito, si è sottolineato che, sulla premessa della natura "cautelare" della sospensione ex art. 615 co. 1 c.p.c. e della consumazione del potere della parte di chiedere la sospensione, per i medesimi motivi, al giudice dell'esecuzione, si finisce con l'assegnare al giudice dell'opposizione a precetto un potere più ampio di quello di cui è testualmente titolare perché, nell'impianto motivazionale della pronuncia del 2019, il provvedimento di cui al primo comma dell'art. 615 c.p.c. sembra rivelarsi sufficiente ad arrestare *ex se* anche il processo esecutivo.³²

³¹ Il tema ha sempre rivestito carattere problematico. Secondo una prima opzione interpretativa il giudice dell'opposizione a precetto sarebbe legittimato anche a dichiarare, in caso di accoglimento dell'istanza di sospensione, l'illegittimità del pignoramento eseguito nelle more (così Orlando, *La sospensione dell'esecuzione*, 232). Altra tesi invece continua a ritenere indefettibile un provvedimento del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 623 c.p.c. sulla base della considerazione per cui, a differenza dell'art. 283 c.p.c., l'art. 615 co. 1 c.p.c. non assegna al giudice dell'opposizione a precetto anche un potere di sospensione dell'esecuzione. In termini Soldi, cit. e Capponi, cit.

³² Nel paragrafo § 9.3. del corposo compendio motivazionale della pronuncia n. 26285/2019, la Corte di legittimità assimila il potere sospensivo di cui all'art. 615 co. 1 c.p.c. a quello ex art. 624 c.p.c. ("se il provvedimento del comma 1 dell'art. 615 è inquadrabile come sospensione "esterna", non soltanto il potere del giudice non è temporalmente circoscritto e perdura anche se nelle more il pignoramento venga compiuto, ma gli effetti del provvedimento inibitorio «non differiranno, nella sostanza, dalla sospensione ex art. 624 c.p.c.: i beni staggiti resteranno soggetti al vincolo di indisponibilità, ma non potranno compiersi ulteriori atti esecutivi»). Come efficacemente sottolineato dalla dottrina, tuttavia, "(...) La Corte non si occupa del fatto che, se il provvedimento del giudice dell'impugnazione può autonomamente sospendere l'esecuzione in atto, quella del giudice dell'opposizione a precetto è sempre, vista dalla prospettiva del g.e., una fattispecie di sopravvenuta carenza dell'efficacia del titolo esecutivo, che chiama un provvedimento sospensivo dello stesso g.e.: che sarà pure meramente ricognitivo, ma che certo non potrà essere del tutto soppresso. In questo modo, l'artificio illusionistico è compiuto: scompare magicamente dalla scena la lettera del comma 1 dell'art. 615 che, a differenza dell'art. 283 c.p.c., non fa riferimento alla sospensione dell'esecuzione; entra, al suo posto, un'espressione speculativa dal vago sapore dottrinario ("sospensione esterna"), grazie alla quale i poteri del giudice dell'impugnazione e quelli del giudice dell'opposizione a precetto vengono totalmente sovrapposti (...) Quando si giunge a scrutinare il rapporto tra il potere inibitorio del giudice dell'opposizione a precetto e il potere sospensivo del g.e., sembrerà quasi naturale affermare (§ 9.4.) che «il provvedimento di sospensione disposto ex art. 615, primo comma, c.p.c. comprende in sé anche gli effetti della sospensione che il giudice dell'esecuzione potrebbe pronunciare

Ancora, si è sottolineato, in ragione del principio di economica processuale, la Cassazione supera l'indefettibilità della struttura bifasica delle opposizioni esecutive escludendo la necessità dell'introduzione del giudizio di merito sull'opposizione successiva laddove già penda l'opposizione a precetto.³³

Come messo in luce dalla dottrina, le conclusioni cui approda la Corte risentono della ricostruzione della natura e della funzione del giudizio di opposizione a precetto descritto in modo simmetrico rispetto al giudizio di opposizione all'esecuzione, ovvero funzionale all'accertamento dell'esistenza del diritto del creditore di procedere esecutivamente.

Tale ricostruzione non soddisfa quanti pongono invece l'accento sulla natura giuridica del precetto,

ex art. 624 c.p.c.: ed allora, l'opponente che abbia già richiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al giudice dell'opposizione pre-esecutiva non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al giudice dell'esecuzione». Il suo potere è consumato, «a prescindere dalla circostanza che sull'istanza si sia già provveduto oppure no», Capponi, *Inibitorie e sospensioni nell'esecuzione forzata: istruzioni per l'uso nell'interesse della legge*, in *Judicium*.

³³ Sull'indefettibilità della fase sommaria, da ultimo Cass. n. 25170/2018 secondo cui «La preliminare fase sommaria delle opposizioni esecutive (successive all'inizio dell'esecuzione) davanti al giudice dell'esecuzione (ai sensi degli artt. 615, comma 2, 617, comma 2, e 618, nonché 619, c.p.c.) è necessaria ed inderogabile, in quanto prevista non solo per la tutela degli interessi delle parti del giudizio di opposizione ma anche di tutte le parti del processo esecutivo e, soprattutto, in funzione di esigenze pubblicistiche, di economia processuale, di efficienza e regolarità del processo esecutivo e di deflazione del contenzioso ordinario; la sua omissione, come il suo irregolare svolgimento, laddove abbia impedito la regolare instaurazione del contraddittorio nell'ambito del processo esecutivo ed il preventivo esame dell'opposizione da parte del giudice dell'esecuzione - non solo in vista di eventuali richieste cautelari di parte, ma anche dell'eventuale esercizio dei suoi poteri officiosi diretti a regolare il corso dell'esecuzione - determina l'improponibilità della domanda di merito e l'improcedibilità del giudizio di opposizione a cognizione piena». Sulla c.d. contenenza cautelare e, correlativamente, l'insussistenza di un obbligo di introduzione del giudizio di merito anche quando il giudice dell'esecuzione assegni il relativo termine, Cass. n. 26285/2019 secondo cui «Qualora sia promossa un'opposizione all'esecuzione ex art. 615, secondo comma, c.p.c., identica, per fatti costitutivi dedotti, ad un'opposizione a precetto già pendente, il giudice dell'esecuzione, all'esito della fase sommaria, non deve assegnare alle parti il termine per promuovere il giudizio di merito, giacché quest'ultimo sarebbe destinato ad essere definito in rito (mediante la cancellazione della causa dal ruolo ex art. 39, primo comma, c.p.c. o la riunione ex art. 273 c.p.c.), essendo l'opposizione a precetto il giudizio che le parti hanno l'onere di proseguire».

non catalogabile tra gli atti esecutivi, ma meramente prodromico rispetto all'inizio dell'esecuzione forzata.³⁴

D'altra parte, la tesi della "consumazione" della tutela e dunque della connotazione di detti poteri in termini "mutuamente esclusivi" oltre a scontrarsi col dato normativo che assegna il potere di sospensione dell'esecuzione al giudice dell'esecuzione, si rivela foriera di effetti fortemente pregiudizievole impedendo al giudice dell'esecuzione di esercitare un potere, pure assegnatogli dall'art. 624 c.p.c., quando ravvisi i gravi motivi.³⁵

Mariadomenica MARCHESE

³⁴ Così Metafora, in *Un (utile) vademecum della Cassazione su litispendenza, opposizioni esecutive e sospensione dell'esecuzione*, *Ilprocessocivile*, 9 dicembre 2019, secondo cui «Quest'indirizzo, già fatto proprio dalla recentissima decisione delle Sezioni Unite n. 19889/2019, si basa sulla premessa - necessaria, sebbene non dichiarata dalla sentenza in commento - di considerare il precetto come l'atto che individua la pretesa esecutiva di cui si chiede il soddisfacimento; solo in tal modo, infatti, è possibile affermare che oggetto dell'opposizione di cui all'art. 615, comma 1, c.p.c. al pari dell'opposizione successiva, è «l'azione esecutiva: con l'evidente conseguenza che il precetto individua, sul piano soggettivo ed oggettivo, la pretesa esecutiva di cui si chiede il soddisfacimento» (Saletti, *Processo esecutivo e prescrizione. Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milano, 1992, 50). A mio parere, va però escluso che la domanda esecutiva possa ritenersi integrata dall'atto di precetto. Se tale conclusione era predicabile vigente l'abrogato codice (v. per tutti Allorio, Perenzione, in *Enc. giuridica italiana*, XIII, II, Milano, 1938, 327), oggi, il dato inequivoco degli artt. 491, 608 e 612 c.p.c. non lascia più dubbi: il precetto è atto preliminare dell'esecuzione forzata, che inizia solo con il compimento del pignoramento (o con la notifica dell'avviso di rilascio o con il ricorso al giudice dell'esecuzione per la determinazione delle modalità esecutive)».

³⁵ Così Soldi, cit., 2183, «giova osservare che la soluzione prescelta dalla giurisprudenza non appare del tutto condivisibile. Essa è in primo luogo inconciliabile con la formulazione letterale dell'art. 624 c.p.c. che riconosce all'organo giurisdizionale che dirige il processo esecutivo il potere di disporre la sospensione. L'anzidetta prospettazione per altro verso può essere foriera di pericolose conseguenze. Ragionando in tale direzione potrebbe, infatti, verificarsi che il giudice dell'esecuzione, anche quando rilevi la sussistenza di gravi motivi per sospendere il procedimento esecutivo, non possa arrestarlo, non avendo altra scelta che quella di attendere la decisione del giudice investito dell'opposizione preventiva con il rischio di effetti irreversibili».

La custodia dell'immobile dopo la legge delega 2021

1. La disciplina della custodia alla luce delle molteplici riforme del processo dal 2006 al 2021

1.1. La trasformazione dell'istituto operato dalla riforma del 2006

L'istituto della custodia è stato profondamente modificato dalla riforma del codice di rito del 2006.

Le leggi n. 80 del 2005 e 52 del 2006, recependo le prassi virtuose elaborate presso diversi uffici giudiziari, novellando gli artt. 559 e 560 c.p.c., hanno per la prima volta istituzionalizzato la nomina del custode giudiziario e dettagliato i suoi compiti (funzionali non solo alla conservazione del bene pignorato ma anche alla sua collocazione sul mercato) nonché prescritto che il giudice dell'esecuzione è tenuto ad ordinare la liberazione del suddetto immobile occupato dall'esecutato ovvero da terzi senza titolo al più tardi una volta che sia stata disposta l'agjudicazione.

Per espressa disposizione di legge detto ordine di liberazione si ascriveva tra i titoli esecutivi e, pertanto, poteva essere attuato forzatamente, ad istanza del custode giudiziario, ai sensi dell'art. 605 e seguenti c.p.c.

1.2. Le novità introdotte dalla riforma del 2016

Gli artt. 559 e 560 c.p.c. nel testo novellato dalla riforma del 2006, è restato inalterato per molto tempo.

La prima modifica normativa successiva, peraltro riguardante il solo articolo 560 c.p.c., risale infatti al 2016.

Più precisamente, il D.L. 3 maggio 2016, n. 59, convertito dalla L. 30 giugno 2016, n. 119 ha previsto che gli ordini di liberazione emanati a far data dal 2 agosto 2016 non costituiscono più titoli esecutivi ma si ascrivono tra gli atti esecutivi.

Tale modifica non ha, tuttavia, inciso sulle scelte di fondo del passato ma ha trasformato esclusivamente le modalità di attuazione forzata dell'ordine di liberazione prevedendo che ad essa possa procedere il custode giudiziario in virtù di un procedimento di sgomero coattivo a forma libera, da svolgersi secondo le direttive impartite dal giudice dell'esecuzione.

1.3. Le novità introdotte dalla riforma del 2019 ed il restyling del 2020

Il D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, pur lasciando inalterato l'art. 559 c.p.c., ha, invece, operato trasformazioni di sistema.

A seguito della L. n. 12 del 2019, la adozione di provvedimenti funzionali a collocare sul mercato un immobile pignorato libero da persone o cose non costituisce più un obiettivo imprescindibile.

La liberazione anticipata del bene pignorato, quantunque "utile" per favorire la liquidazione giudiziale, è procrastinata quando l'immobile pignorato costituisca la casa del debitore e della sua famiglia.

Pur senza invertire la rotta sulle scelte programmatiche la L. 28 febbraio 2020, n. 8, recante la conversione con modificazioni del D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, ha ritoccato ancora una volta l'art. 560 c.p.c. per sanare alcune sue palesi incongruenze.

1.4. Le novità introdotte dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206

La legge delega 26 novembre 2021, n. 206 ha ulteriormente messo a punto la disciplina della custodia incidendo questa volta tanto sull'art. 559 che sull'art. 560 c.p.c..

La legge delega ha previsto che la nomina del custode giudiziario debba essere allineata alla nomina dell'esperto ed ha anticipato l'ordine di liberazione prevedendo che esso debba essere emanato al più tardi contestualmente alla ordinanza di vendita o di delega.

La legge delega ha, invece, confermato che l'ordine di liberazione non può essere messo in relazione alla casa del debitore e della sua famiglia prima del deposito del decreto di trasferimento.

2. Gli step che hanno condotto alla attuale formulazione dell'art. 560 c.p.c.

3.1. Premessa

Come evidenziato nel paragrafo precedente, l'art. 560 c.p.c. è stato novellato in modo ripetuto e quasi convulso nel corso degli ultimi quindici anni mentre

analoghe modifiche non hanno riguardato l'art. 559 c.p.c. ritoccato solo dalla recentissima legge delega.

Prima di procedere alla disamina della disciplina attuale appare, quindi, doveroso offrire al lettore un excursus storico che permetta di individuare ed esaminare in modo compiuto come si è approdati alla attuale formulazione dell'art. 560 c.p.c..

2.2. L'art. 560 c.p.c. dopo la riforma del codice di rito del 2006

L'art. 560 c.p.c. nel testo introdotto a partire dal 2006 stabiliva:

1. *Il debitore e il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'art. 593.*

2. *Ad essi è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non sono autorizzati dal giudice dell'esecuzione.*

3. *Il giudice dell'esecuzione dispone, con provvedimento impugnabile, la liberazione dell'immobile pignorato, quando non ritiene di autorizzare il debitore a continuare ad abitare lo stesso, ovvero quando revoca detta autorizzazione, se concessa in precedenza, ovvero quando provvede alla aggiudicazione o all'assegnazione dell'immobile. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il rilascio ed è eseguito a cura del custode anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario se questi non lo esentano.*

4. *Il giudice con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'art. 569 stabilisce le modalità con cui il custode deve adoperarsi affinché gli interessati a presentare offerta di acquisto esaminino i beni in vendita.*

5. *Il custode provvede in ogni caso, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, all'amministrazione e alla gestione dell'immobile pignorato ed esercita le azioni previste dalla legge ed occorrenti per conseguire la disponibilità.*

Il quadro normativo scaturente dagli artt. 559 e 560 c.p.c. nel testo vigente dal 1° marzo 2006 poteva riassumersi come segue:

- il debitore, custode ex lege, doveva essere sostituito da un terzo incaricato dal al più tardi al momento della adozione della ordinanza di vendita o di delega;
- il debitore che, al momento del pignoramento avesse destinato l'immobile pignorato a finalità abitative, non poteva proseguire tale utilizzazione se non avesse conseguito l'autorizzazione del giudice;

- il giudice dell'esecuzione era tenuto ad emettere l'ordine di liberazione dell'immobile pignorato che non fosse occupato da terzi aventi un diritto di godimento opponibile al ceto creditorio senza ritardo; l'ordine di liberazione doveva essere emanato ai danni del debitore che fosse stato autorizzato ad abitarlo entro e non oltre la data di aggiudicazione del cespite.

2.3. L'art. 560 c.p.c. dopo la novella del 2016

La novella del 2016 ha novellato l'art. 560 c.p.c. sostituendo il suo originario terzo comma ed aggiungendo alla norma un ulteriore quarto comma.

Le modifiche a ben vedere hanno, però, riguardato solo il profilo inerente alla natura dell'ordine di liberazione ed hanno inciso, pertanto, esclusivamente sul procedimento per la sua attuazione forzosa.

L'art. 560 c.p.c., dopo la novella del 2016, stabiliva:

1. *Il debitore e il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'art. 593.*
2. *Ad essi è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non sono autorizzati dal giudice dell'esecuzione.*
3. *Il giudice dell'esecuzione dispone, con provvedimento impugnabile per opposizione ai sensi dell'art. 617, la liberazione dell'immobile pignorato senza oneri per l'aggiudicatario o l'assegnatario o l'acquirente quando non ritiene di autorizzare il debitore a continuare ad abitare lo stesso, o parte dello stesso, ovvero quando revoca detta autorizzazione, se concessa in precedenza, ovvero quando provvede alla aggiudicazione o all'assegnazione dell'immobile. Per il terzo che vanta la titolarità di un diritto di godimento del bene opponibile alla procedura il termine per l'opposizione decorre dal giorno in cui si è perfezionata nei confronti del terzo la notificazione del provvedimento.*
4. *Il provvedimento è attuato dal custode secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione immobiliare, senza l'osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 e seguenti anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario se questi non lo esentano. Per l'attuazione dell'ordine il giudice può avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari di cui all'articolo 68. Quando nell'immobile si trovano beni mobili che non debbono essere consegnati ovvero documenti inerenti lo svolgimento di attività im-*

prenditoriale o professionale, il custode intima alla parte tenuta al rilascio ovvero al soggetto al quale gli stessi risultano appartenere di asportarli, assegnandogli il relativo termine non inferiore ai trenta giorni, salvi i casi di urgenza. Dell'intimazione si dà atto a verbale ovvero, se il soggetto intimato non è presente, mediante atto notificato al custode. Qualora l'asporto non sia eseguito entro il termine assegnato, i beni o i documenti sono considerati abbandonati e il custode, salvo diversa disposizione del giudice dell'esecuzione, ne dispone lo smaltimento o la distruzione.

5. Il giudice con l'ordinanza di cui al terzo comma dell'art. 569 stabilisce le modalità con cui il custode deve adoperarsi affinché gli interessati a presentare offerta di acquisto esaminino i beni in vendita.
6. Il custode provvede in ogni caso, previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, all'amministrazione e alla gestione dell'immobile pignorato ed esercita le azioni previste dalla legge ed occorrenti per conseguire la disponibilità.
7. Gli interessati a presentare l'offerta di acquisto hanno diritto di esaminare i beni in vendita entro quindici giorni dalla richiesta. La richiesta è formulata mediante il portale delle vendite pubbliche e non può essere resa nota a persona diversa dal custode. La disamina dei beni si svolge con modalità idonee a garantire la riservatezza dell'identità degli interessati e ad impedire che essi abbiano contatti con loro.

A seguito della novella del 2016 l'ordine di liberazione ha cessato di essere titolo esecutivo ed il procedimento per la sua attuazione è stato conseguentemente sganciato dagli artt. 605 c.p.c. che regolano il rilascio forzoso.

2.4. La disciplina della custodia introdotta 2019

Il D.L. 135 del 2014 convertito dalla L. n. 12 del 2019 ha eliminato il terzo, il quarto, il sesto comma e il settimo comma dell'art. 560 c.p.c. nella versione introdotta nel 2016 senza riformularli.

Ha, invece, sensibilmente novellato il resto.

L'art. 560 c.p.c., nella versione del 2019, stabiliva che:

1. Il debitore e il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'art. 593.
2. Il custode nominato ha il dovere di vigilare affinché il debitore e il nucleo familiare conservino il bene

pignorato con la diligenza del buon padre di famiglia e ne mantengano e tutelino l'integrità.

3. I debitore e i familiari che con lui convivono non perdono il possesso dell'immobile e delle sue pertinenze sino al decreto di trasferimento, salvo quanto previsto dal sesto comma.
4. Il debitore deve consentire, in accodo con il custode, che l'immobile sia visitato dai potenziali acquirenti.
5. Le modalità del diritto di visita sono contemplate e stabilite nell'ordinanza di cui all'art. 569.
6. Il giudice ordina, sentiti il custode e il debitore, la liberazione dell'immobile pignorato per lui e per il suo nucleo familiare qualora sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione, per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico, o quando l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare.
7. Al debitore è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non sono autorizzati dal giudice dell'esecuzione.
8. Fermo quanto previsto dal sesto comma, quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento ai sensi dell'articolo 586.

La disciplina della custodia dopo la riforma del 2019 si articolava come segue:

- il debitore, custode *ex lege*, deve essere sostituito nella custodia del bene al più tardi a far data dalla emanazione dell'ordinanza di vendita o di delega;
- l'ordine di liberazione dell'immobile libero ovvero occupato da terzi senza titolo opponibile alla procedura doveva essere emanato al più tardi al momento dell'aggiudicazione;
- il debitore che avesse utilizzato l'immobile pignorato come propria abitazione poteva procrastinare tale impiego senza dover conseguire una autorizzazione giudiziale sino al deposito del decreto di trasferimento, purchè non avesse violato gli obblighi di custodia previsti dalla legge;
- l'ordine di liberazione costituendo un atto esecutivo, era impugnabile ai sensi dell'art. 617 c.p.c., e suscettibile di attuazione forzosa a cura del custode giudiziario.

2.5. Il restyling della disciplina della custodia operato nel 2020

La riforma del 2020 ha fugato per la gran parte i dubbi interpretativi provocati dalla L. n. 12 del 2019 senza innovare la disciplina ma provvedendo sostanzialmente ad un suo necessario *restyling*.

L'art. 18 *quater* della L. 28 febbraio 2020, n. 8 (recante la conversione con modificazioni del D.L. 30 dicembre 2019, n. 162), oltre a modificare la disposizione transitoria dettata dall'art. 4 comma 4 del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla L. 11 febbraio 2019 n. 12, ha, novellato ulteriormente l'art. 560 aggiungendo al sesto comma della versione conseguente alla riforma del 2019 ulteriori periodi.

A seguito della L. n. 8 del 2020, il sesto comma dell'art. 560 – che recitava: *“Il giudice ordina, sentiti il custode e il debitore, la liberazione dell'immobile pignorato per lui e per il suo nucleo familiare, qualora sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione, per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico, o quando l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare”* – è stato integrato prevedendo che: *“A richiesta dell'aggiudicatario, l'ordine di liberazione può essere attuato dal custode senza l'osservanza delle formalità di cui agli artt. 605 e seguenti; il giudice può autorizzarlo ad avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68. Quando nell'immobile si trovano beni mobili che non debbono essere consegnati, il custode intima alla parte tenuta al rilascio di asportarli, assegnando ad essa un termine non inferiore a trenta giorni, salvi i casi di urgenza da provarsi con giustificati motivi. Quando vi sono beni mobili di provata o evidente titolarità di terzi, l'intimazione è rivolta anche a questi ultimi con le stesse modalità di cui al periodo precedente. Dell'intimazione è dato atto nel verbale. Se uno dei soggetti intimati non è presente, l'intimazione gli è notificata dal custode. Se l'asporto non è eseguito entro il termine assegnato, i beni mobili sono considerati abbandonati e il custode, salva diversa disposizione del giudice dell'esecuzione, ne dispone lo smaltimento e la distruzione. Dopo la notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento, il custode, su istanza dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, provvede all'attuazione del provvedimento di cui all'art. 586, secondo comma, decorsi sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla*

predetta istanza, con le modalità definite nei periodi dal secondo al settimo del presente comma”.

Tutto il resto è, invece, restato inalterato.

Il quadro normativo risultante dall'art. 560 c.p.c. nel testo ritoccato dalla L. n. 8 del 2020 era sostanzialmente sovrapponibile a quello conseguente alla riforma del 2019.

Le modifiche normative hanno, infatti, avuto la funzione di dipanare alcuni dubbi esegetici provocati dalla riforma del 2019 ma non hanno innovato la disciplina.

2.6. La disciplina transitoria del 2018 ed il “cambio di rotta” operato dalla L. n. 8 del 2020

L'art. 4 comma 4 del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla L. 11 febbraio 2019 n. 12, aveva stabilito che disciplina da esso introdotta sarebbe stata applicabile alle sole espropriazioni incardinate dalla sua entrata in vigore (e, quindi, pendenti a decorrere dal 13 febbraio 2019)¹.

Tale soluzione era, peraltro, apparsa coerente al mutato assetto normativo che, come detto, ha avuto una incidenza radicale sull'istituto della custodia.

L'art. 18 *quater* comma 2 della L. 28 febbraio 2020, n. 8 (recante la conversione del D.L. 30 dicembre 2019, n. 162), ha, però, previsto, che, in deroga a quanto in precedenza stabilito dal citato art. 4 comma 4, le disposizioni del novellato artt. 560 c.p.c. sarebbero state immediatamente applicabili anche alle espropriazioni già in corso al 12 febbraio 2019.

La modificazione del regime intertemporale, operata appena un anno dopo l'entrata in vigore della L. n. 12 del 2019, ha avuto un impatto dirompente sul sistema come meglio si vedrà in seguito.

Per effetto della L. n. 8 del 2020 i regimi normativi, risultati coesistenti per qualche mese, sono stati ricondotti ad unità.

2.7. La disciplina dettata dalla legge delega del 2021

La L. 26 novembre 2021, n. 206 ha stabilito che il decreto o i decreti legislativi recanti modifiche alla

¹ Per identificare il momento a decorrere dal quale una espropriazione è pendente occorre guardare al perfezionamento della notifica dell'atto di pignoramento al debitore. Non rileva, a tali fini, l'epoca in cui detta notifica sia stata richiesta né la data di trascrizione del pignoramento né ancora quella della iscrizione a ruolo della procedura.

disciplina del processo esecutivo dovranno prevedere (il riferimento è all'art. 1 comma 11):

- *Che il custode giudiziario di cui all'art. 559 c.p.c. collabori con l'esperto nominato ai sensi dell'art. 569 c.p.c. al controllo della completezza della documentazione di cui all'art. 567 secondo comma c.p.c. (lettera c);*
- *Che il giudice dell'esecuzione provvede alla sostituzione del debitore nella custodia nominando il custode giudiziario entro quindici giorni dal deposito della documentazione di cui al secondo comma dell'art. 567 del codice di procedura civile, contemporaneamente alla nomina dell'esperto di cui all'art. 569 del medesimo codice, salvo che la custodia non abbia alcuna utilità ai fini della conservazione o amministrazione del bene ovvero per la vendita (lettera e);*
- *Che il giudice dell'esecuzione ordina la liberazione dell'immobile pignorato non abitato dall'esecutato e dal suo nucleo familiare ovvero occupato da soggetto privo di titolo opponibile alla procedura, al più tardi nel momento in cui pronuncia l'ordinanza con cui è autorizzata la vendita o sono delegate le relative operazioni e che ordina la liberazione dell'immobile abitato dall'esecutato convivente con il suo nucleo familiare al momento in cui pronuncia il decreto di trasferimento, ferma restando comunque la possibilità di disporre anticipatamente la liberazione nei casi di impedimento alle attività degli ausiliari del giudice, di ostacolo del diritto di visita di potenziali acquirenti, di omessa manutenzione del cespite in uno stato di buona conservazione o di violazione degli altri obblighi che la legge pone a carico dell'esecutato o degli occupanti (lettera f);*
- *Che sia il custode ad attuare il provvedimento di liberazione dell'immobile pignorato secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione immobiliare, senza l'osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 e seguenti del codice di procedura civile, successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario se questi non lo esentano (lettera h).*

Le novità introdotte dalla legge delega si articolano nei seguenti termini:

- alla sostituzione del debitore, custode *ex lege*, il giudice provvede, non più contestualmente alla emanazione di vendita o di delega, ma al momento della nomina dell'esperto (e, dunque, nei quindici giorni dal deposito della documentazione ipocatastale);

- alla liberazione dell'immobile pignorato che non costituisca la casa di abitazione del debitore e della sua famiglia deve procedersi al più tardi nel momento in cui ne è disposta la vendita;
- l'attuazione forzata dell'ordine di liberazione si svolge ad istanza del custode giudiziario senza l'osservanza degli artt. 605 e seguenti c.p.c.;
- quando pronuncia il decreto di trasferimento, e sempreché l'aggiudicatario non lo esenti, il giudice dell'esecuzione emette l'ordine di liberazione dell'immobile pignorato che costituisca la casa del debitore e della sua famiglia, da attuarsi a cura del custode giudiziario, senza l'osservanza degli artt. 605 e seguenti c.p.c..

3. La rilevanza della destinazione del bene pignorato e la posizione del debitore nell'attuale assetto normativo

3.1. La destinazione del bene pignorato ed i limiti della sua incidenza

Come anticipato, occorre distinguere il caso in cui il bene pignorato sia in uso al debitore da quello in cui esso risulti libero ovvero occupato da terzi.

È, peraltro, di centrale importanza distinguere se il debitore che impieghi direttamente l'immobile sottoposto ad esecuzione lo abbia destinato a propria abitazione principale ovvero ad altri scopi (può, infatti, verificarsi che il cespite, in relazione al quale si svolge l'espropriazione, sia adibito a seconda casa ovvero destinato allo svolgimento di una attività lavorativa).

La circostanza che il debitore utilizzasse il bene pignorato in passato ha indotto a procrastinare temporaneamente la nomina del custode giudiziario.

Alla luce dell'art. 559 c.p.c., nella formulazione antecedente alla legge delega 26 novembre 2021, n. 206, si riteneva che:

il giudice dell'esecuzione dovesse nominare senza ritardo il custode giudiziario quantomeno nei casi in cui fosse emerso che l'immobile sottoposto ad esecuzione era libero ovvero occupato da terzi senza titolo, o, comunque, utilizzato dal debitore che aveva violato gli obblighi di custodia;

nella diversa ipotesi in cui il bene pignorato fosse stato utilizzato dal debitore (per scopo abitativo ovvero per diversa destinazione) che non avesse violato gli obblighi di custodia, il giudice dell'esecuzione poteva temporaneamente rinviare la sostituzione anzidetta, ferma restando la necessità di nominare il cu-

stode giudiziario al più tardi contestualmente alla emanazione dell'ordinanza di vendita o di delega.

Tale soluzione oggi non è, però, percorribile.

La legge delega impone al giudice di nomina contestualmente l'esperto di cui all'art. 568 c.p.c. ed il custode giudiziario.

In sostanza, nell'attuale assetto normativo, il giudice dell'esecuzione, preso atto del rituale compimento degli incumbenti previsti dagli artt. 557 c.p.c. (iscrizione a ruolo del processo), 497 c.p.c. (deposito dell'istanza di vendita) e 567 c.p.c. (deposito della documentazione ipocatastale) conferisce l'incarico tanto all'esperto che al custode giudiziario fissando nel contempo la prima udienza di comparizione delle parti ai sensi dell'art. 569 c.p.c..

La destinazione del bene pignorato è, invece, a tutt'oggi decisiva quando debba valutarsi la sussistenza dei presupposti per emanare l'ordine di liberazione.

L'art. 560 c.p.c., nel testo novellato nel 2019 e confermato nel 2020, stabilisce che il debitore, quando non abbia violato gli obblighi di legge, non può subire lo "sgombero" dall'immobile sottoposto ad esecuzione sino alla adozione del decreto di trasferimento, quando lo abbia destinato a sua abitazione principale e lo utilizzi per tale scopo, da solo o con i propri familiari.

Ove la destinazione sia diversa, ed a maggior ragione se la relazione diretta tra il debitore ed il bene non ricorre (il riferimento è ai casi di immobili liberi o occupati da terzi senza titolo), la liberazione è, non solo possibile, ma obbligatoria.

Ai sensi dell'art. 560 c.p.c. nel testo successivo alle riforme del 2019 e del 2020, si riteneva che l'ordine di liberazione nei casi da ultimo citati dovesse essere emesso al più tardi al momento in cui è disposta l'aggiudicazione del bene.

La legge delega²⁶ novembre 2021, n. 206, stabilisce, invece, che l'ordine di liberazione dell'immobile pignorato libero, occupato da terzi senza titolo ovvero in uso al debitore che non lo impieghi come abitazione principale, deve essere emanato al più tardi nel momento in cui il giudice dell'esecuzione pronuncia l'ordinanza di vendita o di delega.

3.2 Lo speciale statuto dettato dall'art. 560 c.p.c. per l'immobile pignorato che costituisca la "prima casa" del debitore ed, eventualmente, della sua famiglia

La destinazione dell'immobile pignorato ad abitazione principale del debitore e del suo nucleo fa-

miliare rende operante uno speciale "statuto" che connota le vicende dell'immobile pignorato e deroga in modo molto incisivo al regime normativo ordinario.

Basti pensare al fatto che, nei casi in cui opera lo "statuto" di cui si sta discorrendo, colui che si appropria alla vendita forzata è destinato ad acquistare un bene del quale non può essere ordinata la liberazione anticipata e che sarà "sgomberato" solo a seguito della emanazione del decreto di trasferimento.

Fatte queste premesse, corre l'obbligo di enucleare i confini della speciale protezione accordata in relazione al cespite impiegato per finalità abitative primarie dal debitore, segnalando sin da ora che l'attività interpretativa non è agevole se si considera la laconicità della normativa.

L'art. 560 c.p.c., nel testo riformato nel 2019, prevede al suo terzo comma che: *"Il debitore e i familiari che con cui convivono non perdono il possesso dell'immobile e delle sue pertinenze sino al decreto di trasferimento, salvo quanto previsto dal secondo comma"*; il sesto comma della medesima disposizione stabilisce, quindi, che, nonostante la occupazione per finalità abitative primarie, *"Il giudice ordina, sentiti il custode ed il debitore, la liberazione dell'immobile pignorato per lui ed il suo nucleo familiare qualora sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico..."*.

Completa la nuova disciplina l'ottavo comma dell'art. 560 c.p.c., a tenore del quale, *"Fermo quanto previsto dal sesto comma, quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento"*.

Dal contenuto della disposizione richiamata si ricava che lo "statuto" di protezione opera quando l'immobile sottoposto ad esecuzione sia adibito ad "abitazione".

Non è, invece, del tutto scontato se tale abitazione debba essere riconducibile non solo al debitore, ma anche necessariamente ai suoi familiari; non è, cioè, chiaro se la tutela scatti anche per il debitore abitante senza famiglia, oppure occorra inderogabilmente anche la presenza dei familiari.

Fermo questo interrogativo del quale si dirà in seguito è, comunque, pacifico che occorra innanzitutto

acquisire la prova del fatto che l'immobile sia adibito a stabile dimora.

Sono, pertanto, esclusi dal regime di tutela gli immobili "a disposizione" utilizzati come seconde case ovvero i cespiti destinati ad utilizzazioni diverse come, ad esempio, quelli in cui si svolga l'attività commerciale (industria, azienda o altro) o lavorativa del debitore (studio professionale).

Diversi argomenti inducono, inoltre, a ritenere che la destinazione abitativa debba essere quella esistente alla data di notifica del pignoramento, di guisa che sono irrilevanti, ai fini che interessano, eventuali trasferimenti della residenza abituale - anagrafica o di fatto - che risultino successivi alla instaurazione del processo di esecuzione forzata.

Milita a favore di tale conclusione il dato letterale dell'art. 560 comma 3 c.p.c. nella parte in cui sembra tutelare una situazione preesistente (al pignoramento) facendo riferimento alla necessità di non consentire che "il debitore e i familiari che con lui convivano perdano il possesso dell'immobile e delle sue pertinenze".

Conforta la tesi sin qui propugnata la stessa *ratio legis* che, ispirandosi alla necessità di garantire al debitore indebitato un tempo maggiore per reperire un alloggio, non consente certo di estendere il regime preferenziale ad ipotesi "costruite" in pendenza di processo.

Giova, peraltro, evidenziare che la tesi favorevole alla salvaguardia delle sole situazioni preesistenti è ormai consolidata anche con riferimento alle fattispecie regolate dal testo dell'art. 560 c.p.c. introdotto dalla riforma del 2006, che è stato interpretato nel senso che il debitore può essere autorizzato dal giudice a proseguire nell'impiegare a fini abitativi l'immobile ma non ad occuparlo per tale scopo.

Come anticipato, non è, invece, chiaro se le esigenze abitative primarie del debitore possano essere garantite solo a condizione che quest'ultimo abbia un nucleo familiare convivente.

Ove ciò fosse vero il debitore non sarebbe tutelato ove occupasse l'immobile pignorato come prima casa e, tuttavia, vivesse da solo.

Il dubbio nasce dal fatto che sia il terzo che il sesto e l'ottavo comma dell'art. 560 c.p.c. abbinano sempre il debitore ai suoi familiari lasciando quantomeno dubitare che, ove *single*, o anche solo vedovo o separato, quest'ultimo possa beneficiare della durata della liquidazione giudiziale per reperire una nuova e diversa soluzione abitativa.

A tale proposito è utile osservare che il dato letterale dell'art. 560 c.p.c. farebbe effettivamente propendere per una soluzione restrittiva favorevole a limitare il regime di favore alla tutela, non della persona del debitore, ma della famiglia, legittima o di fatto, di cui egli faccia parte.

L'interpretazione sistematica della disposizione induce, tuttavia, ad opposta conclusione.

Nella comparazione degli interessi in gioco, è ritenuta prevalente la necessità di garantire le esigenze abitative primarie di chi subisce l'espropriazione², senza che rilevi la circostanza che egli abbia o meno un nucleo convivente.

Né avrebbe senso sostenere che le predette esigenze meritino di prevalere sul diritto dei creditori alla migliore collocazione sul mercato dell'immobile pignorato solo nel caso in cui, presso quell'immobile, sia collocato un gruppo familiare e non l'esecutato da solo.

Diversamente opinando, si accedrebbe all'idea che il legislatore abbia inteso preservare gli interessi, non di quest'ultimo, ma della sua famiglia, senza che tale famiglia sia stata qualificata dal riferimento alla sua "speciale" composizione (che potrebbe renderla meritevole di considerazione, ad esempio, per la presenza di soggetti deboli quali, ad esempio, i figli minori).

Più precisamente, cioè, dovrebbe ipotizzarsi che il legislatore abbia voluto sancire, puramente e semplicemente, un privilegio generalizzato a favore dei soli nuclei familiari e non dei singoli, penalizzati dal fatto di non avere, anche solo per fatti contingenti, originari o sopravvenuti, un convivente.

Per le considerazioni che precedono non può, allora, ritenersi che, laddove l'art. 560 c.p.c. menziona, oltre al debitore, anche i familiari conviventi, abbia inteso escludere ogni tutela per le esigenze abitative

² È, peraltro, bene precisare che la tutela riguarda, come esposto nel testo, il titolare del diritto reale sottoposto ad esecuzione, anche solo per quota, e, dunque, in generale, chi direttamente subisce la espropriazione del bene. Se il processo si svolge nelle forme di cui agli artt. 602 e seguenti c.p.c., lo "statuto" di protezione non può, quindi, operare a vantaggio del titolare della posizione debitoria, ma esclusivamente a tutela del terzo proprietario.

L'utilizzo del termine debitore va, quindi, rettificato inteso con riferimento al soggetto titolare del diritto che sarà trasferito al terzo aggiudicatario all'esito del procedimento di vendita forzata.

primarie del debitore *single*, vedovo, separato, divorziato e simili.

Resta, però, da attribuire un senso alla disposizione di legge ed al ripetuto riferimento ai familiari conviventi.

A tale proposito è preferibile propendere per la tesi secondo cui la predetta disposizione mira esclusivamente a rafforzare la tutela di quanti abbiano destinato l'immobile pignorato a "prima casa" insieme con il debitore.

Sembra, cioè, potersi affermare che, non solo l'esecutato, ma anche i suoi familiari conviventi, possano ritenersi titolari di una situazione giuridica protetta che li autorizza, ove necessario, ad impugnare eventuali provvedimenti di sgombero adottati illegittimamente, in violazione dello "statuto" protettivo di cui all'art. 560 c.p.c., tanto più nei casi in cui l'esecutato con cui essi coabitano resti inerte.

Conferma di quanto in qui sostenuto, e dunque della estensibilità dello "statuto" anche ai familiari conviventi, si ricava dal fatto che pure questi ultimi sono direttamente onerati di alcuni obblighi, la cui violazione è a loro addebitabile, con effetti rilevanti ai fini della liberazione dell'immobile, come si vedrà meglio in seguito.

In definitiva, lo speciale regime di favore cui sin qui si è fatto cenno opera a condizione che l'immobile pignorato sia destinato ad abitazione principale del debitore, solo o con famiglia convivente, sin dalla notificazione del pignoramento.

Per completezza, giova precisare che le conclusioni cui si è pervenuti non possono essere modificate neppure a seguito della legge delega 26 novembre 2021, n. 206.

L'art. 1 comma 12 lettera f), nella parte in cui stabilisce che il decreto o i decreti legislativi dovranno "prevedere che il giudice dell'esecuzione ordina la liberazione dell'immobile pignorato non abitato dall'esecutato ovvero occupato da soggetto privo di titolo opponibile alla procedura al più tardi al momento in cui pronuncia l'ordinanza con cui è autorizzata la vendita o sono delegate le relative operazioni e che ordina la liberazione dell'immobile abitato dall'esecutato convivente col nucleo familiare al momento in cui pronuncia il decreto di trasferimento" non induce a diversa conclusione.

Per le stesse ragioni sin qui esposte, non sembra, infatti, che il riferimento al debitore e al nucleo familiare convivente consenta di escludere ogni tutela per colui che subisca l'espropriazione e che abiti da

solo.

Giova, ancora, precisare che lo "statuto" protettivo cui sin qui si è fatto cenno, anche quando sussistano in partenza (il riferimento è alla situazione esistente al momento della notificazione dell'atto di pignoramento) le ragioni per la sua operatività, potrebbe cessare per fatto sopravvenuto.

Infatti, le condizioni di legge che impongono la tutela della abitazione principale del debitore debbono sussistere al momento della notifica dell'atto di pignoramento e per tutta la durata della liquidazione giudiziale, sino alla emanazione del decreto di trasferimento.

Più precisamente, la liberazione anticipata dell'immobile pignorato è impedita solo a condizione che il debitore, e se del caso la sua famiglia, lo abitino in modo ininterrotto.

Il regime di tutela non può, dunque, trovare applicazione se colui che subisce la espropriazione ed i suoi conviventi abbandonino il cespite subastato in corso di processo, cessando così la occupazione abitativa, ovvero nel caso in cui dalla casa pignorata si allontanano anche ed eventualmente il solo debitore e non il resto del nucleo familiare.

La formulazione letterale dell'art. 560 c.p.c., invero, induce a propendere per la tesi secondo cui la presenza del debitore nell'immobile è inderogabile presupposto per il regime di favore, che si estende anche a coloro che con lui coabitano, ma non opera a vantaggio di questi ultimi, se singolarmente considerati, nel caso in cui dovesse cessare la convivenza con chi che subisce la espropriazione.

Muovendo da questa premessa, l'ordine di liberazione può essere emesso ai danni del debitore e del suo coniuge (anche se affidatario dei figli minori), tutte le volte in cui, in sede di separazione o divorzio, l'immobile, alla data di notifica del pignoramento destinato ad abitazione principale della famiglia del debitore e del debitore stesso, sia stato successivamente "assegnato" quale casa coniugale al coniuge non debitore, in virtù di provvedimento non opponibile alla procedura perché emanato in pendenza della stessa.

Nello stesso modo, non vi sono ragioni per escludere lo sgombero del cespite in relazione al quale si svolge la espropriazione forzata nel caso di morte del debitore esecutato in corso di processo³.

³ Ove in corso di processo il debitore deceda, lo statuto di protezione sancito dall'art. 560 c.p.c. può continuare ad

Resta da valutare come debba essere provata la occupazione dell'immobile per le finalità abitative di cui si è detto.

Sembra che possa propendersi per la tesi secondo cui la prova presuntiva possa fondarsi sulle risultanze del certificato di residenza ovvero del certificato di stato di famiglia del debitore, fermo restando che deve ritenersi ammessa la prova contraria. Non può, pertanto, escludersi che da accertamenti in fatto, anche da parte del custode, possa ricavarsi, sia la circostanza che l'immobile non sia stato adibito a casa del debitore, sia il fatto che, nonostante le risultanze anagrafiche formali, il bene fosse al momento del pignoramento la prima casa dell'esecutato.

4. La nomina del custode giudiziario e le novità introdotte dalla legge delega

4.1. Le ipotesi di sostituzione del debitore nella custodia ai sensi degli artt. 559 e 560 c.p.c. prima della legge delega 26 novembre 2021, n. 206

L'art. 559 c.p.c., nel testo formulato a seguito della riforma del 2006, restato del tutto invariato dopo la riforma del 2019 (il riferimento è alla L. n. 12 del 2019) e la riforma del 2020 (il riferimento è alla L. n. 8 del 2020) stabiliva che dovesse procedersi alla sostituzione del custode:

- quando l'immobile non fosse stato occupato dal debitore perché libero ovvero occupato da terzi (non rileva se titolari o meno di un diritto di godimento opponibile al ceto creditorio); si tratta, infatti, di ipotesi in cui occorre assumere una gestione diretta del bene;
- se il debitore avesse violato i suoi obblighi intralciando la prosecuzione del processo (ad esempio non consentendo l'accesso all'esperto per la visita dell'immobile funzionale a redigere la relazione di stima, ovvero non depositando il rendiconto, in violazione dell'art. 593 c.p.c., richiamato dall'art. 560 comma 1 c.p.c.);
- se, indipendentemente dal verificarsi delle situazioni descritte, il debitore avesse utilizzato direttamente il cespite sottoposto ad esecuzione (per finalità abitative e non) ottemperando ai propri

operare solo, ed eventualmente, a vantaggio di quelli, tra i familiari conviventi, che, per effetto della successione, siano subentrati nella titolarità del debito e possano, dunque, ritenersi a loro volta "debitori".

doveri, ed il procedimento esecutivo fosse nel frattempo approdato alla fase in cui debbono essere adottati i provvedimenti relativi alla liquidazione "giudiziale" del bene;

- se i creditori ne avessero fatto richiesta.

4.2. La sostituzione del debitore nella custodia dopo la legge delega 26 novembre 2021, n. 206

La legge delega 26 novembre 2021, n. 206 ha trasformato il quadro di riferimento poiché stabilisce che alla nomina del custode giudiziario debba, di regola, procedersi non appena il processo è "movimentato" e, dunque, con lo stesso provvedimento con cui il giudice procede alla nomina dell'esperto.

Tale sostituzione prescinde dalla destinazione del bene pignorato poiché ad essa deve procedersi senza ritardo, tanto nel caso in cui il bene sia libero ovvero occupato da terzi (con titolo opponibile o non opponibile al processo), quanto nell'ipotesi in cui esso sia utilizzato dal debitore che lo abita o, comunque, lo impiega ad altri fini.

Tale disposizione, che normativizza una prassi applicativa ormai diffusa nella gran parte degli uffici giudiziari italiani, appare del tutto condivisibile.

La scelta di conferire congiuntamente l'incarico all'esperto ed al custode è innanzitutto improntata all'efficienza: alla luce di tale disposizione, infatti, gli ausiliari del giudice sono chiamati ad operare sin dalla fase cd "preparatoria" della espropriazione immobiliare ad operare in totale sinergia avvalendosi ciascuno delle competenze tecniche dell'altro.

Tale opzione è peraltro idonea a garantire che il custode giudiziario possa nell'immediatezza depositare una relazione che fornisca al giudice la descrizione dettagliata dell'immobile ed individui nel contempo i soggetti che lo utilizzano al fine di permettere la più celere emanazione dell'ordine di liberazione che, ai sensi della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 deve essere formato al più tardi al momento in cui è autorizzata la vendita o ne è stata disposta la delega.

La immediata nomina del custode giudiziario può essere evitata solo nel caso in cui per la particolare natura dei beni essa "*non abbia utilità*", come accade ad esempio se il compendio pignorato ha uno scarso valore.

Nell'ipotesi da ultimo indicata la custodia avrebbe dovuto essere inevitabilmente affidata alla persona incaricata delle operazioni delegate o all'istituto autoriz-

zato all'incanto di cui al combinato disposto degli art. 534 e 159 disp. att. c.p.c.; solo qualora tale istituto non sia disponibile è nominato custode altro soggetto.

5. I compiti del custode

5.1. La tipizzazione dei compiti del custode alla stregua dell'art. 560 c.p.c. nella sua attuale formulazione

Il D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, convertito dalla L. 11 febbraio 2019, n. 12, ha rimaneggiato l'art. 560 c.p.c. anche nella parte relativa alla individuazione dei compiti del custode.

Tuttavia, la tecnica legislativa utilizzata non pare impeccabile atteso che il legislatore del 2019 ha operato alcune eliminazioni forse superflue e contestualmente ha effettuato diverse aggiunte non sempre perfettamente coordinate tra loro.

Il risultato conseguito è quello di un *puzzle* nel quale non è facile orientarsi e che impone all'interprete la necessità di operare classificazioni funzionali ad individuare i compiti del custode (debitore esecutato o terzo) nelle diverse fasi del processo.

Le disposizioni in virtù delle quali l'art. 560 c.p.c., nella sua attuale formulazione, disciplina i compiti del custode sono sostanzialmente tre.

L'*incipit* della norma resta invariato nella parte in cui stabilisce che *“Il debitore ed il terzo nominato custode debbono rendere il conto a norma dell'art. 593”*.

Il terzo ed il sesto comma dell'art. 560 c.p.c. per la prima volta codificano per il debitore, tanto l'obbligo di non intralciare l'accesso all'immobile pignorato quando lo stesso debba essere visitato dai potenziali interessati all'acquisto (ai sensi del novellato terzo comma dell'art. 560 c.p.c., *“Il debitore deve consentire, in accordo con il custode, che l'immobile sia visitato da potenziali acquirenti”*), quanto l'obbligo di espletare le attività necessarie alla sua conservazione (ai sensi del nuovo sesto comma dell'art. 560 c.p.c., è previsto che il giudice dell'esecuzione emetta l'ordine di liberazione, non solo quando è ostacolato il diritto di visita, ma anche nei casi in cui il bene pignorato *“non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare”*).

L'art. 560 settimo comma c.p.c. completa il quadro relativo alla posizione del debitore ribadendo che a quest'ultimo *“è fatto divieto di dare in locazione l'immobile pignorato se non è autorizzato dal giudice*

dell'esecuzione”, ma eliminando il riferimento di analogo divieto per il custode giudiziario.

Infine, vi è il rinnovato secondo comma dell'art. 560 c.p.c., a tenore del quale *“Il custode nominato ha il dovere di vigilare affinché il debitore e il suo nucleo familiare conservino il bene pignorato con la diligenza del buon padre di famiglia e ne mantengano e tutelino l'integrità”*.

È stata, invece, espunta dal nuovo art. 560 c.p.c. la disposizione dettata dal suo ultimo comma, che onerava espressamente il custode giudiziario della necessità di compiere tutte le attività funzionali, tanto alla amministrazione e gestione dell'immobile, quanto all'esercizio delle azioni occorrenti a conseguire la disponibilità, in ogni caso previa autorizzazione del giudice.

Per completezza, giova rilevare che l'art. 560 c.p.c. non è stato in alcun modo modificato per il profilo che si sta esaminando dalla L. n. 8 del 2020 nonché dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206.

Quanto alla legge delega va anzi precisato che l'art. 1 comma 12 lettera f) nel prevedere la necessità di modificare i tempi previsti per l'emanazione dell'ordine di liberazione incidentalmente stabilisce che per beneficiare del cd. statuto di protezione il debitore che abiti l'immobile pignorato è tenuto a non intralciare l'attività degli ausiliari del giudice (e, dunque, dell'esperto e del custode giudiziario), a non ostacolare il diritto di visita dei potenziali offerenti, a non omettere le attività necessarie a conservare l'immobile in buono stato, a non violare gli obblighi che la legge pone a carico dell'esecutato o degli occupanti.

Ciò posto, è, dunque, necessario domandarsi se, alla luce della riforma del 2019, il ruolo del custode in generale e del custode giudiziario in particolare, risulti trasformato oppure no.

La risposta a tale quesito non può che essere negativa.

Come anticipato, il legislatore più recente ha forse operato abrogazioni non necessarie che possono essere foriere di dubbi interpretativi. Non pare, tuttavia, potersi dubitare del fatto che al custode spetti in ogni caso di procedere alla conservazione ed alla amministrazione del bene pignorato, come previsto dall'art. 65 c.p.c., in difetto di disposizione espressa che lo esenti dalla necessità di svolgere tali compiti.

In buona sostanza, l'art. 560 c.p.c., come riformulato, innova la disciplina precedente, in primo luogo nella parte in cui codifica l'obbligo per il debitore e per i membri del suo nucleo familiare di

conservare il bene pignorato e ricollega alla violazione di tale compito la sanzione della liberazione anticipata dell'immobile.

Modifica l'assetto precedente, inoltre, la previsione secondo cui le attività del custode giudiziario non debbono essere tutte autorizzate dal giudice.

Fatte queste premesse, per sommi capi, può confermarsi che, ai sensi dell'art. 560 c.p.c., nonché delle disposizioni generali contenute nel codice di rito agli artt. 65 e ss. c.p.c., i compiti del custode sono i seguenti:

- egli è tenuto alla conservazione del bene (art. 60 c.p.c.) e, dunque, a compiere tutte le attività necessarie a preservarlo, non solo in funzione della sua integrità, ma anche per evitare che cagioni danni a terzi;
- ha l'obbligo di amministrazione e gestione del bene (artt. 60 e 560 c.p.c.) e, pertanto, deve compiere quanto necessario per ricavarne ogni possibile utilità e conservarne la disponibilità in funzione della vendita; rientrano in questa categoria i compiti di riscossione delle rendite, se il bene è già stato concesso in godimento a terzi, le iniziative relative alla locazione dell'immobile o, ancora, lo svolgimento delle azioni giudiziarie di intimazione dello sfratto per morosità o di intimazione di licenza per finita locazione;
- deve, infine, rendere al pubblico una serie di servizi funzionali alla migliore collocazione del ceppite sul mercato immobiliare fra cui, in particolare, consentire ai terzi di visitare il bene e fornire loro notizie, il più puntuali possibile, circa le modalità di svolgimento della vendita. A tale proposito va precisato che l'art. 560 c.p.c., nella sua prima versione, si limitava a prescrivere che il custode avesse il compito, tra gli altri, “*di adoperarsi affinché gli interessati a presentare offerta di acquisto esaminino i beni in vendita*”.

A seguito delle modifiche introdotte dalla riforma del codice di rito del 2016, l'art. 560 c.p.c. aveva, invece, scandito i tempi di tale attività (gli interessati hanno diritto alla visita entro 15 giorni dalla richiesta) ed erano state specificate, tanto le modalità della istanza, che quelle di svolgimento della visita. Più precisamente si era previsto che la richiesta degli interessati dovesse essere formalizzata mediante il Portale della vendita pubblica (in funzione della segretezza come si evince dal fatto che essa “*non può essere resa nota a persona diversa dal custode*”) e si era prescritto

che le visite dovessero svolgersi con accorgimenti tali da impedire il contatto tra i visitatori e da assicurare la riservatezza sulla identità degli offerenti.

L'art. 560 c.p.c. nella sua ultima versione si limita a stabilire al suo quarto comma che “*Le modalità del diritto di visita sono contemplate e stabilite nell'ordinanza di cui all'art. 569*”, rimettendo al giudice di regolamentare nel dettaglio tempi e modi di proposizione della richiesta e di espletamento del servizio, senza, tuttavia, innovare il precedente regime.

Deve, conseguentemente ritenersi che il “programma” anche di tale attività vada articolato dal giudice dell'esecuzione con l'ordinanza di vendita o di delega.

Per comodità espositiva si procederà nel prosieguo a classificare i compiti del custode distinguendo la posizione del debitore esecutato (occupante o non occupante) da quella del custode giudiziario.

7. I presupposti per l'emanazione dell'ordine di liberazione dell'immobile pignorato

7.1. L'immobile libero

Il legislatore nulla prevede espressamente circa la necessità di liberare il bene quando questo risulti inutilizzato.

Se l'immobile è libero ed il debitore consegna le chiavi al custode onde consentirgli l'esercizio dei suoi compiti, trasferendone di fatto la disponibilità del bene alla procedura, la liberazione è superflua.

Il problema si pone piuttosto nel caso in cui il debitore, titolare del diritto pignorato, risulti irreperibile o tenga comportamenti ostruzionistici.

In tal caso la soluzione preferibile sembra quella secondo cui il giudice dell'esecuzione debba emettere il provvedimento di liberazione a norma dell'art. 560 comma 3 c.p.c. che dovrà essere eseguito a cura del custode.

Non appare, invece, condivisibile la tesi secondo cui il custode potrebbe accedere forzosamente nell'immobile che appaia pacificamente disabitato con l'ausilio della forza pubblica e di un fabbro, onde provvedere alla sostituzione delle chiavi e della serratura, ai sensi dell'art. 68 c.p.c.

7.2. L'immobile occupato da terzi senza titolo

L'art. 560 c.p.c. non stabilisce espressamente neppure se l'ordine di liberazione possa essere emesso

quando l'immobile pignorato è occupato da terzi

A tale proposito ormai da tempo si è ritenuto che a tale quesito debba darsi risposta positiva nonostante l'infelice formulazione dell'art. 560 comma 3 c.p.c..

Se si ha riguardo alla *ratio* dell'istituto della custodia come ridisegnato dagli artt. 559 e 560 c.p.c. sembra, infatti, incongruente affermare che l'emanazione del provvedimento di liberazione sia precluso per il solo fatto che il bene risulti in uso a terzi anche perché, così ragionando, al debitore sarebbe sufficiente simulare uno stato di occupazione del bene per evitare che esso venga immediatamente liberato con un'ordinanza assunta nell'ambito del procedimento esecutivo.

Tale ricostruzione risulta oggi integralmente confermata dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206 come si evince dall'art. 1 comma 11 lett. f) nella parte in cui stabilisce che i decreti delegati dovranno prevedere l'emanazione dell'ordine di liberazione ai danni, non solo del debitore che non abita l'immobile pignorato, ma anche degli eventuali terzi occupanti che non vantino un diritto di godimento opponibile alla procedura.

Ai sensi della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 l'ordine di liberazione, in tutti i casi sin qui esaminati, deve essere emesso senza ritardo e, comunque, al più tardi nel momento in cui è emessa l'ordinanza di vendita o di delega.

Per completezza, giova ribadire che per conseguire il rilascio dai terzi occupanti in virtù di titolo opponibile ai creditori è, invece, necessario esercitare le azioni giudiziarie previste dall'ordinamento in relazione alla tipologia del rapporto (pertanto, se il conduttore titolare di un contratto di locazione avente data certa anteriore al pignoramento non corrisponde il canone il custode giudiziario deve chiedere al giudice l'autorizzazione ad agire in suo danno con l'azione di sfratto per morosità essendo del tutto preclusa la possibilità di emanare un ordine di liberazione).

Sono terzi aventi diritto a mantenere il godimento del bene:

1) i titolari di un contratto di locazione avente data certa anteriore al pignoramento;

2) i titolari di un diritto reale di godimento (diritto di usufrutto di uso o di abitazione) trascritto in epoca antecedente alla trascrizione del pignoramento nonché all'iscrizione della ipoteca del creditore precedente o, comunque, ad istanza del quale si procede

alla vendita. Ai sensi dell'art. 2812 c.c., infatti, ove l'ipoteca sul bene fosse stata iscritta in epoca antecedente alla trascrizione del titolo costitutivo dei predetti diritti il creditore ipotecario avrebbe diritto ad espropriare la piena proprietà del bene ed a liberarlo ai anche danni dei terzi titolari del diritto reale minore non opponibile;

3) il coniuge o l'ex coniuge dell'esecutato che abbia ottenuto l'assegnazione dell'immobile pignorato quale casa coniugale in sede di separazione o divorzio, purché il provvedimento di assegnazione sia stato trascritto prima della trascrizione del pignoramento. Va, però, precisato che l'assegnazione della casa coniugale assume la valenza di un contratto di locazione nei limiti del novennio quando abbia data certa anteriore al pignoramento, benché non trascritto).

7.3. La liberazione del bene pignorato occupato dal debitore che non beneficia dello statuto di protezione

L'art. 560 comma 3 c.p.c. nel testo attualmente vigente, stabilisce che l'ordine di liberazione può essere emesso ai danni del debitore che non abiti l'immobile pignorato.

Dalla medesima disposizione si ricava analogamente che l'ordine di liberazione può essere emesso ai danni del debitore che abiti l'immobile pignorato da solo o coi familiari conviventi quando i predetti abbiano violato gli obblighi che la legge pone a loro carico.

Tale ricostruzione risulta oggi integralmente confermata dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206.

L'art. 1 comma 12 lett. f) della predetta legge stabilisce, infatti, che i decreti delegati dovranno prevedere che il giudice ordina la liberazione dell'immobile abitato dall'esecutato convivente con il nucleo familiare al momento in cui pronuncia il decreto di trasferimento "*ferma restando comunque la possibilità di disporre anticipatamente la liberazione nei casi di impedimento alle attività degli ausiliari del giudice, di ostacolo al diritto di visita di potenziali acquirenti, di omessa manutenzione del cespite in uno stato di buona conservazione o di violazione degli altri obblighi che la legge pone a carico dell'esecutato o degli occupanti*".

Resta da valutare quali siano gli obblighi che la legge pone a carico del debitore e dei suoi familiari la cui violazione consente di ordinare anticipatamente la liberazione dell'immobile pignorato.

Con riguardo alla posizione del debitore, è sufficiente rilevare che sono obblighi rilevanti nel senso anzidetto.

Con riguardo ai familiari conviventi, giova evidenziare che a seguito della citata legge delega, ai fini dell'emanazione dell'ordine di liberazione, è rilevante, non solo la violazione dell'obbligo di manutenzione del cespite, ma anche l'obbligo di non intralciare l'attività degli ausiliari (ad esempio, impedendo l'accesso) o, comunque, lo svolgimento del processo (ad esempio, ostacolando le visite dei potenziali interessati).

Ai sensi della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 l'ordine di liberazione, in tutti i casi sin qui esaminati, deve essere emesso senza ritardo e, comunque, al più tardi nel momento in cui è emessa l'ordinanza di vendita o di delega.

7.4. La liberazione del bene pignorato occupato dal debitore che lo abita con o senza il nucleo familiare che non abbia violato i propri obblighi

Dall'art. 560 comma 3 c.p.c., nel testo novellato nel 2019 e messo a punto nel 2020, si ricava che nei casi in cui l'immobile pignorato è abitato dal debitore che lo utilizza come propria casa, da solo o con altri familiari conviventi, opera lo speciale statuto di protezione, di cui si è già detto.

Tale statuto di protezione prevede che l'ordine di liberazione non possa essere emanato ai danni del debitore e della sua famiglia che abbiano osservato gli obblighi che la legge pone a loro carico sino al momento in cui l'aggiudicatario diventerà proprietario del bene pignorato che essi abitano (in virtù del decreto di trasferimento).

Giova, però, evidenziare che l'art. 560 c.p.c., a seguito della novella del 2019, non chiariva se, contestualmente al deposito del decreto di trasferimento, il giudice dell'esecuzione potesse emanare l'ordine di liberazione della casa del debitore e dei suoi familiari.

Vigente l'art. 560 c.p.c. nel testo introdotto dalla L. n. 12 del 2019 (a tenore del quale "... quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento"), si era optato per la soluzione negativa.

L'ipotesi di emanare un ordine di liberazione (atto esecutivo da attuarsi a cura del custode giudiziario) contestualmente al decreto di trasferimento (titolo

esecutivo da eseguirsi a cura dell'acquirente ai sensi degli artt. 605 e seguenti c.p.c.) non era sembrata percorribile essenzialmente in ragione del fatto che avrebbe consentito lo svolgimento di due procedimenti finalizzati al rilascio, non solo aventi natura diversa, ma evidentemente alternativi e non agevolmente coordinabili.

La questione controversa cui si è fatto cenno è stata, tuttavia, superata dalla novella del 2020.

A seguito della riforma introdotta dalla L. n. 8 del 2020, il sesto comma dell'art. 560 – che recitava: *“Il giudice ordina, sentiti il custode e il debitore, la liberazione dell'immobile pignorato per lui e per il suo nucleo familiare, qualora sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione, per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico, o quando l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare”* – è stato integrato prevedendo che: *“A richiesta dell'aggiudicatario, l'ordine di liberazione può essere attuato dal custode senza l'osservanza delle formalità di cui agli artt. 605 e seguenti; il giudice può autorizzarlo ad avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68. Quando nell'immobile si trovano beni mobili che non debbono essere consegnati, il custode intima alla parte tenuta al rilascio di asportarli, assegnando ad essa un termine non inferiore a trenta giorni, salvi i casi di urgenza da provarsi con giustificati motivi. Quando vi sono beni mobili di provata o evidente titolarità di terzi, l'intimazione è rivolta anche a questi ultimi con le stesse modalità di cui al periodo precedente. Dell'intimazione è dato atto nel verbale. Se uno dei soggetti intimati non è presente, l'intimazione gli è notificata dal custode. Se l'asporto non è eseguito entro il termine assegnato, i beni mobili sono considerati abbandonati e il custode, salva diversa disposizione del giudice dell'esecuzione, ne dispone lo smaltimento e la distruzione. Dopo la notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento, il custode, su istanza dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, provvede all'attuazione del provvedimento di cui all'art. 586, secondo comma, decorsi sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla predetta istanza, con le modalità definite nei periodi dal secondo al settimo del presente comma”*.

Dall'art. 560 c.p.c., come novellato dalla L. n. 12 del 2020, laddove stabilisce che il custode giudiziario può procedere allo sgombero dell'immobile pigno-

rato mediante l'attuazione forzosa del provvedimento di cui all'art. 586 c.p.c., si evince che anche la casa del debitore e dei suoi familiari può costituire oggetto di un ordine di liberazione, purchè tale provvedimento non venga pronunciato in epoca antecedente al deposito del decreto di trasferimento.

Pure l'art. 560 c.p.c. nella versione introdotta nel 2020 non ha fugato tutti i dubbi interpretativi.

La disposizione in esame non chiarisce, infatti, come l'ordine di liberazione possa essere emanato contestualmente al decreto di trasferimento sì da legittimare l'attuazione forzosa di quest'ultimo.

La tesi preferibile è quella secondo cui il legislatore del 2020 ha attribuito al decreto di trasferimento una possibile duplice valenza.

Più precisamente, il decreto di trasferimento, oltre al suo contenuto tipico, può contenere un ordine di liberazione dell'immobile. Non è, peraltro, peregrino ipotizzare che detto ordine di liberazione, benchè emanato contestualmente al decreto di trasferimento, sia contenuto in un atto separato.

Quando l'ordine di liberazione accompagna il decreto di trasferimento (perché contestualmente emesso in virtù di un unico atto complesso oppure di due atti contestuali), tale ordine di liberazione deve essere attuato forzosamente a cura del custode giudiziario secondo le direttive impartite dal giudice dell'esecuzione.

È, peraltro, di tutta evidenza che l'attuazione forzosa non potrà riguardare il decreto di trasferimento che è a tutt'oggi un titolo esecutivo formato a beneficio del nuovo proprietario.

Fatte queste premesse, è bene puntualizzare che ai sensi dell'art. 560 comma 6 c.p.c., nel testo novellato nel 2020, l'ordine di liberazione della casa del debitore e dei suoi familiari può essere emanato unitamente al decreto di trasferimento solo a condizione che l'acquirente ne abbia fatto richiesta.

Tale istanza non è, però, più necessaria a seguito della legge delega.

L'art. 1 comma 12 lett. h) della citata legge delega 26 novembre 2021, n. 206 stabilisce, infatti, che i decreti delegati dovranno prevedere che l'emanazione dell'ordine di liberazione della casa del debitore e della sua famiglia debba sempre essere associato al decreto di trasferimento, salvo che l'acquirente manifesti una volontà contraria.

In sostanza, il giudice dell'esecuzione quando sottoscrive il decreto di trasferimento relativo alla casa del debitore e della sua famiglia procederà di regola alla contestuale emanazione dell'ordine di liberazione

salvo che l'acquirente abbia dichiarato di non avere interesse allo sgombero a cura del custode giudiziario.

Giova, infine, rilevare che, ai sensi della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, l'ordine di liberazione, in tutti i casi sin qui esaminati, deve essere emesso senza ritardo e, comunque, al più tardi nel momento in cui è emessa l'ordinanza di vendita o di delega.

Per completezza, giova evidenziare che, ai sensi dell'art. 560 comma 6 c.p., come novellato nel 2020 e non ritoccato dalla legge delega, il custode giudiziario non può procedere alla attuazione forzosa dell'ordine di liberazione emesso in relazione alla casa del debitore se non dopo che siano decorsi sessanta giorni dalla "notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento" che evidentemente lo contiene.

Da tale disposizione non può, però, ricavarsi che il decreto di trasferimento deve essere necessariamente notificato o comunicato a tutte le parti del processo.

A ben vedere, infatti, l'art. 560 comma 6 c.p.c. sembra avere un significato limitato a regolare lo svolgimento del subprocedimento di attuazione forzosa dell'ordine di liberazione contenuto nel decreto di trasferimento.

La tesi preferibile è, infatti, quella secondo cui lo sgombero può essere promosso in danno del debitore e dei suoi familiari conviventi in virtù dell'ordine di liberazione contenuto nel decreto di trasferimento a condizione che tale provvedimento giudiziale recante l'ordine di rilascio sia stato previamente comunicato agli intimati cui deve essere concesso un termine per l'adempimento spontaneo pari ad almeno sessanta giorni.

Per completezza, corre l'obbligo di evidenziare che il termine di centoventi giorni concesso dalla norma al custode giudiziario per curare lo sgombero, avente finalità acceleratoria, sia comunque ordinatorio.

Ai sensi della legge delega 26 novembre 2021, n. 206 l'ordine di liberazione, in tutti i casi sin qui esaminati, deve essere emesso senza ritardo e, comunque, al più tardi nel momento in cui è emessa l'ordinanza di vendita o di delega.

8. L'ordine di liberazione dell'immobile: natura ed attuazione forzosa nei diversi regimi normativi

8.1. L'ordine di liberazione nell'originario regime introdotto dalla riforma del 2006

L'art. 560 c.p.c., nel testo introdotto nel 2006 e prima della novella del 2016, e, dunque, nel suo ori-

ginario regime, disponeva che l'ordine di liberazione dovesse essere pronunciato con decreto non impugnabile e stabiliva come tale provvedimento costuisse titolo esecutivo.

Si era, quindi, ritenuto che, in virtù dell'ordine di liberazione, il custode giudiziario dovesse promuovere, ai danni del debitore o dei terzi che lo avessero occupato, una esecuzione forzata per rilascio ai sensi degli artt. 605 ss. c.p.c.

8.2. L'ordine di liberazione emanato dopo il 2 agosto 2016 e sino al 28 febbraio 2020

L'art. 560 c.p.c., nel testo novellato dal D.L. 3 maggio 2016 n. 59 convertito con modificazioni dalla L. 30 giugno 2016, n. 119, dettando un regime che può definirsi intermedio (poiché si colloca tra la L. n. 52 del 2006 e la L. n. 12 del 2019), stabiliva che *“Il provvedimento è attuato dal custode secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione immobiliare, senza la osservanza delle formalità di cui agli artt. 605 e seguenti, anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, se questi non lo esentano. Per l'attuazione dell'ordine il giudice può avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68 c.p.c.”*.

Alla luce del regime normativo intermedio introdotto nel 2016 ed applicabile ai soli provvedimenti emessi a far data dal 2 agosto 2016, si era ritenuto che:

- l'ordine di liberazione non potesse più ascrivere tra i titoli esecutivi menzionati dall'art. 474 comma 2 c.p.c. ma configurasse piuttosto un atto del procedimento di espropriazione immobiliare, come tale revocabile o modificabile ai sensi dell'art. 487 c.p.c., nonché impugnabile ai sensi dell'art. 617 c.p.c., ad istanza di ciascuno degli interessati;

- che alla sua attuazione avrebbe dovuto procedersi a cura del custode giudiziario e secondo le indicazioni impartite dal giudice dell'esecuzione che poteva autorizzare l'utilizzo della forza pubblica.

8.3. L'ordine di liberazione emanato ai sensi dell'art. 560 c.p.c. nella sua attuale formulazione

Il D.L. n. 135 del 2018, convertito dalla L. n. 12 del 2019, che ha dettato il terzo regime normativo, ha eliminato il quarto comma dell'art. 560 c.p.c. nella sua versione intermedia (a tenore del quale *“Il prov-*

vedimento è attuato dal custode secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione immobiliare, senza l'osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 e seguenti, anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario, se questi non lo esentano. Per l'attuazione dell'ordine, il giudice può avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68 ...”), senza sostituirlo ha reso necessaria una esegesi ricostruttiva.

Pur in assenza di un dato normativo espresso era, infatti, necessario stabilire se l'ordine di liberazione potesse ancora inquadrarsi tra gli atti esecutivi da attuare in forma libera sotto la direzione del giudice dell'esecuzione.

Tra gli interpreti è prevalsa la tesi favorevole a ritenere che la riforma del codice di rito del 2019 non avesse inciso sulla natura dell'ordine di liberazione (ormai assimilato agli atti esecutivi) né sulle modalità della sua attuazione forzata (4).

Tale tesi ha trovato piena conferma a seguito del *restyling* operato dalla L. n. 8 del 2020.

Il sesto comma dell'art. 560 c.p.c. novellato nel 2019 (dalla L. n. 12 del 2019 recante il cd. regime intermedio) che recitava: *“Il giudice ordina, sentiti il custode e il debitore, la liberazione dell'immobile pignorato per lui e per il suo nucleo familiare, qualora*

⁴ Nonostante il silenzio della legge (il riferimento è all'art. 560 c.p.c. nel terzo regime dettato dalla L. n. 12 del 2019) si era ritenuto preferibile affermare che l'ordine di liberazione dovesse continuare ad ascrivere tra gli atti esecutivi per i seguenti argomenti:

- il nostro ordinamento è caratterizzato dalla tassatività dei titoli esecutivi, nel senso cioè che sono riconducibili al catalogo di cui all'art. 474 c.p.c. i soli provvedimenti che siano espressamente qualificati come tali dalla legge ovvero che siano ascrivibili alle categorie generali individuate dal predetto catalogo;

- quando il legislatore del 2006 ha scelto di riconoscere all'ordine di liberazione la natura di titolo esecutivo, lo ha fatto espressamente;

- l'art. 586 c.p.c. a tutt'oggi stabilisce che il decreto di trasferimento è titolo esecutivo per il rilascio mentre analoga disposizione non è più dettata dall'art. 560 c.p.c. come modificato nel 2019;

- poiché i citati indici normativi inducono a configurare l'ordine di liberazione come atto esecutivo non può dubitarsi del fatto che esso sia impugnabile ai sensi dell'art. 617 c.p.c.; diversi argomenti militano, infine, a favore della tesi secondo cui l'ordine di liberazione debba essere attuato forzatamente con modalità analoghe a quelle dettate dal legislatore del 2016.

sia ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti, quando l'immobile non sia adeguatamente tutelato e mantenuto in uno stato di buona conservazione, per colpa o dolo del debitore e dei membri del suo nucleo familiare, quando il debitore viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico, o quando l'immobile non è abitato dal debitore e dal suo nucleo familiare", è stato, infatti, integrato prevedendo che: "A richiesta dell'aggiudicatario, l'ordine di liberazione può essere attuato dal custode senza l'osservanza delle formalità di cui agli artt. 605 e seguenti; il giudice può autorizzarlo ad avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68. Quando nell'immobile si trovano beni mobili che non debbono essere consegnati, il custode intima alla parte tenuta al rilascio di asportarli, assegnando ad essa un termine non inferiore a trenta giorni, salvi i casi di urgenza da provarsi con giustificati motivi. Quando vi sono beni mobili di provata o evidente titolarità di terzi, l'intimazione è rivolta anche a questi ultimi con le stesse modalità di cui al periodo precedente. Dell'intimazione è dato atto nel verbale. Se uno dei soggetti intimati non è presente, l'intimazione gli è notificata dal custode. Se l'asporto non è eseguito entro il termine assegnato, i beni mobili sono considerati abbandonati e il custode, salva diversa disposizione del giudice dell'esecuzione, ne dispone lo smaltimento e la distruzione. Dopo la notifica o la comunicazione del decreto di trasferimento, il custode, su istanza dell'ag-

giudicatario o dell'assegnatario, provvede all'attuazione del provvedimento di cui all'art. 586, secondo comma, decorsi sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dalla predetta istanza, con le modalità definite nei periodi dal secondo al settimo del presente comma".

Il sesto comma dell'art. 560 c.p.c., come riformulato nel 2020, laddove stabilisce in particolare che "... A richiesta dell'aggiudicatario, l'ordine di liberazione può essere attuato dal custode senza l'osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 e seguenti, il giudice può autorizzarlo ad avvalersi della forza pubblica e nominare ausiliari ai sensi dell'art. 68" ha, quindi, fornito un appiglio normativo alla tesi secondo cui l'ordine di liberazione si ascrive ormai tra gli atti esecutivi, in continuità con la scelta operata dal legislatore sin dal 2016.

Può, quindi, conclusivamente sostenersi che a seguito tanto della riforma del 2019 che della riforma del 2020, l'ordine di liberazione emesso a far data dal 2 agosto 2016 è atto esecutivo suscettibile di sgombero a cura del custode giudiziario, impugnabile, secondo i principi generali, ai sensi dell'art. 617 c.p.c., a cura delle parti del processo nonché degli eventuali terzi aventi una relazione di fatto con il bene e pregiudicati dallo sgombero.

Anna Maria SOLDI

Debiti tributari: dagli incentivi previsti dal Codice della crisi e dell'insolvenza e dal recente D.L. n. 118/2021 all'esdebitazione.

SOMMARIO: 1. Le misure premiali di natura fiscale previste dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. • 2. Le misure premiali di natura fiscale previste dal D.L. n. 118/2021. • 3. L'esdebitazione dei debiti tributari.

1. Le misure premiali di natura fiscale previste dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

La collaborazione dell'imprenditore all'emersione anticipata della crisi viene incentivata con una serie di misure, da un lato, volte ad escludere alcune conseguenze negative (cfr. art. 12, 3° comma, CCI) e, dall'altro, volte a premiare il debitore per la gestione virtuosa della propria crisi.

In quest'ultimo solco, si collocano gli artt. 24 e 25 CCI (destinati ad entrare in vigore il 31.12.2023: cfr. art. 1 D.L. n. 118/2021, conv. con modifiche dalla L. n. 147/2021) che prevedono un serie di misure premiali volte ad incoraggiare l'imprenditore che utilizza tempestivamente le misure di allerta, come da attestazione a tale scopo rilasciata dal presidente dell'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI) ai sensi dell'art. 24, 2° comma, CCI.

In particolare, sul piano fiscale, il 1° comma dell'art. 25 del CCII stabilisce che all'imprenditore che abbia presentato all'OCRI istanza tempestiva a norma dell'art. 24 e che ne abbia seguito in buona fede le indicazioni, ovvero abbia proposto tempestivamente ai sensi del medesimo articolo domanda di accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza di cui al nuovo codice che non sia stata in seguito dichiarata inammissibile, siano riconosciuti i seguenti benefici:

- riduzione alla misura legale degli interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa, per la durata della procedura di composizione assistita della crisi;
- riduzione della misura minima delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga, se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di cui all'art. 19, 1° comma, CCI o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza;
- riduzione alla metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi nella eventuale

procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza successivamente aperta¹.

Mancano, invece, disposizioni di favore per gli obblighi di natura previdenziale.

Altre disposizioni, oltre alla possibilità di fruire di termini doppi per la presentazione di proposta di concordato e accordi di ristrutturazione dei debiti e di misure dirette a ridurre il rischio di proposte concorrenti di concordato preventivo in continuità, si sostanziano in misure protettive di natura penale². Per quanto riguarda, invece, l'esdebitazione, è ridotto a due anni, invece che a tre, il termine dal quale il debitore può proporre il ricorso per ottenere il beneficio.

In coerenza con la finalità di emersione anticipata dalla crisi³, condizione per l'applicazione di detti benefici è la tempestività formale dell'iniziativa del debitore. In questa ottica, andrà valutato "nel merito" il momento in cui l'imprenditore è venuto a conoscenza della sua condizione di crisi e "giudicata" la tempestività o meno dell'iniziativa.

Il legislatore ha cercato di positivizzare in modo dettagliato la formulazione del giudizio valutativo e di assoggettarlo ad una specifica procedura di certificazione. L'art. 24 CCI stabilisce, infatti, che l'ini-

¹ Trattasi di benefici cumulabili tra loro (cfr. S. AMBROSINI, in S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, p. 68).

² In particolare, se il danno è di speciale tenuità nei limiti indicati dall'art. 25, 2° comma, CCI il debitore non è punibile con riferimento ai reati di bancarotta e affini di cui agli artt. 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 CCI limitatamente alle condotte poste in essere per fatti antecedenti alla tempestiva assunzione dell'istanza all'OCRI della domanda di accesso ad una delle procedure di regolarizzazione della crisi dell'insolvenza. La pena è, invece, ridotta fino alla metà nei casi in cui il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicuri il soddisfacimento di almeno il 20% dei debiti chirografari e il danno cagionato non superi l'importo di Euro 2.000.000,00.

³ Cfr. art. 4, 2° comma, lett. b), CCI ai sensi del quale il debitore ha il dovere di "assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori". La formula pare rievocare la teorica dell'*honest business judgment rule*.

ziativa può ritenersi tempestiva qualora il debitore abbia proposto: (i) non oltre il termine di sei mesi una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza; (ii) non oltre il termine di tre mesi domanda di avvio della procedura di composizione della crisi.

Siffatto termine decorre da una delle situazioni espressamente indicate dall'art. 24, 1° comma, essendo a detto fine sufficiente che ricorra anche soltanto una delle seguenti condizioni: (a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; (b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; (c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici di crisi elaborati ai sensi dell'art. 13, 2° e 3° comma. La tempestività non tiene, dunque, conto dei debiti per imposte e tributi, il cui mancato pagamento costituisce la prima, seppure impropria, forma di finanziamento dell'imprenditore in crisi.

Nel caso in cui il debitore abbia proposto domanda di composizione della crisi, il debitore può chiedere al presidente del collegio dell'OCRI (o dell'OCC) che l'ha trattata di rilasciare un'attestazione di tempestività della domanda, riferita alla sussistenza di dette situazioni (art. 24, 2° comma).

È dubbio, tenuto conto della lettera della disposizione, se tale attestazione costituisca condizione necessaria per l'applicabilità dei benefici. È preferibile la soluzione positiva, con l'avvertenza che nella procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza l'esistenza dei requisiti può essere contestata, almeno nei profili che implicano una valutazione.

Il riferimento al “*presidente del collegio di cui all'articolo 17*”, contenuto nell'art. 24, 2° comma, non implica che i benefici esigano che la procedura di composizione debba essere stata preceduta da quella di allerta, poiché indica soltanto il collegio che ha trattato una delle procedure, anche soltanto la seconda che non deve seguire la prima in rapporto di gradualità progressiva necessitata.

La tempestività dell'iniziativa è condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'applicabilità dei benefici.

A questo fine, nel caso di proposizione della domanda di avvio della procedura di composizione della crisi, occorre altresì che il debitore (art. 25, 1°

comma) abbia seguito “*in buona fede le indicazioni*” dell'OCRI⁴ ed abbia proposto nel corso della procedura di composizione, nel caso di mancato accordo, domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza e che questa non sia stata dichiarata inammissibile.

2. Le misure premiali di natura fiscale previste dal D.L. n. 118/2021

Il D.L. n. 118/2021 (conv. con modifiche dalla L. n. 147/2021), recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché altre misure urgenti in materia di giustizia, nel differire l'entrata in vigore del CCI al 16.5.2022⁵, ha introdotto il nuovo istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, destinato a regolare le situazioni di probabile crisi o insolvenza dell'imprenditore commerciale e agricolo sia sopra soglia (art. 2), che sotto soglia (art. 17, che prevede alcune semplificazioni procedurali).

Coerentemente alle finalità e caratteristiche della nuova procedura⁶, l'istanza di nomina dell'esperto - si legge nella Relazione illustrativa - “*non apre il con-*

⁴ Non è certo questa la sede per svolgere delle riflessioni sul massiccio impiego delle clausole generali nel CCI. Va, però, sottolineato che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede costituisce espressione di una norma direttamente applicabile alla fattispecie, la cui violazione determina conseguenze apprezzabili sul piano giuridico (cfr. S. DE MATTEIS, *Il ruolo del giudice nel diritto concorsuale tra crisi della fattispecie e principi generali*, in *Liber amicorum* per P. Pollice, Torino, 2020, p. 167).

⁵ L'entrata in vigore della disciplina dell'allerta e della composizione assistita della crisi è prevista, invece, per il più lontano 31.12.2023 (v. art. 1 D.L. n. 118/2021).

⁶ Che non sembra annoverabile tra quelle propriamente concorsuali (cfr. S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *www.ilcaso.it*, p. 12), bensì tra quelle negoziali (D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro) riforma “annunciata”*, in *www.ilfallimentarista.it*). Al riguardo si ricorda, infatti, che gli artt. 4 e 5 della Direttiva UE n. 1023/2019, diffondendo la cultura della prevenzione e del salvataggio dell'impresa in crisi (nonché quella di concedere una seconda opportunità al debitore in stato di difficoltà economico-finanziaria), impegnano gli Stati membri, qualora sussista una probabilità di insolvenza, a fornire alle imprese in difficoltà l'accesso a uno o più quadri di ristrutturazione preventiva - consistenti non solo in procedure concorsuali, ma anche in semplici misure negoziali - “*al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la loro sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale*”.

corso dei creditori e non determina alcuno spossessamento del patrimonio dell'imprenditore, il quale, pur essendo obbligato a garantire una gestione non pregiudizievole per i creditori ed in linea con gli obblighi previsti dall'articolo 2086 del codice civile, prosegue nella gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e può eseguire pagamenti spontanei". Simmetricamente, l'art. 9 dispone che, nel corso delle trattative, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e, dunque, la legittimazione attiva e passiva in tutte le liti, anche tributarie⁷. La nomina dell'esperto non mira, pertanto, in alcun modo a sostituire l'imprenditore, bensì ad affiancarlo nelle trattative con i creditori, agevolandone per quanto possibile (anche grazie alla propria professionalità e indipendenza) il buon esito.

Al fine di incentivare il ricorso all'istituto, che ha carattere esclusivamente volontario e spontaneo⁸, come previsto dal CCI per l'imprenditore che ha presentato all'OCRI istanza tempestiva e ne ha eseguito in buona fede le indicazioni oppure abbia presentato tempestivamente domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza, così nella procedura negoziata, dal momento dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione della procedura, gli interessi che maturano sui debiti tributari sono ridotti alla misura legale (art. 14, 1° comma), le sanzioni tributarie sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione della istanza di accesso alla procedura negoziata, ma soltanto se è

⁷ Il 2° comma dell'art. 9 si limita a prevedere che l'imprenditore informi preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento degli atti di straordinaria amministrazione (come si avrà modo di rilevare nel par. 3, la nomina del difensore tributario non rientra tra gli atti di straordinaria amministrazione). In sede di conversione, la L. n. 147/2021 ha introdotto un distinguo a seconda che l'imprenditore verta in stato di crisi o di insolvenza: nel primo caso, l'imprenditore deve gestire l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività; nel secondo deve gestirla nel prevalente interesse dei creditori. Non sembra che l'art. 9 D.L. n. 118/2021, così come modificato in sede di conversione, possa incidere sulle conclusioni esposte nel testo.

⁸ Va, però, precisato che, pur non essendo previsto lo stimolo di alcun *alert* proveniente dall'esterno, in base all'art. 15, l'organo di controllo societario segnala agli amministratori, in forma scritta e in modo motivato, la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui al predetto art. 2 (senza peraltro che ciò faccia scattare alcun obbligo in capo all'organo gestorio).

prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione inviata dall'ufficio (2° comma).

Prevedendosi l'applicazione (agevolata) degli interessi nella misura legale "dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto" (e non dal deposito dell'istanza) "sino alla conclusione delle composizioni negoziate", pare ragionevole intendervi compresa anche la fase propriamente "esecutiva". A contrario si evince, inoltre, che - sino all'accettazione dell'incarico - si applicano gli interessi nella misura prevista dalla legge fiscale.

Le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di accesso alla procedura negoziata se costituiscono oggetto della trattativa sono ridotti della metà nelle ipotesi previste dall'art. 11, 2° e 3° comma, D.L. n. 118/2021 (art. 14, 3° comma). Si tratta delle ipotesi in cui la procedura dovesse concludersi con una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182 *bis* L.Fall., con un piano attestato ex art. 67 L.Fall. o con una domanda di concordato semplificato. La disposizione, quindi, non riguarda le ipotesi del 1° comma dell'art. 14 (conclusione di un contratto con uno o più creditori, convenzione di moratoria, conclusione di un accordo tra imprenditore e creditori sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto).

Il 1° e 3° comma dell'art. 14, che disciplinano rispettivamente gli interessi che maturano dal momento dell'accettazione dell'incarico e gli interessi che sono sorti prima del deposito della domanda, hanno, quindi, un ambito applicativo parzialmente differente (il 1° comma fa riferimento alle composizioni previste dall'art. 11, 1° e 2° comma, mentre il 3° comma fa riferimento alle ipotesi di cui all'art. 11, 2° e 3° comma).

Per le sanzioni, invece, l'art. 14, 2° comma (il quale prevede la riduzione alla misura minima), al contrario di quanto previsto per gli interessi, non fa riferimento alle specifiche ipotesi previste dall'art. 11, per cui la norma è destinata a trovare applicazione in tutti i casi di composizione negoziata. Per quanto riguarda, invece, le sanzioni sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza, e oggetto della composizione negoziata, il 3° comma prevede che le stesse sono ridotte "della metà nelle [sole] ipotesi previste dall'articolo 11, commi 2 e 3".

Qualora all'esito delle trattative, con pubblicazione, sia stato concluso un contratto con uno o più cre-

ditori (art. 11, 1° comma, lett. a), oppure un accordo tra l'imprenditore, i creditori e l'esperto (art. 11, 1° comma, lett. c), l'Agenzia delle entrate concede all'imprenditore che lo richiede, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta e imposta sul valore aggiunto non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori. L'imprenditore decade automaticamente dal beneficio della rateazione in caso di successivo deposito di ricorso ai sensi dell'art. 161 L. Fall., o in caso di dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza o in caso di mancato pagamento anche di una sola rata alla sua scadenza (art. 14, 4° comma).

Nel caso facesse seguito la dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza, gli interessi e le sanzioni saranno dovuti senza alcuna riduzione (art. 14, 6° comma).

Vengono, inoltre, previsti anche per la composizione negoziata, alcuni benefici fiscali, disponendosi l'applicazione dell'art. 88, 4° comma *ter*, TUIR, in base al quale le riduzioni dei debiti d'impresa ottenute in sede di concordato fallimentare o preventivo liquidatorio non si considerano sopravvenienze attive, e dell'art. 101, 5° comma, TUIR, che prevede la deducibilità delle perdite su crediti (art. 14, 5° comma).

Da notare la mancanza di coordinamento dell'art. 14 con gli artt. 13 e 13 *bis* D. Lgs. n. 74/2000, non essendo previsto che la definizione del debito tributario con l'Agenzia dell'entrate attraverso il nuovo istituto della "*Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*" costituisca una "*speciale procedura conciliativa*", rilevante come causa estintiva o di non punibilità di cui ai citati artt. 13 e 13 *bis* cit.

Le misure sopra indicate, espressamente definite premiali, appaiono comunque idonee ad innescare la miccia propulsiva per attivare la procedura negoziale. I premi concessi – pur a fronte del fatto che nella composizione negoziata non è prevista l'applicabilità della transazione fiscale – non sono, infatti, di modesta entità anche per quanto riguarda la riduzione degli interessi.

La premialità più interessante è, però, certamente quella relativa alla rateazione dei debiti tributari maturati in capo all'impresa prima dell'inizio dell'attività di riscossione. La norma generale che non prevede la possibilità di rateizzare il debito erariale prima dell'iscrizione a ruolo degli importi dovuti dall'impre-

ditore all'Erario rappresenta l'ostacolo principale alla redazione del singolo piano e, quindi, questa disposizione riveste sicuramente un carattere importante nelle dinamiche complessive della negoziazione.

Sembra, dunque, che le misure premiali offerte al debitore che intenda affidarsi al percorso di composizione della crisi, insieme ai binari della piattaforma informatica di accesso, potrebbero davvero costituire un incentivo per diffondere una responsabilizzazione dell'imprenditore in crisi, complice l'ombrello protettivo dalle revocatorie e dalle fattispecie di bancarotta, che scattano dopo l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e la passerella nel concordato semplificato.

3. L'esdebitazione dei debiti tributari

Con l'istituto della esdebitazione, la riforma del 2006 ha dettato - per la prima volta⁹ - una disciplina applicabile, successivamente alla chiusura del falli-

⁹ Così si legge nella sentenza della Corte cost. 30 maggio 2008, n. 181. In questo senso, cfr. anche Relazione Ministeriale illustrativa del D.Lgs. n. 5/2006, che la descrive come "*una assoluta novità del sistema [che] consiste nella incentivante liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti integralmente, seppur in presenza di alcune condizioni*". Secondo Cass. SU 18 novembre 2011, n. 24214, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1677, e in *Corr. mer.*, 2012, p. 376, invece, l'istituto introdotto con il D.Lgs. n. 5/2006 "*per vero, non rappresenta una novità in assoluto, atteso che il legislatore aveva già previsto l'esdebitazione come conseguenza ex lege nei concordati...*". Al riguardo deve escludersi la possibilità di ravvisare l'antecedente della esdebitazione nell'effetto esdebitatorio conseguibile nei concordati; in quest'ultimo caso, infatti, si è tecnicamente al di fuori della esdebitazione intesa in senso stretto (v. testo e note 29 e 30), anche se una certa confusione è riscontrabile sia nella legge delega n. 155/2017 (l'art. 9, lett. f), "*preclude l'accesso alle procedure ai soggetti già esdebitati nei cinque anni precedenti la domanda o che abbiano beneficiato dell'esdebitazione per due volte, ovvero nei casi di frode accertata*", senza differenziare in base alla fonte della liberazione del debitore (l'accesso al beneficio è precluso indipendentemente dalla natura liquidatoria o concordataria della procedura esitata con debiti residui); l'art. 9, lett. i), non distingue tra falcidia fallimentare e concordataria allorché subordinando l'esdebitazione delle persone giuridiche "*alla assenza di ipotesi di frode ai creditori o di volontario inadempimento del piano o dell'accordo*", sia nella Dir. UE 2019/1023 che in più passaggi normativi non contempla distinzione alcuna tra le multiformi "versioni" dell'esdebitazione (v., ad esempio, art. 2, 1° comma, n. 10,) che disciplina la c.d. "esdebitazione integrale" "*nel quadro di una procedura che può prevedere la realizzazione dell'attivo o un piano di rimborso o entrambe le opzioni*".

mento, alle eventuali parti di debito che, all'esito della procedura concorsuale, a causa dell'incompleto adempimento delle obbligazioni del fallito, continuano a gravare su di lui (art. 142-144 L. Fall.). L'art. 14 *terdecies* L. n. 3/2012 l'ha prevista poi quale appendice della liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato.

Il legislatore italiano ha così inteso assicurare al debitore-persona fisica la possibilità di liberarsi dai debiti rimasti insoddisfatti con la liquidazione del patrimonio, al dichiarato scopo di garantire a questi - beneficiari del cd. *fresh start* - un celere reinserimento nel circuito economico. In questo è ravvisabile l'ispirazione marcatamente mercantile propria dell'istituto del *discharge* di diritto anglosassone che mira non già a tutelare il consumatore in quanto persona, ma a recuperarlo al ciclo mercantile, ove ve ne sia convenienza in ragione della sua prospettiva di reddito.

In questo contesto si è inserito il CCI, il cui Capo X (artt. 278-282) del Titolo V è interamente dedicato all'esdebitazione, quale vicenda modificativa del rapporto obbligatorio.

L'esdebitazione consiste nella "liberazione dai debiti" e comporta la "inesigibilità dal debitore dei crediti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata" (art. 278, 1° comma, CCI)¹⁰.

Al di là di qualche differenza terminologica contenuta nelle leggi che si sono succedute nel tempo, l'effetto della esdebitazione è quello di escludere la possibilità per i creditori concorsuali rimasti solo parzialmente soddisfatti di pretendere, dopo la liquidazione del patrimonio, il pagamento del loro residuo credito da parte del debitore già sottoposto ad una procedura concorsuale. Sebbene la questione appaia rilevante più sotto il profilo sistematico, ma non esclusivamente dogmatico¹¹, che ai fini presente della trattazione, appare importante osservare che è la stessa disciplina dell'esdebitazione contenuta nel CCI a

dare importanti segnali nel senso che essa dia luogo, più che ad una vicenda estintiva, ad una vicenda preclusiva venendo meno per i creditori il potere di azione nei confronti del soggetto esdebitato¹². In questo senso depone il chiaro riferimento alla inesigibilità (art. 278, 1° comma). Ma soprattutto depone la salvezza dei diritti vantati dai creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso (art. 278, 6° comma)¹³: il principio di accessorietà non subisce una stravagante eccezione solo pensando che l'esdebitazione non produce una qualche vicenda di estinzione parziale dell'obbligazione¹⁴. Ultimo, ma non per ultimo, rileva che il debito è destinato a rivivere: (i) ove sopravvengano utilità nei quattro anni successivi *ex art.* 283 CCI; (ii) ove accolto il reclamo proposto contro il provvedimento dichiarativo dell'esdebitazione di diritto di cui all'art. 282 CCII; (iii) ove revocata l'omologazione del piano o del concordato minore.

All'esdebitazione di diritto possono accedere tutti "debitori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c" (art. 278, 3° comma) e, dunque, anche le società o gli altri enti ricorrendo congiuntamente i parametri quantitativi di cui all'art. 2, 1° comma, lett. d)¹⁵. In

¹² S. PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 696 ss. Ad essere colpita è, cioè, l'azione contro il debitore, non il diritto. Com'è stato, infatti, notato, sul piano dommatico è possibile disgiungere diritto e azione, disponendo di questa senza toccare il primo (cfr. M. ORLANDI, *Sulla rinuncia alla solidarietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 1114).

¹³ Nella liquidazione controllata, come in quella giudiziale, è ribadita, pertanto, l'integrale responsabilità dei garanti, ai quali non si estendono gli effetti dell'esdebitazione.

¹⁴ La ricostruzione offerta nel testo comporta, viceversa, più limitatamente solo la singolare coesistenza di una inesigibilità nei riguardi dell'esdebitato e di una esigibilità esclusivamente nei confronti dei terzi, con la conseguenza che al principio di accessorietà "non può essere attribuita una valenza assoluta" (cfr. C. d'ALESSANDRO, *La transazione del condebitore solidale*, Milano, 2012, p. 144). Cfr. anche G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. 198, il quale, peraltro, spiega la peculiarità dell'art. 278, 6° comma, CCI come "proiezione natura del carattere autonomo della coobbligazione o della prestazione di garanzia". Senza potersi approfondire il tema in questa sede si resta convinti del carattere accessorio della garanzia.

¹⁵ Una volta esteso il beneficio dell'esdebitazione agli imprenditori, l'esclusione delle società da tale opportunità avrebbe potuto esporsi a seri dubbi di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. Deve, comunque, escludersi che possa essere ammesso a tale beneficio l'imprenditore persona fisica

¹⁰ Cfr. S. DE MATTEIS, *L'esdebitazione del sovraindebitato nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 1379.

¹¹ Si pensi al fatto che la tesi dell'estinzione dell'obbligazione innesca la 'degradazione' da civile a naturale dell'obbligazione colpita dall'esdebitazione. Viceversa, per i fautori della tesi secondo cui l'obbligazione non si estingue, materializzandosi piuttosto una modificazione nella tutela di un rapporto entrato in quiescenza, il pagamento del residuo vale pur sempre da adempimento ai sensi dell'art. 1191 c.c. in luogo dell'art. 2034, 1° comma, c.c.

quest'ultimo caso, le condizioni di cui all'art. 280 devono sussistere nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti (art. 278, 4° comma)¹⁶, ma l'esdebitazione ha efficacia anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (art. 278, 5° comma)¹⁷.

Il senso e la portata dell'esdebitazione di cui può beneficiare la società vanno, dunque, colti sia nel caso in cui la società (nonostante la liquidazione del patrimonio) non sia cancellata dal registro delle imprese (v. art. 233 CCI, richiamato dall'art. 276, 1° comma, così come modificato dal correttivo)¹⁸, che in quello in cui lo sia, nel senso che i soci illimitatamente responsabili potranno beneficiare dell'effetto

(già sopra soglia, ma) non più fallibile per il decorso dell'anno ai sensi dell'art. 33 CCI. Resta che l'estensione dell'ambito soggettivo incide sull'istituto dell'esdebitazione che, da strumento volto ad incentivare comportamenti virtuosi, diviene più semplicemente espressione del *favor debitoris*.

¹⁶ Il correttivo, come si legge nella Relazione, sopprimendo la parola "anche", è intervenuto "al fine di chiarire che le condizioni di meritevolezza previste dall'art. 280, ostative all'esdebitazione nel caso in cui il debitore sia un ente collettivo, non possono che riferirsi a persone fisiche e dunque ai soci illimitatamente responsabili o ai legali rappresentanti della società o dell'ente", ciò evidentemente perché, mentre i primi beneficiano dell'effetto liberatorio, i secondi – in quanto muniti dei poteri di firma – sono coloro attraverso i quali la società agisce. Il correttivo, con una modifica apportata sempre al medesimo 4° comma, ha eliminato, secondo la relazione, "l'equivoco riferimento temporale in origine contenuto nella disposizione". Essa, infatti, esigeva che le condizioni stabilite nell'art. 280 sussistessero (anche) nei confronti dei soci illimitatamente responsabili e dei legali rappresentanti, con riguardo agli ultimi tre anni anteriori alla domanda cui sia seguita l'apertura di una procedura liquidatoria. Ebbene, precisa la Relazione, "è apparso irragionevole limitare a soli tre anni la rilevanza di condanne per gravi reati quali sono quelli elencati all'art. 280, oltre che contraddittorio rispetto alle previsioni contenute alle lettere d) ed e) del medesimo art. 280, comma 1°".

¹⁷ L'ambito soggettivo dell'esdebitazione, per quanto circoscritto dall'art. 142 L. Fall., al fallito persona fisica, è stato riferito (quasi in chiave anticipatrice della riforma) anche al socio illimitatamente responsabile di una società, fallito in estensione (cfr. Cass. 30 luglio 2020, n. 16263).

¹⁸ L'esdebitazione è destinata ad operare nel caso di chiusura della liquidazione per mancanza di domande di ammissione allo stato passivo (art. 233, 1° comma, lett. a), limitatamente a quella parte che non sarebbe stata soddisfatta con il riparto (v. art. 278, 2° comma). Resta, invece, fuori dal campo di applicazione dell'esdebitazione il caso della chiusura della liquidazione della società per integrale soddisfacimento dei creditori concorsuali (art. 233, 1° comma, lett. b), che implica di per sé l'estinzione delle relative obbligazioni.

esdebitatorio relativamente alle obbligazioni sociali di cui rispondono come soci. Ne consegue che questi ultimi continueranno a rispondere in pieno dei debiti propri, diversi cioè da quelli connessi alla qualità di socio illimitatamente responsabile.

L'esdebitazione delle società di persone non ha, però, efficacia nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso. Sono, dunque, salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di costoro (art. 278, 6° comma)¹⁹.

L'art. 278, 2° comma, conferma, invece, l'efficacia della esdebitazione nei confronti dei creditori per fatto o causa anteriori che non hanno partecipato al concorso²⁰, disponendo che essa opera per la sola parte eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado (art. 278, 2° comma). Tale previsione, già presente nella legge fallimentare (art. 144 L. Fall.), costituisce l'applicazione del principio secondo il quale l'esdebitazione rende inesigibile la parte di credito che non è stata soddisfatta in seguito al procedimento di liquidazione giudiziale o che non si sarebbe potuta soddisfare anche se il creditore vi avesse partecipato e ciò per evitare che tali creditori possano ottenere vantaggi dalla sottrazione volontaria al concorso sostanziale. Per essi, dunque, l'esdebitazione opera sulla base di una *fictio* della loro ammissione, ossia limitatamente alla parte di credito eccedente la percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado.

Si pone, dunque, la questione dell'incidenza dell'esdebitazione sul rapporto tributario.

Al riguardo deve ricordarsi che, ai sensi dell'art. 142, 3° comma, L. Fall., restano esclusi dall'esdebitazione, tra gli altri, i debiti relativi agli obblighi di mantenimento e alimentari e, comunque, le obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa²¹.

¹⁹ Si veda anche l'analoga disposizione contenuta nell'art. 79, 5° comma, CCI. Ma si deve ritenere che, nonostante la mancata riproduzione nel CCI dell'art. 12 *ter*, 3° comma, L. n. 3/2012, anche l'omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore faccia salvi i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati e dei fideiussori del debitore, nonché degli obbligati in via di regresso.

²⁰ Sono questi i creditori concorsuali, ma non concorrenti.
²¹ La lett. a) è stata così modificata dal D.Lgs. n. 169/2007, art. 10, 1° comma, a decorrere dall'1.1.2008. In precedenza, si discorreva di crediti "non compresi nel fallimento ai sensi dell'art. 46", ma si può ritenere che la modifica abbia una portata meramente interpretativa.

Delineato l'ambito oggettivo di esclusione, deve notarsi che l'art. 142 L. Fall. non menziona i debiti tributari che, pertanto, possono restare esclusi dall'esdebitazione solo allorché derivino da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa. Viceversa, quelli strettamente collegati all'esercizio dell'impresa, perché della stessa costituiscono necessaria conseguenza, rientrano nel perimetro dell'esdebitazione²².

Per la distinzione, occorre tener conto del significato letterale dell'espressione adoperata dal legislatore.

In questa ottica è necessario dare un contenuto al concetto di “*rapporti estranei all'esercizio dell'impresa*”. Trattasi di locuzione che si comprende *a contrario*, stabilendo, cioè, cosa s'intenda per rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa. Per tradizione, con tale locuzione il legislatore si riferisce alle obbligazioni che un soggetto assume nella qualità di imprenditore. Esse, di regola, sorgono a seguito della stipulazione dei cd. contratti di impresa (già conosciuti dal codice di commercio del 1882 come “*atti di commercio*”)²³, vale a dire quei contratti che l'imprenditore conclude per finalità di impresa, ossia allo scopo di procurarsi i fattori della produzione (contratti con i fornitori, contratti di lavoro subordinato ed in genere di collaborazione), ovvero per assicurarsi il guadagno dell'attività (contratto di vendita, appalto, ed altri). Se si tiene conto di ciò, non potrà che concludersi nel senso che i debiti estranei all'esercizio dell'impresa sono costituiti da quelle obbligazioni che non rispondono alla finalità imprenditoriale, vale a dire che non sono assunte con finalità di produzione dei beni e servizi e di successiva collocazione degli stessi sul mercato.

Così intesi i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, nel regime della legge fallimentare, le relative obbligazioni tributarie non sono escluse dall'esdebitazione, per cui il fallito che abbia beneficiato della liberazione dai debiti residui non è più tenuto al pagamento delle somme dovute nei confronti dell'erario. E ciò riguarda pure le sanzioni²⁴.

Stessa conclusione vale per l'esdebitazione disciplinata dall'art. 14 *terdecies* L. n. 3/2012, concedibile al debitore persona fisica a seguito della procedura di liquidazione del patrimonio, come si evince dalla lettura *a contrario* del 3° comma, lett. c), che, nell'escludere dal perimetro oggettivo del beneficio (solo) i debiti fiscali per causa anteriore accertati successivamente in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi, implicitamente vi fa rientrare tutti gli altri.

Nessuna limitazione è, invece, prevista dal CCI che non ripropone più l'esclusione dall'esdebitazione delle “*obbligazioni derivanti da rapporti estranei all'esercizio dell'impresa*” e dei debiti fiscali per causa anteriore accertati successivamente in ragione della sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi. Il passaggio dal vecchio al nuovo evidenzia, senza meno, che la liberazione del fallito opera con riguardo a tutti i debiti tributari (e previdenziali), irrilevante essendo che siano maturati (o meno) nell'esercizio dell'impresa.

L'esdebitazione tecnicamente va riguardata come un'appendice della procedura di fallimento (artt. 142-144 L. Fall.) e della liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato (art. 14 *terdecies* L. n. 3/2012) ed ora della liquidazione giudiziale (art. 278 CCI) e della liquidazione controllata (art. 282 CCI).

A queste ipotesi va aggiunta la nuova “*Esdebitazione del sovraindebitato incapiente*” (cfr. art. 283 CCI e art. 14 *quaterdecies* L. n. 3/2012, così come introdotto dal D.L. n. 137/2020, conv. in L. n. 176/2020). Si tratta, nella sostanza di una esdebitazione che non è effetto di una procedura di liquidazione - che non dovrebbe neanche essere aperta ad istanza dei creditori (per mancanza di beni da liquidare: v. art. 268, 3° comma, CCI) -, ma che diventa un beneficio direttamente ricollegato alla circostanza che il debitore persona fisica è nullatenente e che non ci sono nemmeno ragionevoli previsioni di un mutamento in futuro della sua situazione patrimoniale, tale da poter consentire un soddisfacimento (in qualche

²² Cfr. Cass. 30 ottobre 2014, n. 23129, per i debiti tributari, e Cass. 11 marzo 2016, n. 4844, per i debiti previdenziali.

²³ Cfr. C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, Milano, 1985, spec. p. 183 ss.; A. DALMARTELLO, *Contratti d'impresa*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993.

²⁴ L'obbligazione nascente dalla sanzione tributaria, sebbene ascrivibile al *genus* delle obbligazioni di diritto pubblico essendo l'Amministrazione finanziaria controparte contrattuale, sottostà,

infatti, all'applicazione delle norme di diritto civile (cfr., da ultima, Cass. 27 settembre 2018, n. 23322, in *Fall.*, 2019, p. 635, richiamata da Cass. 16 novembre 2020, n. 25897, punto 6.1. della motiv.). Per questa ragione non si condivide l'assunto, da ultimo espresso da M. MAURO, *Fraintendimenti giurisprudenziali sull'azionabilità dei crediti per tributi e sanzioni nelle procedure concorsuali*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2/2019, p. 307, secondo cui sarebbero escluse dall'esdebitazione le sanzioni amministrative tributarie.

forma, e sia pure parzialmente) dei creditori. Condizioni, queste, che renderebbero superflua e inutile l'apertura di una procedura. Lo strumento è allora autonomo sia dalle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (piano di ristrutturazione, concordato minore e liquidazione controllata), sia dalle altre procedure di natura concorsuale rinvenibili nell'ordinamento italiano: di queste ultime, infatti, manca la cd. causa concreta, ossia la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti, nonché la natura di strumento finalizzato alla regolazione del concorso dei creditori sul patrimonio del debitore. L'istituto si riduce, piuttosto, ad un'istanza direttamente rivolta a ottenere un provvedimento di esdebitazione, previa verifica da parte del giudice competente della sussistenza dei requisiti a tal fine richiesti. L'esdebitazione, quindi, non essendosi al cospetto di una procedura concorsuale, né essendo conseguenza di una procedura concorsuale (*i.e.*, la liquidazione controllata), si limita ad essere giudiziale.

Anche le procedure che non prevedono la liquidazione (o la prevedano eventualmente quale tassello di un più ampio quadro di ristrutturazione o di falcidia concordata) generano, per la porzione di credito non pagato, il medesimo risultato liberatorio.

Oltre al concordato preventivo (v. art. 88 CCI)²⁵, si fa riferimento al piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore e al concordato minore, la cui proposta può prevedere un soddisfacimento “*anche parziale*” dei crediti (cfr. rispettivamente artt. 67, 1° comma, e 74, 3° comma, CCI). Dalla mancata riproduzione dell'art. 7, 1° comma, L. n. 3/2012²⁶, consegue infatti che anche per il credito fiscale è possibile prevedere nel piano di ristrutturazione dei debiti, come nella proposta di concordato minore, non solo una dilazione del pagamento, ma anche una eventuale falcidia²⁷. Il creditore fiscale, quindi, è assistito dalla disciplina della prelazione prevista dalla legge ed ha come tutti gli altri creditori la facoltà di contestare il piano ai sensi

²⁵ V. pure l'art. 63 CCI.

²⁶ Il cui terzo periodo è stato, peraltro, prima dichiarato inconstituzionale con sent. 29.11.2019, n. 245 (in *Giur. it.*, 2020, p. 606), limitatamente alle parole “*all'imposta sul valore aggiunto*”, e poi soppresso dall'art. 4 *ter*, 1° comma, lett. b), n. 1, D.L. n. 137/2020, conv. in L. n. 176/2020.

²⁷ Il principio è pacifico (v. al riguardo L. BOGGIO, *Falcidia del credito IVA: fine della disparità di trattamento per il sovraindebitato*, in *Giur. it.*, 2020, p. 607).

dell'art. 70, 9° comma, CCI, oltre che il diritto all'attestazione (nel piano di ristrutturazione dei debiti) dei limiti di capienza di cui all'art. 67, 4° comma, CCI.

Se l'esdebitazione è una componente essenziale, quale effetto legale, di ogni piano omologato che riceva regolare esecuzione attraverso un pagamento anche parziale²⁸, l'esdebitazione del sovraindebitato che abbia compiuto “*ogni atto necessario a dare esecuzione al piano*” (art. 71, 1° comma) non è perciò meno di diritto di quella che si produce attraverso l'art. 282²⁹, operando quale effetto automatico (implicito o tipologico) di pagamenti effettuati nella percentuale offerta ed omologata.

Ma l'effetto esdebitativo è consustanziale anche concordato minore e a quello preventivo. Per i creditori concordatari si tratta di un sacrificio assunto in via negoziale o, comunque, conseguenza del principio maggioritario; per quelli coinvolti nella ristrutturazione dei debiti del consumatore è, invece, un sacrificio imposto *ex lege*³⁰. L'unica (rilevante) differenza sta perciò nel fatto che, mentre l'esdebitazione consumeristica è coattiva, la falcidia del concordato minore mantiene il simulacro della deliberazione a maggioranza³¹.

Essendo, dunque, l'effetto esdebitativo un esito (per così dire) naturale delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (piano del consumatore e concordato minore), rispetto ad esse non occorre(va) una regolamentazione legislativa, che invece era (è) necessaria con riferimento alla procedura di “liquidazione”, alla quale di per sé non conseguirebbe l'effetto esdebitativo se esso non fosse appunto - previsto e regolato dalla legge³².

²⁸ Cfr. Corte cost. 30 maggio 2008, n. 181.

²⁹ Così S. PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 692.

³⁰ Siccome tanto il piano di ristrutturazione omologato come pure il concordato minore (artt. 79, 5° comma, CCI e 278, 6° comma, CCI), non pregiudicano i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso, va da sé che, se il patrimonio di costoro dovesse rivelarsi capiente, in realtà i creditori concorsuali non subiranno l'effetto esdebitativo del debito residuo.

³¹ È, dunque, la coppia coattività/negozialità del sacrificio a denotare diversamente, *sub specie creditoris*, l'effetto liberatorio finale.

³² G. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, p. 328.

Pur ritenendosi³³, in accordo con la dottrina giurifallimentarista³⁴, che l'esdebitazione in senso stretto vada riguardata come un'appendice della procedura di fallimento e della liquidazione del patrimonio del debitore sovraindebitato ed ora della liquidazione giudiziale e della liquidazione controllata, in senso convenzionale e descrittivo può, perciò, dirsi che per il sovraindebitato sono complessivamente previste ben quattro forme di esdebitazione³⁵.

³³ S. DE MATTEIS, in R. BOCCHINI - S. DE MATTEIS, *Profili civilistici del sovraindebitamento alla luce della legge delega di riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 656, nota 50.

³⁴ Così D. VATTERMOLI, *L'esdebitazione tra presente e futuro*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, II, p. 478. V. anche nota 5.

³⁵ L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in E. PELLECCIA e L.

Deve ricordarsi, infine, che l'esdebitazione del fallito, nel liberare il debitore dai debiti tributari, non cancella né le conseguenze penali dell'illecito tributario non aventi natura patrimoniale ma personale, né il fatto in sé stesso della violazione tributaria commessa, come accadimento del quale occorra tener conto ai fini della determinazione della sanzione applicabile in occasione di eventuali successive violazioni, stante quanto disposto dall' art. 7, 2° comma, D.Lgs. n. 472/1997.

Stanislao DE MATTEIS
Alessandro PEPE
Anna Maria SOLDI

MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pisa, 2020, p. 386.

Fideiussioni bancarie e normativa antitrust. L'esigenza della tutela reale

1.- Depositando le proprie conclusioni per la decisione delle Sezioni Unite sulla «sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducenti il modello anticoncorrenziale» rilevato dalla Banca d'Italia (provvedimento n. 55 del 5 maggio 2005), dietro conforme parere dell'AGCM (n. 14251/20095), la Procura Generale non ha mostrato alcuna esitazione¹. Le garanzie prestate «a valle» dell'intesa vietata – si è dunque sostenuto, con espressioni nette e sicure – sono perfettamente valide sotto il profilo negoziale e pienamente efficienti sotto quello del rapporto obbligatorio: al più, i relativi contratti possono esporre, nel caso, la banca, che di tali modelli si sia servita nella propria operatività, a una responsabilità risarcitoria nei confronti del fideiussore².

La tesi così abbracciata dalla Procura è stata poi fatta oggetto di distinta, e ampia, considerazione da parte della decisione che le Sezioni Unite hanno preso con sentenza 30 dicembre 2021, n. 41994 (cfr., in particolare, i numeri 2.12., 2.13. e 2.14.). E con nettezza non minore – va pure constatato – respinta, senza incertezze di principio la Corte orientandosi nel senso che la specie dei contratti «a valle» dell'in-

tesa anticoncorrenziale non si espone solo a rimedi di tipo obbligatorio, ma prima ancora – prima di tutto, cioè – a rimedi di taglio reale.

2.- Intrapresa la prospettiva del rimedio (*ante omnia*) reale, le Sezioni Unite si sono inoltrate nel relativo cammino³, per ritenere che l'invalidità dei contratti «a valle» dell'intesa vietata vada sostanzialmente circoscritta e gestita nel segno prevalente (o dominante) della nullità parziale, di singole clausole.

Nel provvedimento del 2005 sono state stimate direttamente produttive di illecito anticoncorrenziale le clausole di reviviscenza, di deroga al disposto dell'art. 1957 c.c., di c.d. sopravvivenza (*rectius*: di estensione della garanzia alle obbligazioni di restituzione *ex indebito*⁴), non già l'intero modello conformato dall'ABI, né delle altre clausole⁵. Nulle quelle,

¹ Il testo integrale della requisitoria (da cui, tra l'altro, è tratta anche la frase riportata tra virgolette) è disponibile, ad esempio, su *Diritto bancario* e su *Diritto del risparmio*.

Per una lettura (assai) critica delle conclusioni rese dalla Procura v. La Sala, *Aspettando le Sezioni Unite: le osservazioni del Procuratore generale sulla sorte delle fideiussioni omnibus in contrasto con la normativa antimonopolistica*, in *Giust. civ. com.*, 16 dicembre 2021. Consente invece ai contenuti della requisitoria Pisapia, *Fideiussioni omnibus e normativa antitrust: validi per la Procura della cassazione i contratti «a valle»*, in *Diritto bancario*, 2021, 26 novembre 2021.

² Auspica, in particolare, la Procura che le Sezioni Unite si risolvano nell'enunciare il seguente principio di diritto: «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito – previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa».

³ Per la verità, la sentenza della Corte di Appello di Roma, avverso la quale si è proposto il ricorso per cassazione, si era limitata a dichiarare la nullità delle clausole giudicate anticoncorrenziali, escludendo la propagazione della nullità all'intero contratto. Dal canto suo, il cliente non ha presentato ricorso incidentale: nei fatti concretamente applicativi, la questione si era venuta a focalizzare sulla nullità per violazione della normativa antitrust della clausola di deroga alla disciplina dell'art. 1957 c.c.

Nell'economia del concreto giudizio, dunque, tutta la motivazione, che le Sezioni Unite svolgono sul problema della eventuale propagazione della nullità delle singole clausole, costituisce un di più, per nulla necessario in sé stesso.

In proposito, va peraltro pure rilevato che l'esame della tematica dell'eventuale propagazione era stata espressamente sollecitata dall'ordinanza di rimessione (Cass., 30 aprile 2021, n. 11486), che, in effetti ha dato ai più profili attinenti alla struttura rimediabile dei contratti «a valle», un'impronta marcatamente unitaria, alla disamina dell'insieme (più che delle sue distinte parti) assegnando uno «spiccato rilievo nomofilattico».

⁴ La clausola n. 8 dello schema predisposto dall'ABI stabilisce, infatti, che «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

⁵ Secondo una impostazione non propriamente condivisibile, a mio giudizio almeno.

Ancora oggi, così, sorprende il giudizio di non anticoncorrenzialità che il provvedimento della Banca d'Italia venne a riservare alla clausola *omnibus* (di estensione della garanzia a tutte le obbligazioni che, anche in futuro, il debitore principale venisse per una qualunque ragione, e pur anco indiretta, comunque ad avere nei confronti della banca garantita).

nel pensiero della Corte la loro invalidità non si propaga – meglio, tende a non propagarsi; molto difficilmente potrebbe, nell’effettivo, propagarsi – all’intero corpo della garanzia nel concreto prestata dal fideiussore⁶.

3.- Come si vede, nel più recente diritto vivente il tema della sorte dei contratti fideiussori posti «a valle» delle intese vietate, perché lesive della concorrenza, è venuto a focalizzarsi su due spazi distinti⁷. Quello dell’eventuale applicazione, per diritto vigente, di un rimedio reale nei confronti dei contratti operativi dell’attività di impresa sul mercato, che su questo piano vengono cioè a tradurre i contenuti decisi e organizzati nelle intese vietate. Quello della quantità – e, dunque, della qualità – di tale rimedio

In effetti, la gravosità di un simile modello fideiussorio (rispetto a quello circoscritto a specifici, e puntuali rapporti) appare manifesta; come pure sembra evidente la discontinuità rispetto al detto modello del rilievo allora svolto dal provvedimento, per cui è da ritenere salvifica, in proposito, la necessaria previsione in contratto dell’«importo massimo garantito», come introdotta dalla legge sulla trasparenza (oltretutto, nella lettura del diritto vivente la previsione dell’«importo massimo» di garanzia può essere messo a casaccio).

Piuttosto, è da sottolineare come – pure nell’operatività odierna – le fideiussioni bancarie restino, salvo solo casi peculiari e in sé marginali – connotate dalla permanenza della clausola di estensione della fideiussione «a qualunque altro rapporto» possa correre tra creditore e debitore principale.

⁶ Nei fatti, le Sezioni Unite affermano che l’«estensione all’intero negozio degli effetti della nullità parziale» è «evenienza ... di ben difficile riscontro nel caso in esame»; «il fideiussore ... avrebbe in ogni caso prestato la garanzia anche senza le clausole predette», salva restando però la «rigorosa allegazione e prova del contrario» (cfr. p. 31 s.; nonché p. 39).

Secondo il giudizio di Natoli, *Garanzie personali*, in AA. VV., *Arbitro bancario e finanziario* a cura di Conte, Milano, 2021, p. 117 l’opinione allo stato dominante stima che le clausole colpite dal Provvedimento del 2005 «non sono essenziali», e che la «loro nullità non si comunica all’intero contratto, che sopravvive dunque depurato dalle clausole attuative dell’intesa anticoncorrenziale».

⁷ Decisamente marginali (se non proprio superati) nel contesto del dibattito appaiono oggi – attesi pure i ragionamenti svolti dalle Sezioni Unite e, prima, dalla Procura Generale – il punto relativo al fatto che l’intermediario predisponente le clausole anticoncorrenziali non fu parte dell’intesa vietata, come pure quelli della prova della corrispondenza delle clausole nel concreto inserite in contratto con quelle di cui all’intesa e della mancanza di sanzioni nel provvedimento preso dalla Banca d’Italia. Si tratta, in effetti, di temi che erano stati sviluppati nell’arco dei motivi di ricorso presentati dalla banca ricorrente.

reale, una volta ritenuto effettivamente applicabile alla fattispecie.

In questa sede intendo concentrarmi in via (presoché) esclusiva sul primo di questi problemi. Con opzione di cui non sembra inopportuno esplicitare le ragioni.

A reggerla non è, ovviamente, il (solo) carattere condizionale che il primo profilo riveste rispetto all’altro. Credo sia anzi da sottolineare il fatto che una corretta impostazione di detto aspetto si manifesta pure fattore indirizzante la soluzione del secondo, nel senso che per taluni versi viene a conformarne il conseguente angolo prospettico⁸.

⁸ Secondo una prospettiva che, per la verità, appare trascurata dalla sentenza delle Sezioni Unite. Questa, che pur enfatizza – nell’ambito della trattazione intesa a escludere la sufficienza del rimedio risarcitorio – la stretta funzionalità della normativa antitrust alla correttezza ed efficienza del mercato (e sul punto v. il prossimo n. 4.3.), in relazione al giudizio di eventuale propagazione della nullità parziale viene invece ad assumere i contratti espressivi dell’operatività anticoncorrenziale dell’impresa in termini del tutto astratti dal contesto (di mercato) e dalla funzione concreta (lesiva della concorrenza del mercato) che invece li caratterizza. In definitiva, come se il giudizio di eventuale propagazione avesse – nel caso specificatamente in esame – gli stessi, identici parametri che avrebbe se in discussione fosse la nullità parziale di un qualunque altro negozio fideiussorio (non affetto dal vizio di lesività della concorrenza, cioè: cfr., in specie, i nn. 2.15.3 e 2.18.2.): fuori, quindi, dal «contesto» che nello specifico risulta proprio di un simile giudizio.

Se la presenza di un rimedio invalidatorio trova la sua ragion d’essere in una pretesa di effettiva concorrenzialità del mercato, tuttavia, anche lo svolgimento del giudizio di eventuale propagazione dovrebbe seguire – per il rapporto di coerenza tra struttura e funzione, a me pare – non diversi criteri ordinanti. In questa prospettiva, il fatto che le altre clausole del corrente modello di fideiussione bancaria siano state stimate non anticoncorrenziali si manifesta rilievo in sé determinante: a contare è, piuttosto, il peso che, nel loro insieme, le clausole ritenute invece lesive della concorrenza hanno rispetto alla formazione del prodotto d’impresa che va sotto il nome di «fideiussione bancaria». E da quest’angolo visuale sarebbe davvero interessante – come pure rilevante (quanto meno, in termini di prova per presunzioni) – verificare se, nell’operatività delle imprese bancarie successiva al provvedimento del 2005, le clausole incriminate siano rimaste, oppure no, a fare parte del relativo prodotto; o come, nel caso eventuale, siano state modificate e corrette.

Questo per quanto riguarda il lato contrattuale costituito dall’impresa creditrice (se la presenza delle clausole lesive è, nel concreto, tratto determinante del prodotto che è stato «voluto» – meglio «deciso» – dalla relativa organizzazione imprenditoriale). Se poi si guardano le cose dall’angolo visuale del fideiussore,

La ragione della scelta è dunque diversa: se il punto dell'eventuale propagazione della nullità antitrust delle clausole all'intera operazione appartiene – mi pare – agli svolgimenti (presenti e) futuri del dibattito, la soluzione accolta nelle conclusioni della Procura fa parte, invece, del passato di questo: che solo in quanto tale, come memoria cioè, può, e deve, essere tenuto presente.

È bene – a me pare – che una simile differenza venga con forza rimarcata.

4.1.- La struttura logica del ragionamento compiuto dalla Procura esprime, a propria base impostativa, due distinti ordini di riferimenti

Il primo si condensa nell'osservazione che i «contratti fra la singola impresa (partecipante all'impresa vietata) e il cliente sono comunque espressione dell'autonomia privata dei contraenti». Nel contesto, l'argomento viene posto a giustificazione diretta dell'affermazione per cui l'inserimento, nei contratti «a valle», di «alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale» non potrebbe mai essere ritenuta «circostanza sufficiente» per predicare la nullità dei medesimi (p. 9).

L'altro e complementare pensiero consiste in ciò che il «meccanismo di tutela», di cui alla normativa antitrust, «non è finalizzato a garantire l'astratta correttezza dei contratti, ma a garantire che la violazione della disciplina della concorrenza non produca effetti

sembra che la valutazione ipotizzata dalle Sezioni Unite tralasci due aspetti di forte rilievo. Che, in specie, sono stati messi in particolare evidenza dall'importante decisione dell'ABF, Collegio Milano, 4 luglio 2019, n. 16558; pres. Lapertosa; est. Denozza).

Il primo è che, «trattandosi nella specie di contratti di garanzia, ... non si può immaginare di valutare la convenienza del contratto accessorio senza tenere conto delle condizioni praticate per l'obbligazione principale. L'operazione dal punto di vista economico è unica».

Certo è poi – questo l'altro punto trascurato (che, generale per la materia della disciplina antitrust, nel concreto viene a sommarsi al primo) – che la valutazione di eventuale propagazione «non va effettuata con riferimento al contesto esistente al momento dell'accertamento della nullità» (una impostazione di questo tipo inverte, invero, la causa con l'effetto): nel caso della nullità di clausole per violazione di normativa antitrust, la «verifica della presumibile effettiva volontà delle parti deve essere compiuta immaginando il contesto che sarebbe esistito in assenza dell'atto principale colpito da nullità e, quindi, su un mercato non falsato dalla presenza dell'intesa» vietata perché lesiva della concorrenza.

economicamente pregiudizievoli ai consumatori». Quest'assunto è posto a diretta replica della frequente osservazione per cui difficilmente i clienti risentono di danni diretti e immediati *ex art.* 1223 c.c. dalla stipula dei contratti «a valle» (p. 11).

Ora, una simile impostazione non può – a me pare – essere in alcun modo stimata corretta.

4.2.- Con diretto riferimento al primo dei rilievi fondanti l'impostazione adottata dalla Procura Generale, le Sezioni Unite hanno osservato, in critica, che «è del tutto evidente ... che – se le parti ben possono determinare il “contenuto del contratto”, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c. – esse sono, tuttavia, pure sempre tenute a farlo “nei limiti della legge”, da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale» (p. 23).

Nei fatti, la stessa «forza giuridica» di un qualunque contratto dipende da un consenso espresso dall'ordinamento. Sì che l'assunto, nei riportati termini sviluppato dalla Procura, dà vita – a vedere la sua consistenza reale – a una manifesta petizione di principio.

Non è un caso – è ancora da aggiungere, spingendo un poco più a fondo l'analisi – che non risulti agevole intendere se, nella impostazione che qui si esamina, i contratti (ovvero le clausole) che traducono nella concreta operatività imprenditoriale i contenuti di una intesa vietata siano da ritenere contrari, oppure no, a norme imperative. La requisitoria, in effetti, sembrerebbe volere eludere questo tema.

4.3.- Autoreferenziale appare, per la verità, pure l'altra delle idee fondanti l'impostazione in esame: dato, se non altro, che a sostegno di questa non viene posta nessuna argomentazione. Come, peraltro, neppure viene preso in considerazione l'*input* normativo che costituisce la base prima della tesi opposta, per cui nei confronti dei contratti «a valle» il rimedio è, per diritto positivo, di tratto reale.

«L'interesse protetto dalla normativa antitrust» – osservano al riguardo le Sezioni Unite – «è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo» (p. 26). Né le Sezioni Unite mancano di riportare l'assunto, così sviluppato al principio costituzionale che lo fonda, richiamando partitamente, anzi, le diverse articolazioni proposte dall'art. 41 Cost. (pp. 12, 23).

Non può trascurarsi, d'altra parte, che lo svolgimento primo del principio della libertà di iniziativa economica *ex* comma 1 dell'art. 41 Cost. non consiste affatto nell'affermazione di una sovrana libertà della propria iniziativa (e cioè della propria autonomia), come sembra ritenere l'opinione qui criticata. Consiste, per contro, nel necessario rispetto dell'iniziativa economica altrui: nell'esigenza di tutela del mercato e del suo corretto svolgimento, quindi⁹. Come pure non si può dimenticare che il rimedio reale nei diretti confronti dei contratti «a valle» si pone come uno degli strumenti¹⁰ intesi appunto a tutelare correttezza e regolarità del mercato: e ciò, per l'appunto, per il tramite dell'apporto fornito dai soggetti appartenenti al lato della domanda di beni, quali fruitori dei servizi offerti sul mercato dalle imprese e terzi rispetto alle intese vietate¹¹.

5.1.- Sulla base delle premesse prima riportate (n. 4.1.), la Procura Generale afferma, perentoria, che la vigente normativa antitrust non contiene in sé alcuna previsione che venga a orientare nel senso della nullità dei contratti «a valle» (pp. 6 e 7)¹². Così sen-

⁹ In proposito cfr., di recente, il mio *Disciplina di trasparenza e principio di trasparenza*, in AA. VV., *Arbitro Bancario e Finanziario*, cit., p. 198 s.

¹⁰ In una con l'apparato sanzionatorio dell'impresa anticoncorrenziale che il sistema viene ad affidare all'AGCM. Ma al riguardo va tenuta in considerazione, mi pare, anche l'azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

Secondo un certo filone di pensiero, sarebbero particolarmente da incentivare, in materia, le «forme di tutela preventiva delle rispettive posizioni realizzate da ABI e le Associazioni dei consumatori, negoziando previamente le NUB, con intese che vengono poi sottoposte al vaglio preventivo di compatibilità con la disciplina antitrust» (così Longobucco, *Contratti bancari e normativa antitrust*, in AA. VV., *Contratti bancari* a cura di Capobianco, ed. 2, Milano, 2021, p. 526).

¹¹ Secondo quanto tipicamente avviene, a mio giudizio, pure in relazione alla disciplina c.d. di trasparenza (bancaria e non): per l'appunto non esaurita nell'istanza di proteggere il soggetto che riceve il bene o servizio che viene «prodotto», e immesso nel mercato, dalle imprese, ma nel contempo (e certo non meno) normativa funzionale al perseguimento di (una più spinta) efficienza dell'operatività di queste ultime e, quindi, dello stesso mercato. Cfr., in particolare, i miei *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1234 ss.; *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

¹² «La legislazione europeistica e nazionale» - si puntualizza - «non regolamenta testualmente la sorte dei c.d. contratti «a valle»».

z'altro respingendo, e *a priori*, pure lo spunto che le norme degli artt. 2, comma 3 legge n. 287/1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea vengono – stabilendo che le «intese vietate sono nulle ad ogni effetto» – in sostanza a proporre.

Spunto che le Sezioni Unite non mancano invece di raccogliere e, nell'espresso riferimento alla *ratio* normativa di tutela della regolarità e concorrenzialità del mercato (cfr. nel n. 4.3.), di valorizzare in modo forte: «in particolare la locuzione “ad ogni effetto”» – così si viene ad annotare – «legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata».

Nei fatti, una simile locuzione ben si presta – nel contesto di una impostazione costituzionalmente orientata della normativa antitrust – a essere letta come prescrizione che vieta alle parti delle intese anticoncorrenziali di dare comunque corso ed esecuzione ai contenuti stabiliti in queste ultime. Nel caso delle fidejussioni bancarie, dunque, la disposizione vieta alle banche di predisporre modelli contrattuali di garanzia personale provvisti di clausole di portata anticoncorrenziale e di portare a conclusione i conseguenti contratti: e da ciò, volendo, anche l'apertura alla teorica della nullità c.d. derivata.

Anche su questo profilo, in definitiva, la tesi della Procura appare attraversata da una peculiare petizione di principio. Chi stipula un contratto nullo non è – sul piano del fatto – libero di darvi o meno esecuzione: è l'ordinamento, piuttosto, che lo smarca dall'obbligo relativo. Questo, però, non significa che il contraente, così smarcato, possa comunque liberamente scegliere – dando pieno sfogo alla propria autonomia – di dare al contratto nullo un'efficace esecuzione¹³.

5.2.- Nel prosieguo dell'esposizione, peraltro, la Procura va ancora oltre, così annotando: «non sembra controvertibile che l'art. 2 comma 3 legge n. 287 *restringa* la nullità al campo delle intese» (enfasi aggiunta); «sulla base del noto canone dell'interpretazione letterale ... non residuano significativi margini di dubbio sulla limitazione della nullità alle sole intese “a monte”». Come si vede, la tesi della «non nullità» finisce per venire sostenuta sulla base di un mero argomento *a contrario* (che oltretutto viene ingiu-

¹³ Se fosse così, del resto (e a tacer qui, ovviamente, ogni altro rilievo), il contraente ben potrebbe passare a «convalidare» il negozio.

stificatamente a mortificare, si è appena visto, il dato di legge).

Non meno meccanico, peraltro, risulta il passaggio che in via ulteriore viene compiuto, secondo cui l'espreso riconoscimento di un diritto risarcitorio del cliente varrebbe comunque – da sé solo e senza bisogno di alcuna argomentazione – a escludere la possibile sussistenza di un'ipotesi di nullità c.d. virtuale¹⁴ ex art. 1418, comma 1, c.c.

In realtà, non può «revocarsi in dubbio» – precisano per contro le Sezioni Unite – che la forma di tutela risarcitoria sia «certamente ammissibile», «ma non in via esclusiva, sebbene in uno all'azione di nullità»: così impongono le «ragioni inerenti alle specifiche finalità della normativa antitrust».

5.3.- Se si ritiene che l'inserimento nei contratti operativi dell'attività di impresa di clausole anticoncorrenziali violi norme imperative, la circostanza che la legge preveda in modo esplicito una specifica (e diversa) struttura rimediabile nei confronti di un dato comportamento non è in sé cosa sufficiente ad escludere l'eventuale applicazione (pure) del rimedio della nullità¹⁵. Il problema, che la norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. viene comunque a proporre, là dove ventila l'eventualità di una diversa sanzione, non è quello della somma delle sanzioni, bensì quello della loro efficienza, come puntualmente hanno riscontrato le Sezioni Unite.

A seconda delle norme di cui si assume la violazione, il rimedio della nullità (in sé ovvero la sua disciplina c.d. generale) può risultare in sé disfunzionale, delineando una struttura normativa non coerente con la funzione specificamente perseguita colla posizione della norma imperativa. Il che, tuttavia, si-

¹⁴ Nel contesto della requisitoria l'espressione «nullità virtuale» compare a p. 13, laddove, nel tirare le somme, la Procura afferma che «nel caso in esame, la corte ha applicato il rimedio della nullità al di fuori degli schemi normativi, facendo ricorso alla c.d. nullità virtuale ed all'improprio automatismo che collega la nullità dell'intesa alla nullità derivata parziale del contratto c.d. «a valle» dell'intesa». La corte distrettuale non ha tenuto in debita considerazione che, nel caso di specie, in assenza di testuale sanzione di nullità, l'effettività della norma imperativa è garantita dalla previsione di rimedi risarcitori».

¹⁵ Vi fosse bisogno di un esempio, si potrebbe ricordare - per la specifica materia delle operatività bancarie - la disposizione dell'art. 144 (comma 1, lett. c. e d.) TUB.

In punto di possibile coesistenza del rimedio invalidatorio e del rimedio risarcitorio La Sala, *op. cit.*, richiama la norma dell'art. 1338 c.c.

curamente non avviene per la materia regolata della normativa antitrust.

Come pare evidente, il problema di efficienza, che è proprio di una disciplina di questo tipo, è che comportamenti di turbativa anticoncorrenziale non ve siano, che dunque il mercato si svolga in modo regolare e corretto. Perciò, una tutela meramente risarcitoria appare in sé stessa non sufficiente in proposito: posto che un simile rimedio per definizione consente il compimento dell'atto vietato, all'unica condizione che l'autore della violazione disponga di un patrimonio adeguato a coprire gli eventuali danni. E tanto più si manifesta struttura carente al bisogno laddove – secondo quanto appunto accade nella materia che qui occupa¹⁶ – l'effettiva sussistenza di un danno riscontrabile ex art. 1223 c.c. in capo al cliente appare evento non certo costante, quanto piuttosto incerto e lontano^{ssssssssss7}.

6.1.- Per la verità, pure la ricostruzione della fattispecie fonte di obbligo risarcitorio, che viene effettuata dalla Procura Generale, lascia – in sé stessa – perplessi: a indice, mi pare, di un disegno che (prima di tutto) nel suo complesso risulta non condivisibile.

In questa prospettiva, dunque, il comportamento potenzialmente produttivo di un danno ingiusto non sta nella stipulazione di negozi concretamente realizzativi di intese vietate ovvero nel portare la propria operatività imprenditoriale a servizio di tali intese. Una simile idea, del resto, non sarebbe compatibile con la struttura complessiva della tesi così svolta, posto che questa – come si è visto (cfr. n.- 4.1.) – si basa proprio sull'affermazione che i contratti «a valle» sono frutto della libertà e autonomia dei contraenti.

Il comportamento causativo di un eventuale danno viene, invece, individuato nel «contegno sleale di uno dei contraenti», come consistente nell'«omessa comunicazione alla controparte delle cause di illiceità del contratto [intendi: delle intese vietate] conosciute

¹⁶ Come riscontra, del resto, la stessa Procura. La quale, tuttavia, considera – non comprensibilmente - irrilevante nel merito tale constatazione.

¹⁷ Con la conseguenza, a mio avviso, che occorrerebbe – per dare comunque un fiato al rimedio di tipo obbligatorio – percorrere la via (in sé stessa, senz'altro importante) delle penali *ex lege* poste a favore del fideiussore, di misura tale da scoraggiare il comportamento scorretto dell'impresa.

Il sistema vigente non manca, per la verità, di conoscere una simile struttura rimediabile: cfr., così, la disposizione dell'art. 120 *quater*, comma 7, TUB.

o conoscibili con l'ordinaria diligenza dall'istituto di credito». La vicenda realizza – così viene a precisare la Procura – «una sorta di responsabilità di natura precontrattuale da cui nascono obbligazioni risarcitorie ai sensi dell'art. 1338 c.c.» (pp. 11 e 7)¹⁸.

6.2.- Come si vede, in tale costruzione il comportamento – fonte di lesione nei contratti «a valle» – si sostanzia e risolve senza residui nella violazione di un dovere di informazione: non a caso le Sezioni Unite parlano, in proposito, di lettura orientata verso il polo del dolo incidente *ex art. 1440 c.c.* (p. 22).

Ne segue, allora, che una semplice dichiarazione dell'impresa, partecipe dell'intesa a monte, di possibile lettura di quest'ultima in termini di patto anti-concorrenziale viene a sciogliere ogni slealtà di comportamento e a privare di base una qualunque idea

¹⁸ Come puntualizza La Sala, *op. cit.*, nella parte finale della requisitoria la Procura sembrerebbe, peraltro, mutare direzione: qui, «la responsabilità della banca da contratto valido, ma sconveniente, non è più ricollegata alla violazione di doveri di carattere informativo, bensì all'aver concluso il contratto in una condizione di insussistenza per il garante di valide alternative a causa dell'intesa illecita. In questa prospettiva, il garante subirebbe un “danno da perdita di *chance*” per la mancata possibile scelta sul mercato».

Su questo ulteriore profilo *v.*, peraltro, quanto osservato nella nota che immediatamente precede (al di là di ogni rilievo, naturalmente, sui termini e modi adottabili per la quantificazione di tale perdita).

risarcitoria. Con l'ovvia conseguenza che, nella lettura in esame, l'efficienza della struttura rimediale si svolge diretta verso lo zero.

D'altra parte, e (per certi versi) soprattutto, non si riesce a intendere per quale ragione sarebbe «sleale» non informare il cliente di una simile possibile evenienza: posto, da un lato, che il contratto «a valle» resta in ogni caso valido e, dall'altro, che non risulta affermata la sussistenza di un dovere dell'impresa di offrire al cliente un'alternativa contrattuale purgata dai vizi di lesione della concorrenza. E nemmeno si comprende perché, in detta prospettiva, tra i presupposti della tutela risarcitoria dovrebbe comparire pure quello dell'avere il cliente – che partecipa solo al contratto «a valle» – effettivamente «confidato» nella validità delle intese, invece vietate: secondo quanto afferma la Procura Generale, «tra l'intesa ed il contratto a valle non vi è un rapporto di strumentalità necessaria, né un collegamento negoziale nel suo significato tecnico-giuridico», ma unicamente una «mera connessione oggettiva» (pp. 9 e 12).

Aldo Angelo DOLMETTA

Si allegano in calce la requisitoria della Procura generale della Corte di cassazione e la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione relative alla questione oggetto dell'articolo del prof. Aldo Angelo DOLMETTA.



PROCURA GENERALE
della Corte di cassazione

Sezioni Unite civili – Udienza del 23 novembre 2021

Ricorso R.G. 20438/2016 Rel. Cons. Valitutti

Conclusioni ai sensi dell'art. 23, comma 8-bis, del d.l. n. 137/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 176/2020

IL PROCURATORE GENERALE

Letti gli atti relativi al ricorso per cassazione proposto nell'interesse di XXX. (difensore: avv.to XXX) contro XXX costituitasi con controricorso (difensore: avv.to prof. XXX) avverso il seguente provvedimento:

- Sentenza pronunciata dalla Corte di appello di Roma n. 3746/16, depositata in data 11 giugno 2016; **Premesso** che per l'esposizione del fatto e della vicenda processuale l'Ufficio rinvia alla pronuncia ed

al contenuto dei documenti di parte in atti, limitando in questa sede le conclusioni indispensabili al rilievo dei soli elementi di fatto e del processo ed agli argomenti di diritto ritenuti indispensabili per la formulazione delle conclusioni;

Osserva

1. L'ordinanza di rimessione, breve inquadramento dei fatti e sintesi dei motivi del ricorso per cassazione.

Con ordinanza del 19 novembre 2020, il Presidente della prima sezione civile ha rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite del presente procedimento, affermando come vi siano una serie di interrogativi che rendono “...evidente la necessità di una rimediazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d' intese restrittive della concorrenza, volta a verificarne l'applicabilità alle fidejussioni bancarie prestate in conformità delle condizioni uniformi predisposte dall'ABI, ed in particolare a stabilire a) se la coincidenza totale o parziale con le predette condizioni giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, b) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere, c) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione, e d) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto”.

Nel caso in esame, va premesso sinteticamente che XXX, in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006, aveva stipulato alcuni contratti di fideiussione a garanzia di un rapporto di conto corrente e di un rapporto di mutuo intrattenuto da XXX. con Intesa Sanpaolo S.p.a.

XXX agiva dinanzi alla Corte di appello di Roma, ai sensi dell'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, per ivi sentire accertare la nullità dei predetti contratti e la inesistenza di qualsiasi debito nei confronti dell'istituto di credito, con la condanna dello stesso al risarcimento dei danni ed alla cancellazione del nominativo di esso attore dalla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia.

XXX - chiamato nella qualità di garante al pagamento degli scoperti relativi ai rapporti oggetto della garanzia - evidenziava come gli artt. 2, 6 ed 8 dei contratti di fideiussione¹ fossero predisposti in forma standardizzata secondo lo schema contrattuale predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana in palese violazione dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 (violazione accertata dalla Banca d'Italia con provvedimento del 2 maggio 2005). Con sentenza emessa in data 11 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma, in accoglimento parziale della domanda formulata dal XXX, dichiarava la nullità degli artt. 2, 6 ed 8 dei contratti di fideiussione, rigettava la domanda di risarcimento del danno patrimoniale e condannava l'istituto di credito al pagamento della somma di € 5.000,00, oltre interessi, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, ordinando la cancellazione del nominativo del XXX dalla Centrale dei Rischi.

La decisione, nel richiamare i principi sanciti dalla giurisprudenza di legittimità in tema d'invalidità derivata delle clausole inserite nei contratti di assicurazione in violazione dei principi di concorrenza, ha affermato che l'accertamento contenuto nel provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia costituiva prova privilegiata dell'illiceità delle clausole riprodotte nei contratti di fideiussione oggetto di controversia e che le medesime clausole erano viziate da invalidità derivata parziale per violazione dei principi della libera concorrenza e del mercato quali principi rientranti nell'ordine pubblico italiano.

La parte ricorrente ha proposto ricorso per cassazione sulla base dei seguenti quattro motivi di censura.

Il **primo motivo** denuncia (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1936 e ss. cod. civ., dell'art. 2697 cod. civ. e degli artt. 2, 13 e 15 della l. n. 287 del 1990.

La sentenza impugnata è stata censurata per avere applicato la normativa anticoncorrenziale in assenza di provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato nei confronti della odierna parte ricorrente ed in assenza di prova della conformità delle clausole della fideiussione, ritenute nulle, alle clausole contenute nello schema con-

¹ articoli contenenti le clausole di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e di sopravvivenza della fideiussione alla inefficacia dei pagamenti o all'invalidità dell'obbligazione principale.

trattuale predisposto dall'ABI e ritenute, a loro volta, di carattere anticoncorrenziale.

Ancora, con il primo motivo, la parte ricorrente ha censurato la decisione laddove non considera il carattere unilaterale delle dichiarazioni di garanzia, ascrivibili esclusivamente alla volontà del fideiussore, e la circostanza che Intesa Sanpaolo non era inserita tra i destinatari del provvedimento sanzionatorio della Banca d'Italia (rivolto essenzialmente ad alcune associazioni di consumatori) e da qui l'efficacia non vincolante del provvedimento amministrativo nei confronti delle aziende di credito;

Il **secondo motivo**, ha ad oggetto (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) la violazione e la falsa applicazione dell'art. 2 della l. n. 287 del 1990 e degli artt. 1936 e ss. cod. civ., nonché dell'art. 1418 cod. civ.

La corte territoriale, come sostenuto dal ricorrente, avrebbe dovuto considerare che la nullità prevista dall'art. 2 cit. colpisce l'intesa anticoncorrenziale e non si estende invece ai singoli contratti stipulati a valle che sono validi ed efficaci, dovendosi riconoscere al consumatore la sola tutela risarcitoria.

Il **terzo motivo** (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ.) ha ad oggetto la violazione e falsa applicazione degli artt. 1936 e ss. cod. civ. e dell'art. 100 cod. proc. civ., nonché l'omesso esame un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

La sentenza impugnata non avrebbe ben inquadrato la clausola c.d. "a prima richiesta e senza eccezioni" che portava a qualificare il negozio come un contratto autonomo di garanzia. Negozio cui era naturalmente estranea la disciplina prevista dall'art. 1957 c.c., secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, indipendentemente dalla previsione contenuta nell'art. 6 del contratto dichiarato nullo.

Il **quarto motivo** (in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.) ha ad oggetto la violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., avendo XXX proposto domanda di nullità solo con riferimento alla clausola derogativa di cui all'art. 1957 senza eccipere alcunché in ordine alla validità delle altre clausole impuginate. La parte ricorrente ha evidenziato che "l'unica doglianza, cioè, che poteva spiegare efficacia sulla pretesa creditoria di Intesa Sanpaolo S.p.A. – sempre con salvezza di quanto contestato nel precedente motivo di ricorso – era quella avente ad oggetto la dispensa dei termini di cui all'art. 1957 c.c." con conseguente rigetto della pretesa risarcitoria.

XXX si è costituito con controricorso.

Questo Ufficio, pur avendo già rassegnato le proprie conclusioni scritte in occasione dell'adunanza camerale ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ. fissata per il 19.11.2020, in considerazione della rilevanza delle questioni giuridiche evidenziate nell'ordinanza interlocutoria e della dichiarata "necessità di una rimediatazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di nullità dei contratti stipulati in conformità d'intese restrittive della concorrenza", intende approfondire i temi di fondo riguardanti l'ammissibilità dell'azione di nullità e le sue specifiche caratteristiche anche al fine di verificare se la tutela reale del consumatore possa dirsi realmente ipotizzata in queste fattispecie.

Si tratta di focalizzare l'attenzione sui primi due motivi di ricorso e di risolvere la **questione di massima che riveste particolare importanza**: quale la sorte giuridica dei contratti di fideiussione riprodotte il modello giudicato anticoncorrenziale e quali le azioni che legittimamente spettano al fideiussore? Con provvedimento n. 14251 del 20 aprile 2005, l'AGCM evidenziava la natura anticoncorrenziale di tre clausole contenute nello schema ABI di "Condizioni generali di contratto per fideiussioni bancarie" (le clausole contenute negli artt. 2 c.d. clausola di reviviscenza, 6 c.d. clausola di deroga all'art. 1957 c.c. ed 8 c.d. clausola di sopravvivenza) e precisava

che «[i]n definitiva, la valutazione concorrenziale dello schema in esame non riposa, come ripetutamente sostenuto dall'ABI, sulla constatazione della sua difformità dal regime civilistico, profilo questo irrilevante dal punto di vista antitrust, quanto piuttosto, va ribadito, sulla previsione uniforme da parte dell'associazione di categoria di una disciplina di dettaglio che aggrava la posizione del fideiussore, incidendo sulla caratterizzazione dell'offerta bancaria» (punto 36 del parere), concludendo che «(...) lo schema negoziale in esame (il contratto di fideiussione omnibus, ndr), presenti clausole idonee a restringere la concorrenza, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 287/90» (punto n. 50 del parere). Con successivo provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005 (doc. 15), la Banca d'Italia accertava che le clausole nn. 2, 6 e 8, nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma 2, lett. a) della legge 287/1990.

La casistica giudiziaria, negli ultimi anni, ha registrato numerose controversie finalizzate all'ottenimento della tutela reale da parte dei fideiussori proprio per effetto delle suddette determinazioni amministrative.

Le soluzioni giuridiche, non sempre omogenee, hanno contribuito a creare la situazione descritta nell'ordinanza interlocutoria laddove si descrive la situazione di confusione giurisprudenziale e si afferma *“non vi è poi accordo in ordine all'individuazione del tipo di nullità, essendo state prospettate, oltre alle già menzionate nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, una nullità per illiceità dell'oggetto (limitata al vantaggio che l'impresa ha tratto dalla stipulazione del contratto a valle), una nullità derivata (riconducibile a quella dell'intesa a monte, in virtù del collegamento funzionale esistente con il contratto a valle) o una nullità di protezione (prevista a tutela del soggetto danneggiato dall'intesa, e quindi deducibile esclusivamente da quest'ultimo). Discussa è altresì la configurabilità di una nullità parziale, come quella ravvisata nel caso in esame dalla sentenza impugnata, e ciò in ragione della diversità delle parti del contratto a valle, rispetto a quelle dell'intesa a monte, e della conseguente difficoltà di stabilire se le prime avrebbero ugualmente prestato il proprio consenso, in mancanza delle clausole riproduttive del contenuto dell'intesa: indagine, questa, che nel caso della fideiussione bancaria potrebbe risultare peraltro superflua, ove si consideri che, nonostante l'espunzione delle predette clausole, la banca può avere interesse a conservare la garanzia, non essendo certo che il debitore sia in grado di offrirne altre in sostituzione”*.

2. La sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducti il modello anticoncorrenziale (modello ABI del 2003) sottoposto al vaglio della Banca d'Italia: l'alternanza tra le teorie fondate sul principio di conservazione del contratto, sulla nullità integrale e sulla esistenza del solo rimedio risarcitorio.

Il tema centrale introdotto dal presente ricorso riguarda l'accertamento della sorte giuridica dei contratti di fideiussione riproducti il modello anticoncorrenziale: si tratta di verificare se, affermata l'esistenza dell'intesa 'a monte', essa riverberi automaticamente i propri effetti sui contratti stipulati 'a valle'.

Il tema esige un inquadramento preliminare sul contesto normativo di fondo perché, solo prendendo le mosse da una adeguata ricostruzione sistematica, è possibile fare un minimo di chiarezza all'interno del complesso dibattito giuridico.

La Legge 287/90 recante *“Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”* ha disciplinato due di-

verse forme di violazione della concorrenza le quali, ove attuate, procurano una sensibile alterazione degli assetti del mercato: si tratta delle intese restrittive della concorrenza (art. 2 l. 287/90) e dell'abuso di posizione dominante (art. 3 l. 287/90).

Le norme su indicate sono finalizzate a prevenire quelle condotte delle imprese (singole o associate) che indeboliscono ed incidono sulla competizione economica nazionale, falsandola in modo rilevante. In particolare:

- l'art. 2, co. 3 della legge cit. specifica che *“le intese vietate sono nulle ad ogni effetto”* così pure l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea;

- L'art. 33 della legge del 1990 n. 287 codifica l'azione di nullità (dell'intesa) ed il risarcimento del danno con riferimento all'art. 2 cit., specificando che si tratta di azione da promuovere dinanzi al tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'art. 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168 e successive modificazioni.

- l'art. 140 bis del Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005) circoscrive l'azione *“all'accertamento della responsabilità e alla condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni”* come ristoro *“del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”*.

La mancata previsione di una nullità testuale del contratto *“a valle”* è ricavabile peraltro dalle norme di matrice europeistica. Il Regolamento (CE) del 16 dicembre 2002, n.1/2003, riguardante l'applicazione delle regole di concorrenza indicate negli articoli 81 e 82 del trattato, esplicita il solo rimedio risarcitorio.

Nella direttiva 2014/104/UE non si rinviene alcuna disposizione che tratteggi la nullità del singolo contratto stipulato dal soggetto danneggiato dall'intesa restrittiva della concorrenza.

Ancora, il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3 (*“Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea”*) ha confermato l'impianto sinora ricostruito (in termini di tutela risarcitoria) nel quale la fattispecie di nullità testuale è riferibile alla sola nullità degli accordi anticoncorrenziali tra le imprese.

L'art. 1 del d.lgs. da ultimo citato afferma che “1. *Il decreto disciplina, anche con riferimento alle azioni collettive di cui all'art. 140 bis del codice di consumo, il diritto al risarcimento del danno in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto alla concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese. 2. Il danno comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni*”.

La legislazione europeistica e nazionale dunque non regola testualmente la sorte dei c.d. contratti “a valle” (ovvero di quegli atti conclusi da terzi con le imprese che hanno posto in essere le intese illecite), i quali sfuggono ad un inquadramento specifico.

La mancata introduzione di una norma *ad hoc* spinge questo Ufficio ad interrogarsi sulle ragioni per cui il legislatore non abbia inteso regolamentare il regime da applicare ai contratti conseguenti all'intesa anticoncorrenziale.

Bisogna domandarsi se si tratta di una lacuna dell'ordinamento giuridico facilmente colmabile con il regime civilistico delle nullità negoziali oppure di una scelta consapevole del legislatore per evitare che i rapporti consecutivi siano essi stessi travolti dalle intese anticoncorrenziali.

Va osservato che l'esperienza di alcuni paesi stranieri, ad es. la Germania, evidenzia soluzioni pratiche nelle quali è molto netta la distinzione tra i contratti esecutivi di un'intesa anticoncorrenziale (*ancillary contracts*) dai contratti consecutivi ad un'intesa anticoncorrenziale.

I primi si pongono in “*inscindibile nesso causale*” con l'intesa anticoncorrenziale mentre i secondi sono quei contratti stipulati con i terzi estranei all'intesa anticoncorrenziale in esecuzione della stessa.

La nullità contrattuale viene relegata alle sole ipotesi dei c.d. contratti esecutivi (*ancillary contracts*), ovvero dei contratti stipulati tra coloro che hanno partecipato all'accordo, mentre i contratti stipulati con i soggetti estranei all'accordo rimangono svincolati dal regime delle nullità perché “*l'estensione a tutti i contratti consecutivi della sanzione della nullità darebbe luogo a conseguenze imprevedibili ed incontrollabili oltre che ad alterazioni dell'assetto economico*”².

Questa è la riflessione da cui partire per verificare se tra i due poli (intesa anticoncorrenziale a monte e

contratti c.d. a valle) vi sia un legame di **inscindibile nesso causale** che condiziona la sorte dell'intesa alla sorte giuridica del contratto consecutivo.

Su questo tema coesistono almeno tre principali orientamenti.

Il primo orientamento, probabilmente quello più risalente nel tempo, è stato valorizzato recentemente dalla decisione della corte di cassazione 26 settembre 2019, n. 24044.

In proposito si afferma che dall'accertamento di un'intesa vietata ai sensi dell'art. 2 della L. 287/1990 non deriverebbe l'invalidità dei contratti stipulati a valle di tale intesa. Tali negozi rimarrebbero infatti del tutto autonomi: la parte che si assume lesa dalla condotta anticoncorrenziale potrebbe beneficiare solo della tutela risarcitoria, ma non della tutela ‘reale’.

Questo orientamento in realtà trae spunti concreti dalla pronuncia Cass. Civ., S.U. 20 febbraio 2005, n. 2207 e recepisce alcune posizioni dottrinali che affermano l'impossibilità di riconoscere specifici profili di invalidità dei contratti stipulati a valle dell'intesa.

La condotta anticoncorrenziale, secondo l'impostazione in oggetto, non sarebbe tale da condizionare la tipologia e la struttura del rapporto negoziale finale, né si tratterebbe di una condotta che va ad incidere sugli elementi essenziali dello stesso (cfr. sul punto, tra le molte decisioni di legittimità, Cass. Civ. 11 giugno 2003, n. 9384; Cass. Civ. 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. Civ. 20 giugno 2011, n. 13486; per il merito Tribunale Treviso, 26 luglio 2018, n. 1623; Tribunale Napoli, 1 marzo 2018, n. 2338; Tribunale Spoleto 14 marzo 2019, n. 197, Tribunale Busto Arsizio 26 maggio 2020, n. 513, Tribunale Rimini, 4 giugno 2021, Tribunale Monza 14 settembre 2021).

Si applica in materia il combinato disposto degli artt. 2 e 33 della L. 287/90: sono norme, come detto in premessa, che sanciscono la sola nullità dell'intesa e prevedono il possibile risarcimento del danno derivante dalla stessa intesa, non essendo prevista la nullità dei contratti stipulati “a valle”.

Una sorta di responsabilità di natura precontrattuale da cui nascono obbligazioni risarcitorie (ai sensi dell'art. 1338 c.c.).

Ne deriva dunque l'impossibilità per i singoli utenti bancari di avvalersi della sanzione di nullità prevista dalla norma antitrust dal momento che “*i destinatari diretti delle norme antimonopolistiche sono solo gli imprenditori commerciali del settore di riferi-*

² Corte Suprema Tedesca BHG “Zement” del 23.9.1955).

mento e non anche i singoli utenti” (così per la giurisprudenza di merito tribunale di Napoli, sentenza n. 2338/19).

L’adesione a questo orientamento, secondo parte della dottrina, sarebbe in grado di rendere vani gli obiettivi concretamente perseguiti dalla normativa antitrust e dagli approdi giurisprudenziali, quali recepiti anche dal D.Lgs 3/2017 laddove, a livello generale, inquadra le norme a tutela della concorrenza e del mercato come norme che espandono i propri effetti oltre la mera intesa, tutelando direttamente anche il consumatore.

A questo orientamento si contrappone altra tesi volta ad affermare, con specifico riguardo alle fideiussioni omnibus, **la nullità delle singole clausole**, già censurate da Banca d’Italia e AGCM, qualora letteralmente trasposte nei contratti sottoscritti dai consumatori.

Le clausole derivanti dall’intesa vengono inquadrate nella categoria della nullità per illiceità del loro oggetto. Ne consegue che, accertata l’identità tra le clausole concordate dall’ABI (nello specifico, le clausole nn. 2, 6 e 8) con quelle specificatamente sottoscritte dal consumatore, dette clausole dovranno essere ritenute nulle per illiceità derivata dagli effetti dell’intesa (sul punto, Cass. Civ., ord. 12 dicembre 2017, n. 29810; Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846; Cass. Civ. 15 giugno 2019, n. 21878; Cass. Civ. 26 settembre 2019, n. 24044).

Questo orientamento muove dalla constatazione che le clausole siano caratterizzate da illiceità dell’oggetto in quanto il contratto ‘a valle’ recepisce l’identico contenuto dell’intesa ‘a monte’, la cui invalidità è espressamente sancita da una norma imperativa (art. 2, L. 287/90).

I sostenitori dell’invalidità delle singole clausole evidenziano come l’art. 2, co. 3, della L. 287/90 espressamente sancisce la nullità delle intese restrittive della concorrenza «ad ogni effetto» e, a tal fine, richiamano anche l’art. 101 TFUE che dichiara l’incompatibilità delle intese anticoncorrenziali con il mercato dell’Unione Europea.

La conclusione cui giunge questo orientamento è quella di ritenere priva di senso logico e giuridico la nullità delle intese sganciata dai contratti consecutivi; si sostiene che in tal modo ne risulterebbe vanificata l’intera disciplina antitrust, perché verrebbe sancita la nullità delle sole intese restrittive ma non dei vincoli negoziali che di tali intese costituiscono l’estrinsecazione.

Infine, occorre dare conto di un terzo orientamento giurisprudenziale che afferma la nullità dell’intero negozio fideiussorio.

La teoria si basa sulla constatazione che il fideiussore, se avesse potuto scegliere tra più offerte esistenti sul mercato, non avrebbe concluso un contratto caratterizzato dalla presenza di clausole illecite ed incidenti in modo determinante sul consenso.

Del resto, secondo tale orientamento, anche la banca non avrebbe mai sottoscritto un contratto senza potersi avvalersi delle clausole oggetto dell’intesa restrittiva (si scorge una apertura a tale interpretazione in Cass. Civ., 22 maggio 2019, n. 13846. mentre per la giurisprudenza di merito Tribunale Taranto, n. 2127/2019 e Corte d’Appello di Bari, decisione del 15 gennaio 2020).

Si tratta di una tesi rigorosa che giunge a configurare la nullità integrale del contratto ma che, ad avviso di questo Ufficio, non trova appigli testuali dal momento che l’art. 101 del TFUE, nella previsione della “nullità di pieno diritto”, non si riferisce ai contratti conclusi dai partecipanti all’intesa con i soggetti terzi – contratti che devono essere regolati dai singoli diritti nazionali secondo la giurisprudenza europeistica in materia.

3. La tesi della esperibilità del rimedio risarcitorio quale strumento di “private antitrust enforcement” nell’ambito dei singoli contratti di fideiussione: una soluzione compatibile con il quadro giuridico di matrice europeistica e con la legislazione nazionale.

Questo Ufficio intende sollecitare una riflessione accurata sul tema e sulla reale difficoltà giuridica di pervenire all’automatismo che collega la nullità dell’intesa alla nullità derivata (totale o parziale) di tutti i contratti c.d. “a valle” dell’intesa”.

Uno stringente automatismo, come già osservato, non trova giustificazioni nella legislazione e non sembra controvertibile che l’art. 2., comma 3, della legge n. 287 restringa la nullità **al campo delle intese**: sulla base del noto canone dell’interpretazione letterale (per la cui rilevanza, da ultimo, S.U. 9 settembre 2021, n. 24413) non residuano significativi margini di dubbio sulla limitazione della nullità alle sole intese “a monte”.

I contratti fra la singola impresa (partecipante all’intesa vietata) ed il cliente sono comunque espressione dell’autonomia privata dei contraenti e l’aver

inserito all'interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anticoncorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto "a valle" di una autonoma ragion di essere e della sua validità.

A ben vedere, applicando le categorie civilistiche della nullità, si riscontrano enormi difficoltà nella ricostruzione di un quadro giuridico-sistematico che sia compatibile con le norme stesse.

Non è configurabile la nullità testuale per violazione della norma imperativa (ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.) in difetto di una norma che sia applicabile direttamente al contratto e che riguardi gli elementi stessi del contratto. Non appare applicabile nemmeno **la c.d. nullità derivata** sotto la specie del collegamento negoziale perché difettano i presupposti della fattispecie in senso tecnico, non ricorrendo il comune intento delle parti di volere l'effetto tipico dei singoli negozi posti in essere ed il coordinamento tra gli stessi per la realizzazione del fine ulteriore ovvero quello della alterazione del mercato. Va osservato che il consumatore finale non è parte dell'intesa anticoncorrenziale e stipula il contratto per un proprio interesse, in genere coincidente con il fine tipico dell'operazione posta in essere.

In sintesi:

x.1) le clausole sono in sé valide per mancanza di una norma che ne prescriva la nullità (tanto è vero che, se fosse provato che la fideiussione è stata stipulata da due soggetti privati, non sarebbe possibile sostenerne l'invalidità)

x.2) le clausole non viziano di per sé la causa complessiva del contratto "a valle" perché l'effetto anticoncorrenziale non è determinato dal contratto "a valle" e, quindi, non è predicabile nemmeno una causa illecita;

x.3) le clausole non inficiano l'intero oggetto del contratto perché risulta evidente come permanga la distinzione tra oggetto dell'intesa e oggetto del contratto "a valle";

x.4) tra l'intesa ed il contratto a valle non vi è un rapporto di strumentalità necessaria, né un collegamento negoziale nel suo significato tecnico-giuridico perché, nel qual caso, sarebbe necessario ipotizzare che i contratti siano collegati e preordinati finalisticamente al raggiungimento di un unico e comune interesse illecito consistente per l'appunto nella alterazione del mercato.

La negazione della nullità del contratto a valle si pone in coerenza con il principio di diritto dell'UE

sulla impossibilità di estendere la regola della "nullità di pieno diritto" delle intese anticoncorrenziali ai contratti "a valle" (sulle conseguenze che derivano, a norma dell'art. 85. N. 2 del trattato CEE, dalla nullità del contratto anticoncorrenziale e sulla validità degli ordini e delle consegne effettuate in forza del contratto stesso c.f.r. C.G.C.E. 14.12.1983, **in causa C-319/82**, Société de vente de ciments et bétons de l'Est SA contro Kerpen & Kerpen GmbH & Co. KG; ancora in tal senso C.G.C.E. 13.7.2006, **in causa C-295/04** Vincenzo Manfredi contro Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA³; da ultimo C.G.C.E. 20.9.2001 **in causa C-453/99**, Courage Ltd v Crehan ; cfr. per la preferenza accordata al rimedio risarcitorio anche la conclusione raggiunta dalla Commissione CEE del 23.11.1992, 93/50/CEE laddove si afferma che "...i contratti con i clienti stipulati da BT nel quadro degli accordi di impresa comune continuano ad essere validi senza alcuna modificazione... Ciò non significa che i contratti con i clienti rientrano anch'essi nel campo di applicazione dell'art. 85, paragrafo 1, unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi").

La stessa Direttiva Enforcement n. 2014/104/UE (artt. 3 e 4) esplicita la preferenza per le azioni risarcitorie collegate sia alle violazioni degli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea sia alla violazione delle disposizioni del diritto nazionale basate sugli articoli del TFUE.

La disciplina del risarcimento del danno contenuta nella Direttiva Danni si fonda sul principio della *restitutio in integrum* che mira a ristabilire la stessa situazione in cui il danneggiato si sarebbe trovato se non vi fosse stata alcuna violazione (articolo 3, paragrafo 2 della Direttiva 104).

Il principio è stato affermato tenendo conto dell'attitudine tradizionalmente "restitutoria" del risarcimento dei danni in ambito europeo, infatti l'articolo 3, paragrafo 3 della Direttiva 104 aggiunge che il pieno risarcimento non conduce ad alcuna forma di sovra-compensazione del danno subito.

³ di grande interesse le conclusioni dell'Avvocato Generale depositate nelle cause Cause riunite C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04 nelle quali si conclude che "l'art. 81 CE va interpretato nel senso che il terzo titolare di un interesse giuridicamente rilevante può far valere la nullità di un'intesa vietata dalla suddetta disposizione e può chiedere riparazione del danno subito quando sussista un vincolo di causalità fra l'intesa o la pratica concordata vietate ed il danno".

Ne discende che, anche in ambito nazionale ed in conformità con il diritto europeo, l'unica forma di tutela esperibile a fronte di intese anticoncorrenziali o di altre violazioni rilevanti ex art. 2 L. 287/1990 è quella risarcitoria da attuare sia nelle forme dell'iniziativa individuale (attraverso l'estensione pretoria della legittimazione attiva all'azione ex art. 33 L. 287/1990 ad utenti e consumatori sancita da Cass. Civ. SS.UU. 4 febbraio 2005, n. 2207), sia sotto forma di azione collettiva introdotta con l'entrata in vigore dell'art. 140 bis D.Lgs. 206/2005 la quale, non a caso, è espressamente limitata "*all'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*" ed a ristoro "*del pregiudizio derivante agli stessi consumatori ed utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*" (art. 140 bis D.Lgs. 6.9.2005 n. 206).

Si può ben sostenere che dall'intesa derivi, quale effetto inevitabile, la privazione per il fideiussore della possibilità di contrattare a condizioni diverse di quelle predisposte in via unilaterale dagli istituti di credito. Questa situazione abilita il fideiussore a richiedere il risarcimento del danno perché costretto a concludere un contratto a condizioni più onerose di quelle che avrebbe potuto ottenere su un mercato concorrenziale. Si tratta di un danno inquadabile giuridicamente nell'ambito della responsabilità precontrattuale derivante da un contratto validamente stipulato ma certamente a condizioni di minore convenienza per il fideiussore sulla base del contegno sleale di uno dei contraenti (omessa comunicazione alla controparte delle cause di illiceità del contratto conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza dall'istituto di credito).

In questa situazione, in linea teorica, il risarcimento del danno dovrà essere commisurato "al minor vantaggio o al maggior aggravio economico": si tratta di un danno che trae origine dal c.d. "scarto di convenienza" tra le condizioni del contratto stipulato in violazione delle regole di correttezza precontrattuale e le condizioni del contratto che il fideiussore avrebbe stipulato se non fosse intervenuta la limitazione imposta dal cartello tra le banche.

La soluzione proposta è stata criticata sul piano operativo: si evidenzia in proposito che l'intesa non ha influito sulle condizioni economiche del contratto di fideiussione ma solo sul piano giuridico-contrattuale, non rendendo evidente e di immediata percezione il danno (economico) subito dal fideiussore.

Dall'agire in modo sleale non deriverebbe alcun danno emergente o lucro cessante. con la conseguenza che alcun risarcimento appare quantificabile a carico dell'impresa aderente al cartello.

L'obiezione così formulata tuttavia non è sufficiente a minare le conclusioni giuridiche perché **il meccanismo di tutela non è finalizzato a garantire l'astratta correttezza dei contratti ma a garantire che la violazione della disciplina della concorrenza non produca effetti economicamente pregiudizievoli ai consumatori**, preservandoli dai danni (economici) direttamente conseguenti alla violazione delle norme antitrust.

Alcuni giuristi, sempre in termini di critica alla tesi qui configurata, hanno affermato che la sanzione consistente nell'obbligo di risarcimento compensativo dai danni subiti dal contraente (vittima del cartello) è inadeguata in quanto destinata a tutelare il singolo senza incidere direttamente sull'interesse protetto dalla normativa antitrust ovvero sul mercato e non è in grado di contribuire ad annullare i possibili guadagni dell'autore dell'illecito con una funzione di rimedio deterrente.

Questo Ufficio, nell'intento di classificare correttamente i rimedi giuridici, evidenzia, ancora una volta, l'erroneità di una ricostruzione giurisprudenziale che amplia le tutele, spingendosi ben oltre il dato normativo nella introduzione di tutele reali atipiche con il fine esclusivo di garantire l'astratta correttezza dei contratti (esulando così dal profilo economico e dal principio di autonomia privata) per affiancare al rimedio tipico (nullità dell'intesa) forme di nullità derivata atte a travolgere (in parte o per intero) i contratti a valle.

Aderire alla impostazione risarcitoria non significa volere abdicare alle tutele ma, al contrario, consente di razionalizzare il sistema giuridico nell'ambito configurato dalla legge; da qui la consapevolezza che gli eventuali danni derivanti da una contrattazione fideiussoria a valle non possono prescindere da una valutazione anche di stretta natura economica.

La teoria secondo la quale il danno (nell'ambito dei contratti di fideiussione ed in considerazione della loro peculiare natura) sarebbe da identificare con l'assetto giuridico del contratto determina una impropria sovrapposizione tra il risarcimento del danno e l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli del contratto stesso (o delle singole clausole incriminate) finendo per assorbire i due rimedi di tutela (azione di nullità ed azione risarcitoria) in un unico rimedio e

per confonderli (azione di nullità modellata come azione risarcitoria)⁴.

Una simile soluzione giuridica non trova una precisa rispondenza nel sistema normativo che invece opta per una differenziazione tipica dei rimedi e mantiene comunque distinta l'azione di nullità dall'azione risarcitoria. L'operatività del solo rimedio risarcitorio, del resto, non si pone in contrasto con quanto affermato dalle Sezioni Unite con la decisione n. 2207 del 2005 laddove si riconosce al consumatore, anch'egli "soggetto del mercato", la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa come presupposto della conseguente legittimazione all'azione di risarcimento dei danni direttamente cagionati dall'intesa⁵.

Il consumatore, in sostanza può attaccare direttamente l'intesa ma non può limitarsi ad invocare la mera coincidenza tra le clausole contrattuali sottoscritte e quelle di cui ai nn. 2, 6 ed 8 dello schema ABI quale prova esclusiva ed univoca della limitazione di concorrenza a suo danno: **la natura della fideiussione, avente funzione di supporto rispetto al contratto principale, amplia la scelta del contraente e la inserisce sul piano della intera operazione creditizia.**

La fideiussione accede con carattere di accessorietà al contratto di apertura di credito e la causa negoziale, anche laddove vi sia intesa anticoncorrenziale a monte, rimane pur sempre **quella della concessione della garanzia e del correlato interesse (anche economico) ad ottenere la garanzia** per poter accedere al credito. La struttura della fideiussione dunque differisce profondamente dalla struttura del contratto assicurativo dove l'intesa anticoncorrenziale influisce, con efficacia causale diretta, sul prezzo della intera operazione generando un aumento immediato del premio di polizza.

In conclusione, la mera connessione oggettiva tra l'intesa anticoncorrenziale e la fideiussione - a causa della peculiarità del contratto di fideiussione - non

⁴ La preoccupazione, in sostanza, era quella di apprestare tutela al consumatore finale in quanto soggetto del mercato (tutelato dalla legge n. 287); in questa ottica, sarebbe stato più corretto argomentare di accertamento incidentale della nullità dell'intesa ai fini del risarcimento.

⁵ In questa dimensione, le S.U., a ben vedere, non si occupano della validità dei contratti a valle e le sentenze (in tema di contratto di r.c.a.) continuano ad argomentare di azione di risarcimento conseguente alla nullità dell'intesa.

giustifica la configurabilità di una tutela reale atipica sotto forma di azione di nullità ma rende legittima l'azione risarcitoria laddove si dimostri il maggior aggravio economico derivante dall'operazione complessiva, eventualmente anche in via equitativa ex art. 1226 c.c. come danno da "perdita di chance" per la mancata possibile scelta sul mercato, da parte del fideiussore, di un contratto di garanzia a condizioni più favorevoli.

5. Conclusioni

Questo Ufficio conclude auspicando che le S.U. vogliano enunciare il seguente principio di diritto: **"dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, nella specie per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti a valle mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specificazione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito - previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa"**.

Facendo applicazione del principio di diritto sopra esplicitato il ricorso merita di essere accolto quanto ai primi due motivi.

Il primo (**violazione e la falsa applicazione degli artt. 1936 e ss. cod. civ., dell'art. 2697 cod. civ. e degli artt. 2, 13 e 15 della l. n. 287 del 1990**) ed il secondo motivo (**violazione e falsa applicazione degli artt. 2 legge 287/1990 e 1418-1936 e ss c.c.**) rivestono carattere centrale ed assorbente e possono essere esaminati congiuntamente a causa degli stretti profili di connessione tra gli stessi.

Nel caso in esame, la corte ha applicato il rimedio della nullità al di fuori degli schemi normativi, facendo ricorso alla c.d. nullità virtuale ed all'improprio automatismo che collega la nullità dell'intesa alla nullità derivata parziale del contratto c.d. "a valle" dell'intesa". La corte distrettuale non ha tenuto in debita considerazione che, nel caso di specie, in assenza di testuale sanzione di nullità, l'effettività della norma imperativa è garantita dalla previsione di rimedi risarcitori.

In merito alle argomentazioni giuridiche si richiama quanto già affermato sub 3) sulla esperibilità, a beneficio del fideiussore, del rimedio risarcitorio quale strumento di “*private antitrust enforcement*” nell’ambito dei singoli contratti di fideiussione.

Con il terzo motivo di ricorso si lamenta violazione di legge e omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, già oggetto di discussione tra le parti, con riferimento alla clausola del contratto di fideiussione in questione, c.d. “a prima richiesta e senza eccezioni” che, a dire del ricorrente, portava a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia. Negozio cui era naturalmente estranea la disciplina dell’art. 1957 c.c., secondo consolidata giurisprudenza di legittimità, indipendentemente dalla previsione contenuta nell’art. 6 del contratto dichiarato nullo.

Le conclusioni già rassegnate sui primi due motivi consentono di ritenere assorbito l’esame del terzo motivo. Infine, il quarto motivo (si lamenta violazione dell’art. 2043 c.c.) è infondato. Il motivo non è di immediata lettura perché non specifica in cosa consista la violazione dell’art. 2043 c.c.

La corte territoriale, nel riconoscere il risarcimento del danno (non patrimoniale) da informazione inesatta, ha fatto uso del rimedio risarcitorio quale strumento di “*private antitrust enforcement*”, ancorandolo direttamente alle pratiche commerciali vio-

lative della normativa antitrust, che, in quanto idonee a provocare distorsioni sul mercato, avrebbero l’effetto di provocare effetti dannosi anche nei confronti di soggetti non imprenditori, e quindi non concorrenti, trattandosi di vere e proprie lesioni della libertà contrattuale tutelata dall’art. 41 della costituzione.

In questo ambito, non è da escludere astrattamente che il danno all’immagine (a causa delle difficoltà di accesso al credito bancario) possa rientrare nelle conseguenze che derivano dalla adozione generalizzata di moduli anticoncorrenziali in difetto di una contrattazione individualizzante.

In conclusione, questo Ufficio insiste perché le Sezioni Unite accolgano il primo ed il secondo motivo di ricorso previo assorbimento del terzo motivo e contestuale rigetto del quarto motivo;

P.Q.M.

Chiede che le Sezioni Unite accolgano il primo ed il secondo motivo di ricorso previo assorbimento del terzo motivo e contestuale rigetto del quarto motivo

Roma il

Per il Procuratore Generale
Luisa DE RENZIS

Sent. Civile sez. Un. Num. 41994 Anno 2021
Presidente: RAIMONDI GUIDO
Relatore: VALITUTTI ANTONIO
Data pubblicazione: 30/12/2021

SENTENZA

sul ricorso 20438-2016 proposto da:
XXXXXXX, nella qualità di procuratore di
XXXXXXXXXX, elettivamente domiciliata in
XXXX, XXX XXXX, presso lo studio dell’avvocato
XXXXXXXXXX, che la rappresenta e difende;

- **ricorrente** -

contro

XXXXXXXXXX, elettivamente domiciliato in
XXX, VIA XXX, presso lo studio dell’avvocato
XXXXXXXXXX,

che lo rappresenta e difende;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 3746/2016 della CORTE D’APPELLO di ROMA, depositata il 11/06/2016.

Udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 23/11/2021 dal Presidente ANTONIO VALITUTTI;

lette le conclusioni scritte del Sostituto Procuratore Generale LUISA DE RENZIS, il quale chiede che le Sezioni Unite accolgano il primo ed il secondo motivo di ricorso previo assorbimento del terzo e contestuale rigetto del quarto.

FATTI DI CAUSA

1. La società XXXXXXXXXXXX stipulava con la XXXXXXXX (ora XXXXXXXXXXXXX), in data 22

aprile 2004, un contratto di conto corrente e successivamente, in data 13 giugno 2006, un contratto di finanziamento, sotto forma di mutuo, per l'importo complessivo di Euro 75.000,00. A garanzia di tali rapporti, la banca richiedeva il rilascio di due distinte fideiussioni, fino a concorrenza della somma di Euro 166.000,00, che venivano sottoscritte da XXXXX, socio della XXXX, rispettivamente in data 10 maggio 2004 e 13 giugno 2006. Con successive raccomandate del 9 febbraio 2009, del 27 maggio 2009, dell'8 giugno 2009, e infine del 24 febbraio 2010, l'istituto di credito comunicava, peraltro, alla debitrice principale la risoluzione dei contratti, chiedendo la restituzione del relativo scoperto.

1.1. In data 8 agosto 2011, XXXXXXXX depositava, pertanto, presso il Tribunale di Torino, ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale chiedeva la condanna del Bosco al pagamento - in relazione alle due fideiussioni - delle somme di Euro 56.795,37 e di Euro 50.385,34. Il Tribunale adito emetteva, quindi, in data 9 agosto 2011, il richiesto provvedimento monitorio, nei confronti del quale l'intimato proponeva rituale opposizione, a norma dell'art. 645 cod. proc. civ. Con ordinanza del 30 dicembre 2012, il procedimento veniva, tuttavia, sospeso - su istanza dell'opponente - ai sensi dell'art. 295 cod. proc. civ., avendo il medesimo instaurato, nelle more del giudizio di opposizione, altro procedimento dinanzi alla Corte d'appello di Roma.

1.2. Con atto di citazione notificato il 23 novembre 2011, XXXXXXXX aveva, invero, evocato dinanzi alla Corte d'appello di Roma in unico grado, ai sensi dell'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (nel testo applicabile *ratione temporis*), XXXXXXXXXX, chiedendo dichiararsi radicalmente nulli, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, i contratti di fideiussione del 22 aprile 2004 e del 13 giugno 2006, e per l'effetto dichiararsi che nulla era dovuto dal XXX all'istituto di credito convenuto, del quale chiedeva la condanna al risarcimento di tutti i danni subiti, patrimoniali e morali, nonché alla cancellazione del nominativo dell'attore dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

In via subordinata, ferma la richiesta di cancellazione dalla Centrale Rischi, il XXXX chiedeva dichiararsi la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, delle sole clausole contenute negli articoli 2, 6 e 8 dei predetti contratti di fideiussione, e dichiararsi che nulla era dovuto dal medesimo alla banca, per i debiti di

XXXXXXXXXX, a causa dell'intervenuta decadenza dell'istituto di credito, ai sensi dell'art. 1957 cod. civ. Osservava, invero, l'attore che la banca convenuta aveva depositato il ricorso per decreto ingiuntivo, con il quale aveva proposto le sue istanze nei confronti del fideiussore, solo in data 8 agosto 2011, ossia ben oltre il termine di sei mesi previsto dalla norma succitata dall'ultima raccomandata, emessa in data 24 febbraio 2010, con la quale i rapporti in corso con la debitrice principale erano stati risolti.

1.2.1. Nel giudizio si costituiva XXXXXXXXXXXX, nella qualità di procuratore di XXXXXXXXXXXX, chiedendo il rigetto delle domande proposte dall'attore e l'accertamento della validità ed efficacia delle fideiussioni sottoscritte dal XXX, nonché della piena legittimità della segnalazione del nominativo del medesimo alla Centrale Rischi della Banca d'Italia.

1.2.2. Con sentenza n. 3746/2016, depositata l'11 giugno 2016 e notificata il 13 giugno 2016, la Corte d'appello di Roma così provvedeva: a) dichiarava la nullità, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, delle clausole contenute negli articoli nn. 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causa; b) respingeva la domanda di risarcimento del danno patrimoniale; c) condannava XXXXXXXX, nella qualità di procuratore di XXXXXXXXXXXX, al pagamento in favore di XXXXXXXXXXXX, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, della somma di Euro 5.000,00, oltre interessi legali dalla pubblicazione della sentenza al soddisfo; d) ordinava la cancellazione della segnalazione del nominativo del XXXXX alla Centrale Rischi della Banca d'Italia; e) condannava XXXXXXXX, nella predetta qualità, alle spese del giudizio di appello.

2. Avverso tale pronuncia XXXXXXXX, nella qualità di procuratore di XXXXXXXX, ha proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, illustrati con memoria. L'intimato XXXXXXXX ha resistito con controricorso e con memoria.

3. Con ordinanza Interlocutoria n. 11486/2021, depositata il 30 aprile 2021, la Prima Sezione civile di questa Corte, investita del ricorso, ha rilevato che sulla questione relativa alla tutela riconoscibile al soggetto che abbia stipulato un contratto di fideiussione a valle, in caso di nullità delle condizioni stabilite nelle intese tra imprese a monte, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, non vi è accordo in dottrina ed in giurisprudenza, essendosi - in sostanza - delineate tre soluzioni: a) nullità totale del contratto a valle; b) nullità

parziale di tale contratto, ossia limitatamente alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) tutela risarcitoria.

La sezione ha, pertanto, rimesso la controversia - ritenendo che la questione che ne costituisce oggetto sia di particolare valore nomofilattico, e rappresenti, quindi, una questione di massima di peculiare importanza, anche in considerazione della frequente ricorrenza della fattispecie - a queste Sezioni Unite, perché venga stabilito: 1) se la coincidenza totale o parziale con le condizioni dell'intesa a monte - dichiarata nulla dall'organo di vigilanza di settore - giustifichi la dichiarazione di nullità delle clausole accettate dal fideiussore, nel contratto a valle, o legittimi esclusivamente l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno; 2) nel primo caso, quale sia il regime applicabile all'azione di nullità, sotto il profilo della tipologia del vizio e della legittimazione a farlo valere; 3) se sia ammissibile una dichiarazione di nullità parziale della fideiussione; 4) se l'indagine a tal fine richiesta debba avere ad oggetto, oltre alla predetta coincidenza, la potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia, ovvero l'esclusione di un mutamento dell'assetto d'interessi derivante dal contratto.

4. Il Procuratore Generale ha concluso per l'accoglimento del primo e secondo motivo, assorbito il terzo e rigettato il quarto.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con i quattro motivi di ricorso - che, per la loro evidente connessione, vanno esaminati congiuntamente - XXXXXXXXXXXX denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1362, 1418, 1936 e ss., 2043 e 2697 cod. civ., 100 cod. proc. civ., 2, 13 e 15 della legge n. 287 del 1990, nonché l'omesso esame di un fatto decisivo per la controversia, in relazione all'art. 360,

primo comma, nn. 3 e 5 cod. proc. civ.

1.1. Avrebbe anzitutto errato la Corte d'appello, ad avviso della banca ricorrente, nel ritenere «palese e incontestato» che le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale standardizzato adottato dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), e dichiarato parzialmente nullo dalla Banca d'Italia, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, per violazione dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287/1990, «siano state esattamente riprodotte nei due contratti di fideiussione per cui è causa». La Corte di merito avrebbe,

invero, erroneamente ritenuto come avente valore di «prova privilegiata» la produzione in giudizio, da parte del XXXX, di tale provvedimento, sebbene nessuna sanzione fosse stata adottata da parte dell'Autorità Garante nei confronti di XXXXXXXXX. Nessuna prova vi sarebbe, dunque, che le clausole contenute nelle fideiussioni sottoscritte dal XXXX sarebbero del tutto coincidenti con quelle dello schema contrattuale dell'ABI, prese in esame dalla Banca d'Italia e considerate illegittime per violazione della norma succitata.

Né tanto meno - a parere della ricorrente - vi sarebbe agli atti prova alcuna che XXXXXXXXXXXX, neppure menzionata nel provvedimento n. 55 del 2005, avesse in qualche modo partecipato al predetto accordo anticoncorrenziale.

1.2. Rileva, poi, XXXX che la nullità di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990 «colpisce solo l'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, ma non si trasmette ai contratti stipulati a valle di tale intesa, che sono e restano validi ed efficaci, non essendo ravvisato riguardo ad essi nessuno dei vizi che determinano la nullità ex art. 1418 c.c.». Ne conseguirebbe - ad avviso dell'istante - che la fattispecie non potrebbe «essere ricostruita che in termini di risarcimento per fatto illecito, dovendosi, viceversa, escludere qualsivoglia patologia riconducibile nell'alveo della nullità contrattuale». Pertanto, le clausole derogative delle norme codicistiche in materia di fideiussione non potrebbero essere ritenute affette da «nullità derivata», dovendo, per contro, ritenersi tali clausole - in quanto espressione di autonomia privata, essendo contenute nei singoli accordi conclusi tra banca e cliente - pienamente valide, mentre resterebbero «inficcate le sole intese di cartello tra le imprese che inseriscono delle clausole in uno schema standard generalizzato, determinando un sintomatico abbandono della disciplina legale in senso ritenuto inferiore per il fideiussore».

1.3. Del pari errato sarebbe, a parere dell'espone, l'assunto della Corte romana, laddove ha affermato che i due contratti in questione non sarebbero qualificabili come contratti autonomi digaranzia, bensì come «contratti a garanzia di operazioni bancarie», rientranti entrambi nello schema della «fideiussione omnibus», e laddove ha - di conseguenza - escluso che rilevi, nella specie, la pacifica derogabilità di alcune norme della disciplina legale della fideiussione, tra le quali l'art. 1957 cod. civ. La Corte avrebbe, invero, erroneamente affermato che «l'ille-

cito concorrenziale non riguarda la possibilità per i contraenti di una fideiussione di stipulare contratti atipici, bensì il fatto che la standardizzazione delle condizioni generali di contratto comporti disposizioni contrastanti con l'art. 2, comma 2, lett. a) l. 287/1990, "nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme"».

Siffatta impostazione contrasterebbe, peraltro, ad avviso di XXXXXX, con l'art. 7 dei contratti di fideiussione per cui è causa, ai sensi del quale il fideiussore sarebbe tenuto all'immediato pagamento di quanto dovuto alla banca, in forza del rapporto di garanzia, «a semplice richiesta scritta» della banca medesima, e «indipendentemente da eventuali eccezioni del debitore». La clausola evidenzerebbe, pertanto, che si tratta di contratti autonomi di garanzia (o garanzie «a prima richiesta»), ai quali non si applica la norma di cui all'art. 1957 cod. civ. Ne deriverebbe che la Corte di merito sarebbe, altresì, incorsa, oltre che nella violazione degli artt. 1362 e ss. in tema di interpretazione dei contratti, anche nella violazione dell'art. 100 cod. proc. civ., nessun interesse potendo vantare il XXX a far valere la nullità delle predette clausole, attesa la pacifica derogabilità del disposto dell'art. 1957 cod. civ. nei contratti autonomi di garanzia.

1.4. Di più, rileva l'istante che nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo il XXXX aveva proposto esclusivamente l'eccezione di nullità della clausola derogativa del disposto dell'art. 1957 cod. civ., e nulla aveva contestato in ordine alla dedotta nullità, di cui all'art. 2 della legge n. 287 del 1990, degli artt. 2 e 8 degli impegni di garanzia, ossia le cd «clausole di reviviscenza» dell'impegno di garanzia, in caso di estinzione del rapporto tra il creditore ed il debitore principale e di conseguente obbligo per la banca di restituire le somme riscosse in forza di tale rapporto. Per cui, una volta esclusa la violazione dell'art. 1957 cod. civ., nessun risarcimento del danno all'immagine poteva essere riconosciuto al XXXX dalla Corte d'appello, che sarebbe - di conseguenza - incorsa nella violazione anche dell'art. 2043 cod. civ.

2. Le censure sono infondate ed in parte inammissibili.

2.1. Va anzitutto rilevato che, a norma dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990: «1. Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali; [...].

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto».

2.2. Ebbene, nell'ottobre del 2002, l'ABI (Associazione Bancaria Italiana) ebbe a predisporre uno schema negoziale tipo per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie, che - prima della diffusione tra gli istituti di credito - fu comunicato alla Banca d'Italia, all'epoca Autorità Garante della Concorrenza tra gli Istituti di Credito, la quale, nel novembre 2003, avviò un'istruttoria finalizzata a verificare la compatibilità dello schema contrattuale di «fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie», predisposto dall'ABI, con la disciplina dettata in materia di intese restrittive della concorrenza. A tal fine, la Banca d'Italia interpellò - in via consultiva - l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale - nel parere n. 14251 - ebbe ad evidenziare come la disciplina della «fideiussione omnibus», di cui allo schema predisposto dall'ABI, presentava clausole idonee a restringere la concorrenza, poiché suscettibili - in linea generale - «di determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilità di accesso al credito», nonché, nei casi di fideiussioni a pagamento, «di accrescere il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore».

2.2.1. I rilievi critici dell'Autorità Garante riguardarono, in particolare, le clausole nn. 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale, e precisamente: a) la cd. «clausola di reviviscenza», secondo la quale il fideiussore è tenuto «a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo» (art. 2); b) la cd. «clausola di rinuncia ai termini ex art. 1957 cod. civ.», in forza della quale «i diritti derivanti alla banca dalla fideiussione restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta ad escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art. 1957 cod. civ., che si intende

derogato» (art. 6); c) la cd. «clausola di sopravvivenza», a termini della quale «qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate».

2.2.2. Sulla scorta di tale parere, e rilevato che dall'istruttoria espletata era emerso che diverse banche avevano ormai adottato lo schema predisposto dall'ABI, e che dai dati raccolti era altresì risultato che la maggior parte delle clausole esaminate fosse stata ritenuta dalle banche applicabile anche ai contratti stipulati da soggetti privati, in qualità di fideiussori, la Banca d'Italia ha emesso il menzionato provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005.

2.2.2.1. Nel provvedimento l'Autorità Garante ha anzitutto osservato che «le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla "fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie", in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90, laddove recita: "Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordati tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari"».

2.2.2.2. L'Autorità ha, quindi, rilevato che le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti. «Relativamente a quest'ultimo profilo, la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI».

2.2.2.3. Il provvedimento ha posto, infine, l'accento sul fatto che - mentre altre clausole contenute nello schema esaminato non comportano un ingiustificato aggravio della posizione del fideiussore, in quanto funzionali a garantire l'accesso al credito bancario - «per la clausola relativa alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957 cod. civ. e per le c.d. clausole di "sopravvivenza" della fideiussione non sono emersi elementi che dimostrino l'esistenza di un legame di funzionalità altrettanto stretto. Tali clausole, infatti, hanno lo scopo precipuo di addossare al fideiussore le conseguenze negative derivanti dall'inosservanza degli obblighi di diligenza della banca ovvero dall'invalidità o dall'inefficacia dell'obbligazione principale e degli atti estintivi della stessa».

2.2.2.4. Il provvedimento ha disposto, in conclusione: «a) gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengano applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'articolo 2, comma 2, lettera a), della legge n. 287/90; b) le altre disposizioni dello schema contrattuale non risultano lesive della concorrenza».

2.3. A seguito di tali fatti, si è - pertanto - posta nel presente giudizio la questione, rimessa al vaglio di queste Sezioni Unite, degli effetti che, sulle fideiussioni stipulate a valle tra XXXXXX e XXXXXX, abbia prodotto l'illecito antitrust rilevato, a monte, dal provvedimento della Banca d'Italia, ovvero se, nel caso di fideiussioni rilasciate dal cliente della banca, nelle quali siano state inserite le predette clausole, la cui natura anticoncorrenziale è stata accertata dall'Autorità competente, al garante spetti una tutela «reale», ossia a carattere «demolitorio», oppure una tutela esclusivamente risarcitoria.

2.4. Ebbene, occorre muovere, in proposito, dal rilievo che, se in forza dell'art. 41, primo comma, Cost., «l'iniziativa economica privata è libera», tuttavia la stessa norma si preoccupa di precisare, al secondo comma, che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale», mentre al terzo comma soggiunge che «la legge determina i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». In forza della previsione costituzionale, pertanto, la «concorrenza» tra imprese si connota come una situazione di mercato che postula una grande libertà di accesso all'attività economica da parte degli imprenditori, ma altresì una altrettanto ampia possibilità di libera scelta per gli acquirenti e, in generale, la possibilità per ciascuno di cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato, o proporre nuove opportunità, senza imposizioni da parte dello Stato o vincoli predeterminati da coalizioni d'impresa.

Di qui l'introduzione, in pressochè tutti i Paesi occidentali, della disciplina antitrust, che regola i rapporti tra imprenditori e consente un corretto svolgimento dei rapporti concorrenziali.

2.4.1. Al bilanciamento tra le giustapposte esigenze di garanzia della libera esplicazione della iniziativa economica privata e della tutela dei consumatori - quali soggetti del mercato al pari degli imprenditori - ha provveduto, quindi, in Italia, la legge antitrust n. 287 del 1990, il cui art. 2 considera - come

si è visto - vietate le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare - in qualsiasi forma e in maniera sostanziale - il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

2.4.2. Nello stesso senso, l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (originario art. 81 del Trattato CE e, ancor prima, art. 85 del Trattato di Roma) - in applicazione dell'art. 3, secondo cui «L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori»: [...] b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; [...]» - dispone: «1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; [...].

2. «Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto».

2.5. Tale essendo il quadro normativo - interno ed europeo - di riferimento, va, tuttavia, osservato che il formante giurisprudenziale in materia è quanto mai variegato ed articolato, e non offre soluzioni univoche.

2.5.1. Una prima decisione sul tema ha, nondimeno, effettuato talune importanti precisazioni, sulle quali dovrà ritornarsi in prosieguo. Si è, per vero, affermato che l'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (cosiddetta legge "antitrust"), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le «intese» fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non ha inteso riferirsi solo alle «intese» in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare «voluti». Il legislatore - infatti - con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in realtà ed in senso più ampio, proibire il fatto della distorsione della concorrenza, in quanto si renda conseguenza di un perseguito obiettivo di coordinare, verso un comune interesse, le attività economiche.

Tale distorsione ben può essere il frutto anche di comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali». Si rendono - così - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici [n.d.r. come nel caso oggetto del presente giudizio] meramente «unilaterali». (Cass., 01/02/1999, n. 827).

2.5.2. Una successiva decisione in materia ha affrontato lo specifico tema delle tutele azionabili dal privato, cliente della banca, che abbia stipulato un contratto di fideiussione che riproduca, in tutto o in parte il contenuto di un'intesa conclusa in violazione della succitata normativa antitrust, escludendo in radice la legittimazione del consumatore a proporre una qualsiasi forma di azione.

Nella decisione in parola la Corte ha, infatti, affermato che, in tema di normativa per la tutela della concorrenza e del mercato apprestata dalla legge n. 287 del 1990, ed alla luce di quella che è la caratterizzazione tecnica degli istituti in essa delineati, lo strumento risarcitorio - connesso alla violazione dei divieti di intese restrittive della libertà della concorrenza, e di abuso di posizione dominante, in essa normativa fissati rispettivamente agli artt. 2 e 3, contemplato dall'art. 33 ed in quella sede rimesso, per la sua cognizione (nel testo applicabile *ratione temporis*), alla competenza esclusiva della Corte di Appello in un unico grado di giudizio di merito - non è aperto - in quanto tale - alla legittimazione attiva dei singoli c.d. «consumatori finali» (Cass., 09/12/2002, n. 17475).

2.5.3. Un'altra pronuncia, invece, quasi coeva alla precedente, pur estendendo la legittimazione a far valere la nullità dell'intesa anche ai privati, non imprenditori, che abbiano stipulato contratti a valle, ha, tuttavia, ristretto la tutela alla proponibilità della sola azione risarcitoria, escludendo in radice la tutela reale. Al riguardo, si è statuito, infatti, che dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, emessa dalla Autorità Antitrust ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287 del 1990, non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni nei confronti delle imprese da parte dei clienti (Cass., 11/06/2003, n. 9384).

2.5.4. La svolta decisiva è segnata in materia - in termini di maggiore tutela dei privati - da una sentenza di queste Sezioni Unite, secondo la quale la legge antitrust n. 287 del 1990 detta norme - segnatamente l'art. 2 - a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo, al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata. Al riguardo va tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto «a valle» costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti.

Ne discende che, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 cod. civ., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione «a monte», ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma - nel testo vigente al tempo della pronuncia - alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello.

2.5.4.1. Va rilevato, al riguardo, che la Corte - pur non affrontandola in maniera specifica - ha, tuttavia, operato un importante riferimento, in motivazione, alla problematica concernente il contratto stipulato a valle dell'intesa vietata. Ed invero, la decisione in esame ha affermato che «il consumatore, che è l'acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene. Pertanto la funzione illecita di una intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente. E ciò quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito. A detto strumento non si può attribuire un rilievo giuridico diverso da quello della intesa che va a strutturare, giacché il suo collegamento funzionale con la volontà

anti-competitiva a monte lo rende rispetto ad essa non scindibile». In altri termini - stante il «collegamento funzionale» con la volontà anti-competitiva a monte - ai contratti a valle non può attribuirsi un rilievo giuridico diverso rispetto all'intesa che li precede: nulla essendo quest'ultima, la nullità non può che inficiare anche l'atto consequenziale.

2.5.4.2. Nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, dopo l'irrogazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a numerose compagnie di assicurazione di una sanzione per la partecipazione a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore finale aveva convenuto in giudizio, dinanzi al giudice di pace, la propria compagnia di assicurazioni, chiedendo il rimborso di una parte - il 20% - del premio corrisposto per una polizza di RC- auto, assumendo che l'ammontare del premio era stato abusivamente influenzato dalla partecipazione dell'impresa assicuratrice all'intesa vietata (Cass. Sez. U, 04/02/2005, n. 2207).

2.6. Una problematica particolare - non affrontata dalle Sezioni Unite, atteso che la fattispecie che le investiva era relativa ad un contratto stipulato da un'assicurazione che aveva partecipato all'intesa vietata - concerne, peraltro, il caso - oggetto, invece, del presente giudizio - in cui, sebbene l'impresa (assicurativa o bancaria), che ha stipulato un contratto a valle con il consumatore, non abbia partecipato all'intesa a monte, dichiarata nulla dall'autorità di vigilanza, tuttavia detto contratto recepisce, in tutto o in parte, il contenuto dell'intesa vietata. Al problema la più recente giurisprudenza di legittimità - successiva all'arresto nomofilattico delle Sezioni Unite - non ha dato risposte uniformi ed univoche, come bene evidenziato dall'ordinanza di rimessione, sebbene l'indirizzo prevalente è senz'altro orientato - ormai - ad ammettere la «tutela reale», a fianco di quella risarcitoria.

2.7. Particolare importanza riveste nel presente giudizio giacché attiene alla medesima vicenda che ne costituisce oggetto, benchè concernente il rapporto di fideiussione intercorso tra il Bosco ed una banca diversa da XXXXXXX - una decisione con la quale la Corte ha richiamato, e fatto proprio, il menzionato precedente di cui a Cass. n. 827/1999, laddove ha affermato che la distorsione della concorrenza ben può essere posta in essere anche mediante comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali».

2.7.1. In tal modo - osserva in motivazione la Corte - diventa, difatti, rilevante «qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che esclu-

dono una caratterizzazione negoziale), purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di "intesa" rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente "unilaterali". Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle "intese", non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza». È evidente, pertanto, che - in tal modo - la pronuncia in esame si pone nell'ottica della nullità complessiva e totale, sia della intesa a monte (peraltro dichiarata dall'Autorità Garante), sia della successiva fideiussione a valle.

2.7.2. La sentenza afferma, infine, che l'accertamento di condotte anticoncorrenziali ai sensi dell'art. 2 della I. n. 287 del 1990, si applica a tutti i contratti che costituiscano applicazione di intese illecite, anche se conclusi in epoca anteriore all'accertamento della loro illiceità da parte dell'autorità indipendente preposta alla regolazione di quel mercato (Cass., 12/12/2017, n. 29810).

2.8. Nella medesima prospettiva, della nullità totale della fideiussione a valle, si pone anche una successiva pronuncia che, affrontando la questione relativa alla competenza della sezione specializzata per le imprese, ha affermato che tale competenza «attrae anche la controversia riguardante la nullità della fideiussione riproduttiva dello schema contrattuale predisposto dall'ABI, contenente disposizioni contrastanti con l'art. 2, comma 2, lett. a), della legge n. 287 del 1990, in quanto l'azione diretta a dichiarare l'invalidità del contratto a valle implica l'accertamento della nullità dell'intesa vietata» (Cass., 10/03/2021, n. 6523).

2.9. Secondo un'impostazione parzialmente diversa, invece, le fideiussioni riproduttive di clausole frutto di intesa anticoncorrenziale, sanzionata dalla Banca d'Italia, sarebbero nulle, ma non integralmente, bensì limitatamente a siffatte clausole. Si tratta della tesi, menzionata anche dall'ordinanza di rimessione, della nullità parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata, richiesta nel primo grado presente giudizio - in via subordinata, alla domanda di nullità totale - dall'odierno resistente.

2.9.1. Sempre con riferimento ad una fattispecie nella quale nel contratto di fideiussione stipulato tra

la banca ed il cliente erano presenti le clausole nn. 2, 6 e 8 sopra riportate, riproducenti il contenuto delle clausole ABI dichiarate illegittime dall'Autorità Garante, la Corte ha osservato che, «avendo l'Autorità amministrativa circoscritto l'accertamento della illiceità ad alcune specifiche clausole trasfuse nelle dichiarazioni unilaterali rese in attuazione di dette intese [...], ciò non esclude, né è incompatibile, con il fatto che in concreto la nullità del contratto a valle debba essere valutata dal giudice adito alla stregua degli artt. 1418 e ss. cod. civ. e che possa trovare applicazione l'art. 1419 cod. civ., come avvenuto nel presente caso, laddove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite» (Cass., 26/09/2019, n. 24044).

2.9.2. In senso conforme, del pari con riferimento alla fattispecie dell'inserimento nel contratto di fideiussione a valle di clausole dichiarate nulle dall'autorità di vigilanza, in quanto frutto di intese anticoncorrenziali, la Corte ha rilevato che «i ricorrenti danno implicitamente per scontato che la (pretesa) nullità di quelle specifiche clausole comporterebbe la nullità integrale del contratto di fideiussione, ma non è affatto così, in quanto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., la nullità integrale del contratto in conseguenza della nullità di singole clausole si determina solo se risulta che i contraenti non avrebbero stipulato il contratto in mancanza di quelle clausole; il che non è né specificamente dedotto né dimostrato e, anzi, è da escludere, sul piano logico, trattandosi di clausole a favore della banca» (Cass., 13/02/2020, n. 3556).

2.10. Tale essendo il variegato quadro giurisprudenziale di riferimento, va osservato che la questione della sorte del contratto a valle non trova una soluzione uniforme neanche in dottrina.

2.10.1. Una prima tesi, invero, è nel senso che la nullità delle intese anticoncorrenziali, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. a) e comma 3 della legge n. 287 del 1990, comporta che le fideiussioni, riproducenti le clausole nn. 2, 6 e 8 del suddetto schema predisposto dall'ABI, sono da considerarsi integralmente nulle per «nullità derivata» e conseguente al rapporto strumentale esistente tra la garanzia a valle e l'intesa a monte. In tal senso si rileva che il collegamento funzionale in parola si tradurrebbe in un vero e proprio «collegamento negoziale» tra l'intesa a monte e la fideiussione a valle, che comporterebbe l'esigenza di una considerazione unitaria della fattispecie e l'applicazione del principio *simul stabunt simul cadent*.

I due accordi sarebbero, in altri termini, parte di una pratica «complessivamente illecita», sicchè la nullità prevista per l'intesa si trasmetterebbe tout court anche ai contratti che a questa danno attuazione.

2.10.1.1. Altri autori - sempre nell'ambito dello stesso indirizzo - hanno ritenuto, invece, che la nullità della fideiussione a valle deriverebbe dalla illiceità della causa della stessa fideiussione, ai sensi dell'art. 1418, secondo comma, cod. civ., giacchè tale negozio realizzerebbe una funzione illecita, siccome contrario alle norme imperative sulle intese anticoncorrenziali.

2.10.1.2.. Secondo una terza impostazione, invece, il contratto a valle - nella misura in cui assorbe nella sua interezza, o anche all'interno di singole clausole, le statuizioni della concertazione a monte, sarebbe integralmente nullo in quanto l'oggetto si rivelerebbe funzionale al perseguimento del risultato vietato cui l'intesa è finalizzata, con conseguente nullità del negozio fideiussorio, ai sensi degli artt. 1418, secondo comma, e 1346 cod. civ. L'oggetto illecito che dà corso all'intesa, in altri termini, tale rimarrebbe «lungo l'intera catena negoziale», determinando la nullità radicale della contrattazione a valle.

2.10.1.3. Altri autori ancora - sempre nell'ambito della tesi della nullità assoluta - ritengono che la nullità in questione sarebbe non testuale, ma virtuale, derivando dalla violazione diretta delle norme imperative anticoncorrenziali. Si afferma, al riguardo, che le previsioni degli artt. 1941, 1939 e 1957 cod. civ. sarebbero singolarmente derogabili, nondimeno la loro deroga cumulativa - in quanto si tradurrebbe in un effetto distorsivo della competizione di mercato - verrebbe a collidere con la norma imperativa di cui all'art. 2, comma 2, lett. a), dando luogo all'integrale nullità del contratto.

2.10.2. Altra dottrina ritiene, per contro, che nel caso in esame si versi in un'ipotesi di nullità parziale, ossia delle singole clausole contenute nei contratti bancari a valle dell'intesa vietata, in quanto trasposizione delle clausole dichiarate nulle dall'Autorità Garante. Una «nullità derivata» che conseguirebbe, dunque, a siffatta trasposizione, nella contrattazione standardizzata, di quelle clausole (nn. 2, 6 e 8) illecite contenute nel modello ABI.

2.10.2.1. Si osserva, al riguardo, che le deroghe all'archetipo codicistico sarebbero state lecite, se le condizioni contrattuali censurate non fossero state reiteratamente proposte dalle banche, destinandole ad una pluralità di singoli operatori. In tal modo, la

vista connotazione del mercato come mercato libero, non solo per chi svolge l'attività imprenditoriale, ma anche per i consumatori, verrebbe ad essere alterata significativamente. È intuitivo, infatti, che proprio la costante reiterazione della deroga al modello codicistico, con l'inserimento di clausole pregiudizievoli per il fideiussore, determina un abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili, erodendo la libera scelta del clienti-contrattanti e incidendo negativamente sul mercato.

2.10.2.2. Si aggiunge, poi, che - nel sistema del codice civile - la «conservazione» del negozio giuridico costituisce la regola, sicchè la deroga a tale principio non può che essere relegata a quelle ipotesi sporadiche, nelle quali - secondo un giudizio di «volontà ipotetica» - risulti che le parti con avrebbero avuto interesse alla conclusione del contratto senza le clausole nulle.

2.10.3. Un terzo filone interpretativo, infine, ritiene che l'unico rimedio esperibile dal garante - coinvolto, suo malgrado, nell'attuazione dell'intesa anticoncorrenziale - sia esclusivamente quello risarcitorio. Si osserva, al riguardo, che ciò che emergerebbe, nel rapporto tra intesa a monte e fideiussione a valle, sarebbe la mancanza di una vera libertà di determinazione e scelta da parte del contraente-cliente della banca, il quale - a fronte della predisposizione di un modello contrattuale che non gli consente possibilità alternative, neppure rivolgendosi ad altri imprenditori bancari, stante il generalizzato recepimento dello schema ABI - non avrebbe altra scelta, essendo la fideiussione perfettamente valida, che quella di proporre l'azione per il risarcimento dei danni.

Il modello di tutela sarebbe, pertanto, quello del dolo incidente ex art. 1440 cod. civ., che consente di reagire a comportamenti di mala fede del contraente forte, che abusi della propria posizione in presenza di un'anomalia di mercato, nel quale la relazione contrattuale di garanzia matura, e che egli stesso ha concorso a ingenerare e perpetuare.

2.11. Tutto ciò premesso - pur nella consapevolezza dell'estrema problematicità della scelta tra le diverse forme di tutela riconoscibili al cliente-fideiussore - deve ritenersi che, tra le tre diverse soluzioni individuate da dottrina e giurisprudenza, quella che perviene a risultati più in linea con le finalità e gli obiettivi della normativa antitrust sia la tesi che ravvisa nella fattispecie in esame un'ipotesi di «nullità parziale».

2.12. Al riguardo, va anzitutto osservato che non può reputarsi convincente il riferimento - operato dal Procuratore Generale - al fatto che i contratti tra l'impresa bancaria ed il cliente costituirebbero esercizio dell'autonomia privata dei contraenti, ex art. 1322 cod. civ., sicchè «l'aver inserito all'interno del contratto alcune clausole estratte dal programma anti-concorrenziale non appare circostanza sufficiente a privare il successivo contratto a valle di una autonoma ragion di essere e della sua validità». Né sembra in linea con la ratio della normativa antitrust, oltre che con la lettera dell'art. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990, l'ulteriore assunto del Procuratore Generale secondo cui l'impostazione ampliativa delle tutele finirebbe con l'introdurre «tutele reali atipiche con il fine esclusivo di garantire l'astratta correttezza dei contratti [...] per affiancare al rimedio tipico (nullità dell'intesa) forme di nullità derivata atte a travolgere (in parte o per intero) i contratti a valle».

2.12.1. È del tutto evidente, infatti, che - se le parti ben possono determinare il «contenuto del contratto», ai sensi dell'art. 1322, primo comma, cod. civ. - esse sono, tuttavia, pur sempre tenute a farlo «nei limiti imposti dalla legge», da intendersi come l'ordinamento giuridico nel suo complesso, comprensivo delle norme di rango costituzionale e sovranazionale (Cass. Sez. U., 24/09/2018, n. 22437). Ebbene - come dianzi detto - l'art. 41 Cost. prevede espressamente che l'iniziativa economica privata non debba svolgersi «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana», e che essa debba essere comunque sottoposta a «programmi e controlli opportuni» che la indirizzino e la coordinino a «fini sociali».

In tal senso si pone, del resto, la stessa norma antitrust succitata, la cui ratio è diretta a realizzare un bilanciamento tra libertà di concorrenza e tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti diversi dagli imprenditori. Lo evidenzia, con estrema chiarezza, la sentenza di queste Sezioni Unite n. 2207/2005, nella parte in cui precisa che la legge antitrust «detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari, non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato», in particolare i consumatori, tenuto conto che il «contratto a valle costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale e realizzarne e ad attuarne gli effetti». In tale prospettiva - come si è detto - la pronuncia legittima il destinatario ad esperire sia la tutela reale che quella risarcitoria.

2.12.2. Se tale è la ratio della predetta normativa, il tenore letterale dell'art. 2, comma 3, della legge n. 287 del 1990, poi, è a sua volta inequivoco nello stabilire che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto». È del tutto evidente, infatti, che siffatta previsione - ed in particolare la locuzione «ad ogni effetto», riproduttiva, nella specifica materia, del principio generale secondo cui *quod nullum est nullum producit effectum* - legittima, come affermato da molti interpreti, la conclusione dell'invalidità anche dei contratti che realizzano l'intesa vietata, come - sia pure incidentalmente - affermano le stesse Sezioni Unite nella pronuncia summenzionata.

A fronte di tale inequivoca previsione di legge, pertanto, il riferimento del Procuratore Generale a «tutele reali atipiche» non può, pertanto, ritenersi convincente. Non a caso, la totalità delle sentenze più recenti di questa Corte si è espressa - prendendo come riferimento proprio siffatto dato testuale - nel senso della nullità del contratto di fideiussione a valle, differenziandosi tali pronunce soltanto sulle conseguenze di detta nullità, ovverosia se essa debba essere totale o parziale.

2.12.3. Ma - in verità - nel senso della invalidità di tale contratto si è posta, oltre alla giurisprudenza più recente, anche parte di quella meno recente, trovandosi affermato che la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di nullità e di risarcimento del danno prevista dall'art. 33 della legge n. 287 del 1990, spetta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo e, quindi, anche al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, ancorché egli non sia partecipe del rapporto di concorrenza con gli autori della collusione. E ciò tanto ove sia spiegata un'azione risarcitoria, quanto se sia promossa un'azione restitutoria ex art. 2033 cod. civ., poiché il soggetto che chiede la restituzione di ciò che ritiene di aver pagato per effetto di un'intesa nulla allega pur sempre quest'ultima, nonché l'impossibilità giuridica che essa produca effetti successivi (Cass., 13/07/2005, n. 14716; Cass., 21/01/2010, n. 993). Se ne deve inferire che, anche per le decisioni citate, la nullità dell'intesa a monte si riverbera sul contratto stipulato a valle, che ne costituisce un consequenziale effetto, tanto da legittimare anche un'azione di ripetizione di indebito fondata sulla nullità del contratto medesimo.

2.12.4. Sotto tutti i profili suesposti, pertanto, l'assunto secondo cui la sola tutela risarcitoria sarebbe ammissibile nella fattispecie oggetto di esame, con esclusione della «tutela reale», non può essere condiviso.

2.13. Va rilevato, invero, che la tesi secondo cui al consumatore sarebbe consentita la sola azione risarcitoria non convince, sia perché contraria a pressochè tutti i precedenti di questa Corte successivi alle Sezioni Unite n. 2207/2005, sia - e soprattutto - per ragioni inerenti alle specifiche finalità della normativa antitrust. Tuttavia, tale affermazione si riferisce - è bene ribadirlo - alla tesi più radicale, che esclude del tutto la tutela reale, ammettendo in via esclusiva quella risarcitoria, non potendo revocarsi in dubbio che - come, nella specie, ha correttamente ritenuto la Corte d'appello - tale forma di tutela è certamente ammissibile - come ha affermato la giurisprudenza unanime sul punto - ma non in via esclusiva, sebbene in uno all'azione di nullità.

2.13.1. Deve - per vero - osservarsi, al riguardo, che l'interesse protetto dalla normativa antitrust è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo, ed esclusivamente se ha subito un danno in concreto. Ed invero - come rilevato da autorevole dottrina - l'obbligo del risarcimento compensativo dei danni del singolo contraente non ha una efficacia dissuasiva significativa per le imprese che hanno aderito all'intesa, o che ne hanno - come nella specie - recepito le clausole illecite nello schema negoziale, dal momento che non tutti i danneggiati agiscono in giudizio, e non tutti riescono ad ottenere il risarcimento del danno.

2.13.2. Per converso, è evidente che il riconoscimento, alla vittima dell'illecito anticoncorrenziale, oltre alla tutela risarcitoria, del diritto a far valere la nullità del contratto si rivela un adeguato completamento del sistema delle tutele, non nell'interesse esclusivo del singolo, bensì in quello della trasparenza e della correttezza del mercato, posto a fondamento della normativa antitrust.

2.14. Né a diversa conclusione induce l'esame del diritto europolitano. Va osservato, infatti, che la decisione della Commissione CE n. 93/50 del 23 novembre 1992, al par. 33, ha previsto - con riferimento ad un'impresa comune ritenuta restrittiva della concorrenza - che «lo scioglimento del contratto di impresa comune garantirà l'autonomia commerciale

delle parti. Tuttavia, i contratti con i clienti stipulati da BT nel quadro degli accordi di impresa comune continuano ad essere validi senza alcuna modificazione». La stessa decisione subito precisa, però, che «ciò non significa che i contratti con i clienti rientrano anch'essi nel campo di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi.

Tuttavia, gli effetti restrittivi che questi contratti perpetuano potranno essere eliminati solo quando i clienti avranno acquisito il diritto di revisione. Di conseguenza, essi dovranno avere la facoltà di restare legati ai contratti conclusi con BT, di recedere da tali contratti o di rinegoziarne i termini». Dal che si evince, del tutto chiaramente, che la nullità dell'intesa a monte (nella specie nella forma di un'impresa comune) non produce automaticamente la nullità dei contratti a valle, per violazione dell'art. 81 del Trattato, in quanto collegati all'accordo restrittivo della concorrenza. Ma ciò non implica che da tali contratti il consumatore non possa comunque sciogliersi, secondo le modalità previste dagli ordinamenti nazionali.

2.14.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia è - a sua volta - inequivoca nel senso che la portata e le conseguenze della nullità delle intese, per violazione dell'art.101 (ex 81 Trattato CE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, non dipendono direttamente dal diritto unionale, ma devono essere individuate dai giudici nazionali in base al diritto di ciascuno Stato membro. Si è, invero, statuito che - fermo restando il diritto al risarcimento del danno - la sorte dei contratti a valle di intese antitrust - che non vengono automaticamente travolti, in forza del diritto europeo, dalla nullità dell'intesa a monte - è riservata ai diritti nazionali (Corte Giustizia, 14/12/1983, C-319/82, *Société de Vente de Cimentes*; Trib., 21/01/1999, T- 190/96, *Christophe Palma*).

Se ne deve inferire che - fermo restando l'essenzialità, sul piano del diritto comunitario, del diritto del consumatore di far valere la nullità dell'intesa a monte e di chiedere il risarcimento dei danni subiti, come minimo comune denominatore in materia di tutela - la maggiore tutela del medesimo consumatore, in guisa da garantire la piena attuazione del diritto comunitario, è affidata ai giudici dello Stato di appartenenza.

2.14.2. In maniera ancora più puntuale, altre decisioni - dopo avere stabilito il diritto al risarcimento del danno derivante alla propria sfera giuridica da un'intesa anticoncorrenziale - ha stabilito che «l'art.

85 del Trattato di Roma costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [...], una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno [...] Del resto, l'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente, all'art. 85, n. 2, che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto». Contestualmente si afferma che «tale nullità, che può essere fatta valere da chiunque, s'impone al giudice quando ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 85, n. 1, e l'accordo di cui trattasi non può giustificare la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 85, n. 3, del Trattato [...]. Posto che la nullità di cui all'art. 85, n. 2, è assoluta, l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e non può essere opposto ai terzi».

Ed inoltre, si afferma, «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario, purché dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (cd principio di equivalenza) né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (cd. principio di effettività)» (cfr. Corte Giustizia. 10/07/1997, C-261/95, Palmisani; Corte Giustizia, 20/09/2001, C- 453/99, Courage Ltd v. Crehan; Corte Giustizia, 13/07/2006, da C- 295/04 a C- 298/04, Manfredi; Corte Giustizia, 14/06/2011, C- 360/09, Pfeiderer v. Bundeskartellamt; Corte Giustizia 06/06/2013, C- 536111 Donau Chemie, con riferimento al diritto di accesso agli atti ai fini della tutela piena del consumatore leso dalla violazione dell'art. 101 del Trattato UE).

2.14.3. Le succitate decisioni confermano, in tal modo, che - fermo restando il principio cardine del diritto al risarcimento del danno subito per effetto della condotta anticoncorrenziale - la sede naturale per la regolamentazione della sorte dei contratti a valle è quella dell'ordinamento interno degli Stati membri, non essendovi nessuna lettura obbligata dell'art. 101 del Trattato sul funzionamento della UE, che consenta di far rientrare - automaticamente - nella nozione di intesa vietata la contrattazione a valle. E tuttavia, le medesime decisioni hanno cura di precisare - punto

fondamentale, ai fini della problematica oggetto di giudizio - che la nullità di tale intesa è assoluta e che, pertanto, la stessa non può essere opposta ai terzi, tra essi ricomprese, quindi, le parti - estranee all'intesa - della contrattazione a valle della stessa.

2.14.4. Infine, la Direttiva Enforcement n. 104/2014/UE stabilisce che «a norma del principio di efficacia, gli Stati membri provvedono affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza. A norma del principio di equivalenza le norme e procedure nazionali relative alle azioni per il risarcimento del danno a seguito di violazioni dell'articolo 101 o 102 TFUE non devono essere meno favorevoli, per i presunti soggetti danneggiati, di quelle che disciplinano azioni simili per danni derivanti da violazioni del diritto nazionale» (art. 4). Ed inoltre, la stessa Direttiva prevede che «gli Stati membri provvedono affinché, in conformità delle norme stabilite nel presente capo, il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione» (art. 12).

Se ne deve inferire che, sul piano del diritto unionale, il diritto al risarcimento del danno derivante dalla contrattazione a valle dell'intesa vietata a monte, costituisce il comune denominatore - per l'intero spazio europeo - e la forma di tutela di base da assicurare ai consumatori, ferma restando la competenza interna degli Stati nell'assicurare le misure per la più completa tutela delle situazioni soggettive garantite dal diritto comunitario.

2.15. Una volta esclusa la idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa antitrust, deve ritenersi che la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata - appunto - a tali clausole. Né va tralasciato il rilievo che la nullità parziale è idonea a salvaguardare il menzionato principio generale di «conservazione» del negozio.

2.15.1. Va osservato - al riguardo - che la regola dell'art. 1419, primo comma, c.c. - ignota al codice del 1865, come pure al code civil, provenendo dall'esperienza tedesca - insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difforni dallo schema legale. Da ciò si fa derivare il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto, con la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dalla parte nulla, mentre resta precluso al giudice rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto.

2.15.2. La giurisprudenza ha osservato - in proposito - che la nullità della singola clausola contrattuale - o di alcune soltanto delle clausole del negozio - comporta la nullità dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio «*utile per inutile non vitiatur*», la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale, il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola, e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito (Cass., 10/11/2014, n. 23950). La nullità di singole clausole contrattuali, o di parti di esse, si estende, pertanto, all'intero contratto, o a tutta la clausola, solo ove l'interessato dimostri che la porzione colpita da invalidità non ha un'esistenza autonoma, nè persegue un risultato distinto, ma è in correlazione inscindibile con il resto, nel senso che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (Cass., 05/02/2016, n. 2314).

Agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige, infatti, la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale, se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto accertato dal giudice. Per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (Cass. 21/05/2007, n. 11673).

2.15.3. E tuttavia, tale ultima evenienza è di ben difficile riscontro nel caso in esame. Ed invero, avuto

riguardo alla posizione del garante, la riproduzione nelle fideiussioni delle clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI ha certamente prodotto l'effetto di rendere la disciplina più gravosa per il medesimo, imponendogli maggiori obblighi senza riconoscergli alcun corrispondente diritto; sicché la loro eliminazione ne alleggerirebbe la posizione. D'altro canto, però, il fideiussore (nel caso di specie socio della società debitrice principale) - salvo la rigorosa allegazione e prova del contrario - avrebbe in ogni caso prestatato la garanzia, anche senza le clausole predette, essendo una persona legata al debitore principale e, quindi, portatrice di un interesse economico al finanziamento bancario. Osserva - al riguardo - il provvedimento n. 55/2005 che il fideiussore è normalmente cointeressato, in qualità di socio d'affari o di parente del debitore, alla concessione del finanziamento a favore di quest'ultimo e, quindi, ha un interesse concreto e diretto alla prestazione della garanzia.

Al contempo, è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti.

2.15.4. La nullità dell'intesa a monte determina, dunque, la «nullità derivata» del contratto di fideiussione a valle, ma limitatamente alle clausole che costituiscono pedissequa applicazione degli articoli dello schema ABI, dichiarati nulli dal provvedimento della Banca d'Italia n. 55/2005 (nn. 2, 6 e 8) che, peraltro, ha espressamente fatto salve le altre clausole.

2.16. Occorre muovere - in tale prospettiva - dal rilievo che la disciplina dettata dall'art. 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 ha per oggetto la protezione, in via immediata, dell'interesse generale alla libertà della concorrenza sancito - come si è detto - dall'art. 41 Cost., nonché, in ambito comunitario, dal Trattato di Maastricht del 1992 e - attualmente - dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (artt. 3 e 101). Ai sensi di tale normativa antitrust, qualsiasi fattispecie distorsiva della competizione di mercato, in qualunque forma essa venga posta in essere, anche - come nel caso di specie - mediante una combinazione di atti di natura diversa, costituisce comportamento rilevante ai fini del riscontro della violazione della normativa in parola. In altri termini, il legislatore sia comunitario che nazionale - quest'ultimo adeguatosi al primo, in forza del disposto dell'art. 117, primo comma, Cost. - ha inteso impedire

un «risultato economico», ossia l'alterazione del libero gioco della concorrenza, a favore di tutti i soggetti del mercato ed in qualsiasi forma l'intesa anticoncorrenziale venga posta in essere.

2.16.1. Per tale ragione, i contratti a valle di accordi contrari alla normativa antitrust - in quanto costituenti «lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti» (Cass. Sez. U., n. 2207/2005) - partecipano della stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a monte, e vengono ad essere inficiati dalla medesima forma di invalidità che colpisce i primi. Il legislatore nazionale ed europeo - infatti - intendendo sanzionare con la nullità un «risultato economico», ossia il fatto stesso della distorsione della concorrenza, ha dato rilievo -anche a comportamenti «non contrattuali» o «non negoziali».

In tale prospettiva, si rende perciò rilevante qualsiasi forma di condotta di mercato, anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale, ed anche laddove il meccanismo di «intesa» rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente «unilaterali». Da ciò consegue - come ha rilevato da tempo la giurisprudenza di questa Corte - che, allorché l'articolo 2 della legge n. 287 del 1990 stabilisce la nullità delle «intese», «non ha inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza» (Cass., n. 827/1999).

Il che equivale a dire che anche la combinazione di più atti, sia pure di natura diversa, può dare luogo, in tutto o in parte, ad una violazione della normativa antitrust, qualora tra gli atti stessi sussista un «collegamento funzionale» - non certo un «collegamento negoziale», come opina parte della dottrina, attesa la vista possibilità che l'«intesa» a monte possa essere posta in essere, come nella specie, anche mediante atti che non rivestono siffatta natura - tale da concretare un meccanismo di violazione della normativa nazionale ed eurounitaria antitrust. In altri termini, detta violazione è riscontrabile in ogni caso in cui tra atto a monte e contratto a valle sussista un nesso che faccia apparire la connessione tra i due atti «funzionale» a produrre un effetto anticoncorrenziale.

2.16.2. La funzionalità in parola si riscontra con evidenza quando il contratto a valle (nella specie una fideiussione) è interamente o parzialmente riproduttivo dell'«intesa» a monte, dichiarata nulla dall'au-

torità amministrativa di vigilanza, ossia quando l'atto negoziale sia di per sé stesso un mezzo per violare la normativa antitrust, ovvero quando riproduca - come nel caso concreto - solo una parte del contenuto dell'atto anticoncorrenziale che lo precede, in tal modo venendo a costituire lo strumento di attuazione dell'intesa anticoncorrenziale. Non è certo la deroga isolata - nei singoli contratti tra una banca ed un cliente - all'archetipo codicistico della fideiussione, ed in particolare agli artt. 1939, 1941 e 1957 cod. civ., a poter, invero, determinare problemi di sorta, come è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità, in termini di effetto anticoncorrenziale.

È, invece, il predetto «nesso funzionale» tra l'«intesa» a monte ed il contratto a valle, emergente dal contenuto di tale ultimo atto che - in violazione dell'art. 1322 cod. civ. - riproduca quello del primo, dichiarato nullo dall'autorità di vigilanza, a creare il meccanismo distorsivo della concorrenza vietato dall'ordinamento. In siffatta ipotesi, la nullità dell'atto a monte è - per vero - veicolata nell'atto a valle per effetto della riproduzione in esso del contenuto del primo atto.

2.16.3. E ciò è tanto più evidente quando - come nella specie - le menzionate deroghe all'archetipo codicistico vengano reiteratamente proposte in più contratti, così determinando un potenziale abbassamento del livello qualitativo delle offerte rinvenibili sul mercato. La serialità della riproduzione dello schema adottato a monte - nel caso concreto dall'ABI - viene, difatti, a connotare negativamente la condotta degli istituti di credito, erodendo la libera scelta dei clienti-contrattanti e incidendo negativamente sul mercato.

2.16.4. Sotto tale profilo, è del tutto palese che la previsione di cui all'art. 2, comma 3, della legge n. 287 del 1990, laddove stabilisce che «le intese vietate sono nulle ad ogni effetto», costituisce una chiara applicazione del diritto eurounitario, il quale - come statuito dalla citata giurisprudenza europea - afferma che la / nullità (sancita, dapprima dall'art. 85, n. 2 del Trattato di Roma, dipoi dall'art. 81 del Trattato CE, infine dall'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) è assoluta, e che l'accordo che ricada sotto questa disposizione è privo di effetti nei rapporti fra i contraenti e «non può essere opposto ai terzi». Si tratta, invero, proprio di quella nullità «ad ogni effetto» che sancisce la norma nazionale succitata, e che si riverbera sui contratti stipulati a valle dell'intesa vietata anche con soggetti

terzi, estranei all'atto a monte, ma ai quali tale atto non è comunque opponibile.

2.17. Si è, pertanto, evidentemente in presenza di una «nullità speciale», posta - attraverso le previsioni di cui agli artt. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 - a presidio di un interesse pubblico e, in specie, dell'«ordine pubblico economico»; dunque «nullità ulteriore a quelle che il sistema già conosceva» (Cass., n. 827/1999).

In tal senso depone la considerazione che siffatta forma di nullità ha una portata più ampia della nullità codicistica (art. 1418 cod. civ.) e delle altre nullità conosciute dall'ordinamento - come la «nullità di protezione» nei contratti del consumatore (cd. secondo contratto), e la nullità nei rapporti tra imprese (cd. terzo contratto) - in quanto colpisce anche atti, o combinazioni di atti avvinti da un «nesso funzionale», non tutti riconducibili alle suindicate fattispecie di natura contrattuale. La ratio di tale speciale regime - come detto - è da ravvisarsi nell'esigenza di salvaguardia dell'«ordine pubblico economico», a presidio del quale sono state dettate le norme imperative nazionali ed europee antitrust.

2.17.1. Lo stretto collegamento tra normativa anticoncorrenziale ed ordine pubblico economico, anche nelle ipotesi in cui - come nell'ordinamento italiano - l'istituto in parola non trovi una specifica previsione di diritto positivo, è - del resto - ben noto al diritto comunitario. Al riguardo, si è - per vero - statuito che, nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione giurisdizionale (nella specie per nullità di un lodo arbitrale), che sia fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene - a prescindere dalla normativa nazionale che non contempli l'istituto dell'ordine pubblico economico - che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE). Si afferma infatti, al riguardo, che, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, che il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo (poi trasfuso nell'attuale art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea) possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi su di una qual-

siasi impugnazione - anche se proposta in relazione alla validità di un lodo arbitrale - e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte (Corte Giustizia, 01/06/1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd*).

2.17.2. D'altro canto, anche la giurisprudenza nazionale ha applicato - sia pure con riferimento a materie diverse da quella in esame - l'istituto dell'«ordine pubblico economico», astraendo da disposizioni imperative dettate a tutela della correttezza e della trasparenza del mercato, con particolare riferimento a fattispecie negoziali poste in essere da un'impresa in stato di conclamato dissesto, aggravato da operazioni dilatorie dirette esclusivamente a ritardare la dichiarazione di fallimento, con grave pregiudizio per altre imprese operanti nel mercato nello stesso settore o in settori contigui (cfr. Cass., 05/08/2020, n. 16706).

2.18. E tuttavia, nei casi - come quello oggetto del presente giudizio - in cui dello schema dichiarato nullo dalla Banca d'Italia, vengano riprodotte solo le tre clausole succitate, il menzionato «principio di conservazione» degli atti negoziali, costituente nell'ordinamento la «regola», impone di considerare nulli i contratti di fideiussione a valle solo limitatamente alle clausole riprodotte dello schema illecito a monte, poiché adottato in violazione della normativa - nazionale ed eurounitaria - antitrust, a meno che non risulti comprovata agli atti una diversa volontà delle parti, nel senso dell'essenzialità - per l'assetto di interessi divisato - della parte del contratto colpita da nullità.

2.18.1. Va, per contro, esclusa - per diversi ordini di ragioni - la nullità totale del contratto a valle, con specifico riferimento alla fattispecie oggetto del presente giudizio. Ed invero, anche a prescindere dalle critiche mosse a siffatta impostazione - sotto i diversi profili della inconfigurabilità di un collegamento negoziale tra intesa e fideiussione, della non ravvisabilità di un vizio della causa o dell'oggetto, ecc.) -, è proprio la finalità perseguita dalla normativa antitrust di cui alla legge n. 287 del 1990 e dall'art. 101 del Trattato succitato ad escludere l'adeguatezza del rimedio in questione.

È di tutta evidenza, infatti, che - stante la finalizzazione di tale normativa ad elidere attività e comportamenti restrittivi della libera concorrenza - i contratti a valle sono integralmente nulli - come rilevato da autorevole dottrina - esclusivamente quando la loro stessa conclusione restringe la concorrenza, come

nel caso di una intesa di spartizione, riprodotta integralmente nel contratto a valle. Quest'ultimo è, invece, nullo solo in parte qua, laddove esso riproduca le clausole dell'intesa a monte dichiarate nulle dall'organo di vigilanza, e che sono le sole ad avere - in concreto - una valenza restrittiva della concorrenza, come nel caso dello schema ABI per cui è causa. Tutte le altre clausole, coerenti con lo schema tipico del contratto di fideiussione, restano invece - come nel caso concreto ha affermato il provvedimento della Banca d'Italia n. 55 del 2005 - pienamente valide.

2.18.2. Le clausole del contratto di fideiussione a valle che riproducano quelle nulle dell'intesa a monte (nn. 2, 6 e 8) vengono, invero, a recepire - nel contenuto del negozio - le determinazioni di un'associazione di imprese, l'ABI, che - in quanto costituiscono elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate - possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti, falsando - il tal guisa - il gioco della libera concorrenza. Ed è per questo che, esclusivamente sotto tale profilo, la Banca d'Italia ha osservato che «la restrizione della concorrenza derivante da una siffatta intesa risulterebbe significativa nel mercato rilevante, atteso l'elevato numero di banche associate all'ABI», e, di conseguenza, ha dichiarato la nullità dei soli articoli nn. 2, 6 e 8 dell'intesa a monte. Per converso, tutte le altre clausole del contratto di fideiussione - in quanto finalizzate, attraverso l'obbligazione di garanzia assunta dal fideiussore, ad agevolare l'accesso al credito bancario - sono immuni da rilievi di invalidità, come ha stabilito la Banca d'Italia nel citato provvedimento, nel quale ha espressamente fatte salve tutte le altre clausole dell'intesa ABI.

2.18.3. La conclusione cui è pervenuto, nel caso di specie, l'organo di vigilanza, è - del resto - pienamente conforme a quanto la Corte di Giustizia ha da tempo affermato in materia. Fin da tempi non recenti, infatti, la Corte ha stabilito che la sanzione della nullità si applica alle sole clausole dell'accordo o della decisione colpite dal divieto, a meno che dette clausole risultino inseparabili dall'accordo o dalla decisione stessi, nel qual caso soltanto essi saranno travolti integralmente (Corte Giustizia, 30/06/1966, C-56/65, LTM; Corte Giustizia, 01/09/2008, C-279/06, CEPESA).

Di conseguenza, alla nullità parziale dell'accordo o della deliberazione a monte corrisponde - per le ragioni suesposte - la nullità parziale del contratto di fideiussione a valle che ne riproduca le previsioni col-

pite da tale forma di invalidità, e limitatamente alle clausole riproduttive di dette previsioni, salvo che la parte affetta da nullità risulti essenziale per i contraenti, che non avrebbero concluso il contratto «senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», secondo quanto prevede - in piena conformità con le affermazioni della giurisprudenza europea, riferite alla normativa comunitaria - il diritto nazionale (art. 1419, primo comma, cod. civ.). E sempre che di tale essenzialità la parte interessata all'estensione della nullità fornisca adeguata dimostrazione. Evidentemente, questa, di ben difficile riscontro nel caso di specie, per le ragioni in precedenza esposte.

2.19. Orbene, nella fattispecie in esame, la Corte d'appello ha accertato - con valutazione di merito incensurabile in questa sede - che le clausole contenute nelle fideiussioni in questione erano del tutto coincidenti con le clausole nn. 2, 6 e 8 dello schema ABI, facendo applicazione del principio, più volte affermato da questa Corte, secondo cui la produzione del provvedimento dell'Autorità Garante costituisce prova privilegiata della condotta anticoncorrenziale, a prescindere dal fatto che siano state irrogate, o meno, sanzioni pecuniarie agli autori della violazione.

2.19.1. Si è, invero, affermato - al riguardo - che in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 della I. n. 287 del 1990, e con particolare riguardo alle clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento della Banca d'Italia di accertamento dell'infrazione, adottato prima delle modifiche apportate dall'art. 19, comma 11, della I. n. 262 del 2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, un'elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano - eventualmente - in esso pronunciate. Il giudice del merito è, quindi, tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione o meno della prescrizione contenuta nel menzionato provvedimento, con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario (Cass., 22/05/2019, n. 13846).

2.19.2. La Corte territoriale ha, quindi, correttamente dichiarato la «nullità, per violazione dell'art.

2, comma 1, lett. a) I. 287/1990 degli articoli 2, 6 e 8 dei contratti di fideiussione per cui è causa», lasciando in vita tutte le altre clausole negoziali.

2.20. Dalla ritenuta nullità parziale del contratto di fideiussione a valle dell'intesa vietata - nella specie diretta a falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale, mediante un'attività consistente nel fissare direttamente talune «condizioni contrattuali» - discende una serie di conseguenze sul piano sostanziale e processuale.

2.20.1. Da siffatta opzione interpretativa deriva, anzitutto, che le fideiussioni per cui è causa restano pienamente valide ed efficaci, sebbene depurate dalle sole clausole riprodotte di quelle dichiarate nulle dalla Banca d'Italia, poiché anticoncorrenziali, in conformità a quanto stabilito dall'art. 1419 cod. civ., nonché dalle affermazioni della giurisprudenza europea succitate.

2.20.2. Ne discende, poi, la rilevabilità d'ufficio di tale nullità da parte del giudice, nei limiti stabiliti dalla giurisprudenza di questa Corte, a presidio del principio processuale della domanda (artt. 99 e 112 cod. proc. civ.). Si è - per vero - stabilito, al riguardo, che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità integrale del contratto deve rilevarne di ufficio la sua nullità solo parziale. E tuttavia, qualora le parti, all'esito di tale indicazione officiosa, omettano un'espressa istanza di accertamento in tal senso, deve rigettare l'originaria pretesa non potendo inammissibilmente sovrapporsi alla loro valutazione ed alle loro determinazioni espresse nel processo (Cass. Sez. U., 12/12/2014, nn. 26242 e 26243; Cass., 18/06/2018, n. 16501).

La fattispecie oggetto del presente giudizio è, peraltro, del tutto conforme a tali principi, avendo il Bosco proposto domanda subordinata di nullità parziale delle fideiussioni per cui è causa.

2.20.3. Alla qualificazione di nullità parziale della fideiussione consegue, inoltre, l'imprescrittibilità dell'azione di nullità (Cass. 15/11/2010, n. 23057) e la proponibilità della domanda di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 cod. civ., ricorrendone i relativi presupposti (Cass. 08/11/2005, n. 21647), nonché dell'azione di risarcimento dei danni.

2.21. Da tutto quanto suesposto discende, dunque, con riferimento al caso concreto, la nullità parziale delle fideiussioni stipulate dal XXXXX con XXXXXXXXX, ossia limitatamente alle clausole nn. 2, 6 e 8, come correttamente ritenuto dalla Corte d'appello, con conseguente rigetto del primo e se-

condo motivo di ricorso, restando assorbite le questioni - contenute nei motivi terzo e quarto - concernenti la natura delle fideiussioni a valle e la derogabilità della norma di cui all'art. 1957 cod. civ. È del tutto evidente, infatti, che la nullità speciale delle clausole in questione discende dalla loro natura - in quanto attuative dell'intesa a monte vietata - di disposizioni restrittive, in concreto, della libera concorrenza, e non certo dalla effettuata deroga alle norme codicistiche in tema di fideiussione.

3. Per tutte le ragioni esposte, il ricorso deve essere, pertanto, rigettato. Va affermato il seguente principio di diritto: «i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge succitata e dell'art. 1419 cod. civ., in relazione alle sole clausole che producano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti».

4. La novità e controvertibilità delle questioni giuridiche trattate inducono ad un'integrale compensazione tra le parti delle spese del presente giudizio.

5. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, occorre dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per i ricorsi, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13 (cfr. Cass. SS.UU. n. 4315 del 2020).

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, rigetta il ricorso Dichiarando integralmente compensate fra le parti le spese del presente giudizio. Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma il 23/11/2021.

Il Presidente estensore
Il Presidente f.f.

**“Un lungo cammino inizia sempre con un piccolo [ma significativo] passo”
Prima applicazione della *Verwirkung* in campo locatizio
(Nota a Cass. n. 16743 del 2021)**

SOMMARIO: 1 Il caso e la decisione della Corte. • 2. L’istituto della *Verwirkung* nell’elaborazione dottrinale. • 3. L’istituto della *Verwirkung* nella prassi giurisprudenziale. • 4. L’utilizzo delle clausole generali: il ruolo della giurisprudenza. • 5. Osservazioni conclusive.

1. Il caso e la decisione della Corte

Il caso venuto all’esame della Corte presenta la seguente particolarità¹.

Due coniugi e il figlio danno vita a una società a responsabilità limitata la quale, in base a un titolo contrattuale, dà un immobile in godimento al figlio che lo adibisce a residenza familiare. Costui non paga alcun canone dal 2004, né la società avanza alcuna richiesta di pagamento. Accade, però, che il 21 giugno 2011 la società notifici un atto di citazione di sfratto per morosità che non ha seguito e che il 29 giugno 2011 dia una disdetta per impedire la tacita rinnovazione alla scadenza del 31 dicembre 2011. Il 30 giugno 2012 invia, sempre al figlio, un atto di messa in mora, cui segue un’ulteriore missiva del 14 gennaio 2014. La singolarità risiede nel fatto che il conduttore non ha versato alcunché con riguardo ai canoni maturati dal 2004 a fine 2013, per cui, finalmente, la società ricorrente si determina ad agire in via monitoria per il recupero del credito per canoni di locazione scaduti e non pagati

per la somma complessiva di € 242.413,28, oltre spese. Il giudice di prime cure accoglie la richiesta della società limitatamente alla somma di € 222.322,10, a titolo di canoni di locazione scaduti e mai versati e di spese, queste ultime maturate dal 2009 a fine 2013. La Corte meneghina, invece, facendo riferimento ad approdi giurisprudenziali che si fondano sulla tutela dell’affidamento ingenerato nella controparte, ritiene non dovuti i canoni maturati se non dalla data della prima richiesta di pagamento, operata nel luglio 2011, sino al rilascio dell’immobile, nel dicembre 2013, pari

¹ La sentenza è stata già oggetto di plurimi commenti. A. CARANCI, *Locazioni: buona fede ed abuso del diritto nella condotta del creditore (... anche in epoca covid)*, in *Quot. Giuridico*, 13 luglio 2021; G. D’AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 5, 1164; F. MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell’esercizio tardivo del diritto di credito*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 5, 1171; M. ORLANDI, *Ermeneutica del silenzio*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 5, 1179; C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di cassazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2021, 5, 1186.

a 10 rate trimestrali. La Corte territoriale, in particolare, in applicazione del principio di buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 cod. civ., da cui ha evinto l’obbligo di agire con ragionevole tempestività nella riscossione dei crediti periodici, reputa che si sia creato un affidamento, meritevole di tutela, in capo al debitore in ordine all’abbandono della pretesa creditoria.

Con ricorso affidato a quattro motivi, la Corte di cassazione è stata adita dalla parte locatrice che si è doluta del fatto che il giudice di appello ha tenuto conto solamente dei canoni scaduti a decorrere dal luglio 2011.

La Corte, dopo aver svolto una ricognizione delle precedenti pronunce in tema di *Verwirkung* e delle relative categorizzazioni dottrinali, precisa che «la *Verwirkung* nel senso appunto di abuso del diritto nel senso di subitaneo e ingiustificato *revirement* rispetto a una sua protratta opposta modalità di esercizio (a ben guardare, anche la remissione è una forma di esercizio del diritto, potendo concederla solo chi ne è titolare) costituisce un istituto idoneo a venire in gioco, anche nel nostro ordinamento, allorché appunto si prospetti un abusivo esercizio del diritto dopo una prolungata inerzia del creditore o del titolare di una situazione potestativa che per lungo tempo è stata trascurata e ha ingenerato un legittimo affidamento nella controparte. In tal caso, a seconda delle circostanze, può ravvedersi, nel tempo, un affidamento dell’altra parte nell’abbandono della relativa pretesa, idoneo come tale a determinare la perdita della situazione soggettiva nella misura in cui il suo esercizio si riveli un abuso». Il giudice di legittimità dà così rilievo non solo al momento statico del rapporto, ma anche a quello dinamico conseguente alle concrete condotte assunte dalle parti e dai relativi affidamenti che esse possono ingenerare al punto da radicare «una stabilizzazione favorevole, che può essere infranta dalla controparte soltanto, appunto, con un abuso, che concretizza, nel fondo della sua sostanza, la violazione del canone di solidarietà». Giova evidenziare che per la Corte si tratta di una *species* di abuso del diritto, in quanto tale rilevabile d’ufficio dal giudice ove risulti dalle allegazioni processuali. Proprio il valore

della solidarietà, in cui si sostanzia la buona fede nell'esecuzione del contratto e che prescrive a ciascuno dei contraenti di preservare gli interessi della controparte nei limiti in cui tale condotta non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico, una volta comparato con la gravosità imposta sull'altro contraente, costituisce l'ambiente di riferimento della *Verwirkung*. Ciò posto, la Corte distingue il caso in cui il creditore ritardi nell'esercizio di un proprio diritto in corrispondenza di un suo apprezzabile interesse di modo che non è prospettabile alcuna violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non vi sono margini per escludere la tutela dello stesso diritto, qualunque convinzione la controparte possa essersi fatta per effetto del ritardo, dal caso in cui l'inerzia sia solo la conseguenza fattuale di una rinuncia tacita all'esercizio del diritto, ossia di una manifestazione di volontà abdicativa da parte del titolare perdurata per un apprezzabile lasso di tempo. In tal caso, è ravvisabile una volontà di remissione, che, ovviamente, non coincide con una mera tolleranza del creditore, ispirata da una sua benevolenza verso la parte debitrice. E la condotta tacita consistente in un comportamento incompatibile con il mantenimento di una determinata disciplina contrattuale che preveda quel determinato diritto può consistere anche nel mero ritardo nell'esercizio dello stesso, ove «tale ritardo sia la conseguenza fattuale di un'inequivoca e circostanziata rinuncia tacita o di modifica della disciplina contrattuale»². In disparte rispetto alla rinuncia effettuata a mezzo di fatti concludenti, la Corte assegna anche particolare rilievo all'esercizio repentino del diritto installatosi in una circostanziata situazione di maturato affidamento della sua intervenuta

² Si v. Cass. 26 gennaio 2021, n. 1724, in *Contratti*, 2021, 3, 257, con nota di in F. RIZZI, *La remissione tacita del debito presuppone una manifestazione di volontà inequivoca: commento a una recente pronuncia della Suprema Corte di cassazione*, secondo cui la remissione del debito, quale causa di estinzione delle obbligazioni, esige che la volontà abdicativa del creditore sia espressa in modo inequivoco; un comportamento tacito, pertanto, può ritenersi indice della volontà del creditore di rinunciare al proprio credito solo quando non possa avere alcuna altra giustificazione razionale, se non quella di rimettere al debitore la sua obbligazione. Ne consegue che i crediti di una società commerciale estinta non possono ritenersi rinunciati per il solo fatto che non siano stati evidenziati nel bilancio finale di liquidazione, a meno che tale omissione non sia accompagnata da ulteriori circostanze tali da non consentire dubbi sul fatto che l'omessa appostazione in bilancio altra causa non potesse avere, se non la volontà della società di rinunciare a quel credito.

abdicazione, correlata a un assetto di interessi pregresso, tale da integrare un abuso del diritto e comportare, altresì, la negazione di tutela dell'interesse di controparte. Si tratta di riconoscere forza estintiva della posizione giuridica attiva al comportamento inerte non ascrivibile a rinuncia, ma, pur tuttavia, in quanto ben protratto, prodromo di un esercizio abusivo del diritto: infatti, il decorso di un tale spiccato periodo di tempo di oggettiva apparenza remittente non può non assumere valore ai fini dell'estinzione/consumazione del diritto per il periodo *de quo*, trattandosi di diritto a esecuzione continuata e periodica. Si configura così una nuova figura di fattispecie estintiva dei diritti accanto alla rinuncia al diritto e al decorso del termine prescrizione dello stesso; essa è costituita dal repentino esercizio del diritto, dopo una situazione di durevole inerzia non altrimenti giustificata ed espressiva di una violazione del principio di affidamento circa la oggettiva abdicazione. L'improvviso e imprevedibile esercizio del diritto, integrando una ipotesi di abuso del diritto, giustifica il diniego della tutela giudiziale non condizionato alla previa eccezione di parte.

Su tali basi, ma con parere contrario dell'Ufficio della Procura generale³, la Corte afferma il seguente principio di diritto: «il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. legittima in punto di diritto l'insorgenza in ciascuna parte dell'affidamento che, anche nell'esecuzione di un contratto a prestazioni corrispettive ed esecuzione continuata, ciascuna parte si comporti nella esecuzione in buona fede, e dunque rispettando il correlato generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere generale del “neminem laedere”; ne consegue che in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore *per facta concludentia*, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto».

³ Secondo cui «l'inerzia del creditore è punita dal creditore solo con la fattispecie estintiva della prescrizione o, ove sia prevista, della decadenza. *Tertium non datur*».

2. L'istituto della *Verwirkung* nell'elaborazione dottrinale

Come visto, la Corte ha risolto la controversia applicando l'istituto della *Verwirkung*, assegnando una sostanziale valenza estintiva del diritto di credito al ragionevole affidamento riposto dalla parte debitrice nella remissione del diritto di credito conseguente alla protratta e assoluta inerzia del creditore e confortata da elementi circostanziali idonei a confermare tale inferenza logica.

La dottrina italiana si è occupata dell'istituto⁴, sulla scia delle riflessioni della dottrina tedesca di cui vi è traccia anche nella sentenza in rassegna. Si è riconosciuto che la protratta situazione di inattività ne costituisce il presupposto necessario, in uno alla concorrenza di altre circostanze, tali nell'insieme di determinare il ragionevole affidamento della controparte. In particolare, si è affermato⁵ che «il diritto è considerato *verwirkt* se l'avente diritto è rimasto inattivo nei confronti della controparte per un lungo periodo di tempo e ricorrono circostanze tali da fare apparire il successivo esercizio del diritto - in considerazione degli opposti interessi delle parti - come contrario al principio di buona fede». In ciò si coglie la differenza con gli istituti della prescrizione e della decadenza: in essi è necessaria e sufficiente l'inerzia dell'avente diritto; invece, nella *Verwirkung* l'inerzia del titolare è condizione necessaria ma non sufficiente, occorrendo che essa sia accompagnata da una serie di circostanze tali da lasciar ritenere che il successivo atto di esercizio del diritto costituisca un'ipotesi di abuso in quanto contrario al principio di buona fede, cononizzato nel codice tedesco al § 242 BGB, attesa la formazione del ragionevole convincimento nella parte debitrice che il diritto non sarebbe stato più esercitato.

Quanto alla natura giuridica, la *Verwirkung* non avrebbe carattere negoziale, costituendo al più un effetto legale di una condotta declinata dalla giurisprudenza tedesca in guisa da assicurare la giustizia del caso concreto. In tal senso essa consente di plasmare la rigida forma legislativa al caleidoscopio della realtà e adattare la risposta di giustizia alle reali esigenze emergenti dal basso.

La dottrina ha evidenziato anche la duplicità di ricostruzione dell'istituto, per un verso, come un caso di applicazione del principio dell'abuso del diritto e del divieto di *venire contra factum proprium*, che, peraltro, in un certo qual modo costituisce la declinazione fatta propria nella sentenza in rassegna, e, per altro verso, come conseguenza di una *illoyale Verspätung*, ossia di un ritardo sleale unicamente finalizzato alla ricerca di un utile maggiore da parte del titolare del diritto. Lasciando in disparte quest'ultima ricostruzione che va contestualizzata con riguardo alla fenomenologia propria del primo dopoguerra in Germania caratterizzata da un'iperinflazione, per cui il creditore era tentato dal ritardare l'esercizio del diritto onde ricavare il maggior vantaggio possibile dalla rivalutazione (infatti, il deprezzamento della moneta avente corso legale spinse ad abbandonare il principio del valore nominale dei debiti pecuniari ammettendo la rivalutazione giudiziale dei crediti), la prima ricostruzione pone l'accento sulla necessità di una valutazione corale delle posizioni di tutte le parti del rapporto obbligatorio, necessitando, come visto, certamente la ricorrenza della colpevole inerzia del titolare del diritto, ma anche la formazione di una ragionevole convinzione circa la volontà di rinunciare definitivamente all'esercizio del diritto stesso⁶. In tal senso, si coglie, come avvertito in dottrina, l'insufficienza del divieto di *venire contra factum proprium*, giacché non si è in presenza di una resipiscenza di fronte a un negozio abdicativo a carattere tacito, il cui effetto è ormai irreversibile, bensì si è di fronte alla valutazione dei comportamenti di entrambi i soggetti interessati con un bilanciamento dei contrapposti interessi e al conseguente rilievo della violazione del principio di buona fede che, a sua volta, comporta l'estinzione del diritto di credito. Fenomenologia questa che, per alcuni⁷, si manifesterebbe diversamente se si è in presenza di un'obbligazione a prestazione periodiche, poiché in tal caso si verificherebbe solo una limitazione nell'esercizio del diritto alla data convenuta.

Infine, la dottrina sembra concordare sulla rilevanza *ex officio* della *Verwirkung*.

⁴ G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, 1984, Bari, 35 ss.; S. PATTI, voce *Verwirkung* in Dig. disc. priv.- sez. civ., Torino, 1999, 722 ss.; M. TESCARO, *Decorrenza della prescrizione e autoreponsabilità*, Padova, 2006, 220 ss.; F. RANIERI, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Padova, 1971

⁵ S. PATTI, *op. cit.*, 724.

⁶ G. PANZA, *op. cit.*, 44 ricorda come «[s]econdo la descrizione [...] datane da Bramwell, in *Cornish v. Abington* (1859) «la regola è che se taluno si comporta, intenzionalmente o non in modo tale che una persona ragionevole possa desumere che un certo stato di cose esiste, ed agisce sulla base di tale deduzione, a lui sarà in seguito precluso il negare ciò». Attraverso questa regola i giudici inglesi assolvono alle medesime esigenze che nella prassi tedesca vengono soddisfatte con la teoria della *Verwirkung*».

⁷ S. PATTI, *op. cit.*, 729.

3. L'istituto della *Verwirkung* nella prassi giurisprudenziale

Già in precedenza della pronuncia in rassegna la tematica della *Verwirkung* ha trovato riscontro nella giurisprudenza.

Nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, ampia è la riflessione svolta dalla giurisprudenza laburista. In primo luogo, giova menzionare Cass., Sez. lavoro, Sent. 19 aprile 2017, n. 9883, la quale ha evidenziato che «l'inculpazione ritardata, in quanto formulata a notevole distanza di tempo dal fatto addebitato, non solo si presenti pregiudizievole per un pieno esercizio del diritto di difesa, ma sia idonea a fondare la presunzione di mancanza di concreto interesse del datore di lavoro all'esercizio del potere di recesso (*ex multis*, vedi Cass. 17/12/2008 n. 29480, Cass. 23/6/1999 n. 6408) o, e in altre parole, di pretestuosità del motivo addotto. Questa ragione giustificativa della regola di immediatezza della contestazione è pressoché coincidente con quella che connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare. Si tratta di una sorta di decadenza dal potere (nel sistema tedesco: *Verwirkung*), derivante dalla violazione del più generale divieto di *venire contra factum proprium* (vedi in motivazione, Cass. cit. n.29480/2008, Cass. 10/11/1997 n. 11095)». Sempre nel campo lavoristico Cass., Sez. lavoro, Sent., 8 aprile 2016, n. 6900, alla stregua degli orientamenti sulla *Verwirkung* ha ritenuto corretta in diritto «la sentenza impugnata che ha ritenuto rilevante l'inerzia del lavoratore il quale, dopo l'intervento chirurgico al quale deduce di esser stato sottoposto, ha lasciato trascorrere un mese prima di rientrare al lavoro, senza inviare alla parte datoriale alcuna certificazione sanitaria concernente le proprie condizioni fisiche, nè comunicare oralmente alcuna notizia al riguardo, in tal guisa ingenerando nel datore di lavoro, un ragionevole affidamento in ordine alla volontà del dipendente di non dare seguito al rapporto». Ancora circa l'onere di contestazione immediata, Cass., Sez. lavoro, Sent., 24 gennaio 2013, n. 1693 «connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia all'esercizio del potere disciplinare (cfr. *ex plurimis* Cass. 23 giugno 1999, n. 6408)». Per tale pronuncia si tratta dell'applicazione «di una sorta di decadenza dal potere (nel sistema tedesco: *Verwirkung*), derivante dalla violazione

del più generale divieto di *venire contra factum proprium* (si veda Cass. 10 novembre 1997 n. 11095 e più di recente Cass. 17 dicembre 2008 n. 29480)». Dal canto suo anche Cass., Sez. lavoro, Sent., 28 aprile 2009, n. 9924 fa riferimento «alla *Verwirkung* come di una sorta di decadenza derivante dal divieto, più familiare agli ordinamenti latini, di *venire contra factum proprium*». Anche per tale pronuncia viene in rilievo una «preclusione di un'azione, o eccezione, o più generalmente di una situazione soggettiva di vantaggio, non per illiceità o comunque per ragioni di stretto diritto, ma a causa di un comportamento del titolare, prolungato, non conforme a essa e perciò tale da portare a ritenere l'abbandono».

Invece, Cass., Sez. I, Sent. 2 maggio 2006, n. 10127 nega la configurabilità dell'istituto della *Verwirkung* del nostro ordinamento. Secondo tale pronuncia, nel nostro ordinamento non esiste un simile principio né esso può ricavarsi dalla clausola generale di buona fede e correttezza. La Corte ricorda come tale clausola generale operi tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 cod. civ.), specificandosi nel dovere di ciascun contraente di agire in modo da preservare gli interessi dell'altro, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita. Da tanto la Corte trae la conseguenza per cui «il semplice fatto di ritardare l'esercizio di un proprio diritto, se non finalizzato a produrre un danno alla controparte e senza un apprezzabile interesse per il titolare, non dà luogo a una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto, qualunque convinzione possa essersi fatta per effetto del ritardo il debitore». La pronuncia distingue la *Verwirkung* dal caso in cui il ritardo sia la conseguenza fattuale di una rinuncia tacita all'esercizio del diritto e, quindi, di una manifestazione di volontà abdicativa da parte del titolare, poiché in questo caso, non vi è un problema di non concessione di tutela giuridica a un diritto per sleale ritardo nel suo esercizio, ma di estinzione del diritto stesso, pur ribadendo che «la rinuncia in parola, se non espressa, si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli, in maniera univoca, la sua definitiva volontà di non avvalersi del diritto». Anche per Cass., Sez. la-

voro, Sent., 21 giugno 2005 n. 13322 la volontà tacita di rinunciare a un diritto si può desumere soltanto da un comportamento concludente del titolare che riveli la sua univoca volontà di non avvalersi del diritto stesso, laddove l'inerzia o il ritardo nell'esercizio del diritto non sono elementi sufficienti, di per sé, per dedurre la relativa volontà, potendo esser frutto d'ignoranza, di temporaneo impedimento o di altra causa per cui spieghino rilevanza soltanto ai fini della prescrizione estintiva. Pertanto, per tale arresto, il solo ritardo nell'esercizio del diritto, anche se imputabile al suo titolare e tale da far ragionevolmente ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non può costituire motivo per negarne tutela giudiziaria. Infine, medesima posizione è stata assunta da Cass., Sez. III, 15 marzo 2004, n. 5240, la quale, sul presupposto che, nell'esecuzione del contratto secondo buona fede, la parte è tenuta, da un lato, ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche inadempimenti della controparte, che non pregiudichino sensibilmente il proprio interesse, ha affermato che il semplice fatto di ritardo nell'esercizio di un proprio diritto, se non produce un danno per la controparte senza un apprezzabile interesse per il titolare nei limiti e secondo le finalità del contratto, non dà luogo a una violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e non è causa per escludere la tutela dello stesso diritto. Merita menzione anche Cass., Sez. lavoro, Ord., 28 gennaio 2020 n. 1888 (a sua volta citata da Cons. Stato Sez. V, Sent., 26 aprile 2021, n. 3301), la quale al § 8.2. espressamente richiama tale pronuncia alla quale pienamente dà ulteriore continuità, non ritenendo che vi siano ragioni per discostarsi.

4. L'utilizzo delle clausole generali: il ruolo della giurisprudenza.

Questa panoramica giurisprudenziale consente di tracciare una progressiva, anche se non univoca, evoluzione della giurisprudenza progressivamente più propensa a dare cittadinanza giuridica nel nostro ordinamento alla teorica della *Verwirkung* mediante un'applicazione sempre più estesa della clausola generale di buona fede e correttezza, assegnando un'immediata efficacia precettiva al principio di solidarietà espresso dall'art. 2 Cost. In altri termini, si ravvede in questo caso, come in altre vicende che hanno interessato la giurisprudenza negli ultimi anni, l'obiettivo esegetico di consentire alle norme principio di orientare in chiave

assiologica il contenuto delle clausole generali⁸. In questo senso si coglie la portata pratica dell'affermazione per cui il diritto non è più proprietà di un solo soggetto, ma è oggetto delle cure di tanti⁹, di modo che al legislatore non spetta un monopolio, ma solo una prerogativa nella formazione del diritto. Vicenda alla quale partecipa anche il giudice, sia pure in una posizione di sottomissione alla legge¹⁰. Ma così operando il giudice si pone quale avamposto della legalità costituzionale e si palesa, al pari dell'ordine giudiziario, nel suo insieme, nello Stato costituzionale, quale «organo dello Stato-comunità: di quell'aggregato, cioè, di componenti, istituzionali e personali, che esprimono – nel tempo che cambia e nelle generazioni che si sovrappongono e si succedono – le qualità della convivenza: vale a dire, le modalità del vivere insieme secondo un sistema di principi e di valori assumibili come generalmente condivisi senza essere stati specificamente pattuiti»¹¹. Anche in tal guisa, il giudice costituisce il punto tangente tra la giustizia sociale e le prerogative della società¹², svolgendo la funzione di cerniera tra le esigenze sociali

⁸ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, Torino, 2017, 5. Icastico è il seguente passaggio di Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 per cui viene in rilievo «l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale». Si vedano anche Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248; Corte cost. 22 aprile 2014, n. 77 per cui il precetto dell'art. 2 Cost. che entra direttamente nel contratto. Circa l'influenza dei principi costituzionali e l'interpretazione basata sulla pluralità delle fonti si v. anche S. DE MATTEIS, *Liber amicorum per Paolo Pollice*, Torino, 171 ss.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 213. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, 217.

¹⁰ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 25

¹¹ G. LATTANZI, *Per i sessant'anni dall'entrata in vigore della legge istitutiva del CSM*, Roma, 24 settembre 2018 in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/composizione/risorse/PaginaPresidenteLattanzi/eventi/Per_i_sessant_anni_dall_entrata_in_vigore_della_legge_istitutiva_del_CSM_Roma_24_settembre_2018.pdf

¹² Così scrive E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/ripensare-la-fattispecie-nel-tempo-delle-clausole-generali>: «[o]ggi clausole come quella di buona fede costituiscono

e quelle statali (secondo Aharon Barak¹³: *[t]hrough his or her interpretation, a judge must give effect to the purpose of the law and ensure that the law in fact bridges the gap between law and society*).

V'è tuttavia chi¹⁴ avverte dei rischi insiti in tale rinnovato protagonismo della magistratura giudicante, intenta ad adoperare lo strumento delle clausole generali per offrire una giurisprudenza orientata al caso, per cui l'interpretazione giudiziale è «ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto» e «nel conflitto tra il diritto e il caso, cioè le esigenze del caso, l'ordinamento sceglie queste ultime». Si avverte, infatti, che «compito del giurista, compito del giudice, non è trovare la soluzione “giusta”¹⁵, perché una simile pretesa implica «la presunzione di essere nel possesso monopolistico della verità nelle questioni valutative», ma solo di trovare la soluzione “esatta” (che ovviamente non vuol dire “unica possibile”)». In tale ottica si preconizza che l'abbandono della concezione cognitivista dell'interpretazione con l'eccessivo ricorso alle clausole generali, incrinando il rapporto che lega il giudice professionale, nominato per concorso, al diritto positivo, possa aprire la strada in un prossimo futuro alla figura del giudice in qualche modo elettivo, proprio per questo legittimato a supplire alle deficienze del potere legislativo anche con un'attività interpretativa che, in una prospettiva assiologica, vada ben oltre il mero disvela-

mento di ciò che la disposizione, comunque legata alla fattispecie, racchiude¹⁶.

Occorre allora trovare un giusto equilibrio fra la prospettiva del giudice burocrate, meramente sillogista, non in grado di adeguare le disposizioni di legge, spesso datate, al mutato contesto sociale e alle nuove esigenze di giustizia e il rischio del soggettivismo giudiziario che ricostruisce il contenuto delle clausole generali mediante il ricorso a propri paradigmi morali spacciati per nuovi assetti sociali¹⁷. In tal senso va tenuto in debito conto quell'opinione per cui l'automatico adeguamento del sistema, che si realizza attraverso il ricorso alla tecnica delle clausole generali, ha tuttavia, come è evidente, un costo non eliminabile in termini di certezza del diritto. Infatti, la previsione di una clausola generale comporta l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale di integrazione del dato positivo, che non può essere esercitato se non attraverso calibrate e delicate operazioni di tipo valutativo e che si differenzia, anche qualitativamente, rispetto alla discrezionalità che caratterizza qualsiasi attività di tipo meramente interpretativo. Il contatto tra sistema normativo e realtà sociale in cui il primo è destinato a operare può avvenire, in altri termini, solo attraverso la mediazione del giudice, in quanto è il giudice che "governa" quell'osmosi di valori tra realtà sociale e sistema, resa possibile dall'impiego di una clausola generale¹⁸.

un elemento assai diffuso nell'argomentazione giuridica. Si tratta di un'argomentazione diversa da quella per sistema: la controversia è risolta non mediante sussunzione del caso negli schemi del sistema, ma valorizzando le stesse circostanze del caso alla luce del valore che il legislatore ha positivizzato nella clausola generale. Una prassi decisionale improntata alla clausola di buona fede è segno di attivismo giudiziale. Come ha scritto un filosofo del diritto [J. Esser], «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di “capire in modo giusto” la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere».

¹³ *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4694&context=fss_papers

¹⁴ M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali* in <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/certezza-del-diritto-e-clausole-generalis>.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, a seguito dell'analisi dei valori funzionali del processo, individua nell'ambito di essi il «principio di giustizia delle decisioni, espressione assai meno declamatoria oggi che in passato, alla luce dell'art. 111 Cost. e art. 6 CEDU. Di tale giustizia decisionale è traccia sensibile la decisione resa da queste sezioni unite con la sentenza n. 18128 del 2005, in tema di rilievo officioso della eccessiva onerosità della clausola penale».

5. Osservazioni conclusive.

In conclusione, va segnalato che nella fattispecie la buona fede è utilizzata dalla Corte non in modalità proattiva, in funzione integrativa dell'obbligazione, ponendosi quale base per l'insorgere di obbligazioni col-

¹⁶ Circa la discussione sul ruolo politico della magistratura e la natura dell'attività interpretativa si veda R. BALDUZZI, *Politica e Magistratura, Lezioni ad uso degli studenti del corso di Diritto pubblico comparato*, Milano, 2021, 8 ss.

¹⁷ È necessario non offrire *ab ovo* il destro per accuse che ledono il necessario prestigio della magistratura giacché provenienti da autorevoli settori dottrinari (F. GAZZONI, *Scritti giuridici minori*, 2016, 126). Si afferma (in modo fondato o no non è questa la sede per determinarlo) che, in materia di diritto di famiglia, ma non solo, i giudici addivengono a soluzioni non in base al diritto quale esso è, in esito a una corretta interpretazione e ricostruzione, ma quale si vorrebbe che fosse in base alla propria personale *Weltanschauung*, di modo che essi fanno dire alla legge quel che essi vogliono che essa dica.

¹⁸ E. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, 1719

lateralmente, di protezione, cooperazione, informazione, bensì le si assegna una valenza demolitoria. Vi è chi ha osservato «è stato e rimane assolutamente condivisibile, per fare un solo esempio che attraverso il richiamo alla buona fede sia stata sviluppata la teoria degli obblighi precontrattuali. La certezza del diritto non ne ha in alcun modo risentito. La disciplina dei rapporti fra privati è sicuramente progredita. Assolutamente non condivisibile, è invece ammettere che il giudice, invocando l'esigenza di solidarietà, possa mutare a suo piacimento gli equilibri contrattuali o, semplicemente invocando la buona fede, possa dichiarare nulle clausole contrattuali»¹⁹.

La pronuncia in rassegna non sembra che ponga soverchi problemi in punto di tutela dell'autonomia privata, in quanto la Corte non si premura di riscrivere il programma contrattuale (pur dovendosi rilevare l'assenza di una clausola di decadenza convenzionale normata dall'art. 2965 cod. civ.), anzi pone lo stesso a base del suo *decisum*.

Le criticità eventualmente si pongono su un altro piano.

La pronuncia, come divisato nel titolo di questa breve nota, si palesa, seguendo l'aforisma di Mao, come un primo - significativo - passo di lungo cammino. Un passo che, però, richiede ulteriori puntualizzazioni anche per meglio orientare la giurisprudenza di merito e la generalità dei consociati.

Specie con riguardo ai rapporti di durata e, in particolare, avuto riguardo a quello locatizio, la giurisprudenza avrà occasione di meglio delineare le circostanze che devono accompagnare l'inerzia onde sostenere il giudizio di ragionevolezza dell'affidamento riposto dal conduttore. Non va obliato che nel caso di specie il giudice di appello ha tenuto conto dei canoni maturati successivamente al primo atto di impulso che ha avuto luogo mediante notifica dell'atto di citazione di sfratto per morosità. Anche il giudizio sulla durata dell'inerzia, che, per essere rilevante, deve essere significativa, andrebbe agganciato a parametri in qualche modo prevedibili *ex ante*²⁰: il locatore dovrebbe essere posto in gra-

do di sapere sin dal principio del rapporto che se non si attiva vi è il rischio, ove tale inerzia si accompagni a circostanze di fatto in tal senso convergenti, che il proprio diritto di credito non possa essere più esatto in via giudiziale a cagione dell'affidamento da lui instillato²¹.

L'esigenza dell'enucleazione di indici sintomatici, anche dando vita alla strutturazione di un vero e proprio test di giudizio, da cui inferire la ragionevolezza dell'affidamento confidato – in particolare - dal contraente di un rapporto di durata, qual è quello locativo, circa la remissione del diritto di credito, si presenta ancor più pressante ove si considerino due aspetti della problematica.

In primo luogo, occorre tener conto della posizione rigorosa assunta dalla giurisprudenza in tema di rinuncia tacita, che, come visto, presuppone una manifestazione di volontà inequivoca, tale da non avere alcuna giustificazione razionale diversa dalla volontà di rimettere al debitore la sua obbligazione²². Coerenza giuridica vuole che pari rigore valutativo sia speso in sede di verifica dell'avvenuta cristallizzazione del ragionevole affidamento.

In secondo luogo, non può porsi del tutto sullo sfondo sino a farla scomparire la complessa disciplina codicistica della mora del creditore e della liberazione del debitore dalla sua obbligazione (artt. 1206 ss. cod.

cessiva di opzioni che può ad ogni istante diramarsi nelle direzioni più mutevoli. La legge attrae l'azione ad essere fedele a se medesima, e quindi conferisce all'azione, pur piegandola, la verità alla quale essa aspira con tutto il suo essere concreto, anche se di volta in volta la sua elezione sarebbe quella di realizzarsi indipendentemente dalla legge. *Legum omnes servi sumus, ut liberi esse possimus*: la frase di Cicerone, che è poi divenuta un *leit-motiv* della speculazione filosofico-giuridica, non va intesa solo nel significato, che a noi moderni potrebbe apparire immediato, di una conciliazione dialettica, e cioè nel senso che, come l'immanenza non può porsi senza la trascendenza, così la libertà non può sussistere senza la necessità». Anche N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 4 principia le sue riflessioni proprio partendo dallo studio di F. LOPEZ DE OÑATE, rammentando che la prevedibilità dei comportamenti, cioè della loro valutazione, è il motivo per cui la legge non ragiona di cose particolari e presenti, ma di cose future e generali, secondo la geniale intuizione di Aristotele.

²¹ D'altro canto, e a prescindere dalla *Verwirkung* come applicata nel caso di specie, il creditore ha necessità di non essere esposto alla possibile duplice accusa: per un verso, di frazionare il credito, via via azionato al maturarsi di ciascuna scadenza, con conseguente aggravio di spese per il debitore, oppure, per altro verso, di ritardare l'azione creditoria al solo scopo di danneggiarlo in quanto egli, poi, non è più in grado di soddisfare all'unisono tutta la debitoria maturata.

²² Cass. 14 dicembre 2020, n. 28439.

¹⁹ A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 12

²⁰ Del tutto attuale è la riflessione di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 80, ove si legge: «la certezza del diritto si traduce in certezza dell'azione. L'azione diviene libera perché è costretta a riconoscere la legge che porta in sé e che riscontra fuori di sé, e che le preclude la possibilità di muoversi senza mèta come volontà erratica ed arbitraria, in una catena suc-

civ.). Sottostante a essa è evidentemente l'idea del legislatore per cui, in caso di inerzia del creditore a ricevere l'adempimento, è facoltà, anzi compito, del debitore di provvedere all'offerta della prestazione pattuita con le conseguenziali condotte in caso di protrazione dell'inerzia creditoria. Tali previsioni evidentemente sottintendono che, anche in caso di condotta non collaborativa nell'esazione del credito, sussiste l'interesse del debitore alla liberazione del vincolo obbligatorio, il quale, dunque, perdura. Il combinarsi della tematica della *Verwirkung* con quella della mora del creditore è materia da ulteriormente approfondire sempre in vista dell'indicazione di criteri per meglio orientare l'azione degli operatori. Il che è ancor più vero nel caso in cui il debitore non abbia osservato alcuna condotta tale da palesare la sua seria intenzione di adempiere la propria obbligazione, rimanendo così anch'egli per lungo tempo in una posizione di mera attesa (*recte* di inadempimento, almeno sino a quando non si sia formato il ragionevole affidamento in parola), pur continuando, in caso di rapporto di durata, a godere della prestazione creditoria. Il rischio, infatti, da evitare è che si dia del dovere di solidarietà una declinazione unidirezionale: dal creditore verso il debitore, e non, come conveniente che sia, in assenza di asimmetrie contrattuali fra le parti, bidirezionale o reciproca. Il fine è, dunque, quello di impedire condotte attendiste e opportunistiche.

Interessante è anche la tematica processuale.

La Cassazione, in accordo con la dottrina, ritiene rilevabile *ex officio* la *Verwirkung*²³. Si tratta di eccezione in senso lato²⁴, evidentemente spendibile anche in gra-

do di appello - essendo sottratta al divieto stabilito dall'art. 345, comma 2, c.p.c.²⁵ - e che richiede un'allegazione in fatto a carico della parte²⁶. È logico che il tempo dell'allegazione incida poi sulla delineazione del *thema probandum* e sulla formazione del conseguente compendio istruttorio.

Per altro verso, è a ritenersi che si tratti di questione mista di fatto e diritto e che, quindi, la conseguente rilevabilità d'ufficio presupponga la stimolazione del contraddittorio, posto che la locuzione "questione rilevata d'ufficio", di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c., deve intendersi riferita alle questioni - siano esse di fatto o miste di fatto e diritto - che implicino la valorizzazione di fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto fatto valere in giudizio²⁷. Resta poi che la parte soccombente può dolersi della decisione ex art. 101 comma 2° c.p.c. solo qualora la violazione del dovere del giudice di assegnare un termine a difesa abbia vulnerato la facoltà di chiedere prove o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini²⁸.

Fulvio TRONCONE

²⁵ Tra le tante Cass. 16 febbraio 2021, n. 4066; Cass. 6 maggio 2020, n. 8525.

²⁶ Cass. 18 agosto 2020, n. 17216; Cass. 26 luglio 2019, n. 20317, secondo cui ove il convenuto contrapponga alla pretesa attorea fatti cui la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto fondante siffatta pretesa, occorre distinguere il relativo potere di allegazione, che compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), da quello di rilevazione, che spetta alla parte (nel rispetto delle preclusioni per questa stabilite) solo qualora la manifestazione della sua volontà sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nell'ipotesi di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva) ovvero quando singole disposizioni espressamente ne indichino come indispensabile l'iniziativa. Ne consegue che, in ogni altro caso, i fatti risultanti dal materiale probatorio legittimamente acquisito sono rilevabili d'ufficio, senza che si verifichi alcun superamento del divieto di scienza privata del giudice o delle preclusioni e decadenze stabilite, atteso che il generale potere-dovere di rilievo officioso delle eccezioni si traduce semplicemente nell'attribuzione di rilevanza, ai fini della decisione di merito, a determinati fatti modificativi, impeditivi o estintivi che, comunque, devono essere legittimamente acquisiti al processo e provati.

²⁷ *Ex multis*, da ultimo, Cass. 22 novembre 2021, n. 35974.

²⁸ Cass., Sez. Un., 30 settembre 2009, n. 20935.

²³ Infatti, non si tratta di eccezione riservata all'iniziativa della parte per legge o perché corrispondente alla titolarità di un'azione costitutiva e, pertanto, non soggette alla decadenza prevista dall'art. 167 cod. proc. civ. (si v., con riguardo alla definizione delle eccezioni in senso stretto, Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099; Cass., Sez. Un., 27 luglio 2005, n. 15661).

²⁴ Atteso che l'argomentazione difensiva svolta *more solito* dalla parte convenuta convenuti non si limita a negare la sussistenza o la fondatezza dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria ma vi oppone un fatto diverso, non compreso tra quelli allegati da controparte a fondamento della propria domanda, bensì dedotto quale causa non imputabile dell'inadempimento ad essi ascritto, e, dunque, come fatto impeditivo. Si tratta, dunque, non di mere difese ma di eccezioni in senso lato, le quali consistono, come noto, secondo la definizione ricavabile con chiarezza dall'art. 2697 c.c., nella allegazione (se fatta dalla parte) o nella rilevazione (se fatta d'ufficio dal giudice) di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto dedotto in giudizio (per un'applicazione circa la non imputabilità dell'inadempimento: Cass. 30 giugno 2020, n. 12980).

Editing



Via Pietro Ottoboni, 11 - 00159 Roma
info@abilgraph.com - www.abilgraph.com

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO
RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it



Editore: Giuristi Anonimi s.r.l.s. socio unico

Direzione – Redazione ed Amministrazione della rivista
“Nel Labirinto del Diritto” sono presso la sede legale della Giuristi Anonimi s.r.l.s.
socio unico in Formello (Rm) alla Via del Praticello n. 34.