NEL LABIRINTO DEL DIRITTO



RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA n. 2/2022

NEL LABIRINTO DEL DIRITTO

RIVISTA TRIMESTRALE DI GIUSPRUDENZA

www.labirintodeldiritto.it

Direttore Responsabile:

Marco AZZARITI

Hanno collaborato a questo numero:

Bruno Capponi - Ernesto Fabiani - Luisa Piccolo
Alberto Crivelli - Roberto Bocchini - Domenico Pittella
Barbara Di Tonto - Giacomo D'Attorre



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.

INDICE 2-2022

Le Sezioni Unite nel labirinto del titolo esecutivo" Nota a Sent. Cass. n. 5633 del 21 febbraio 2022 Bruno CAPPONI <i>Prof. ordinario di diritto processuale civile a riposo</i>	pag.	4
Esecuzione Forzata La «vendita diretta» del debitore tra riforme del processo civile e tendenze evolutive della vendita forzata di Ernesto FABIANI <i>Prof. ordinario di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi del Sannio</i> e Luisa PICCOLO addetta all'ufficio studi del Consiglio Nazionale del Notariato	pag.	8
Diritto Fallimentare L'esdebitazione dell'incapiente di Alberto CRIVELLI Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione	pag.	19
Diritto Processuale Civile La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o impegno umano? di Roberto BOCCHINI <i>Prof. ordinario di diritto privato presso l'Università Parthenope di Napoli</i>	pag.	30
Responsabilità Civile La recente evoluzione della responsabilità civile sanitaria di Domenico PITTELLA Avvocato e dottore di ricerca in diritto civile	pag.	48
Diritto Processuale Civile Opposizione a decreto ingiuntivo, locazioni e mutamento rito: il caos calmo delle Sezioni Unite di Barbara DI TONTO Giudice del Tribunale di Napoli	pag.	64
Esecuzione Forzata Certezza del diritto consacrato nel titolo esecutivo, obbligazioni future ed eventuali e contratto di apertura di credito: un importante intervento della Corte di cassazione di Ernesto FABIANI Prof. ordinario di Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi del Sannio e Luisa PICCOLO addetta all'ufficio studi del Consiglio Nazionale del Notariato	pag.	76
Diritto Fallimentare Le Sezioni Unite sulla prededuzione dei crediti dei professionisti nel concordato tra ragionevolezza e "giurisprudenza degli interessi" di Giacomo D'ATTORRE Prof. ordinario di diritto commerciale presso l'Università del Molise	pag.	87

Le sezioni unite nel labirinto del titolo esecutivo

La testata che ospita queste brevi riflessioni – *Nel labirinto del diritto* – è davvero il luogo ideale per brevemente commentare la sentenza delle Sezioni Unite n. 5633 del 21 febbraio 2022.

Partiamo dal fatto processuale.

Un lavoratore agricolo propone ricorso ex art. 612 c.p.c. contro l'INPS per essere iscritto «nell'elenco nominativo del Comune dell'anno 2007 per n. 156 giornate lavorative», secondo quanto accertato da una sentenza del Tribunale di Foggia, Sezione Lavoro, passata in giudicato. Nelle more dell'esecuzione in forma specifica, avendo l'INPS adempiuto spontaneamente alla iscrizione, il lavoratore-esecutante chiede che il g.e. dichiari l'improcedibilità (estinzione atipica), con condanna dell'INPS alle spese dell'esecuzione (soccombenza virtuale). Il g.e. rileva però che il titolo in base al quale l'esecuzione era stata avviata non era condannatorio e ravvisa in questo i giusti motivi per la compensazione delle spese dell'esecuzione non conclusa. L'ordinanza viene impugnata ex art. 617 c.p.c. e il giudice dell'opposizione, riformandola, condanna l'INPS al pagamento delle spese sia dell'esecuzione che dell'opposizione, perché (risulta chiaro dalla narrativa della sentenza in commento) sebbene il Tribunale avesse adottato una pronuncia meramente dichiarativa, il lavoratore aveva in realtà proposto «una domanda di condanna al ripristino della sua posizione assicurativa mediante la reiscrizione negli elenchi nominativi annuali degli operai agricoli». Una interpretazione corretta della sentenza - secondo il giudice dell'opposizione agli atti, che combina petitum e de*cisum* – consentiva di attribuirle i requisiti dell'art. 474 c.p.c.

Avverso la sentenza l'INPS ricorre per cassazione. La Sezione Lavoro, con ordinanza interlocutoria n. 12944 del 13 maggio 2021, osserva che il ricorso pone la questione dell'interpretazione del titolo esecutivo, che il giudice dell'opposizione agli atti aveva ricostruito muovendo dalla domanda (che conteneva *anche* una richiesta condannatoria) e non dalla sentenza passata in giudicato (che conteneva *soltanto* una pronuncia dichiarativa). Il motivo era fondato sul n. 5, nuovo testo, dell'art. 360 c.p.c., in aderenza all'orientamento per cui nel processo esecutivo l'interpretazione del titolo è que-

stione di fatto (è la soluzione da sempre recepita dalla Terza Sezione della S.C.¹).

La Sezione Lavoro rileva che la censura, circoscritta nei limiti propri del n. 5, che non configura un vizio di motivazione², porterebbe al rigetto del motivo, non essendo ravvisabile l'omesso esame di un fatto decisivo e controverso³; tuttavia, ove la sentenza-titolo esecutivo non rilevasse quale mero "fatto" ma potesse essere sindacata, perché passata in giudicato, nella più ampia ottica della violazione di legge (secondo i canoni dell'art. 12 Preleggi: cfr. Sezioni Unite, n. 14727 del 9 maggio 2008), l'esito della censura avrebbe potuto in thesi essere diverso. Si legge tra le righe che la Sezione ritiene erronea la sentenza di opposizione agli atti, per la semplice ragione che il titolo azionato non aveva carattere condannatorio; e però, i limiti attuali del n. 5 non consentivano la cassazione della sentenza (perché, ripetiamo, la censura del n. 5 non è più relativa al controllo di congruità della motivazione). La Sezione rimette al Primo Presidente, avendo ravvisato una questione di massima di particolare importanza (avrebbe forse potuto ravvisare anche un contrasto tra la Sezione Terza e la stessa Sezione Lavoro, ritenendo la prima che nell'esecuzione il titolo giudiziale rilevi quale mero

¹ Giurisprudenza costante: dalla sent. n. 14727 del 2001 sino alla n. 15538 del 2018.

² Sia consentito il rinvio, per un esame ragionato della recente giurisprudenza di legittimità, al nostro *Note brevi sul n.* 5 dell'art. 360 c.p.c., in Giustizia Insieme dall'8 febbraio 2021.

³ La Sezione Lavoro ha ritenuto «che, circoscrivendo la censura dell'Istituto nei limiti propri dell'art. 360 c.p.c., n. 5, ne balzerebbe evidente l'infondatezza, siccome ritenuto da Cass. n. 14921 del 2017 in fattispecie affatto sovrapponibile alla presente, dal momento che la sentenza impugnata ha per contro esaminato il fatto del cui omesso esame si duole l'INPS, ossia la sentenza del Tribunale di Foggia n. 4586/09, più volte cit., salvo pervenire ad un'interpretazione errata di essa, che è ciò che sostanzialmente è denunciato nel ricorso per cassazione; che l'orientamento che esclude la possibilità che questa Corte possa procedere all'interpretazione del titolo esecutivo di formazione giudiziale è abbastanza risalente ed è stato tradizionalmente motivato sul rilievo secondo cui l'interpretazione del giudicato esterno costituiva apprezzamento di fatto non sindacabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato (cfr. in tal senso già Cass. nn. 1069 del 1963, 2078 del 1966, 864 del 1970, 2931 del 1975, 321 del 1980, 3996 del 1992, 2510 del 1996, 552 del 2001)».

fatto, la seconda che quel titolo, se coperto da giudicato, rilevi appunto quale *giudicato esterno*, non diversamente da quanto avviene nel processo dichiarativo⁴).

Diciamo subito che l'ordinanza interlocutoria solleva questioni che possono considerarsi assai dubbie per più aspetti: a) perché il motivo di ricorso era fondato sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c., e se il ricorrente avesse consapevolmente richiesto un ripensamento dell'orientamento consolidato avrebbe dovuto diversamente formularlo; b) perché attualmente il controllo sulla motivazione è ben possibile, sia pure in limiti più ristretti rispetto all'abrogato n. 5 e sul riflesso della violazione di legge (ex n. 4 o n. 5 dell'art. 360 c.p.c.); c) perché la sentenza, azionata quale titolo esecutivo, non conteneva una statuizione condannatoria e sotto questo profilo era certamente possibile una censura ex n. 4 dell'art. 360 c.p.c.; d) perché l'attore, ove avesse inteso conseguire la pronuncia condannatoria che pure aveva richiesto ma che il Tribunale non gli aveva attribuito («condannare l'INPS a rettificare i suddetti elenchi e ad accreditare a parte ricorrente 156 contributi giornalieri per l'anno 2007») avrebbe dovuto impugnare la sentenza, che presentava il solo capo di accertamento («dichiarare il diritto di parte ricorrente ad essere iscritta ... nell'elenco nominativo»); e) perché nessuna regola interpretativa, da legge (art. 12 Preleggi) o da contratto (art. 1362 c.c.), avrebbe potuto integrare il decisum alla luce del petitum; f) perché nell'esecuzione forzata il titolo esecutivo – giudiziale o stragiudiziale, provvisoriamente esecutivo o passato in giudicato – deve individuare un diritto *certo*, e la stessa interpretazione extratestuale (secondo quanto indicato dalla Sezioni Unite n. 11066 del 2 luglio 2012 e dalla successiva giurisprudenza di legittimità) non consente di integrare il decisum col petitum; g) perché, in definitiva, vi erano strumenti, diversi dal n. 5, con cui la questione dell'inesistenza del titolo esecutivo avrebbe potuto utilmente essere portata all'attenzione della Corte Suprema.

Ma, forse, l'aspetto più dubbio è proprio nel fatto di poter considerare il titolo esecutivo costituito da sentenza passata in giudicato come un qualcosa di diverso rispetto a tutti gli altri descritti nell'art. 474 c.p.c., soggetto a un proprio regime interpretativo "da legge"⁵. Il titolo esecutivo è tale perché rappresentativo di un diritto certo, liquido, esigibile. È questa una regola chiara, dettata per l'ambiente particolare dell'esecuzione forzata, in cui il titolo-sentenza rileva non come decisione della lite (e quindi non si interpreta come un giudicato), bensì come titolo rappresentativo di un diritto da poter porre in esecuzione, alla stregua di qualsiasi altro titolo esecutivo. In questa prospettiva, la sentenza provvisoriamente esecutiva equivale alla sentenza passata in giudicato: entrambe, in quanto titolo esecutivo, debbono andare soggette a regole di interpretazione comuni.

Ma tant'è: l'ordinanza interlocutoria pone una sghemba "questione di particolare importanza", che giunge alle Sezioni Unite.

Di qui la sentenza in commento. Che avrebbe potuto limitarsi a dire – fugando i dubbi della Sezione Lavoro, che a chi mastica di esecuzioni appaiono bolle d'aria – che l'INPS, per far affermare che una sentenza di accertamento mero non è titolo per l'esecu-

⁴ V. Cass. n. 14921 del 2017, n. 5049 del 2020 e 26935 del 2020.

⁵ Ha infatti argomentato la Sezione Lavoro che «l'orientamento, in relazione al quale la sentenza, nell'ambito del processo esecutivo, rileverebbe semplicemente come "fatto" e come tale andrebbe apprezzato (così, in termini, Cass. n. 14727 del 2001, cit., in motivazione), è stato tuttavia virtualmente superato da Cass. S.U. n. 11501 del 2008, che - nell'enunciare il principio di diritto secondo cui, ai fini dell'interpretazione di provvedimenti giurisdizionali, si deve fare applicazione, in via analogica, dei canoni ermeneutici prescritti dagli artt. 12 preleggi e ss., invece che di quelli propri degli atti negoziali, in ragione dell'assimilabilità dei provvedimenti giudiziali alle norme giuridiche quanto a vis imperativa e indisponibilità per le parti - ha direttamente proceduto all'interpretazione del titolo esecutivo posto a base dell'esecuzione intrapresa in quel giudizio (costituito da un decreto di liquidazione delle spese al CTU), per poi concludere che, sebbene erroneamente condotta alla stregua dei canoni propri dell'ermeneutica negoziale, l'esegesi del titolo compiuta dai giudici di merito doveva nondimeno ritenersi corretta (cfr. p. 5 della motivazione); che tale conclusione - espressamente motivata in relazione alla circostanza che l'interpretazione del giudicato esterno così come del titolo esecutivo operate dal giudice del merito non possono essere riguardate come un "apprezzamento di fatto", ma costituiscono quaestiones iuris da sindacare nella più ampia ottica della valutazione di legge - si pone, ad avviso del Collegio, diametralmente in contrasto con l'orientamento dianzi ricordato, secondo cui, viceversa, l'interpretazione del titolo esecutivo compiuta dal giudice dell'esecuzione o da quello chiamato a sindacarne l'operato nell'ambito delle opposizioni esecutive, si risolverebbe in un apprezzamento di un fatto, come tale incensurabile in questa sede di legittimità se non nei limiti dell'art. 360 c.p.c., n. 5».

zione forzata degli obblighi di fare essendo priva di carattere condannatorio, avrebbe dovuto impostare diversamente il suo ricorso. Punto.

Tuttavia la Corte, che evidentemente condivide la valutazione della Sezione Lavoro circa l'ingiustizia della sentenza di opposizione agli atti (valutazione più da giudice di merito che di legittimità), e ha forse anche il desiderio di impegnarsi in una pronuncia "nomofilattica", si ingegna per "raddrizzare" un ricorso nato sbagliato.

Il primo ostacolo da superare è quello del tramite. Recuperando una «lettura non formalista dei motivi di ricorso per cassazione», le Sezioni Unite osservano che «ciò che al fondo il ricorrente denuncia è la violazione della portata del titolo esecutivo giudiziale e tale sarebbe stata la denuncia anche sul piano formale se l'orientamento di questa Corte sul punto fosse stato finora diverso. La censura può dunque essere riqualificata nei termini della violazione della norma di diritto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3». Quale sarà, però, la norma di diritto? Verrà chiarito nel prosieguo (quasi al termine) della lunga motivazione, perché il ricorrente, avendo fatto capo al n. 5, a tutto pensava fuorché a denunziare la violazione o falsa applicazione di una norma di diritto. Secondo la Corte questa norma è di natura sostanziale, l'art. 2909 c.c. (e ad essa è infatti dedicato il principio di diritto⁶), ma al tempo stesso non si esclude che «trattandosi della portata, e non del contenuto, del giudicato, all'impugnazione del provvedimento in sede di legittimità si sarebbe potuti pervenire anche per la via della violazione degli artt. 474 e 612 c.p.c., la quale avrebbe attinto il titolo giudiziario posto in esecuzione in quanto tale, a prescindere dalla sua natura di giudicato, allo scopo di contestarne la natura di titolo esecutivo» (§ 3.5.). Con ciò la Corte riconosce – correttamente, ma soltanto alla fine del suo lungo discorso, che risulta essere largamente fuori quadro – che il ricorrente aveva una strada maestra per gravare la sentenza di opposizione agli atti (a nostro avviso, la strada più credibile e corretta). Una strada che consentiva un controllo su quello che la Corte chiama portata del titolo esecutivo, inteso non come giudicato esterno (ciò che non

rileva nell'esecuzione) bensì, appunto, come titolo esecutivo (se la sentenza lo sia, oppure no).

Le Sezioni Unite sono state però abbagliate dalle seducenti teorie sul giudicato esterno e sulla distinzione tra "valore giuridico" e "fatto", e sono partite per un lungo volo pindarico a cavallo tra il diritto sostanziale e il processuale, sino a raggiungere le più alte vette del pensiero filosofico (viene citato - § 3.3.2. – Gottfried Wilhelm von Leibniz, facendo sorgere nel lettore il dubbio che l'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. parli di «autori giuridici» sul falso presupposto che soltanto questi possano essere utilmente citati in una sentenza). In questo lungo volo senza rete molte questioni vengono brevemente affrontate – dalla pregiudizialità tecnica al *ne bis in* idem, dalla sospensione facoltativa al principio iura novit curia, dalla nullità per vizi dell'editio actionis ai vecchi cavalli di battaglia degli artt. 366, comma 1, n. 4 e n. 6 (che si dicono inconsapevolmente rispettati da un ricorrente che aveva chiesto tutt'altro!) – ma a noi, stanchi e disamorati cultori di una disciplina negletta, interessa cogliere il risultato.

E il risultato è il seguente: la sentenza passata in giudicato, allorché venga fatta valere come titolo esecutivo, deve essere interpretata, tanto dal g.e. quanto dai giudici delle opposizioni (la sentenza cita sempre promiscuamente gli artt. 615 e 617 c.p.c.), secondo i canoni dell'art. 12 Preleggi; la Corte di cassazione, attinta dal ricorso con cui si denunzia la violazione dell'art. 2909 c.c. con riferimento all'art. 360, n. 3, c.p.c., «ha il potere-dovere di interpretare il titolo esecutivo se il giudicato somministra il diritto sostanziale applicabile per l'accertamento del diritto della parte istante a procedere a esecuzione forzata o per l'accertamento della legittimità degli atti esecutivi» (così il principio di diritto). Il diritto sostanziale, siamo sicuri? Il titolo esecutivo non si occupa del diritto sostanziale!

In ogni caso, la censura di omesso esame di fatto decisivo e controverso viene riqualificata come censura di legittimità che «attinge in realtà non il contenuto precettivo del giudicato, ma la sua portata, dichiarativa o di condanna» (§ 3.5.). Una censura (se abbiamo ben compreso, lo stesso risultato si sarebbe raggiunto con la denuncia di violazione di legge riferita a norme processuali) molto elaborata che nasconde un problema molto semplice: se il titolo esecutivo azionato sia tale oppure no, posto che parliamo di una sentenza (provvisoriamente esecutiva o passata in giudicato: a nostro avviso non fa differen-

⁶ Indubbiamente è curioso che il primo principio affermato dalla S.C. inizi con le parole: «ove risulti denunciata la violazione dell'art. 2909 c.c.» e ciò in riferimento a un ricorso che, denunziando un omesso esame (n. 5), non parlava neppure di una possibile violazione di legge!

za) priva di statuizioni condannatorie. Occorre interpretare il giudicato esterno (cioè il *contenuto del giudicato*, per usare le stesse parole della Corte) secondo i canoni dell'art. 12 Preleggi, per capire se una sentenza presenti statuizioni condannatorie? Il mezzo prescelto è davvero adeguato allo scopo? Qui non si tratta di indagare l'estensione e il contenuto del vincolo, ma soltanto di capire se sia in presenza di un titolo esecutivo oppure no.

Aggiungono le Sezioni Unite che l'altra strada disponibile, quella della violazione di norme processuali (gli artt. 474 e 612 c.p.c.), «attin(ge) il titolo giudiziario posto in esecuzione in quanto tale, a prescindere dalla sua natura di giudicato, allo scopo di contestarne la natura di titolo esecutivo»: e siamo sicuri che il ricorrente, nel caso, non avesse inteso appunto e soltanto questo, posto che col motivo del n. 5 – è la stessa Corte a dircelo – intendeva far accertare la natura meramente dichiarativa della sentenza posta a base dell'esecuzione per obblighi di fare? Non sarebbe stato più corretto "riqualificare" il motivo in questi più piani e logici termini? In fondo – è ancora la stessa Corte a dircelo – il ricorrente aveva lamentato l'omesso esame «di un fatto determinante per la risoluzione della controversia, decisivo perché, ove si reputasse la sentenza, passata in cosa giudicata, sentenza di mero accertamento non avrebbe potuto la parte intraprendere l'esecuzione ai sensi dell'art. 612 c.p.c.». Per pervenire a simile conclusione non serve una complessa analisi della sentenza (alla ricerca, direbbe la Corte, del suo "contenuto precettivo" di portata sostanziale) secondo i criteri dell'art. 12 Preleggi: forse basta l'esame del dispositivo.

Vari concetti si intrecciano nella sentenza, ognuno dei quali porta con sé il rischio di gravi fraintendimenti: sentenza quale mero fatto, cui si accompagna il *pendant* del motivo n. 5. È qui il primo fraintendimento, perché il n. 5 parla ora di fattispecie e non di motivazione, mentre il medesimo "fatto" può di certo giustificare motivi da violazioni di legge, diverse a seconda della natura della norma che viene invocata. Altro fraintendimento: quello tra "valore giuridico" e "fatto", questione davvero eccessiva e fuori quadro rispetto al caso che si doveva decidere, e che non si prestava a voli pindarici troppo elevati.

Ma forse il fraintendimento più grave è proprio nella definizione di titolo esecutivo, che secondo la sentenza varia a seconda del tipo considerato: la sentenza provvisoriamente esecutiva sarebbe suscettibile di un certo trattamento, quella passata in giudicato di un trattamento diverso, desunto dalla teoria del giudicato *esterno* (trascurandosi che una sentenza potrebbe essere posta in esecuzione perché provvisoriamente esecutiva, per poi passare in giudicato in corso d'esecuzione). Senza considerare che nel processo esecutivo lo stesso concetto di *giudicato esterno* non ha alcun senso (ne soffriranno i pensosi teorici del sostanzialismo a tutti i costi), vuoi perché in quel processo non si giudica, vuoi perché nell'esecuzione tutti i titoli si equivalgono, debbono avere tutti i medesimi requisiti e sono tutti soggetti a identiche regole interpretative.

Il buono della sentenza è così nella parte più nascosta: quella in cui si afferma che tutti i titoli esecutivi, sentenza passata in giudicato compresa (nostra aggiunta), possono essere verificati come tali alla luce delle norme processuali che li regolano o li presuppongono, a partire dall'art. 474 c.p.c.: norma che non si occupa di esecutorietà (art. 282 c.p.c.) o di stabilità (artt. 2909 c.c., 324 c.p.c.) ma unicamente di definire i requisiti comuni dei documenti, ai quali nel tempo il legislatore ha inteso riconoscere la forza e la qualità per intraprendere e legittimare gli atti dell'esecuzione forzata.

Care Sezioni Unite, bastava questo: i grandi voli pindarici riserviamoli ad altre questioni. Il troppo e il vano stroppiano.

Bruno CAPPONI

La «vendita diretta» del debitore tra riforme del processo civile e tendenze evolutive della vendita forzata

SOMMARIO: 1.Premessa. • 2. Il contesto di riferimento: differenti possibili modelli di vendita ed evoluzione della vendita forzata. • 2.1. I modelli di vendita forzata astrattamente prospettabili. • 2.2. Le ipotesi normative rilevanti quali possibili antecedenti, più o meno immediati, della "vendita diretta" oggetto della legge di riforma. • 2.3. Esigenze emerse nella prassi con riguardo alla "vendita avvenuta fuori dai confini dell'esecuzione forzata". • 3. Il nuovo istituto introdotto dal legislatore quale emerge dalla lettura delle previsioni contenute nella legge n. 206/2021. • 4. Tratti caratterizzanti e criticità del nuovo istituto così come disciplinato dal legislatore. • 5. Conclusioni.

1. Premessa

Nella seduta del 25 novembre 2021, la Camera dei Deputati ha approvato in via definitiva la legge delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, nonché una serie di misure urgenti per la razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie e in materia di esecuzione forzata. Come si è già avuto modo di osservare, questa legge segna una nuova stagione di riforme della giustizia civile¹.

Di straordinaria rilevanza, specie nella prospettiva notarile, si rileva la previsione (di cui all'art. 1, comma 12, lett. n) relativa all'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto processuale assolutamente nuovo, ossia l'autorizzazione del giudice dell'esecuzione al debitore di procedere direttamente alla vendita dell'immobile pignorato per un prezzo non inferiore al prezzo base indicato nella relazione di stima.

Come si legge nella Relazione illustrativa alle proposte di emendamento, «l'introduzione di un meccanismo di *vente privée* può favorire una liquidazione "virtuosa" e rapida attraverso la collaborazione del debitore o, al contrario, costituire mezzo per allungare infruttuosamente i tempi processuali o volto a perpetrare frodi in danno dei creditori».

La formulazione della modifica come contenuta nella legge delega (all'esito della correzione dell'originario articolo 8 d.d.l. AS 1662 con l'emendamento approvato in Senato) si è resa necessaria al fine di: evitare che «lo strumento ivi previsto si ripercuota in danno della ragionevole durata del processo, divenendo strumento dilatorio o fonte di opposizioni esecutive; impedire che lo stesso debitore possa impiegare

lo strumento per liquidare il cespite pignorato senza una corretta individuazione del suo valore di mercato o, peggio, che l'esecutato possa diventare vittima di malversazioni di soggetti che utilizzino il meccanismo della vendita privata come un patto commissorio o, comunque, per approfittarsi della sua situazione; assimilare il trattamento della proposta di vendita portata dal debitore a quello previsto nel concordato con proposte concorrenti; rendere favorevole per l'acquirente l'acquisto del bene, in ragione della verifica giudiziale dei presupposti e, soprattutto, dell'assunzione dei costi del trasferimento e della cancellazione dei gravami a carico della procedura (come già avviene col provvedimento *ex* articolo 586 c.p.c.)».

Per perseguire questi scopi - si legge ancora nella Relazione illustrativa - «si è pensato a un sistema che ricalca, a grandi linee, la vendita senza incanto praticata in numerosi uffici giudiziari prima della riforma entrata in vigore il 1° marzo 2006, quando, una volta messo in vendita il bene, alla ricezione di una prima offerta di acquisto si provvedeva sollecitamente a darne pubblicità al fine di stimolare eventuali altri interessati, per poi effettuare, entro breve tempo, un'udienza nella quale provvedere all'aggiudicazione, previa gara in caso di pluralità di offerte»².

Al fine di analizzare gli effetti che questa riforma potrà apportare in ordine al nostro sistema di vendita forzata e valutare l'entità delle scelte del legislatore, sia quelle effettuate, sia quelle mancate, è utile rappresentare i diversi modelli di vendita coattiva astratamente prospettabili, anche alla luce dell'evoluzione registratasi in ordine alla relativa disciplina.

All'esito della raffigurazione di questo quadro, potranno essere esaminati i tratti caratterizzanti del-

¹ Cfr., sulle innovazioni di prevalente rilievo notarile previste dalla legge 206/2021, E.FABIANI-L.PICCOLO, Le modifiche di maggior interesse notarile, in tema di esecuzione forzata, contenute nella legge di riforma della giustizia civile (206/2021), in Cnn notizie del 23 dicembre 2021.

² Cfr. A.DIDONE, *Il processo esecutivo nel prisma degli obiettivi del piano nazionale di ripresa e resilienza (PPNRR)*, in *Riv. esec.forzata*, 2021, 2, 454 s., sembra far propria tale qualificazione dell'istituto così come operata dalla relazione illustrativa.

l'istituto come ora emergenti, seppur in via ancora embrionale, dovendosi infatti necessariamente attendere i decreti attuativi onde comprendere fino in fondo l'esatta fisionomia del nuovo istituto introdotto nel nostro ordinamento.

Si badi, però, sin da ora, che, su un versante assolutamente diverso, si pone un'ulteriore tendenza legislativa, sempre legata alla necessità di rafforzare la tutela del credito, relativa all'introduzione da parte del legislatore, accanto a forme di tutela esecutiva, di numerosi strumenti di autotutela esecutiva, che fanno leva sulla vendita della cosa concessa in garanzia, direttamente a cura del creditore, sul libero mercato o sul trasferimento della proprietà della stessa al creditore medesimo, ma secondo lo schema del patto marciano, ossia previa stima del bene, effettuata da un esperto terzo e imparziale al tempo dell'inadempimento e salva restituzione dell'eventuale eccedenza al debitore³. Anche in ipotesi siffatte, tuttavia, può porsi il problema della qualificazione della natura giuridica della vendita e, conseguentemente, della ricostruzione della disciplina giuridica applicabile per quanto non espressamente disposto.

2. Il contesto di riferimento: differenti possibili modelli di vendita ed evoluzione della vendita forzata

In linea astratta, onde favorire una liquidazione virtuosa potrebbero essere considerati, dal legislatore della riforma, differenti modelli di vendita forzata, alla luce delle tendenze evolutive che hanno contraddistinto le forme della vendita coattive negli ultimi lustri⁴, tanto in ambito di esecuzione individuale, quanto in ambito di esecuzione concorsuale.

È possibile esaminare questa tematica sotto tre distinti profili:

- a) modelli di vendita forzata astrattamente prospettabili:
- b) ipotesi normative che possono rappresentare immediati antecedenti della "vendita diretta" oggetto della legge di riforma;
- c) esigenze postesi nella prassi con riguardo alla vendita fuori dalle forme della vendita forzata.

L'analisi del nuovo istituto della "vendita privata", che secondo parte della dottrina «si inserisce a pieno titolo nell'alveo di quelle relative alla privatizzazione del processo e tra gli strumenti di *soft law*»⁵, va condotta considerando questo complesso quadro al fine di valutare: per un verso, se sussistano, in detta ipotesi, gli elementi che la dottrina e la giurisprudenza hanno ricondotto nel tempo alla nozione di vendita coattiva; per altro verso, se lo strumento immaginato realizzi effettivamente le esigenze postesi nella prassi nel corso del tempo.

2.1. I modelli di vendita forzata astrattamente prospettabili

Sotto il profilo dei modelli di vendita forzata, si pensi che, a fronte della crisi in cui versa la giustizia civile, e in particolare la tutela esecutiva, nel corso del tempo il legislatore, grazie agli impulsi provenienti dalla dottrina, dalla giurisprudenza e, in particolare dalle cd. prassi virtuose, ha modificato la disciplina della procedura esecutiva in controtendenza rispetto alla riforma della vendita forzata di cui alle leggi 80 e 263 del 2005 e 52 del 2006⁶, di cui si è

³ A questo schema rispondono, a titolo esemplificativo, i contratti di garanzia finanziaria di cui al d.lgs. n. 170 del 2004 (in attuazione della direttiva 2002/47/CE); il pegno non possessorio (art. 1 d.l. n. 59 del 2016); il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato (art. 48 *bis* T.U.B., Testo Unico Bancario, d. lgs. n. 385 del 1993, introdotto sempre nel 2016); il credito immobiliare ai consumatori (v., in particolare, l'art. 112 *quinquiesdecies* T.U.B., d.lgs. n. 385 del 1993, introdotto con d.lgs. n. 72 del 2016).

⁴ Cfr. B. CAPPONI, *Dieci anni di riforme sull'esecuzione forzata*, in *Judicium.it*, il quale esplicita la linea evolutiva che ha riguardato la vendita forzata, contraddistinta dal passaggio dall'indifferenza alla veemenza del legislatore.

⁵ M. G. CANELLA, Proposte in materia di esecuzione forzata, Riv.trim.dir.proc.civ., 4, 1037 s.

⁶ E.Fabiani, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, in Il giusto processo civile, 3/2015, 720. Nondimeno le stesse riforme hanno avuto il pregio di valorizzare l'istituto della delega delle operazioni di vendita forzata, profondamente rivisitato tanto che ne è stata irrimediabilmente mutata ineluttabilmente la natura: cfr. E. Fabiani, voce Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare, in Dig. disc. priv., Sez. civ., Agg., Torino, 2010; ID., La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare. Novità introdotte dalla riforma del 2005 e ricostruzione sistematica del nuovo istituto, in Consiglio Nazionale Del Notariato, Studi e materiali, 2007, 1, 534 s.; sull'evoluzione dell'istituto alla luce delle ultime novità, cfr. da ultimo, anche per ulteriori richiami, L.PICCOLO, Il notaio

denunciato, ad opera di parte della dottrina, il «dirigismo» che «si manifesta nella stessa redazione delle norme, in un tessuto normativo caratterizzato dall'estremo descrittivismo di ogni azione e/o attività realizzata dagli attori del processo»⁷.

In estrema sintesi, basti rammentare la trasformazione che ha caratterizzato il modello organizzativo della vendita forzata, la quale, all'indomani della novella del 2014, deve essere espletata con la modalità senza incanto e può condurre ad una aggiudicazione dell'immobile pignorato anche ad un prezzo inferiore a quello base purché, in quest'ultima ipotesi, i creditori a ciò legittimati, non propongano tempestiva istanza di assegnazione del bene⁸.

Non è però, nel corso di questi anni, mutato un fondamentale dato caratterizzante la vendita forzata, nonostante diversi progetti di riforma tendessero in direzione contraria: la vendita forzata nell'ambito del processo esecutivo ordinario appare tutt'ora affidata «ad un unico canale, e cioè a vendite destinate a svolgersi in forme pubblicistiche», ancorché «la comparazione con altri settori ha permesso di evidenziare come non vi siano ostacoli, da un punto di vista sistematico, ad ammettere che le vendite coattive possano avvenire adottando forme privatistiche, sicché la loro esclusione per la vendita dei beni immobili nell'esecuzione individuale e nel fallimento pare essere solo un retaggio del passato»⁹.

Nondimeno, precedenti progetti di riforma organica al codice di rito, che pur si sono avvicendati nel

delegato, in Espropriazione forzata immobiliare e attività notarile, a cura di F.Di Marzio-Palazzo, Milano, 2021, 411 s.; E.FABIA-NI-L.PICCOLO Le modifiche di maggior interesse notarile, in tema di esecuzione forzata, contenute nella legge di riforma della giustizia civile (206/2021), cit.

corso degli anni, non hanno mancato di prevedere la possibilità che la vendita coattiva avvenga mediante trattativa privata, affidata ad un commissionario vincolato al prezzo base stabilito dal giudice¹⁰.

Questi progetti di riforma non hanno trovato attuazione, ma, volgendo lo sguardo al contiguo settore delle procedure concorsuali, il legislatore ha apportato cruciali innovazioni al tessuto normativo, manifestando una significativa apertura verso modelli i cui tratti caratterizzanti prescindano dal dato procedimentale rigidamente inteso al fine di trovare il proprio referente in alcuni principi essenziali: il riferimento è, evidentemente, all'introduzione delle cd. vendite competitive.

I connotati essenziali di detta vendita – riproposta anche nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza - sono stati individuati: nel sistema incrementale di offerte, nell'adeguata forma di pubblicità, nella trasparenza endoprocessuale, nelle regole prestabilite e non discrezionali di selezione dell'offerente e, infine, nella completa ed assoluta apertura al pubblico¹¹.

⁷ P.LICCARDO, I modelli decisionali della vendita coattiva nelle leggi 14-5-2005, n. 80, 28-12-2005, n. 263 e 24-2-2006, n. 52: ovvero della qualità delle leggi o delle leggi senza qualità, in Riv. esec. forz., 2006, 1 s. Peraltro, l'eccessiva rigidità procedimentale del modello di vendita coattiva di cui al codice di rito era stato denunciato anche da remoti progetti di riforma del codice di procedura civile quali il "Testo del disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Tarzia": cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti, E.FABIANI, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 722.

⁸ A. M. SOLDI, La vendita delegata dopo le ultime riforme, in www.notariato.it

⁹ Cfr. Saletti, Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari, in Riv. dir. proc., 2003, 4, 1038 s.

¹⁰ Si pensi al progetto elaborato dalla Commissione Tarzia (in Riv.dir.proc., 1996, 948 s.), il quale prevedeva di agevolare la vendita immobiliare, semplificandone le modalità mediante incanto innanzi al giudice dell'esecuzione o al notaio delegato, o mediante trattativa privata affidata a un commissionario vincolato al prezzo base stabilito dal giudice. Analoghe previsioni sono contenute nel progetto Vaccarella. Sul punto cfr. SALETTI, Tecniche ed effetti delle vendite forzate immobiliari, cit., il quale già tempo fa sottolineava che una simile forma di vendita, ove venisse introdotta, avrebbe, oltre al vantaggio di ricondurre le vendite forzate in un ambiente a loro più consono, quello di semplificarne le forme e di sveltirne i tempi, superando altresì il grave problema di darvi adeguata pubblicità, passaggio essenziale se si vuole che siano fruttuose. Cfr., su questa evoluzione, anche per i riferimenti, E.FABIANI, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 722.

¹¹ Sui dati strutturali e funzionali delle vendite competitive cfr. E.Fabiani, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 714 ss.; D'adamo, Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo, in Studi e Materiali, 2008, 3, 1226 s.; Id., Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare ed il ruolo del notaio, in Studi e Materiali, 2011, 4, 1399 s.; Id., I diversi possibili ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare, in Studi e Materiali, 2011, 1014 ss.; Fazzari, L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare, in Studi e Materiali, 2012, 4, 1265 s.; E.Fabiani-L.Piccolo, Vendita fallimentare e atto notarile, in www.notariato.it.; L.Piccolo, Alienazioni immobiliari nella procedura concorsuale al di fuori delle ordinarie modalità competitive: transazione e subentro nel contratto preliminare, in Rass. esec.forz., 1/2020, 27 s.

Si è ritenuto, peraltro, che la forma notarile dell'atto di vendita – ove sussistano i presupposti testé richiamati – sia idoneo a surrogare nel prezzo versato il diritto reale sul bene in guisa che il bene oggetto della vendita venga trasferito all'acquirente libero da vincoli pregiudizievoli¹². In altri termini, la forma negoziale nell'atto non esclude il carattere coattivo della vendita alla luce dei profili strutturali, procedurali e funzionali delle vendite competitive¹³.

All'indomani della suddetta innovazione legislativa, non sono mancati progetti di riforma tendenti ad introdurre il modello di vendita competitiva anche in sede di esecuzione forzata¹⁴.

Non a caso, in dottrina, si è già da tempo rilevato¹⁵ che il *trend* evolutivo della vendita forzata, anche in sede di espropriazione forzata, dovrebbe essere quello di ricorrere a modalità di vendita forzata meno rigide sul piano procedimentale rispetto a quelle attualmente disciplinate dal codice di procedura civile, con conseguente attribuzione al giudice di maggiori poteri discrezionali, tali da consentirgli di modellare la vendita nel modo più possibile aderente alle esigenze del singolo caso di specie. Questa discrezionalità troverebbe, però, il suo limite nei principi fondamentali predeterminati dal legislatore. Se si vuole, dunque, recuperare una maggiore duttilità della vendita forzata, al fine di renderla il più possibile efficace, non si può che abbandonare la prospettiva della rigida procedimentalizzazione delle modalità attraverso cui la stessa deve trovare attuazione, facendo leva inevitabilmente su una maggiore discrezionalità giudiziale, seppure temperata, a garanzia di tutti i soggetti interessati e del buon esito della procedura stessa, da alcuni "principi" fondamentali cui il giudice dovrà uniformare il suo operato nel singolo caso di specie.

2.2. Le ipotesi normative rilevanti quali possibili antecedenti, più o meno immediati, della "vendita diretta" oggetto della legge di riforma

Sul piano delle previsioni normative attualmente esistenti, non è mancato in dottrina chi¹⁶ ha rinvenuto un antecedente della previsione della vendita diretta, qui in esame, da parte del debitore nell'art. 52¹⁷, commi 2 *bis*, *ter* e *quater*, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602¹⁸, relativi alla cd vendita dei beni pignorati o ipotecati a trattativa privata, quale forma di agevolazione per il debitore¹⁹.

¹² Cfr. L.PICCOLO, Alienazioni immobiliari nella procedura concorsuale al di fuori delle ordinarie modalità competitive: transazione e subentro nel contratto preliminare, cit., 27 s.

¹³ Cfr. FAZZARI, L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare, cit., il quale ha osservato, sotto il profilo strutturale e procedurale, che la vendita fallimentare è un atto ricompreso in uno specifico iter procedimentale, dipendente perciò dal corretto espletamento di una procedura cronologicamente e logicamente presupposta, e sul quale si basano ulteriori atti consequenziali; il trasferimento del bene, sia che avvenga all'esito di atto negoziale, sia che consegua ad un atto giudiziario, si colloca necessariamente ad un determinato punto di un iter procedimentale. Sotto il profilo funzionale, nello stesso studio, si è posto in evidenza che i trasferimenti nell'ambito della liquidazione fallimentare, sia che avvengano per effetto di un decreto di trasferimento, sia che avvengano per effetto di un atto negoziale, sono necessitati dalla funzione liquidatoria, sottoposti ad un peculiare regime di legittimazione dell'alienante e ad un regime di scelta dell'acquirente, sulla base di una procedura competitiva; al contempo, sono assoggettati a controlli e poteri autoritativi tanto forti che ne possono legittimare la caducazione in base a valutazioni di maggior convenienza di altra offerta. In senso adesivo cfr. E.FABIANI-L.PICCOLO, Vendita fallimentare e atto notarile, in www.notariato.it, ove si è in particolare sottolineato che la forma dell'atto di trasferimento, con il quale si conclude il subprocedimento di vendita, non determina il venir meno della natura coattiva della vendita competitiva. Trattasi, in altri termini, di differenza di ordine "formale" o comunque non tale da incidere sulla natura coattiva della vendita.

¹⁴ Cfr. il progetto di riforma della Commissione ministeriale costituita con d.m. 28 giugno – 4 luglio 2013, per elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione presieduta da R. Vaccarella.

¹⁵ Cfr. E.Fabiani, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, in Il giusto processo civile, 3/2015, 723.

¹⁶ Cfr. Costantino, Note sulle proposte di riforma del processo esecutivo nel d.d.l. delega approvato dal consiglio dei ministri il 5 dicembre 2019, in www.inexecutivis (pubblicato il 17 dicembre 2019).

¹⁷ Secondo la norma in esame, «il debitore ha facoltà di procedere alla vendita del bene pignorato o ipotecato al valore determinato ai sensi degli articoli 68, 79 e 80, comma 2, lettera b), con il consenso dell'agente della riscossione, il quale interviene nell'atto di cessione e al quale è interamente versato il corrispettivo della vendita. L'eccedenza del corrispettivo rispetto al debito è rimborsata al debitore entro i dieci giorni lavorativi successivi all'incasso».

¹⁸ Si tratta di commi aggiunti dall'art. 10, comma 13 *terdecies*, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, e modificato dall'art. 52, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98

¹⁹ Così definito da SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2019, 1832.

La medesima dottrina, tuttavia, ha ben evidenziato le differenze sussistenti tra vendita forzata nell'ambito del processo esecutivo ordinario e vendita realizzata nell'ambito della riscossione coattiva. In particolare, ha posto in rilievo come il processo esecutivo ordinario, ai sensi dell'art. 484, comma 1, c.p.c., è diretto da un giudice al quale l'art. 175 c.p.c., espressamente richiamato, attribuisce «tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento»; nonché, come l'attribuzione al giudice del potere di direzione del processo trova la sua *ratio* nella varietà di percorsi previsti per il processo esecutivo. Quest'ultimo è un binario con molti scambi. La riscossione coattiva, di cui agli artt. 45 ss. d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, invece, è un binario senza scambi. Il giudice ha soltanto il compito di verificare ex post il rispetto della legge²⁰.

2.3. Esigenze emerse nella prassi con riguardo alla "vendita avvenuta fuori dai confini dell'esecuzione forzata"

A completamento del quadro sin qui tracciato, al fine di considerare le esigenze postesi nella prassi, non può tralasciarsi di considerare un noto fenomeno extraprocessuale in forza del quale, nel corso dell'esecuzione, il debitore individua un acquirente disponibile ad acquistare l'immobile pignorato al di fuori dei canali della vendita forzata giungendo alla vendita attraverso un iter procedimentale differente dalla vendita forzata. Esecutato e creditore chiedono una sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 624-bis c.p.c. e, ottenuta la sospensione, durante il relativo periodo, predispongono gli atti necessari a perfezionare il trasferimento. A quel punto, formulata istanza di riassunzione, le parti, l'acquirente ed il notaio rogante si recano in tribunale il giorno dell'udienza: il debitore sottoscrive l'atto di compravendita, l'acquirente consegna il corrispettivo al notaio, i creditori rinunciano all'esecuzione a norma dell'art. 629 c.p.c. Di conseguenza il giudice dichiara estinta la procedura e ordina la cancellazione del pignoramento, il notaio consegna la somma ai creditori secondo gli accordi preventivamente intervenuti (dando, ove necessario, il consenso alla cancellazione di eventuali ipoteche), l'acquirente sottoscrive l'atto²¹.

Si tratta evidentemente di un fenomeno che si muove in una direzione differente da quella intrapresa dal legislatore, posto che, lungi dal concretarsi in una differente modalità di vendita forzata, sembra piuttosto rappresentare una sorta di "fuga dall'esecuzione forzata".

Non a caso, implicitamente rimarcando detto distinguo, in dottrina non è mancato chi, nel dar conto della suddetta prassi, si è chiesto se sia davvero utile l'innesto del subprocedimento immaginato relativo alla vendita diretta, considerate le criticità rilevate, o se piuttosto non sia il caso di potenziare gli strumenti che normalmente vengono già adoperati (intervenendo ad esempio sull'art. 624-bis c.p.c.), evitando nuove strumentalizzazioni²².

²⁰ Cfr. Costantino, Note sulle proposte di riforma del processo esecutivo nel d.d.l. delega approvato dal consiglio dei ministri il 5 dicembre 2019, in www.inexecutivis (pubblicato il 17 dicembre 2019). Ha svolto rilievi critici, analizzando l'originaria formulazione della norma, anche CARRATTA, Sull'ennesima ed inutile riforma del processo civile, in www.treccani.it, secondo il quale «questa proposta risponde ad un'esigenza che, di per sé, è difficile da non condividere: ridurre i costi della procedura esecutiva e vendere l'immobile al prezzo di mercato, con evidenti vantaggi per i creditori». Nondimeno - obietta l'A. - per come delineata nella bozza governativa essa suscita alcune perplessità. Testualmente, osserva l'A: «anzitutto, sebbene si tratti di soluzione alternativa alla vendita forzata, non si prevede che l'offerta debba essere formalizzata tenendo conto del prezzo dell'immobile pignorato stabilito dall'esperto stimatore, ma si fa riferimento al "valore di mercato del bene". Dando per scontato che il valore determinato dall'esperto stimatore si discosti da questo, nonostante che i criteri individuati dall'art. 568 c.p.c. e dall'art. 173 bis disp. att. c.p.c., per la stima del valore dell'immobile siano volti ad assicurare proprio che il prezzo a base d'asta corrisponda il più possibile al reale valore di mercato del bene. Né la proposta appare immune da critiche con riferimento alla disciplina del contraddittorio sull'istanza del debitore. Si prevede, infatti, che il giudice, anche in caso di parere negativo dei creditori, possa ugualmente autorizzare la vendita diretta, adeguatamente motivando. Non è chiaro, tuttavia, per quale ragione la proponibilità dell'opposizione agli atti esecutivi verrebbe ammessa solo avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione che abbia autorizzato la vendita diretta contro il parere dei creditori e non anche nel caso in cui l'abbia negata. Nell'un caso come nell'altro, infatti, siamo in presenza di un provvedimento del giudice dell'esecuzione, suscettibile comunque del sindacato di cui all'art. 617 c.p.c.».

²¹ Su questa prassi cfr. in particolare D'ALONZO, La vendita dell'immobile pignorato da parte del debitore. prassi correnti e prospettive di riforma, in www.inexecutivis.it

²² Cfr. D'ALONZO, op.cit.

3. Il nuovo istituto introdotto dal legislatore quale emerge dalla lettura delle previsioni contenute nella legge n. 206/2021

La legge n. 206/2021 prevede, come detto, l'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto processuale completamente nuovo: l'autorizzazione del giudice dell'esecuzione al debitore di procedere direttamente alla vendita dell'immobile pignorato per un prezzo non inferiore al prezzo base indicato nella relazione di stima.

Più precisamente, l'art. 1 comma 12 lett. n) reca testualmente: «prevedere:

- 1) che il debitore, con istanza depositata non oltre dieci giorni prima dell'udienza prevista dall'articolo 569, primo comma, del codice di procedura civile, può chiedere al giudice dell'esecuzione di essere autorizzato a procedere direttamente alla vendita dell'immobile pignorato per un prezzo non inferiore al prezzo base indicato nella relazione di stima, prevedendo che all'istanza del debitore deve essere sempre allegata l'offerta di acquisto irrevocabile per centoventi giorni e che, a garanzia della serietà dell'offerta, è prestata cauzione in misura non inferiore a un decimo del prezzo proposto;
- 2) che il giudice dell'esecuzione, con decreto, deve: verificata l'ammissibilità dell'istanza, disporre che l'esecutato rilasci l'immobile nella disponibilità del custode entro trenta giorni a pena di decadenza dall'istanza, salvo che il bene sia occupato con titolo opponibile alla procedura; disporre che entro quindici giorni è data pubblicità, ai sensi dell'articolo 490 del codice di procedura civile, dell'offerta pervenuta rendendo noto che entro sessanta giorni possono essere formulate ulteriori offerte di acquisto, garantite da cauzione in misura non inferiore a un decimo del prezzo proposto, il quale non può essere inferiore a quello dell'offerta già presentata a corredo dell'istanza dell'esecutato; convocare il debitore, i comproprietari, il creditore procedente, i creditori intervenuti, i creditori iscritti e gli offerenti a un'udienza da fissare entro novanta giorni per la deliberazione sull'offerta e, in caso di pluralità di offerte, per la gara tra gli offerenti;
- 3) che con il provvedimento con il quale il giudice dell'esecuzione aggiudica l'immobile al miglior offerente devono essere stabilite le modalità di pagamento del prezzo, da versare entro novanta giorni, a pena di decadenza ai sensi dell'articolo 587 del codice di procedura civile;
- 4) che il giudice dell'esecuzione può delegare uno dei professionisti iscritti nell'elenco di cui all'articolo

179-ter delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, alla deliberazione sulle offerte e allo svolgimento della gara, alla riscossione del prezzo nonché alle operazioni di distribuzione del ricavato e che, una volta riscosso interamente il prezzo, ordina la cancellazione delle trascrizioni dei pignoramenti e delle iscrizioni ipotecarie ai sensi dell'articolo 586 del codice di procedura civile;

- 5) che, se nel termine assegnato il prezzo non è stato versato, il giudice provvede ai sensi degli articoli 587 e 569 del codice di procedura civile;
- 6) che l'istanza di cui al numero 1) può essere formulata per una sola volta a pena di inammissibilità».

4. Tratti caratterizzanti e criticità del nuovo istituto così come disciplinato dal legislatore.

Il primo dato che emerge con nettezza dalla lettura della legge n. 206/2021 attiene al modo di procedere del legislatore che, nel caso di specie, lungi dal limitarsi, così come dovrebbe nell'ambito di una legge delega, ad enunciare uno o più "principi di carattere generale" o una o più "direttive" da attuarsi ad opera di successivi interventi legislativi "attuativi", delinea già in modo specifico, sotto svariati profili, la disciplina del nuovo istituto.

Ciò consente di effettuare, già in questa sede, una serie di osservazioni su questo nuovo istituto, così come già delineato dalla legge n. 206/2021 nei suoi tratti fondamentali.

Conformemente a quanto sembrerebbe emergere anche dalla Relazione illustrativa in precedenza richiamata, il legislatore si è ispirato alla vendita privata presente in altri ordinamenti, così come accade, ad esempio, in Francia, con la "vente privée".

Il risultato conseguito, però, è in realtà ben distante da quanto previsto in altri Paesi.

Così come la dottrina ha già avuto modo di evidenziare, con la legge delega in esame il legislatore «non introduce un meccanismo di vendita privata sul modello di quello previsto dalla legislazione di altri Paesi quanto un ulteriore modello di vendita interno alla procedura, che si pone in alternativa con quelli già previsti, come ulteriore esito dell'udienza ex art. 569 c.p.c.» ²³.

²³ Così F. VIGORITO, Gli interventi sul processo esecutivo previsti dal ddl delega AS 1662/XVIII collegato al «Piano nazionale di ripresa e resilienza», cit., 13.

Secondo la medesima dottrina, «l'innovazione finisce per introdurre solo un procedimento che viene introdotto su istanza del debitore e garantisce, all'esito di una vendita pubblica, che l'immobile sia alienato a un prezzo non inferiore al valore di stima, superando quindi l'ipotesi di vendita a prezzo ridotto attualmente prevista dall'art. 572 c.p.c. Non vi è alcun profilo privatistico, se non quello preliminare della ricerca di un potenziale offerente»²⁴.

Come appena più sopra evidenziato, non appare dubitabile che il legislatore, pur ispirandosi alla vendita privata presente in altri Paesi, ha in realtà introdotto nel nostro ordinamento qualcosa di diverso.

Appare, però, eccessivamente riduttivo ritenere che, nel caso di specie, «non vi è alcun profilo privatistico, se non quello preliminare della ricerca di un potenziale offerente».

A ben vedere, infatti, se vuol darsi un senso all'autorizzazione del debitore, da parte del giudice dell'esecuzione, «a procedere direttamente alla vendita dell'immobile pignorato», sembrerebbe corretto ritenere che la vendita, nel caso di specie, sia altresì caratterizzata dal fatto che, a differenza di quanto avviene tradizionalmente, non si estrinseca nell'emissione del decreto di trasferimento da parte del giudice, ma nel ricevimento di un atto di vendita da parte di un notaio.

Contrariamente a quanto ritenuto da taluna dottrina²⁵, non appare, dunque, corretto addivenire al-

²⁴ Così F. VIGORITO, Gli interventi sul processo esecutivo previsti dal ddl delega AS 1662/XVIII collegato al «Piano nazionale di ripresa e resilienza», cit., 13 secondo il quale, «peraltro, a rendere più improbabile l'utilizzazione del procedimento, vi è, anche in questo caso, la previsione dell'immediata liberazione dell'immobile, soluzione difforme da quelle previste nelle altre disposizioni del ddl delega, e particolarmente controindicata in un procedimento che sembrerebbe finalizzato anche a consentire l'aggiudicazione a favore di un soggetto che abbia intenzione (per legami familiari o di amicizia) di consentire al debitore di continuare a utilizzare l'immobile».

l'opposta soluzione argomentando, in particolare, dalla mancata conservazione, in sede di emendamenti, dei riferimenti letterali che, nella prima stesura della norma, erano effettuati all'atto traslativo di contenuto privatistico²⁶.

La lettura qui proposta, che, peraltro, sembrerebbe trovare un avallo anche nel parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura in data successiva rispetto ai suddetti emendamenti ²⁷, è altresì confermata dalla lettera della previsione di cui al n. 4 dell'art. 1 comma 12 lett. n) – appena più sopra riportato – nella parte in cui dispone che «il giudice dell'esecuzione può delegare uno dei professionisti iscritti nell'elenco di cui all'articolo 179-ter delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura

cazione di un trasferimento ad opera del giudice; 3) l'atto di trasferimento è diverso, a seconda che nella vendita sia presentata una sola offerta (atto privatistico) o più offerte (atto del giudice). Tralasciando l'ultima lettura «che pare difficilmente conciliabile con il dato normativo e con il sistema in generale, a parere di chi scrive la tesi del trasferimento ad opera del giudice è quella da eligere», oltre che per il dato letterale, «anche per l'ulteriore profilo che la norma descrive una vendita procedimentalizzata ad opera del giudice, e dunque, in difetto di una espressa previsione di inserimento di un segmento contrattuale all'interno del procedimento, deve ritenersi che detta vendita resti una vendita per opera del giudice, anche nell'atto conclusivo».

²⁶ Come rilevato in dottrina (cfr. MERCURIO in CRIVELLI – MERCURIO, op.cit., 1022 s.) il legislatore espressamente stabiliva che nel termine stabilito dal giudice l'atto di trasferimento doveva essere "stipulato" e che "una volta eseguita la vendita" e riscosso il prezzo, la cancellazione dei gravami era ordinata dal giudice, ma poi effettuata a cura delle parti "contraenti". Nella norma emendata, sono scomparsi questi riferimenti.

²⁷ Cfr. Consiglio Superiore della Magistratura, Disegno di legge governativo di riforma del processo civile: parere sulle ricadute in materia di amministrazione della giustizia (delibera 15 settembre 2021), secondo il quale «al fine di garantire che l'offerta sia reale, sarebbe opportuno prevederne la redazione in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata con elezione di domicilio ai fini delle comunicazioni di cancelleria e del contraddittorio previsto dall'articolo in esame, nonché chiarire che la cauzione resti definitivamente acquisita alla procedura nel caso di mancata stipula dell'atto di trasferimento nel termine stabilito dal giudice». Nell'auspicare, dunque, che la cauzione resti definitivamente acquisita alla procedura nel caso di «mancata stipula dell'atto di trasferimento nel termine stabilito dal giudice», il CSM sembrerebbe ritenere che una peculiarità del nuovo istituto della "vendita diretta" introdotto dal legislatore nel nostro ordinamento risieda, per l'appunto, nel fatto che detta vendita non si estrinseca nell'emissione di un decreto di trasferimento da parte di un giudice, ma nel ricevimento di un atto pubblico di vendita da parte di un notaio.

²⁵ Cfr. MERCURIO in CRIVELLI –MERCURIO, Annotazioni sulla legge di delegazione per la riforma del codice di rito, con riferimento alle disposizioni in tema di processo esecutivo, in Riv.esec.forz., 4/2021, 1022, secondo il quale, anche alla luce delle modifiche alla norma apportate in sede di emendamenti, si potrebbero formulare tre ipotesi di lettura: 1) l'atto di trasferimento non è il decreto del giudice dell'esecuzione, perché al giudice è richiesto soltanto di ordinare la cancellazione (anche nella versione ultima della norma, per come emendata); 2) l'atto di trasferimento è il decreto del giudice dell'esecuzione, in quanto il riferimento all'art. 586 c.p.c. per la sola cancellazione può leggersi come indi-

civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368» esclusivamente al compimento delle seguenti attività: «deliberazione sulle offerte ... svolgimento della gara ... riscossione del prezzo ... operazioni di distribuzione del ricavato».

La disposizione non reca, infatti, alcun riferimento alla vendita e, segnatamente, alla predisposizione del decreto di trasferimento da parte del professionista. Ciò si spiega proprio in quanto, nel caso di specie, trattandosi di "vendita diretta" del debitore "autorizzata" dal giudice, non vi sarà un decreto di trasferimento e non vi potrà conseguentemente essere, *in parte qua*, neanche una delega ad un professionista; vi sarà un atto di vendita che potrà essere ricevuto solo da un notaio, in quanto notaio e non in quando professionista delegato dal giudice.

Altrimenti ritenendo, dovrebbe concludersi che nulla abbia di privato (neanche la forma, per intendersi) la vendita nel caso di specie, quanto meno sotto il profilo della conclusione dell'iter procedimentale.

In definitiva, muovendoci nell'ordine di idee appena più sopra evidenziato, il nuovo istituto introdotto dal legislatore con riferimento al processo di espropriazione forzata sembrerebbe presentare talune affinità con la vendita competitiva di cui alle procedure concorsuali e, segnatamente, con l'ipotesi in cui detta vendita si estrinseca, per l'appunto, nel ricevimento di un atto pubblico di vendita da parte di un notaio²⁸.

Senza voler entrare in questa sede sulla controversa natura (forzata o privata) della nuova ipotesi di vendita disciplinata dal legislatore, in relazione alla quale è auspicabile che ulteriori indicazioni vengano fornite dal legislatore in sede di attuazione della delega, basti nei circoscritti confini del presente contributo evidenziare come, quanto appena più sopra evidenziato con riferimento alla forma del trasferimento, non è incompatibile con la natura forzata (e non privata) della vendita di cui si discute, così come sembrerebbe emergere da quanto previsto da talune delle disposizioni appena più sopra richiamate, quali, su tutte, quelle che prevedono, sostanzialmente, il prodursi, nel caso di specie, del cd. effetto purgativo

(proprio, per l'appunto, della vendita forzata e non di quella privata).

Non a caso, infatti, con riferimento alla vendita competitiva che si conclude con atto di vendita ricevuto da notaio, parte della dottrina ha ritenuto pienamente compatibile la forma "privata" della vendita con la natura sostanziale di vendita forzata della stessa ²⁹.

Anche se, giova evidenziarlo, si tratta di questione complessa, meritevole di essere esaminata alla luce delle indicazioni che perverranno dal legislatore in sede di attuazione della delega, posto che sarebbe semplicistico ritenere che la stessa sia già risolta dalla suddetta disposizione avente ad oggetto il cd. effetto purgativo della vendita.

Basti a tal proposito evidenziare come, nel tentativo di individuare quelli che sono i tratti essenziali ed imprescindibili della coattività della vendita, si è ritenuto che gli stessi siano rappresentati, essenzialmente, dall'assenza della (o contrarietà rispetto alla) volontà del debitore e dallo scopo teso a realizzare la

²⁸ Cfr. per tutti su questa ipotesi, anche per gli ulteriori riferimenti, D'ADAMO, Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo, cit., 1226 ss.; ID, I diversi possibili ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare, cit., 1014 ss.; FAZZARI, L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare, cit., 1265 s.

²⁹ All'indomani dell'introduzione dell'istituto della "vendita competitiva", secondo la tesi prevalente, ci troveremmo di fron-te ad una vendita avente natura coattiva, in ragione di una pluralità di indici che depongono in tal senso, quali, segnatamente: l'identità della funzione liquidatoria, il particolare regime di legittimazione dell'alienante (id est la mancanza del consenso del fallito alla vendita), l'attuazione dell'interesse (di natura pubblicistica) di soddisfacimento dei creditori, il particolare regime di scelta e selezione dell'acquirente. Cfr., in tale prospettiva, ex multis: M. Fabiani, Natura della vendita forzata. Traslazione del rischio da "bene a norma", in Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella, a cura di CAPPONI, SASSANI, STORTO, TI-SCINI, Torino, 2014, 1461 ss.; C.FERRI, La liquidazione dell'attivo fallimentare, in Riv. dir. proc., 2006, 3, 963; LICCARDO-FEDERICO, Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma, diretto da Jorio - M. Fa-BIANI, Bologna, 2007, 1805; CASTAGNOLA, La natura delle vendite fallimentari dopo la riforma delle procedure concorsuali, Giur. comm., 2008, I, 372 ss.; E.Fabiani, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 714 ss.; D'ADAMO, Le procedure competitive all'interno della riforma della liquidazione dell'attivo, cit., 1226 ss.; ID, Il trasferimento d'azienda nella procedura fallimentare ed il ruolo del notaio, cit., 1399 ss.; Id, I diversi possibili ruoli del notaio nella fase di liquidazione della nuova procedura fallimentare, cit., 2011, 1014 ss.; FAZZARI, L'atto notarile di trasferimento a seguito di vendita fallimentare, cit., 1265 s.; E.Fabiani-Piccolo, Vendita fallimentare e atto notarile, cit.; L.PICCOLO, Alienazioni immobiliari nella procedura concorsuale al di fuori delle ordinarie modalità competitive: transazione e subentro nel contratto preliminare, cit., 27 s.

responsabilità patrimoniale ³⁰. È peraltro noto come qualificare una vendita come coattiva o meno incide, non solo sul riconoscimento del potere purgativo (che in tal caso è previsto), ma anche su una serie di discipline speciali applicabili alla vendita negoziale e non (quanto meno dal punto di vista sanzionatorio) alla vendita forzata³¹.

Ciò posto, e indipendentemente dalla natura che voglia riconoscersi alla vendita di cui si discute, resta comunque da chiedersi se il legislatore abbia effettivamente introdotto un istituto che, in linea con il *trend* evolutivo della vendita forzata appena più sopra illustrato, soddisfi le esigenze di emancipazione della vendita forzata da rigidi schemi procedimentali ³², co-

³⁰ Cfr. anche per i riferimenti E.FABIANI, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 714 s. (spec. 724-725), scritto in cui l'A. pone in luce, al di là delle obiezioni solevate nel corso del tempo, l'attualità del pensiero di S.Pugliatti, nella parte in cui Questi aveva colto la profonda essenza pubblicistica della vendita forzata. In particolare, nel richiamato contributo, l'A. pone dunque l'accento sull'importanza di considerare il nucleo imprescindibile della vendita forzata, soprattutto in un momento storico come quello attuale in cui questo istituto sta subendo una evoluzione caratterizzata dalla progressiva perdita di taluni dei suoi tratti caratterizzanti, sia di ordine soggettivo (stante il ricorso alla figura del professionista delegato) che oggettivo (stante il ricorso alle vendite competitive e la tendenza a denunciare l'eccessiva rigidità del modello procedimentale di vendita di cui al codice di rito, rispetto alla tradizionale impostazione podistica. Adde, sugli elementi di coattività in relazione ad ipotesi in cui non può dirsi che la vendita sia effettuata contro la volontà del debitore L.Piccolo, Alienazioni immobiliari nella procedura concorsuale al di fuori delle ordinarie modalità competitive: transazione e subentro nel contratto preliminare, cit., 27 s.

³¹ Cfr. E.FABIANI-L.PICCOLO, Vendita fallimentare e atto notarile, cit.

³² Critico appare TEDOLDI, Gli emendamenti in materia di esecuzione forzata al d.d.l. delega AS 1662/XVIII, in Giustiziainsieme.it, secondo il quale il «'furore analitico' nella stesura delle disposizioni normative, qui persino dei principii e dei criterî direttivi del d.d.l. delega, già apparecchiati per i decreti delegati e scritti a guisa di istruzioni per l'uso o di protocolli applicativi, non giova alla chiarezza delle idee e alla sicurezza delle soluzioni, recando inevitabilmente seco questioni esegetiche e problemi ermeneutici». Inoltre, secondo l'A., può peraltro dubitarsi «che sia necessario introdurre una disciplina (tantomeno così analitica) della vendita dell'immobile pignorato procurata a miglior prezzo dal medesimo debitore esecutato, ché in questo si risolve la vente privée, senza che il francesismo possa aduggiare sulla vera essenza dell'istituto. Accade spesso che, onde mitigare gli ingenti costi della procedura e i ribassi nel prezzo, sia il debitore ad attivarsi per collocare sul mercato l'immobile, anziché

sì come auspicato da una parte della dottrina ³³.

Sotto il profilo da ultimo segnalato l'analitica disciplina già contenuta nella legge delega suscita qualche perplessità, ma, anche sotto questo profilo, prima di esprimere ogni valutazione di sorta, pare corretto attendere l'intervento dei decreti attuativi, che dovrebbero consentire di comprendere fino in fondo quale sia l'esatta fisionomia del nuovo istituto introdotto nel nostro ordinamento.

Nondimeno, dal punto di vista procedimentale, ulteriori rilievi critici sono stati evidenziati dal parere del CSM, più volte richiamato³⁴, secondo il quale l'istituto: si presta ad essere utilizzato dal debitore a fini dilatori, prevede un accertamento dai confini indefiniti e, infine, non distingue tra categorie di creditori ai fini del consenso relativo all'istanza di vendita.

Dal primo angolo prospettico, si rimarca che l'istanza può essere depositata fino a dieci giorni prima dell'udienza di cui all'art. 569 c.p.c., nella quale normalmente viene disposta la vendita del compendio. Invece, secondo detto parere, «al fine di garantire

lasciare che venga subastato forzosamente. I creditori di buona fede accolgono di buon grado la proposta, lieti che i crediti possano soddisfarsi in maggior misura e minor tempo. Quelli in malafede, che volessero trarre illecito profitto dal decremento di valore del bene immobile staggito, possono essere già oggi ostacolati mercé strumenti di composizione delle crisi da sovraindebitamento (l. 3/2012 e, poi, CCI di cui al d.lgs. 14/2019), che sospendono le procedure esecutive e, con il buon esito, le estinguono, trasferendo il tradizionale conflitto tra ragioni del credito e ragioni della proprietà dall'esecuzione forzata al piano negoziale, con l'ausilio di esperti e sotto il controllo del tribunale. Insomma, non vorremmo che la disciplina della 'vendita privata' - o vente privée che dir si voglia - fosse «inutil precauzione», fonte soltanto di ulteriori complicazioni: ve ne sono già abbastanza nel processo civile, e in quello esecutivo in specie, che affliggono i tribunali con questioni sempre nuove, giungendo sino al grado di legittimità con gran dovizia di ripetuti interventi nomofilattici, al punto che par quasi che si tragga intellettuale divertissement da codesta sorta di giuochi procedurali, nello scriver le regole dapprima e nel darne poi l'esegesi e l'ermeneutica, scordando che il processo è unicamente mezzo allo scopo, non già fine a sé stesso e dovrebbe essere, come scriveva Giuseppe Chiovenda sulle orme di Franz Klein, «semplice, rapido e poco costoso».

³³ Cfr. anche per i riferimenti E.FABIANI, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 714 s.; ID, Note per una riforma della vendita forzata, in Rass. esec. forz., 2019, 1, 11 s.

34 Cfr. Consiglio Superiore della Magistratura, Disegno di legge governativo di riforma del processo civile: parere sulle ricadute in materia di amministrazione della giustizia (delibera 15 settembre 2021).

che l'offerta sia reale, sarebbe opportuno prevederne la redazione in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata con elezione di domicilio ai fini delle comunicazioni di cancelleria e del contraddittorio previsto dall'articolo in esame, nonché chiarire che la cauzione resti definitivamente acquisita alla procedura nel caso di mancata stipula dell'atto di trasferimento nel termine stabilito dal giudice»³⁵. Inoltre, con lo scopo di scongiurare le finalità dilatorie, si è ritenuto che sarebbe opportuno valorizzare la serietà dell'offerta prevedendo una cauzione più elevata rispetto a quella di 1/10 prevista nel caso di vendita competitiva dall'art 571 c.p.c., stabilendo contestualmente che, in caso di inadempimento, trovino applicazione le sanzioni previste dall'art. 587 c.p.c.

Dal secondo angolo prospettico, si pone l'accento sulla previsione in base alla quale il giudice, nel contraddittorio tra le parti, può assumere sommarie informazioni sulla «effettiva capacità di adempimento dell'offerente». Infatti, questa previsione, secondo detto parere, «appare eccessivamente generica introducendo nel procedimento esecutivo un accertamento dai confini non definiti».

Dal terzo angolo prospettico, si puntualizza che il D.d.l. prevede che l'istanza di vendita del debitore è condizionata al consenso dei creditori. La norma sembra far riferimento a tutte le categorie di creditori, mentre, sempre secondo detto parere, andrebbero effettuate talune distinzioni tra le diverse categorie di creditori.

Ulteriore elemento di criticità potrebbe ravvisarsi nel non aver previsto, contrariamente a quanto a suo tempo auspicato da parte della dottrina, di consentire al debitore di chiedere di essere autorizzato alla vendita diretta soltanto dopo l'esito negativo di uno o due esperimenti di vendita al prezzo ridotto³⁶.

Anche sotto questi profili non resta che attendere l'intervento dei decreti attuativi, posto che, sotto svariati profili, sussistono ancora significativi margini di operatività. Anche se, come evidenziato, sono state già effettuate talune scelte di fondo che destano non poche perplessità.

5. Conclusioni

In definitiva, all'esito dell'indagine condotta, è possibile osservare, in via più generale, quanto segue. Non appare dubitabile che l'istituto della vendita forzata meriti di essere profondamente riformato dal legislatore.

Basti per tutti evidenziare, a tal proposito, come: per un verso, l'impianto codicistico risente ancora dell'impostazione originaria della vendita forzata sotto il profilo del distinguo fra vendita con incanto e vendita senza incanto³⁷; per altro verso, la vendita telematica, sostanzialmente indicata come obbligatoria da parte del legislatore, non trova la propria disciplina nell'ambito del codice di procedura civile (e neanche in altra fonte di rango primario) ma in una fonte di rango secondario (ossia un decreto ministeriale)³⁸.

Jisegno di legge governativo di riforma del processo civile: parere sulle ricadute in materia di amministrazione della giustizia (delibera 15 settembre 2021), il quale, nell'auspicare che la cauzione resti definitivamente acquisita alla procedura nel caso di «mancata stipula dell'atto di trasferimento nel termine stabilito dal giudice», come già evidenziato sembrerebbe ritenere che una peculiarità del nuovo istituto della "vendita diretta" introdotto dal legislatore nel nostro ordinamento risieda nel fatto che detta vendita non si estrinseca nell'emissione di un decreto di trasferimento da parte di un giudice, ma nel ricevimento di un atto pubblico di vendita da parte di un notaio.

³⁶ Cfr. Costantino, Note sulle proposte di riforma del processo esecutivo nel d.d.l. delega approvato dal consiglio dei ministri il 5 dicembre 2019, cit.

³⁷ Cfr. E.Fabiani, Note per una riforma della vendita forzata, cit., 12, ove si rileva come la vendita forzata sia stata fatta oggetto negli ultimi anni di numerosi interventi normativi (così come è accaduto, in via più generale, anche per il processo di espropriazione forzata), all'esito dei quali emerge con nettezza, tra gli altri profili, il superamento dell'impianto codicistico originario, quanto meno nella parte in cui è a tutt'oggi incentrato su una distinzione di fondo, fra vendita con incanto e vendita senza incanto, che ha perso, nel frattempo, i tratti differenziali più significativi (oltre agli originari «rapporti di equilibrio», che vedono attualmente fortemente privilegiata la vendita senza incanto rispetto a quella con incanto). In particolare, secondo l'A. (op.ult.loc.cit., spec. p. 14 s.) occorrerebbe procedere ad una integrale riscrittura della vendita forzata in sede di espropriazione forzata, ispirata, tra le altre linee guida: al superamento della tradizionale contrapposizione fra vendita con incanto e vendita senza incanto in una direzione tendente ad individuare i tratti caratterizzanti della «vendita pubblica»; all'eliminazione della vendita con incanto, ormai divenuta, nella sostanza, un inutile «duplicato» della vendita senza incanto; alla valorizzazione, quale parametro di riferimento della «vendita pubblica» sul piano dell'iter procedimentale, della vendita senza incanto.

³⁸ Cfr. E. Fabiani, *La vendita forzata telematica tra involuzioni normative e difficoltà dell'interprete*, in *Foro it.*, 2016, 9, 290 s. *Adde*, con riguardo alla problematica evidenziata nel testo, alla luce delle prassi instauratesi all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina relativa alla vendita telematica, E. Fa-

Dovrebbe trattarsi di una riforma di ordine sistematico (evidentemente pretermessa dall'intervento legislativo in esame e dai "lavori preparatori" che lo hanno preceduto) che si muova, al contempo, in una pluralità di direzioni.

Una di queste direzioni è indubbiamente rappresentata dalla necessità di mettere a disposizione del giudice dell'esecuzione modalità di vendita forzata più flessibili di quelle attualmente disciplinate dal codice, sulla falsariga di quanto già accaduto in materia concorsuale con la cd. vendita competitiva³⁹.

In questa direzione sembrerebbe essersi fondamentalmente mosso il legislatore con l'introduzione nel nostro ordinamento della cd. vendita diretta da parte del debitore.

In ragione di quanto evidenziato, infatti, ci troviamo di fronte ad un istituto che, lungi dal disciplinare una vera e propria "vendita diretta" da parte del debitore connotata da profili caratterizzanti di ordine "privatistico" (che avrebbe potuto trovare spazio, nel nostro ordinamento, anche attraverso una modificazione/integrazione dell'attuale disciplina della sospensione su istanza delle parti di cui all'art. 624-bis c.p.c.), sembra piuttosto disciplinare una modalità di vendita forzata, interna alla procedura, che aspira ad essere meno rigida, sul piano della disciplina, rispetto alle altre attualmente disciplinate dal codice.

In ragione di quanto evidenziato, però, detto obiettivo viene conseguito dal legislatore solo in parte.

Se solo in minima parte o meno è presto dirlo, in quanto, per dare una compiuta risposta a questo quesito, occorrerà attendere le scelte che il legislatore effettuerà in sede di emanazione dei decreti attuativi, tanto con riferimento a profili che non trovano alcuna risposta nella disciplina vigente, quanto con riferimento a profili che non trovano una risposta sicura.

Ernesto Fabiani – Luisa Piccolo

che occorrerebbe valorizzare, quale parametro di riferimento della «vendita pubblica» sul piano dell'iter procedimentale, la vendita senza incanto, ma senza mancare di puntualizzare (vd. nota 4) che «non si vuole così escludere in radice la percorribilità di una prospettiva, analoga a quella già seguita in sede fallimentare, volta a conseguire una maggiore elasticità della vendita ricorrendo alla c.d. vendita competitiva», ma, più limitatamente, indicare quella che, al momento, sembrerebbe la soluzione preferibile, trattandosi, in particolare, di un modello di vendita che, per un verso, è attualmente maggiormente collaudato ed assistito da certezze rispetto alla c.d. vendita competitiva (in relazione alla quale la dottrina si affanna ancora a delinearne con nettezza contenuti e confini in ambito fallimentare) e, per altro verso, appare compatibile con una prospettiva tendente a salvaguardare un significativo margine di discrezionalità giudiziale.

BIANI- L. PICCOLO, La vendita telematica nelle procedure esecutive e concorsuali nella prassi dei tribunali (prima parte), in Rass.esec. forz., 2019, 3, 607 s. Con specifico riguardo alla vendita telematica nell'ambito del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, cfr. E. FABIANI, La vendita telematica nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Foro it., 2019, 10, 393 s.; con specifico riferimento alle prassi instauratesi all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina relativa alla vendita telematica nell'ambito delle procedure concorsuali, alla luce della dicotomia tra vendita competitiva e vendita secondo le norme di cui al codice di rito, cfr. E. FABIANI –L. PICCOLO, La vendita telematica nelle procedure esecutive e concorsuali nella prassi dei tribunali (seconda parte), in Rass.esec. forz, 2019, 4, 969 s.

³⁹ Cfr., anche per i riferimenti, E.FABIANI, La vendita forzata. Evoluzione dell'istituto ed attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti, cit., 719 s.; ID, Note per una riforma della vendita forzata, cit., 14, il quale, nell'auspicare l'integrale riscrittura della vendita forzata in sede di espropriazione forzata, pone in rilievo

Diritto Fallimentare 2022

L'esdebitazione dell'incapiente

SOMMARIO: 1. Cenni generali sull'istituto. • 2. L'esdebitazione dell'incapiente di cui all'art.14-quaterdecies, 1. n.3/2012. • 3. Tipologie di esdebitazione del soggetto incapiente nel codice della crisi. • 4. L'esdebitazione del debitore incapiente di cui all'art. 283 CCII e 14 quaterdecies, 1. n.3/2012. • 5. Il concetto di incapienza nella nuova procedura. • 6. Forme processualie difesa del debitore. • 7. Utilità sopravvenute e forme della liquidazione.

1. Cenni generali sull'istituto.

La crisi economica degli ultimi anni e la mutata sensibilità verso il soggetto insolvente hanno reso sempre più attuale la necessità per il legislatore di garantire nuove forme di "ripartenza" tramite l'esdebitazione per ogni sorta di debitore, dall'imprenditore al consumatore al professionista.

L'effetto esdebitatorio lera tradizionalmente ricollegato solo all'esecuzione di procedure concordatarie e basato sul piano soggettivo sul consenso dei creditori espresso tramite voto, mentre su quello oggettivo sul soddisfacimento parziale (o in alcuni casi dilazionato o differenziato anche nell'oggetto), con effetto liberatorio relativamente al debito per la differenza (cioè oltre la percentuale oggetto della proposta concordataria). Viene peraltro fatto rimarcare come non si tratterebbe di effettiva estinzione dell'obbligazione, dal momento che permane la stessa in capo ai garanti, come stabilito dall'art. 184 l.f. (e per l'esdebitazione in materia fallimentare dall'art. 142 l.f..)

Peraltro alla "liberazione" conseguente all'esdebitazione fanno esplicito riferimento gli artt. 142 l.f. e 14-*terdecies*, l. n.3/2012 (e da ultimo l'art.278 CCII).

L'esdebitazione comporta l'effetto di paralizzare le azioni dei creditori.

In ogni caso l'eventuale pagamento del supero è considerato come *soluti retentio*.

L'effetto esdebitativo, sempre in caso di concordato, non è definitivo fino all'esecuzione del piano (potendosi verificare la risoluzione o l'annullamento). In particolare non risulta irrilevante la sopravvenuta scoperta di atti in frode: la scoperta dell'occultamento di attivo o l'esagerazione del passivo sono oggetto dell'azione di annullamento³.

Nel solco della mutata sensibilità verso l'insolvente, con la riforma della disciplina fallimentare del 2006, si è prevista all'art.142 l'esdebitazione del fallito **persona fisica**, peraltro a mezzo di un provvedimento espresso a seguito di apposito procedimento incentrato su un giudizio di meritevolezza, in luogo dell'effetto automatico proprio dell'esecuzione delle procedure concordatarie.

Con tale disposizione si rinuncia dunque al requisito soggettivo del consenso, appunto sostituito dal giudizio di meritevolezza, ma non a quello oggettivo del soddisfacimento parziale, pur interpretato in maniera sempre più elastica dalla giurisprudenza⁴.

A sua volta la l. n.3/2012, in materia di liquidazione del patrimonio all'art.14-terdecies, segue lo stesso schema, questa volta per il soggetto sovra-indebitato (dunque potenzialmente qualsiasi soggetto, incluso l'imprenditore sotto-soglia): necessità di un apposito procedimento a procedura conclusa; li-

Sull'esdebitazione, S. DE MATTEIS, L'esdebitazione del sovraindebitato nel Codice della crisi e dell'insolvenza, in Corriere giur., 2020, 1379 ss.; L. NIVARRA, Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale, in Europa e diritto privato, 2020, 2, 313 ss.; S. PAGLIANTINI, L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa, in Leggi civ. comm., 2019, 692 ss.; D. BENINCASA, L'esdebitazione, in Giur. it., 2019, 2033 ss.; D. VATTERMOLI, L'esdebitazione tra presente e futuro, in Riv. dir. comm.e obbligazioni, 2018, 477 ss.; E. NORELLI, L'esdebitazione, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, Milano, 2016, I, 1025 ss.).

² Cass. 17 ottobre 2018, n. 26006, in *ilFallimentarista.it*, pubbl. 18 luglio 2019).

³ Da notare che né la disciplina di cui agli artt. 142-143 l.f. né quella di cui all'art.280 CCII, peraltro applicabile anche al caso della liquidazione controllata, prevedono la revoca per scoperta di atti in frode, come invece le disposizioni richiamate nel testo e quelle successivamente citate a proposito dell'esdebitazione in caso di sovra-indebitamento (inclusa la liquidazione del patrimonio). Ciò peraltro non significa la totale irrilevanza della scoperta di tali condotte, la cui assenza condiziona espressamente come detto la concessione del beneficio in tutti i casi indicati, risultando applicabile il principio generale di cui all'art.395 cpc.

⁴ Il SC è orientato nel senso che la soglia di soddisfacimento parziale necessaria ai fini della concessione del beneficio dell'esdebitazione è affidata al prudente apprezzamento del giudice, Cass. SSUU n.24214/2011) e dal controllo giudiziale.

2-2022 Diritto Fallimentare

mitazione del diritto all'esdebitazione per il sovraindebitato persona fisica che sia meritevole (cioè non abbia fatto ricorso al credito colposo o sproporzionato al suo patrimonio e nei cinque anni precedenti non abbia posto in essere atti in frode) e sussistenza di un soddisfacimento anche solo parziale (si può estendere dunque a quest'ipotesi l'orientamento di legittimità per cui sarebbe sufficiente il soddisfacimento anche solo di parte dei crediti privilegiati⁵. Infine anche in materia di sovraindebitamento viene in rilievo la scoperta della frode (per la liquidazione del patrimonio cfr. art.14-terdecies, 5° co.; per gli altri istituti v. artt.14 e 14 bis l. n.3/2012; per il codice della crisi v. artt.72 ed 82)

A parte alcune esclusioni oggettive (con riguardo alla natura dei crediti, cfr. art.142, 3° co., l.f. e 14-terdecies, 3° co. l. n.3/2012), l'esdebitazione potrebbe dunque non essere concessa dopo la chiusura del fallimento o della liquidazione del patrimonio, a cagione dell'assenza delle condizioni di meritevolezza o di soddisfacimento minimo, con conseguente sopravvivenza delle relative obbligazioni nella misura non soddisfatta dalla procedura. Il che dipende dalla differenza strutturale fra le procedure concordatarie e quelle lato sensu fallimentari, queste ultime non basate sul concorso del consenso dei creditori.

2. L'esdebitazione del debitore incapiente di cui all'art. 14 *quaterdecies*, l. n.3/2012

Sulla falsariga del codice della crisi, non ancora entrato in vigore e frattanto soggetto ad ampia revisione, il legislatore del 2020 ha introdotto un istituto nuovo, previsto per la sola persona fisica, che consente l'esdebitazione c.d. diretta. L'istituto è parso utile per il sovraindebitato, in una situazione aggravata dalla pandemia, e così si è appunto deciso di inserirlo nel pacchetto di anticipazioni della riforma del sovraindebitamento portato dalla l. n.176/20, andando nella specie a inserire nella l. n. 3/2012 il nuovo art.14*quaterdecies*.

Conseguentemente chiunque rivesta i requisiti e risponda alle condizioni ivi stabilite, può fin dal 1° gennaio 2021 proporre la relativa domanda

Si tratta di un istituto riservato **al sovraindebita**to, non esteso quindi alla persona fisica fallibile. In base allo stesso l'interessato ha diritto all'esdebitazione senza dover passare attraverso la procedura di liquidazione e a prescindere da un adempimento parziale.

Da ciò discende che **non siamo in presenza di una procedura concorsuale**, caratterizzata dal soddisfacimento dei creditori, sulla base del patrimonio del debitore insolvente o comunque in crisi, con l'osservanza del principio della *par condicio creditorum*. Dunque **non sussiste alcuna struttura procedimentale utile alla liquidazione**.

Proprio l'assenza a monte di un procedimento concorsuale, distingue il nostro istituto, oltre ai presupposti, dai procedimenti di cui agli artt. 142 e 143 l.f.; 14 *terdecies* l. n.3/2012.

Vigente la l.n.3/2012, come emendata, non è possibile ottenere l'esdebitazione dell'incapiente ex art.14-*quaterdecies*, pendente la liquidazione del patrimonio, né si potrà ottenerla dopo se non vi fu attivo, per l'ostacolo tuttora costituito dall'art.14-*terdecies*, 1° co., lett.f (soddisfacimento parziale del debito).

La procedura di esdebitazione dell'incapiente presuppone non l'assenza in assoluto di attivo, bensì di un attivo distribuibile (non osta dunque un attivo che sarebbe non solo sufficiente come vedremo a consentire il mantenimento del debitore e della sua famiglia, ma anche a pagare la sola prededuzione).

Questo istituto, e in particolare l'eliminazione del riferimento al pagamento parziale del debitore, è da coordinarsi con la direttiva sulle procedure concorsuali, di cui in qualche modo costituisce un'applicazione. E' vero che la direttiva consente al legislatore nazionale di conservare la condizione di parziale soddisfacimento cui subordinare l'esdebitazione. Essa però stabilisce che ciò avvenga purché il pagamento sia commisurato alla situazione individuale del debitore e al suo reddito disponibile nel periodo che precede l'esdebitazione, e per definizione il debitore incapiente non può vedersi imposta alcuna forma di pagamento parziale, visto che esso non potrebbe essere commisurato a nulla. Detto questo va però aggiunto che la direttiva in questione è incentrata sull'imprenditore (sia pure nel senso lato proprio della legislazione unionale), per cui non concerne il consumatore.

L'istituto dell'esdebitazione dell'incapiente è anche subordinato alla condizione di meritevolezza e (sul piano oggettivo) all'assenza di prospettive anche future di possibilità di offerta ai creditori di alcuna utilità, di cui si dirà oltre.

⁵ Orientamento consolidatosi in tema di esdebitazione conseguente al fallimento, Cass. 27.3.2018, n. 7550, in *ilFallimentarista*, pubbl. 29 marzo 2018.

Diritto Fallimentare 2022

Il giudice quindi dovrà valutare l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento, all'incirca lo stesso giudizio che viene compiuto in materia di ristrutturazione del debito del consumatore, previsto dall'art. 7, 2° co., d)-ter, l. n.3/2012 a proposito del piano del consumatore (e in prospettiva dall'art.69, 1° co., CCII), dove si parla di "situazione di sovraindebitamento determinata con colpa grave, malafede o frode", e come espressamente sancito dall'art.14-quaterdecies, 7° co. l. n.3/2012. Costituisce poi qui ostacolo all'esdebitazione il fatto di averla ottenuta altra volta.

Se è evidente che la norma (art.14*quaterdecies*, 1° co., l. n.3/2012) **vieta il ricorso due volte in assoluto** (senza i limiti più diluiti dell'art.69 CCII) **all'istituto in parola**, v'è da chiedersi se conti anche un'esdebitazione antecedente ottenuta per altra via, e cioè a seguito della chiusura della liquidazione (in base all'art.14-*terdecies*, l. n.3/2012 nella vigenza di quest'ultima norma) o a seguito dell'esecuzione di un piano del consumatore. E' certo agevole risolvere l'ipotesi contraria, e cioè ammettere che non si possa accedere al piano del consumatore o all'esdebitazione *ex* art.14-*terdecies*, l. n.3/2012 se nei cinque anni precedenti si sia ottenuta la nostra esdebitazione, come si ricava dall'art.7, 2° co., lett. d)-bis , l. n.3/2012; ma direi che dev'essere anche impedito (in assoluto,

senza limiti temporali) l'accesso all'esdebitazione dell'incapiente se si sia già ottenuta l'esdebitazione a seguito del piano, per la stessa coerenza del sistema.

Più dubbio che sia di ostacolo alla nostra esdebitazione il disposto dell'art.7, 2° co.,lett. b) (aver fatto ricorso nei precedenti cinque anni ai procedimenti di cui "al presente capo"): a parte l'incoerenza di prevedere un ostacolo più stringente (perché riferito al semplice "ricorso" e non all'ottenuta esdebitazione) rispetto a quello inserito dalla novella alla lett. d-bis) dello stesso articolo, ben può ritenersi che la lettera b) alluda al "ricorso" alle procedure concorsuali, mentre abbiamo visto come la nostra tale non sia.

Le pronunce fin qui edite peraltro concludono diversamente, espressamente verificando se nei cinque anni precedenti il debitore che chieda il beneficio in parola non abbia fatto ricorso ai procedimenti della l. n.3/2012, sposando quindi la tesi della riferibilità della disposizione di cui all'art.7, 2° co., lett. b) anche al procedimento di esdebitazione dell'incapiente sebbene non avente natura concorsuale⁶, probabilmente collegandosi al dato letterale per cui an-

che l'art-14-quaterdecies fa parte del "capo" in cui è inserito l'art.7

Sarà però possibile ottenere l'esdebitazione di cui all'art.14*terdecies*, l. n. 3/2012) se si è ottenuta, ma da più di otto anni l'esdebitazione dell'incapiente.

3. Il presupposto dell'incapienza.

Come premesso, per l'accesso all'istituto non è necessaria l'assoluta incapienza, in quanto il secondo comma dell'art. 14-quaterdecies della 1. n.3/2012 stabilisce che non si possano prendere in considerazione le utilità pur facenti capo al debitore, ma necessarie al sostentamento del debitore e della sua famiglia, in accordo con un principio di esclusione delle stesse che riguarda tanto la liquidazione del patrimonio in base alla 1. n.3/2012, quanto lo stesso fallimento (art.46 l.f. ed oggi art.146 cci). La novità consiste nella sussistenza di precisi criteri atti a determinare tali somme - che peraltro non tutte le decisioni reperite mostrano di seguire, preferendo riferirsi ancora a parametri generici relativi alle esigenze minime vitali⁷ - pari a quanto occorre a produrre il reddito (i costi insomma) oltre ad un importo pari all'assegno sociale aumentato della metà moltiplicato un parametro corrispondente al numero dei componenti della famiglia della scala di equivalenza ISEE. Piaccia o no, tale parametro oggettivo consentirà di superare le incertezze sul punto, in ciò ponendosi il legislatore in linea con le scelte già svolte in materia esecutiva a proposito dei limiti di pignorabilità di cui all'art.545 cpc.

La scala di equivalenza poi la si rintraccia in un apposito DPCM, il n.159 del 5 dicembre 2013.

Il moltiplicatore si applica ai componenti il nucleo della famiglia anagrafica.

Ciò significa che se anche le utilità ritraibili da reddito e patrimonio siano tali da consentire un

⁶ Cosi ad es. Trib. Milano, decreto 6 ottobre 2021, in *ilCaso.it*, pubbl. nov. 2021; Trib. Mantova, decreto 25 gennaio 2022, in *ilCaso.it*, pubbl. 15 febbraio 2022.

⁷ Trib. Milano 6.10.2022, cit., peraltro in quel caso occorre dar atto che gli importi a disposizione del debitore erano davvero esigui; nel senso invece dell'applicazione del criterio di cui all'art. cit. sempre Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *ilCaso.it*, pubbl. nov. 2021, il quale correttamente, fatto pari il reddito utilizzabile ai fini di mantenimento ad ☐ 18292, dichiara l'inammissibilità dell'istanza in quanto il reddito disponibile è pari ad € 18796.

2-2022 Diritto Fallimentare

qualche soddisfacimento ai creditori (non si indica il minimo, a differenza come si vedrà di quanto accade per la sopravvenienza di beni e redditi), occorre prima sottrarre il valore di cui sopra, e solo al netto si verifica se rimangano utilità distribuibili (peraltro al netto delle prevedibili spese).

Viene invece in rilievo la sussistenza di utilità in prospettiva futura, la cui presenza ostacola l'ammissibilità dell'istituto. Sebbene si parli di "prospettive", deve ritenersi però che per negare l'esdebitazione occorra quantomeno l'esistenza di un credito futuro, ad esempio la stipulazione di un contratto di lavoro anche a tempo determinato o la maturazione di un diritto pensionistico (in questo caso direi che è sufficiente l'esistenza di un rapporto previdenziale ancorché non di immediata maturazione), e non siano sufficienti mere aspettative. Si può in tal senso richiamare la giurisprudenza formatasi in tema di crediti futuri oggetto di pignoramento presso terzi, in base alla quale essi in tanto sono oggetto di assegnazione in quanto siano caratterizzati da "capacità satisfattiva futura concretamente prospettabile al momento dell'assegnazione stessa" in ragione dell'attualità del rapporto da cui scaturiscono, che dev'essere identificato ed esistente8.

L'espressione "utilità" pare far riferimento anche ad altri valori oltre che a soddisfacimento in denaro. Inoltre, atteso l'espresso tenore della legge, si deve escludere l'ammissibilità dell'istanza quante volte sia possibile garantire un soddisfacimento pur minimo ma non irrisorio, usando espressioni della giurisprudenza di legittimità inerenti al minimo soddisfacimento dei creditori⁹, il che rende i presupposti per l'ammissione ben differenti rispetto a quelli per il caso di sopravvenienza di attivo, in quanto è sufficiente un livello di soddisfacimento ben inferiore rispetto al dieci per cento previsto ivi, e si prevede che il giudice debba tener conto anche di utilità diverse dal denaro e addirittura indirette: forse si pensa alla prosecuzione di contratti di fornitura ad esempio, come fa intendere lo stesso riferirsi non ai crediti ma ai creditori.

Ulteriore annotazione dal punto di vista esegetico è costituita dal fatto che il riferimento alla valutazione della porzione di reddito necessario al mantenimento del debitore e dei famigliari è riferito alla "valutazione di rilevanza", perciò alla sopravvenienza di utilità che giustificano come si vedrà l'obbligo di soddisfacimento dei crediti, con la conseguenza che di tali esigenze non si dovrebbe tener conto in sede di ammissione al beneficio. Tuttavia l'argomento testuale appare invero fragile, poiché è evidente come la volontà del legislatore sia tutta volta a sottrarre tali utilità alle considerazioni di rilevanza (sia in sede di sopravvenienza delle stesse, ma anche in caso di valutazione iniziale), pena l'irragionevolezza della disposizione¹⁰.

4. Forme processuali.

La domanda che introduce il particolare procedimento di cui s'è detto deve rivolgersi al giudice e va presentata dall'OCC con la documentazione atta a dimostrare la sussistenza delle predette condizioni. In particolare occorre una relazione particolareggiata dell'OCC che indichi - oltre alla completezza dei documenti prodotti dal debitore, e cioé l'elenco dei creditori e dei debiti e delle entrate del debitore e del suo nucleo evidentemente per verificare l'incapienza e gli atti straordinari posti in essere - le cause dell'indebitamento e la diligenza prestata, nonché le ragioni dell'incapacità di adempiere e l'esistenza di atti revocabili (all'evidente scopo di verificare la meritevolezza), nonché alla valutazione del merito creditizio (ma qui non è prevista alcuna sanzione effettiva in capo a chi ne abbia violato i relativi canoni).

In giurisprudenza di merito¹¹ si reperisce un precedente che ha ammesso la conversione dell'originaria domanda di liquidazione del patrimonio, in domanda di esdebitazione del soggetto incapiente, soluzione che appare dal punto di vista processuale non del tutto condivisibile trattandosi di domanda avente un *petitum* ed una *causa petendi* del tutto differenti, tanto che l'una è volta ad ottenere l'apertura di una procedura concorsuale e l'altra un beneficio, senza che ci si possa giovare dei meccanismi processuali che si vedranno disponibili in base al codice della crisi.

L'esdebitazione consegue a un provvedimento del giudice (monocratico) adottato con decreto, as-

⁸ Cass. 10 settembre 2009, n. 19501.

⁹ Cass. SSUU 23 gennaio 2013, n.1521 e Cass. 14 marzo 2014, n. 6022; sotto tal profilo deve misurarsi la decisione riportata a nota 7, ove a disposizione dei creditori si avrebbe un importo annuo davvero trascurabile, nell'ordine di poche centinaia di euro, certamente comunque nel quadriennio non sufficiente a garantire il pagamento della prededuzione.

¹⁰ In tal senso pare concludere Trib. Mantova 25.1.2022, cit.

¹¹ Trib. Milano 8 giugno 2021, in ilCaso.it, pubbl. giugno 2021.

Diritto Fallimentare 2022

sunte eventualmente informazioni opportune (magari attingendo dalle banche dati pubbliche, o sentendo il debitore o i creditori, sempre al fine però di verificare la sussistenza dei presupposti, ed in particolare meritevolezza e incapienza). Avverso lo stesso (sia di accoglimento come di rigetto) è ammessa opposizione davanti allo stesso giudice. Solo in caso di opposizione viene instaurato il contraddittorio per la conferma o revoca del decreto, ma la decisione conseguente è soggetta a sua volta a reclamo (non vi è qui, a differenza che nel precedente art. 14-terdecies il richiamo all'art.739 cpc, ma si tratta pur sempre di un provvedimento di volontaria giurisdizione "contenziosa").

A proposito di queste fasi eventuali, oppositiva e di reclamo, si pone la necessità di individuare i creditori (ovviamente invece nel caso dell'esdebitazione successiva alla liquidazione essi saranno coloro i quali siano stati ammessi al passivo). Non si potrà in tal caso che far capo all'elenco dei creditori allegato alla domanda, e questo rende particolarmente essenziale, ai fini dell'effettività delle garanzie che la norma assicura ai creditori stessi, la verifica che anche sul punto avrà effettuato l'OCC, posto che in effetti non si prevede nessun tipo di pubblicità particolare del decreto di esdebitazione, fermo restando che il giudice potrebbe sempre disporla nei casi opportuni.

Certo l'inserimento dell'istituto, estrapolato dal codice della crisi, in un corpo normativo come la legge n.3/2012 non è senza inconvenienti.

Anzitutto l'esdebitazione dell'incapiente all'interno del codice della crisi previsto all'art.283, è tutt'altro che un istituto isolato, e risponde ai principi di cui all'art.278 CCII.

Dunque se l'art.283 CCII va letto in una con la norma da ultimo citata, e quindi non vi sono dubbi ad esempio in ordine alla sopravvivenza delle obbligazioni del garante dell'esdebitato, che dire nel caso dell'art.14-quaterdecies?.

La lettura tradizionale dell'istituto porta alla medesima conclusione, e ciò perché così dispone l'art.142, 4° co., l.f., ma qual è la ragione per cui tale principio dovrebbe applicarsi all'art.14-quaterdecies della l. n.3/2012? Io credo che il problema sia peraltro facilmente risolvibile se si considera che comunque l'obbligazione del garante ha una sua autonomia, e che la stessa non è interessata alle vicende soggettive del garantito, come del resto si ricava dallo stesso tenore dell'art.14-terdecies l. n.3/2012, che pure esplicitamente non prevede la sopravvivenza delle obbligazioni di garanzie.

Ma il mancato coordinamento della nuova disposizione con il vecchio tessuto normativo ha ulteriori ricadute, come ad esempio il fatto che risulta abbastanza difficile capire perché se ci si sottopone alla liquidazione del patrimonio (e quindi verosimilmente si ha un patrimonio liquidabile) si fruisce di un'esdebitazione a condizioni indubbiamente più gravose rispetto a quelle previste dall'art.14quaterdecies, non foss'altro perché oltre a dover dimostrare un parziale soddisfacimento (cosa che, si ripete, non è più necessaria nel caso dell'esdebitazione conseguente alla liquidazione controllata), occorre anche non aver ottenuto a mezzo di qualsiasi altra procedura altra esdebitazione negli otto anni precedenti, laddove per l'incapiente di cui all'art.14quaterdecies vige il regime che s'è visto sopra.

In ogni caso, se l'intento, come pare, è stato quello di anticipare gli effetti positivi della nuova disciplina del sovraindebitamento sul debitore, giustificata dalla crisi innescata dalla pandemia, a voler andare fino in fondo il legislatore avrebbe allora potuto anticipare anche la possibilità, prevista sempre dal codice della crisi, di ottenere (tra l'altro di diritto) l'esdebitazione anche al sovraindebitato imprenditore sia individuale che collettivo, nei cui confronti sia stata chiusa (o dopo tre anni dall'apertura) la procedura di liquidazione, e tra l'altro (salvo il secondo caso) di diritto se sotto-soglia. Ma a tanto non si è giunti, forse per non turbare il parallelismo con la situazione del debitore fallibile.

E neppure si può ritenere che chi abbia chiesto la liquidazione del patrimonio, ma rispetto al quale non sia ancora intervenuto il decreto di apertura, possa rinunciarvi e proporre la domanda di cui all'art.14-quaterdecies, in quanto a differenza che in ipotesi di liquidazione controllata, nel caso della vigente liquidazione del patrimonio deve ritenersi che la stessa per essere ammissibile presupponga la presenza di beni o crediti, anche solo sotto forma di crediti futuri da lavoro o pensione¹², ma allora mancherebbero i presupposti di incapienza dell'istituto in commento.

¹² In giurisprudenza in effetti per l'apertura della liquidazione del patrimonio paiono siano sufficienti tali crediti, pur in assenza di un vero e proprio patrimonio liquidabile, Trib. Roma 29.4.2019, Trib. Verona 21.12.2018 e Trib. Pordenone 14.3.2019, reperibili in .ilCaso.it

2-2022 Diritto Fallimentare

5. Utilità sopravvenute e forme della liquidazione.

Va detto che un contemperamento dell'esdebitazione col principio di responsabilità patrimoniale viene mantenuto: in particolare, nonostante l'intervenuta esdebitazione a mezzo del decreto di cui s'è detto, l'obbligo di pagamento almeno in via potenziale permane, alla condizione che nell'arco di quattro anni sopraggiungano utilità (sia quindi elementi di carattere patrimoniale che reddituale) tali da assicurare il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al dieci per cento.

La prima osservazione che può farsi in proposito è indubbiamente di carattere sistematico, poiché è evidente come qui si abbia un'autentica reviviscenza delle obbligazioni. Dunque qualcosa di più dell'effetto temporaneo proprio dell'esdebitazione conseguente l'omologazione della proposta concordataria in attesa della compiuta esecuzione, dunque più estremo dell'esigibilità conseguente alla risoluzione del concordato, tanto più che in quest'ultimo caso molto spesso l'effetto è mitigato dal sopraggiungere del fallimento.

Quanto al concetto di utilità difficilmente si può far rinvio a quanto concluso circa lo stesso relativamente alle utilità future la cui assenza condiziona l'ammissibilità del beneficio, poiché dalle precisazioni che seguono (ed in particolare dal riferimento ad una percentuale di soddisfacimento) emerge che comunque le stesse devono essere in grado di apportare un soddisfacimento essenzialmente pecuniario.

Per evitare che i tentativi di ripartenza vengano frustrati da tale disposizione, si esclude dal novero delle utilità sopravvenute l'eventuale liquidità reperita a mezzo di finanziamenti (evidentemente strumentali alla *fresh start*), e in generale di tutto ciò che non sia in grado di soddisfare in maniera significativa i creditori (appunto, utilità che valgano meno del dieci per cento).

Sotto tale ultimo profilo peraltro, la misura non deve essere presa in considerazione in assoluto. In altri termini non è necessario che le risorse sopraggiunte siano tali da soddisfare nel dieci per cento tutti i creditori, ma è sufficiente che le nuove entrate siano tali da soddisfare anche soltanto quelli di grado superiore, es. assistiti da privilegio generale, purché l'ammontare dell'incremento sia pari al dieci per cento del totale dei debiti. Privilegio che – permanendo il debito – si collocherà sui beni così acquisiti al patrimonio. In altri termini la persistenza dell'obbliga-

zione a condizione del sopravvenire di significative poste determina l'estensione alle stesse del privilegio. Va peraltro notato che il correttivo al codice della crisi sul punto aggiunge l'avverbio "complessivamente" (assente dall'art.14-quaterdecies). A mio parere la puntualizzazione rende evidente quanto qui concluso, e se confermato in sede di varo finale della riforma costituirà un valido parametro interpretativo anche per la norma in esame, per cui il dieci per cento va riguardato con riferimento al monte totale del debito, indipendentemente da quali o quanti creditori potranno essere concretamente soddisfatti.

Come si vede dunque, rispetto ai requisiti oggettivi di ammissibilità, qui non solo si richiede una soglia "consistente", ma anche di natura evidentemente e necessariamente pecuniaria, visto che si fa riferimento ad una percentuale di soddisfacimento, grandezza del tutto incongrua in caso di utilità diverse dal denaro. L'intento è comunque quello per cui, una volta concessa l'esdebitazione, per giungere alla sua revoca occorre qualcosa di davvero rilevante e consistente, appunto beni o denaro che consentano il pagamento del dieci per cento, al fine di travolgere un effetto esdebitatorio dichiarato in un provvedimento giurisdizionale.

La rilevanza della sopravvenienza di utilità peraltro è da precisare nel senso che la stessa, a differenza del presupposto di ammissibilità (dato dall'importo dell'attivo dedotto un importo certo e determinabile ai sensi dell'art.14-quaterdecies), è di entità variabile. Proprio il collegamento del reddito minimo come già stabilito al concetto di "rilevanza", comporta intanto che il sopraggiungere di utilità tali da consentire il soddisfacimento del dieci per cento di crediti (o nella prospettiva suddetta, di categorie di crediti) sarà appunto rilevante solo se tale soddisfacimento potrà avvenire una volta integralmente soddisfatte le esigenze di mantenimento di cui al 2° co. della norma. In altri termini se in sede di ammissione le utilità a disposizione fossero significativamente inferiori al reddito minimo, le sopravvenienze saranno rilevanti solo se, una volta raggiunta la soglia di mantenimento stabilità dal citato 2° co., la differenza sarà ancora in grado di soddisfare il dieci per cento dei crediti¹³.

Ulteriore aspetto problematico della sopravvenienza è proprio dato dal collegamento con l'entità

¹³ In tal senso pare anche Trib. Milano 26.10.2022, cit.

Diritto Fallimentare 2022

del monte dei debiti, di talché in caso di un monte debiti piuttosto contenuto si avrà una soglia di rilevanza piuttosto bassa, e viceversa in caso di monte debiti particolarmente elevato, in cui a fronte di una disponibilità aggiuntiva magari apprezzabile il decreto di inesigibilità continuerà ad aver vigore nella sua originaria portata¹⁴.

Da notare che al fine di rendere effettivo tale precetto, il decreto che dispone l'esdebitazione dovrà prevedere l'obbligo annuale di deposito di una dichiarazione per l'evenienza di sopraggiungere di attivo, a pena della revoca del beneficio. In più sull'osservanza di tale obbligo deve vigilare l'OCC, il quale su richiesta del giudice dovrà in ogni caso verificare.

Si deve ritenere che in base a una buona prassi il giudice debba incaricare l'OCC di relazionare annualmente sulle condizioni patrimoniali e reddituali del debitore, al fine di verificare la persistenza dei requisiti nell'ambito del quadriennio¹⁵.

Laddove dunque dalla relazione dell'OCC, dalla dichiarazione o anche da quanto si ricavi *aliunde*, compresa un'informativa di un creditore o la stessa dichiarazione del debitore, mi pare coerente che, come si esprime la norma, risorga l'obbligo di pagamento.

A questo punto sorge intanto il quesito in ordine alle modalità con cui si rileva il sopravvenire di utilità rilevanti. Pare in proposito necessario concludere nel senso che il giudice dovrà far venir meno, totalmente o parzialmente, l'efficacia del decreto di esdebitazione. Porta a tali conclusioni il fatto stesso che sia prevista una relazione da rivolgersi al giudice in caso di sopravvenienza di attivo, a riprova quindi del fatto che lo stesso in tal caso deve provvedere.

Deve però notarsi come la norma (tanto l'art. 283 CCII quanto l'art. 14 quaterdecies l. n.3/2012) configuri in generale ed espressamente la revoca quale conseguenza di natura sanzionatoria per il solo caso di omessa comunicazione circa il sopraggiungere di attivo.

Pare dunque doversi concludere nel senso che, ove appunto vi sia stata l'omissione e la sopravvenienza di attivo, si avrà un'autentica revoca, con la conseguenza che l'obbligazione risorgerà nella sua originaria entità. Diversamente, quando il debitore avrà correttamente dichiarato la sopravvenienza l'obbligazione tornerà esigibile (ma vedremo in quale sede) nei limiti della sopravvenienza stessa, restando ferma l'esdebitazione per il resto (chiaramente sempre che l'utilità sopravvenuta non sia idonea ad un soddisfacimento completo). Ciò sarà quindi oggetto verosimilmente di un provvedimento di portata semplicemente modificativa, che a differenza del caso che precede non travolgerà interamente l'originario decreto.

Ovviamente in tale ultimo caso il termine quadriennale continuerà a decorrere, e così rimarrà vigente l'obbligo di dichiarazione annuale (effetti che invece nell'ipotesi di revoca non potranno che essere travolti) col ché solo un ulteriore attivo "rilevante" maturato nell'ambito dell'originario quadriennio potrà giustificare una nuova modifica.

Per giungersi poi alla liquidazione delle utilità sopravvenute, e prima ancora all'accertamento dei crediti (necessario, come del resto una forma di riparto, anche in caso le sopravvenienze si limitassero a delle somme di denaro) non potendosi pensare ad approntare una struttura liquidatoria in un procedimento come quello in commento, che come detto non ha natura concorsuale, a seguito della sopraggiunta esigibilità (parziale o totale) dei crediti, ove non sia lo stesso debitore a promuovere una delle procedure da sovraindebitamento (liquidazione del patrimonio o procedure di composizione), per le quali egli solo ha la legittimazione attiva, pare non vi sia altra via per i creditori se non quella di promuovere un'esecuzione individuale.

¹⁴È quanto osservato dal decreto di cui alla nota che precede.

¹⁵ Una via intermedia pare seguire Trib. Mantova, 25.1.2022, cit., laddove onera il debitore di relazionare annualmente la propria situazione economica, senza subordinare l'obbligo al raggiungimento della soglia minima, ed onerando l'OCC di accompagnare la dichiarazione con una propria relazione; peraltro prevedendo, per il caso di inottemperanza al deposito della relazione, la revoca dello stesso beneficio, conseguenza che pare peraltro ultronea rispetto alla lettera della norma laddove all'omissione formale non corrisponda un effettivo raggiungimento della soglia di cui all'art.14-quaterdecies, 1° co. Da notare invece che Trib. Milano 6.10.2022, cit., sul punto segue letteralmente la norma onerando il debitore di depositare la dichiarazione in caso di sopravvenienza rilevante, quindi solo per l'ipotesi di superamento della soglia, ma pare prevedere in via generale l'onere di verifica annuale della situazione del debitore in capo all'OCC. Ancora diversamente Trib. Ravenna, 22 luglio 2021, in ilCaso.it, pubbl. sett. 2021, in base al quale l'onere della dichiarazione da parte del debitore e della relazione dell'OCC vengono stabilite a prescindere dal raggiungimento della soglia, senza ulteriori specificazioni in ordine alle conseguenze, che evidentemente non possono che essere quelle stabilite dalla legge.

2-2022 Diritto Fallimentare

Sia la liquidazione del patrimonio che l'esecuzione individuale, saranno condizionate nell'oggetto dal fatto che si versi in ipotesi di revoca o di semplice sopravvenienza regolarmente dichiarata: nel primo caso evidentemente il credito sarà quello originario, l'effetto esdebitatorio interamente travolto e si proseguirà normalmente, anzi in caso di esecuzione il creditore potrà liberamente procedere a nuovi pignoramenti indipendentemente dal momento in cui i beni vengano acquisiti al patrimonio del debitore. Le procedure liquidatorie concorsuali comunque seguiranno qui in tutto le regole rispettivamente dettate, al punto da legittimare il liquidatore alle azioni revocatorie. Nel secondo caso (dunque di sopravvenienza di beni regolarmente denunciata dal debitore) ci si dovrà limitare alla liquidazione dei beni pervenuti.

Non va sottaciuto come il testo della norma renda in qualche modo plausibile anche l'altra strada, cioè quella di considerare possibile la liquidazione all'interno del procedimento di esdebitazione, evidentemente affidata all'OCC. Tale soluzione, che pure ha il pregio di essere maggiormente coerente quantomeno in caso di regolare dichiarazione di sopravvenienza di attivo, e con esigenze di semplificazione, pare però si scontri da un lato con la natura non concorsuale della procedura, appunto come non preposta a liquidare e distribuire; dall'altro col fatto che qui non è prevista alcuna forma di accertamento del passivo, cui la legislazione concorsuale quando la prevede (e qui davvero non si vede come escluderla) conferisce direttamente o indirettamente (come nel caso della liquidazione del patrimonio o in quella controllata) l'effetto di un accertamento giudiziale, che non può che essere costruito su basi normative, qui insussistenti. D'altronde la soluzione precluderebbe al debitore di percorrere la via della composizione della crisi. Inoltre, sebbene la norma configuri la permanenza dell'obbligo di dichiarazione e dei compiti di verifica delle stesse e di accertamento in capo all'OCC, può sinceramente dubitarsi che una autentica procedura sia ancora pendente dopo il decreto di esdebitazione e la definizione dell'eventuale opposizione, per cui risulterebbe allora contraddittorio prevedere in tale ambito la liquidazione.

Volendo seguire tale tesi però pare più coerente che la liquidazione "interna" sia prevista per il solo caso di avvenuta dichiarazione, che come detto non comporta la revoca del decreto di esdebitazione, pronunciato il quale davvero non si vede come possa approntarsi la stessa nell'ambito della procedura stessa. A qualsiasi soluzione si voglia giungere peraltro è evidente che i creditori posteriori avranno diritto al completo soddisfacimento.

Sotto il profilo degli strumenti a disposizione dei creditori per evitare abusi da parte del debitore esdebitato va rilevato come in dottrina si sia affermato che non sarebbero sanzionati gli atti di frode compiuti prima della presentazione della domanda e non scoperte prima della pronuncia dell'esdebitazione¹⁶. Certo l'assenza di atti in frode costituisca uno dei presupposti della meritevolezza come indicato a suo tempo, ma la scoperta sopravvenuta non dovrebbe comportare gli effetti di cui agli artt. 395 ss cpc. Soluzione che francamente non pare del tutto condivisibile, se si considera che la mancata opposizione dei creditori si basa anche sull'assenza di atti in frode. Resta peraltro fermo che anche attivo occultato va considerato come sopravvenuto e quindi giustifica senz'altro la revoca del decreto di esdebitazione.

Sempre in tema di abusi, ci si può chiedere come rimediare, ad esempio, al debitore che – chiamato a una consistente eredità – procrastini l'accettazione ad oltre lo scadere del quarto anno, epoca in cui si consolida l'esdebitazione. In proposito non pare congruo né l'istituto di cui all'art.524 cc (impugnazione della rinuncia, perché il debitore qui non rinuncia affatto); né quello dell'*actio interrogatoria* di cui all'art.481 cc, poiché a seguito dello stesso, se il debitore non accetta, vi è decadenza dalla facoltà di accettare, non rinuncia, e l'eredità è persa per i creditori.

Probabilmente la soluzione passa attraverso il rilievo di un'ipotesi di abuso del processo, e quindi rilevato il comportamento (verosimilmente attraverso la relazione dell'OCC ovvero su notizia acquisita da un creditore) il giudice dovrebbe, sentito il debitore, provvedere a revocare il decreto di esdebitazione.

Ulteriore notazione attiene al compenso dell'OCC: l'art. 283, comma 6, CCII prevede che i compensi siano ridotti a metà. Non vengono disciplinate però le tempistiche di liquidazione dei compensi (in particolare occorre attendere i quattro anni?), né si capisce chi possa pagare a fronte di un debitore assolutamente incapiente (invece se ha beni sufficienti, cosa ben possibile atteso il concetto relativo di incapienza come sopra descritto, le spese gra-

¹⁶ BROGI, Le esdebitazioni tra legge fallimentare e Codice della crisi, in Fallimento, 2021, 305.

Diritto Fallimentare 2022

vano su di lui). Non può invece ritenersi che il compenso possa essere oggetto di ammissione al gratuito patrocinio, neppur quando per avventura l'OCC sia un avvocato, posto che mancherebbe il presupposto dell'assunzione della difesa tecnica.

6. Conseguenze del decreto di inesigibilità rispetto alle procedure esecutive in corso.

La disposizione in esame nulla statuisce a proposito di procedure esecutive in corso, e verosimilmente il problema potrebbe essere di ridotta portata proprio in relazione al fatto che si tratta di un debitore incapiente, e pertanto privo di beni aggredibili.

Tuttavia, proprio in ragione della nozione relativa di incapienza, come sopra precisata, non può escludersi quantomeno la sussistenza di un reddito che abbia formato oggetto di aggressione esecutiva, ad esempio e soprattutto a mezzo di pignoramento presso terzi o di ordine di pagamento diretto ai sensi dell'art. 72 bis del dpr n. 602/73 da parte dell'agente della riscossione.

Va in proposito precisato che nelle more del procedimento nessun tipo di "misura protettiva" è prevista dall'ordinamento, per cui in tale frangente l'esecuzione potrà tranquillamente proseguire.

Più complessa appare la soluzione una volta emesso il decreto di esdebitazione, che ha come effetto l'inesigibilità dei crediti. Peraltro, nulla disponendo la norma, e tenuto conto della natura della procedura, appare applicabile il disposto di cui all'art.741 cpc, per cui il decreto deve ritenersi acquisire efficacia quando sono decorso i termini per il reclamo.

Il che dovrebbe significare che non solo lo stesso non avrà effetto sulle procedure esecutive eventualmente in corso, né su quelle instaurande, fino alla scadenza del termine di trenta giorni previsto per la proposizione dell'opposizione ma, in caso di opposizione, neppure nella pendenza del termine per il reclamo del provvedimento che conferma il decreto di inesigibilità.

L'unico precedente reperito¹⁷ peraltro pare ritenere diversamente, dal momento che stabilisce l'irrilevanza dell'istanza pur proposta dal ricorrente, volta ad ottenere l'improcedibilità o sospensione delle procedure esecutive instaurande ed instaurate (nella speIn ogni caso problemi sorgono anche con riferimento al momento successivo alla definitività del decreto di esdebitazione, dal momento che come detto l'effetto in parola non è definitivo nei quattro anni a seguire, in ipotesi di sopravvenienza di attivo rilevante.

Orbene in tal caso ove il debitore promuova una procedura da sovraindebitamento alle procedure pendenti, che dal momento della definitività dovrebbero entrare, con pronuncia del g.e. in una fase di quiescenza equiparabile a quella prevista dall'art.623 cpc, si applicheranno le relative disposizioni. Viceversa in caso di mancata instaurazione delle procedure i creditori potranno riassumere le procedure pendenti ed instaurarne di nuove.

Non meno complessi sono i rapporti, sempre a proposito di eventuali assegnazioni (circa quello di vendita del credito invece l'effetto di stabilità dell'aggiudicazione non pone problemi) di crediti intervenuti prima dell'efficacia del provvedimento di esdebitazione. In tale ipotesi si potrebbe ritenere infatti che l'accoglimento dell'istanza di esdebitazione, provocando la liberazione dai debiti, venga a rendere senza causa l'assegnazione, quantomeno per il futuro (per il passato dovrebbe invece restare inefficace posto che il decreto non potrà che rendere inesigibili i crediti inesatti, non quelli già pagati), andando essa ad incidere sull'esistenza stessa del debito che si va a soddisfare tempo per tempo, con un effetto non troppo dissimile dall'accoglimento dell'eventuale opposizione all'esecuzione.

7. Novità sull'esdebitazione nel codice della crisi.

La disciplina del codice della crisi dedicata all'esdebitazione è contenuta nel capo X del titolo V, relativo alla liquidazione giudiziale¹⁸

cie viene citato un procedimento di pignoramento presso terzi peraltro già concluso con ordinanza di assegnazione), sull'osservazione dell'efficacia liberatoria del decreto, ritenuta evidentemente immediata. Soluzione quest'ultima che invece potrebbe ritenersi compatibile con l'impianto complessivo del codice della crisi, nel quale i provvedimenti di cui all'art.283 CCII sono sganciati dalle disposizioni proprie dei procedimenti in camera di consiglio.

 $^{^{17}}$ Trib. Latina, 23 settembre 2021, in *ilCaso.it*, pubbl. ott. 2021.

¹⁸ Sull'esdebitazione nel codice della crisi BROGI, *Le esdebitazioni, cit.*, 294ss; CESARE, *L'esdebitazione nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in questo *ilFallimentarista*, pubbl. 27 maggio 2019.

2-2022 Diritto Fallimentare

Essa all'art.280 ribadisce il concetto tradizionale dell'effetto liberatorio dell'esdebitazione, e stabilisce alcune regole di carattere generale, come il suo riguardare debiti rimasti insoddisfatti nell'ambito di una procedura concorsuale; l'estensione dei suoi effetti anche ai creditori anteriori che non abbiano partecipato al concorso, nel qual caso opera solo per la percentuale ivi rimasta insoddisfatta; può riguardare anche l'imprenditore collettivo; non provoca l'estinzione delle obbligazioni assunte dai garanti.

La maggior innovazione è però appunto costituita dalla **possibilità di ottenere l'esdebitazione anche senza alcun soddisfacimento**, e ciò non solo a mezzo dell'esdebitazione dell'incapiente, ma anche in esito ad una procedura di liquidazione controllata. Per l'esdebitazione di un assoggettato a liquidazione l'art.280 CCII detta una serie di condizioni, ma senza alcun cenno alla condizione del parziale soddisfacimento, che risulta dunque irrilevante.

La scelta non deve stupire, perché una volta abbandonato il collegamento tra il consenso (della maggioranza) del ceto creditorio e la deroga al principio di cui all'art.2740 c.c., come avvenuto con l'art.142 l.f. e in parte con la disciplina del piano del consumatore, oltre che nell'ipotesi di liquidazione del patrimonio, lo sganciamento dell'esdebitazione anche dall'elemento oggettivo del pagamento parziale e dal relativo effetto novativo appare addirittura consequenziale.

E tale conclusione fa il paio con la norma che prevede la possibilità per il debitore di scongiurare l'apertura della liquidazione controllata facendo attestare dall'OCC l'assenza di attivo distribuibile.

Ulteriore disposizione di portata indubbiamente innovativa è contenuta agli artt. 279 e 282, CCII, laddove si prevede la possibilità di esdebitazione anticipata, cioè col semplice decorso di tre anni dall'apertura della liquidazione (tanto giudiziale che controllata), senza cioè doversi attendere, com'è stato finora, la chiusura della procedura stessa.

Sotto il profilo processuale, l'esdebitazione in esito alle procedure liquidatorie non costituisce un procedimento a sé, ma è pronunciata con decreto (reclamabile a norma dell'art.124 CCII) da adottarsi contestualmente a quello di chiusura e d'ufficio, salvo per l'esdebitazione anticipata dell'imprenditore sopra-soglia.

L'esdebitazione in caso di liquidazione controllata è definita come operante "di diritto", col che evidentemente il decreto avrà natura meramente dichiarativa e quindi l'effetto di inesigibilità dovrebbe essere automatico e solo rilevato, col mero compiersi del triennio.

Sempre sotto il profilo processuale, tutte le procedure di esdebitazione disciplinate dal codice della crisi, a differenza di quelle di cui alla legge fallimentare ed alla originaria versione della l. n.3/2012, coinvolgono i creditori solo in via eventuale, instaurando un semplice obbligo di informazione e prevedendo il loro contraddittorio solo (nel caso dell'art.281 CCII) a mezzo del reclamo, così come si è visto prevede lo schema di cui all'art.14-*quaterdecies* l. n.3/2012 nella sede sempre eventuale dell'opposizione¹⁹.

Come anticipato il codice della crisi introduce l'esdebitazione dell'incapiente in termini analoghi a quanto visto a proposito dell'art.14-quaterdecies, l. n.3/2012, dal momento che tale ultima disposizione come pure anticipato non costituisce altro che la anticipazione della disciplina codicistica.

Ma l'inserimento dell'esdebitazione dell'incapiente nell'ambito del *corpus* del codice della crisi non manca di portare a significative differenze rispetto alla vigente disciplina dell'esdebitazione dell'incapiente.

Infatti, ed anzitutto, se vero che tale procedimento non sia esperibile da parte di un debitore nei confronti del quale risulti ormai aperta la liquidazione controllata, analogamente a quanto concluso a proposito del vigente istituto con riguardo alla pendenza di liquidazione del patrimonio, nel caso del codice a fronte di un debitore assoggettato a liquidazione controllata vi è però la possibilità, data dall'art.268, 3° co., di ottenere – se persona fisica - l'attestazione di incapienza (cioè di assenza di attivo da distribuire neppure a mezzo dell'esercizio di azioni giudiziarie) da parte dell'OCC, con conseguente reiezione dell'istanza di liquidazione controllata, ove presentata da un creditore.

E comunque in esito alla liquidazione, si potrà avere la liquidazione di diritto nonostante l'assenza di attivo.

Sempre con riferimento ai presupposti, non si potrà ottenere l'esdebitazione di cui all'art, 69, CCII entro il quinquennio dalla precedente esdebitazione dell'incapiente, laddove s'è visto che nel caso dell'esdebitazione di cui all'art.14-terdecies, l. n.3/2012 è di otto anni.

¹⁹ Per la configurabilità dei creditori non soddisfatti quali litisconsorti necessari nel procedimento di esdebitazione *ex plurimis* Cass. 16620/2016.

Diritto Fallimentare 2022

Sul piano processuale, va verificato se l'esdebitazione dell'incapiente, oltre che con un procedimento in via principale, possa essere azionata in via riconvenzionale. Ovviamente la tematica non riguarda il vigente art. 14-quaterdecies l. n.3/2012, visto che la liquidazione del patrimonio è azionabile solo dal debitore, e quindi lo stesso non è nelle condizioni di proporre una riconvenzionale. La differenza strutturale delle procedure poi, porta ad escludere che il debitore che attualmente eccepisca l'assenza delle soglie di fallibilità di cui all'art.1 l.f., possa chiedere al tribunale fallimentare la pronuncia del decreto di esdebitazione ai sensi dell'art.14-quaterdecies della l. n.3/2012.

In proposito è interessante sottolineare nuovamente la facoltà di eccepire la propria incapienza, facendola attestare dall'OCC che dovrà certificare l'assenza di attivo distribuibile.

Orbene v'è da domandarsi se in tal caso il debitore possa contestualmente formulare domanda ai sensi dell'art. 283 CCII (esdebitazione del debitore incapiente), ovviamente ricorrendone i presupposti (prima di tutto quello di essere persona fisica).

È evidente che in tal guisa si avrebbe non solo la declaratoria di non luogo a provvedere all'apertura della liquidazione, ma anche l'accesso all'esdebitazione con il meccanismo di cui alla citata disposizione.

Tale soluzione tra l'altro comporterebbe che l'eventuale opposizione del creditore all'esdebitazione verrebbe decisa nell'ambito del giudizio volto all'apertura della liquidazione, e quindi nel pieno contradditorio, piuttosto che nella più snella procedura delineata dall'art. 283, comma 8 a contraddittorio successivo ed eventuale. Sebbene poi tanto il provvedimento che decide l'opposizione come quello che concede l'esdebitazione a seguito della nostra istruttoria saranno reclamabili ai sensi dell'art. 50 CCII.

Non si ritiene che costituisca ostacolo a tale soluzione il fatto che taccia la disciplina in ordine all'ammissibilità di domande riconvenzionali, atteso che esse rientrerebbero pur sempre nell'oggetto del giudizio come sopra indicato (regolazione concorsuale del rapporto di debito credito o, in caso di esdebitazione dell'incapiente, ottenimento dell'esdebitazione che pur sempre costituisce una declinazione di tale rapporto, vieppiù se si pensa alla possibilità di liquidazione in caso di sopraggiunto attivo, art. 283, comma 1, ult. parte, CCII).

Resterebbe il fatto che mentre la liquidazione controllata dev'essere dichiarata con sentenza dal collegio, la competenza per l'esdebitazione è monocratica.

Peraltro non pare ciò rappresenti un impedimento insormontabile, nel senso che il collegio nell'ambito dei suoi poteri di cognizione ben potrà con la declaratoria di non luogo a provvedere sull'istanza di liquidazione, decidere anche l'istanza di esdebitazione, e come visto le difese delle parti e le loro facoltà di impugnazione non verrebbero di fatto pregiudicate.

Anche sotto tal profilo viene in rilievo quanto concluso in tema di oggetto del giudizio, e quindi nell'inquadramento della domanda riconvenzionale in parola, tra quelle proprie, con conseguente configurabilità di una connessione propria, dal ché discende l'applicabilità del principio di cui all'art. 281-novies, c.p.c., in base al quale appunto in caso di connessione propria fra cause che debbono essere decise dal giudice collegiale con altre di quello monocratico, su tutte si pronuncia il collegio.

Quanto al reclamo avverso il provvedimento che decide sull'opposizione all'esdebitazione dell'incapiente, lo stesso è disciplinato non dall'art.124, visto che non c'è una procedura concorsuale pendente, ma dall'art.50, CCII.

Diverse poi le conseguenze in caso di sopravvenienza di beni, perché se come visto nel caso dell'istituto vigente non hanno i creditori legittimazione rispetto alla liquidazione del patrimonio, col codice della crisi i creditori potranno presentare apposita domanda di liquidazione controllata ai sensi dell'art.268, 2° co., e nel relativo procedimento il debitore avrà ovviamente facoltà, ai sensi dell'art.271 CCII, di chiedere l'accesso alla procedura di ristrutturazione del debito del consumatore o di concordato minore (infatti non deve necessariamente trattarsi di un consumatore. In quel procedimento peraltro il sovraindebitato non potrebbe eccepire il difetto dei requisiti quantitativi che si commentano, perché avrebbe dovuto farlo avverso il provvedimento di revoca (che può ritenersi essere soggetto a reclamo ai sensi dell'art.50 CCII, come avviene per la revoca in sede di opposizione).

Anche qui peraltro, se frattanto l'istanza non sarà stata presentata, potrà egli stesso chiedere la propria liquidazione controllata, o direttamente l'apertura di una delle procedure di composizione, ricorrendone i presupposti.

Certo, esigenze di semplificazione dovrebbero suggerire al legislatore di dare al giudice il potere di conferire all'OCC funzioni liquidatorie endo-procedimentali, tali da trasformare per quei beni la procedura in concorsuale.

Alberto Crivelli

La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o impegno umano?

SOMMARIO: 1. • Inquadramento della fattispecie e delle forme di responsabilità della banca connesse all'erogazione del credito: la perimetrazione del campo della presente indagine. • 1.1. La responsabilità per la concessione abusiva del credito: abstract della riflessione. • 2. L'originaria ricostruzione della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale. • 3. L'originaria qualificazione dell'azione in termini di azione di massa o estranee alla massa dei creditori con la conseguente legittimazione del curatore fallimentare. • 4. Il recentissimo arresto della Suprema Corte. • 4.1. La nuova legittimazione della Curatela. • 4.2. La diversificazione dei segmenti di responsabilità coinvolti e la loro differente natura giuridica. • 5. Elementi costitutivi della responsabilità della banca verso il fallito quale responsabilità contrattuale da contatto sociale. • 6. Conclusioni.

1. Inquadramento della fattispecie e delle forme di responsabilità della banca connesse all'erogazione del credito: la perimetrazione del campo della presente indagine.

Si è a lungo discusso in ordine alla condotta dell'istituto di credito rispetto alla configurabilità e qualificazione di una responsabilità per l'erogazione abusiva del credito verso l'imprenditore fallito e la massa dei relativi creditori¹ e diverse sono, in termini qua-

¹ Tra i numerosi approfondimenti sul tema, senza la pretesa di essere esaurienti: A. NIGRO, La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito, in PORTALE (a cura di) Le operazioni bancarie, I, Milano, 1978, p. 301 ss.; ID., Revocatoria delle rimesse in conto corrente posizione della banca nei rapporti di concessione del credito, in Giur. Comm., 190, I, 290 ss.; successivamente B. INZITARI, Concessione del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 1993, II, 412, ove ampie indicazioni bibliografiche in relazione alla elaborazione della dottrina francese, ove la concessione abusiva del credito quale fattispecie di illecito ha mosso i suoi primi passi; ID., La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito, in Banca, borsa e tit. cred., 2001, I, p. 265 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, La responsabilità della banca per "concessione abusiva di credito", in Dir. fall., 2002,I, p. 1077 ss.; E. ROPPO, Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa, in Fall., 1997, p. 869 ss.; M. PORZIO, Il paradosso del banchiere: la banca e l'impresa in difficoltà, ivi, p. 1453 ss.; A. PRINCIPE, Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca, in AA.VV., Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche, Milano, 1986, p. 355 ss.; A. BORGIOLI, Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito?, in AA.VV., Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca, cit., p. 197 ss.; G. TERRANOVA, La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata, in Profili dell'attività bancaria, Milano, 1989, p. 193 ss.; F. GALGANO, La responsabilità civile del banchiere, in AA.VV., Operazioni bancarie e responsabilità del banchiere, Padova, 1987, p. 21 ss. Di recente, si segnala l'esauriente quadro ricostruttivo di: A. VISCUSI, Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito, Milano, 2004, passim.

lificatori generali, le ipotesi in cui rileva tale forma di responsabilità della banca:

a) il concorso della banca nella responsabilità tipica degli amministratori per inadempimento ex artt. artt. 2392 e 2394 c.c.

In tal senso infatti, nell'ipotesi in cui una banca abbia concesso credito in modo "abusivo" contribuendo a determinare il mantenimento in vita artificioso di una società - e specificamente una società di capitali - con il ritardo nell'apertura di una procedura concorsuale: è stato prospettato il *concorso* o *complicità* della banca nell'inadempimento da parte degli amministratori della società finanziata ai propri obblighi, fonte di responsabilità a loro carico ai sensi degli artt. 2392 e 2394 c.c.

- b) l'eventuale ingerenza della condotta della banca di grado più o meno severo e la possibilità di ricostruire la responsabilità dell'istituto di credito quale:
 - responsabilità come amministratore di fatto dell'impresa ex art. 2639 c.c.

Spesso all'erogazione o al mantenimento del credito ad un'impresa in difficoltà si accompagnano forme di ingerenza più o meno penetranti della banca nella gestione di quell'impresa (per esempio, con la creazione, per effetto di apposite clausole – c.d. covenant –inserite nei contratti di finanziamento o nei concordati stragiudiziali, di strutture di monitoraggio e controllo).

Quando questa ingerenza abbia, in fatto, i contorni dell'assunzione del potere di alta amministrazione e direzione strategica, la banca potrebbe essere considerata appunto amministratore di fatto dell'impresa, con tutte le conseguenze, in tema di responsabilità, connesse a questa qualificazione. In questo caso la responsabilità della banca non si connette direttamente all'erogazione del credito in quanto tale, ma alla posizione che la banca viene ad assumere a seguito di quell'erogazione ed al modo in cui vengano uti-

lizzate le prerogative derivanti da tale posizione.

• responsabilità per attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.

È, inoltre, prospettabile, sempre con riferimento all'ipotesi di "ingerenza", anche una responsabilità della banca per "abuso di controllo", il cui fondamento viene individuato nell'art. 2497 c.c.: si tratta di una prospettazione che è diversa concettualmente da quella dell'amministratore di fatto, ma è a questa funzionalmente identica e che, naturalmente, esige una prova rigorosa dell'esistenza effettiva di un'attività di direzione e coordinamento da parte della banca².

1.1. La responsabilità per la concessione abusiva del credito: *abstract* della riflessione.

Secondo l'ultimo arresto della Suprema Corte³ "l'erogazione del credito effettuata, con dolo o colpa, ad impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi. Tale fattispecie integra un illecito del soggetto finanziatore, per essere egli venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione, che obbliga il medesimo al risarcimento del danno, ove ne discenda l'aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività d'impresa".

Rispetto al consolidato orientamento in tema di abusività nell'erogazione del credito tale richiamato orientamento della Suprema Corte ha innovato non pochi profili della responsabilità in esame ed in particolare ha determinato i seguenti arresti:

a) ha ammesso la natura di azione di massa e, quindi, la legittimazione del curatore per la reintegrazione del patrimonio sociale che – in sostanza – va a vantaggio sia della società sia dei creditori sociali. È stato affermato che "il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.".

b) ha modificato – e questa è la novità assoluta – la natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito suddividendola in diversi segmenti di responsabilità ciascuno di diversa natura giuridica: responsabilità a titolo precontrattuale ex art. 1337 c.c., per la concessione abusiva e immeritevole di un nuovo finanziamento; responsabilità a titolo contrattuale ex art. 1218 c.c., quando venga imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento già in corso che doveva essere, invece, sospeso o revocato⁴. Intendendo entrambe come responsabilità da contatto sociale qualificato, la Suprema Corte, ha provato ad oggettivizzare la responsabilità creando un codice di condotta standard dell'agire del bonus argentarius⁵ di talché la violazione di tale dovere di diligenza tecnica e di protocolli e doveri comportamentali determina l'addebito dell'abusiva concessione⁶.

² Cfr. M. CISOLLA, La responsabilità della banca da (co)gestione dannosa dell'impresa finanziata, in Ilcaso.it, 2020.

³ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, in www.dirittodellacrisi.it, con nota di B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, 2021.

⁴ Propende per la natura "contrattuale" della responsabilità P. PISCITELLO, Concessione abusiva di credito e patrimonio dell'imprenditore, in Riv. dir. civ., 2010, laddove si sofferma sulla responsabilità della banca nei confronti della stessa impresa finanziata; sarebbe invece di natura extra contrattuale la responsabilità nei confronti della massa dei creditori; secondo L. BA-LESTRA, Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito, in Giur. comm., 2013, mentre nei confronti dei creditori danneggiati la responsabilità avrebbe natura extracontrattuale, nei confronti della stessa impresa finanziata la responsabilità avrebbe invece natura contrattuale, e si sostanzierebbe, laddove la linea di credito fosse stata già concessa, nell'inadempimento dell'obbligo di recesso. Sostiene, altresì, la natura contrattuale della responsabilità C. CASTRONOVO, La nuova responsabilità civile, Milano, 2006, 124 ss. Alla responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi inerenti allo "status" di impresa bancaria si riferisce Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status, in Banca, borsa, tit. cred., 1997, 653.

⁵ La c.d. diligenza del *bonus argentarius* qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede. Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili. Vd. Cass. 7.05.1992 n. 5421 in *Foro it.*, 1993; R. CARATOZZOLO, *La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali*, Milano, 2007.

⁶ V. G. FALCONE, Concessione abusiva del credito e concorso della banca nel ricorso abusivo del credito, in Fallimento, 2020, secondo cui - una volta che si ammetta in principio che tra i soggetti direttamente danneggiati dalla condotta del finanzia-

La linea di demarcazione – quindi – tra la concessione abusiva del credito e, quella, invece legittima, diventa la valutazione da parte dell'istituto di credito sulla base di un giudizio prognostico ex ante della possibilità di superamento della crisi da parte dell'impresa finanziata anche attraverso la erogazione di credito non integra abusiva concessione di credito, quindi, la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi.

Con la presente riflessione una volta evidenziata la portata innovativa rispetto alla qualificazione previgente e chiariti i tratti più interessanti della fattispecie in esame, si proverà a trovare un comune denominatore sotteso alla nuova definizione ed al novellato inquadramento della responsabilità in parola che potrebbe essere ravvisato nella decisa emersione di un certo *favor creditorum* a discapito della condotta della banca, atteso che:

- a) la responsabilità in parola qualificata quale responsabilità contrattuale da contatto sociale determina naturalmente un agevolato regime probatorio del danno risarcibile;
- b) per l'effetto la standardizzazione di una serie di doveri comportamentali di diligenza tecnica e di codici di condotta dell'istituto erogatore dalla cui violazione si ingenera la responsabilità

tore possa annoverarsi lo stesso soggetto finanziato – sia agevole accostare la figura della concessione abusiva del credito alla violazione del principio del "prestito responsabile" (che trae lo spunto dai principi normativi in materia di credito ai consumatori e di credito immobiliare ai consumatori), pervenendo alla conclusione che il dovere di protezione che connota l'erogazione di "prestito responsabile" possa predicarsi anche nel rapporto con il beneficiario imprenditore. A questa conclusione pervengono B. INZITARI - E. DEPETRIS, Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato, in Dir. fall., 2018, per il caso in cui "il mantenimento delle linee di credito o l'erogazione piuttosto che consentire la soluzione della crisi, la aggravino sino ad un livello di insostenibilità che comporta il dissesto e quindi la possibile liquidazione concorsuale dell'impresa".

per l'erogazione abusiva – determina un più agevole criterio discretivo di condotte rilevati o meno quali abusive nell'erogazione del credito;

L'azione contro la banca, qualificata come azione di massa, determina un evidente ampliamento non solo della legittimazione in favore del curatore (precedentemente esclusa), ma anche delle fattispecie di danno risarcibile (quello all'impresa e quello alla massa dei creditori) che – come si vedrà – in termini tutt'altro che tecnici ma decisamente pragmatici – è considerata un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, poiché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio con riferimento a quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, visto che il fallimento persegue l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della par condicio creditorum⁷.

Al contempo, quindi, se la prolifica – per non dire anche frenetica – disciplina emergenziale in risposta alla crisi epidemiologia da Covid-19 rappresenta – in qualche modo – la spinta propulsiva cui ha fatto seguito la reazione della Suprema Corte che con un intervento, dal senso più pratico che tecnico, reagisce perimetrando la materia sia in termini di definizione dell'elemento oggettivo e soggettivo della predetta responsabilità contrattuale sia in termini di ampliamento e legittimazione del danno conseguente risarcibile.

A seguito della crisi economica post pandemia, infatti, la legislazione di settore – si veda la riforma della legge fallimentare, la stessa direttiva cd. *Insolvency* ed il D.L. cd. "liquidità" del dì 8 aprile 2020, n. 23 convertito nella l. 5 giugno 2020, n. 40 – manifesta un'attenzione particolare ed – in generale – favorisce l'accesso al credito per le imprese – o anche i debitori sovraindebitati per i quali addirittura è stata anticipata l'entrata in vigore della novella normativa – che si trovano in stato di difficoltà o insolvenza. Pertanto – per l'effetto inverso o per così dire di contenimento – i confini dell'erogazione del credito "non abusivo" devono essere tracciati nella misura

⁷ A tale riguardo G. FALCONE, *op. cit.*, evidenzia che al di là del danno diretto cagionato direttamente all'impresa finanziata, si assume che il procrastinare dell'apertura di una procedura concorsuale (dovuto alla dissimulazione dell'insolvenza consentita dal finanziamento) comporta, oltre al depauperamento del patrimonio dell'imprenditore, una lesione del "diritto all'integrità del patrimonio del debitore", che costituisce garanzia generica di tutti i creditori.

più chiara possibile – anche se ciò rappresenta una standardizzazione della condotta rilevante della banca – e le azioni a relativa tutela vengono ampliate quanto a legittimazione e danno risarcibile al fine di garantire che l'accesso al credito per l'impresa in crisi sia facilitato – dato il contesto di crisi pandemica globale – ma mai abusivo.

A ben vedere il tema responsabilità delle banche nell'erogazione del credito è un argomento di grande attualità – non solo per il contesto di crisi post pandemica nel quale si inserisce – ma anche in relazione alla riforma delle procedure concorsuali per un duplice ordine di riflessioni.

Anzitutto nel nuovo diritto fallimentare, come sottolineato da autorevole dottrina⁸, hanno assunto particolare centralità le azioni risarcitorie a "compensazione", per così dire, determinata dalla drastica riduzione degli spazi di operatività della revocatoria fallimentare.

I curatori fallimentari, quindi, "orfani" ormai, o quasi, della revocatoria fallimentare, sono stati, fino alla pronuncia della Suprema Corte, fatalmente spinti a tentare di percorrere, al fine di impinguare gli attivi delle procedure, proprio la strada di azioni risarcitorie e, in particolare, quelle nei confronti delle banche in relazione al credito concesso o mantenuto al debitore nell'imminenza del fallimento. In tal senso, quindi, si inserisce l'ampliamento della legittimazione in capo alla Curatela fino ad ora prevalentemente esclusa.

In secondo luogo, questo mutato contesto normativo delle procedure concorsuali privilegia le soluzioni concordatarie e, comunque, stragiudiziali della crisi d'impresa, per il cui successo assumono spesso un ruolo decisivo il mantenimento delle linee di credito e/o l'attivazione di nuova finanza in favore dell'impresa in difficoltà.

2. L'originaria ricostruzione della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale.

La ricostruzione originaria della responsabilità in esame è argomentata sulla base della celebre sentenza n. 500/1999, con la quale le Sezioni Unite avevano

⁸ A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito delle imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 305.

tratteggiato gli elementi della responsabilità *ex* art. 2043 c.c. in un modello di esemplare chiarezza.

Attesa la qualificazione della responsabilità oggetto di analisi, è opportuno riassumere brevemente gli originari tratti descrittivi al fine di evidenziare la portata innovativa dell'ultimo orientamento qualificatorio.

Tradizionalmente gli elementi qualificatori della responsabilità extracontrattuale in commento erano così ravvisati:

- Il fatto evento. Nel caso della concessione abusiva di credito l'evento veniva ricostituito proprio dall'incauta contrattazione con l'impresa insolvente o dall'incauta acquiescenza di coloro che sono già creditori, illusi sulla solvibilità del proprio debitore fino all'esternazione del dissesto. Tale evento è appunto determinato, in termini di causalità, dalla condotta della banca, che finanziando l'impresa dissestata modifica le condotte degli altri *stakeholders*. Non vi è dubbio, infatti, che l'instaurazione o la prosecuzione di un rapporto creditizio procuri all'impresa finanziata la fiducia generalizzata degli operatori economici (*observers*) che la circondano.
- Il danno. Secondo la dottrina il danno risarcibile non può coincidere con l'intero passivo rimasto insoddisfatto a seguito dei riparti fallimentari, ma si identifica con il danno in concreto subìto da ciascun terzo e nella misura in cui il comportamento del finanziatore "abusivo" lo abbia indotto in errore nella percezione della reale situazione economica e finanziaria dell'imprenditore sovvenuto. In particolare, il danno derivante da tale forma di responsabilità sarà costituito, per i creditori anteriori (alla concessione abusiva), dal danno derivante dall'aggravamento del dissesto del comune debitore e dalla conseguente diminuzione delle possibilità di soddisfacimento e, per i creditori successivi, dal danno consistente nella perdita che possono subire per aver instaurato rapporti che non avrebbero posto in essere ove non vi fosse stata l'apparente solvibilità creata dal credito abusivamente concesso¹⁰.
- L'interesse leso. Non era rappresentato da un diritto di credito, ancorché nella forma dell'aspettativa, quanto piuttosto dalla facoltà del creditore di autodeterminarsi liberamente e senza condizionamenti nelle scelte economiche: si parlava di *adverse selection*. E tale affermazione, se è pacifica quanto ai

⁹ Cass, 22 luglio 1999, n. 500, con nota di G. CORSO e G. FARES, in *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, 2009, p.168.

¹⁰ R. RICCI - V. DEL SOLE, Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, in Dir. e pratica delle società, 3, 2006, p. 32

creditori divenuti tali successivamente all'atto di erogazione abusiva, varrebbe anche per coloro che erano già creditori, dissuasi dall'attivarsi nelle potestà riconosciute dall'ordinamento per l'autotutela del proprio interesse in caso di pericolo d'insolvenza proprio dalla concessione (abusiva) del credito da parte della banca¹¹.

- L'elemento psicologico. Sul punto l'analisi concerne il profilo se la banca sia responsabile solo quando la violazione degli obblighi di comportamento cui deve attenersi nell'erogazione del credito sia consapevolmente preordinata all'accaparramento di vantaggi illeciti nella prospettiva concorsuale ed a svantaggio dei diritti dei terzi, e, quindi, vi sia dolo, oppure se la loro mera violazione, secondo gli standard di diligenza che ci si può attendere dal *bonus argentarius*, comporti responsabilità, quindi, per colpa.

La dottrina sul punto era divisa e non si rinvenivano inizialmente precedenti giurisprudenziali. Parte della dottrina aveva circoscritto la responsabilità della banca alla sola ipotesi in cui si ravvisi il disegno di mascherare l'insolvenza per conseguire illeciti vantaggi¹². Vi erano, però, anche opinioni pioneristiche rispetto a quella che sarebbe diventata la successiva ricostruzione dell'elemento psicologico della responsabilità in parola, per le quali dalla banca ci si dovrebbe attendere un grado di professionalità tale che l'erogazione del credito –in quanto atto complesso– sia sempre meditata ed accompagnata dalla consapevolezza della sua eventuale abusività per violazione della diligenza tecnico professionale, viceversa, ben potrebbe configurarsi un'ipotesi di responsabilità colposa a carico dell'istituto bancario¹³.

- L'antigiuridicità. La dottrina trovava il requisito dell'antigiuridicità non già nei valori sottesi alle disposizioni penali che sanzionano il ricorso abusivo al credito (art. 218 l.f.) o la bancarotta semplice per tardivo ricorso all'auto-istanza di fallimento (art. 217, comma 1, n. 4, l.f.) o ancora il mendacio e falso interno bancario (art. 137 t.u.b.), ma semmai nelle disposizioni che impongono alla banca la diligenza

della condotta nella valutazione di meritevolezza¹⁴ di credito del sovvenuto, disposizioni generali e settoriali, così come emergono dalle norme bancarie e dalle Istruzioni dell'Autorità di Vigilanza¹⁵.

In questo caso, infatti, è stato elaborato dalla dottrina il modello di responsabilità del c.d. bonus argentarius che è utile per valutare la meritevolezza di tutela della posizione del banchiere rispetto alla concessione del credito. Si tratta di uno standard di comportamento imposto secondo precisi protocolli che impone un'attività di informazione e monitoraggio alla Banca in relazione alla condizione di solvibilità del cliente finanziato.

Vi è da evidenziare che la dottrina ¹⁶, dal punto di vista evidenziato, sembrava essere già pronta e matura

¹¹ E. BERTACCHINI, Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca, in Impresa e istruzioni, 1994, p.5.

¹² A. NIGRO, La responsabilità, op. cit., p. 320.

¹³ B. INZITARI, L'abusiva concessione di credito, op. cit., in Le società, 2007, p. 463; B. INZITARI, La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito, in Banca borsa e tit. cred., 2001, 562.

¹⁴ Il riferimento ad un concetto funzionale e dinamico quale è la diligenza suggerisce l'esigenza di eseguire un siffatto controllo sotto un duplice profilo: genetico, volto ad appurare se il consumatore abbia effettivamente contratto obbligazioni proporzionate alla propria capacità reddituale o patrimoniale; evolutivo, finalizzato a stabilire se il consumatore, pur obbligandosi adeguatamente rispetto alle sue capacità di produzione del reddito, ha successivamente assunto comportamenti palesemente imprudenti, tali da frustrare la propria idoneità di restituzione del finanziamento ottenuto. Declina in questi condivisibili termini il controllo di meritevolezza il Trib Cassino, nelle pronunce 3 febbraio 2019, 5 giugno 2019, 13 gennaio 2020, tutte reperibili in www.tribunalecassino.it. Nella sostanza, sembrerebbero condurre agli stessi risultati le considerazioni di A. VIGO MAJELLO, L' "accordo" del debitore ed il "piano del consumatore": nozioni, presupposti e differenze, in La crisi del soggetto non fallibile, A. PIANI MASSAMORMILE (a cura di), Torino, 2016, p. 23 s: si ritiene, all'opposto, che la diligenza del consumatore sia da valutare solo al momento dell'assunzione delle obbligazioni C. SOLINAS, Commento all'art. 12-bis, in Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza, E. CA-POBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), p.961.

Trib. Cagliari, 11 maggio 2016, per la quale la mancata valutazione del merito creditizio da parte della banca non assurge a motivo di discolpa del prenditore, in quanto il modello del debitore meritevole di salvaguardia è "quello di un soggetto mediamente in grado di capire il senso delle proprie scelte e di valutare in piena autonomia le conseguenze di un impegno economico, senza il bisogno che altri soggetti, ed in particolare il creditore, lo indirizzino e ne tutelino gli interessi impedendogli di assumere un debito poiché eccessivo rispetto al proprio patrimonio".

 ¹⁶ C. CASTRONOVO, Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, in Europa e Diritto Privato, 2006,
 p. 278; C. SCOGNAMIGLIO, Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione degli obblighi discendenti dal proprio status, in Giur. It., 1995, p. 35.

alla svolta che, poi, con l'evoluzione della fattispecie in esame si è ravvista nei termini che seguono.

3. L'originaria qualificazione dell'azione in termini di azione di massa o estranea alla massa dei creditori con la conseguente legittimazione del curatore fallimentare

La ricostruzione originaria della responsabilità in termini di azione di massa o estranea alla massa dei creditori e, quindi, con la conseguente sussistenza della legittimazione ad agire o meno da parte della curatela, si basava su una fondamentale differenza ovvero che si agisse per il danno verso i terzi creditori oppure verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento abusiva.

Prima della recente evoluzione giurisprudenziale anticipata nei termini della questione, infatti, tale differenza era di rilevante importanza in quanto rispetto all'azione per il danno verso i terzi creditori.

Con riferimento alla responsabilità per il danno nei confronti dei terzi (creditori anteriori o successivi all'insolvenza) la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con le sentenze gemelle del 2006¹⁷ e nella più recente pronuncia nel 2010¹⁸ ha escluso – come del resto ha fatto tutta la giurisprudenza che si è pronunciata sul punto, con l'unica eccezione di qualche tribunale di merito – che l'azione di danno da abusiva concessione del credito potesse essere configurata come azione di massa per cui era stata originariamente esclusa la legittimazione del curatore ad agire. Per la Suprema Corte, infatti, tale azione aveva lo scopo di reintegrare il patrimonio del singolo creditore così come le azioni di danno in favore del terzo direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori ex art. 2395 c.c.

La dottrina¹⁹ inizialmente aveva condiviso tale posizione tenuto conto:

- che nel nostro sistema non esiste in capo al curatore fallimentare un generale potere di rappresentanza dei creditori²⁰;
- che due sono i principi fondamentali che reggono il regime della legittimazione "sostitutiva" del curatore fallimentare rispetto ai creditori: quello secondo il quale tale legittimazione sussiste per tutte le azioni c.d. di massa, cioè per le azioni spettanti ai creditori e dirette ad ottenere, nell'interesse degli stessi, la ricostituzione del patrimonio del debitore fallito; e quello secondo il quale tale legittimazione sostitutiva non sussiste per le azioni esercitabili individualmente ed a proprio diretto ed esclusivo vantaggio dai singoli creditori nei confronti di soggetti diversi dal fallito, sia pure in relazione ad obbligazioni di quest'ultimo²¹;
- che la responsabilità per concessione abusiva di credito, almeno nella sua originaria configurazione

¹⁷ Cass., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, 12, 3417

¹⁸ Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Giur. comm.* 2011, II, 1157.

¹⁹ A. NIGRO, La responsabilità, cit.,320; G. FAUCEGLIA, Abusiva concessione, cit., 643; G. BELLI, La responsabilità della banca per erogazione abusiva del credito ad un'impresa in situation dèsperèe, in La resp. civ, 2012, p. 93; F. DI MARZIO, Ancora sulla fattispecie di concessione abusiva di credito, in Banca borsa tit. cred., 2012, p. 692.

²⁰ Qui è da ricordare che i casi di "sostituzione processuale" del curatore sono stabiliti nella legge fallimentare dall'art. 146 l.f. (nel d.lgs. n. 14 del 2019, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", la materia delle azioni di responsabilità al cui esercizio è legittimato il curatore è trattata nell'art. 225, che, rispetto all'art. 146 l. fall. predilige una impostazione analitica delle singole situazioni, piuttosto che un loro richiamo, per così dire, "rationae materiae"), e, tra questi, l'ipotesi prevista dal comma 2, lett. a) dell'articolo – ancora prima dell'introduzione dell'art. 2394 bis c.c. ancorché alquanto "lata", veniva interpretata nel senso di escludere che il curatore fosse legittimato all'esercizio dell'azione ex art. 2395 c.c. Sul punto v. B. INZI-TARI, E. DEPRETIS, Abusiva concessione di credito, op. cit., 1046-1050. Giova, altresì, ricordare che il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (D.Lgs. n. 14 del 2019) ha introdotto un nuovo comma 6 nell'art. 2476 c.c., contenente, per le società a responsabilità limitata, una disposizione corrispondente a quella, relativa alla società per azioni, contenuta nell'art. 2394 c.c.: anche per l'esercizio di detta azione l'art. 255 del medesimo codice attribuisce espressamente la legittimazione del curatore fallimentare.

²¹ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, richiamando alcuni propri precedenti giurisprudenziali, ha affermato che la curatela, in caso di fallimento, è legittimata ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società fallita allorquando venga dedotta la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento. Il curatore, hanno evidenziato i Giudici di legittimità, non è invece legittimato all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del patrimonio di quest'ultimo. In tal senso si veda Cass., 1 giugno 2010, n. 13413 in *Giust. civ.* 2011, 5, 1283; Cass, 20 aprile 2017, n. 9983 in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, 2, II, 162.

tipica, costituisce strumento di reintegrazione, non già del patrimonio del debitore nell'interesse della generalità dei creditori, ma del patrimonio personale dei singoli creditori, e, quindi, strumento di tutela diretta ed immediata degli stessi (identicamente a quel che si ha nella responsabilità *ex* art. 2395 c.c.);

- che in tale responsabilità non è in principio configurabile un pregiudizio della massa neppure (in ipotesi) come "sommatoria" dei pregiudizi subiti dai singoli creditori per la semplice ma decisiva ragione che il pregiudizio per i singoli creditori, da un lato, è diverso da caso a caso (essendo sufficiente pensare alla distinzione fra creditori anteriori e creditori posteriori alla concessione di credito, che rileva anche e proprio in termini di danno risarcibile); e, dall'altro, può non esservi neppure: come nel caso dei creditori anteriori che abbiano concesso credito conoscendo o dovendo conoscere, a loro volta, lo stato di insolvenza del loro contraente o nel caso dei creditori posteriori che non siano in grado di dimostrare l'impossibilità di conoscere, con l'ordinaria diligenza, la effettiva situazione patrimoniale del debitore²²;

- che per la configurabilità di una responsabilità della banca per concessione abusiva di credito non è affatto necessario, in linea di principio, né che il sovvenuto sia un imprenditore né, tanto meno, che esso si trovi ad essere sottoposto ad una procedura concorsuale e che, comunque, il rapporto danneggiante (banca)danneggiati (creditori) rimane come tale ed in principio fuori dell'ambito della eventuale procedura concorsuale aperta a carico del sovvenuto, potendo tale procedura assumere solo il ruolo, al più, di evento produttivo di danno o, forse più esattamente, di evento che evidenzia e cristallizza il danno.

Per quanto concerne, poi, il profilo relativo all'azione per il danno verso il soggetto finanziato con la quale si persegue il finanziatore che conceda, o continui a concedere incautamente, credito in favore dell'imprenditore che versi in stato di insolvenza o comunque di crisi conclamata e che cagioni danno all'imprenditore medesimo la dottrina ed anche la giurisprudenza avevano, sul punto, lungamente dubitato, per varie ragioni:

- in forza di una ritenuta neutralità dell'operazione per l'impresa finanziata, in quanto l'incremento del passivo è specularmente compensato dall'incremento delle disponibilità liquide, sempre che si tratti di un'operazione compiuta a condizioni di mercato;
- per l'operatività dell'art. 1227, comma 1, c.c., in forza del quale sarebbe piuttosto l'utilizzo improprio che della disponibilità finanziaria ottenuta compiono gli amministratori dell'impresa a cagionare il pregiudizio in capo a quest'ultima.

Sul punto negazionista era stata stato anche l'orientamento della Cassazione²³.

È evidente, tuttavia, che tali affermazioni, che vorrebbero vedere nel finanziamento sempre e per definizione un arricchimento per chi lo riceve, si riferiscono ad un'impresa efficiente che agisce nella normalità patrimoniale. Essa è, infatti, in grado

36

²² A. VISCUSI, Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito, in Banca, borsa e titoli di credito, II, 2004, 648; F. DI MARZIO, Abuso nella concessione di credito, Napoli, 2004; ID., Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente, in Riv., dir. civ., 2004, I, 145. L'argomento costituisce ormai un capitolo obbligato nei trattati e nei commentari sulla responsabilità civile come pure sulla banca e i contratti bancari, v. M. FRANZONI, Dei fatti illeciti artt. 2043-2096-2059, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), Commentario al Codice civile, Bologna-Roma, 2004, 157; M. MONTANARI, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1998, 789; G. FAU-CEGLIA, I contratti bancari, in Trattato di Diritto Commerciale, diretto da Buonocore, Torino, 2005, 246. B. INZITARI, Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale, in Dir. banc. merc. fin., 1993, 412 ss; ID, Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito, in Banca, borsa e titoli di credito, 2001, I, 280.

²³ Di questo avviso è l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che esclude che l'impresa finanziata abbia subito un danno, proprio in virtù del fatto che l'erogazione del finanziamento (quand'anche abusiva) non potrebbe mai determinare un danno per l'impresa finanziata, comportando invece per definizione un vantaggio (Cass, 9 ottobre 2001, n. 12368, in ilcaso.it); anche la giurisprudenza di merito ha sostenuto l'esclusione di ogni danno in capo all'impresa finanziata (Trib. Milano, 9 maggio 2001, in Dir. banca merc. fin., 2002, I, p. 259, a cui aderisce M. ROBLES, Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare sovvenuto, in Banca borsa, tit. cred., 2002, II p. 52); in tal senso anche le affermazioni che sono state avanzate al riguardo, che vorrebbero vedere nel finanziamento sempre e per definizione un arricchimento per chi lo riceve: Corte App. Bari, 17 giugno 2002, in Banca, borsa, tit. cred., 2003, II, 582-583; Corte App. Bari, 2 luglio 2002, in Fallimento, 2002, 1164; Corte App. Bari, 18 febbraio 2003, in Fallimento, 2004, 427; in dottrina, A. CASTIELLO D'ANTONIO, Il rischio per le banche nel finanziamento di imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito, in Dir. fall., 1995, I, 250-251; G. LO CASCIO, Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche, in Fallimento, 2002, 1182 ss.

di utilizzare con profitto i finanziamenti ricevuti.

Al contrario, quando un siffatto utile ed efficiente impiego non è possibile, e comunque non viene attuato dall'imprenditore, sarà proprio il finanziamento ricevuto (che si aggiunge il più delle volte ad altri elementi negativi), a pesare come un macigno sempre più schiacciante sull'impresa. E questo avverrà il più delle volte in modo progressivo sino al punto di non ritorno, che di solito si individua nel momento in cui anche l'imprenditore o i soci dell'impresa societaria, non trovano più conveniente reintegrare o ricostituire il capitale, in quanto l'investimento da effettuare dovrebbe essere di dimensioni talmente elevate per poter ripianare il debito, che nessun utile

futuro potrebbe realisticamente ripagare l'investimento erogato.

Le condizioni che infatti rendono utile o meno l'ingresso di una somma di danaro nel patrimonio dipendono strettamente dalle modalità di utilizzazione delle stesse: questo vale per la somma incassata dal creditore che, se non viene utilmente impiegata viene dispersa e non si consolida nel patrimonio e vale logicamente ancor di più per una somma che è ricevuta a titolo di finanziamento, in quanto anche se questa non viene adeguatamente consolidata nel patrimonio inevitabilmente viene dispersa mentre nello stesso tempo resta e si consolida nel patrimonio dell'accipiens, il debito, anzi un crescente debito, di restituzione aumentato degli interessi.

In conclusione, se la somma ricevuta col finanziamento non viene utilmente impiegata essa non solo non arreca in ogni caso alcun vantaggio ma, al contrario, allarga ed aggrava l'esposizione diretta e indiretta del debitore, il quale viene ad assumere altre obbligazioni, schiacciando così con crescenti debiti il suo patrimonio.

4. Il recentissimo arresto della Suprema Corte.

Per ciò che concerne la legittimazione attiva del curatore in passato era stato ritenuto che quest'ultima non potesse essergli riconosciuta in relazione alla tutela dei singoli soggetti, creditori e fallito, in quanto la stessa gli spetta unicamente per le azioni di massa, da identificarsi in quelle che mirano a ricostituire il patrimonio del fallito con riferimento alla garanzia generica che esso esprime e, quindi, purché ne derivi un indiscriminato beneficio a favore di tutti i creditori; secondo le S.U. – al contrario nell'azione per abusiva concessione del credito, al pari della domanda giudiziale *ex* art.

2395 c.c. - si avrebbe invece di mira la reintegrazione del patrimonio del singolo creditore ed in relazione al pregiudizio che lo stesso, caso per caso possa aver subito²⁴, in quanto la posizione dei creditori non potrebbe mai in questa fattispecie predicarsi in termini di omogeneità dovendosi perlomeno distinguere fra creditori anteriori e quelli posteriori, cioè divenuti tali dopo l'erogazione illecita del finanziamento.

Tale impostazione è stata condivisa dalla successiva giurisprudenza di legittimità, sia pure dovendosi ricordare come Cass., 23 luglio 2010, n. 17284²⁵, con un *obiter dictum* collegato all'avvenuta condanna in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta dell'amministratore della società sovvenzionata e del direttore della filiale bancaria erogante il credito, avesse ritenuto che in tal caso il curatore – in virtù delle norme che disciplinano le obbligazioni solidali, avrebbe potuto far valere le proprie pretese risarcitorie anche nei confronti della banca, senza essere obbligato ad agire contemporaneamente anche contro l'amministratore infedele.

Approfondendo tale intuizione, l'ancora successiva Cass., 20 aprile 2017, n. 9983²⁶, ha invece espressamente ritenuto che ben possa il curatore, *utendo iuribus* del fallito, richiedere il risarcimento ad amministratori e banche per il danno subito dal patrimonio sociale in conseguenza del credito erogato allorché la società aveva già da lungo tempo interamente perduto il capitale sociale, ed era quindi già in stato di scioglimento, avendo tutti concorso al ritardo nell'emersione del dissesto.

Il più recente orientamento della Cassazione²⁷ invece:

 a) ha ammesso la natura di azione di massa e, quindi, la legittimazione del curatore per la reintegrazione del patrimonio sociale che – in sostanza – va a vantaggio sia della società sia dei creditori sociali:

²⁴ Da tali considerazioni la Corte (Cass., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031) faceva discendere come conseguenza la non configurabilità di una competenza funzionale del tribunale fallimentare a giudicare sulla domanda giudiziale di risarcimento danni per abusiva erogazione di credito.

²⁵ Cass., 23 luglio 2010, n. 17284 in Fallimento, 2010, 305.

²⁶ Cass., 20 aprile 2017, n. 9983 in *Giur. comm.*, 2018, 262, con nota di A. JORIO.

²⁷ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, in www.dirittodellacrisi.it, con nota di B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, 2021.

- b) ha modificato e questa è la novità assoluta la natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito suddividendola in diversi segmenti di responsabilità ciascuno di diversa natura giuridica;
- c) ha provato ad oggettivizzare la responsabilità creando un codice di condotta standard dell'agire del *bonus argentarius* di talché la violazione di tale dovere di diligenza tecnica e di protocolli e doveri comportamentali determina l'addebito dell'abusiva concessione

Ma andiamo con ordine.

4.1 La nuova legittimazione della curatela

Nel ricomprendere nella legittimazione della curatela il danno alla società ed ai creditori sociali la Suprema Corte segue un ragionamento più empirico che non tecnico se è pur vero che il curatore non può sostituirsi ai singoli creditori che abbiano subito un proprio danno, diretto e specifico, dall'attività di finanziamento abusiva²⁸, nondimeno lo stesso può senza dubbio agire per tutelare l'interesse di tutti i creditori alla ricostituzione del patrimonio dell'impresa ed al ripristino della garanzia patrimoniale che lo stesso rappresenta, *ex* art. 2740 c.c., per tutti i creditori²⁹.

In altri termini il curatore a tutela dell'interesse della società, agirebbe al contempo per la salvaguardia di tutti i creditori che potrebbero, poi, soddisfarsi sul patrimonio così ricostruito secondo le regole del concorso, dovendosi riconoscere quale presupposto comune la diminuzione del patrimonio sociale a causa dell'artificiosa prosecuzione.

E pertanto "Il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c."

Si tratta, quindi, di un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, poiché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio con riferimento a quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, visto che il fallimento persegue l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della par condicio creditorum.

Si tratta, anzitutto, di un danno al patrimonio dell'impresa, con la conseguente diminuita garanzia patrimoniale della stessa, ai sensi dell'art. 2740 c.c., scaturita dalla concessione abusiva del credito, che le abbia permesso di rimanere immeritatamente sul mercato, continuando la propria attività ed aumentando il dissesto.

Pertanto, la Corte sembra non assumere una posizione tecnica rispetto alla legittimazione della Curatela- come fatto in passato escludendola per le azioni *de qua* - ma in maniera più pratica arriva a dire che il curatore ristorando il danno alla società tutela, nel contempo, la massa creditoria dalla diminuzione patrimoniale³⁰.

Si verifica, quindi, in questo caso un danno che riguarda tutti i creditori, vale a dire quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito, perché vedono aggravarsi le perdite e ridursi la garanzia *ex* art. 2740 c.c., nonché quelli che avevano contratto con la società dopo la concessione di credito perché vedranno progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti³¹.

²⁸ Cfr. Cass., 28 marzo 2006, n. 7029 in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 1, 16, G. BERSANI, *Legittimazione attiva della curatela fallimentare nell'azione di concessione abusiva di credito*, in *Ilcaso.it*, 2018 vedi anche E. DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito*, *legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.*, 2018, 1035.

²⁹ Per l'affermativa: Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in *Dir. banc.*, 2002, 2, I, 259; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, 1166, con nota di G. LO CASCIO; in *Dir. fall.*, 2002, 3, II, 510.

³⁰ B. INZITARI, La responsabilità della banca nell'esercizio del credito, op. cit, 293. Sul punto anche C. AQUILINO, Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare, in Dir. fall., 2008, 584-585.

³¹ Per tale ricostruzione I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Società*, 2007, 442 ss., A tale riguardo, peraltro, B. INZITARI, E. DE-PETRIS, evidenziano la difficoltà di rintracciare un fondamento processuale alla esperibilità di tale azione, alla luce del principio di cui all'art. 81 c.p.c.; nella citata ricostruzione di I. PAGNI, peraltro, si assume che in tale circostanza si sarebbe di fronte non tanto e non semplicemente ad un caso di sostituzione processuale dei curatore ai creditori, quanto, più radicalmente, di un passaggio al curatore del diritto attribuito ai creditori sul patrimonio.

Ne discende, in conclusione, che il curatore è investito della legittimazione a richiedere al soggetto finanziatore c.d. abusivo il risarcimento non solo per i danni diretti cagionati alla società, ma anche per i danni indiretti cagionati alla massa dei creditori infatti, in questi casi, agisce per la reintegrazione del patrimonio sociale pregiudicato dalla abusiva concessione del credito.

La differenza di portata è notevole rispetto all'originario orientamento.

Nel caso in cui il curatore agisca per il danno patito dalla massa dei creditori, si verifica, infatti, una fattispecie di danno differente ed ulteriore rispetto a quella per le quali le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze gemelle n. 7029, n. 7030 e n. 7031 del 2006, hanno escluso la legittimazione attiva del curatore fallimentare. Infatti, le citate sentenze avevano decretato il difetto di legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai singoli creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta.

Nel caso esaminato dalla Cassazione il danno fatto valere era invece quello cagionato alla massa dei creditori, quale posizione indistinta e riflessa del pregiudizio al patrimonio sociale, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono pregiudicata la garanzia patrimoniale generica e ridotta matematicamente la *chance* di soddisfare il loro credito.

L'azione della Curatela fallimentare è così indirizzata, nel caso di specie, alla ricostituzione del patrimonio del soggetto sottoposto a fallimento a vantaggio anche di tutti i creditori in concorso³².

4.2. La diversificazione dei segmenti di responsabilità coinvolti e la loro differente natura giuridica,

La seconda novità attiene alla natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abu-

siva di credito ed alla suddivisione della stessa in diversi segmenti di responsabilità ciascuno avente distinta qualificazione della relativa natura giuridica, e precisamente:

- a) la responsabilità della banca nei confronti del ceto creditorio deve essere inquadrata come responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. se del caso anche in concorso con quella degli organi sociali³³. Mentre
- b) la responsabilità della banca verso il fallito è a titolo precontrattuale ex art. 1337 c.c., per la concessione abusiva e immeritevole di un nuovo finanziamento in quanto il finanziatore ha contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne debbono presiedere l'agire disattendendo, dolosamente o colpevolmente, gli obblighi di prudente ed accorto operatore professionale ed acconsentendo alla concessione di credito in favore di un soggetto destinato, in caso contrario, ad uscire dal mercato³⁴;
- c) la responsabilità della banca verso il fallito è, invece, a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. quando venga imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento già in corso che doveva essere, invece, sospeso o revocato intesa come responsabilità da contatto sociale qualificato.

Per i Giudici di legittimità si tratta di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente e la condotta abusiva pregiudizievole si esprime nella violazione di obblighi specifici ovvero nella violazione del generale obbligo di buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c.

³² R. BATTAGLIA, Le azioni di massa. Tra garanzia patrimoniale e concorso in atmosfera protetta, Torino, 2012; I. PAGNI, Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori, in Fall., 2007, 9, p. 1037; N. RASCIO, La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore del fallimento, in Giur. Comm., 2013, I, p. 147; S. M. FABIANI, Competenza del Tribunale fallimentare, in Il nuovo diritto fallimentare, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Tomo I, Torino, 2006, p. 427.

³³ V. FORTUNATO, La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali, in Il Fallimento, I, 2009, p. 3.

³⁴ Non è superfluo rammentare che è ormai acquisita, tanto in dottrina (cfr., fra gli altri, già G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 348, e poi: M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 462; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 90 ss., che richiama anche la disciplina delle pratiche commerciali scorrette; A.C. NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 267 ss.); quanto alla giurisprudenza di legittimità (cfr., ad es., Cass., 23 marzo 2016, n. 5762 in *Foro it.* 2016, 5, I, 1703 con nota di R.PARDO-LESI; Cass., 6 giugno 2014, n. 12839), la piena compatibilità tra responsabilità precontrattuale e validità del contratto.

Se la responsabilità extracontrattuale – nell'esaminare la originaria qualificazione giuridica della concessione abusiva del credito – è stata affrontata sia per la definizione che per la qualificazione dei tratti costitutivi essenziali, merita – invece – riflessione la citata responsabilità di natura contrattuale da contatto sociale data la portata innovativa della sentenza.

5. Elementi costitutivi della responsabilità della banca verso il fallito quale responsabilità contrattuale da contatto sociale.

Nell'integrazione della riferita fattispecie, risultano altresì di fondamentale rilievo la regola generale prevista dall'art. 1176 c.c. sulla diligente esecuzione della prestazione professionale e la disciplina primaria e secondaria di settore.

La Corte di Cassazione ha osservato come, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui nascono, per i soggetti coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la conseguente responsabilità.

Con specifico riferimento alla normativa che regola il sistema bancario la legge impone, a tutela del sistema e dei soggetti che vi operano, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui inosservanza può costituire *culpa in omittendo*, in quanto si può ravvisare la violazione dei doveri gravanti sul soggetto banca.

Ne discende pertanto che sulle banche gravano obblighi di comportamento più specifici rispetto a quello comune del *neminem laedere* che possono essere ricondotti nella responsabilità contrattuale attraverso il ricorso al concetto di responsabilità da contatto sociale³⁵ che possono essere così individuati:

- Elemento oggettivo fattuale: l'inadempimento contrattuale della banca determina l'individuazione e qualificazione dei doveri di condotta a carico della banca la cui violazione rappresenterebbe l'elemento oggettivo della condotta. Infatti, la concessione del credito da parte degli istituti bancari non rappresenta un mero affare interno alle due parti della relazione contrattuale, ma – in particolare per la notoria professionalità ed affidabilità del soggetto finanziatore – è esso stesso fenomeno che intercetta una pluralità di interessi con ricadute in termini di "particolare affidamento" che tale contegno può ingenerare rispetto ai terzi, con speciale rilievo per i creditori dell'impresa cui il credito sia abusivamente elargito o mantenuto³⁶.

Il riferimento alla "sana e prudente gestione dei soggetti vigilati" (così l'art. 5 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. TUB), come pure la necessità che la Banca d'Italia intervenga al fine di assicurare, fra l'altro: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni (art. 53 TUB); c) l'estensione degli obblighi di verifica del "merito creditizio" persino al settore del credito al consumo (si v. art. 124-bis TUB), non rappresentano mere disposizioni interne all'ordinamento bancario operanti nella sola relazione fra autorità di vigilanza e soggetti bancari vigilati, ma sono espressione di regole di condotta più generali la cui violazione può determinare effetti diretti in capo ai terzi.

Tale conclusione, peraltro, è espressamente affermata – anche sulla scorta di molteplici ulteriori disposizioni, anche sovranazionali – in particolare in ordine alla ricostruzione della responsabilità della banca per violazione dei doveri di diligenza professionali, *ex* artt. 1176, comma 2, e 2082 c.c.

- **Elemento soggettivo**: è invece ravvisabile nell'addebito a titolo di colpa alla banca intesa quale violazione di una regola generale di prudenza e perizia tecnica nella valutazione del "rischio ragionevole" della concessione sulla base della probabilità di superamento della crisi³⁷.

³⁵ Cass., ord., 14 settembre 2021, n. 24725: "nel caso di concessione di credito, è invero convincente l'inquadramento della stessa, se si vuole operare secondo categorie classificatorie, nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., da cui derivano, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c." (cfr., per tale ricostruzione, altresì, Cass. 12 luglio 2016, n. 14188 in Ridare.it 2016, 26 settembre; seguita da Cass. 25 luglio 2018, n. 19775 in Foro Amministrativo (II) 2019, 4, 628; e v., in sede di regolamento di giurisdizione, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236 in Resp. Civ. Prev. 2020, 4, 1181).

³⁶ F. DI MARZIO, Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto in Contratti, 2013; ID., L'abuso nella concessione del credito, op. cit., 318; si v. anche L. BALESTRA, Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore, in Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali, Milano, 2016, pp. 191-218.

³⁷ Trib. Palermo, 10 agosto 2021, in *Giurisprudenza delle Imprese*, *online*, che stabilisce che la banca che abbia concesso

Rispetto alla richiesta di una proroga o reiterazione di un finanziamento, la scelta del "buon banchiere" si presenta particolarmente complessa in quanto si viene a trovare nella condizione di scegliere tra:

- a) il rischio di mancato recupero dell'importo in precedenza finanziato e la compromissione definitiva della situazione economica del debitore;
- b) la responsabilità da incauta concessione del credito.

Secondo quanto osservato dalla Suprema Corte di legittimità, ogni accertamento, ad opera del Giudice di merito, dovrà in questo caso essere particolarmente rigoroso in quanto è necessario tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di valutare se il soggetto finanziatore abbia agito, a prescindere dal caso del dolo, con imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p. od abbia viceversa attuato ogni dovuta cautela al fine di prevenire l'evento pur avendo concesso il credito. Questa situazione che si verifica quando la banca abbia operato -pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi d'impresanell'intento del risanamento aziendale, erogando credito ad impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di razionale permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito allo scopo del risanamento aziendale, secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile.

Per i Giudici di legittimità è in detto contesto che, nella formulazione delle proprie valutazioni, la banca proceda secondo lo standard di conoscenze e di capacità, alla stregua della diligenza esigibile da parte dell'operatore professionale qualificato, e ciò sin dall'obbligo *ex ante* di dotarsi di metodi, procedure e competenze necessarie alla verifica del merito creditizio³⁸.

La Banca d'Italia ha emanato recentemente, nel luglio 2021, degli orientamenti di vigilanza che recepiscono le linee guida EBA in materia di concessione e monitoraggio dei crediti (EBA/GL/2020/06). Nell'ottica di armonizzare i comportamenti delle banche a livello europeo, tali linee guida forniscono indicazioni in merito ai requisiti procedurali per la valutazione del merito creditizio dei clienti e per la gestione delle informazioni e dei dati necessari a questo fine. Elemento di novità è la previsione di una quantità minima non vincolante di informazioni e dati che gli intermediari dovrebbero prendere in considerazione durante la fase di raccolta delle informazioni propedeutica alla valutazione del merito creditizio.

Alla luce di tali disposizioni, risulta più agevole per il Giudice di merito individuare lo spazio ammissibile per il finanziamento lecito, e valutare se sussistevano ragionevoli prospettive di risanamento, allorché, il finanziamento sia stato concesso in presenza di una situazione di difficoltà economico finanziaria dell'impresa.

Secondo quanto affermato dalla Cassazione, ciò che rileva non è dunque più il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in stato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, onde questi abbia cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento: è invece fondamentale l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi.

In altri termini, il confine tra finanziamento meritevole e finanziamento abusivo si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità del piano aziendale proposto dall'impresa in crisi.

finanziamento in mancanza di requisiti di continuità aziendale presso la società finanziata, omettendo di effettuare un'attività istruttoria preliminare alla concessione del finanziamento (consistente nell'acquisizione di tutta la documentazione necessaria ad effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio, sia sotto il profilo patrimoniale che reddituale) viene meno al generale obbligo di diligenza imposto dall'art. 5 TUB che prevede che "la Banca deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando il merito di credito in base ad informazioni adeguate", nonché viola le regole di comportamento dettate dalla Banca d'Italia nelle Istruzione di vigilanza per gli enti creditizi (cfr: Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e successivi aggiornamenti). Tale violazione rende illegittima la concessione di credito e costituisce un comportamento gravemente colposo per la banca.

³⁸ R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, p. 42, il quale segnala la perdurante assenza, tanto nell'ordinamento europeo quanto nel nostro diritto domestico, di una disciplina generale del merito creditizio, benché la normativa prudenziale italiana astringa le banche, da oltre un trentennio, ad un approfondita istruttoria preliminare in sede di concessione di un fido e ad una rielaborazione delle informazioni originariamente acquisite in caso di rinnovo del rapporto di finanziamento. In tal senso B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito, op. cit.*, p. 273 s., che cita la deliberazione CICR 26 marzo 1987 (in BANCA D'ITALIA, Bollettino di vigilanza sulle aziende di credito, n. 89, p. 14) e l'edizione di ottobre 1989 delle Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi della Banca d'Italia, XXXIX, par. 4.

Proprio il caso di sostegno finanziario per le ipotesi di imprese in crisi il giudizio della fattispecie diventa di particolare interesse. Come noto, infatti, la legislazione di settore auspica ormai, in molteplici disposizioni della legge fallimentare -ed anche nella stessa Direttiva c.d. *Insolvency*- il sostegno finanziario alle imprese in crisi.

L'art. 3, comma 2, D.L. n. 118/2021, convertito, con modifiche, dalla L. n. 147/2021, ha inoltre, introdotto un altro importante elemento di novità che agevola la valutazione del "rischio ragionevole" della concessione. Esso consiste in un test pratico che consente a ciascuna impresa di verificare la sua attuale situazione e la ragionevole perseguibilità del risanamento³⁹. Collegandosi alla piattaforma telematica disponibile sul sito della camera di commercio sarà possibile comprendere in maniera oggettiva, semplice e rapida se sussistono i presupposti per la sostenibilità del debito e la reversibilità dello squilibrio⁴⁰.

Ruolo propulsivo nell'emanazione del D.L. n. 118/2021 hanno assunto:

- la Direttiva Insolvency 1023/2019, che sollecita gli Stati membri ad avvalersi di tecnologie informatiche in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza, segnalando al debitore la necessità di agire senza indugio;
- il Codice della Crisi e dell'insolvenza d'impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14) che affida al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il compito di elaborare gli indici che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa.

Alla luce di tali novità, che da un lato agevolano il compito del giudice e dall'altro prevedono una maggiore responsabilizzazione del debitore, l'analisi tecnica specialistica dell'istituto di credito sulla situazione patrimoniale e contabile – quale elemento per escludere una eventuale responsabilità – resta di centrale importanza. Infatti, allorquando risulti che la banca si sia limitata alla mera acritica acquisizione dei dati forniti dalla società poi fallita, omettendo di verificarne la congruenza con quelli reali, alla luce di elementi acquisiti autonomamente e con particolare attenzione ai dati prospettici di cui va controllata la coerenza anche con quelli storici, valutando la solidità e la concretezza delle ipotesi poste a fondamento delle previsioni ne è stata ravvisata la relativa responsabilità.

- Il danno risarcibile: l'aggravamento del dissesto e la diminuzione della consistenza del patrimonio. Le condotte di "abusivo ricorso e di abusiva concessione del credito" possono cagionare alla società amministrata o finanziata, sul piano economico, un danno da diminuita consistenza del patrimonio sociale e, sul piano contabile, l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa.

Sul punto sovviene la giurisprudenza di merito, richiamando i suoi precedenti⁴¹, che, in ipotesi di azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società fallita e della banca finanziatrice, con lui solidalmente responsabile per concessione abusiva di credito, la liquidazione del danno derivante dalla ritardata dichiarazione di fallimento e dalla prosecuzione dell'attività può avvenire secondo il criterio della differenza dei netti patrimoniali in una prospet-

³⁹ M. SPIOTTA, Responsabilità della banca "approfittatrice" (con una postilla sul recente D.L. n 118/2021), in Giur. It., 2021, 12, 2669.

⁴⁰ D.L. n. 118/2021, Art. 3 co. 2: Sulla piattaforma è disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati. Il contenuto della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico sono definiti con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

⁴¹ Corte Appello Milano, 21 giugno 2018, n. 3081, con nota di E. DEPETRIS, Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale in Il dir. Fall. e delle soc. comm., 2018, p.468, che in applicazione dei principi enunciati da Cass. 20 aprile 2017 n. 9983 in www.ildirittobancario.it, condanna le banche che hanno erogato abusivamente credito all'imprenditore in stato di dissesto a risarcire, in solido con gli amministratori responsabili di atti di mala gestio, il danno cagionato al patrimonio della società per l'aggravamento del passivo conseguente al protrarsi della sua attività. La pronuncia merita di essere segnalata in quanto conferma il consolidarsi a livello giurisprudenziale di quell'interpretazione, da tempo propugnata in dottrina, che individua nell'ingiustificata erogazione di credito all'imprenditore privo dei necessari requisiti di meritevolezza la fonte di un danno diretto al patrimonio della società, rispetto al quale viene riconosciuta la legittimazione del curatore a domandare il risarcimento, da liquidarsi attraverso il criterio della differenza dei netti patrimoniali.

tiva liquidatoria. In tal caso, dunque, viene considerato il valore potenzialmente realizzabile all'esito della fase di liquidazione; si applica, infatti, un criterio presuntivo che consiste nella comparazione dei patrimoni netti registrati alla data in cui l'amministratore avrebbe dovuto avviare la liquidazione della società o chiederne il fallimento e alla data della effettiva dichiarazione fallimento della società, tenuto conto dei costi necessari per il compimento della liquidazione⁴².

- L'onere della prova: per quanto concerne il profilo probatorio ai fini della configurabilità dell'accertamento della responsabilità del soggetto finanziatore, i Giudici di legittimità hanno chiarito che il curatore ha l'onere di dedurre e provare:
- a) la condotta violativa delle regole che disciplinano l'attività bancaria, caratterizzata da dolo o quantomeno da colpa, intesa come imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p.;
- b) il danno-evento, dato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa in perdita;
- c) il danno-conseguenza, rappresentato dall'aumento del dissesto;
- d) ed infine il rapporto di causalità tra i danni e la condotta tenuta dal finanziatore⁴³.

L'affermazione della responsabilità della banca richiede infatti non solo la rigorosa indagine circa la situazione di negligenza professionale dell'istituto di credito, ma anche l'attenta verifica del nesso di causalità ai sensi dell'art. 1223 c.c. alla stregua della "teoria della causalità adeguata" come enunciata dalla giurisprudenza di legittimità.

Da ultimo si ricorda che la responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l.f., in via di solidarietà passiva anche ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo.

6. Conclusioni.

L'evoluzione fin qui illustrata impone di rimeditare il percorso che la responsabilità sta compiendo, nella tutela dei diritti, nell'ambito dei settori dell'economia incidendo, in modo determinante, nella tutela dei valori sottesi. Invero, allargando la prospettiva di analisi in settori nei quali la responsabilità ha già compiuto percorsi più profondi, la responsabilità medica rappresenta un campo nel quale la normativa ha, di recente, profondamente inciso aumentando la sfera della tutela del paziente e tratteggiando i corretti comportamenti che gli operatori sanitari devono tenere nell'adempimento dell'obbligazione e nell'erogazione della prestazione del servizio.

Le linee guida rappresentano il modello comportamentale al quale gli operatori sanitari devono adeguarsi per poter dimostrare il corretto rispetto delle finalità preventive, diagnostiche e terapeutiche fatte salve le specificità del caso concreto che possono, comunque, rappresentare fonte di responsabilità⁴⁴.

⁴² Trib. Palermo, 27 maggio 2020, in *Fallimento e le altre* procedure concorsuali, con nota di M. SPADARO, *Azione di responsabilità e concessione abusiva di credito*, 2020, n. 8/9, p. 1151.

⁴³ Cfr. A. FAROLFI, Sulla concessione abusiva di credito e la legittimazione del curatore, nota a sentenza Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in giustiziacivile.com; secondo cui vi sono le premesse per un necessario intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sul punto in quanto, se la dottrina prevalente e le stesse precedenti decisioni della S.C. sembravano opinare nel senso di una nozione extracontrattuale della responsabilità qui affrontata, fondata cioè sul neminem laedere, secondo il paradigma dell'azione ex art. 2395 c.c., oppure – secondo l'alternativa teoria della corresponsabilità con gli organi sociali, nel quadro del concorso del fatto illecito del terzo nell'inadempimento contrattuale dell'amministratore, la proposta natura contrattuale (ma nei termini esposti dalle S.U. del 2007 che ne ricostruivano la figura quale species del genus da contratto o da "contatto sociale") o contrattuale tout court porta con sé le inevitabili conseguenze in termini di onere della prova, spettando a quel punto all'istituto di credito convenuto dimostrare di aver correttamente adempiuto ai doveri di prudenza e "adeguata verifica" del merito creditizio sullo stesso incombente. Tale diverso atteggiarsi dell'onus probandi che ne potrebbe derivare, pur mitigato dal necessario assolvimento di oneri di allegazione specifica da parte del curatore e dalla necessità per il medesimo di offrire una prova specifica del danno che ne sia derivato, appare conseguenza forse eccessiva rispetto ad un quadro normativo che, non

solo considera lecito di per sé il finanziamento alle imprese in crisi (che non abbiamo già irrimediabilmente perduto le proprie *chances* di ristrutturazione), ma giunge anche con recenti interventi emergenziali ad incentivarlo, offrendo al riguardo un'ampia serie di garanzie pubbliche tramite il Fondo per le P.M.I. e l'intervento di SACE.

⁴⁴ La definizione più nota di Linee Guida è quella formulata dall'Institute of Medicine nel 1992 che le definisce come "raccomandazioni sviluppate in modo sistematico per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche", in tal senso Institute of Medicine, Guidelines for clinical practice: From Developement to Use., Wa-

Esaminando l'evoluzione giurisprudenziale sul tema che ci occupa si può spingere la riflessione verso un sistema che potrà essere dettato, sempre più, da linee guida e raccomandazioni sulle quale dovrà adeguarsi il comportamento dell'operatore per poter, come avviene in ambito sanitario, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco attenersi alle raccomandazioni previste nelle linee guida, fatte però salve le specificità del caso concreto. Nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo contrattuale il paziente dovrebbe limitarsi ad allegare l'inadempimento e l'operatore dovrà dimostrare l'assenza di colpa, avendo egli tenuto una condotta corrispondente alle linee guida (o alle buone pratiche) stabilite in relazione al caso concreto oppure discostarsene completamente a causa della specificità del caso. Invece, nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo di responsabilità extracontrattuale, il paziente dovrebbe allegare e provare gli elementi della fattispecie e, quindi, anche la condotta che il professionista stesso avrebbe dovuto correttamente tenere in base alle linee guida tipizzate o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Limitandosi a questi riferimenti essenziali e senza poter ulteriormente approfondire la sconfinata letteratura in tema di responsabilità medica, si può osservare che il terreno della responsabilità nel campo sanitario può ben rappresentare un campo nel quale la giurisprudenza ha già esaminato l'applicazione delle linee guida ed è in una fase avanzata di applicazione ⁴⁵. Spingendo la riflessione più a fondo si deve verificare se gli approdi normativi e giurisprudenziali in tale campo possano essere terreno fertile per un approfondimento rispetto al campo della responsabilità della banca per abusiva concessione del credito.

Se sarà possibile applicare agli incerti confini della responsabilità della banca il meccanismo delle linee

shington DC; National Academic Press, 1992; v., altresì, R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, Le linee guida: caratteristiche e requisiti generali in Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida, in Il Pensiero Scientifico, 1995, Roma, pp. 2132; A. CARTABELLOTTA, C. POTENA, Sole 24 Ore Sanità e management, 2001, 3541; M. MCQEEN, Challanges for Evidence Based Laboratory Medicine Clin Chem 2001, 15361546; JM GRIMSHAW, IT RUSSELL, Effect of clinical guidelines on medical practice: a systematic review of rigorous evaluations.

guida previsto per il settore medico si dovrà anche tener conto degli svantaggi che possono presentare le linee guida per il paziente, perché possono fungere da scudo (come nella cd. medicina difensiva) per il medico che, con l'idea dell'impunità, è indotto ad attenervisi sempre e comunque, in quanto l'applicazione dei meccanismi della responsabilità, inducono sovente l'operatore sanitario a difendersi non attivandosi nel rispetto delle stesse linee guida. La medicina difensiva rappresenta, quindi, sotto certi profili, il limite nell'applicazione delle linee guida rispetto all'attività medica a tutela del paziente in quanto il loro corretto rispetto rappresentano una tutela per l'operatore sanitario.

Passando ora il discorso al campo di analisi fin qui approfondito nell'ipotesi di erogazione del credito il passaggio dalla corretta all'abusiva erogazione non è ancora ben delimitato e lo sconfinamento nell'erogazione abusiva deve trovare dei confini specialmente quando a differenza della responsabilità sanitaria la responsabilità in esame non determina, la maggiore parte delle volte, un danno immediato, ma che si concretizza a distanza di tempo rispetto all'erogazione del credito. In tal caso, infatti, la determinazione della responsabilità è resa ancor più difficile essendosi modificate le circostanze di tempo e di luogo ed essendo intervenuti diversi soggetti nell'ambito dell'attività dell'impresa che con il loro comportamento possono aver inciso nel danno poi verificatosi a distanza di tempo.

I comportamenti dei presunti danneggianti sono, tuttavia, inversi: mentre nell'attività sanitaria consistono nel non agire dell'operatore sanitario (comportamento omissivo), nell'attività bancaria, invece, consistono nell'erogazione del credito (comportamento attivo). In tale ottica, la banca potrebbe porre in essere un atto difensivo rispetto al recupero del credito già erogato a favore del paziente-impresa finanziata in quanto l'ingente esposizione debitoria, in molti casi, induce la banca a continuare ad erogare il credito per poter, poi, in questo modo tentare di rientrare dei capitali investiti.

Ciò induce a riflettere che in questo momento storico di erogazione del credito post-pandemia le "corsie della responsabilità civile" potrebbero riempirsi di pazienti-imprese alle quali le banche erogano credito non per difendere, nel senso più stretto del termine le imprese, ma il credito già erogato dalle stesse banche⁴⁶.

 ⁴⁵ Cass., 16 maggio 2013, n. 11950 in CED, 2013; Cass.,
 9 maggio 2017, n. 11208 in CED 2017; Cass., 20 marzo 2018, n. 15749 in www.rivistaresponsabilitamedica.it

⁴⁶ Resta inteso che nel campo la normativa in merito è quasi alluvionale a tutela delle banche che erogano il credito, si pensi

Si deve allora correttamente intendere quali siano i valori tutelati dal sistema della responsabilità per poter correttamente porre le basi della responsabilità:

- da un lato pare indubbio che il sistema della responsabilità sanitaria tutela il valore salute dei pazienti e crea delle regole che permettano di creare un meccanismo di adempimento dell'obbligazione e di erogazione del servizio corretto ed adeguato in linea con le migliori conoscenze della scienza medica;
- dall'altro, invece, il sistema della responsabilità, nella corretta erogazione del credito, deve tutelare sia la banca che eroga e che non deve poi essere "aggredita" dal curatore che ritiene non adeguata l'erogazione del credito, sia il soggetto finanziato che ha ricevuto il credito e che, invece, non avrebbe dovuto ottenere.

I valori che si devono tutelare nell'erogazione del credito sono da un lato il mercato e dall'altro l'impresa finanziata.

Si deve, da un lato, correttamente intendere quale sia il "paziente" che, poi, può agire, sotto le mentite spoglie del curatore fallimentare, per recuperare il danno provocato dalla banca con l'erogazione del credito e, dall'altro, i valori da tutelare che possono essere il mercato ovvero il soggetto finanziato e cioè l'impresa. Sembra corretto ritenere che il vero paziente da salvaguardare sia il mercato ed il valore dell'iniziativa economica privata correttamente ed adeguatamente finanziata dalle banche per la migliore tutela del mercato.

Se, quindi, si ritiene che il paziente-mercato debba essere tutelato con una corretta erogazione del credito a favore delle imprese che meritano di restare sul mercato allora le linee guida da seguire per la tutela del mercato devono essere rapportate al diverso spirito che impronta l'operatore sanitario rispetto all'istituto di credito. Infatti, mentre nel campo della responsabilità medica, come si è detto, la tutela dell'operatore sanitario attraverso la medicina difensiva passa per il rispetto delle linee guida al fine di evitare interventi medici "a rischio", invece, la tutela dell'istituto di credito a volte passa per l'erogazione del credito per tu-

ai Decreti Cura Italia e Liquidità, che hanno derogato alle condizioni di accesso alla garanzia pubblica. Difatti, a differenza del sistema previgente che prevedeva controlli molto rigidi per accedere alla garanzia pubblica offerta dal Fondo "PMI", i Decreti Curaitalia e Liquidità hanno stabilito un accesso "semplificato", eliminando la necessità del modello di valutazione per il rischio di inadempimento. A ciò si aggiunga che, per i finan-

ziamenti non superiori a € 25.000 di cui all'art. 13, lett. m, l'accesso alla garanzia sarà oltretutto concesso senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del fondo.

telare il recupero del credito già erogato e che in caso di mancata nuova finanza comporta l'immediata perdita delle somme non più recuperabili.

Quindi lo spirito delle linee guida, che devono tutelare il mercato, a differenza della salute dei pazienti deve essere ispirato ad una minore erogazione di credito quando questa tiene in vita pazienti- imprese non "adeguati" al mercato e la cui sopravvivenza tutela *in primis* l'istituto di credito e, poi, solo eventualmente il mercato permettendo a soggetti con encefalogramma già piatto di restare sul mercato creando nuovi debitori che difficilmente recupereranno il proprio credito.

La banca, secondo la regola del *bonus argentarius*, non deve erogare il credito perché la tutela del mercato è determinata anche dalla sua stabilità e quindi, l'erogazione di credito non meritevole determina i cd. danni lungolatenti che hanno trovato nella giurisprudenza della responsabilità medica già affermazione e risarcimento⁴⁷. Per le imprese che non possono sopravvivere in modo corretto sul mercato con erogazioni di crediti, la banca crea dei danni latenti che esplodono a distanza di anni determinando instabilità nel mercato economico.

In realtà il sistema bancario ha già in essere dei metodi di ponderazione dei rischi se si fa riferimento agli

⁴⁷ Il concetto di danno lungolatente, specie nell'ambito della responsabilità sanitaria, si fonda sul rilievo secondo cui in alcune circostanze il nesso tra contegno lesivo e conseguenze pregiudizievoli non è sincronico ma diacronico, ossia il danno-evento ovvero il danno-conseguenza si "esternalizza" non già immediatamente ma dopo uno stacco temporale, di durata variabile – e, a volte, anche a distanza di anni -, dall'integrazione del fatto illecito. Con l'ulteriore corollario che solo al momento in cui il nocumento si esplicita può essere rintracciato il collegamento eziologico con una specifica condotta lesiva e può essere formulato un giudizio di imputabilità (rectius addebitabilità) di quest'ultima ad un responsabile precisamente individuato. Finché l'agente patogeno innescato dal fatto illecito del terzo - e, in specie, del medico - non si manifesti, non si realizza alcuna perdita del "valore uomo" – e, in specie, del valore sotteso alla persona del paziente – e, dunque, fino a quando la lesione della salute non sia concretamente percepibile, non ricorre alcun danno. Ne discende che il c.d. danno lungolatente, anziché emergere nell'attimo in cui viene causato, rimane occulto ed inerte per un lasso di tempo più o meno considerevole, determinando così una sfasatura temporale tra la sua inflizione e la sua percezione da parte del soggetto leso. Questa ricostruzione del nocumento ha una diretta incidenza sull'individuazione del dies a quo della prescrizione C. TRAPUZZANO, I danni lungolatenti nella responsabilità medica, in https://ridare.it/articoli/focus/i-danni-lungolatenti-nella-responsabilit-medica.

accordi di Basilea⁴⁸, nonchè al Regolamento UE n. 575/2013 all'art. 142 e ss., relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, laddove descrive il metodo basato sui rating interni, ai fini della valutazione delle esposizioni di credito: si intende per "sistema di rating", l'insieme di metodi, processi, controlli, meccanismi di raccolta dati e sistemi informativi che fungono da supporto alla valutazione del rischio di credito, all'attribuzione delle esposizioni a classi o pool di rating e alla stima quantitativa dei default e delle perdite per un dato tipo di esposizione. La normativa prevede che se le condizioni indicate sono rispettate, l'autorità competente autorizza gli enti a calcolare gli importi delle esposizioni ponderati per il rischio utilizzando il metodo basato sui rating interni ("metodo IRB"). L'ambito di applicazione di un sistema di rating comprende tutte le esposizioni che rientrano nel tipo di esposizione per la quale tale sistema è stato sviluppato. L'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione per specificare le condizioni per valutare la rilevanza dell'uso di un sistema di rating esistente per altre esposizioni aggiuntive che non sono già coperte da tale sistema di rating e delle modifiche ai sistemi di rating o ai metodi di calcolo delle esposizioni in strumenti di capitale basati su modelli interni nel quadro del metodo IRB⁴⁹.

La valutazione del merito creditizio del consumatore viene sempre più spesso condotta, dagli operatori finanziari, avvalendosi di dati e modalità di analisi c.d. "alternativi", che sfruttano strumenti quali Big Data, algoritmi e predictive modelling, per analizzare un numero potenzialmente illimitato di dati su ciascun singolo richiedente, ivi inclusi quelli appartenenti all'attività online e alla sfera social. Una simile situazione rischia, secondo taluni, di sfociare addirittura in pratiche discriminatorie e illegali note come "redlining", ossia una distinzione degli individui semplicemente tramite il loro zip code⁵⁰. In questo contesto, è indispensabile che l'ordinamento introduca maggiori garanzie a tutela dei consumatori e, nello stesso tempo, limiti per i finanziatori circa la tipologia di dati e le modalità di analisi impiegabili in un ambito così delicato.

Il sistema normativo nel suo complesso riflette la rilevanza primaria dell'obbligo di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica. Dal complesso *framework* regolamentare, in materia di misurazione, monitoraggio e controllo del rischio di credito⁵¹, infatti, di-

alla riclassificazione dello stato patrimoniale e del conto economico e ai flussi finanziari.

⁴⁸ In https://www.bis.org/publ/bcbs128ita.pdf.

⁴⁹ Con la valutazione del merito creditizio le banche hanno semplificato un processo decisionale riguardante le richieste di affidamento o finanziamento grazie all'introduzione di vere e proprie classi di scoring in cui le aziende vengono inserite a seconda della loro situazione. Questo serve sia per decidere se accettare o meno le loro richieste sia per differenziare le eventuali condizioni di trattamento: importo concesso, tasso di interesse, garanzie, etc. A fronte di un gran numero di informazioni che concorrono a fotografare la situazione finanziaria di una realtà imprenditoriale, grazie alla valutazione del merito creditizio, infatti, si arriva ad un solo unico valore che le riassume comprendendo sia quelle qualitative, sia quelle relative al comportamento di un'azienda nei confronti della banca stessa, sia quelle quantitative: analisi qualitativa: comprende le caratteristiche più generali dell'impresa richiedente come settore, localizzazione, punti di forza e di debolezza, forma giuridica, ad esempio, e anche il sistema di amministrazione e controllo adottato; analisi comportamentale: ricava le informazioni della Centrale dei Rischi (ACR), richiedibile periodicamente alla Banca d'Italia e utile per individuare le principali informazioni utili a stimare le probabilità di insolvenza di una impresa come la rotazione dei movimenti di conto corrente, la regolarità nei pagamenti e le eventuali sofferenze; analisi quantitativa: legata al bilancio, perché ne verifica l'attendibilità dei dati contenuti, ma anche

⁵⁰ In particolare, l'utilizzo di meccanismi di *machine learning* fa emergere rischi di opacità della decisione così che non è agevole verificare se il sistema ha reso possibili esiti scorretti o discriminazioni anche grazie all'utilizzo di dati personali. Più in generale, il credit scoring algoritmico può produrre inefficienze e decisioni non corrette nel caso in cui i prestatori utilizzino bias cognitivi e comportamentali dei consumatori sfruttando situazioni di vulnerabilità con la conseguente offerta di condizioni contrattuali più sfavorevoli che il richiedente è indotto ad accettare. A causa della nota caratterizzazione di 'black box' degli algoritmi di machine learning è difficile dare 'spiegazioni' sia ai consumatori che ai supervisori riguardo la logica sottesa alle decisioni basate sul credit scoring. Sull'uso di fonti di dati alternativi e sulla possibile inclusione di bias nel sistema di decisione; Si veda, in tal senso, C. O'NEIL, Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy, Penguin, 2016; F. PASQUALE, The Black Box Society. The secret Algorithms That Control Money and Information, Harward Univ. Press, 2015. ⁵¹ Sul punto si segnala la Circ. 285/2013 della Banca d'Italia che definisce, tra l'altro, i presidi che le banche sono tenute ad

Sul punto si segnala la Circ. 285/2013 della Banca d'Italia che definisce, tra l'altro, i presidi che le banche sono tenute ad adottare per assicurare una corretta misurazione del rischio, istruttoria, e revisione delle linee di credito (cfr. Parte I-Recepimento in Italia della CRD IV, Titolo IV – Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi, Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni, Allegato A – Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio).

scendono obblighi di comportamento per le banche più specifici rispetto a quello comune del *neminem laedere* che, come detto sono da individuare nel *bonus argentarius*.

Orbene se quindi il sistema creditizio ha già in essere delle regole con le quali verificare la corretta erogazione del credito da parte delle banche sarebbe agevole concludere il discorso affermando che questi sistemi di controlli sono sufficienti a verificare in modo tecnico la corretta erogazione del credito.

Spingendo ulteriormente la riflessione su un altro terreno e cioè nell'ambito del commercio elettronico e della relativa responsabilità degli intermediari il percorso compiuto dal legislatore è passato dalla cd. irresponsabilità degli hosting provider ad un sistema di responsabilità anche con la creazione della figura giurisprudenziale degli hosting provider attivi al meccanismo della responsabilità con enforcement con criteri sempre più algoritmici ovvero automatizzati. Orbene in un mercato digitalizzato e con la necessità di tutele immediate ed effettive e con l'adozione di misure che permettano la migliore tutela degli operatori l'enforcement algoritmico rappresenta senza dubbio un sistema attraverso il quale si delega alla tecnologia il rispetto delle regole.

Volendo allora tirare le fila del discorso la responsabilità per erogazione abusiva del credito appare sempre più un antico simulacro in una società tecnologicamente molto avanzata quasi un meccanismo di rispetto delle regole del gioco con la moviola e senza VAR (per utilizzare il linguaggio calcistico). In un sistema tecnologicamente avanzato il VAR è certamente rappresentato dall'*enforcement* algoritmico, e dalle linee guida mediche che nel meccanismo di erogazione del credito è ben rappresentato dal *framework* normativo nazionale, europeo ed internazionale.

Il dubbio che assale, allora il giurista è che nel mercato⁵² non tutto può essere affidato a regole matematiche ed addirittura algoritmiche in quanto l'iniziativa economica privata si esplicita con l'intraprendenza dell'essere umano e la mente umana non potrà mai essere rimpiazzata dall'intelligenza artificiale. La forza della mente umana sono i ragionamenti abduttivi, di cui Aristotele fu il precursore, in quanto solo l'elasticità della scelta umana può determinare lo svi-

luppo dell'impresa e del mercato. Lo sviluppo del mercato al di fuori delle regole presuppone una visione liberale e liberista che trova il proprio apice proprio nell'erogazione del credito. Quindi le regole devono essere interpretate senza sconfinare nell'arbitrio, ma senza l'intervento del VAR perché a fronte di qualche perdita, è sempre più diffusa l'idea che l'utilizzo del *credit scoring* algoritmico abbia almeno contribuito a migliorare il livello di personalizzazione dei servizi così come a ridurre le asimmetrie informative e incrementare la concorrenza grazie alla facilità e rapidità di cui possono usufruire i creditori nell'accesso alle diverse piattaforme. Non si può immaginare di andare verso una giustizia predittiva e verso il c.d. giudice inanimato, in quanto un ordinamento moderno non ha bisogno di giudici inanimati, ma di giudici con l'anima come diceva Calamandrei "che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che e il rendere giustizia". Ed allora allo stesso modo non si può immaginare che nell'erogazione del credito, che rappresenta forse il più importante momento di sintesi nel quale devono coniugarsi, regole, elasticità e tutela del mercato, tale decisione possa essere assunta e poi giudicata (dai giudici ex post) secondo una decisione robotica fondata: a) secondo il fatto, tenuto conto dell'analisi del dato e della sua interpretazione propria del processo decisorio della macchina, b) secondo i precedenti, avendo la macchina la capacità di esaminare tutta la storia dei dati passati, c) per legge, decidendo la macchina sulla base di regole⁵³. L'erogazione del credito deve essere assunta nella visione dello sviluppo del mercato, nel rispetto delle regole e con il vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità.

Roberto BOCCHINI

⁵² J. M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936.

⁵³ V. CIARDO, *Tutela dei diritti e prevedibilità delle decisioni: la giustizia predittiva*, in www.diritto.it

La recente evoluzione della responsabilità civile sanitaria

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. • 2. Le stagioni della responsabilità sanitaria. • 3. Il superamento del contatto sociale qualificato. • 4. (Segue) L'impatto della riforma sulle altre ipotesi di contatto sociale. • 5. Le pronunce di «San Martino» del 2019. • 6. La responsabilità sanitaria al tempo del Covid-19 • 7. (Segue). Il richiamo all'art. 2236 c.c. • 8. (Segue)La responsabilità delle strutture sanitarie. Profili di responsabilità a carico della pubblica amministrazione per mancata adozione di misure precauzionali. • 9. Considerazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi.

La legge 8 marzo 2017 n. 24 ha riformato profondamente la materia della responsabilità civile in ambito sanitario¹.

¹La riforma si caratterizza per essere il primo tentativo riuscito di riforma organica in materia di responsabilità sanitaria. Precedentemente la l. 8 novembre 2012, n. 189 c.d. "Balduzzi" – dal nome dell'On. Renato Balduzzi, Ministro alla Salute dal 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013, al quale si deve in realtà il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 e non la legge di conversione – ha tentato – ma invano – di intervenire in maniera organica in materia.

Dal 2008 sono stati presentati diversi disegni di legge con l'obiettivo comune di autonomizzare la responsabilità della struttura da quella del singolo operatore: in particolare si segnalano il d.d.l. Gasparri (n. 1067/2008), il d.d.l. Bianchi (n. 1183/2008), il d.d.l. Tommasini (n. 50/2008), il d.d.l. Pedoto (n. 3806/2010).

Inoltre, la riforma si caratterizza per l'origine "mista" cioè tecnica e parlamentare e per l'ampia campagna informativa che l'ha preceduta.

In particolare, il 26 marzo 2015, Guido Alpa è stato incaricato di presiedere la Commissione consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie con il compito di elaborare un progetto di riforma in materia. Tale progetto è stato poi oggetto dei lavori parlamentari – relatori alla Camera On. Gelli e al Senato On. Bianco – che hanno portato alla riforma in commento sulla quale si vedano AA.Vv. La responsabilità sanitaria. Commento alla L. 8 marzo 2017, n. 24, a cura di Alpa, Pisa, 2017; AA.VV. La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione, a cura di Gelli, Hazan e Zorzit, Milano, 2017; PONZANELLI, Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli, in questa rivista, 2017, p. 356 ss.; ALPA, Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli, in questa rivista, 2017, p. 728 ss.; DE MATTEIS, La responsabilità in ambito sanitario. Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi, 2ª ed. rivista e aggiornata (2007, 1ª ed.), Padova, 2017; FACCIOLI, La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte), in Studium iuris, 2017, p. 659 ss.; ID., La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Seconda parte), in Studium iuris, 2017, p. 786 ss.; GAG-GERO, L'azione diretta del danneggiato nei confronti dell'assicuratore della responsabilità civile sanitaria, in questa rivista, 2018,

Dai lavori preparatori emergono con chiarezza le motivazioni sottese all'intervento legislativo: in particolar modo, si è avvertita l'esigenza di porre un freno al dilagare della c.d. medicina difensiva, peraltro già oggetto di attenzione nella legge 8 novembre 2012, n. 189, c.d. legge "Balduzzi". Oltre al tentativo di garantire maggiore serenità al professionista, la riforma persegue l'obiettivo di abbreviare i tempi per ottenere il risarcimento dei danni subiti dai pazienti e di alleggerire il contenzioso pendente in materia².

p. 734 ss.; ALPA, Orientamenti della giurisprudenza sulla nuova disciplina della responsabilità medica, in questa rivista, 2019, p. 1 ss

Si segnalano inoltre i contributi pubblicati su Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica, 1, 2017: Pucella, È tempo per un ripensamento del rapporto medico – paziente?, p. 3 e 4; Franzoni, La nuova responsabilità in ambito sanitario, p. 5-16; Gorgoni, La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro, p. 17-34; Scognamiglio, Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?, p. 35-42; Ziviz, Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico.

² Si legge nella relazione elaborata dal Prof. Alpa che «la Commissione si è preoccupata soprattutto della redazione di un testo normativo, ben consapevole degli effetti economici e sociali cagionati dalla c.d. medicina difensiva, nonché della gestione dei rischi, della copertura assicurativa dei rischi, e pure della risoluzione mediante conciliazione-mediazione delle liti insorte a seguito di danni causati da o imputati agli esercenti le professioni sanitarie. Le finalità delle disposizioni [...] sono perciò plurime: non solo chiarire le formule con cui si è provveduto, con il d.l. n. 158/2012 conv. in l. n. 189/2012, a modificare la responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie, e rimuovere l'incertezza interpretativa, ma anche assicurare ai cittadini una più efficiente assistenza in campo medico, negli accertamenti per la individuazione delle terapie e negli interventi clinici, e nella fase del risarcimento del danno eventualmente cagionato dall'attività svolta da tali soggetti, limitando, per quanto possibile, il ricorso al giudice ordinario e quindi, in prospettiva, riducendo il carico di lavoro attualmente gravante sui tribunali a causa della c.d. medical malpractice».

³ È bene chiarire che la riforma fa riferimento agli esercenti le professioni sanitarie e dunque non comprende solo i medici ma anche gli infermieri, le ostetriche e gli altri operatori del settore recependo in tal modo il superamento della distinzione tra professioni sanitarie "principali" e ausiliarie avvenuto ad opera dell'art. 1 comma I della legge 26 febbraio 1999 n. 42

Come è emerso dai commenti agli articoli precedenti, la riforma ha carattere organico dal momento che non si limita a intervenire sulla responsabilità civile ma si sofferma altresì su quella penale mettendo al centro l'attività di prevenzione della malpractice sanitaria.

Questo dato è di per sé rilevante dal momento che manifesta la consapevolezza che la *malpractice* sanitaria solleva problemi irriducibili al rapporto di stampo civilistico tra operatore sanitario e struttura da un lato e paziente dall'altro ma richiede interventi a più ampio raggio, di monitoraggio e prevenzione del rischio e volti alla creazione di un'area di rispetto a livello penale per gli esercenti la professione sanitaria³.

Anche con riferimento alla sola responsabilità civile la materia si presenta complessa, come emerge dalla disposizione in commento che fa riferimento a tre differenti posizioni giuridiche: a) della struttura sanitaria indifferentemente pubblica o privata; b) dell'operatore dipendente da una struttura; c) dell'operatore libero - professionista⁴.

L'art. 7 della riforma recepisce il sistema composito della responsabilità civile sanitaria e si snoda nei seguenti punti salienti:

- viene confermata la responsabilità contrattuale della struttura sanitaria che risponde ai sensi degli articoli 1218 e 1228 c.c.;
- la posizione giuridica dell'esercente la professione sanitaria nell'ambito di una struttura viene ricon-

per il quale "La denominazione "professione sanitaria ausiliaria" nel testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, e successive modificazioni, nonché in ogni altra disposizione di legge, è sostituita dalla denominazione "professione sanitaria".

⁴ Per la complessità della materia si veda, già sul finire degli anni '90, G. ALPA, La responsabilità medica, in Resp. civ. e prev., 1999, 315 per il quale "... oggi non si deve tenere in conto soltanto il rapporto diretto medico - paziente, costituito dal rapporto contrattuale costituito sulla base del rapporto d'opera intellettuale o costituito dal contatto sociale che ha cagionato il danno in assenza di un rapporto contrattuale, rapporto sul quale per tradizione si era studiata e delineata l'area della responsabilità, quanto piuttostoil complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc. Tra l'altro l'attività medico sanitaria non coinvolge solo i medici, ma anche personale con diverse qualificazioni, come infermieri e assistenti sanitari, ostetriche, tecnici di radiologia medica, tecnici di riabilitazione, etc. ".

dotta nell'alveo della responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., superandosi - in maniera chiara e netta - la figura del contatto sociale;

- si conferma la previsione già contenuta nella legge "Balduzzi" e originale in materia di responsabilità civile per la quale il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto dello scarto tra la condotta tenuta dall'esercente la professione sanitaria e quella prescritta dalle linee guida o, in mancanza, dalle buone pratiche clinico assistenziali adeguate al caso concreto;
- per la quantificazione dei danni risarcibili si richiamano le tabelle di cui agli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, novità che, se letta assieme alla previsione dell'obbligo di assicurazione (art. 10) e dell'azione diretta nei confronti dell'assicurazione dell'operatore o della struttura (art. 12), è significativa di un avvicinamento della responsabilità sanitaria alla R.C. auto.

Per inquadrare appieno le innovazioni legislative occorre contestualizzare il novum tenendo conto tanto dell'evoluzione che ha interessato la materia della responsabilità sanitaria prima dell'entrata in vigore della riforma quanto del più recente impatto dell'epidemia, che ha messo a dura prova la tenuta del sistema, richiedendo un rinnovato bilanciamento degli interessi emergenti in materia.

2. Le stagioni della responsabilità sanitaria.

Come è noto, la storia della responsabilità sanitaria è quella della «mutazione genetica della figura del professionista, un tempo *genius loci* ottocentesco, oggi ambita preda risarcitoria»⁵.

In una prima fase, il rapporto tra medico e paziente si presenta squilibrato a vantaggio del primo sia sul versante delle informazioni, di cui solo il primo è in possesso, sia su quello dell'impostazione concettuale di riferimento: se il medico decide «secondo scienza e coscienza» si ha una impossibilità logica prima ancora che giuridica di individuare un errore nell'attività svolta.

Di questa impostazione risente il quadro giuridico di riferimento che ruota attorno alla obbligazione di

⁵ Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, con nota di PU-CELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in questa *Rivista*, 2018, 64. Si tratta della storica pronuncia a cui si deve il criterio del più probabile che non per l'accertamento del nesso di causalità nel diritto civile.

mezzi del professionista sanitario, con conseguente onere della prova della colpa in capo al paziente⁶.

Lo stesso legislatore del 1942 manifesta un sicuro favore per i professionisti intellettuali come si desume dall'art. 2236 c.c. che, nell'intenzione dei *conditores*, è funzionale a «non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso» (Relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917).

Infine, in tale prima fase la scarsa incidenza sul contenzioso della *malpractice* sanitaria si spiega anche alla luce della concezione della malattia e della morte, considerate quali ineluttabili parti dell'esistenza, delle quali non può che prendersi atto⁷.

Nella seconda stagione della responsabilità sanitaria, che recentemente è stata fatta risalire al 1978⁸ e terminare con la legge 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», intervengono due importanti cambiamenti: viene superata l'area di rispetto per i medici; si fa strada una autonoma responsabilità delle strutture sanitarie.

In questa fase le linee guida e le buone pratiche clinico assistenziali standardizzano l'attività del medico rendendo fruibile un parametro di valutazione, grazie al quale affermare la responsabilità in base ad una valutazione oggettiva di colpa condotta mediante la consulenza tecnica di ufficio.

Nella società dell'informazione, si schiudono ai pazienti, ormai scolarizzati, le porte della conoscenza medica. Ancora, il rapporto tra medico e assistito viene man mano improntato alla consensualità e il progetto di cura ricondotto ad una «intesa tra due protagonisti in ruoli diversi: il medico e la sua competenza sul versante scientifico e tecnico ...; il paziente e la sua competenza riguardo alle scelte di vita»⁹.

In questa fase la tutela del professionista intellettuale cede rispetto all'interesse alla riparazione e compensazione dei danni, che diviene primario alla luce del passaggio dal fatto illecito al fatto dannoso¹⁰.

Il distacco della responsabilità civile rispetto a quella penale, la prima riparatoria del danno ingiusto, la seconda sanzionatoria della condotta colpevole, in uno con la preminenza dei beni che vengono in rilievo, la salute (art. 32 Cost.) e l'autodeterminazione (art. 13 Cost.), fanno della responsabilità civile sanitaria un campo minato per gli operatori.

La giurisprudenza recepisce i cambiamenti intervenuti e ad un tempo li agevola creando un apparato di regole operazionali che rendono la responsabilità sanitaria un «sottosistema» della responsabilità civile.

È in questa prospettiva che possono leggersi le seguenti «innovazioni» giurisprudenziali, molte delle quali sorte in ambito sanitario e poi esportate altrove:

 il superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato¹¹;

⁶ Sulla categoria delle obbligazioni di mezzi si vedano in particolare CARUSI, Responsabilità del medico e obbligazione di mezzi, in Rass. dir. civ., 1991, 485 ss.; D'AMICO, La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale, Napoli, 1999; DI MAJO, Delle obbligazioni in generale, artt. 1173-1320, in Comm. cod. civ., Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 463 ss.; MENGONI, Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico), in Riv. dir. comm., I, 1954, 186 ss., 280 ss., 305 ss., 365 ss., 383 ss.; PIRAINO, Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile, in Europa dir. priv., 2008, 83 ss; RESCIGNO, Obbligazioni, in Enc. Dir., XXIX, 1979, 190 ss.

Per la dottrina francese si veda, anche per indicazioni bibliografiche, FAURE ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Poitiers, 2003, 242 ss.

⁷ Per l'evoluzione del contenzioso in materia si veda Ros-SETTI, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in *Quaderni del massimario*, 2011, disponibile sul sito *web* della Corte di cassazione.

⁸ Fa risalire la seconda stagione della responsabilità sanitaria alla nota Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, PONZANELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit. Con tale pronuncia si superò in parte la riconduzione dell'impegno del medico all'obbligazione di mezzi dal momento che, nel caso di prestazione medica non implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, si configurò un'obbligazione di risultato in capo al professionista: si veda Cass. civ., 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953.

⁹ ZATTI, *Brevi note sull'interpretazione della legge*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 3, a commento della legge 22 dicembre 2017, n. 219, relativa al consenso informato e alle disposizioni anticipate di trattamento.

¹⁰ Si veda in particolare RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

¹¹ Si veda in particolare Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, per la quale la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato «... non è immune da profili problematici, specialmente se applicata proprio alle ipotesi di prestazione d'opera intellettuale, in considerazione della struttura stessa del rapporto obbligatorio e tenendo conto, altresì, che un risultato è dovuto in tutte le obbligazioni.

- l'importazione, da un ordinamento con caratteristiche differenti, della «finzione giuridica»¹² del contatto sociale qualificato¹³;
- l'affermazione della regola del più probabile che non in materia di nesso di causalità¹⁴;
- l'inserimento tra i danni ingiusti della lesione della *chance*, per temperare la regola dell'*all or no*thing in materia di causalità¹⁵;

In realtà, in ogni obbligazione si richiede la compresenza sia del comportamento del debitore che del risultato, anche se in proporzione variabile, sicché molti Autori criticano la distinzione poiché in ciascuna obbligazione assumono rilievo così il risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo, come l'impegno che il debitore deve porre per ottenerlo».

In senso critico nei confronti dell'inversione dell'onere probatorio sancito, in ambito sanitario, da Sez. Un. civ. n. 577/2008 si vedano: M. Gorgoni, Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato, in questa Rivista, 2008, 856; EAD., Gli obblighi attraverso il prisma dell'onere della prova, in Resp. civ., 2010, 669; LEPRE, Responsabilità medica: il c.d. inadempimento qualificato, la prova del nesso causale tra inadempimento e danni e il diverso onere probatorio a seconda del contenuto dell'obbligazione sanitaria, in Giur. merito, 2009, 1; PUCELLA, Inadempimento «qualificato», prova del nesso di causa e favor creditoris, in questa Rivista, 2014, 1087; nonché ID., Causalità e responsabilità medica: cinque variazioni del tema, in Danno resp., 2016, 821.

In Canzio-Proto Pisani, Evoluzione storica e linee di tendenza della giurisprudenza di legittimità in tema di colpa medica, in disCrimen, 2010, 47, si legge: «Anche la ripartizione tra le parti degli oneri probatori nell'azione di responsabilità contrattuale, operata dalle sezioni unite nella sentenza n. 577 del 2008 – secondo cui in tema di responsabilità contrattuale l'attore deve allegare "un inadempimento, per così dire, qualificato, e cioè efficiente alla produzione del danno" e "competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno" – sembra porre sempre a carico della struttura o del medico convenuti l'incertezza della causa ignota del danno».

- ¹² ALPA, Ars interpretandi *e responsabilità sanitaria a seguito* della nuova legge Bianco-Gelli, in Contratto impr., 2017, 733.
- ¹³ Sul punto sia consentito rinviare a PITTELLA, Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"?, in Contratto impr., 2020, 418 ss.
- ¹⁴ Ciò avviene con Cass. civ., 16 ottobre 2007, n. 21619, sulla quale si veda *supra* nt. 2.
- 15 Si veda da ultimo Cass., 11 novembre 2019, n. 28993, con note di Frenda, Alla ricerca del danno risarcibile tra chances perdute e lesione del diritto di autodeterminazione, in Nuova giur. civ. comm., 2020, 305; e di L. La Battaglia, La responsabilità del medico e l'insostenibile incertezza della chance perduta, in Il Foro Italiano Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento, a cura di Pardolesi, 2020, 98.

 l'ispessimento degli obblighi informativi a carico del medico, al punto tale da richiedergli di rendere edotto il paziente dell'inadeguatezza della struttura presso la quale opera¹⁶.

Tale «diritto speciale del professionista intellettuale medico»¹⁷ porterà a «denunciare» «una sorta di miopia diffusa, soprattutto a livello giurisprudenziale, che come ogni forma di miopia consente di vedere bene da vicino ma impedisce di vedere bene in lontananza. Non v'è dubbio, infatti, che con riguardo alla situazione individuale delle singole vittime una giurisprudenza arcigna nei confronti del professionista è ben accetta ma in una ottica diffusa e più generale ci si avvede che questa stessa giurisprudenza fomenta i rischi or ora denunziati di scivolamento verso la medicina difensiva»¹⁸.

Al contempo, in tale fase storica, si assiste all'autonomizzazione della responsabilità delle strutture, indifferentemente pubbliche o private, da quella dei medici.

In un primo momento, la responsabilità della struttura sanitaria è stata costruita quale responsabilità di secondo grado, intimamente legata a quella del medico e il rapporto tra ente sanitario e paziente è stato ricondotto al contratto d'opera intellettuale, sul rilievo che la prestazione oggetto dell'impegno della struttura sarebbe la medesima alla quale è tenuto l'operatore sanitario¹⁹. Da ciò è derivato, come

DE MATTEIS, Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario, in ALEO-DE MATTEIS-VECCHIO (a cura di), Le responsabilità in ambito sanitario, Padova, 2014, 142. Si veda anche QUADRI, Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo, in questa Rivista, 2017, 33 s.

¹⁷ PONZANELLI, Medical malpratice: la legge Bianco-Gelli, in Contratto impr., 2017, 357.

¹⁸ MAZZAMUTO, Note in tema di responsabilità civile del medico, in Europa dir. priv., 1999, 501 ss.

Sulla materia della responsabilità medica a tutto campo si veda Castronovo, *Swinging malpractice*. *Il pendolo della responsabilità medica*, in *Europa dir. prov.*, 3, 847 ss.

¹⁹ La dottrina che si è soffermata sull'inquadramento del rapporto tra struttura e paziente – sul quale non è consentito in questa sede dilungarsi – ha osservato che la giurisprudenza meno recente ha seguito differenti percorsi interpretativi (contratto atipico di spedalità; contratto d'opera professionale; rapporto di fonte legale) che, a livello di regole operazionali, «mostrano unitarietà di indirizzo nel rinvio sempre alla disciplina del contratto d'opera professionale». Si veda, anche per i riferimenti giurisprudenziali, DE MATTEIS, *Responsabilità e servizi*

ammesso da una pronuncia a Sezioni Unite della Cassazione, «che il presupposto per l'affermazione della responsabilità contrattuale della struttura fosse l'accertamento di un comportamento colposo del medico operante presso la stessa»²⁰.

In questo quadro, per venire incontro alle istanze di tutela dei pazienti, la giurisprudenza ha proceduto ad un allargamento della responsabilità dell'operatore sanitario, per ampliare di conseguenza la responsabilità della struttura²¹.

Solo successivamente si è avuta «l'apertura del sistema ad una concezione della responsabilità della struttura come autonoma rispetto al fatto illecito del medico e strutturalmente correlata all'inadempimento di obblighi (di varia natura) che ad essa fanno capo»²².

Ciò è accaduto quando si è considerato che al centro della moderna medicina è collocato non tanto l'atto medico ma l'attività sanitaria, irriducibile alla somma degli atti medici ma riconducibile a quel «complesso dei rapporti che, oltre a quello di tipo personale, si istituiscono nel momento in cui un soggetto è destinatario di prestazioni mediche di ogni

sanitari, in Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ., diretto da Galgano, I ed., Padova, 2007, passim e spec. 124 e 356. In relazione alla responsabilità delle strutture sanitarie per deficienze organizzative si segnalano, fra i tanti, Breda, La responsabilità autonoma delle strutture sanitarie, in Nuova giur. civ. comm., 2007, II, 103 ss.; Cuccia, La responsabilità dell'Azienda sanitaria da deficit organizzativo, in ALEO-DE MATTEIS-VECCHIO (a cura di), Le responsabilità in ambito sanitario, cit., 1121 ss.; Faccioli, La responsabilità della struttura sanitaria per carenze strutturali ed organizzative, in questa Rivista, 2006, 515 ss.; ID., Ancora sulla responsabilità degli enti sanitari per carenze strutturali ed organizzative: la definizione dello standard di efficienza esigibile dall'ospedale, ivi, 2007, 521 ss.; M. GORGONI, L'incidenza delle disfunzioni della struttura ospedaliera sulla responsabilità «sanitaria», in questa Rivista, 2000, 952 ss.; ZENO-ZENCOVICH, Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento, in Riv. dir. civ, 2008, 297-340.

Di notevole interesse l'analisi delle regole operazionali elaborate dalla giurisprudenza in Rossetti, *Responsabilità sanitaria* e tutela della salute, cit. tipo, diagnostiche, preventive, ospedaliere, terapeutiche, chirurgiche, estetiche, assistenziali, etc.»²³.

Pertanto, si prende atto che la struttura si impegna ad erogare un servizio complesso, che va oltre la prestazione del medico e comprende tutte quelle prestazioni organizzative e strumentali alla cura del paziente, con la conseguenza che l'ente risponde sia per fatto proprio ai sensi dell'art. 1218 c.c. che per fatto degli ausiliari di cui si avvale per l'esecuzione della prestazione, ai sensi dell'art. 1228 c.c.²⁴.

La terza stagione della responsabilità sanitaria è dovuta alle sempre maggiori critiche all'eccesso di responsabilità per i medici, cui è seguito il noto fenomeno della medicina difensiva, che il medico adotta (anche) per difendersi dal rischio dell'esposizione giudiziaria, onde evitare una perdita di credibilità professionale, oltre che eventuali sanzioni civili o penali²⁵.

Sul fenomeno si rinvia a Forti-Catino-D'Alessandro-Mazzucato-Varraso (a cura di), Il problema della medicina difensiva, Pisa, 2010; Bartoli, I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva, in Riv. it. med. leg., 2011, 1107 ss.; Buccelli, La "koine" medico-legale tra medicina e diritto: cinque pericoli per reciproche incomprensioni, in Riv. it. med. leg., 2009, 264 ss.; Granelli, La medicina difensiva in Italia, in questa Rivista, 2016, 22 ss.; Izzo, Il tramonto di un "sottosistema" della r.c.: la responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale, in Danno resp., 2005, 137 ss.; Roiati, Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica, in Riv. it. med. leg., 2011, 1125 ss.

²⁰ Sez. Un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, cit.

²¹ Tale evoluzione è ricostruita da DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario. Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, cit., 127 ss.

²² DE MATTEIS, Le responsabilità civili in ambito sanitario, Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario, cit., 150. Nella stessa prospettiva si veda CATERINI, Atto aziendale e responsabilità sanitaria, in ALPA (a cura di) La responsabilità sanitaria commento alla legge 8 marzo 2017 n. 24, Pacini ed., 2017, 76 ss.

²³ ALPA, *La responsabilità medica*, in questa *Rivista*, 1999, 315 ss.

²⁴ Tale approdo rappresenta l'esito di studi tanto giuridici che aziendalistici. Per questi ultimi si vedano tra gli altri CINOTTI (a cura di), *La gestione del rischio nelle organizzazioni sanitarie*, Roma, 2004, 15 ss.; REASON, *Human Error: models and management*, in *BMJ 320*, 2000, 768-770. Per quelli giuridici è obbligato il riferimento a DE MATTEIS, *Dall'atto medico all'attività sanitaria. Quali responsabilità*, in *Trattato di Biodiritto*, diretto da Rodotà-Zatti, *Le Responsabilità in medicina*, Milano, 2011, 133 ss. Per i riferimenti legislativi e giurisprudenziali, dai quali può desumersi la concezione autonoma del «fare organizzato» della struttura rispetto al «fare professionale» del medico, si veda R. DE MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario, Dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, cit., 136 ss.

²⁵ La medicina difensiva è fenomeno non solo nazionale: i ricercatori del *European Center of Tort and Insurance Law* di Vienna ad esito di una approfondita ricerca svolta in ambito europeo [KOCHDE GRUYTER (a cura di), *Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions*, Berlino-Boston, 2011] si sono soffermati sulle dimensioni del fenomeno, presente in tutti gli Stati europei.

L'art. 7, comma 3, della 1. 8 marzo 2017, n. 24, riconduce la responsabilità dell'operatore sanitario, che non abbia concluso un contratto con il paziente, nell'alveo della disciplina dell'illecito extracontrattuale²⁶.

Pur senza superare l'azione diretta nei confronti dell'esercente una professione sanitaria all'interno di una struttura, la riforma, prevedendo un diversificato regime, extracontrattuale per il primo, contrattuale per la seconda, persegue l'obiettivo di scoraggiare l'azione nei confronti dell'operatore.

La diversificazione delle posizioni giuridiche in tal modo perseguita non può che essere approvata: mentre la struttura esercita una attività assimilabile a quella di impresa e dunque risponde dell'inadeguatezza organizzativa rispetto alla prestazione complessa cui è tenuta, l'operatore costituisce un tassello di un'attività complessa²⁷.

Il buon esito della prestazione sanitaria dipende, infatti, dall'attività organizzativa svolta a monte dall'ente, nell'ambito della quale si inserisce la presta-

Per l'esperienza statunitense si rinvia al noto saggio PRIEST, The current insurance crisis and modern tort law, in Yale Law Journal, 1987, 96, 1524.

Valorizza l'atto aziendale quale strumento per programmare l'attività cui è tenuta la struttura, CATERINI, *Rapporto di assistenza*, "contenuto minimo" e tutela della persona, in Rass. dir. civ., 2009, 356 ss.

zione del medico.

3. Il superamento del contatto sociale qualificato.

Come si è visto, l'art. 7, comma 3, della 1. 8 marzo 2017 n. 24 ha ricondotto la responsabilità dell'operatore sanitario, che non abbia concluso un contratto con il paziente, nell'alveo della disciplina dell'illecito extracontrattuale.²⁸

Tale passaggio merita un particolare approfondimento.

La novella si pone infatti in rottura con l'indirizzo che ha da tempo sottoposto l'illecito dell'operatore sanitario alla disciplina dell'inadempimento dell'obbligazione, anche in assenza di un contratto con il paziente²⁹, ricorrendo alla figura del contatto sociale, intesa quale fonte di un'obbligazione di protezione³⁰.

Il superamento di tale indirizzo, tentato con la legge 8 novembre 2012 n. 189, di conversione del decreto "Balduzzi" ³¹, che faceva un timido riferi-

²⁶ Precedentemente la l. 8 novembre 2012, n. 189 c.d. «Balduzzi» – dal nome dell'On. Renato Balduzzi, Ministro alla Salute dal 16 novembre 2011 al 28 aprile 2013, al quale si deve in realtà il d.l. 13 settembre 2012, n. 158, e non la legge di conversione – ha tentato – ma invano – di intervenire in maniera organica in materia.

²⁷ Si veda in particolare la presentazione del progetto di riforma ad opera della Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie presieduta da Guido Alpa, ove si precisa che: «il modello italiano, nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dai modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell'Unione europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono in modo netto inoltre le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica, perché si tiene conto del fatto che la struttura sanitaria offre un servizio articolato, comprensivo di ospitalità, di servizi, della fornitura di farmaci e di strumenti medici, di terapie principali e collaterali, ed è, pubblica o privata che sia, convenzionata o meno, una impresa, come intesa nel linguaggio e nella normativa europea, mentre l'esercente la professione sanitaria svolge una attività intellettuale».

²⁸ Sul punto si rinvia a PITTELLA, Dall'obbligazione senza prestazione alla responsabilità extracontrattuale del medico: rigetto locale o totale del contatto sociale "qualificato"?, in Contratto impr., 2020, 418 ss.

²⁹ L'indirizzo giurisprudenziale poi consolidatosi è stato inaugurato dalla nota pronuncia Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in Foro it., 1999, I, p. 3332; in Danno e resp., 1999, p. 294, con nota di CARBONE, La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto e di DE MATTEIS, La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale; in Corriere giur., 1999, p. 441, annotata da DI MAJO, L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione; in Giust. civ., 1999, I, p. 999; in Arch. civ., 1999, p. 713; in Resp. civ., 1999, p. 652, con nota di FORZIATI, La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione; in Contratti, 1999, p. 999, con nota di GUERINONI, Obbligazione da "contratto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi); e in Nuova giur. civ., 2000, con commento di THIENE, La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

³⁰ L'intuizione dell'obbligazione di protezione senza prestazione, nell'ordinamento interno, si deve a Castronovo. In particolare, si vedano CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXI, p. 1 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 2009, p. 679 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 2011; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; ID, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

³¹ Per la ricostruzione del dibattito e delle oscillazioni giurisprudenziali sulla formulazione letterale dell'art. 3 della legge n. 189 del 2012 si veda BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *questa rivista*, 2014, p. 768 ss.

mento all'art. 2043 c.c., riesce con la legge Gelli – Bianco, ove si opta in maniera cristallina per il regime della responsabilità extracontrattuale.

Il rigetto del "dogma" del contatto sociale nella materia della responsabilità sanitaria, pur trovando ancora delle resistenze³², sembra in realtà aprire le porte ad un ripensamento di questa figura, come sedimentata nella giurisprudenza quasi ventennale.

A fronte delle critiche mosse all'obbligazione senza prestazione sulla base dell'evoluzione della figura nell'ordinamento tedesco³³, non si è fatta attendere la risposta di Castronovo³⁴, per il quale il contatto sociale rappresenta una fonte di obbligazioni nell'ordinamento interno (anche) a prescindere dall'argomento di diritto comparato e ciò sulla base di precisi referenti normativi, giustificativi dell'obbligazione protettiva³⁵.

La base normativa dell'obbligazione senza prestazione viene allora individuata, in via alternativa:

– nel combinato disposto degli articoli 12 delle disposizioni sulla legge in generale e 1337 c.c.: quest'ultima disposizione, riferita alle sole trattative, è suscettibile di applicazione analogica, per *eadem ratio*, ai casi in cui vi è un affidamento a prescindere da una trattativa contrattuale³⁶;

– nell'art. 1173 c.c. che prevede un sistema aperto di fonti delle obbligazioni e che dunque giustifica, in quanto meritevole alla luce dell'ordinamento, la giuridicizzazione dell'obbligo di proteggere un soggetto in caso di affidamento qualificato³⁷.

A sostegno di tale ricostruzione è invocato il principio di ragionevolezza: se è il contatto sociale e non la trattativa a dare vita ad un'obbligazione di protezione allora il vincolo giuridico sorge a prescindere da una trattativa in atto³⁸.

Vengono inoltre richiamate anche le ipotesi codicistiche che positivizzano singoli obblighi di protezione in assenza di una relazione contrattuale o accessori a quest'ultima (come l'articolo 1718 c.c. in materia di mandato o l'articolo 2087 c.c. in materia di tutela delle condizioni di lavoro)³⁹.

4. L'impatto della riforma sulle altre ipotesi di contatto sociale.

In ogni caso, con la riforma risulta superato il contatto sociale in materia di responsabilità sanitaria.

Le motivazioni alla base del *novum* vanno rintracciate nell'esigenza di rispecchiare il processo di autonomizzazione della posizione giuridica della struttura rispetto a quella del medico operante nell'ambito della prima: la struttura risponde dell'inadeguatezza organizzativa rispetto alla prestazione complessa cui è tenuta; il secondo è un tassello di un'attività complessa⁴⁰. La riforma persegue infatti l'obiettivo di contrastare il fenomeno della medicina difensiva rendendo sostenibili i costi sociali della responsabilità sanitaria⁴¹.

³² Dubbi in tal senso vengono espressi, come si vedrà, da CALVO, La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria, in Nuove leggi civ. comm., 3, 2017, p. 465 ss. e da QUADRI, Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo, in Resp. civ. prev., 2017, 1, p. 38.

³³ ZACCARIA, Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale», cit., passim.

³⁴ Risposta che segue ad uno scambio "acceso se solo si tiene conto dell'intitolazione del paragrafo dedicato da Castronovo alla replica alla critica di Zaccaria: «L'obbligazione senza prestazione e la critica che viene dal freddo» (CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit.).

³⁵ CASTRONOVO, Eclissi del diritto civile, cit., p. 145 ss.

³⁶ Castronovo, *ibidem*, p. 146.

³⁷ CASTRONOVO, *ibidem*, p. 145 ss. In questo modo l'Autore risponde alla critica di ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts – La resistibile ascesa del «contatto sociale»*, cit., p. 89 ss. per il quale: «Il problema è che, secondo Canaris, un semplice richiamo al "contatto sociale" (nel senso già fatto proprio da Dölle) al fine di fondare obblighi di protezione non

potrebbe considerarsi sufficiente. L'idea di fondo è che il diritto debba sempre "regnare sovrano", e che obblighi di protezione al di là della sfera della responsabilità precontrattuale non possano pertanto essere fondati su un semplice "contatto sociale" (in quanto tale, se di per sé considerato, estraneo all'ordinamento). Gli obblighi di protezione al di là della sfera precontrattuale, nel contesto di una sia pure generale *Vertrauenshaftung*, dovrebbero essere invece fondati o sull'analogia con fattispecie in modo specifico legislativamente regolate o in collegamento con la fattispecie della responsabilità in *contrahendo*».

³⁸ CASTRONOVO, Eclissi del diritto civile, cit., p. 145 ss.

³⁹ In tal senso THIENE, *Inadempimento e obbligazioni senza* prestazione, in *Trattato della responsabilità contrattuale* a cura di Visintini, Torino, 2009, p. 331-337.

⁴⁰ Valorizza l'atto aziendale quale strumento per programmare l'attività cui è tenuta la struttura, CATERINI, *Rapporto di assistenza, "contenuto minimo" e tutela della persona*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, p. 356 ss.

⁴¹ Per i costi che si ricollegano alla garanzia del diritto alla salute si rinvia a Bocchini, *Salute e sanità tra solidarietà e responsabilità*, in *questa rivista*, 2018, p. 127 ss.; piú in generale, sul rapporto tra sostenibilità e ordinamento civile si veda Caterni, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, cit., *passim*.

Di tale evoluzione si trova precisa traccia nei lavori preparatori, infatti nella relazione di presentazione del progetto di riforma ad opera della Commissione Consultiva per le problematiche in materia di medicina difensiva e di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie, si precisa che:

«il modello italiano, nella configurazione che era andato via via assumendo, differiva dalla gran parte dai modelli degli altri ordinamenti dei Paesi Membri dell'Unione europea, in cui, pur talvolta ricorrendo a qualche tecnica di inversione dell'onere della prova, il sistema di responsabilità medica è fondato esclusivamente sulla responsabilità extracontrattuale. Quei modelli distinguono in modo netto inoltre le posizioni della struttura sanitaria da quelle dell'esercente la professione medica, perché si tiene conto del fatto che la struttura sanitaria offre un servizio articolato, comprensivo di ospitalità, di servizi, della fornitura di farmaci e di strumenti medici, di terapie principali e collaterali, ed è, pubblica o privata che sia, convenzionata o meno, una impresa, come intesa nel linguaggio e nella normativa europea, mentre l'esercente la professione sanitaria svolge una attività intellettuale»⁴².

Va infine chiarito che la novella riguarda tanto il dovere di curare quanto quello di informare l'assistito⁴³, la cui violazione risulta sanzionabile alla luce dell'art. 2043 c.c. Ciò si desume non solo dalle ra-

⁴² Come si è anticipato, la riforma costituisce in gran parte la trasposizione del testo elaborato dalla Commissione consultiva presieduta da Guido Alpa, insediata con decreto del 26 marzo 2015 dal Ministro Lorenzin.

Nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione Alpa la rubrica della disposizione era rubricata differentemente: «Responsabilità della struttura e dell'esercente la professione sanitaria per inadempimento della prestazione sanitaria».

Pur facendosi riferimento all'"inadempimento della prestazione sanitaria" al comma 3 della disposizione si stabiliva che «L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile». Evidentemente nel corso dei lavori preparatori si è voluto eliminare ogni riferimento all'inadempimento di un'obbligazione per evitare una riemersione della figura del contatto sociale.

La formulazione era però chiara nell'evidenziare che, a prescindere, dall'esistenza di un obbligo di prestazione a carico del medico (che, a ben vedere, può derivare anche dal contratto concluso tra medico e struttura sanitaria), la disciplina applicabile è quella della responsabilità extracontrattuale.

⁴³ Sulla rilevanza del consenso informato nel rapporto medico assistito si rinvia, tra i molti altri, a GRAZIADEI, *Il consenso informato e i suoi limiti*, in *I diritti in medicina*, a cura di Lenti,

gioni giustificative della novella, che verrebbero tradite se si escludesse l'area del consenso informato al trattamento sanitario ma anche dalla legge 22 dicembre 2017, n. 219, relativa al consenso informato e alle disposizioni anticipate di trattamento, che recepisce la surriferita differenziazione tra posizione della struttura e del professionista stabilendo che ciascuna struttura «garantisce con proprie modalità organizzative l'attuazione dei principi di cui alla presente legge, assicurando l'informazione necessaria ai pazienti e l'adeguata formazione del personale» (art. 1 comma 9)⁴⁴.

Da ultimo, è necessario soffermarsi sugli effetti della riforma sulle figure di contatto sociale che continuano a trovare applicazione giurisprudenziale: occorre infatti chiedersi se anche queste ultime vengano superate dalla novella.

Non sembra potersi optare per una soluzione di questo genere: la riforma trova giustificazione in precise motivazioni di politica legislativa che, come si è visto, attengono all'evoluzione del processo di cure, frutto sempre piú di un'organizzazione piuttosto che dell'opera del singolo, e al contrasto della medicina difensiva.

Palermo Fabris e Zatti, in *Tratt. biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2010, p. 190 ss.; Franzoni, *Dal consenso all'esercizio dell'attività medica all'autodeterminazione del paziente*, in *La resp. civ.*, 2012, p. 89; Faccioli, *Il medico che commette un errore ha l'obbligo di comunicarlo al paziente? Fra* nemo tenetur se detegere *e doveri d'informazione* ex fide bona: *spunti di riflessione dall'ordinamento tedesco*, in *questa rivista*, 2017, p. 956 ss. Con particolare riferimento alla legge 22 dicembre 2017, n. 219 si segnalano i contributi pubblicati su Nuove leggi civ.. 1, 2019.

⁴⁴ Per la stessa interpretazione si veda SALANITRO, *Il consenso*, attuale o anticipato, nel prisma della responsabilità medica, in Nuove leggi civ., 1, 2019, p. 125 ss. spec. p. 127 ss. Si noti, però, che per l'Autore l'applicazione della disciplina aquiliana non influisce sul riparto dell'onere probatorio dal momento che, valorizzando «la rilevanza sistematica del principio della vicinanza e della prova dei fatti negativi» (p.129), dovrebbe essere il medico e non il paziente a provare di aver fornito le informazioni necessarie e acquisito il consenso richiesto. Non sembra condivisibile tale interpretazione (non perché il principio di vicinanza della prova non possa spostare i carichi probatori in materia aquiliana bensì) alla luce dell'obiettivo della riforma Gelli-Bianco, di canalizzare le azioni civili nei confronti della struttura sanitaria, disincentivando l'azione nei confronti dell'esercente una professione sanitaria operante nell'ambito dell'ente. Vale chiaramente il contrario laddove il medico abbia concluso un contratto con il paziente dal momento che in tal caso è il dominus dell'organizzazione.

Si assiste ad un «rigetto locale del contatto sociale qualificato»⁴⁵ a fronte del quale se l'interprete continuasse ad utilizzarlo in materia di responsabilità sanitaria farebbe ricorso ad una finzione giuridica «non solo inutile, ma *contra legem*»⁴⁶.

5. Le pronunce di «San Martino» del 2019

Una indiretta conferma del processo di attenuazione della responsabilità dell'operatore sanitario proviene dalle note pronunce con le quali la terza sezione della Corte di Cassazione, a undici anni dalle Sezioni Unite sul danno non patrimoniale, prende posizione sui profili nevralgici dei rapporti tra struttura, medico e paziente, nell'intento di delineare un quadro stabile nella materia⁴⁷.

In particolare, giova richiamare in materia di nesso di causalità Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, che pongono in capo al paziente la prova del nesso causale tra danno e condotta, attiva od omissiva, del medico, anche qualora quest'ultimo sia tenuto alla luce di un rapporto obbligatorio consolidando un indirizzo che supera, di fatto, quello accolto dalle Sezioni Unite del 2008⁴⁸.

In relazione a Cass. civ., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, si vedano le note in Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento, cit., di D'AMICO, L'onore della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di "assestamento", 150; Izzo, In tema di tecnica e politica della responsabilità medica contrattuale, 198; MACARIO, Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione, 162; PARDOLESI-SIMONE, Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale. Paziente in castigo, 136; PIRAINO, Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale, 169.

Ancora, è rilevante Cass. civ., 11 novembre 2019, n. 28987, che, in materia di rivalsa della struttura sanitaria nei confronti del medico, esaminando un caso non rientrante *ratione temporis* nell'ambito della disciplina introdotta con la legge n. 24/2017, detta una limitazione pienamente coerente con l'idea per la quale la struttura sanitaria è il vero «*dominus*» della prestazione sanitaria⁴⁹.

Per la Corte il costo del danno deve di regola restare per metà in capo alla struttura anche in caso di colpa esclusiva del sanitario dal momento che il medico opera «pur sempre nel contesto dei servizi resi dalla struttura presso cui svolge l'attività, che sia stabile o saltuaria, per cui la sua condotta negligente non può essere agevolmente «isolata» dal più ampio complesso delle scelte organizzative, di politica sanitaria e di razionalizzazione dei propri servizi operate dalla struttura, di cui il medico stesso è parte integrante ...».

6. La responsabilità sanitaria al tempo del Covid

Il quadro delineato consente di affrontare le problematiche sollevate dal Covid-19 alla luce di una acquisizione gradualmente maturata nel tempo: le posizioni giuridiche delle strutture e dei sanitari non possono essere sovrapposte rispondendo le prime dell'organizzazione della prestazione sanitaria, i secondi della prestazione intellettuale.⁵⁰

Pertanto, si tratteranno separatamente i profili attinenti alle prime e quelli relativi ai secondi.

I principali problemi riscontrati dai sanitari durante l'epidemia sono legati all'assenza di risorse per garantire cure adeguate e ciò non solo in relazione al Covid-19 ma anche ad altri trattamenti sanitari dal momento che la concentrazione delle risorse sull'emergenza ha provocato una carenza di personale e di strumenti per soddisfare la domanda di cure.

⁴⁵ PARDOLESI, *Chi* (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria, in Danno e resp., 2017, p. 265.

⁴⁶ ALPA, Ars interpretandi *e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco – Gelli*, cit., p. 733. Sulle finzioni giuridiche si rinvia a GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, 2007.

⁴⁷ Sulle quali si vedano in contributi in *Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1)*, Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento, a cura di Pardolesi, 2020. Si veda anche Bona, *Il calcolo del «danno differenziale» da invalidità preesistente: questione risolta dalla «doppia valutazione» di «San Martino 2019»?*, in questa Rivista, 2020, 122-147.

⁴⁸ Su Sez. Un. civ. n. 577/2008 si veda *supra* nt. 8.

⁴⁹ Si vedano: Facci, L'azione di rivalsa della struttura sanitaria tra le sentenze di San Sartino e la l. Gelli-Bianco, in questa Rivista, 2020, 224-239; D'Adda, Ausiliari, responsabilità solidale e "rivalsa", in Riv. dir. civ., 2018, 361; Nocco, I limiti ed i presupposti dell'azione di rivalsa prima della l. 24/17, in Il Foro Italiano - Gli Speciali (Vol. 1), Responsabilità sanitaria in Cassazione: il nuovo corso tra razionalizzazione e consolidamento, cit., 410

⁵⁰ In materia sia consentito rinviare a Pittella, L'impatto dell'emergenza sulla responsabilità civile sanitaria, Resp. civ. prev., 2, 2021.

Quindi, in molti casi, non sono state possibili, per assenza di risorse, cure che, in condizioni di normalità, sarebbero state possibili.

In altre ipotesi è stato messo in rilievo che, per assicurare il livello più esteso di cure, l'emergenza ha richiesto di assumere funzioni non rientranti nel proprio ambito di specializzazione dando luogo ad una «assunzione volontaria del rischio», che integra di regola un comportamento colposo per violazione della regola cautelare prudenziale che dovrebbe condurre ad astenersi dall'attività⁵¹.

Una posizione ancora differente occupa la cura del Covid-19 nei casi in cui l'epidemia si è presentata, in tutta la sua tragicità, quale evento allo stato dell'arte non fronteggiabile.

Come è noto, il regime della responsabilità del personale sanitario inserito all'interno delle strutture è quello dell'illecito extracontrattuale basato sulla colpa, alla luce dell'innovazione introdotta dall'art. 7, comma 3, della legge n. 24/2017, applicabile *ratione temporis* alle ipotesi in rilievo. Pertanto, sembra utile verificare la presenza di nesso di causalità materiale e della colpa nelle ipotesi considerate⁵².

Ad avviso di chi scrive, nelle prime due ipotesi considerate – danno subito in un contesto caratterizzato dall'assenza di risorse e danno arrecato da sanitari in caso di «assunzione volontaria del rischio» –, ferma restando la necessità di tener conto dei fatti concreti e di acquisire le necessarie valutazioni scientifiche, il paziente o i parenti della vittima potrebbero provare la riconducibilità del danno lamentato alla condotta, attiva od omissiva, del medico dal momento che, in base ad una valutazione effettuata in astratto e sulla base delle migliori conoscenze scientifiche

del momento, una cura adeguata avrebbe potuto evitare il danno lamentato⁵³.

Pur ravvisando il nesso di causalità materiale nelle ipotesi considerate, mancherebbe però la colpa dei sanitari dal momento che, in base ad una valutazione effettuata in concreto, non potrebbe addebitarsi al personale sanitario una condotta connotata da negligenza, imprudenza, imperizia: nel primo caso per l'assenza di risorse necessarie alle cure, nel secondo perché l'espletamento di funzioni non propriamente attinenti alla propria specializzazione risulta del tutto conforme alla buone pratiche clinico assistenziali in un contesto emergenziale in cui l'alternativa sarebbe il diniego di cure.

Pertanto, il danneggiato non riuscirebbe a dare prova della colpa del sanitario ai sensi dell'art. 2043 c.c. o meglio, considerato il ruolo rivestito dalla consulenza tecnica in materia, non potrebbero emergere profili di colpa professionale⁵⁴

Per la pronuncia la «prevedibilità obbiettiva va esaminata in astratto e non in concreto ed il metro di valutazione da adottare non è quello della conoscenza dell'uomo medio ma delle migliori conoscenze scientifiche del momento (poiché non si tratta di accertare l'elemento soggettivo, ma il nesso causale). In altri termini ciò che rileva è che l'evento sia prevedibile non da parte dell'agente, ma (per così dire) da parte delle regole statistiche e/o scientifiche, dalla quale prevedibilità discende da parte delle stesse un giudizio di non improbabilità dell'evento.

Il principio della regolarità causale diviene la misura della relazione probabilistica in astratto (e svincolata da ogni riferimento soggettivo) tra comportamento ed evento dannoso (nesso causale) da ricostruirsi anche sulla base dello scopo della norma violata, mentre tutto ciò che attiene alla sfera dei doveri di

avvedutezza comportamentale andrà più propriamente ad iscriversi entro l'elemento soggettivo (la colpevolezza) dell'illecito».

⁵⁴ Resta ferma la necessità di valutare le peculiarità del singolo caso. Si tenga a mente, sul punto, dell'indirizzo consolidato per il quale «il medico chiamato ad operare in un contesto di criticità deve comunque fare tutto quanto rientra nelle sue possibilità per cercare di sopperire alle sfavorevoli circostanze in cui deve essere eseguito il trattamento e adottare, nei limitiin

cui ciò sia tecnicamente possibile, quelle misure e quelli accorgimenti che siano in grado di porvi (totalmente o anche solo parzialmente) rimedio: qualora si riscontri che non ha ottemperato a tale obbligo, quindi, anche un operatore sanitario impegnato nel contrasto al Covid 19 ne dovrà rispondere come

⁵¹ CUPELLI, Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari, in Sistema pen., 2020.

⁵² Senza pretesa di esaustività, sul nesso di causalità e sulla colpa si rinvia a: ALPA, *La responsabilità civile. Principi*, Torino, 2010; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, Roma, XIV, 1 ss.; CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 502; FORCHIELLI, *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, 1960; PUCELLA, *La causalità «incerta»*, Torino, 2007; MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002. Di recente si segnala, anche per i riferimenti bibliografici, la nuova edizione di FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, *artt. 2043-2059*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di DE NOVA, 2020, II ed., 26 ss. sul nesso di causalità e 59 ss. sulla colpa.

⁵³ La distinzione tra nesso di causalità materiale e colpa che si segue è quella consolidata nella giurisprudenza di legittimità e risalente a Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Danno resp.*, 2008, 1011 ss., con commento di SIMONE, *Equivoci della causalità adeguata e contaminazione dei modelli di spiegazione causale*; nonché in *Corr. merito*, 2008, 694 ss., con nota di Travaglino, *Causalità civile e penale: modelli a confronto*.

Invece, in relazione al terzo caso considerato mancata guarigione dalla malattia -, qualora risultasse che il personale sanitario abbia prestato le cure dovute e ciononostante si sia verificato il decesso del paziente, mancherebbe lo stesso nesso di causalità materiale tra il danno da Covid-19 e la condotta del personale sanitario dal momento che, sulla base delle migliori conoscenze scientifiche del momento, non potrebbe ipotizzarsi una cura idonea a guarire dalla malattia.

Quindi, in queste ultime ipotesi ancor prima della colpa sembra assente il nesso di causalità materiale.

Qualora, invece, le cure da Covid-19 fossero mancate per un ritardo diagnostico dovuto a carenza di personale, si ricadrebbe nella prima casistica considerata e verrebbe in rilievo un'assenza di colpa.

Da ultimo, va osservato che conclusioni analoghe a quelle effettuate nella terza casistica considerata potrebbero valere per i medici generici o «di base» qualora, almeno nella prima fase dell'epidemia, non siano riusciti a diagnosticare il Covid-19. Anche in questa ipotesi sembra carente il nesso di causalità materiale, non potendosi ricondurre l'eventuale danno alla condotta omissiva del medico generico⁵⁵. Al contrario, ad epidemia inoltrata, un ritardo diagnostico non dovuto a carenza di risorse potrebbe portare ad una condanna del medico di famiglia per colpa.

7. (segue). Il richiamo all'art. 2236 c.c.

Tra i primi contributi sulla responsabilità del personale sanitario alla luce del Covid-19 è emerso un diffuso richiamo all'art. 2236 c.c. per affermare l'assenza di colpa del professionista intellettuale in considerazione dell'eccezionalità della vicenda⁵⁶.

un qualsiasi altro professionista». Così FACCIOLI, *Il ruolo dell'art.* 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19, cit., 163.

⁵⁵ Si discute circa la posizione giuridica del medico generico anche dopo l'art. 7, comma 3, della legge Gelli-Bianco. Si veda FACCIOLI, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco"): profili civilistici (Prima parte)*, cit., 667 s.

⁵⁶ Richiamano l'art. 2236 c.c. FACCIOLI, *Il ruolo dell'art.* 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19, cit.; HAZAN-ZORZIT, Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale), cit.; PONZANELLI, La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid, cit., 9; FINESCHI, FRATI, MANCARELLA, VIZZINO, LA RUSSA, Profili di responsabilità medica nell'emergenza covid. È già tempo per una rivisitazione della legge n. 24/2017, in questa Rivista, 2020, 1714 ss.; per l'inapplicabilità

All'art. 2236 c.c. è stato assegnato «il ruolo essenziale di *barrage* naturale ad una nuova deriva accusatoria che sembra iniziare ad affacciarsi e di cui, di questi tempi, proprio non si sente il bisogno»⁵⁷.

Conviene, allora, soffermarsi sulla disposizione per delinearne i tratti essenziali e saggiarne le potenzialità applicative.

La disposizione prevede che il prestatore d'opera intellettuale «non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave», se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà.

Dalla Relazione al codice, n. 917, risulta che la disposizione mira ad attenuare la responsabilità del professionista intellettuale nei casi di problemi tecnici di speciale difficoltà: in particolare si è perseguito l'obiettivo di conciliare «due opposte esigenze, quella di non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso, e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista. Il codice ha ritenuto che il punto di equilibrio si trovi nell'applicazione delle normali regole di responsabilità, stabilendo, per i soli casi in cui ricorrono problemi tecnici di speciale difficoltà, l'esenzione del professionista dalla responsabilità per colpa lieve».

La disposizione si ispira all'indirizzo giurisprudenziale consolidato sotto il codice del 1865 per il quale i medici potevano essere condannati solo in caso di «errore cadente su precetti chiari e generalmente accolti, a modo da essere grave, evidentissimo e imperdonabile»⁵⁸.

dell'art. 2236 c.c. si veda FACCI, Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria, cit., per il quale «i problemi tecnici di speciale difficoltà – la cui esistenza costituisce il presupposto per l'applicazione dell'art. 2236 c.c. – si riferiscono comunque ad un contesto di "normalità" che non pare cogliere in pieno la straordinaria emergenza della situazione provocata dal Covid 19, allorché le prestazioni siano rese all'interno di presidi sanitari in cui le regole di buona organizzazione sono state sconvolte dalla necessità di far fronte ad un urgenza catastrofale, con risorse e mezzi limitati rispetto alla gravità della situazione. Per questa ragione, appare più pertinente con lo scenario de quo il richiamo alla clausola generale di impossibilità della prestazione di cui all'art. 1218 c.c.»; per l'inapplicabilità si veda anche Scoditti, Un'ipotesi di inserimento di norme sulla responsabilità civile sanitaria nella legislazione COVID-19, cit.

⁵⁷ HAZAN-ZORZIT, Corona Virus e Responsabilità (medica e sociale), cit.

⁵⁸ Riferisce di tale indirizzo CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. La colpa extracontrattuale*, Torino, 1906, 146, che muove

A favore della disposizione si è osservato che «limitando la responsabilità alla colpa grave, si ottiene maggior sicurezza per chi giudica, e maggiore uniformità di valutazione, essendo, appunto, le suddette colpe gravi più facilmente rilevabili»⁵⁹.

Nonostante il tenore letterale della disposizione, dal quale si desume «una posizione di minore responsabilità» 60 del professionista intellettuale, la dottrina prevalente ne ha dato una interpretazione particolarmente restrittiva ritenendo che, per un verso, essa non deroghi alla regola dettata dall'art. 1176 c.c., per l'altro, che non attribuisca alcuna speciale esenzione rispetto all'ordinario regime di responsabilità. Ciò è avvenuto sul rilievo che risulterebbe altrimenti «inspiegabile perché ci si debba accontentare di un minor grado di diligenza proprio quando vi siano da affrontare problemi tecnici di particolare difficoltà»⁶¹. Viceversa, la speciale difficoltà «è un ostacolo che per il suo agevole superamento richiederebbe una perizia superiore a quella che si esige da tale categoria»⁶².

Allora, la relazione tra 2236 e 1176, comma 2, c.c., è di integrazione non di specialità, vale a dire la colpa grave del 2236 altro non è che «la colpa lieve valutata tenendo conto della speciale difficoltà della prestazione»⁶³.

Una parte della dottrina, nel tentativo di dare una interpretazione più aderente al dato letterale, ha, invece, distinto tra perizia e diligenza, riferendo la limitazione di responsabilità soltanto alla prima, come dimostra il riferimento ai problemi tecnici di speciale difficoltà⁶⁴. In tale prospettiva, considerata la natura dell'attività esercitata, la colpa del professionista

allo stesso diverse critiche (148). Per Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, V, Torino, 1899, 255, con la teoria dell'errore professionale «si intende scusare soltanto quella fallibilità che è conseguenza inevitabile dell'imperfezione delle scienze e delle arti».

Si vedano sulla genesi dell'art. 2236 c.c. L. BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, 809; CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 68; MARCHIO, *Sulla responsabilità del chirurgo*, in *Giur. it.*, 1974; PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 136 ss.

coincide con «la mancanza della normale preparazione tecnica professionale»⁶⁵.

Se dal versante scientifico non emerge un quadro rassicurante, da quello giurisprudenziale si desume una precisa scelta di politica del diritto, che è quella della marginalizzazione dell'art. 2236 c.c. Come è stato osservato, la giurisprudenza ha ridotto l'ambito di applicabilità del precetto operando in quattro direzioni: «(a) ritenendo l'art. 2236 c.c. sempre e comunque inapplicabile nel caso di interventi rutinari o di facile esecuzione; (b) ritenendo l'art. 2236 c.c. applicabile alle sole ipotesi di colpa per imperizia, non a quelle di colpa per imprudenza o negligenza; (c) interpretando in modo restrittivo il concetto di "intervento di speciale difficoltà"; (d) (soprattutto) restringendo, sin quasi ad azzerarlo, il concetto di "colpa lieve"»⁶⁶.

65 SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1968, 25 s. Nello stesso senso MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale Artt. 2229-228*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2009, 396 s., per il quale «nelle prestazioni con carattere tecnico, come quelle del professionista, viene eminentemente in considerazione l'aspetto della colpa che si identifica con l'imperizia, poiché il grado di diligenza in senso stretto (attenzione, accuratezza, zelo, buona volontà) e di prudenza appare potersi valutare alla luce dei canoni comuni, non presentando caratteri peculiari; al contrario, la perizia deve informarsi alle regole dell'arte specifiche di ciascuna professione".

⁶⁶ ROSSETTI, Responsabilità sanitaria e tutela della salute, cit., 17; precedentemente era stata osservata l'interpretazione riduzionista della giurisprudenza da PRINCIGALLI, La responsabilità del medico, cit., 147 ss.

Un allargamento dell'ambito di applicazione della disposizione riguarda invece la materia della responsabilità extracontrattuale alla quale viene riferita, nonostante la collocazione sistematica, alla luce di una interpretazione ispirata a ragionevolezza.

Sembra infatti potersi cogliere una applicazione del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza a cui si deve l'interpretazione richiamata: «Tuttavia, un più attento esame convince che l'art. 2236 c.c. può e deve trovare applicazione oltre che nel campo contrattuale anche in quello extracontrattuale, in quanto che esso prevede un limite di responsabilità per la prestazione della attività dei professionisti in generale, cioè sia che essa si svolga nell'ambito di un contratto e costituisca perciò adempimento di una obbligazione contrattuale, sia che venga riguardata al di fuori di un rapporto contrattuale vero e proprio e perciò solo come possibile fonte di responsabilità extracontrattuale. Del resto la stessa ratio della norma limitatrice della responsabilità, che la relazione al codice indica nell'esigenza di "non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresagli del cliente in caso di insuccesso", sussiste sia in rapporto alla responsabilità contrattuale che a quella ex-

⁵⁹ Così CIAN, «Lata culpa dolo aequiparatur», in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 177.

⁶⁰ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, V, Milano, 2012, 34.

⁶¹ Princigalli, La responsabilità del medico, cit., 139.

⁶² CATTANEO, La responsabilità del professionista, cit., 72.

⁶³ CATTANEO, La responsabilità del professionista, cit., 72.

⁶⁴ DE MARTINI, *La responsabilità del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, 1256.

A riprova dell'atteggiamento della giurisprudenza può constatarsi che raramente è stata ravvisata la colpa del medico ritenendola non grave ai sensi dell'art. 2236 c.c.⁶⁷.

Dall'analisi condotta può concludersi che, in relazione alla casistica sopra richiamata in materia di Covid-19, l'art. 2236 c.c. non sembra poter rappresentare un reale valore aggiunto rispetto all'art. 1176, comma 2, c.c.

Infatti, nelle ipotesi in cui si lamenti una cura inadeguata e ciò sia dovuto all'assenza di risorse, non sembra possibile discutere di prestazione «tecnica» di particolare difficoltà: in questi casi il medico ha la preparazione necessaria ma mancano gli strumenti necessari alla cura.

In relazione ai trattamenti terapeutici su malati da Covid-19, che costituisce una malattia non fronteggiabile alla luce delle conoscenze scientifiche del momento, invece, l'art. 2236 non risulta applicabile perché, come si è visto, a mancare è il nesso causale tra condotta e danno ancora prima della colpa dell'operatore. In queste ipotesi, si ripete, il danno lamentato non deriva da una condotta attiva od omissiva del sanitario dal momento che, in base alle migliori conoscenze scientifiche del momento, non potrebbe affermarsi l'esistenza del nesso di causalità⁶⁸.

Con riguardo alle ipotesi di «assunzione volontaria del rischio», invece, i sanitari non hanno la preparazione tecnica richiesta dalla specifica prestazione e, in condizioni di normalità, dovrebbero rispondere per imprudenza (non per imperizia) per aver svolto un trattamento terapeutico in assenza delle dovute conoscenze⁶⁹. L'epidemia potrà escludere la colpa del

tracontrattuale, tanto più che nel campo delle prestazioni professionali ed in particolare in quelle dei medici e dei chirurghi, l'attività che ne costituisce la fonte prima resta pur sempre unica ed inscindibile esista o non esista, venga o non venga in discussione, un vincolo contrattuale tra professionista e cliente» Sez. Un. civ., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Foro. it.*, 1971, I, 1482 s.

sanitario ma, ancora una volta, non alla luce dell'art. 2236 c.c. che ha riguardo ad una prestazione tecnicamente difficile, ma alla luce dell'art. 1176, comma 2, c.c., dal momento che, a fronte dell'emergenza, il sanitario non ha altra scelta che quella di effettuare la prestazione pure in assenza delle necessarie conoscenze specialistiche.

In conclusione, può ritenersi che l'art. 2236 c.c. sarà invocato dalla giurisprudenza per rafforzare ciò che è già desumibile dagli artt. 1176, comma 2, e 2043 c.c., vale a dire l'assenza di responsabilità nel caso in cui manchi la colpa del sanitario ma, alla luce della storia della disposizione, si tratterà di un richiamo, almeno nella maggior parte dei casi, non decisivo ai fini della soluzione delle controversie⁷⁰.

8. La responsabilità delle strutture sanitarie. Profili di responsabilità a carico della pubblica amministrazione per mancata adozione di misure precauzionali

Si è già evidenziata la necessità di mantenere distinte le posizioni delle strutture e del personale sanitario. Tale divaricazione, che può ritenersi una conquista ottenuta nel corso degli ultimi decenni, deve essere tenuta ferma nella fase dell'emergenza.

esperienza in ortopedia, per aver eseguito un intervento al midollo spinale, tipologia di intervento mai eseguita prima di quel momento e che richiedeva una specifica esperienza di neurochirurgia. La Corte fa riferimento alla «grave imprudenza» dell'operatore.

Ad avviso di chi scrive questo utilizzo dell'art. 2236 c.c. può evincersi anche da quelle pronunce recentemente invocate per affermare che «la magistratura pare avere avviato un processo di riscoperta del significato e delle potenzialità applicative dell'art. 2236 c.c.» (FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit.) vale a dire Trib. Roma 1° febbraio 2018; e Trib. Napoli, 26 novembre 2018.

Nella prima pronuncia si afferma sì la necessità di riscoprire il significato dell'art. 2236 c.c. ma nel caso concreto il giudice non ravvisa una colpa lieve del sanitario (la sola rilevante ai sensi dell'art. 2236 c.c.): «Peraltro, nel caso di specie non è stata neppure raggiunta la prova dell'esistenza di una condotta erronea e colposa dei medici».

Nella seconda pronuncia il giudice dichiara applicabile nel caso concreto l'art. 2236 c.c. ma vi è un analogo richiamo al criterio di riparto dei carichi probatori in relazione al nesso causale che rende difficilmente comprensibile la motivazione alla base della pronuncia. Inoltre, la pronuncia, almeno nella versione disponibile sul portale *DeJure*, risulta a tratti incomprensibile.

⁶⁷ Una rara decisione in tal senso è quella pronunciata da Trib. Roma, 18 luglio 2004, richiamata da Rossetti, *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, cit., 19.

Si veda, inoltre, la nota 47 in relazione alle recenti pronunce Trib. Roma, 1º febbraio 2018; e Trib. Napoli, 26 novembre 2018, che richiamano l'art. 2236 c.c.

⁶⁸ Invece, ritiene che in queste ipotesi possa essere applicato l'art. 2236 c.c. FACCIOLI, *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nella responsabilità sanitaria per danni da COVID-19*, cit.

⁶⁹ Si veda ad esempio Cass. civ., 26 marzo 1990, n. 2428, che ha confermato la condanna di un medico chirurgo, con

All'interno della casistica che può interessare le strutture sembra possibile distinguere:

- i danni subiti per fatti ascrivibili al personale sanitario dei quali la struttura è chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1228 c.c.
- i danni da diffusione del virus all'interno degli ospedali subiti dagli stessi operatori sanitari e da terzi;
- i danni derivanti dalle mancate cure dei contagiati per indisponibilità di posti nei reparti di terapia intensiva e più in generale per assenza delle risorse necessarie;
- i danni definibili «collaterali», vale a dire quelli derivanti dall'incapacità delle strutture, occupate dal contrasto al Covid-19, a dare risposta alla ordinaria domanda di cure.

Nella prima ipotesi – danni ascrivibili a fatti degli operatori sanitari –, qualora sia ravvisabile un fatto «oggettivamente» colposo del sanitario, la struttura potrà essere chiamata a rispondere ai sensi dell'art. 1228 c.c. Alla luce di quanto considerato al paragrafo n. 4, può ritenersi che non sembrano di regola ravvisabili fatti colposi posti in essere dagli operatori sanitari a causa dell'epidemia, dei quali la struttura debba rispondere alla luce dell'art. 1228 c.c. Infatti, come si è visto, la situazione emergenziale ha rilevanza nel senso di escludere talvolta lo stesso nesso di causalità tra danno e fatto del sanitario talaltra la colpa de sanitario.

A ben vedere, in molte delle ipotesi in cui può ritenersi assente una colpa del personale sanitario, occorrerà chiedersi se il fatto dannoso e non colposo dell'operatore sia ascrivibile, a monte, ad un deficit organizzativo della struttura (per es. per assenza di personale sanitario necessario o di posti di terapia intensiva).

Si potrà allora rientrare nelle ipotesi considerate sopra successivamente alla prima, nelle quali occorrerà interrogarsi su eventuali profili di responsabilità civile della struttura per inadempimento degli obblighi organizzativi, insorgenti dal contratto di spedalità concluso con i pazienti o dai contratti di lavoro intercorrenti con gli operatori sanitari e ciò alla luce dell'art. 1218 c.c., come ribadito dall'art. 7, comma 1, della legge Gelli-Bianco.

Dai primi contributi della dottrina sul tema, sono emerse preoccupazioni, alla luce della vastità del fenomeno emergenziale, per l'ipotesi in cui dovesse applicarsi alla struttura il medesimo regime elaborato dalla giurisprudenza per i danni da infezioni noso-comiali⁷¹.

Come è noto, per queste ultime si intendono le infezioni, insorte nel corso di un ricovero ospedaliero, non manifeste clinicamente né in incubazione al momento dell'ingresso e che si rendono evidenti dopo 48 ore o più dal ricovero, nonché le infezioni successive alla dimissione, ma causalmente riferibili – per tempo di incubazione, agente eziologico e modalità di trasmissione – al ricovero medesimo⁷². La giurisprudenza in materia di infezioni nosocomiali, pur facendo talvolta riferimento alla responsabilità per colpa della struttura sanitaria, sembra adottare di fatto un regime di responsabilità quasi oggettiva dal momento che, alla luce del criterio «res ipsa loquitur», desume dalla insorgenza dell'infezione nelle ore successive alle dimissioni dal nosocomio la responsabilità della struttura, senza che questa possa liberarsi provando di aver adottato le misure precauzionali prescritte in materia⁷³.

Nell'economia del presente contributo, in relazione agli eventuali profili di responsabilità delle strutture, vuole, in primo luogo, sottolinearsi che potrebbe non necessariamente pervenirsi a differenti risultati pratici aderendo alla teoria della responsabilità oggettiva per rischio di impresa⁷⁴ oppure a quella fondata sulla colpa della struttura per inadeguatezza organizzativa.

⁷¹ Si vadano in particolare: FACCI, Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria, cit., 6 s.; intervista a TRAVA-GLINO, Responsabilità medica e Covid 19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia?, cit.

⁷² Sulle infezioni nosocomiali si vedano Patriarchi-De Bartolomeo-Grassi-Sabusco, *Infezioni ospedaliere post-dimissione. L'uomo e la medicina*, 1998; Ronchi, *La responsabilità civile della struttura e del medico per le infezioni nosocomiali - II parte*, in questa *Rivista*, 2007, 1810 ss.

⁷³ In giurisprudenza si veda tra le altre Trib. Bari, 10 marzo 2009, n. 827, che ha affermato la responsabilità della struttura sulla mancata dimostrazione della preesistenza dell'infezione nella paziente, sull'accertata natura nosocomiale dell'infezione nonché sulla «mancata dimostrazione della, non già effettiva, bensì efficace sterilizzazione delle attrezzature».

Sulla responsabilità delle strutture per infezioni nosocomiali si veda ampiamente FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 51 ss.

⁷⁴ Sulla quale si veda P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile:* atti illeciti, rischio, danno, Milano, 2017; si vedano anche FACCIOLI, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, cit., 81 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità sanitaria nel nuovo "diritto vigente": problemi e prospettive*,

Infatti, secondo la teoria del rischio, l'impresa dovrebbe rispondere di quei rischi che rappresentano concretizzazione dell'attività svolta e che siano amministrabili, vale a dire trasferibili in capo all'assicurazione oppure ai clienti. Come è stato chiarito, è necessaria la «calcolabilità»⁷⁵ del rischio, dunque esso deve potersi inserire «razionalmente nel gioco dei profitti e delle perdite dell'impresa»⁷⁶ in modo tale che la responsabilità oggettiva per rischio di impresa possa svolgere le due funzioni che le vengono assegnate: di reintegrazione del patrimonio del danneggiato e di «pressione economica su chi ha organizzato l'attività rischiosa (per lo più un imprenditore) così da indurre a che questa sia razionalizzata da un punto di vista economico generale»⁷⁷.

Quindi, in tale prospettiva, occorrerebbe verificare se il rischio derivante da Covid-19 possa essere inteso quale rischio riconducibile all'attività svolta e, quindi, del quale debbano farsi carico le strutture. Il relativo onere probatorio incomberebbe su queste ultime ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Accedendo alla teoria della colpa – riferita all'attività dell'ente -, la struttura potrà andare esente da responsabilità solo provando, ai sensi dell'art. 1218 c.c., sia l'inevitabilità che l'imprevedibilità del danno. A tal fine occorrerà valutare se le strutture potessero prevedere l'insorgenza e la diffusione dell'epidemia e di conseguenza dotarsi di risorse utili a fronteggiarla.

In conclusione, sembra che molto dipenderà dalle valutazioni, di ordine scientifico, sulla riconducibilità del danno da Covid-19 all'attività di impresa, aderendo alla prima teoria, e sulla prevedibilità dell'insorgenza e della diffusione del virus, aderendo alla seconda.

Non deve però trascurarsi che, alla luce del processo di erosione dei privilegi della pubblica amministrazione, in molte ipotesi potrà venire in rilievo, a monte, una responsabilità della Pubblica Amministrazione – Stato e Regioni, a seconda dei rispettivi ambiti di competenza – per comportamento commissivo o, più spesso, omissivo, per non aver predi-

sposto misure idonee a fronteggiare la pandemia. Con particolare riferimento alla «seconda ondata», occorrerà attentamente valutare se siano mancate misure precauzionali che avrebbero potuto quanto meno attenuare i danni diretti e «collaterali» derivanti dal fenomeno. Sul punto, potrà essere opportuno valutare le misure precauzionali adottate dallo Stato e dalle differenti Regioni confrontandole anche con quelle assunte in altri Paesi per valutare le reazioni dei diversi sistemi sanitari rispetto alla diffusione del virus⁷⁸.

Da ultimo, occorre accennare al dibattito che ha interessato la possibilità di prevedere un sistema indennitario sul modello della legge n. 210/1992 in tema di danni da vaccinazioni obbligatorie, emotrasfusioni e somministrazione di derivati. Il modello, che farebbe ricadere sulla collettività i costi prodotti dalla pandemia in un'ottica solidaristica, potrebbe essere guardato con favore qualora si riuscisse a perimetrarne l'ambito di applicazione (ne resterebbero esclusi i danni c.d. «collaterali» dovuti all'incapacità delle strutture, concentrate sul Covid-19, di erogare cure «ordinarie»?) e qualora se ne vagliasse l'effettiva praticabilità⁷⁹.

In tema di responsabilità della pubblica amministrazione, si vedano, in particolare: ALPA, L'erosione dei privilegi della pubblica amministrazione e le nuove figure di responsabilità civile, in questa Rivista, 1998, 1305; Bussani, La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato, in questa Rivista, 2000, 547 ss.; CASSANO-POSTERARO (a cura di), Le responsabilità della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali, 2019; CASTRONOVO, La "civilizzazione" della pubblica amministrazione, in Europa dir. prov., 2013, 637 ss.; CHIEPPA, Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa, in Dir. proc. amm.; 2003, 683 ss.; Comporti, Responsabilità della pubblica amministrazione, in Dizionario di diritto pubblico, diretto da Cassese, Milano, 2006, 5125 ss.; Giusti, La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa, in questa Rivista, 2017, 47 ss.

⁷⁹ Per il dibattito sull'introduzione di un indennizzo per i danni da Covid-19 a prescindere da eventuali responsabilità si vedano Facci, *Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria*, cit., 13 s., che ricorda le criticità del modello di cui alla legge n. 210/1992 per l'eccessiva lunghezza dei procedimenti e per il mancato pagamento dei crediti non contestati; PONZA-NELLI, *La responsabilità sanitaria e i possibili contenziosi da Covid*, cit.; Izzo, *Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte*, cit.

in a cura di FACCIOLI-TROIANO, Risarcimento del danno e assicurazione nella nuova disciplina della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017, n. 24), Napoli, 2019, 29 ss.

⁷⁵ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 280.

⁷⁶ P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 280.

⁷⁷ P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., 276 s.

⁷⁸ Sul punto si vedano le considerazioni di Izzo, Responsabilità sanitaria e Covid-19: scenari di una possibile pandemia giudiziaria e risposte per prevenirla – II parte, cit.

9. Considerazioni conclusive

Alla luce delle riflessioni svolte può ritenersi che l'elaborazione normativa e giurisprudenziale in materia di responsabilità sanitaria abbia prodotto nel tempo strumenti utilizzabili per fronteggiare il contenzioso che potrà scaturire dal Covid-19.

In particolare, dal quadro delineato possono desumersi le seguenti indicazioni:

- è necessario mantenere distinte le posizioni giuridiche del personale sanitario e delle strutture;
- l'ancoraggio della responsabilità del personale sanitario alla colpa ai sensi dell'art. 7 della legge Gelli-Bianco consente di tener conto del contesto emergenziale nel quale gli operatori sono chiamati ad operare;
- l'art. 2236 c.c., in considerazione dell'evoluzione che ha caratterizzato la disposizione, potrà al più rafforzare quanto risulta già desumibile dall'art. 2043 c.c. e dall'art. 1218 c.c., in caso rapporto obbligatorio con il paziente;
- la responsabilità della struttura, derivante dal contratto di spedalità, è di stampo prevalentemente organizzativo quindi occorrerà valutare, nella prospettiva della teoria del rischio di impresa, se i danni da Covid-19 rappresentino uno di quei rischi dei quali le strutture sono chiamate a rispondere; nella prospettiva della colpa da inadeguatezza organizzativa, l'eventuale discostamento dalle buone pratiche in materia di management sanitario;
- occorrerà valutare gli eventuali profili di responsabilità della pubblica amministrazione (Stato e Regioni, negli ambiti di rispettiva competenza) per mancata adozione delle misure precauzionali atte ad evitare i danni, anche alla luce della comparazione con le misure adottate in altri Paesi;
- in relazione alla ipotizzabilità di un sistema indennitario occorrerebbe valutare, oltre alla effettiva praticabilità dello stesso, quale potrebbe essere l'effettivo ambito di applicazione anche in relazione ai danneggiati c.d. «collaterali» ai quali le strutture sanitarie non sono riuscite ad erogare le cure perché occupate dal Covid-19.

Tale quadro è in un certo senso confortante per il personale sanitario se si tiene conto dell'insuccesso dei tentativi di introdurre una disciplina, certamente auspicabile per ragioni di opportunità «politica», di «attenuazione» delle responsabilità degli operatori, impegnati in prima linea nel contrasto dell'epidemia⁸⁰.

In verità, un intervento del legislatore sarebbe necessario non tanto per «ribadire» che l'insorgenza e la diffusione del virus potrebbero escludere la colpa dei sanitari dal momento che l'art. 1218 c.c., in caso di rapporto obbligatorio, e gli artt. 1176, comma 2, e 2043 c.c., in caso di responsabilità extracontrattuale, risultano sufficienti allo scopo.

Un intervento potrebbe essere, invece, risolutivo qualora eliminasse l'azione risarcitoria «diretta» dei pazienti e dei familiari delle vittime nei confronti dei sanitari, mantenendo la rivalsa della struttura, già sottoposta a limitazioni qualitative e quantitative dall'art. 9 della legge n. 24/2017. In tal modo si eviterebbe ai sanitari, veri e propri eroi di questa guerra, il rischio di dover affrontare un processo, alla luce dei turbamenti e dell'alea che inevitabilmente lo connotano⁸¹.

Domenico PITTELLA

⁸⁰ Per le proposte di legge intervenute si veda M. CAPECCHI, *Coronavirus e responsabilità sanitaria: quali prospettive di riforma*, cit.

⁸¹ Il modello di riferimento potrebbe essere quello della responsabilità civile dei magistrati come prospettato da GENTILI, Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia, comunicazione sottoposta al Governo nel quadro della legislazione d'emergenza necessaria a fronteggiare le gravi ricadute economiche dell'epidemia in corso, Associazione civilisti italiani, cit. nonché nell'intervista a TRAVAGLINO, Responsabilità medica e Covid 19. Nubi all'orizzonte per gli eroi in corsia? cit.

Sulla disciplina introdotta dalla legge n. 18/2015 si veda Boccagna, *La parabola della responsabilità civile dei magistrati dal c.p.c. del 1940 alla l. n. 18 del 2015*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1194 ss.

Opposizione a decreto ingiuntivo, locazioni e mutamento rito: il caos calmo delle Sezioni Unite

Il rito locatizio

L'articolo 447 bis del codice civile dispone testualmente: "le controversie in materia di locazione e di comodato di immobili urbani e quelle di affitto di azienda sono disciplinate dagli articoli 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, primo comma, 422, 423, primo e terzo comma, 424, 425, 426, 427, 428, 429, primo e secondo comma, 430, 433, 434, 435, 436, 436 bis, 437, 438, 439, 440, 441, in quanto applicabili.

Sono nulle le clausole di deroga alla competenza".

La norma, in vigore dal 30 aprile 1995 ex Legge n°353/1990, ed applicabile anche ai giudizi pendenti a quella data, previa ordinanza di mutamento del rito ex articolo 426 c.p.c., stabilisce la uniformità del rito per le controversie che traggono origine dal rapporto di locazione, estendendone la applicazione (nella originaria formulazione), in virtù del richiamo all'articolo 8, c.2, n.3 c.p.c., anche alle controversie in materia di comodato di immobili urbani nonché a quelle di fitto di azienda non devolute, ex articolo 9 Legge n°29/90, alla competenza delle sezioni specializzate agrarie. Giudice funzionalmente competente era il Pretore del luogo in cui si trovava il bene immobile oggetto di contratto (locazione o comodato o fitto di azienda).

Detta norma ha, poi, subito degli adattamenti conseguenti alla abrogazione del citato articolo 8 (operata dal D.lgs. n°51/98 istitutivo del Giudice Unico di primo grado), cui l'articolo 447 bis c.p.c. faceva esplicito riferimento, per approdare alla stesura definitiva come sopra richiamata ed oggi in vigore.

Attualmente, tutte le cause in materia di locazione, comodato di immobili urbani e di affitto di azienda rientrano nella competenza funzionale inderogabile del Tribunale, il quale deve deciderle facendo applicazione del rito del lavoro (predisposto dagli articoli 414 e seg. c.p.c.) espressamente richiamate dal primo comma dell'articolo 447 bis c.p.c.. Quanto, poi, alla soppressione del primo periodo del c.2 (che recitava: "per le controversie relative ai rapporti di cui all'articolo 8, secondo comma, numero 3) è competente il giudice del luogo dove si trova la cosa"), la stessa va coordinata con il novellato articolo 21 c.p.c. cui occorre far riferimento per individuare il giudice competente per le controversie aventi oggetto le specifiche materie sopra indicate. Il detto articolo attribuisce la competenza

al Giudice del luogo dove è posto l'immobile o l'azienda.

In tema, la giurisprudenza della Suprema Corte (cfr. Cassazione civile n. 12371 del 15/06/2016 e n. 21908 del 16/10/2014) è univoca nel ritenere che "la competenza territoriale del giudice del "locus rei sitae", come si ricava dagli artt. 21 e 447 bis cod. proc. civ., ha natura inderogabile, con la conseguente invalidità di una eventuale clausola difforme, rilevabile "ex officio" anche in sede di regolamento di competenza".

È stato, inoltre, precisato che (cfr. Cassazione civile n.581 del 16/01/2003; Cassazione civile n.4873 del 07/03/2005) "tra le controversie "in materia di locazione", attribuite dagli art. 21 e 447 bis c.p.c. alla competenza territoriale inderogabile del giudice in cui si trova l'immobile, devono ritenersi comprese, data l'ampiezza della nozione di "materia", tutte le controversie comunque collegate alla materia della locazione".

Per quanto attiene alla competenza esclusiva del Tribunale (superando anche la competenza per valore del Giudice di Pace) la Suprema Corte (cfr. Cassazione civile n. 28041 del 31 ottobre 2019) ha testualmente stabilito: "Quanto poi alla sussistenza di una competenza per materia del tribunale per tutte le controversie nascenti da rapporto locativo, ancorché' aventi ad oggetto il pagamento di canoni o altre obbligazioni pecuniarie per importo non eccedente il limite di valore della competenza del giudice di pace, è sufficiente rammentare che trattasi di approdo interpretativo consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, affermata – in numerosi precedenti, cui può qui farsi rimando – sulla base di una ricostruzione delle conseguenze della soppressione dell'ufficio del pretore, con la conseguente abrogazione dell'articolo 8 c.p.c., ad opera del Decreto Legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 (v. Cass. 19/06/2013, n. 15363; 31/01/2006, n. 2143; 20/02/2002, n. 2471; n. 10884 del 10/07/2003; 28/05/2004, n. 10300; 13/07/2004, n. 12910)".

L'opposizione a decreto ingiuntivo e la giurisprudenza di merito

L'opposizione a decreto ingiuntivo soggetta al rito del lavoro (avente ad oggetto i crediti derivanti dalle materie indicate all'art. 447 bis c.p.c.) deve essere proposta con ricorso e, ove proposta (erroneamente) con citazione, può produrre gli effetti del ricorso solo se

sia depositata in cancelleria entro il termine di cui all'articolo 641 c.p.c., non essendo sufficiente che entro tale data sia stata comunque notificata alla controparte.

Sebbene l'articolo 645 c.p.c. preveda genericamente che l'opposizione a decreto ingiuntivo si proponga "con atto di citazione notificato al ricorrente", sin dall'entrata in vigore della Legge n° 533 dell' 11 agosto 1973, la giurisprudenza è stata unanime nel concordare il principio sopra indicato (l'opposizione a decreto ingiuntivo, emesso nelle materie soggette a quel rito, deve seguire la disciplina processuale speciale, che impone, come modello formale di introduzione dello stesso, il ricorso e non la citazione); necessario corollario di tale interpretazione è che il rispetto del termine per l'opposizione, nelle indicate materie, va valutato in relazione al momento in cui l'opponente provvede al deposito del ricorso, e non alla notifica dell'atto. Secondo il disposto di cui all'articolo 39 c.p.c., infatti, è da tale momento che pende la lite (cfr. in tema E. Padovano Nota a sentenza Trib. Lecce 2.10.2020 in Giur. It., 2021, 5, 1114).

Tale principio era consolidato nella giurisprudenza di merito, la quale per anni ha insistito nel dichiarare, nelle sue pronunce, che "l'opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di locazione - come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447 bis c.p.c. - deve essere proposta con ricorso. Qualora venga proposta erroneamente con citazione, affinché questa possa produrre comunque validamente gli effetti del ricorso, deve essere depositata in cancelleria entro il termine di cui all'art. 641 c.p.c., non essendo sufficiente che entro tale data sia stata notificata alla controparte. In sostanza l'opposizione erroneamente esperita con atto di citazione anziché con ricorso può essere considerata comunque valida nel caso in cui sia depositata nella cancelleria del giudice adito nel termine previsto di quaranta giorni. Diversamente deve essere dichiarata nulla e/od inammissibile. Ciò perché solo con il deposito in cancelleria la citazione può valere come ricorso, raggiungendo lo scopo proprio di tale ultimo atto, là dove non può invece riconoscersi alcun valore alla notificazione della citazione eseguita prima del deposito, concernendo un'opposizione ancora non venuta ad esistenza" (cfr. Tribunale Roma sez. VI, 07/07/2021, n.11825; Tribunale Firenze sez. III, 26/04/2020, n.989; Tribunale Roma sez. VI, 11/04/2019, n.8003; Tribunale Trani, 07/02/2019, n.327; Tribunale di Modena 15.2.2013 n°215; Tribunale di Milano 13.3.2013, n.3453).

Secondo la costante giurisprudenza di merito costituiva jus receptum che l'opposizione a decreto ingiuntivo, qualora si trattava di controversie regolate con il rito del lavoro (Legge n° 533/1973), "deve essere proposta, in conformità delle norme introdotte da detta legge, con ricorso depositato in cancelleria (art. 415 c.p.c.) entro il previsto termine dalla notificazione dello stesso decreto ingiuntivo, sicché l'opposizione proposta con atto di citazione notificato entro il predetto termine ma depositata successivamente è da considerare tardiva, non rilevando né l'attività compiuta dalla controparte (in quanto la sanatoria prevista dall'art. 156 c.p.c. non si estende alle decadenze per inosservanza dei termini perentori) né il provvedimento del giudice che ai sensi dell'art. 426 c.p.c. abbia disposto il passaggio dal rito ordinario a quello speciale" (cfr. Tribunale di Napoli 17.1.2022, n°527).

La problematica, sorta in alcuni Tribunali di merito, era attinente più al momento della decisione che alla sostanza della stessa; ed infatti, secondo alcuni era possibile in prima udienza, ex articolo 281 sexies c.p.c., adottare sentenza di inammissibilità della domanda per tardività nel deposito dell'atto introduttivo del giudizio di opposizione; secondo altri, in prima udienza si doveva sollevare la questione della tardività, concedere la provvisoria esecutorietà al decreto ingiuntivo opposto, mutare il rito ex art. 426 c.p.c., mandare le parti in mediazione ed alla successiva udienza (post rito mutato) pronunciare sentenza ex art. 429 cpc di rigetto della domanda per tardività della opposizione, iscritta a ruolo oltre il termine di opposizione (quaranta giorni) concesso dall'articolo 641 c.p.c..

Nel confronto giurisprudenziale ha prevalso questa seconda tesi, da cui è sorto un problema ulteriore: cosa accade se le parti non effettuano (tempestivamente) la procedura di media conciliazione come demandata dal GU ed obbligatoria (ai sensi dell'articolo 5 D.lvo n°28/2010, come novellato dal D.L. n°69/2013, conv. in Legge n°98/2013) nelle materie citate nell'articolo 447 bis c.p.c.?

Non si può qui entrare nel merito ed approfondire le indicate questioni, non attenendo le stesse strettamente al tema oggetto del presente lavoro: basti evidenziare che la inammissibilità per tardività (secondo i principi generali dettati dal codice di rito) senza ombra di dubbio prevale sulla improcedibilità per mancato esperimento del tentativo di mediazione, requisito la cui verifica è sì di carattere preliminare ma sempre successivo e posposto alla sussistenza della tem-

pestività (e quindi della ammissibilità) della formulata opposizione.

Le oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali successive alla introduzione del D.lgs. n°150/2011

Con l'introduzione dell'articolo 4 del D.lgs. n°150/2011 la giurisprudenza di merito e la migliore dottrina hanno cominciato a dubitare della esattezza della ricostruzione sopra riportata. Emblematica, in tema, è la sentenza del Tribunale di Roma n.8145 del 21/04/2017, ove il GU esplicita che l'orientamento merita "un ripensamento alla luce della disposizione – di portata innovativa – contenuta nell'art. 4 del D. Lgs.vo n°150/2011, recante "disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69".

In particolare l'art. 4 del Decreto Legislativo testé citato, rubricato "mutamento del rito" così recita: "1. Quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone il mutamento del rito con ordinanza. 2. L'ordinanza prevista dal comma 1 viene pronunciata dal giudice, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza di comparizione delle parti. 3. Quando la controversia rientra tra quelle per le quali il presente decreto prevede l'applicazione del rito del lavoro, il giudice fissa l'udienza di cui all'articolo 420 del codice di procedura civile e il termine perentorio entro il quale le parti devono provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria. 4. Quando dichiara la propria incompetenza, il giudice dispone che la causa sia riassunta davanti al giudice competente con il rito stabilito dalle disposizioni del presente decreto. 5. Gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento. Restano ferme le decadenze e le preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento".

Ritiene, quindi, il citato Tribunale che "dalla lettura combinata del 1° e 5° comma dell'articolo, ed in particolare dal fatto che tali disposizioni sono formulate in termini generali ed onnicomprensivi, e si riferiscono a qualsiasi controversia ("quando una controversia..") e non esclusivamente ad alcuno dei giudizi contenziosi enumerati ai capi II, III e IV del medesimo testo di legge, si evince l'affermazione di un principio generale di salvaguardia degli effetti dell'atto processuale che sia erroneamente posto in essere, dalla parte, adottando un rito

diverso da quello prescritto dalla legge per la particolare controversia, principio questo che è evidentemente incompatibile con quello precedentemente invalso nella giurisprudenza di legittimità sopra riportata, e che impone quindi di doversene discostare, in tutte le controversie (come la presente) introdotte in data successiva all'entrata in vigore della norma in esame. Infatti, è chiara e testuale la volontà del legislatore di ricollegare, alla scelta - ancorché erronea - di un rito, all'atto della proposizione della domanda, l'applicazione di tutto il correlativo sistema di preclusioni e decadenze predisposto dalla legge processuale, e ciò sino a quando il giudice non disponga (attraverso l'ordinanza di "mutamento del rito") l'adeguamento del rapporto processuale al modulo prescritto per il particolare tipo di controversia innanzi a lui pendente. Tali conclusioni sono d'altronde coerenti con il principio, sempre predicato dalla giurisprudenza di nomofilachia, secondo cui "il mutamento del rito da ordinario a speciale non determina la rimessione in termini rispetto alle preclusioni già maturate alla stregua del rito ordinario, ma, sul piano formale, gli atti posti in essere anteriormente al passaggio al rito speciale devono essere valutati in base alle regole di quello ordinario" (Cass. n°27519.2014), ovvero per il quale "il processo erroneamente introdotto con il rito ordinario è regolato dal rito speciale non dal momento in cui ne viene statuita la natura, bensì dal momento in cui il giudizio ha inizio in applicazione del relativo rito" (Cass. n°9694.2010), e che implica - in conclusione - che "il mutamento del rito da ordinario a speciale non determina - neppure a seguito di fissazione del termine perentorio di cui all'art. 426 cod. proc. civ. per l'integrazione degli atti introduttivi - la rimessione in termini rispetto alle preclusioni già maturate alla stregua della normativa del rito ordinario, dovendosi correlare tale integrazione alle decadenze di cui agli artt. 414 e 416 cod. proc. civ. e non valendo la stessa a ricondurre il processo ad una fase anteriore a quella già svoltasi" (Cass. n°9550.2010; conf. Cass. n°8256.1987; Cass. n°6449.1986). In breve, anche alla stregua di tali enunciati, secondo cui l'ordinanza di mutamento del rito (art. 426 c.p.c.) non ha effetti retroattivi, e non abilita ad applicare, ora per allora, le preclusioni e decadenze prescritte per il rito effettivamente adottato, dal giudice, solo a partire da un certo momento del processo, pare incoerente declinare l'inammissibilità dell'opposizione che sia tempestivamente proposta e coltivata, secondo le preclusioni del rito ordinario, alla stregua di preclusioni stabilite da un rito non prescelto dall'attore, e solo successivamente adottato dal giudice, con l'ordinanza ex art. 426 c.p.c.".

Il Tribunale sin ora citato conclude sostenendo: "né potrebbe obiettarsi, in contrario, che la disposizione dell'art. 4 D. Lgs.vo n°150/2011, in quanto contenuta nel testo normativo dedicato alla semplificazione dei riti, sarebbe applicabile alle sole controversie costituenti il suo oggetto specifico, e cioè alle controversie elencate ai capi II, III e IV del medesimo D. Lgs.vo n°150/2011. Infatti, se si accedesse a tale tesi si giungerebbe a conclusioni irragionevoli, in conflitto sia con il principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 della Cost., che con il diritto di difesa tutelato dall'art. 24 Cost.. Ciò in quanto resterebbe del tutto oscuro il motivo per cui il legislatore avrebbe inteso introdurre, nell'ordinamento, una esplicita clausola di salvaguardia degli effetti processuali dell'atto introduttivo del giudizio (contenuta nell'art. 4 sopra riportato), per le sole controversie di cui al capo II, III e IV del D. Lgs.vo n°150/2011, e non per tutti i rapporti processuali in cui si presentasse lo stesso identico problema, dovuto alla scelta di un rito diverso da quello prescritto dalla legge per la particolare controversia, problema che la disposizione sopra riportata è intesa – chiaramente – ad ovviare e risolvere una volta per tutte, facendo sì che la scelta di un certo modello procedimentale, laddove errata, non si ritorca in danno della parte".

Parte della dottrina (cfr. M. Di Marzio in "Il processo civile.it", aprile 2018) ha aspramente criticato il ragionamento sostenuto dal Tribunale di Roma, in quanto il tribunale capitolino ritiene che la norma in questione porrebbe «un principio generale di salvaguardia degli effetti dell'atto processuale che sia erroneamente posto in essere, dalla parte, adottando un rito diverso da quello prescritto dalla legge per la particolare controversia», principio che sarebbe applicabile in tutte le controversie ... introdotte successivamente all'entrata in vigore del menzionato decreto: "a tale principio generale osterebbe, però, il testuale dettato normativo, ove si legge che se una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal presente decreto, il giudice dispone il mutamento del rito con ordinanza"; tale dottrina, pertanto, ritiene che la salvaguardia dettata dalla norma in questione può applicarsi solo ed esclusivamente alle controversie aventi ad oggetto materie cui è applicabile il rito dettato dal D.lvo n.150/2011, senza possibilità di estensione generale ed analogica (non sussistendone i presupposti dell'absentia iuris e della eadem ratio), seguendo i criteri interpretativi dettati dalle preleggi.

Ritiene, poi, la citata dottrina "che non ci sono nella giurisprudenza della Suprema Corte, affermazioni che possano sostenere la motivazione della sentenza in commento: il tribunale fraintende le massime da esso citate, tutte nel senso che la trasformazione del rito non salva — ed è del resto una cosa intuitiva — dallo spirare di un termine già scaduto". Conclude sostenendo che il tribunale capitolino ha errato nella lettura della normativa oltre che nella sua applicazione analogica ed estensiva, citando un conflitto con la Carta Costituzione che per definizione non può che essere risolto con il prescritto meccanismo di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale.

Altra parte della dottrina (cfr. C. Scalvini *Pluralità* dei riti nel processo civile (mutamento, connessione, errore) - L'errore tipologico nell'atto introduttivo dei giudizi di opposizione in Giur. It., 2020, 2, 460) è di contrario avviso, sostenendo nei propri scritti che, in tale rigorosa linea interpretativa, "non si può non percepire l'inspiegabile discriminazione che la giurisprudenza opera tra i giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo in materia lavoristica e locatizia, nei quali le forme finiscono per prevalere sulla sostanza, e gli altri giudizi di opposizione disciplinati dal "decreto semplificazione riti", nei quali viene invece maggiormente salvaguardato l'interesse sostanziale degli opponenti". Secondo l'autrice citata, tre sono stati gli "eventi" che hanno quanto meno riacceso la discussione in ordine ad un sì granitico indirizzo: a) il recepimento legislativo (con l'articolo 59, 2° comma, Legge n°69 del 18 giugno 2009) dell'orientamento della giurisprudenza ordinaria e costituzionale (Corte Cost. 12 marzo 2007, n. 77, Giur. It., 2008, 693, con nota di R. Frasca, Giurisdizione e translatio iudicii: guerra fra le Corti o virtuosa coincidentia oppositorum?) che consentiva la translatio iudicii con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda erroneamente proposta dinnanzi a un giudice privo di giurisdizione; b) la composizione del conflitto creatosi in tema di impugnazione di delibere condominiali, che ha portato ad affermare l'ammissibilità delle impugnazioni di delibere condominiali ex art. 1137 c.c. proposte con ricorso, anziché con il prescritto atto di citazione, anche laddove il ricorso non fosse stato pure notificato nel termine dettato per l'impugnazione (cfr. Cassazione civile, Sez. un., n.8491 del 14 aprile 2011, in Giur. It., 2012, 298; in Foro It., 2011, I, 1380, con nota di D. Piombo; tale indirizzo giurisprudenziale è poi stato ribadito da Cass., 26 luglio 2013, n. 18117, in Foro It., 2013, I, 2785 e da ultimo, da Cass., 23 agosto 2019, n. 21632, disponibile su DeJure.it.); c) la promulgazione del D.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 e l'esplicitazione della non retroattività del cambiamento di rito di cui

all'art. 4 per le controversie disciplinate dal suddetto decreto, con conseguente affermazione della superfluità della "conversione dell'atto introduttivo" nel termine per i procedimenti di opposizione o impugnazione ivi previsti.

Il susseguirsi di questi cambiamenti in seno all'ordinamento processuale ha conciliato, secondo la citata dottrina, il diffondersi di perplessità e critiche nei più svariati autori, che hanno ritenuto a questo punto *a fortiori* opportuno un ripensamento del trattamento dell'*errore di rito* nei giudizi di opposizione extra "decreto semplificazione".

Conclude l'autrice sostenendo che "nel processo del lavoro e sul meccanismo dell'art. 426 c.p.c. in base al quale - ancor prima che entrasse in vigore l'art. 4, D.lgs. n. 150/2011 - la dottrina e la giurisprudenza erano concordi nel ritenere che l'errore sul rito fosse sanabile con il rimedio della conversione del rito, "con salvezza degli effetti processuali e sostanziali prodotti dalla domanda proposta con il rito erroneo" (cfr. A. Proto Pisani, La riduzione e la semplificazione dei riti (d.lgs. 1° settembre 2011 n. 150) "Note introduttive", in Foro It., 2012); a tal proposito, è stato infatti osservato che la sanatoria retroattiva sarebbe l'unica conforme rispetto ad un ordinamento in cui il trattamento dei vizi di forma-contenuto degli atti processuali trova "il suo asse portante nella nozione di scopo" (cfr. Proto Pisani cit.). Inoltre, persino con riguardo alle controversie nelle materie ex art. 409 c.p.c., per le quali il rito del lavoro è stato precipuamente concepito, la trattazione della causa secondo un rito diverso non arriva comunque a determinare la nullità del procedimento, a meno che abbia avuto incidenza sul rispetto del contraddittorio o causato un concreto pregiudizio al diritto di difesa delle parti".

La giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione

La Suprema Corte di Cassazione in tema ha, nel corso degli anni, graniticamente affermato (cfr. Cassazione civile, n°2714 del 14.03.1991; Cassazione civile n°8014 del 02.04.2009; Cassazione civile n°27343 del 29.12.2016) che "l'opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di locazione, come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447 bis c.p.c., deve essere proposta con ricorso, sicché, ove promossa con citazione, questa può produrre gli effetti del ricorso solo se sia depositata in cancelleria entro il termine previsto dall'art. 641 c.p.c., non essendo sufficiente che, entro tale data, sia stata notificata alla controparte".

La Corte ha, inoltre, precisato (cfr. Cassazione civile n°10143/2016; Cassazione civile n.21671/2017) che se il giudizio deve essere proposto con ricorso da depositare in cancelleria, l'erronea introduzione del giudizio con atto di citazione è suscettibile di sanatoria, ex art. 156 c.p.c., a condizione che nel termine previsto dalla legge l'atto sia stato non solo notificato alla controparte ma anche depositato nella cancelleria del Giudice (cfr. Cassazione civile n.12990/2010; Cassazione civile n.797/2013: "L'opposizione a decreto ingiuntivo nelle materie soggette al rito del lavoro si propone con ricorso; tuttavia, ove sia, per errore, proposta con citazione, essa può impedire comunque che il decreto divenga definitivo, non già se notificata alla controparte entro il termine di cui all'art. 641 cod. proc. civ., ma solo se, entro tale termine, venga altresì depositata in cancelleria. Ricorrendo tale ipotesi, il giudice dovrà ordinare d'ufficio la conversione del rito, disponendo la notifica del proprio provvedimento all'opposto, ove contumace, senza necessità che l'opponente richieda l'emanazione del decreto di fissazione dell'udienza di discussione, ai sensi dell'art. 420 cod. proc. civ."; Cass. Sez. Un. n. 22848 del 8/10/2013; Cass. Sent. n. 10643 del 15/5/2014; Cass. Sent. n. 14401 del 10/7/2014).

La soluzione adottata dalla giurisprudenza di legittimità è di recente passata indenne al vaglio della Corte Costituzionale (cfr. a riguardo Corte Cost., 2 marzo 2018, n. 45, in Giur. Cost., 2018, 545 e segg., con nota di Caponi, Sanatoria retroattiva delle nullità processuali, rimessione in termini e giusto processo civile (Osservazione a Corte Cost. 2 marzo 2018 n. 45), nonché in Corriere Giur., 2019, 373 e segg., con nota di Castaldo, Legittimità costituzionale dell'art. 426 c.p.c. alla luce del decreto di semplificazione dei riti; Corte Cost., 24 maggio 2000, n. 152, in Giur. It., 2001, 444 e segg., con nota di Ronco).

Parte della dottrina (cfr. C. Castaldo appresso citata) ha rilevato che la Corte ha utilizzato il *topos* della invalicabilità dell'area riservata al legislatore in materia di istituti processuali, per arrivare a sostenere che la disciplina attuale non raggiunge la soglia di *manifesta irragionevolezza* che consente il sindacato di legittimità costituzionale.

Tale linea interpretativa è stata criticata da parte della dottrina (cfr. V. C. Castaldo (il)Legittimità costituzionale dell'art. 426 c.p.c. alla luce del decreto di semplificazione dei riti in Corriere Giur., 2019, 3, 373), la quale sostiene che "emerge netta l'impressione che l'abbondante letteratura sul tema e la ricca elaborazione giurisprudenziale abbiano guadagnato alla riflessione

scientifica un'unica solida certezza: che la ragionevolezza è una categoria massimamente incerta" ... Tuttavia merita ripensare alle molteplici occasioni in cui la Corte, ha "modulato" il canone della ragionevolezza per fulminare di incostituzionalità disposizioni normative, anche nel campo degli istituti processuali, rispetto al quale il legislatore gode di ampia discrezionalità. Basti pensare a quella serie di pronunce, espressione di quel globale intervento "sostitutivo" via via operato dalla Corte costituzionale in tema di notificazioni, con le quali essa ha sancito l'ingresso definitivo nel nostro ordinamento processuale civile, fra le norme generali sulle notificazioni degli atti, del principio della scissione dei due momenti di perfezionamento della notifica, per il notificante e per il destinatario. In quel caso, il canone di ragionevolezza e quello di effettività della tutela giurisdizionale sono stati utilizzati dalla Corte per dare il via ad una sistematica opera di "bonifica adeguatrice" dell'intera disciplina delle notifiche, al fine di informare il tessuto normativo vigente ai propugnati principi costituzionali. O, più di recente, nel caso in cui la Consulta ha tacciato di incostituzionalità per manifesta irragionevolezza l'ultimo periodo dell'art. 152 disp. att. c.p.c., laddove - con riferimento alle controversie previdenziali - sanziona con l'inammissibilità del ricorso introduttivo la mancata indicazione in esso del valore della prestazione dedotta in giudizio (Corte cost. 20 novembre 2017, n. 241, in Giur. it., 2018, 1, 83). Qui la Corte ha sancito l'eccessiva gravosità della sanzione dell'inammissibilità, introdotta dal legislatore nel 2011, che integrerebbe una penalizzazione irragionevole e sproporzionata rispetto al fine di garantire una congrua liquidazione delle spese giudiziali, in relazione al valore della prestazione richiesta e finirebbe col tradursi in una limitazione formale all'accesso alla tutela giurisdizionale e, perciò, irragionevole. Dunque in questo caso, nell'esercitare il vaglio di ragionevolezza della scelta legislativa, i giudici costituzionali hanno utilizzato come metro di valutazione la concreta incidenza che essa aveva determinato sulla garanzia dell'accesso alla tutela giurisdizionale e sulla sua effettività".

La Suprema Corte di Cassazione, nel solco della interpretazione sopra citata, ha di recente stabilito che "l'opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di controversie locatizie, come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447-bis c.p.c., che sia erroneamente proposta con citazione, deve ritenersi tempestiva, se entro il termine di cui all'art. 641 c.p.c. avvenga l'iscrizione a ruolo mediante deposito in cancelleria dell'atto di citazione, non potendo trovare applicazione l'art. 4 del d.lgs.

n. 150 del 2011, il quale concerne i giudizi di primo grado erroneamente introdotti in forme diverse da quelle prescritte da tale decreto legislativo e non anche i procedimenti di natura impugnatoria, come l'opposizione a decreto ingiuntivo" (cfr. Cassazione civile n. 7071 del 12/03/2019).

A tali conclusioni era pervenuta anche la III Sezione della Suprema Corte che, nella sentenza n. 13072 del 25.5.2018, aveva affermato il principio per cui il "D.lgs. n. 150 del 2011, art. 4, disciplina esclusivamente il mutamento del rito in caso di controversia promossa in forme diverse da quelle previste nel medesimo decreto, e non costituisce una norma generale abrogativa e sostitutiva delle norme specifiche di cui agli artt. 426 e 427 cpc, che rimangono le norme generali di coordinamento tra rito ordinario e rito lavoristico/locatizio". Nell'ipotesi, quindi, di errata introduzione del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in materia lavoristica/locatizia con atto di citazione, anziché con ricorso, non opera la disciplina di cui all'art. 4 del D.lgs. n. 150/2011 (con salvezza delle decadenze e delle preclusioni maturate secondo le norme del rito seguito prima del mutamento), bensì l'art. 426 c.p.c., con conseguente applicazione del principio di conversione ed efficacia dell'atto di citazione, quale ricorso, solo se lo stesso sia stato depositato in cancelleria entro il termine di decadenza.

Parte della dottrina (cfr. E. Padovano nota a sentenza Trib. Lecce 2.10.2020 in Giur. It., 2021, 5, 1114) ha criticato tale giurisprudenza sostenendo che la Suprema Corte, in questi casi, "se da un lato fa salvi gli effetti dell'atto introduttivo del giudizio, ancorché non rispettante le forme prescritte, esige tuttavia che il termine di cui all'art. 641 c.p.c. sia rispettato avendo riguardo non già alla notificazione, bensì al deposito dello stesso, essendo questo il momento di perfezionamento di quel*l'atto – il ricorso - che la parte avrebbe dovuto adottare.* Pertanto, l'opponente che abbia notificato tempestivamente un atto di citazione, ma abbia iscritto a ruolo la causa oltre il termine di quaranta giorni dalla notifica del decreto, si vedrà dichiarare l'opposizione inammissibile, in quanto proposta tardivamente ... Tale soluzione, se da un lato permette di guardare all'errore di forma in chiave finalistica ex art. 156, 3° comma, c.p.c., salvando così gli effetti sostanziali dell'atto introduttivo errato, dall'altro, nel ritenere perfezionata l'instaurazione dell'opposizione solo con il deposito dell'atto, non appare altrettanto garantista e, anzi, sembrerebbe ispirarsi ad un rigoroso ed ingiustificato formalismo, viste soprattutto le conseguenze che derivano dalla pronuncia di inammissibilità dell'opposizione". Inoltre, come rilevato da altra parte della dottrina (v. A. Ronco, Pluralità di riti e fase introduttiva dell'opposizione a decreto ingiuntivo, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 2, 433; C. Scalvini, Pluralità dei riti nel processo civile (mutamento, connessione, errore) - l'errore tipologico nell'atto introduttivo dei giudizi di opposizione, in Giur. It., 2020, 460 e segg.; A. Scarpa, La forma dell'opposizione a decreto ingiuntivo in materia di locazione, in Immobili e Proprietà, 2011, 652 e segg.; V. Castaldo, op. cit., 2 e segg.), l'interpretazione adottata dai giudici di legittimità si pone in aperto contrasto con il principio contenuto nell'art. 426 c.p.c., ribadito dall'art. 4, D. Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che, in ipotesi analoghe a quella in oggetto, sancisce l'irretroattività del mutamento del rito, facendo salvi gli effetti sostanziali e processuali degli atti posti in essere in base al rito erroneamente seguito. Ma soprattutto, come correttamente rimarcato dalla citata dottrina, a ben vedere "questa chiusura formalistica in rito del giudizio di opposizione sacrifica la naturale vocazione del processo civile di giungere ad una decisione di merito. Tale esito è tanto più preoccupante in quanto viene ad incidere sulla posizione di un soggetto (l'ingiunto) che è stato condannato in stato di forzato silenzio ed il cui diritto di difendersi attraverso l'opposizione si radica negli artt. 24 e 111 Cost." (così Castaldo, op. cit., 3). Soggetto, l'ingiunto, che, per un mero vizio di forma dell'atto, non solo vedrà sfumare la possibilità di contestare in sede di giudizio di opposizione il fondamento della condanna contenuta nel provvedimento monitorio, ma avrà altresì preclusa la facoltà di svolgere, in un eventuale separato giudizio, qualsiasi altra difesa inerente al rapporto sostanziale alla base della condanna in questione. Come noto, infatti, a seguito della pronuncia di inammissibilità dell'opposizione, il decreto ingiuntivo diviene definitivo e, dunque, non più contestabile (così dispone l'art. 653 c.p.c.)".

La rimessione della questione alle SSUU

Nel solco dei menzionati contrasti nella giurisprudenza di merito e nella dottrina più autorevole, la Corte di Cassazione Sezione III civile ha devoluto alle Sezioni Unite, con ordinanza interlocutoria n. 13556, depositata il 18 maggio 2021, la questione relativa alla qualificazione dell'opposizione a decreto ingiuntivo quale impugnazione o quale giudizio ordinario cognizione (ed alla conseguente questione relativa alla applicabilità dell'articolo 4, D.lvo n.150/2011 alle materie da trattarsi secondo il rito del lavoro).

La controversia originava da un decreto ingiuntivo ottenuto dal locatore per il pagamento di somme a titolo di indennità di occupazione ed oneri accessori inerenti alla locazione dell'immobile di sua proprietà. Il conduttore ingiunto aveva proposto opposizione con atto di citazione, anziché con ricorso, nonostante trattavasi di controversia in materia di locazione ai sensi dell'art. 447-bis c.p.c. Dopo aver disposto il passaggio dal rito ordinario al rito speciale, il Tribunale aveva dichiarato inammissibile l'opposizione, perché tardiva rispetto al termine (40 giorni) stabilito dall'art. 641, comma 1, c.p.c., avendo riguardo alla data del deposito in cancelleria dell'atto di citazione erroneamente adoperato dall'opponente, anche considerando la sospensione dei termini processuali durante il periodo feriale.

Sul gravame interposto dal soccombente, la Corte d'Appello, da un lato, aveva ritenuto fondata la questione di diritto attinente alla violazione dell'art. 4, comma 5, del D.lgs. n. 150/2011, circa la salvezza degli effetti della domanda secondo le norme del rito seguito prima del mutamento, ma aveva osservato che l'appellante si era limitato a chiedere genericamente la riforma della sentenza di primo grado, senza prospettare alcuna questione di merito e senza chiedere nemmeno l'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo, sicché nessuna utilità avrebbe potuto ricevere dall'accoglimento del gravame per effetto del mutamento del rito. Pertanto, secondo la Corte di Appello, si era determinata la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c. il quale prevede espressamente che le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado e non riproposte in appello si intendono rinunciate.

Il conduttore proponeva, dunque, ricorso per cassazione, ma è soprattutto il ricorso incidentale spiegato dal locatore a sollecitare l'esame della questione da sottoporre alla decisione, con rilevanza nomofilattica, delle Sezioni Unite, atteso che, con quest'ultimo gravame, si sosteneva che non potesse trovare applicazione, nel giudizio de quo, la disciplina sul mutamento del rito contenuta nell'art. 4 del D.lgs. n. 150/2011, con la conseguente salvezza degli effetti della domanda proposta secondo le norme del rito erroneamente scelto, anche ai fini dell'osservanza del termine di cui all'art. 641 c.p.c., atteso che, con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, non "viene promossa" una controversia, non si introduce un giudizio autonomo e neppure un grado autonomo, ma si apre soltanto una fase del giudizio

già pendente. Così la Corte riassume la posizione del ricorrente incidentale: l'opposizione a d.i. «... non introduce un giudizio autonomo e neppure un grado autonomo ma costituisce solo una fase del giudizio già pendente a seguito del ricorso del creditore che si svolge secondo le norme del procedimento». L'atto di opposizione a d.i. non potrebbe considerarsi atto con il quale «viene promossa una controversia», ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lgs. 150/2011, bensì atto con cui si dà impulso alla seconda fase di un procedimento introdotto dalla parte opposta, convenuta in senso formale, dovendosi qualificare la fase di opposizione quale «prosecuzione» (Cass. n. 6531/93, Cass. n. 1552/95) o «continuazione orizzontale del processo monitorio» (Cass. n. 3316/98) o, ancora, di «ulteriore sviluppo» (Cass. n. 335/87, 3258/91, 13252/06) del giudizio già pendente ed iniziato con il ricorso del creditore (v. controricorso contenente ricorso incidentale, p. 14). Né ... la norma richiamata potrebbe applicarsi, per analogia, al caso di specie, in quanto il decreto legislativo in parola limiterebbe chiaramente «l'alveo di efficacia di conseguenze particolarmente incisive, quali quelle concernenti la salvezza degli effetti maturati anche con il rito errato».

La Sezione III della Corte di Cassazione smentisce l'assunto della decadenza di cui all'articolo 346 cpc, in quanto il principio generale di conservazione degli atti, la esplicitazione dei fatti in primo grado, la censura espressa presso la Corte di appello alla sentenza di primo grado erano già di per sé idonee ad investire il Giudice del gravame della domanda di annullamento della decisione di primo grado, senza che fosse necessario riproporre ex novo le domande. Ed infatti, in appello, la regola per cui le domande e le eccezioni non esaminate perché ritenute assorbite devono comunque essere riproposte ai sensi dell'art. 346 c.p.c., non trova applicazione in caso di impugnazione della decisione che ha giudicato inammissibile l'atto introduttivo di primo grado, la quale costituisce comunque manifestazione di volontà di proseguire nel giudizio, con implicita riproposizione della domanda principale, specialmente quando tale volontà sia anche chiaramente espressa con l'esplicito rinvio, nelle conclusioni dei motivi di appello, all'atto introduttivo, non avendo altrimenti alcuna valida e concreta ragione la sola impugnativa della questione preliminare di rito (Cassazione civile n°19216 del 2/08/2017; Cassazione civile n°13855 del 9/06/2010; Cassazione civile n°12092 del 01/07/2004; Cassazione civile n°12468 del 18/05/2017).

La Corte si sofferma, così, sulla questione principale: "all'orientamento che configura tale atto come atto introduttivo non di un giudizio autonomo e neppure di un grado autonomo ma semplicemente di una fase (eventuale) del giudizio già pendente, che riconduce il procedimento (svolto sino a questo punto con forme e caratteristiche peculiari) nell'alveo del processo ordinario di cognizione, si contrappongono altri orientamenti, anche dottrinali, che ravvisano nell'opposizione un atto introduttivo di un autonomo giudizio o addirittura un'impugnazione di primo grado, rimarcandosi da parte di alcuni, comunque, la struttura impugnatoria tout court dell'opposizione, ovvero, l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello dell'impugnazione, come ritenuto dalle S.U. nelle ricordate sentenze del 1992 e del 2001. Si evidenzia che tale questione, da rimeditare anche alla luce del principio del giusto processo di cui al novellato art. 111 Cost., è rilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 4 del d.lgs. 150/2011, che si riferisce espressamente alla promozione di una controversa. ... In considerazione ... della giurisprudenza non del tutto univoca sul tema evidenziato e relativo, in particolare, alla qualificazione dell'opposizione a d.i. quale impugnazione o quale giudizio ordinario di cognizione, ricorrono, ad avviso del Collegio, le condizioni per rimettere gli atti al Primo Presidente" affinché valuti la rimessione della questione alle SSUU".

Alle Sezioni Unite viene quindi demandata, in via preliminare, la risoluzione della questione di diritto non decisa in senso univoco da precedenti pronunce della Cassazione - relativa alla natura di impugnazione o di ordinario giudizio di cognizione del procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo, questione incidente, in seconda battuta, sull'operatività del mutamento del rito ai sensi dell'articolo 4 del D.lgs. n.150/2011.

La relazione della Procura Generale presso la Corte di Cassazione

Nella sua relazione la Procura Generale tocca diversi punti interessanti della questione esaminata in questa sede. In primo luogo sottolinea che il problema dell'ambito applicativo dell'art. 4 D.lgs. 150/2011 e dei suoi riflessi sul processo civile era già stato affrontato nella giurisprudenza della Corte: "il problema dell'ambito applicativo dell'art. 4 cit., senza che rilevi che la deduzione di parte si incentri eminentemente sulla natura giuridica del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo – invero, istituto dogmaticamente anfibolo-

gico, quale prosecuzione o continuazione orizzontale del processo monitorio o ancora di ulteriore sviluppo di giudizio già pendente con il ricorso del creditore (cfr. pg. 14 del ricorso incidentale condizionato). Infatti, occorre aver riguardo all'unità minima suscettibile di acquisire la stabilità del giudicato siccome individuata dalla sequenza logica fatto-norma-effetto giuridico, di talché l'impugnazione motivata anche in ordine ad uno solo degli aspetti di tale sequenza riapre la cognizione sull'intera statuizione che abbia affermato l'esistenza di un fatto sussumibile sotto una norma che ad esso ricolleghi un dato effetto giuridico (cfr. in tal senso Cass. n. 11347 del 2021 che richiama Cass. n. 2217 del 2016, n. 12202 del 2017, n. 16853 del 2018, n. 24783 del 2018 e n. 10760 del 2019)".

In secondo luogo evidenzia che il perimetro testuale della norma sembra, in modo non equivocabile, esplicitare l'applicazione della norma alle sole controversie oggetto del decreto in questione.

Di poi, sostiene che dei rapporti tra il citato articolo 4 e le altre forme di mutamento del rito, già aventi dignità di diritto positivo (artt. 426, 427, 702ter c.p.c.), "si fa carico la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, la quale, in primo luogo, tratteggia le differenze fra l'opzione legislativa prescelta e le disposizioni già vigenti".

Da tale relazione si evince la necessità di coordinare non un mutamento del rito monodirezionale ma pluridirezionale "salvaguardando l'«esigenza di ridurre al minimo l'ambito temporale di incertezza sulle regole destinate a disciplinare il processo, al fine di scongiurare vizi procedurali che, riverberandosi a catena su tutta l'attività successiva, possano far regredire il processo, in contraddizione con i principi di economia processuale e di ragionevole durata sanciti dall'art. 111 della Costituzione".

Orbene, la Procura sostiene che "nulla né a livello testuale, né sotto il profilo dei lavori preparatori (probante è la lettura del resoconto stenografico dell'audizione della Commissione Giustizia Camera dei Deputati del 19 luglio 2011, né come rationes legis lascia ritenere che la disposizione sia applicabile non già solo ogniqualvolta una controversia regolata dal d.lgs. n. 150 del 2011 sia introdotta in una (qualunque) forma errata, bensì anche alle controversie diverse rispetto a quelle prese in considerazione dal decreto stesso. Di conseguenza, non vi sono emergenze che avallino un'interpretatio abrogans dell'art. 426 c.p.c. e, quindi, al complessivo superamento della norma da esso somministrata".

Ad ulteriore avallo della sua tesi, la Procura Generale richiama la sentenza della Corte Costituzionale

n.45 del 02.03.2018, che alla sua base aveva un giudizio del tutto speculare ed identico a quello sotteso alla ordinanza di rimessione alle SSUU nonché la giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione (n. 13072 del 2018; n. 23909 del 2019; n. 15722 del 2019) ove era stato chiaramente sostenuto che il D.lgs. n. 150 del 2011 costituisce "un testo specificamente identificativo del suo ambito di applicazione, che non attiene a quanto era già all'epoca direttamente disciplinato nel codice di rito, bensì a varie norme speciali che accomunavano alla fattispecie sostanziale delle peculiarità processuali. Del tutto è logico ritenere, quindi, che due norme "portanti" come gli articoli 426 e 427 c.p.c. non sono state abrogate da questo decreto legislativo, e, parimenti, che l'articolo 4 in esso presente concerne esclusivamente il ben determinato ambito del decreto stesso» ... ed il citato art. 4 non costituisce una norma generale abrogativa e sostitutiva delle predette previsioni codicistiche, rispetto alle quali si pone come eccezione nei soli casi, compresi appunto nel decreto, in cui non sia stato fatto riferimento espresso a quelle che rimangono le due norme generali di coordinamento tra rito ordinario e rito lavoristico/locatizio".

Sottolinea, poi, la relazione che l'interpretazione delle norme deve sì essere costituzionalmente orientate e che ove tale spazio non sussista non si può far altro che sollevare la questione di legittimità innanzi alla

Corte Costituzionale; conclude, infine, sostenendo che "la portata letterale e sistematica dell'art. 4 cit. ha un connotato auto evidente tale da lasciar poter chiudere la questione nel senso della sua inapplicabilità alla soggetta materia (opposizione a decreto ingiuntivo assoggettato al rito delle locazioni). Rimane quindi corroborato da un solido riferimento legislativo il diritto vivente consolidatosi intorno all'art. 426 c.p.c., di modo che non può giungersi a una piena equipollenza fra rito richiesto e rito erroneamente prescelto ai fini di un tempestivo promovimento dell'opposizione in interesse. In effetti, se la forma è e deve essere convertibile, per cui rimane indifferente se l'opposizione sia stata introdotta con ricorso o con atto di citazione, sempre potendo intervenire il mutamento del rito, del pari non può dirsi del termine che non è disponibile e, per l'effetto, va computato, anche per esigenze di certezza dei rapporti processuali, in base al rito effettivamente applicabile e non sulla base di quello ipotetico, che fonda su un error iuris della parte, per cui, una volta che esso è maturato, non sono possibili rimessioni in termini, se non nei termini usuali di legge".

L'inapplicabilità dell'articolo 4 alle fattispecie sottese all'esame della Procura rende, per la stessa, superfluo indagare sulla residua questione della natura del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

La decisione della Cassazione a sezioni unite

Le Sezioni unite con sentenza n°927/2022 ritengono di ribadire il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. tra le tante già citate Cass. civ., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604; Cass. civ., sez. un., 10 luglio 2015, n. 14475; Cass. civ., sez. un., 18 settembre 2020, n. 1959) secondo cui «l'opposizione prevista dall'art. 645 c.p.c. non è un'actio nullitatis o un'azione di impugnativa nei confronti dell'emessa ingiunzione, ma è un ordinario giudizio sulla domanda del creditore che si svolge in prosecuzione del procedimento monitorio, non quale giudizio autonomo, ma come fase ulteriore (anche se eventuale) del procedimento iniziato con il ricorso per ottenere il decreto ingiuntivo».

Il Supremo Consesso, da questa premessa, ricava che la regola per cui le domande - e, va aggiunto, le eccezioni - non esaminate perché ritenute assorbite devono comunque essere riproposte ai sensi dell'art. 346 c.p.c., non trova applicazione in caso di impugnazione della decisione che ha giudicato inammissibile l'atto introduttivo del giudizio di opposizione, in quanto l'atto di appello costituisce in ogni caso manifestazione di volontà di proseguire nel giudizio, con implicita riproposizione della domanda principale, non avendo alcuna valida ragione la sola impugnativa della questione preliminare di rito; precisa la Suprema Corte: "qualora la sentenza impugnata, nel definire il giudizio, abbia deciso esclusivamente una questione pregiudiziale di rito, come nella specie dichiarando inammissibile per tardività l'opposizione a decreto ingiuntivo, i motivi di appello, che [a] norma dell'art. 342 c.p.c. devono indicare la parte del provvedimento impugnato e le circostanze da cui deriva la violazione della legge e la loro rilevanza [a]i fini della decisione appellata, non possono concernere anche il merito della domanda, il quale non ha, del resto, neppure formato oggetto della pronuncia. In siffatta evenienza, l'impugnazione della statuizione sulla questione pregiudiziale inerente alla inammissibilità dell'opposizione costituisce comunque manifestazione di volontà di proseguire nel giudizio, con implicita riproposizione della domanda principale, dovendo perciò il giudice di appello, che ritenga ammissibile l'opposizione, pronunciarsi nel merito delle questioni dedotte in primo grado, non rientrando tale ipotesi tra i casi previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c. (cfr. Cass., Sez. 5, 18 dicembre 2019, n. 33580; Cass., Sez. 5, 19 gennaio 2018, n. 1322; Cass., Sez. 5, 2 agosto 2017, n. 19216; Cass., Sez. 2, 4 novembre 2011, n. 22954; Cass., Sez. 5, 9 giugno 2010, n. 13855; Cass., Sez. 3, 17 marzo 2010, n. 6481; Cass., Sez. 5, 8 marzo 2005, n. 5031; Cass., Sez. lav., 10 luglio 2004, n. 12092)".

Riconosciuta la fondatezza delle censure proposte dal ricorrente principale, le S.U. passano ad esaminare quelle proposte da quello incidentale, in particolare soffermandosi su quella attinente all'applicabilità al caso portato alla sua attenzione della disciplina sul mutamento del rito di cui all'articolo 4, D.lgs. n°150/2011.

Partendo dall'osservazione che l'opposizione a decreto ingiuntivo proposta aveva ad oggetto crediti in materia di locazione e che dunque era soggetta al rito speciale di cui all'art. 447 bis c.p.c., le Sezioni Unite affermano che, in caso di errore nella scelta del rito, opera, in virtù del richiamo contenuto nella norma da ultimo citata, l'art. 426 c.p.c., con esclusione dunque dell'articolo 4 del D.lgs. n°150/2011, il quale, per espressa previsione del suo primo comma, rileva solo «per i mutamenti di rito in favore di alcuno dei tre modelli elaborati dal d.lgs. 150/2011 ed in funzione della trattazione dei procedimenti speciali regolati dalle disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione».

Precisano poi: "queste Sezioni unite, in pronunce anche più recenti di quelle menzionate nell'ordinanza interlocutoria, hanno avuto occasione di soffermarsi sulla natura del giudizio di opposizione al decreto di ingiunzione, costantemente negando che esso dia vita ad un procedimento di impugnazione. La sentenza 30 luglio 2008, n. 20604, a proposito delle conseguenze della mancata notifica del ricorso in opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di lavoro e del decreto di fissazione dell'udienza, pur ritenendo applicabile per identità di ratio il principio dettato per l'appello, ha comunque rimarcato che il procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo deve "considerarsi un ordinario processo di cognizione anziché un mezzo di impugnazione". La sentenza 9 settembre 2010, n. 19246, relativa ai termini di costituzione dell'opponente, ha affermato che il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo "ha natura di giudizio di cognizione piena che devolve al giudice della opposizione il completo esame del rapporto giuridico controverso, e non il semplice controllo della legittimità della pronuncia del decreto d'ingiunzione". La sentenza 10 luglio 2015, n. 14475, concernente la produzione in appello dei documenti già allegati con la domanda d'ingiunzione, ha spiegato che la (eventuale) fase di opposizione a decreto ingiuntivo "completa il giudizio di primo grado", trattandosi di "giudizio di primo grado bifasico", sicché "le due fasi fanno parte di un medesimo giudizio che si svolge nel medesimo ufficio". La sentenza 18 settembre 2020, n. 19596, in tema di esperimento del procedimento di mediazione nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo ex art. 5 del d.lgs. n. 28 del 2010, ha ribadito che il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo "è stato ormai da tempo definito da questa Corte, con l'avallo di autorevole dottrina, come suddiviso in due fasi, la prima a cognizione sommaria e la seconda a cognizione piena" e che "[l]'opposizione a decreto ingiuntivo non è l'impugnazione del decreto".

Per quanto attiene all'inapplicabilità della disciplina sul mutamento del rito contenuta nell'articolo 4 del D.lgs.n°150/2011, le Sezioni Unite ritengono fondata la questione "per una ragione giuridica diversa da quella specificamente indicata dalla parte ma comunque individuabile da questa Corte sulla base dei fatti accertati nelle fasi di merito ed esposti nei ricorsi principale ed incidentale e nella stessa sentenza impugnata (ex multis, Cass., Sez. 3, 28 luglio 2017, n. 18775; Cass., Sez. 3, 22 marzo 2007, n. 6935). Questo giudizio concerne una opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di locazione, come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447-bis c.p.c., norma che richiama altresì l'art. 426 c.p.c. per il passaggio dal rito ordinario ex art. 163 e ss. c.p.c. a quello speciale" ... Secondo una diffusa elaborazione dottrinale, la disciplina del mutamento del rito dettata dall'art. 4 del d.lgs. n. 150 del 2011 opera unicamente, come prevede il primo comma della norma, «quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal presente decreto» (comma 1); altresì il terzo comma si riferisce alle modalità procedurali per il caso in cui «la controversia rientra tra quelle per le quali il presente decreto prevede l'applicazione del rito del lavoro», ed il quarto comma dispone che «la causa sia riassunta davanti al giudice competente con il rito stabilito dalle disposizioni del presente decreto»".

D'altronde, il D.lgs. n°150/2011 attua la delega contenuta nell'art. 54 della legge n. 69/2009, ai fini della "riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'àmbito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale", e, in particolare, "i procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale", da ricondurre ad uno dei tre modelli processuali c.d. semplificati contemplati dal d.lgs. n. 150/2011. Detta disciplina non opera, invece, nelle

ipotesi di mutamento dal rito ordinario al rito speciale delle controversie soggette al rito del lavoro (locazione, comodato, fitto di azienda), o viceversa, restando tali fattispecie regolate dagli articoli 426 e 427 c.p.c., tanto che l'articolo 2 del D.lgs. n°150/2011 stabilisce espressamente che, per le controversie assoggettate al rito del lavoro dal capo II del decreto legislativo, espressamente l'inapplicabilità, fra gli altri, degli artt. 426, 427 e 439 c.p.c.

Le Sezioni Unite concludono, pertanto, testualmente: "in relazione all'opposizione a decreto ingiuntivo per crediti relativi ad un rapporto di locazione di immobili urbani - e perciò disciplinata dall'art. 447-bis c.p.c. -, che sia proposta con atto di citazione notificato alla controparte, anziché con ricorso depositato nella cancelleria, emerge, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la necessità di procedere alla conversione dell'atto introduttivo secondo il criterio di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c., potendosi, cioè, ritenere tempestiva l'opposizione, nonostante l'errore sulla forma dell'atto, qualora sia avvenuta entro il termine stabilito dall'art. 641 c.p.c. l'iscrizione a ruolo mediante deposito in cancelleria della citazione, non essendo invece sufficiente che, entro tale data, la stessa sia stata notificata alla controparte (in materia di controversie di opposizione a decreti ingiuntivi per crediti derivanti da locazione, fra le più recenti: Cass., Sez. 6-3, 19 settembre 2017, n. 21671; Cass., Sez. 6-3, 29 dicembre 2016, n. 27343; Cass., Sez. 3, 2 aprile 2009, n. 8014; per l'applicazione, in generale, del principio di conversione nelle ipotesi di introduzione del processo - sia che si tratti di impugnazione che di opposizione a decreto ingiuntivo - secondo un modello formale errato: Cass., Sez. un., 10 febbraio 2014, n. 2907; Cass., Sez. un., 8 ottobre 2013, n. 22848; Cass., Sez. un., 23 settembre 2013, n. 21675; Cass., Sez. un., 14 marzo 1991, n. 2714). Secondo tale orientamento, l'errore sulla forma dell'atto introduttivo, come citazione o come ricorso, ai fini del prodursi degli effetti sostanziali e processuali della domanda (inteso quale errore sul singolo atto, isolatamente considerato, e non già quale "errore sul rito"), se non comporta ex se una nullità comminata dalla legge, va comunque valutato alla luce dei requisiti indispensabili che l'atto deve avere per raggiungere il suo scopo (art. 156, secondo comma, c.p.c.). Essendo in gioco la valutazione della tempestività di un atto introduttivo di un processo al fine di impedire una decadenza, non rileva la manifestazione di volontà sostanziale ad esso sottesa, quanto la sua idoneità ad instaurare un valido rapporto processuale diretto ad ottenere l'intervento del giudice ai fini di una pronuncia nel

merito (arg. anche dall'art. 2966 c.c.). La pendenza del giudizio, quale momento idoneo ad impedire una decadenza, anche in nome delle esigenze di instaurazione del contraddittorio con la controparte, finisce così per correlarsi al compimento dell'atto che rappresenta ex ante il corretto esercizio del diritto di azione nella sua tipica forma legalmente precostituita, oppure al verificarsi del medesimo effetto altrimenti prodotto ex post dall'atto difforme dal modello legale, allorché la fattispecie possa dirsi successivamente integrata dagli elementi necessari alla sua funzione tipica. Questo indirizzo interpretativo sul funzionamento della conversione nelle ipotesi di introduzione del processo secondo un modello formale errato, in quanto, come visto, ribadito da ancora recenti interventi di queste Sezioni unite, merita di essere confermato anche per l'esigenza di assicurare un sufficiente grado di stabilità di applicazione (Cass., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620; Cass., Sez. un., 6 novembre 2014, n. *23675)*".

Considerazioni conclusive

La decisione delle Sezioni Unite ribadisce e sottolinea principi più che consolidati nella giurisprudenza di legittimità; alcuni autori (cfr. R. Metafora, *Nota a* Cassazione civile, 13 gennaio 2022, n.927, sez. un. in Ilprocessocivile.it, febbraio 2022) hanno subito criticato la detta pronuncia, sostenendo che "i principi affermati sono anacronistici, oltre che incomprensibili. Anacronistici, avendo l'art. 4 del d.lgs. 150/2011 esplicitamente previsto che quando una controversia viene instaurata in forme diverse da quelle previste dalla legge gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito erroneamente seguito. Il legislatore ha così mostrato la chiara volontà di neutralizzare, quando possibile, gli effetti degli errores in procedendo allorché risultino innocui, in osseguio a un fondamentale principio di strumentalità e di funzionalità del processo rispetto alle situazioni sostanziali da tutelare. ... Incomprensibile, in quanto in tal modo la Corte ha scelto - con una decisione che sembra assai poco coraggiosa - di allinearsi al «diritto vivente», senza invero fornire altra giustificazione se non quella di assicurare alla regula iuris così elaborata dalla giurisprudenza un sufficiente grado di stabilità di applicazione".

Chi scrive, al contrario, condivide appieno le conclusioni cui è giunta la Suprema Corte di Cassazione per una pluralità di motivi: oltre a ribadire un orientamento più volte affermato con solide e convincenti motivazioni dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il motivo principale è rappresentato dal riappropriarsi (e solidamente riaffermare) - da parte della Suprema Corte - del ruolo di nomofilachia che il nostro ordinamento le attribuisce. Ed invero, principio cardine dell'ordinamento giuridico deve essere la certezza del diritto e l'uniformità delle pronunce del Supremo Collegio, sulla base di interpretazioni che non possono (e non devono) mutare secondo il mutare della sensibilità dei singoli giudici di merito ovvero dei singoli legislatori; ancor di più se il principio, sancito dalle Sezioni Unite, si pone nel solco già tratteggiato dalle pronunce, che si sono succedute nel corso degli anni, da parte delle sezioni semplici: tale protrarsi di solidi principi, orientamenti giurisprudenziali ed interpretazioni giuridiche non può che giovare all'attento fruitore delle aule di giustizia.

A meno che il legislatore, a scopo di coerenza e volendo riunificare i riti (cfr. così C. Scalvini citata), "non voglia semplicemente aggiungere all'art. 426 c.p.c. (ed all'art. 427 c.p.c., per estensione) il contenuto dell'ultimo comma del citato art. 4 Dlvo 150/2011. Laddove invece si volesse concepire una riforma di più ampio respiro, mossa dall'intento di scongiurare in via definitiva ogni rischio, per le parti, di incorrere in spiacevoli conseguenze per meri errori sulla forma, pur riconoscendo l'apprezzabilità e la diversa finalità dei riti esistenti, la soluzione migliore sarebbe forse unificare i meccanismi di ricorso e citazione e prevedere un unico atto introduttivo, anche sulla scia di coloro che auspicavano, quale opera di vera semplificazione, l'unificazione dei due riti prendendo ciò che c'era di buono dell'uno e dell'altro" (cfr. G. Balena, Commento all'art. 54, in G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini, La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile 69/2009, 242 e seg.).

Barbara DI TONTO

2-2022 Esecuzione Forzata

Certezza del diritto consacrato nel titolo esecutivo, obbligazioni future ed eventuali e contratto di apertura di credito: un importante intervento della Corte di cassazione

SOMMARIO: 1. Premessa. • 2. La pronuncia della Corte di cassazione: i principi espressi. • 3. La duplice questione affrontata dalla Corte di legittimità. • 4. Segue: la certezza del diritto con particolare riguardo alle obbligazioni future ed eventuali. • 5. Segue: l'esclusione del valore di titolo esecutivo in relazione al contratto di apertura di credito alla luce dei pregressi indirizzi dottrinali e (soprattutto) giurisprudenziali. • 6. Il titolo esecutivo notarile complesso. • 7. Questioni non affrontate e ancora aperte. • 8. Conclusioni.

1. Premessa

Con una importante pronuncia¹, la Corte di cassazione è intervenuta, da ultimo, sull'efficacia esecutiva del contratto di apertura di credito bancario, soffermandosi altresì sulla tematica, di carattere più generale, della certezza del diritto ai fini del riconoscimento del valore di titolo esecutivo all'atto pubblico o alla scrittura privata autenticata.

Siamo di fronte ad un intervento della Suprema corte meritevole di particolare attenzione, soprattutto in ragione del fatto che si tratta della prima volta in cui la S.C. prende espressamente posizione sulla natura o meno di titolo esecutivo del contratto di apertura di credito.

Siamo altresì di fronte ad una pronuncia che va accolta con favore, non solo nella parte in cui esclude la natura di titolo esecutivo del contratto di apertura di credito bancario - in conformità con quanto ritenuto da parte della dottrina² -, ma anche nella parte in cui effettua significative precisazioni in ordine al concetto di certezza del diritto consacrato in un titolo esecutivo rappresentato da un atto pubblico o da una scrittura privata autenticata.

La pronuncia non interviene, quanto meno in modo espresso, su altre questioni strettamente connesse a quelle di cui sopra, quali, segnatamente, quella del titolo esecutivo complesso e quella della natura, delle modalità e della tipologia di controllo effettuabile dal notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva, di recente indagata, con particolare riguardo all'oggetto del diritto consacrato nel titolo esecutivo (sia *de iure condito*, che *de iure condendo*), da parte della dottrina³. Nondimeno, come avremo modo di precisare più avanti, seppur implicitamente, fornisce indicazioni rilevanti anche sulla tematica del titolo esecutivo notarile complesso e fornisce, anche, l'occasione per richiamare l'attenzione, sia della stessa giurisprudenza della corte di cassazione sia della dottrina, sull'importanza di profili, connessi a quelli di cui sopra, che non vengono affrontati dalla Suprema corte con la pronuncia in esame.

2. La pronuncia della Cassazione: i principi espressi

La Corte di legittimità analizza in questa sentenza il requisito della certezza del diritto consacrato nel titolo esecutivo, come richiesto dall'art. 474 c.p.c., da un angolo prospettico peculiare, relativo al contenuto "minimo" dell'atto notarile affinché possa riscontrarsi il requisito in discorso.

All'uopo, la Corte efficacemente puntualizza co-

¹ Cass. 28 dicembre 2021, n. 41791.

² Il riferimento è E. Fabiani, *Può il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito?*, in Consiglio Nazionale del Notariato, *Studi e materiali*, 1998 - 2000, 821 s. Da ultimo cfr. E. Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto*, in *www.notariato.it* e in corso di pubblicazione su *Rassegna esecuzione forzata*, 2022. Cfr. anche, per l'esame delle fattispecie pratiche, L. Piccolo, *Rilascio della copia esecutiva del titolo notarile. Peculiari fattispecie al vaglio dell'ufficio studi del CNN*, in *Studi e materiali*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2019, 351 s.

³ Il riferimento è a E. FABIANI e L. PICCOLO, Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto, cit. e ivi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza sulla suddetta problematica. In detta sede, anche alla luce di un esame delle fattispecie maggiormente controverse, è emerso che ci troviamo di fronte ad un controllo che, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo, non può essere qualificato come un mero controllo formale e che svolge, invece, un ruolo ben più significativo e pregnante nel nostro ordinamento in quanto, pur muovendosi sul piano del contenuto dell'atto, contribuisce ad elevare il livello di certezza di esistenza del diritto consacrato nel titolo e, dunque, anche a ridurre il rischio che questo sia contestato attraverso l'instaurazione di un giudizio oppositivo. In altri termini, svolge un ruolo di "filtro di accesso" alla tutela esecutiva e di deflazione del contenzioso nell'ambito di un ordinamento come il nostro che, a differenza di altri ordinamenti, è privo di un controllo giurisdizionale preventivo sulla idoneità del titolo a dare luogo ad una legittima esecuzione forzata.

me «la certezza del credito debba risultare dall'atto notarile», sia nel caso dell'atto pubblico che della scrittura privata autenticata. Ne consegue che non possono assurgere a valore di titolo esecutivo atti che cristallizzino obbligazioni solo eventuali ed altrimenti dimostrabili. Più precisamente, laddove l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata documentino un credito non ancora attuale e certo, bensì futuro ed eventuale, benché risultino precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza, ai fini della sua efficacia esecutiva sarà necessario che anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

Da quest'angolo prospettico, la sentenza in esame ha puntualizzato che, in forza della ragione giustificatrice sottesa all'art. 474 c.p.c., ai fini dell'efficacia esecutiva dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, tutti i documenti necessari ad attestare l'esistenza attuale del credito, affinché esso possa essere fatto valere in via esecutiva, devono essere assistiti dalla pubblica fede garantita dal notaio. Ne consegue che «i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito devono essere documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata».

Questo principio si pone in linea con la pregressa giurisprudenza della corte di legittimità, ma viene ora espresso con maggior rigore e, peraltro, specificamente riferito alle obbligazioni eventuali e future.

La Suprema corte ha altresì cura di sottolineare come non si possa giungere ad una differente conclusione, rispetto a quella appena più sopra richiamata, neanche argomentando dalla intervenuta riforma della lettera dell'art. 474 c.p.c.

Con riguardo all'originaria formulazione del comma 2, n. 3, dell'art. 474 c.p.c., non si è mai dubitato, infatti, che, per assumere efficacia esecutiva, l'atto ricevuto da notaio dovesse documentare l'esistenza attuale di un'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro e che, in mancanza di tale requisito laddove cioè l'atto notarile documentasse esclusivamente un credito futuro ed eventuale -, esso non potesse essere integrato con la semplice prova, anche se documentale, del fatto successivo generatore dell'obbligazione, occorrendo che anche quest'ultimo fosse dotato della medesima forma notarile⁴. E non sa-

rebbe possibile ritenere «che la riformulazione della disposizione, operata nel 2005 con il solo scopo di estendere il catalogo dei titoli esecutivi anche alle scritture private autenticate, avendo trasferito la locuzione "relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute" dal n. 3 al n. 2, del comma 2, nell'ambito del quale è ora prevista l'efficacia esecutiva delle scritture private autenticate (unitamente a quella dei titoli di credito) ed avendo invece lasciato il solo riferimento agli atti ricevuti da notaio nel n. 3, abbia inteso modificare l'ambito dell'efficacia esecutiva di questi ultimi, estendendola anche alle obbligazioni non risultanti direttamente dall'atto e differenziandola così da quella delle scritture private autenticate».

Diversamente, sostiene la Suprema Corte, «la necessità che la certezza del credito risulti dall'atto notarile (sia che abbia la forma dell'atto pubblico sia che si tratti di semplice scrittura privata con sottoscrizioni autenticate) e non si tratti, quindi, di una obbligazione solo eventuale ed altrimenti dimostrabile, deriva, infatti, dalla stessa ratio della norma, che richiede, ai fini dell'efficacia esecutiva dell'atto, la pubblica fede garantita dal pubblico ufficiale in relazione al suo contenuto (oggi, almeno per quanto attiene alla autenticità delle sottoscrizioni), con la conseguenza che tale medesima natura devono possedere tutti i documenti necessari ad attestare l'esistenza attuale del credito, affinché esso possa essere fatto valere direttamente in via esecutiva».

Pertanto, secondo il principio di diritto enunciato: «ai sensi dell'art. 474 c.p.c., nel caso in cui l'atto pubblico notarile (ovvero la scrittura privata autenticata) documenti un credito non ancora attuale e certo, ma solo futuro ed eventuale, benché risultino precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza, ai fini della sua efficacia esecutiva sarà necessario che anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata».

L'analisi svolta sulla ragione giustificatrice dell'art. 474 del codice di rito e sulla necessarietà del requisito della certezza conduce agevolmente la Corte ad escludere il valore esecutivo di un contratto di apertura di credito bancario, sebbene garantito da ipote-

⁴ Come la sentenza in esame sottolinea, il principio trovasi espresso nella giurisprudenza risalente e costante; la sentenza

in commento richiama espressamente le seguenti pronunzie, a titolo esemplificativo: Cass. n. 4293 del 19/07/1979; Cass. n. 477 del 18/01/1983. Più recentemente, Cass. 15219 del 19/07/2005; Cass. n. 17194 del 27/08/2015; Cass. n. 9389 del 10/05/2016; Cass. n. 6174 del 05/03/2020.

ca, affermando che in relazione a questa fattispecie, al momento della stipulazione del contratto la banca si limita, di regola, a mettere a disposizione del cliente una somma, ma non è ancora creditrice, fintantoché la somma stessa non sia utilizzata. Per questi motivi – sottolinea la Corte – va negata efficacia esecutiva al contratto stesso, anche se ricevuto da notaio, salvo che in esso sia dia espressamente atto della già avvenuta utilizzazione della somma messa a disposizione, in tutto o in parte, fatta altresì sempre salva la possibilità di far constatare con successivo atto pubblico o scrittura privata autenticata tale utilizzazione.

3. La duplice questione affrontata dalla Corte di legittimità

L'analisi della pronuncia in commento consente di discernere due questioni di fondamentale importanza: la prima, di carattere più generale, attiene alla possibilità che diritti di credito non ancora attuali e certi possano essere cristallizzati in un atto dotato di forza esecutiva; la seconda, di carattere più specifico, attiene al valore di titolo esecutivo del contratto di apertura di credito.

4. Segue: la certezza del diritto con particolare riguardo alle obbligazioni future ed eventuali

Dall'angolo prospettico più generale, la Corte di legittimità afferma che: «ai sensi dell'art. 474 c.p.c., nel caso in cui l'atto pubblico notarile (ovvero la scrittura privata autenticata) documenti un credito non ancora attuale e certo, ma solo futuro ed eventuale, benché risultino precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza, ai fini della sua efficacia esecutiva sarà necessario che anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata».

Indubbiamente, tale principio si pone in linea con precedenti pronunce della Corte di cassazione, nonché della giurisprudenza di merito.

Occorre però distinguere due piani della certezza del diritto consacrato nel titolo esecutivo, sottesi al principio enunciato: il piano "sostanziale" e quello "formale".

La Corte interviene con grande efficacia sul secondo dei piani, ben rimarcando che, ove l'atto notarile documenti esclusivamente un credito futuro ed eventuale, esso non possa essere integrato con la semplice prova, anche se documentale, del fatto successivo generatore dell'obbligazione, occorrendo che anche quest'ultimo sia dotato della medesima forma notarile. Quest'assunto è pienamente conforme alla pregressa giurisprudenza in materia⁵.

In relazione al piano "sostanziale", la Corte, ancorché non indaghi la nozione di certezza, tema delicato e controverso⁶, si pone in senso pienamente conforme alla pregressa giurisprudenza, la quale ha escluso il valore di titolo esecutivo nei casi: di un contratto condizionato di finanziamento⁷, poiché non documenta l'esistenza di un diritto di credito dotato del requisito

⁷ Cass. 19 luglio 1979, n. 4293, in *Banca borsa tit. cred*. 1981, II, 5: Trib. Latina-Terracina 18 maggio 2010, Foro it. 2010, 9, I, 2550. Sull'indagine della realità del mutuo ai fini del riconoscimento del valore di titolo esecutivo cfr. Cass. 27 agosto 2015, n. 17194, che chiarisce come l'esistenza di un separato atto di quietanza non è di per sé indice inequivoco di una semplice promessa di dare a mutuo o comunque di un contratto di mutuo di natura consensuale e non reale. Per verificare se il contratto in esame abbia o meno natura reale, esso non può essere esaminato atomisticamente ma deve essere esaminato e interpretato congiuntamente agli altri atti accessori, che realizzano concretamente ed operativamente il conferimento ad altri della disponibilità giuridica attuale di una somma di denaro da parte del mutuante, ovvero congiuntamente con l'atto di quietanza. Più in particolare, onde verificare se un contratto di mutuo possa essere utilizzato quale titolo esecutivo, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., occorre verificare, attraverso l'interpretazione di esso integrata con quanto previsto nell'atto di erogazione e quietanza o di quietanza a saldo ove esistente, se esso contenga pattuizioni volte a trasmettere con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, e che entrambi gli atti, di mutuo e di erogazione, rispettino i requisiti di forma imposti dalla legge. La questione del valore di titolo esecutivo del contratto di mutuo condizionato è oggetto di costante attenzione da parte della giurisprudenza di merito. Tra le tante cfr.: Trib. Avezzano, 27 giugno 2019 che ha esclude il valore di titolo esecutivo di contratto di mutuo in cui l'erogazione della somma sia condizionata all'adempimento di una serie di formalità da parte del mutuatario, di cui non venga fornita la prova nella forma dell'atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge; Trib. Cassino, 16 maggio 2019, secondo cui il mutuo condizionato, non documentando l'esistenza di un diritto di credito dotato del requisito della certezza, è strutturalmente inidoneo, ancorché stipulato con atto pubblico, ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme pattuite, se non seguito dall'atto

⁵ Cfr. per tutte Cass. n. 17194 del 27/08/2015; Cass. 5/03/2020, n.6174

⁶ In merito al quale cfr. E. Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto*, in www.notariato.it e ivi tutti i richiami.

della certezza, quindi è inidoneo, sebbene stipulato con atto pubblico, ad assumere efficacia di titolo esecutivo ai fini della restituzione coattiva delle somme promesse (se e nella misura della relativa erogazione); di una fideiussione che presupponga come futura l'obbligazione del fideiussore, anche quando ne indichi l'importo e la scadenza, ma non il creditore garantito⁸.

A queste affermazioni giurisprudenziali sembra sotteso un ulteriore principio: la certezza del diritto deve considerarsi quale elemento intrinseco - non esterno - dell'atto notarile ai fini del valore di titolo esecutivo. Ne consegue l'esclusione del valore di titolo esecutivo all'atto pubblico che non indichi compiutamente gli elementi strutturali essenziali dell'obbligazione medesima, ma rimandi, invece, all'allegato - non assistito dai requisiti di forma richiesti ex art. 474 c.p.c. - l'individuazione degli elementi identificativi del rapporto di debito – credito⁹.

5. Segue: l'esclusione del valore di titolo esecutivo in relazione al contratto di apertura di credito alla luce dei pregressi indirizzi dottrinali e (soprattutto) giurisprudenziali

Con specifico riferimento al mancato riconoscimento della natura di titolo esecutivo al contratto di apertura di credito bancario, la Suprema Corte pun-

di erogazione e quietanza, l'unico idoneo a comprovare il perfezionamento di una fattispecie a formazione progressiva e l'effettiva dazione del denaro al mutuatario; Trib. Tivoli 5 aprile 2019, secondo cui, poiché il contratto di mutuo si perfeziona con la consegna, il mutuatario deve poter compiere atti di autonomia privata, dispositivi degli importi ricevuti; ove manchi la suddetta libertà (specie in quanto il denaro viene vincolato oppure la dazione dello stesso è postergata ad altro momento, non per un interesse proprio del mutuatario ma del mutuante) non può dirsi raggiunta la disponibilità giuridica della somma e il contratto di mutuo è quindi inidoneo ad assumere l'efficacia di titolo esecutivo.

⁸ Cfr. Cass. 15 luglio 1961 n. 1730; Cass. 31 agosto 2011, n. 17887. In dottrina cfr., anche per i ricchi riferimenti, ASTU-NI, Novità in materia di titolo esecutivo, in Consiglio Nazio-Nale del Notariato, Studi e materiali, 1/2006, 1 165; Ava-GLIANO, Appunti in tema di rilascio di copia in forma esecutiva effettuata sulla base di un atto pubblico unilaterale di costituzione di ipoteca da parte di un terzo, Studio n. 1497, in Consiglio Nazionale Del Notariato, Studi e materiali, 1997, 530.

⁹ Fermo restando l'ulteriore ostacolo, nel caso di specie, rappresentato anche dall'assenza dei requisiti di forma. Cfr. per un esame casistico L. PICCOLO, *Rilascio della copia esecutiva del titolo notarile. Peculiari fattispecie al vaglio dell'ufficio studi del CNN*, cit., 351 s.

tualizza che nel caso dell'apertura di credito bancario (anche se garantita da ipoteca), al momento della stipulazione del contratto la banca si limita, di regola, a mettere a disposizione del cliente una somma, ma non è ancora creditrice, fino a che la somma stessa non sia utilizzata. In forza di questa considerazione, secondo la corte di legittimità, deve quindi negarsi efficacia esecutiva al contratto stesso, anche se ricevuto da notaio, salvo che in esso sia dia espressamente atto della già avvenuta utilizzazione della somma messa a disposizione, in tutto o in parte, fatta altresì sempre salva la possibilità di far constatare con successivo atto pubblico o scrittura privata autenticata tale utilizzazione. La sentenza si pone in senso conforme alla relativa requisitoria la quale, peraltro, effettua importanti precisazioni in ordine al contratto di apertura di credito, esaminandone le caratteristiche, dal punto di vista sia dell'obbligazione sia della capacità di documentazione del saldo passivo¹⁰.

Come già sottolineato, la pronuncia della Suprema corte si pone pienamente in linea con il prevalente orientamento dottrinale¹¹, il quale ha escluso che possa essere fatto valere come titolo esecutivo, per il rimborso delle somme successivamente versate, il contratto di apertura di credito, anche con garanzia ipotecaria, sottolineando, in particolare, come, in tal caso, dall'atto non risulti l'attuale esistenza di un credito.

In particolare, ormai da lungo tempo, parte della dottrina¹² ha ritenuto decisiva la natura giuridica del contratto di apertura di credito, la cui funzione prescinde dal fatto dell'utilizzazione e gravita unicamente sulla messa a disposizione della somma, e cioè sulla creazione di una disponibilità che costituisce l'essenza dell'apertura di credito e l'elemento differenziale

¹⁰ Ci si riferisce al seguente passaggio della requisitoria, ove si pone in particolare in rilievo come: «l'atto pubblico recante l'apertura di credito (...) non consente di affermare che il correntista è debitore dell'istituto per una somma determinata. L'eventuale debito di quest'ultimo potrà, allora, essere ricostruito solo attraverso l'esame degli estratti contabili predisposti della banca che, evidenziando le movimentazioni del rapporto, sono idonee a documentare che il conto corrente presenta un eventuale saldo passivo. Tuttavia, detti estratti contabili, che non hanno la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e non completano il contenuto contrattuale realizzandone appieno gli effetti, non sono idonei alla integrazione extratestuale del titolo esecutivo di formazione stragiudiziale, ai fini ed agli effetti dell'art. 474 c.p.c. (...). Più precisamente, cioè, gli estratti contabili non sono coevi al contratto originario e non ne costituiscono attuazione, hanno provenienza unilaterale e non rivestono la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata».

dagli altri contratti di credito. Il che, si puntualizza in questa prospettiva, vale ad escluderne:

- 1) in primo luogo, la natura di titolo esecutivo, non risultando (o meglio, questa essendo la funzione del contratto in oggetto, non potendo risultare) dall'atto l'attuale esistenza di un credito;
- 2) in secondo luogo, la ritenuta assimilabilità, per quanto qui rileva, con il contratto di mutuo, la cui funzione non può, invece, prescindere dalla "attribuzione" di una somma di danaro, dovendo, dunque, dal corrispondente atto, indipendente dalla utilizzazione o meno, risultare la consegna (o quanto meno l'obbligo di consegna) di una somma di danaro.

Non sono peraltro mancate, in passato, voci minoritarie ¹³ nel senso di riconoscere, invece, al contratto di apertura di credito la natura di titolo esecutivo.

Quanto alla giurisprudenza di merito, questa, in più occasioni, ha accolto la posizione della dottrina prevalente, fatta propria anche dalla Corte di cassa-

¹¹ Così Satta, Commentario del codice di procedura civile, cit., 84; MASSARI, Titolo esecutivo, in Nss. D. I., vol. XIX, Torino 1973, 385; R. VACCARELLA, Titolo esecutivo, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXXI, 5; E. FABIANI, Può il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito ?, in C.N.N. - Studi in tema di mutui ipotecari, Milano 2001, 195 ss.; FALZONE-ALI-BRANDI, Dizionario Enciclopedico del Notariato, voce Copia in forma esecutiva di atto notarile, Roma, 1973, 826.; A.TEDOLDI, Titolo esecutivo stragiudiziale e decadenza dal beneficio del termine: questo matrimonio non s'ha da fare, né oggi né mai, in Riv.esec.forzata, 2021, 1, 153 s.; Felloni, i titoli esecutivi stragiudiziali, in Riv. esec. forz., 2020, 4, 1109 s. Adde, con riguardo alla dottrina notarile, CACCAVALE - TRIMARCHI, Appunti sul titolo esecutivo notarile, in Banca dati Angelo Gallizia, i quali espongono però una posizione con termini più problematici comunque ritenendo che «l'atto pubblico di apertura di credito (garantita ipotecariamente) potrebbe non rientrare nel novero dei titoli esecutivi ai sensi dell'articolo 474 c.p.c. ». Invece, una ferma soluzione negativa può rassegnarsi alla luce, sia della natura giuridica del contratto di apertura di credito, sia dell'analisi dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. su cui cfr. E. FABIANI – L. PICCOLO, Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto, cit., e ivi tutti i richiami.

¹² Cfr. E.Fabiani, *Può il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito?*, cit.

¹³ Il riferimento è alla tesi di Lops, *Rilascio di copia esecutiva* (artt. 474-475 c.p.c.) di un contratto di apertura di credito garantito ipotecariamente, in Consiglio Nazionale Del Notariato, *Studi e materiali*, a cura della Commissione Studi, 2, 1986-1988, Milano, 1990, 283 ss., secondo il quale può ricondursi valore esecutivo al contratto di apertura di credito. In tal senso l'A. adduce diversi argomenti, affermando che: i requisiti certezza, liquidità ed esigibilità non dovrebbero essere propri neanche delle sentenze laddove contenessero condizioni, termini o comportassero necessità di cal-

zione, sia in epoca più risalente nel tempo¹⁴, che in epoca più recente ¹⁵.

colo o di altre determinazioni se si negasse valore di titolo esecutivo all'atto pubblico non contenente la pura e semplice obbligazione di pagare ma anche termini, modalità e condizioni particolari; «l'accertamento delle condizioni necessarie per l'azione esecutiva» sarebbe, in relazione all'apertura di credito, «di facile realizzazione per l'organo giudiziario a mezzo di una semplice operazione di riferimento alla situazione del conto corrente al momento dell'azione ovviamente dimostrata in maniera inconfutabile in qualsiasi altro modo»; la liquidità, intesa come esatto ammontare del credito-debito, potrebbe essere «anche adeguatamente integrata da una liquidazione suppletiva compiuta con un altro atto o provvedimento formale vincolante anche per il debitore ovvero (...) essere assolta come "implicita" quando per renderla "esplicita" basti una semplice operazione di calcolo aritmetico. Al medesimo risultato, secondo l'A., si giungerebbe anche per altra via, ossia «quella della individuazione della natura giuridica del contratto di apertura di credito in conto corrente e dei suoi rapporti con il contratto di mutuo da una parte e con i contratti bancari dall'altro», avendo il contratto di apertura di credito «una funzione indipendente dall'effettiva dazione della somma ed ... un'esecuzione consistente nel servizio immediato reso dalla banca al cliente con l'assunzione del debito disponibile, anche se l'utilizzazione del credito dovesse mancare». Infine, l'A. rileva che anche nel mutuo il titolo esecutivo di per sé non dà la prova dell'utilizzazione effettiva della somma messa a disposizione, infatti, immediatamente dopo l'erogazione, ben potrebbe il debitore «restituire sul conto di regolamento (che normalmente viene usato) o con altro tipo di versamento, parte della somma mutuata e ciononostante nessuno negherebbe mai la validità del titolo costituito dalla copia spedita in forma esecutiva del contratto di mutuo per l'importo originario e complessivo. In tutti questi casi l'esatto ammontare del debito verrà stabilito al momento dell'inizio dell'esecuzione od eventualmente a mezzo dell'opposizione del debitore. L'unica particolarità nel caso dell'apertura di credito è costituita dal fatto che in luogo della consegna vi è una attività giuridica in più da compiere, vale a dire la verifica contabile dell'ammontare del debito (che può avvenire anche in secondo tempo) che opera al pari di una qualsiasi relatio sostanziale».

La dottrina prima citata - E.Fabiani, *Può il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito?*, cit., - confutava la posizione appena richiamata, escludendo la qualità di titolo esecutivo del contratto di apertura di credito. Tra le altre censure, in particolare, detto contributo pone in rilievo la decisività in tal senso della natura giuridica del contratto di apertura di credito, la cui funzione «prescinde dal fatto dell'utilizzazione e gravita unicamente sulla messa a disposizione della somma, e cioè sulla creazione di una disponibilità» che costituisce «l'essenza dell'apertura di credito e l'elemento differenziale dagli altri contratti di credito».

¹⁴ Cfr. Trib. Napoli, 2 febbraio 2002, in *Giur. merito* 2002, 1267; Trib. Mantova 22 settembre 2004, in *Riv. Notariato*, 2005, 347; Trib. Milano 12 febbraio 2007 n. 1758; Trib. Pescara 11 marzo 1981 n. 143, in *Foro nap*. 1981, I, 139.

¹⁵ Cfr. tra le altre Trib. Benevento 16 dicembre 2020, n.1850; Trib. Rimini10 novembre 2020, n. 732; Trib. Potenza, 21 giugno 2016.

Più precisamente, in relazione alla apertura di credito, semplice o in conto corrente, ha escluso il valore di titolo esecutivo, dal momento che il contratto non documenta l'esistenza attuale né certa di un credito della banca, ma la semplice messa a disposizione del cliente del fido, mentre l'obbligo di restituire dipende dall'effettivo e successivo utilizzo della provvista (nell'apertura semplice), seguito dalla revoca dell'affidamento (nell'apertura in conto corrente).

Anche sul versante giurisprudenziale è dato rinvenire, peraltro, una isolata posizione di segno contrario 16, secondo la quale il contratto di apertura di credito su conto corrente assistito da garanzia ipotecaria deve ritenersi titolo esecutivo, in quanto la somma di denaro che costituisce l'oggetto dell'obbligazione è chiaramente determinata con riferimento all'importo dell'apertura di credito, ed ove sorga questione relativamente agli oneri accessori, ove i criteri di calcolo siano esattamente previsti.

Nella giurisprudenza di legittimità, prima della sentenza qui annotata, non sussistono precedenti specifici¹⁷.

6. Il titolo esecutivo notarile complesso

La Suprema corte non analizza *funditus* la tematica del titolo esecutivo notarile complesso, sebbene la requisitoria avesse fatto importanti precisazioni in merito alla integrazione extratestuale del titolo stragiudiziale¹⁸; tuttavia, l'iter argomentativo seguito dal-

la Cassazione, e lo stesso principio di diritto affermato, appaiono particolarmente significativi anche sotto questo profilo.

La Corte, infatti, ha affermato il seguente principio di diritto: «ai sensi dell'art. 474 c.p.c., nel caso in cui l'atto pubblico notarile (ovvero la scrittura privata autenticata) documenti un credito non ancora attuale e certo, ma solo futuro ed eventuale, benché risultino precisamente fissate le condizioni necessarie per la sua venuta ad esistenza, ai fini della sua efficacia esecutiva sarà necessario che anche i fatti successivi ed eventuali che determinano l'effettivo sorgere del credito siano documentati con atto pubblico o scrittura privata autenticata».

Per giungere ad affermare lo stesso:

- ha ribadito il principio, già affermato da giurisprudenza risalente e consolidata, in forza del quale,
 per assumere efficacia esecutiva, l'atto ricevuto da notaio deve «documentare l'esistenza attuale di una obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro» e, «in
 mancanza di tale requisito, laddove cioè l'atto notarile
 documentasse esclusivamente un credito futuro ed eventuale», esso non possa «essere integrato con la semplice
 prova, anche se documentale, del fatto successivo generatore dell'obbligazione, occorrendo che anche quest'ultimo»
 sia «dotato della medesima forma notarile»;
- ha ritenuto altresì che, dalla *ratio* sottesa alla previsione di cui all'art. 474 c.p.c., nella parte in cui richiede, ai fini dell'efficacia esecutiva dell'atto, la pubblica fede garantita dal pubblico ufficiale in relazione al suo contenuto, discende la necessità *«che tale medesima natura devono possedere tutti i documenti necessari ad attestare l'esistenza attuale del credito, affinché esso possa essere fatto valere direttamente in via esecutiva»*.

Pur in assenza di una presa di posizione espressa, tutte queste affermazioni sembrerebbero porsi in li-

essere condivisa oltre i limiti cui si è già fatto cenno. Più precisamente, cioè, non è dato ipotizzare che la esistenza di una obbligazione certa e liquida assunta dal debitore possa essere attestata, non dal contratto redatto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, o da altro documento che, avendo la stessa forma, costituisca lo sviluppo e l'attuazione del negozio che lo precede, ma da altri atti che, svincolati dal titolo originario, non abbiano neppure fede privilegiata e, dunque, provenienza certa. La conclusione sfavorevole a consentire l'integrazione extratestuale al di fuori degli eccezionali casi cui si è fatto cenno è, peraltro, quella che meglio si adegua all'orientamento espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite (Cass. n. 11066 del 2012) e dalla giurisprudenza di legittimità successiva con riguardo al titolo esecutivo di formazione giudiziale (Cass. n. 1027 del 2013)».

¹⁶ Trib. Lucca, 11 aprile 2019, www.ilcaso.it

¹⁷ Anche se può ricordarsi una pronuncia della corte di legittimità la quale, pur affrontando un profilo diverso da quello qui in esame, sembrerebbe implicitamente riconoscere, in motivazione, natura di titolo esecutivo ad un atto di apertura di credito. Si tratta di Cass. 30 agosto 1995, n. 9195, in *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Esecuzione in genere*, 10. Nondimeno, come già rilevato (Fabiani, *Può il notaio rilasciare copia esecutiva di un contratto di apertura di credito?*, cit.) è difficile comprendere la reale portata di tale pronuncia, non tanto e non solo per il fatto che non si occupa espressamente del problema in esame, quanto soprattutto per il fatto che dalla motivazione non è dato evincere con chiarezza quale fosse il titolo esecutivo che veniva in rilievo in tal caso, facendosi riferimento a due distinti atti notarili, uno dei quali aveva ad oggetto un contratto di finanziamento e l'altro una cessione di credito.

¹⁸ Di particolare interesse si rivela il seguente passaggio della requisitoria in merito alla integrazione intratestuale del titolo esecutivo stragiudiziale, secondo il quale: «È bene, infatti, precisare che la tesi favorevole a consentire la integrazione extratestuale dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata non può

nea con quanto affermato, in più occasioni, da parte della dottrina con riferimento al titolo esecutivo notarile complesso.

Con specifico riferimento al contratto di apertura di credito bancario, in conformità con quanto ritenuto anche dalla sentenza in commento, si è in particolare ritenuto che, al fine di intraprendere un processo di esecuzione forzata, si possa ricorrere alla figura del titolo esecutivo complesso, dal quale consti, in forma pubblica, l'importo della somma effettivamente utilizzata dal beneficiario¹⁹.

Infatti, escludere il valore di efficacia esecutiva al contratto di apertura di credito, anche se ricevuto da notaio, salvo che in esso si dia espressamente atto della già avvenuta utilizzazione della somma messa a disposizione, in tutto o in parte, ma, al contempo far salva sempre la possibilità di far constatare con successivo atto pubblico o scrittura privata autenticata tale utilizzazione, altro non vuol dire che ricorrere, sostanzialmente, all'istituto del titolo esecutivo complesso. Da ciò il sostanziale aderire della Cassazione, con la pronuncia in commento, all'impostazione sostenuta dalla dottrina più volte richiamata²⁰, ove, non a caso, nell'esaminare l'importanza del titolo esecutivo complesso, si riportava, tra gli altri esempi, proprio quello del contratto di apertura di credito e la possibilità di far constare da un ulteriore atto l'importo della somma effettivamente utilizzata dal beneficiario.

In via più generale con riferimento al titolo esecutivo notarile complesso, in quella stessa sede, si è ritenuto che ci troviamo di fronte ad una figura di titolo esecutivo la cui peculiarità si coglie sul piano della consistenza documentale, non essendo questa costituita da un unico documento ma da più documenti "complementari" fra di loro sul piano del contenuto. Detta "complementarietà" emerge in particolare, ai fini che qui rilevano, sotto il profilo dei requisiti del diritto consacrato nel titolo (certezza, liquidità e esigibilità), la cui esistenza è necessariamente legata, per l'appunto, alla presenza di un documento ulteriore rispetto a quello originario che in qualche modo ne "integra" il contenuto.

Trattasi di istituto che assume particolare rilievo anche sotto il profilo del rilascio della copia esecutiva da parte del notaio. Il titolo esecutivo notarile complesso, infatti, può consentire di rilasciare la copia esecutiva laddove si trovino ad essere congiunti nella formazione del titolo esecutivo più atti, successivi nel tempo e, se del caso, formati con l'intervento di autorità diverse.

Più in dettaglio, talvolta la verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. si fonda su un titolo che non si compone unicamente del documento originario, ma anche di altro documento, "complementare" rispetto al primo²¹. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il principio normativo della specialità dei titoli esecutivi non ostacola l'ammissibilità di titoli esecutivi complessi, costituiti (non da un solo atto ma) da una pluralità di atti coessenziali per l'esistenza ed efficacia del titolo medesimo. Questo fenomeno si riscontra, non solo nei casi previsti specificamente dalla legge, ma anche «in altre ipotesi, in cui il titolo non è idoneo da solo a documentare, in relazione al diritto che esso racchiude, i requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità richiesti dalla norma, perché questi non sussistevano (in tutto o in parte) al tempo di formazione dello stesso (titolo) e si sono realizzati successivamente, venendo documentati in atto separati»²².

A titolo meramente esemplificativo, si tendono per lo più a richiamare ²³, a tal proposito, le seguenti ipotesi: un primo contratto, in forma notarile, che preveda un'obbligazione con oggetto determinabile, la cui successiva determinazione avvenga con atto di un altro notaio, o con provvedimento del giudice;

¹⁹ E. Fabiani – L. Piccolo, Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto, cit.

²⁰ E. Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto*, cit.

²¹ La tematica del titolo esecutivo complesso è esaminata con particolare riguardo al tiolo esecutivo giudiziale (sul punto cfr. A. M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2019, 87). In giurisprudenza cfr. Cass. 17 ottobre 1994, n. 8465, secondo cui il titolo esecutivo può essere formato anche da una pluralità di elementi documentali collegati tra loro (c.d. titolo esecutivo complesso); Cass., 16 aprile 2013, n. 9161, la quale, ai fini della certezza e liquidità della condanna, ha ritenuto legittima una pronuncia (d'appello) che richiamava, per l'integrazione del dispositivo di condanna, la pronuncia di primo grado precedentemente dichiarata nulla per violazione di regole procedimentali; in questi casi, la Corte parla espressamente di titolo esecutivo complesso, che si avrebbe per la combinazione di due o più documenti.

²² Cass. 19 luglio 1979 n. 4293, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1981, II, 5.

²³ Cfr. Petrelli, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, in *Notariato*, 2005, 5, 542.

un successivo atto richiesto al fine di accertare l'avveramento di una condizione sospensiva, ovvero al fine di individuare uno dei soggetti del rapporto obbligatorio; la cessione del credito, nella quale, secondo taluna dottrina ²⁴, pure ricorrerebbe una fattispecie di titolo esecutivo complesso, costituito sia dall'atto costitutivo dell'obbligazione che da quello, successivo, che ne modifica uno dei termini soggettivi di riferimento.

È di tutta evidenza, come in altra sede rimarcato²⁵, lo stringente legame con la suddetta contrapposizione fra "esecutività in astratto" ed "esecutività in concreto" - su cui avremo modo di ritornare di qui a breve -, posto che è ben possibile che un documento, così come originariamente concepito, non rechi un diritto certo, liquido ed esigibile e non integri, dunque, gli estremi della cd. "esecutività in concreto" (e, a seconda di come si intenda il concetto di "esecutività in astratto" integri o non integri neanche gli estremi della cd. "esecutività in astratto"), ma che, grazie ad un successivo atto complementare rispetto al primo, rechi un diritto certo, liquido ed esigibile e, dunque, anche gli estremi della cd. "esecutività in concreto" (oltre che della cd. "esecutività in astratto"). Conseguentemente, ricorrendo alla figura del titolo esecutivo complesso, può verificarsi che un atto in relazione al quale sussistono dubbi ai fini del rilascio in forma esecutiva, in ragione dei controversi confini del controllo che il notaio è tenuto ad esercitare in detta sede, possa senz'altro essere spedito in forma esecutiva attraverso la "integrazione" con un diverso atto che valga a rendere il relativo diritto certo, liquido ed esigibile. Per l'effetto, detto atto diviene suscettibile di essere spedito in forma esecutiva anche ove si acceda alla tesi più restrittiva in materia tendente a richiedere la sussistenza, già al momento della spedizione, della cd. esecutività in concreto.

Queste riflessioni conservano efficacia e perdurante validità anche nella prospettiva percorsa dalla legge di riforma n. 206/2021 in quanto, anche laddove venisse abrogata la spedizione in forma esecutiva, resterebbe intatta la tematica dell'integrazione dell'atto notarile che cristallizzi obblighi futuri o

eventuali con successivi atti che documentino l'effetto sorgere del diritto di credito.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al contratto di mutuo "integrato" con successivi atti di erogazione e quietanza aventi la forma richiesta dall'art. 474 c.p.c. Non a caso, in questa ipotesi la Suprema corte di Cassazione, pur ribadendo l'impostazione tradizionale secondo la quale l'atto pubblico ha valore di titolo esecutivo solo ove contenga l'indicazione degli elementi strutturali essenziali di un'obbligazione certa e determinata, ha ritenuto che costituisca titolo esecutivo il contratto di mutuo, integrato con gli atti di erogazione o di quietanza a saldo, con il quale si trasmette con immediatezza la disponibilità giuridica della somma mutuata, sempreché i suddetti atti rispettino i requisiti formali imposti dalla legge²⁶. O si pensi anche alla stessa ipotesi del contratto di apertura di credito, che, così come si è già avuto modo più sopra di sottolineare, ben potrebbe consentire l'instaurazione di un processo esecutivo ove venga in rilievo la figura del titolo esecutivo complesso, concepito nei termini appena più sopra evidenziati.

7. Questioni non affrontate e ancora aperte

Il riferimento da ultimo effettuato, per un verso, al controllo effettuabile dal notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva e, per altro verso, allo stretto legame esistente con il titolo esecutivo complesso e con il distinguo di fondo fra "esecutività in astratto" e "esecutività in concreto", consente di evidenziare, prima di concludere, come la Corte di cassazione non ha affrontato, nel caso di specie talune questioni estremamente delicate e controverse comunque legate alla certezza del diritto consacrato nel titolo esecutivo.

Il riferimento è, anzitutto, alla nozione stessa di certezza del diritto consacrato nel titolo esecutivo, da sempre assai controversa nei suoi contenuti ove si guardi, non più alla certezza del diritto sul piano per così dire "formale", ossia della consistenza e forma dal punto di vista documentale, bensì sul piano "sostanziale".

Estremamente variegato è, infatti, il panorama delle posizioni dottrinali in materia ²⁷.

²⁴ Cfr. Petrelli, *Atto pubblico, scrittura privata autenticata e titolo esecutivo*, cit., 542.

²⁵ E.Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto*, in www.notariato.it e ivi tutti i richiami.

²⁶ Cfr. Cass. 17194/2015, cit., i cui principi sono stati ribaditi da Cass. 5 marzo 2020, n. 6174

²⁷ Cfr. più ampiamente per un esame delle stesse ed ampi riferimenti E. FABIANI – L. PICCOLO, *Il controllo del notaio in*

In negativo si è, anzitutto, da più parti evidenziato come diritto certo non possa equivalere a diritto incontrovertibile ²⁸.

In positivo, parte della dottrina, per lo più argomentando dal differente grado di certezza da cui sono assistite le differenti tipologie di atti cui il nostro legislatore riconosce la qualifica di titolo esecutivo, ritiene che non si possa «dire nulla più che questo: i provvedimenti, atti o documenti costituenti titolo esecutivo offrono una "certa qual certezza", di grado notevolmente diverso, in ordine all'esistenza dei fatti costitutivi dei crediti liquidi ed esigibili da essi rappresentati»²⁹.

Altra parte della dottrina, diversamente, ritiene che le perplessità manifestate dagli studiosi sul reale significato della certezza siano fondamentalmente legate all'idea che «la certezza a cui si riferisce la legge riguardi l'esistenza del quid necessario per l'esercizio dell'azione esecutiva. Ma ciò sarebbe inconciliabile con l'incertezza, che ... è propria di ogni azione nel momento in cui essa è proposta. Semplicemente, il diritto (al pagamento di una somma di danaro o alla consegna o al rilascio di una cosa) "certo" indicato dalla norma è quello che, secondo una chiara indicazione giurisprudenziale, "deve emergere esattamente e compiutamente, nel suo contenuto e nei suoi limiti dal relativo provvedimento giurisdizionale o atto negoziale»³⁰. Muovendosi in quest'ultima prospettiva – diffusa anche in giurisprudenza -, si tende, dunque, a cogliere, il significato della certezza, non sul piano della effettiva esistenza del diritto consacrato nel titolo, ma della sua esatta e compiuta indicazione nel relativo provvedimento giudiziale o atto stragiudiziale.

sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto, cit.

Non è mancato neanche chi ha ritenuto che il requisito della certezza «si riferisce essenzialmente all'esecuzione per consegna o rilascio, all'esecuzione per obblighi di fare ed all'esecuzione indiretta», mentre la liquidità «si riferisce essenzialmente ai crediti relativi a somme di danaro (o più in generale a quantità di cose fungibili) ed è l'equivalente della "certezza" riferita ai diritti su beni individuati» ³¹.

È dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, inoltre, se sia essenziale, ai fini della certezza, l'indicazione di un termine per l'adempimento. Secondo un principio espresso dalla corte di legittimità³² con riferimento generale alla qualità di titolo esecutivo dell'atto pubblico, l'indicazione di un termine per l'adempimento non è necessaria affinché l'atto ricevuto da un notaio (o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverle) possegga la predetta qualità, e il giudice dell'esecuzione deve accertare se, alla data della notificazione del titolo esecutivo, sia decorso un tempo congruo in relazione alla natura della prestazione. Secondo parte della dottrina³³, invece, l'indicazione del termine per l'adempimento sembra necessaria per far acquisire all'atto i caratteri minimi indispensabili del titolo esecutivo, in specie, sotto il profilo della certezza del diritto.

La sentenza in commento non prende posizione sulla nozione di certezza accolta, limitandosi ad escludere che le obbligazioni future ed eventuali possano di per sé soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 474 c.p.c.

Altro profilo estremamente controverso, non affrontato dalla pronuncia in esame è quello legato alla richiamata contrapposizione fra "esecutività in astratto" e "esecutività in concreto". Anche da questo punto di vista, tuttavia, la requisitoria contiene puntualizzazioni significative, in particolare nella parte in cui dà atto di due distinte impostazioni ermeneutiche in ordine alle condizioni necessarie ai fini dell'insaturazione dell'azione esecutiva, ritenendo peraltro preferibile la tesi secondo la quale occorre che il creditore fondi la sua pretesa su un atto avente i requisiti formali *ex* art. 474 c.p.c., in forza del quale

²⁸ Cfr. per tutti in tal senso VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni* in *Giur. sist. dir. proc. civ.* diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1993, 143; CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2016, 177, nell'evidenziare come «tale sarebbe - e neppure completamente, ove si pensi alla possibilità delle impugnazioni straordinarie – soltanto il credito accertato giudizialmente con sentenza passata in giudicato».

²⁹ Così Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014, 695.

³⁰ Così Grasso, *Titolo esecutivo*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 692 nel richiamare quanto ritenuto dalla Corte di cassazione con la pronuncia del 25 febbraio 1983, n. 1455. Ma vedi anche: Andolina, *Introduzione alla teoria del titolo esecutivo*, Milano, 1968, 380 ss.; Vaccarella, *Titolo esecutivo*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 3; Romano, voce *Titolo esecutivo*, cit., 990.

³¹ Così Luiso, *Diritto processuale civile*. III. *Il processo esecutivo*, Milano, 2019, 24.

³² Così Cass. 27 novembre 1979, n. 6228, *Foro padano*, 1980, I,58.

³³ In dottrina, v. DE SANTIS in ARIETA -DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale civile*, vol. III, tomo II, Padova, 2007, 98.

attesti che il debitore ha assunto una obbligazione determinata di cui afferma l'inadempimento³⁴.

Come si è già avuto modo di evidenziare in altra sede³⁵, la giurisprudenza raramente si occupa specificamente del controllo esercitabile in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva, soffermandosi, piuttosto, molto più frequentemente sui requisiti che deve possedere il diritto consacrato nel titolo azionato in via esecutiva. Per questo, anche la tematica legata alla contrapposizione tra esecutività in astratto e in concreto, non poco equivoca, sebbene di rilevanza determinante e significativa anche per l'analisi dei rapporti tra diritto ed azione esecutiva nel nostro ordinamento, è sempre rimasta in ombra nella giurisprudenza.

Nei circoscritti confini del presente contributo, basti evidenziare come la dottrina tende per lo più a ricorrere ad affermazioni di principio, come il ritenere che ci troviamo di fronte ad un controllo "formale", o a ricorrere a contrapposizioni nette, come quella fra "esecutività in astratto" e "esecutività in concreto", che non consentono comunque di cogliere fino in fondo gli esatti confini del controllo in esame.

Più in particolare, se si aderisce all'impostazione della cd. "esecutività in concreto", in tanto il notaio può spedire il titolo in forma esecutiva in quanto ritenga che il diritto consacrato nel titolo possegga i requisiti della certezza, liquidità ed esigibilità. Se si aderisce, invece, all'impostazione della cd. esecutività in astratto, il notaio ben potrebbe spedire un determinato titolo in forma esecutiva anche se il diritto consacrato nel titolo non sia, al momento della spedizione, certo, liquido ed esigibile, salvo a doversi, intendere, come già sottolineato, sul significato dell'espressione "esecutività in astratto" e, conseguentemente, sulla tipologia di controllo che il notaio debba effettuare in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva (fermo restando che, a differenza di quanto richiesto muovendosi nella prospettiva della cd. "esecutività in concreto", non deve verificare se il diritto consacrato nel titolo possiede i requisiti della certezza, liquidità ed esigibilità).

Pare da escludersi la percorribilità della via che fa capo alla cd. esecutività in concreto in ragione del modo in cui è specificamente disciplinata nel nostro ordinamento la spedizione del titolo in forma esecutiva e in cui è disciplinato - sul piano della struttura - il nostro processo esecutivo. Anche se, in ragione della equivocità della contrapposizione di fondo tra le due tesi, appena delineate, non ci si può al contempo accontentare di un generico accoglimento dell'opposta prospettiva che fa capo alla cd. esecutività in astratto. Occorre riempire di contenuto il concetto di "esecutività in astratto", escludendo, in particolare, che il relativo controllo possa esaurirsi in una verifica circoscritta alla sola forma dell'atto (dovendo necessariamente trattarsi di un atto pubblico o di una scrittura privata autenticata). Si tratta, infatti, di verifica che si estende anche al contenuto dell'atto e, segnatamente, alla conformazione dell'obbligazione in essa contenuta, essendo altresì richiesto, dall'art. 474 c.p.c., che si tratti di atto contenente un'obbligazione al pagamento di una somma di danaro o di consegna o rilascio di un bene mobile o immobile. Muovendosi in questo ordine di idee, appare evidente, anche alla luce di un esame delle fattispecie maggiormente controverse, l'importanza del controllo esercitato dal notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva, non solo con riferimento al profilo soggettivo, ma anche con riferimento a quello

³⁴ Il riferimento è al seguente passaggio della requisitoria secondo il quale: «occorre valutare se, ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva, sia sufficiente che il pignorante si affermi creditore in virtù di un documento contrattuale avente la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o sia piuttosto necessario che il predetto documento contrattuale dia contezza dell'obbligazione contratta dal debitore e cristallizzi, pertanto, l'esistenza di un credito certo e liquido. Accedendo alla prima tesi (favorevole a consentire l'esercizio dell'azione esecutiva a colui che si affermi creditore in virtù di un atto pubblico ovvero di una scrittura privata autenticata) condizione formale per procedere alla espropriazione forzata è il possesso di un documento riconducibile al catalogo di cui all'art. 474 c.p.c.; accedendo alla seconda tesi (favorevole a subordinare l'esercizio dell'azione esecutiva alla titolarità di un credito certo e liquido la cui esistenza sia provata dall'atto pubblico o dalla scrittura privata con cui il debitore abbia assunto l'obbligazione di cui il creditore afferma l'inadempimento) sono condizioni formali per procedere alla espropriazione forzata il possesso di un documento riconducibile al catalogo di cui all'art. 474 c.p.c. che costituisca prova "autosufficiente" della esistenza di un credito certo e liquido. La tesi preferibile è quella secondo cui non basta che il creditore fondi la sua pretesa su un documento negoziale avente la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ma occorre che da quel documento (o un eventuale atto integrativo adottato con la stessa forma) attesti che il debitore ha assunto una obbligazione determinata di cui il creditore afferma l'inadempimento».

³⁵ E.Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto*, cit.

oggettivo³⁶: si tratta di un controllo, infatti, non meramente "formale", ma che, incidendo sul piano del contenuto dell'atto, contribuisce ad elevare il livello di certezza di esistenza del diritto consacrato nel titolo e, dunque, anche a ridurre il rischio che questo sia contestato attraverso l'instaurazione di un giudizio oppositivo.

8. Conclusioni

In definitiva, l'auspicio è che la Suprema corte di Cassazione possa fare chiarezza, quanto prima possibile, anche sui profili appena più sopra richiamati, o quanto meno su taluni di essi.

Si tratta, infatti, di un passaggio ineliminabile per rendere più agevole e spedita l'attività di tutti gli operatori del diritto coinvolti nell'attuazione delle previsioni normative di cui si discute, nonché per ridurre, al contempo, anche le controversie ingenerate dai relativi dubbi interpretativi, in precedenza sinteticamente richiamati.

In tal senso, purtroppo, non si è mosso, da ultimo, il legislatore, che, con la legge delega in tema di riforma del processo civile, ha previsto l'abrogazione dell'istituto della spedizione del titolo in forma esecutiva, scelta inopportuna per i motivi già in altra sede ampiamente evidenziati³⁷.

Ernesto FABIANI – Luisa PICCOLO

³⁶ Cfr. più ampiamente E.Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo* del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto, cit.

³⁷ Cfr. più ampiamente E.Fabiani – L. Piccolo, *Il controllo* del notaio in sede di spedizione del titolo in forma esecutiva con particolare riguardo all'oggetto del diritto, cit.

Le Sezioni Unite sulla prededuzione dei crediti dei professionisti nel concordato tra ragionevolezza e "giurisprudenza degli interessi"

SOMMARIO: 1. Il problema. • 2. Le argomentazioni delle Sezioni Unite. • 3. Le perduranti incertezze interpretative. • 4. Considerazioni conclusive.

1. Il contrasto interpretativo in ordine al riconoscimento del rango prededucibile dei crediti dei professionisti che hanno assistito il debitore nella presentazione della domanda di concordato preventivo sembra aver trovato una sua composizione con l'importante e attesa sentenza delle Sezioni Unite che si commenta¹.

All'esito di un articolato percorso argomentativo, le Sezioni Unite con la sentenza n. 42093 del 14 dicembre 2021 hanno affermato il seguente principio di diritto: "il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art.161 l.f., sia stata funzionale, ai sensi dell'art.111 co.2 l.f., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'art. 163 l.f., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa; restano impregiudicate, da un lato, la possibile ammissione al passivo, con l'eventuale causa di prelazione e, per l'altro, la non ammissione, totale o parziale, del singolo credito ove si accerti l'inadempimento della obbligazione assunta o la partecipazione del professionista ad attività fraudatoria".

Il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite è conforme alle conclusioni rassegnate dal Procuratore Generale nella memoria *ex* art. 378 c.p.c., anche se le rispettive argomentazioni di supporto sono in parte divergenti.

Si è detto che la sentenza delle Sezioni Unite è importante e attesa, e questo perché affronta un tema di sicuro rilievo pratico, molto sentito dagli operatori, risolvendo un dibattito che in dottrina² ed in

giurisprudenza³ si è protratto a lungo, con toni talvolta accesi e finanche ideologici.

2021, 476 ss.; Id., La prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo, in Fallimento, 2020, 173 ss.; M. Serra, Consecuzione tra procedure di concordato preventivo e prededuzione dei crediti dei professionisti. Il sigillo della Suprema Corte, in Banca, borsa, tit. cred., 2021, II, 537 ss.; S.A. Cerrato, Prededuzione concorsuale - La prededuzione dei crediti dei professionisti fra conferme e prospettive, in Giur. it., 2019, 1112 ss.; M. Fabiani, Il delicato ruolo del professionista del debitore in crisi fra incerta prededuzione e rischio di inadempimento, in Giur. comm., 2017, 720 ss; G.P. Macagno, La S.C. conferma la prededucibilità de plano dei crediti dei professionisti per le attività finalizzate all'apertura del concordato, ma all'orizzonte si prospetta una nuova stretta normativa, in Fallimento, 2017, 402; P.F. Censoni, Il concordato preventivo, in Trattato procedure concorsuali, diretto da A. Jorio - B. Sassani, Milano, 2016, 81; V. Sallorenzo, I crediti prededucibili nell'ambito delle procedure concorsuali: in particolare la sorte del credito professionale sorto in "occasione" o in "funzione" del concordato preventivo, in Dir. fall., 2016, I, 431 ss.; G. Verna, Brevi note sulla prededucibilità dei crediti per compensi professionali sorti in funzione di una procedura concorsuale, in Dir. fall., 2016, I, 1526 ss.; G. Lo Cascio, La prededuzione nelle procedure concorsuali: vecchi e nuovi profili normativi ed interpretativi, in Fallimento, 2015, 5; P. Vella, L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo, in Fallimento, 2014, 522; F.S. Filocamo, La prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione, in Fallimento, 2013, 1151 ss.;

³ Per il riconoscimento della prededuzione ai crediti dei professionisti per attività svolte dopo il deposito della domanda di pre-concordato, vedi, tra le altre, Cass., 28 gennaio 2021, n. 1961, in *Fallimento*, 2021, 475; Cass., 2 luglio 2020, n. 13596, in *Fallimento*, 2020, 1483; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2423, in *Fallimento*, 2020, 423; Cass., 10 ottobre 2019, n. 25471, in questa *Fallimento*, 2020, 173; Cass., 29 marzo 2019, n. 8970; Cass., 14 marzo 2014, n. 6031.

Contra, Cass., 15 gennaio 2021, n. 639, in Fallimento, 2021, 476 ss.: "La L. Fall., art. 111, comma 2, nello stabilire che sono considerati prededucibili i crediti sorti "in funzione" di una procedura concorsuale, presuppone che una tale procedura sia stata aperta, e non la semplice presentazione di una domanda di concordato, che dà luogo unicamente ad un procedimento di verifica volto al mero accertamento dell'ammissibilità della proposta. Il credito del professionista che abbia svolto attività di assistenza e consulenza per la presentazione della domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile o rinunciata non è pertanto prededucibile nel fallimento, ancorché la sentenza dichiarativa si fondi sulla medesima situazione (di insolvenza) rappresentata nella domanda"; Cass., 22 febbraio 2021, n. 4710.

¹ In *Fallimento*, 2022, 356 ss., con nota di G. Nardecchia, *La prededuzione secondo le sezioni unite*.

² Vedi, tra i molti e senza pretese di completezza, G.B. Nardecchia, *Le mobili frontiere della prededuzione*, in *Fallimento*,

Non vi è dubbio, infatti, che la materia della prededuzione, e specificamente della prededuzione del credito dei professionisti che assistono il debitore nella procedura di concordato, si collochi in uno snodo problematico del diritto della crisi e dell'insolvenza, dove convivono interessi diversi e potenzialmente confliggenti. Ad aggiungere complessità al quadro si aggiunge poi un fenomeno normativo che potremmo definire di "eterogenesi dei fini", per cui una normativa dettata per incentivare l'accesso a procedure negoziali di soluzione della crisi attraverso il riconoscimento della prededuzione ai professionisti che prestano ausilio tecnico per l'accesso si è sovente tradotta in una zavorra per le stesse procedure e, comunque, in un potenziale pregiudizio per la massa dei creditori anteriori, tenuta a subire il peso degli ingenti crediti prededucibili professionali, soprattutto nel caso di successiva apertura della procedura di fallimento. È proprio questo stridente contrasto tra la ratio delle disposizioni in tema di prededuzione, per come introdotte con le riforme della legge fallimentare, ed il loro effettivo effetto pratico ad aver in qualche modo imposto alla dottrina ed alla giurisprudenza un itinerario che ha condotto ad una interpretazione sempre più restrittiva, ed a tratti ai limiti dell'abrogante, delle disposizioni in materia di prededuzione dei professionisti, cui le Sezioni Unite hanno impresso adesso il loro sigillo. Itinerario interpretativo, peraltro, che è stato agevolato anche dalle disposizioni del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, molto più restrittive rispetto a quelle della legge fallimentare.

Questo è il contesto in cui si colloca la sentenza in commento. Ma procediamo con ordine e partiamo dall'ordinanza di rimessione del 23 aprile 2021 n. 10885, con la quale la Prima Sezione Civile, constatata la non sedimentazione di un univoco indirizzo e ravvisata l'esigenza di ricostruire un quadro interpretativo chiaro, ha chiesto di sottoporre alle Sezioni Unite i seguenti testuali quesiti: "i) se la disciplina della revocatoria dei pagamenti di crediti insorti a fronte della "prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali" condivide la medesima ratio che è posta a fondamento della prededuzione del credito dei professionisti che abbiano prestato la propria opera in vista dell'accesso alla procedura concordataria; ii) se debba essere ribadito che la prededuzione di detto credito non trova fondamento nel presupposto dell'occasionalità, ma in quelli della funzionalità e/o della espressa previsione legale; iii) se debba essere ribadito

che il criterio della funzionalità va scrutinato ex ante, non considerando in alcuna misura l'utilità della prestazione del professionista; iv) se la previsione legale si riferisca al solo professionista attestatore o anche agli altri professionisti cui si è fatto cenno; v) se il preconcordato sia una fase di un'organica procedura o se la procedura di concordato preventivo, anche in caso di concordato in bianco, abbia inizio con il provvedimento di ammissione del tribunale; vi) se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria in bianco che non varca la soglia dell'ammissibilità ovvero in caso di revoca della proposta da parte del proponente; vii) se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato; viii) se l'esigenza di contrastare il danno inferto ai creditori per effetto del depauperamento dell'attivo derivante da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili possa essere soddisfatta attraverso la verifica dell'esatto adempimento, e del carattere non abusivo e/o fraudatorio, della prestazione richiesta al professionista in vista dell'accesso alla procedura concordataria".

Il Pubblico Ministero ha depositato conclusioni scritte *ex* art. 378 c.p.c., con le quali, all'esito di un serrato argomentare, ha chiesto che il ricorso fosse dichiarato inammissibile per alcuni motivi e rigettato per l'altro.

2. Il percorso argomentativo delle Sezioni Unite prende avvio da temi di vertice, che – almeno apparentemente – sembrerebbero estranei alla specifica questione. Si parte, infatti, dal "riconoscimento dell'avvenuto allargamento dell'area della concorsualità, in una contaminazione crescente con soluzioni riorganizzative delle relazioni conflittuali fra debitore e creditori pur configurate in istituti di originaria matrice privatistica, secondo forme contrattuali incise da elementi pubblicistici di parziale ed eventuale eterodirezione o regolazione anche giudiziaria". Attraverso l'esame di vari esempi normativi, che spaziano proprio dalla prededuzione ex art. 111 l.fall. agli effetti protettivi conseguenti al pre-concordato ex art. 161 1.fall., fino a giungere al possibile regime protettivo previsto nella composizione negoziata ex d.l. 118/2021, le Sezioni Unite traggono la considerazione per cui "la sottoposizione a regole concorsuali non è patrimonio esclusivo delle procedure concorsuali in senso stretto, le quali a propria volta sono state riconfigurate mediante robuste anticipazioni di taluni loro effetti tipici, all'insegna, istituti e procedure, di una com-

plessiva esigenza di riorganizzare in un quadro ordinato e protetto le relazioni problematiche del diritto del debito, incentivando la conservazione dei complessi produttivi, la continuità del loro nucleo identitario aziendale, la reversione dei fenomeni di crisi, la prevenzione dell'insolvenza e pertanto l'accesso precoce alle soluzioni compositive proponibili dallo stesso debitore".

A seguire e nella stessa prospettiva sistematica, le Sezioni Unite osservano che "la prededuzione, in un sistema che ora promuove l'ingresso del debitore nelle procedure concorsuali d'iniziativa propria e a vocazione conservativa o di continuità aziendale, ha tuttavia subito una inedita persistenza, divenendo da più evidente funzione retributiva dei costi della procedura (canalizzati entro subprocedimenti ovvero di agile imputazione alle condotte, anche non negoziali, dei suoi organi) ad incentivo per la concorsualità anticipata; essa si ritrova dunque accostata al medesimo credito, ove non pagato in precedenza, ogni qual volta il nesso con la stabilizzazione concorsuale sia riconosciuto, anche se la procedura, in funzione od in occasione della quale il credito è sorto, si sia nel frattempo esaurita, trascorrendo però in altra a vocazione liquidatoria ma alla prima collegata".

Delineato il quadro di riferimento, le Sezioni Unite passano ad esaminare la possibile ricorrenza, nel caso di crediti dei professionisti che hanno assistito il debitore nella presentazione della domanda di concordato non ammessa, delle condizioni che – alternativamente - consentono di riconoscere la prededuzione: a) la previsione di una specifica disposizione di legge; b) l'occasionalità rispetto ad una procedura concorsuale; c) la funzionalità rispetto ad una procedura concorsuale.

Con riferimento alla prededuzione di fonte legale prevista da specifica disposizione di legge, le Sezioni Unite si confrontano con l'art. 161, comma 7, l.fall., che, nel prevedere nel concordato con riserva, che "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 11 l.fall.", sembrerebbe condurre ad affermare la prededuzione dei crediti dei professionisti sorti per effetto degli atti di conferimento di incarico professionale compiuti dal debitore durante il preconcordato. Soluzione respinta dalle Sezioni Unite, secondo cui l'art. 161, comma 7, l.fall. non si applicherebbe con riferimento ad "un credito sorto per effetto non di un atto d'impresa in senso proprio o commerciale, bensì compiuto dal debitore con riguardo all'instaurazione o al rafforzamento del concordato, ottica

che sfugge del tutto ad un'esigenza autorizzatoria (trattandosi di scelte discrezionali, gestionali e difensive, del debitore) e ancor più classificatoria (apparendo anche ex ante non predeterminabile, e quindi inutile, stabilire se l'ingaggio di un professionista, come nella specie, sia attività di amministrazione ordinaria o straordinaria)".

Con riferimento alla prededuzione per "occasionalità", le Sezioni Unite affermano che il criterio temporale va integrato con un criterio soggettivo, rappresentato dall'imputazione del rispettivo titolo all'attività degli organi della procedura stessa; il che porta ad escluderne la ricorrenza nel caso di crediti sorti per effetto di atti del debitore pur in pendenza di una procedura concorsuale.

Con riferimento alla prededuzione per "funzionalità", che "esprime un'attitudine di vantaggio per il ceto creditorio", le Sezioni Unite partono dall'osservazione per cui, nel caso di crediti sorti per prestazioni svolte prima dell'inizio della procedura di concordato, il tema centrale attiene al "trattamento della pretesa che, non adempiuta dal debitore nella zona concorsuale in cui era venuta ad esistenza, venga infine insinuata come credito nel successivo fallimento", con la "necessità di sostanziare la funzionalità armonizzando la prestazione allo scopo per il quale è stata compiuta, non bastando di per sé che ad una procedura fenomenicamente ne segua altra". Sulla base di ciò, si supera la tesi della equivalenza tra "funzionalità" ed "utilità in concreto" - da riscontrare ex post - della prestazione, sostituita dalla diversa considerazione per cui "il presupposto comune è che la prededuzione, per sua natura accordata ad un credito nel contesto processuale in cui il relativo titolo trae origine (includendone l'area preparatoria), sopravvive in una procedura concorsuale diversa che segua la precedente solo se sussista una consecuzione fra le stesse; la precedenza di pagamento così riservata al credito di massa permane anche al di fuori del perimetro procedurale d'insorgenza, ed in rapporto ai cui scopi l'attività sia stata prestata, se la finale regolazione della procedura di sbocco disciplini un fenomeno giuridico unitario, per identità di soggetti e di requisito oggettivo". È la consecuzione, allora, a costituire la chiave di volta, consentendo di riconoscere la funzionalità, e quindi la prededuzione, solo laddove "il rapporto di inerenza alle finalità della procedura al cui vantaggio è stata rivolta trovi un apprezzamento anche nella transizione verso altra procedura che segua la prima, specie quando ne sia la conferma d'insuccesso del relativo progetto ristrutturativo; a tale requisito assolve la consecutività dei procedimenti, con

l'avvertenza che il primo di essi, per quanto ad esito infausto, sia progredito oltre il mero accesso, raggiungendo almeno gli obiettivi minimali che lo caratterizzano tipologicamente, cioè possa dirsi, quanto al concordato, procedura concorsuale pervenuta alla fase di possibile coinvolgimento dei creditori". In questa prospettiva, secondo le Sezioni Unite, "la consecutività ove la questione riguardi la prededuzione e dunque in assenza di una norma più specifica - non si limita a postulare l'identità dell'elemento oggettivo su cui sono fondate le procedure in sequenza, ma esige che tra di esse non vi sia discontinuità anche organizzativa, ricorrente invece quando la prima non sia avanzata oltre la domanda del debitore ed infatti nemmeno sia stata aperta, così non raggiungendo lo scopo per il cui realizzo abbia cooperato un terzo, ingaggiato dal debitore ... non appare dunque sufficiente che, meccanicamente, l'apporto di terzi abbia permesso l'instaurazione in sé sola considerata della prima procedura se poi essa, interrotta giudizialmente o comunque non proseguita per scelta dello stesso debitore, non realizzi alcun integrale continuum con la procedura seguente, omettendo di attuarvi altresì una riconoscibile traslazione di risorse e valori aziendali alla cui riorganizzazione in funzione concorsuale (cioè con una conduzione secondo le rispettive regole ed effetti pieni) l'apporto del terzo era stato ingaggiato e al cui obiettivo la relativa prestazione non abbia affatto contribuito".

Conseguito questo approdo interpretativo, le Sezioni Unite si fanno carico di saggiare e respingerne le possibili obiezioni.

Una prima obiezione potrebbe essere quella che vede nel risultato raggiunto una sostanziale riqualificazione dell'obbligazione del professionista che assiste il debitore nella fase antecedente al concordato in un'obbligazione di risultato, ove il risultato è rappresentato dall'ammissione al concordato stesso. Sul punto, i giudici di legittimità rilevano che "la valutazione ex ante, per parte sua e poiché antagonista di ogni criterio automatico, rende superfluo il confronto con la tradizionale distinzione tra obbligazione di mezzi, quale resta quella del professionista e obbligazione di risultato, posto che l'esclusa prededuzione non discende in modo diretto dall'insuccesso della domanda, bensì dall'inidoneità causale dell'apporto del terzo alle finalità istituzionali della procedura, avendo egli configurato la propria opera, in caso di concordato non ammesso o rinunciato, verso elementi di un progetto non consegnato alle valutazioni dei creditori, cui invece - per finalità tipica dell'istituto - la proposta del debitore dev'essere diretta".

Una seconda obiezione potrebbe essere quella che "stigmatizza" la diversità cui conduce questa interpretazione della funzionalità ex art. 111 Cost. ai fini della prededuzione rispetto al requisito della "strumentalità" ex art. 67 l.fall. ai fini della esenzione da revocatoria. Al riguardo, i giudici di legittimità osservano che "la comune attitudine relazionale delle due disposizioni, tuttavia, non può condurre a sovrapporne ogni aspetto, così da rinvenire in ciascuna gli elementi integrativi delle reciproche fattispecie astratte; oltre alla latitudine diversa e più generica che la nozione di "servizi" (presente nella definizione dell'impresa estrapolabile dall'art. 2082 c.c.) assume rispetto alle "attività professionali" (che, nell'accezione in cui si è posta la questione della prededucibilità, attengono alle professioni intellettuali, non necessariamente ordinistiche, né coincidenti sempre con prestatori persone fisiche), sostenere infatti che se i crediti sorti per ottenere servizi professionali strumentali all'accesso al concordato vanno esenti da revocatoria ai sensi della L. Fall., art. 67, comma 3, lett. g), vuol dire che quegli stessi crediti, ove impagati, diventano prededucibili nel successivo fallimento, a prescindere dall'apertura del concordato, appare il frutto di una petizione di principio".

Inevitabile è, infine, il confronto tra la soluzione raggiunta e la previsione dell'art. 6, comma 1, lett. c), CCII, che riconosce la prededuzione, nei limiti del 75% di quanto accertato, ai crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda a condizione che la procedura sia aperta. Le Sezioni Unite rinvengono una continuità regolativa sul punto tra la legge fallimentare ed il CCII, sotto il profilo tanto della evocata distinzione tra gli effetti della concorsualità e l'area delle procedure concorsuali, sia sotto il profilo della nozione differenziata della consecuzione tra procedure, sia sotto il profilo di precedenti cui correlare la scelta del superamento dei contrasti interpretativi nel CCII.

3. La soluzione della Suprema Corte contribuisce a chiarire il quadro in tema di prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo, dettando alcuni criteri-guida di interpretazione, ma restano alcune zone d'ombra rispetto alle quali i detti criteri non sono in grado di svolgere pienamente la loro funzione.

I due criteri-guida sono i seguenti: a) se la procedura di concordato preventivo non è aperta, il credito del professionista incaricato dal debitore di au-

silio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti non è considerato prededucibile nel successivo e consecutivo fallimento; b) se la procedura di concordato preventivo è aperta, il credito del professionista incaricato dal debitore di ausilio tecnico per l'accesso al concordato preventivo o il perfezionamento dei relativi atti può essere considerato prededucibile nel successivo e consecutivo fallimento.

La prima regola (diniego prededuzione in caso di mancata ammissione) costituisce, secondo le Sezioni Unite, una presunzione assoluta, non suscettibile di prova contraria. In nessun caso i crediti dei professionisti, maturati prima o dopo l'eventuale pre-concordato, possono essere qualificati prededucibili nel caso di successivo fallimento, se la procedura di concordato preventivo non è ammessa, indipendentemente dalla tipologia di prestazione svolta dal professionista e dalle cause della mancata ammissione. La ragione di ciò risiederebbe, secondo la ricostruzione delle Sezioni Unite, nell'assenza, oltre che dei requisiti della prededuzione di fonte legale e dell'occasionalità, anche di quello della funzionalità, mancando le condizioni minime per l'operare della consecuzione in questo contesto. Conclusione, questa, che può condividersi, non solo per la corretta considerazione della natura non generale della consecuzione tra procedure al di fuori del contesto della revocatoria, quanto soprattutto perché "ispirata al criterio di ragionevolezza"⁴, che lega la prededuzione ad

un parametro che, entro certi limiti, consenta di valutare l'effettiva utilità conseguita dai creditori.

La seconda regola (possibile riconoscimento prededuzione in caso di ammissione) costituisce, sempre secondo le Sezioni Unite, una presunzione relativa, suscettibile di prova contraria⁵. Questo perché si dovrà valutare, senza alcun automatismo, se la prestazione del professionista abbia contribuito con inerenza necessaria, secondo un giudizio *ex ante* rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa.

La valutazione, sempre secondo le Sezioni Unite, dovrà tenere conto anche della distinzione tra professionisti "necessari" ai fini della presentazione della domanda di concordato piena (avvocato, asseveratore, redattore perizia giurata su incapienza privilegiati) e professionisti "non necessari" (advisor finanziario, advisor tributario). Per i primi è più agevole una positiva "valutazione ex ante della strumentalità", mentre per i secondi richiede "una più intensa verifica la ricostruzione dell'apporto cd. atipico, cui abbia fatto ricorso il debitore, senza esserne specificamente obbligato ex lege". Distinzione che non va, però, enfatizzata, perché, una volta accertata, in relazione alle specificità del caso concreto, la non superfluità della prestazione anche del professionista "non necessario", i parametri di valutazione della funzionalità non dovrebbero divergere⁶.

Al contrario, non sembra che possa assumere rilievo, ai fini della valutazione del giudice sulla funzionalità, la distinzione tra concordati con continuità e concordati liquidatori. Vero è che i giudici di legittimità parlano espressamente di inerenza necessaria "alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa", ma questo riferimento non va inteso come evocativo della continuità aziendale, diretta o indiretta, quanto piuttosto come riferito alla generica conservazione o incremento del patri-

⁴ Vedi già le Conclusioni Procuratore Generale, pag. 6: "La necessità dell'apertura del concordato al fine di riconoscere carattere prededucibile ai crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, prima ancora di connettersi in modo diretto alla scelta dell'art. 6, comma 1, lett. c), CCI, appare, inoltre, ispirata al criterio di ragionevolezza perché nelle decisioni che hanno inaugurato l'interpretazione "largheggiante" della Suprema Corte la prededuzione veniva giustificata sulla considerazione che "l'accesso alla procedura di concordato preventivo costituisca di per sé un vantaggio per i creditori" (cfr. Cass. 6031 del 2014). Il che sarebbe apparso evidente dagli effetti della consecuzione delle procedure, tra cui la cristallizzazione della massa (art. 55 l.fall.) e la retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell'esperimento della revocatoria fallimentare. Vantaggi questi che sono, di fatto, determinati dal deposito e dall'iscrizione nel registro delle imprese della domanda cd. in bianco. Con la conseguenza che, a rigor di logica, il beneficio della prededuzione dovrebbe spettare ai soli professionisti che abbiano coadiuvato il debitore nel deposito di quella domanda (primo tra tutti l'avvocato firmatario

della domanda ex art. 161, comma 6, l.fall.), non potendosi riconnettere alcuna ulteriore utilità ricollegabile al prosieguo della procedura sia all'aver prestato la propria attività per la 7 predisposizione di un piano o di una proposta inammissibili, sia nel caso in cui la domanda di concordato preventivo sia stata rinunciata". Nello stesso senso vedi, più di recente, G. Nardecchia, *La prededuzione secondo le sezioni unite*, cit., 374.

⁵ Cfr. G. Nardecchia, La prededuzione secondo le sezioni unite, cit., 371.

⁶ Cfr. G. Nardecchia, *La prededuzione secondo le sezioni unite*, cit., 371.

monio attivo da destinare ai creditori concordataria, anche attraverso un piano di liquidazione. D'altra parte, ancorare alla distinzione tipologica tra concordati con continuità e concordati liquidatori anche questa ulteriore differenza disciplinare non parrebbe giustificato, considerando la mancanza di qualsivoglia puntello normativo di una soluzione di tal guisa e considerando che il riconoscimento della prededuzione è finalizzato ad incentivare le soluzioni negoziali di soluzione della crisi, non specificamente le soluzioni che precedano la continuità aziendale.

In nessun caso rileva, invece, la circostanza che la prestazione sia stata resa prima del deposito del preconcordato oppure durante la procedura di pre-concordato. Pur se il pre- concordato ha natura concorsuale, costituendo una fase dell'unitaria procedura di concordato⁷, e questo potrebbe astrattamente giustificare una diversità di trattamento, rilievo decisivo assume la già descritta distinzione tra area effettuale della concorsualità e ambito, più ristretto, delle singole procedure concorsuali. Questo passaggio da un classificazione "binaria" basata sulla contrapposizione "procedure concorsuali/procedure non concorsuali", nella quale dalla qualificazione a monte della natura non concorsuale della procedura discendeva, in modo automatico, l'esclusione dell'applicazione alla stessa dei principi, delle regole e degli istituti propri delle procedure concorsuali, alla descrizione della concorsualità come qualificazione "liquida", nella quale i confini tra concorsuale e non concorsuale diventano permeabili, tanto da consentire contaminazioni applicative fra varie fattispecie non più astrette dai precedenti vincoli classificatori⁸, consente di riconoscere la prededuzione anche a crediti sorti prima del deposito della domanda di pre-concordato e, quindi, al di fuori di una procedura concorsuale. Si è detto delle perduranti zone d'ombra conseguenti al principio di diritto dettato dalle Sezioni Unite. La principale difficoltà sta nel tracciare in modo netto la linea di demarcazione tra l'operare della regola della presunzione assoluta (diniego prededuzione in caso di mancata ammissione) e la regola della presunzione relativa (possibile riconoscimento prededuzione in caso di ammissione). Anche se l'actio finium regundorum sembrerebbe semplice, in quanto basata sul dato formale dell'esistenza o meno del decreto di apertura della procedura di concordato preventivo ex art. 163 l.fall., un più attento esame mostra alcune crepe in questo "confine", almeno se visto nella sua assolutezza.

In particolare, se la prededuzione, nella ricostruzione delle Sezioni Unite, è conseguente alla funzionalità della prestazione del professionista alle finalità della prima procedura, "contribuendo con inerenza necessaria ... alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore venga ammesso alla procedura ai sensi dell'art.163 l.f., ciò permettendo istituzionalmente ai creditori, cui la proposta è rivolta, di potersi esprimere sulla stessa", è da chiedersi cosa cambi, sotto il profilo della funzionalità, tra la situazione in cui il concordato non sia stato proprio ammesso e quello in cui sia stato ammesso, ma, ancor prima della votazione dei creditori, l'ammissione sia stata revocata ex art. 173 l.fall.. Ancora, occorre domandarsi quale sia la differenza sul punto tra la mancata ammissione e la successiva improcedibilità ex art. 179 l.fall. per mancata approvazione da parte dei creditori, oppure tra la mancata ammissione ed il diniego di omologazione. Ancorare l'applicazione dell'una o dell'altra regola al solo dato formale dell'apertura della procedura può forse avere il pregio della semplicità, ma trascura di considerare la complessità dei possibili esiti della procedura concordataria, che può non giungere al suo esito fisiologico dell'omologazione anche per arresti diversi rispetto a quello iniziale della mancata ammissione. Se l'attenzione è posta sulla conservazione o incremento dei valori dell'attivo, è difficile cogliere la differenza tra la mancata ammissione e gli altri esiti patologici della procedura di concordato preventivo, se non sul piano, più fattuale che giuridico, di una presunta "macroscopicità" delle lacune di un concordato non ammesso rispetto ad un concordato ammesso e poi revocato/non votato/non omologato; ma si tratta, appunto, di una regola di esperienza, non suscettibile di essere generalizzata. L'introduzione di uno "scalino" troppo netto, costituito dal dato formale dell'ammissione, potrebbe inoltre condurre ad atteggiamenti "difensivi" da parte del tribunale in sede di

⁷ Vedi Conclusioni Procuratore Generale, pag. 13. Sulla natura concordataria anche della fase del preconcordato, vedi anche Cass., 29 maggio 2019, n. 14713; *contra*, Cass., 15 gennaio 2021, n. 639. In dottrina, vedi C. D'Aiello, *Brevi note sul concordato "con riserva" e sui requisiti formali della domanda*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2016 50 ss.

⁸ Su questa evoluzione, vedi G. D'Attorre, *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 301 ss.

⁹ In argomento, vedi, di recente, M. Orlandi, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, 2021, 198 ss.

delibazione sull'apertura, funzionali ad evitare il rischio del maturare di oneri prededucibili conseguenti alla mera ammissione alla procedura.

Ad ogni modo, preso atto della distinzione operata dalle Sezioni Unite, peraltro conforme a quella tracciata dall'art. 6, comma 1, lett. c), CCII, una maggiore razionalità del sistema può essere ritrovata valorizzando la natura di presunzione solo relativa della regola della prededuzione in caso di ammissione. Poiché, come detto, non si instaura alcun automatismo, dovendosi comunque valutare se la prestazione del professionista abbia contribuito con inerenza necessaria, secondo un giudizio ex ante rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, pare ragionevole ritenere che in questa valutazione possano assumere rilievo anche le vicende successive rispetto all'ammissione e che conducano la procedura ad esiti diversi rispetto all'omologazione. Si possono così introdurre elementi di flessibilità e ridurre i rischi sopra descritti derivanti dalla previsione di una troppo netta separazione – in punto di prededuzione – tra ammissione e non ammissione.

4. La soluzione dettata dalle Sezioni Unite si caratterizza per la volontà, che traspare in controluce dietro l'articolato e colto argomentare, di tracciare, conformemente a quanto aveva richiesto il Procuratore Generale, una soluzione equilibrata al problema del riconoscimento della prededuzione ai crediti dei professionisti che hanno assistito il debitore nella presentazione della domanda di concordato, trovando un ragionevole punto di sintesi tra le opposte esigenze della incentivazione alle soluzioni negoziate della crisi d'impresa e della tutela degli "altri" creditori rispetto ai pesi economici dei tentativi di ristrutturazione a volte ingiustificati. Si tratta, comunque, di una interpretazione che si colloca all'interno dei limiti giuridici degli enunciati normativi (art. 111 l.fall.) e che non tracima nell'interpretazione creativa dove le norme sono relegate nel campo dell'irrilevante⁹. La domanda, alla quale ovviamente non può darsi risposta in questa sede, è se questa sentenza preannunci una rinnovata stagione della "Interessenjurisprudenz", nell'ambito della legalità costituzionale.

Giacomo D'ATTORRE

Via Pietro Ottoboni, 11 - 00159 Roma info@abilgraph.com - www.abilgraph.com

NEL LABIRINTO DEL DIRITTORIVISTA 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.