

temi ROMANA

RASSEGNA
DI DOTTRINA
E GIURISPRUDENZA

a cura del
Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Roma

quadrimestrale
anno LIV n°1-2
gennaio/agosto 2006



DIRETTORE RESPONSABILE

Avv. Alessandro Cassiani

DIRETTORI SCIENTIFICI

Avv. Giovanni Cipollone

Avv. Giulio Prosperetti

REDATTORE CAPO

Avv. Felice Testa

COMITATO DI DIREZIONE

Avv. Goffredo Barbantini

Avv. Federico Bucci

Avv. Donatella Cerè

Avv. Domenico Condello

Avv. Antonio Conte

Avv. Sandro Fasciotti

Avv. Francesco Gianzi

Avv. Rosa Ierardi

Avv. Paolo Nesta

Avv. Livia Rossi

Avv. Francesco Storace

Avv. Carlo Testa

Temi romana è anche *on line* all'indirizzo
<http://www.ordineavvocati.roma.it>
email:redazione-tr@tiscali.it

La Direzione e la redazione
sono presso il Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Roma

Segreteria di redazione:
Isabel Polizzi

Iscrizione Registro nazionale stampa
(Art. 11, legge 5 agosto 1981, n. 416)
n. 00023 vol.foglio 177 del 2 luglio 1982

Avv. Alessandro Cassiani responsabile
Stampa: Ulisse Editore srl

Grafica: Stefano Navarrini

quadrimestrale
anno LIV n°1-2
gennaio/agosto 2006

COMITATO SCIENTIFICO

Prof. Avv. Pietro Adonnino,
Prof. Avv. Lucio Valerio Moscarini,
Prof. Avv. Pietro Nocita,
Prof. Avv. Leonardo Perrone,
Prof. Avv. Piero Sandulli,
Prof. Avv. Franco Gaetano Scoca,
Prof. Avv. Augusto Sinagra.

COORDINATORI DI SETTORE

Diritto costituzionale:
Prof. Avv. Giuseppe Marazzita
Diritto civile e processuale civile:
Avv. Carlo Martuccelli
Diritto penale e processuale penale:
Prof. Avv. Pietro Nocita
Diritto amministrativo:
Avv. Piero D'Amelio
Diritto commerciale e societario:
Avv. Giorgio Della Valle
Diritto fallimentare:
Avv. Mario Guido
Diritto del lavoro:
Avv. Luciano Tamburro
Diritto tributario:
Prof. Avv. Pietro Adonnino
Prof. Avv. Leonardo Perrone
Diritto internazionale:
Prof. Avv. Augusto Sinagra
Diritto comunitario:
Prof. Avv. Riccardo Cappello

NELL'ANNO 2005 SONO STATI PUBBLICATI CONTRIBUTI DI

Andrea Accardo, Alberto Angeloni, Aldo Areddu, Domenico Battista,
Filippo Maria Berardi, Enrico Berti, Diego Bianchi Fasani, Daniela Bianchini,
Guido Calvi, Riccardo Cappello, Ferdinando Carbone, Fioravante Carletti,
Alessandro Cassiani, Alessandra Cattel, Riccardo Chilosi, Vania Cirese, Giovanni
Cipollone, Alice Cogliati Dezza, Michela Concetti, Antonio Conte,
Antonella De Benedictis, Carmelita De Finis, Maria Antonietta De Lucia,
Ferdinando Emanuele, Luigi Favino, Fabio Maria Galiani, Fabrizio Galluzzo,
Aurelio Gentili, Fiorenzo Grollino, Davide Iori, Pasquale Landolfi,
Domenico Lombardo, Flavia Lozzi, Andrea Luberti, Giuseppe Marazzita,
Cesare Martellino, Andrea Melucco, Pasquale Merlino, Ilaria Napolitano,
Andrea Ordine, Barbara Pannuti, Giada Papa, Pietro Pulcini, Antonella Roberti,
Gemma Rodorigo, Filippo Maria Salvo, Piero Sandulli, Marco Valerio Santonocito,
Andrea Scandurra, Nicoletta Scattone, Mario Scialla, Luigi Scotti, Alessia Serino,
Delio Spagnolo, Sonia Tiberi, Letizia Vacca, Sabatino Vaccarelli,
Giorgio Vecchione, Filippo Verde, Nicola Zito.

CONS. AVV. G. CIPOLLONE	INTERVENTO ALLA PRIMA RIUNIONE DELL'ANNO 2006 DEL NUOVO COMITATO DI REDAZIONE DI TEMI ROMANA – ROMA, 17 MARZO 2006	1
	DOTTRINA	3
Prof. Avv. L. V. Moscarini	PROVVEDIMENTO E CONTRATTO NELLA NUOVA DISCIPLINA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA	5
Prof. Avv. A. Caiafa	IL NUOVO RICORSO PER CASSAZIONE ED I PROCEDIMENTI IN MATERIA FALLIMENTARE	21
Avv. F. Carbone	GLI AVVOCATI E LA CONCILIAZIONE	38
Avv. P. Carnevale	ESIGENZA DELLA LEGGE QUADRO EUROPEA PER L'ENERGIA. FINI ED OBIETTIVI DI ESSA MIRATI ANCHE AL NUOVO INCISIVO RUOLO INTERNAZIONALE DELL'EUROPA "ALLARGATA"	42
Avv. S. Galeani	LA NUOVA NORMATIVA PROCESSUALE PER I PROCEDIMENTI DI RISARCIMENTO DEI DANNI DA INCIDENTI STRADALI CON CONSEGUENZE LETALI E LESIONI PERSONALI	49
Avv. D. Marra	LA DISCIPLINA DEL TRUST ALLA LUCE DELLA RECENTE INTRODUZIONE NEL NOSTRO CODICE CIVILE DELL'ART. 2645 TER	51
Avv. M. V. Perazzoli	LINEAMENTI GENERALI DELLA RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE	56
Dott. B. Saraceni	CONTROLLO GIUDIZIARIO: LA PRONUNCIA DELLA CONSULTA RENDE INAPPLICABILE L'ART. 2409 COD. CIV. ALLE S.R.L.	64
Dott. F. Zignani	NULLITÀ RELATIVA E DIVIETO DI ABBINAMENTO	69
	GIURISPRUDENZA CIVILE	79
CASSAZIONE SEZ. UNITE	Sentenza 18 maggio 2006 n. 11624 – Preliminare vendita cosa altrui – trascrizione – risoluzione per inadempimento – con nota dell'Avv. F. Savarese	81
CORTE DI APPELLO DI ROMA	Sentenza n. 836/2006 con nota dell'Avv. M. Todde – "Brevi considerazioni sull'art. 4 del D.M. 2.5.96 n. 282"	93
CORTE DI APPELLO DI ROMA	Sentenza 21 febbraio 2006 – Esecutorietà – Revocatoria – con nota dell'Avv. A. Lendvai	97
CORTE DI APPELLO DI ROMA	Sentenza 23 maggio 2005 – Trib. Roma sent. 23 marzo 2006 con nota dell'Avv. D. Di Gravio – "Il fallimento italiano delle società trasferite all'estero"	102

TRIBUNALE DI ROMA	Sentenza 16 gennaio 2006 con nota dell'Avv. M. Amiconi – "Rapporti tra procedure esecutive per credito fondiario e fallimento"	112
TRIBUNALE DI ROMA	Sentenza 25 febbraio 2004; Tribunale di Bologna, sentenza 17 ottobre 2005, con nota del Prof. Avv. P. Passalacqua "L'interesse ad agire del dipendente nell'azione di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda"	122
TRIBUNALE DI ROMA	Ordinanza 27 marzo 2006 – Trib. Roma ord. 18 ottobre 2006 con nota dell'Avv. F. R. Alessandrini – "Diritto del socio di s.r.l. ad avere informazioni ex art. 2476, co. 2, Cod. Civ."	132
TRIBUNALE DI ROMA	Sentenza 7 aprile 2006 con nota degli Avv.ti I. Moroni e G. Vaccaro – "Sulla necessità e sulla legittimità della "presa d'atto" degli accordi consensuali anche per i figli minori di genitori non coniugati"	137
GIURISPRUDENZA PENALE		147
TRIBUNALE DI ROMA	Sentenza 28 luglio 2006 – stupefacenti; quantità per uso personale; esimente; inapplicabilità	149
GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E TRIBUTARIA		153
TAR LAZIO	Ord. 6 luglio 2005 n. 3724; Ord. 6 luglio 2005 n. 1345	155
CORTE COSTITUZIONALE	Ord. 11 maggio 2006 n. 194 Con nota dell'Avv. I. Napolitano – "Audaci frontiere della tutela cautelare"	155
ATTUALITÀ, CONVEGNI E RECENSIONI		173
Avv. A. Luberti	RESOCONTO DELLA CONFERENZA DEI GIOVANI AVVOCATI EUROPEI	175
Avv. C. Selvaggi	TARIFE PROFESSIONALI PER GLI AVVOCATI	177
DECISIONI DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE		179
C.N.F.	DECISIONE 13 SETTEMBRE 2006 N. 60 – ABILITAZIONE AL PATROCINIO DEI PRATICANTI AVVOCATI; CANCELLAZIONE DALL'ALBO PER FINE PRATICA; DIRITTO AL MANTENIMENTO DELL'ISCRIZIONE; SUSSISTENZA	181
DIRITTO COMUNITARIO		185
Avv. L. Favino	LA DIRETTIVA EUROPEA SULLA ROTTAMAZIONE DEI VEICOLI FUORI USO	187
Avv. F. Lozzi	LA "INDENNITÀ EUROPEA" DEGLI AGENTI (ART. 1751 COD. CIV.)	189

Avv.
Giovanni CIPOLLONE

La prima riunione del comitato di redazione di Temi Romana

(ROMA 17 MARZO 2006)

Un grazie di cuore a tutti gli intervenuti.

Temi Romana riprende il cammino intrapreso due anni fa, nel solco di una tradizione più antica che ha sempre visto la fattiva collaborazione di avvocati illustri e di giovani e valorosi colleghi.

L'obiettivo di tutti è quello di offrire all'avvocatura i risultati di assidui studi e approfondite ricerche. Temi Romana è infatti un indispensabile veicolo di idee ed esperienze al servizio di tutti.

Al mio fianco trovate ora il Prof. Giulio Prosperetti che, per nostra fortuna è venuto a far parte del Consiglio dell'Ordine.

Il suo sarà contributo molto prezioso.

Redattore della rivista sarà un giovane collega l'Avv. Felice Testa che sono certo non farà rimpiangere per il suo entusiasmo e le sue capacità l'eccellente lavoro svolto nella passata edizione da Andrea Melucco al quale rivolgo un sincero ringraziamento.

A questo punto, voglio ricordare con rimpianto le nobili figure di Luciano Revel e Marino Petrone, tra i nostri più validi e apprezzati collaboratori che non sono più tra noi.

A loro va il nostro pensiero affettuoso e riverente.

Ma ora andiamo avanti con impegno e coraggio.

Uniamo le nostre forze, la strada è lunga e faticosa ma ci sorregge il fermo assillo di ben operare.

DOTTRINA

Prof.
Lucio V. MOSCARINI

Prof. emerito di diritto civile
della L.U.I.S.S. Guido Carli

provvedimento e contratto nella nuova disciplina dell'azione amministrativa

sommario

1. Autonomia pubblica e privata. 2. Contratti di diritto pubblico o "ad evidenza pubblica". 3. Le due tematiche tradizionali di confronto tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica: a) rapporti tra procedimento e contratto; b) risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi. 4. La nuova disciplina dell'azione amministrativa (Leggi n. 15 e n. 80 del 2005). 5. Segue: il comma 1/bis dell'art. 1 della L. 241 modificata. 6. Nuove prospettive in tema di rapporti tra procedimento e contratto. 7. Distinzione tra nullità e annullabilità del provvedimento: i casi, tassativamente previsti dalla legge, di nullità. 8. I casi di annullabilità. 9. Nullità del provvedimento per contrasto con un giudicato. 10. L'annullabilità del provvedimento amministrativo e la nuova figura dell'annullabilità suscettibile di convalida ope iudicis. 11. Riflessi dell'annullamento (del provvedimento) sul contratto. 12. Perdurante attualità del problema della cd. "pregiudiziale amministrativa". 13. Pregiudiciale amministrativa e tutela risarcitoria.

Un recente Convegno promosso dalle due Facoltà, di Giurisprudenza e di Economia, della L.U.M. (Libera Università del Mediterraneo), giovane ma assai dinamica realtà universitaria sorta nell'*hinterland* di Bari, in Comune di Casamassima, all'interno di un *campus* ricco di verde, con un campo da golf e altre di attrezzature sportive, includente anche un grandioso centro commerciale (noto come "Bari-centro"), ha offerto allo scrivente che vi era stato invitato come relatore, lo spunto per una riflessione che, illustrata nella relazione, merita di essere ulteriormente approfondita.

Tema generale del convegno, inserito in una serie di sei giornate di studio enunciate come "Festa dell'Europa", era "Autonomia pubblica e privata", comprensivo quindi anche, ma non soltanto, della materia dei contratti della pubblica amministrazione.

L'uso della nozione di autonomia accompagnato dall'aggettivazione "privata" è assai diffuso, e costituisce una delle nozioni cardine del diritto privato. Laddove la stessa nozione di "autonomia" assume, nel diritto pubblico, una sfumatura semantica diversa, in quanto sta ad indicare l'esercizio, appunto autonomo, di poteri normativi e, più in generale, autoritativi, da parte dei soggetti pubblici, Stato, Regioni, Province, Comuni ed enti istituzionali distinti da quelli territoriali.

In questo senso il binomio che collega in un'unica figura le due aggettivazioni stava ad indicare esso stesso una prospettiva di studio diversa e distinta da quella più abituale. Esso però, come ebbe a ricordare il Pres. Barbagallo, chiamato a introdurre ed a presiedere l'incontro di studio, non era nuova, e trovava il suo autorevole e non recente riscontro nell'intitolazione di un saggio dello Zanobini risalente al 1950¹ nel quale si sottolineava la differenza di significazioni che il concetto di autonomia assume allorché esso viene riferito all'esercizio di poteri autoritativi e normativi, propri dei soggetti pubblici, ovvero all'esercizio del potere dei soggetti privati di autovincolarsi con l'attività negoziale a regole da loro stessi liberamente scelte.

2. Contratti di diritto pubblico o "ad evidenza pubblica"

Nel tema generale pur così pluriarticolato era certamente ricompresa la materia dei contratti della pubblica amministrazione, che è stata ed è tutt'ora oggetto di riflessioni da parte di un civilista, quale lo scrivente, sempre interessato, come operatore pratico, anche di problemi di diritto amministrativo. Ciò non solo per occasionali scelte attinenti all'esercizio della professione forense, ma anche nel convincimento, ormai da molti dichiarato ma in realtà poco applicato, che il civilista, per svolgere il suo compito, non possa fare a meno di studiare anche i profili di interesse pubblico dei problemi volta a volta affrontati.

Ciò in conformità all'insegnamento di Francesco Santoro Passatelli, maestro comune dello scrivente e dell'altro civilista (prof. Mario Nuzzo) invitato anche Lui come relatore nello stesso incontro di studi, secondo il quale il civilista ha il dovere di allargare nella maggior misura possibile i confini della propria attività di ricerca; e ribadito dall'altro illustre civilista Rosario Nicolò, del quale entrambi gli stessi due relatori erano stati assistenti dopo il collocamento fuori ruolo del Maestro, il quale ammoniva che il civilista ha il dovere di affrontare le frontiere del nuovo diritto, sia nazionale sia sovranazionale, piuttosto che continuare a studiare vecchi temi quale la servitù di far tegole con l'argilla attinta al fondo del vicino.

La ormai pluridecennale esperienza di pascolo abusivo nei terreni propri degli amministrativisti, aveva dato titolo allo scrivente per ricevere dall'Associazione degli Studiosi di Diritto Civile presieduta da Pietro Perlingieri, l'ambito privilegio di essere invitato a svolgere, nel primo convegno nazionale della S.I.S.Di.C. svoltosi a Capri circa un anno prima, il lusinghiero compito di coordinatore della sessione dedicata appunto ai rapporti tra diritto privato e pubblica amministrazione.

Tale sessione si era svolta egregiamente, con grande afflusso di partecipanti, non tanto per merito di chi la coordinava quanto per l'intrinseco interesse che l'argomento suscitava e per l'apporto di alcuni giovani civilisti autori di interessanti

¹ G. Zanobini, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, *Diritto pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950, p. 185 ss.

relazioni, pur in mancanza della voce di un amministrativista. Laddove chi scrive ha sempre creduto, e ripetutamente affermato, che su alcune tematiche di confine sia essenziale il criterio della interdisciplinarietà, e quindi della necessaria partecipazione di studiosi di entrambi i rami dell'ordinamento.

3. Le due tematiche tradizionali di confronto tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica: a) rapporti tra procedimento e contratto; b) risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi.

Per introdurre il dibattito nella ricordata sessione del Convegno di Capri lo scrivente aveva preparato un breve discorso basato sulle due tematiche delle quali aveva avuto più volte occasione di trattare: - la prima è quella dei nessi tra procedimento amministrativo e attività negoziale che, per semplificare, attiene allo studio dei fatti giuridici: appunto il provvedimento autoritativo, da un lato, e il contratto, strumento principe dell'autonomia privata; sulla quale tematica, tra le altre occasioni, lo scrivente era stato invitato dal prof. Villata a svolgere il compito di relatore in un convegno di amministrativisti promosso dalla Facoltà giuridica dell'Università statale di Milano due anni addietro per celebrare il ventennale della fondazione della Rivista di diritto processuale amministrativo²; - la seconda tematica di confine è quella della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi che, sempre per schematizzare il discorso, attiene allo studio del rapporto giuridico e si inserisce nella teoria generale delle obbligazioni.

Anche di questa seconda tematica chi scrive aveva avuto più volte occasione di occuparsi: tra le altre, poco dopo il convegno di Milano, in una relazione tenuta a Roma in un incontro di studio promosso dall'I.G.I. (Istituto Grandi Imprese) su le responsabilità dell'amministrazione e dell'aggiudicatario conseguenti ad aggiudicazione poi dichiarata illegittima³.

A tale tema, come si tornerà a dire tra poco, si ricollega strettamente quello della cd. "pregiudiziale amministrativa", sul quale lo scrivente ha espresso opinioni non approvate dagli amministrativisti delle generazioni più giovani, e dalla maggioranza dei civilisti, benché condivise dalla maggior parte degli amministrativisti meno giovani; e sullo stesso tema era più di recente tornato commentando le ben note sentenze della Corte Costituzionale n.ri 204 e 281, rispettivamente del 5 e del 28 luglio 2004⁴.

Tanto avrebbe dovuto indurre lo scrivente a sentirsi addottorato in misura sufficiente per accettare senza esitazioni il graditissimo invito dei Colleghi civili-

2 Pubbl. come saggio, L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2004, n. 8, p. 597 ss.

3 Pubbl. Come saggio: L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e responsabilità della P.A. e dell'aggiudicatario*, in *Cons. Stato*, 2004, p. 927 ss.

4 V. L.: MOSCARINI, *"Riassetto" costituzionale del riparto di giurisdizione per materie e pregiudiziale amministrativa*, in *Giur. Cost.*, 2205, p. 3321 ss., e i precedenti saggi ivi richiamati.

sti della facoltà di giurisprudenza della LUM, proff. Pagliantini e Dinacci, a partecipare all'incontro di studi che essi, d'intesa con l'altro civilista preside della facoltà economica dello stesso Ateneo prof. Bocchini e con gli Amministrativisti della loro facoltà, stavano organizzando sul tema generale dell'autonomia privata e della pubblica amministrazione.

4. La nuova disciplina dell'azione amministrativa (Leggi n. 15 e n. 80 del 2005).

Senonchè pochissimo tempo prima del convegno di Capri era stata promulgata la legge n. 15 del 2005, modificativa della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, seguita poco dopo dall'ulteriore modifica introdotta con la L. 80 sempre del 2005. Con tali novelle erano state sancite alcune innovazioni che, agli occhi di un civilista informato di affari amministrativi solo come operatore pratico, suonavano ampiamente modificative di nozioni cardine del diritto amministrativo⁵, e quindi inevitabilmente anche delle tematiche di confine.

Su tali innovazioni il Convegno di Capri non aveva potuto soffermarsi perché troppo recenti. Oggi invece, dopo oltre un anno, da esse non poteva prescindere, ed esse richiedono una riflessione approfondita, che rendeva superata la preparazione in precedenza acquisita sull'argomento.

Per questo motivo, al cordiale e, si ripete, graditissimo invito di Pagliantini e Dinacci, aveva risposto, poco più di un mese prima, che in così breve lasso di tempo lo scrivente si sentiva in grado soltanto di preparare una relazioncina di apertura, finalizzata alla indicazione dei numerosi problemi posti dalle molteplici innovazioni introdotte dalle due recenti leggi, e non anche a svilupparne una soluzione sufficientemente meditata ed approfondita, per la quale avrebbe avuto bisogno di studiare molto più a lungo. Accettò quindi l'invito a partecipare all'incontro di studi precisando che i numerosi interrogativi che egli si sentiva di poter proporre avrebbero poi dovuto trovare adeguate risposte negli interventi degli altri relatori.

Per dare risposte su tali interrogativi la LUM ha in verità invitato un gruppo paritetico di studiosi: da un lato, due civilisti, i proff. M. Muzzo e N. Corbo, e dall'altro l'amministrativista prof. Marino, e l'autorevole Magistrato amministrativo pres. Barbagallo che alla sua esperienza professionale e scientifica di amministrativista assomma una cultura civilistica già tante volte apprezzata anche in occasioni accademiche, con ciò realizzandosi l'auspicio, tante volte espresso ma quasi mai esaudito, della necessaria interdisciplinarietà della ricerca su tematiche di confine tra le due culture.

5 La portata innovativa delle modifiche introdotte nella l. 241 è riconosciuta da tutti i commentatori: v. per tutti la *Presentazione* di V. Cerulli Irelli, nel commentario *La pub-*

blica amministrazione e la sua azione, a cura di N. Paolantonio, A. Police e Alberto Zito, Torino, 2005, spec. p. 2 ss..

5. Segue: il comma 1/bis dell'art. 1 della L. 241 modificata.

Sulla prima delle modifiche della legge 241 introdotta nel testo dell'art. 1 dal nuovo comma 1/bis, chi scrive aveva provato, a Capri, ad avviare, fuori dell'aula, una discussione con i giovani e valorosi Colleghi civilisti assegnati come relatori alla sessione da lui coordinata, trovandoli consenzienti sulla sua prima impressione, secondo la quale la nuova norma poco o nulla aggiungeva al diritto in precedenza vigente.

Un'altra autorevole congressista, civilista ma nutrita di una qualificata esperienza di pubblico amministratore, aveva invece riferito che in un contenzioso in cui l'amministrazione da lei retta era rimasta soccombente, il suo autorevole difensore le aveva detto che, se fosse stata già in vigore la nuova norma, l'esito della causa sarebbe stato diverso.

Il caso si presta a fungere come valido esempio per la verifica della portata innovativa o meno del comma 1/bis.

Secondo tale norma, *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”*.

Ad avviso di chi scrive, nonostante l'apparente riconoscimento del rango di *jus commune* al diritto privato, tale norma, alla stregua delle due limitazioni da essa medesima sancite (operatività solo per gli atti di natura non autoritativa, e salvezza di diverse previsioni di legge), nulla aggiunge alla preesistente disciplina dei contratti di diritto pubblico.

Nella fattispecie indicata dalla Collega civilista, secondo la quale l'autorevole difensore avrebbe espresso il rammarico di non aver potuto, per pochi giorni, invocare la nuova norma, si trattava di una vendita del pacchetto azionario di una società da parte di un ente pubblico: alla quale vendita, restando la circolazione delle azioni materia istituzionalmente propria del diritto privato, non avrebbero dovuto trovare applicazione le regole dell'evidenza pubblica.

Tale opinione suscitava invero forte perplessità.

Non è immaginabile che con la nuova norma il legislatore nazionale abbia voluto sottrarre, tra l'altro, alle regole comunitarie, oltre che al principio costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa, l'intera materia dei contratti *“ad evidenza pubblica”*.

Tale perplessità aveva indotto lo scrivente per prudenza a non accennare all'allora nuova questione nel dibattito pubblico di Capri.

Di recente peraltro lo stesso convincimento è stato condiviso nell'approfondito saggio di N. Paolantonio inserito nel commentario collettivo della Novella curato dallo stesso Paolantonio insieme con A. Police e con A. Zito e dedicato *ad honorem* al loro comune Maestro Franco G. Scoca; commentario oggetto poche settimane addietro di una cerimonia di presentazione nella sede dell'Avvocatura Generale.

Sul tema era dunque da auspicare nuova e più approfondita disamina da parte

degli altri relatori. Esso infatti, come *quaestio finium regundorum*, costituisce un esempio quasi emblematico di questione interdisciplinare.

Ad esso debbono però aggiungersi le due tematiche di confine, che nell'incontro di Capri si erano indicate come punti nodali, e che in verità hanno trovato anch'esse, specie la prima, notevoli spunti di rimediazione nei provvedimenti legislativi di riforma della 241.

6. Nuove prospettive in tema di rapporti tra procedimento e contratto.

La prima tematica, dei rapporti tra contratto e procedimento, ha formato nei decenni oggetto di un vasto ed intenso travaglio sia da parte della dottrina, sia nella giurisprudenza pratica, che non ha mancato, spesso, di svolgere un'utile schematizzazione delle varie posizioni assunte dalla dottrina.

In verità, prima della nuova legge sul procedimento, presupposti del problema erano due:

per il contratto il diritto positivo delineava le due distinte categorie della nullità e dell'annullabilità, alle quali la dottrina aveva aggiunto quella della inefficacia, attribuendo a tale nozione almeno due diverse significazioni;

per il provvedimento con cui si conclude il procedimento concorsuale di ricerca del contraente privato il diritto amministrativo tradizionale tratteggiava solo la categoria generica della illegittimità, ricollegata alle tre figure dell'incompetenza, della violazione di legge e dell'eccesso di potere.

Da questi due presupposti nasceva la questione, variamente dibattuta e risolta, se l'accertamento della illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo e il suo conseguente annullamento, desse luogo ad una caducazione automatica del contratto stipulato in esecuzione del provvedimento autoritativo con cui il procedimento si era concluso, ovvero se fosse profilabile rispetto ad esso un caso di mera annullabilità, su iniziativa della parte contraente pubblica, ovvero ancora di inefficacia per il sopravvenuto venire meno di un suo presupposto.

A questo proposito, interloquendo, nell'incontro milanese, e poi a Capri, tra le svariate opinioni, chi scrive aveva sottolineato l'utilità di un confronto tra dottrina amministrativistica e dottrina civilistica.

In un sistema in cui il diritto pubblico, limitandosi a disciplinare l'azione di annullamento del provvedimento autoritativo, non offriva spunti certi per definire la situazione, certamente patologica, del contratto, si era risolvere il problema, ben avrebbero potuto e potrebbero avvalersi delle elaborazioni concettuali sviluppate dalla

In effetti, la soluzione tradizionale, che inquadrava nella categoria della mera annullabilità (per incapacità di agire, o per difetto di un presupposto legale) la sorte del contratto stipulato in esito ad un provvedimento illegittimo, come tale annullato (dal g.a.), configgeva con un istintivo senso di giustizia nei casi in cui l'annullamento del provvedimento autoritativo fosse stato pronunciato per violazione di una

norma di legge attinente alla sostanza degli effetti. Con la conseguenza che anche il contratto dava luogo ad un assetto di interessi contrario a norma imperativa.

A questo riguardo, ripudiato l'uso della nozione di mera inefficacia per difetto di una *condicio iuris*, che appariva, e resta, nozione di valore meramente descrittivo, si era proposta l'utilizzazione della figura della nullità relativa: l'invalidità del contratto stipulato in esecuzione di un'aggiudicazione annullata per illegittimità, era cioè da riguardare come vera e propria nullità (non sanabile, e suscettibile di essere fatta valere *sine die*), sancita però nell'interesse **solo** di determinati soggetti, la p.a. innanzitutto, e il controinteressato, che con la sua azione aveva provocato l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione⁶.

7. Distinzione tra nullità e annullabilità del provvedimento: i casi, tassativamente previsti dalla legge, di nullità.

Ora, la nuova disciplina del procedimento, oltre ad altre rilevanti novità, ha innanzitutto introdotto a livello di norma di legge il *distinguo* tra nullità, sancita e regolata dall'art. 21 *septies*, e annullabilità, regolata dal 21 *octies*, commi primo e secondo⁷.

La categoria della nullità viene ancorata ad un principio di tassatività: il provvedimento è nullo o per mancanza di un "*elemento essenziale*", o per "*difetto assoluto di attribuzione*", ovvero perché *adottato in violazione o elusione di un giudicato*.

Le prime due ipotesi potrebbero corrispondere, secondo gli schemi civilistici, alla categoria generale dell'inesistenza giuridica⁸, ovverosia della non configurabilità, nel caso concreto, della fattispecie legale⁹.

Su di esse deve comunque attendersi l'analisi della dottrina amministrativistica, peraltro avviato nei già citati contributi del vol. collettaneo a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito¹⁰, oltre che, per la necessaria interdisciplinarietà della ricerca su temi di questo tipo, anche della dottrina civilistica¹¹

6 Alla già vasta gamma di orientamenti dottrinali circa la sorte del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione si è da ultimo aggiunta l'autorevole voce di F.G.Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Giust. Amm.* n. 1 del 2007, che ritiene applicabile a salvezza del contratto il principio sancito, per le società, dagli artt. 2377 e 2378 cod. civ., ove l'amministrazione aggiudicatrice sia una società di capitali, ovvero dagli art. 23 e 25 stesso codice, stabiliti per i contratti stipulati, in genere, dalle persone giuridiche e quindi applicabili anche agli enti pubblici, secondo il quale l'invalidità del contratto non è comunque opponibile ai terzi di buona fede.

7 Anche per questo aspetto la portata innovativa della recente modifica della L. 241 è sottolineata da V. Cerulli Irelli, nella *Presentazione*, cit., p. 25 ss., nonché, nello stesso Commentario collettivo della Novella, cit., dai contributi di M. R. Spasiano, (di commento dell'art. 21 *septies*), p. 551 ss., di M. D'Orsogna (commento dell'art. 21 *octies* comma primo), p. 581 ss., e di F. Fracchia-M. Occhiena (commento dell'art. 21 *octies* comma secondo), p. 609 ss.

8 Sull'utilizzazione della categoria dogmatica dell'inesistenza giuridica elaborata dalla dottrina civilistica anche a proposito del provvedimento amministrativo v. per tutti, il noto saggio di A. Sandulli, *I limiti dell'esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 127 ss.

9 Sull'argomento v. M.R.Spasiano, nel commento dell'art. 21 *septies*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., p. 551 ss..

10 V. supra, *op. citt.* alla precedente nota 7.

11 Non mancano invero, tra le più recenti monografie civilistiche, approfondimenti sul tema della invalidità o inefficacia del contratto ad evidenza pubblica stipulato in esecuzione di un provvedimento di aggiudicazione annullato (cfr. A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 203 ss., e, sul problema analogo delle conseguenze sull'efficacia o invalidità del contratto, della violazione di norme penali, M. Rabitti, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, spec. pp. 101 ss., 199 ss., 243 ss.

La terza ipotesi, della violazione o elusione di un giudicato, richiede una pausa di riflessione che investe direttamente il tema delle connessioni tra sorte del provvedimento e sorte del contratto.

Dalla regola sulla nullità del provvedimento emerge comunque un principio di tassatività: solo nelle tre ipotesi ora ricordate, oltre che “*negli altri casi espressamente previsti dalla legge*”, la situazione patologica del provvedimento è qualificabile come nullità.

8. I casi di annullabilità.

Tale principio è confermato dall’art. 21 *octies* che, nel suo primo comma, inquadra espressamente nella categoria della annullabilità tutt’e tre le figure tradizionali di illegittimità del provvedimento: violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza.

La netta distinzione, a proposito del provvedimento autoritativo conclusivo del procedimento di ricerca del contraente, tra nullità e annullabilità, rappresenta indubbiamente una novità rispetto alle categorie tradizionali del diritto amministrativo¹². Non solo, ma vincolando l’enunciazione dei casi di nullità ad un principio di tassatività, conduce l’interprete a qualificare la sorte, sempre del provvedimento, in tutti i casi tradizionalmente ricondotti alla più generica categoria dell’annullabilità, come casi di provvedimento semplicemente annullabile, e non nullo: vale a dire provvedimento che nasce efficace, e continua ad esplicare i suoi effetti, fin tanto che non intervenga una sentenza di annullamento.

Tale configurazione coincide del resto con la ricostruzione dogmatica tradizionale, che cofigurava l’azione impugnatoria del provvedimento illegittimo come azione di annullamento, e correlativamente qualificava come “giurisdizione di annullamento” quella del giudice amministrativo, altrimenti definita “di legittimità”.

Tale precisa presa di posizione del legislatore su di un profilo dogmatico sin’ora lasciato alla discrezionalità e – si direbbe – alla fantasia dell’interprete, non può non riflettere i suoi effetti sulla sorte del contratto stipulato in esecuzione di un provvedimento autoritativo dichiarato nullo ovvero colpito da una pronuncia di annullamento.

Mentre prima di tale presa di posizione del legislatore si discuteva se fosse corretto in entrambi i casi, parlare di annullabilità o di inefficacia, o, genericamente, di caducazione automatica (e nella giurisprudenza pratica si ritrovano tutte tali raffigurazioni concettuali), ora si sarebbe indotti ad affermare che, se il provvedimento è nullo, almeno nelle prime due sub figure di nullità tracciate dall’art. 21 *septies*, anche il contratto stipulato dalla p.a. come atto consequenziale, debba essere considerato nullo.

¹² Così la già citata *Presentazione* di V. Cirulli Irelli, p. 255 ss.; sull’argomento v. anche l’analisi svolta nel commento

dell’art. 21 *octies*, comma 1, nella stesso volume coll., *cit.*, da M- D’Orsogna, p. 381 ss.

Quando invece il provvedimento è semplicemente annullabile – come, secondo la nuova disciplina, in tutti gli altri casi di provvedimento illegittimo – allora, se l’azione di annullamento viene proposta da un soggetto ad essa legittimato, e viene accolta, l’annullamento dovrebbe travolgere anche il contratto, semprechè vi sia la volontà del soggetto, titolare dell’interesse, pubblico o privato, al suo travolgimento. Laddove, se tale volontà non vi sia, il contratto dovrebbe restare valido ed efficace.

La caducazione automatica si produrrebbe dunque solo per i tre casi, tassativamente previsti dall’art. 21 *septies* (oltre che per gli altri casi “previsti dalla legge”). Ciò vale certamente per le prime due ipotesi dell’art. 21 *septies*, e cioè per l’ipotesi della mancanza di un elemento essenziale e del difetto assoluto di attribuzione, che ad avviso di chi scrive, e fatta salva una più esatta definizione da parte della dottrina amministrativistica, può tradursi nella non ravvisabilità, nella fattispecie concreta, della fattispecie legale. Come categoria paragonabile dunque a quella dell’inesistenza giuridica ravvisata dalla dottrina civilistica, ad esempio, nel caso di testamento “nuncupativo”.

In tutti tali casi la sorte del contratto deve ritenersi segnata dalla sentenza che dichiara nullo il provvedimento.

9. Nullità del provvedimento per contrasto con un giudicato.

Qualche riflessione richiede invece l’ipotesi della nullità del provvedimento per contrasto con un giudicato.

Una riflessione al riguardo è stata suggerita ad un operatore pratico della giustizia amministrativa da un caso concreto.

Era stato impugnato, in una fattispecie ricompresa nella giurisdizione generale di annullamento del g.a., un procedimento concorsuale per la nomina ad un posto di magistrato e quindi la delibera del C.S.M. e il consequenziale D.P.R. che lo aveva concluso, richiedendosene la sospensiva. Il TAR, adito in prime cure, aveva negato l’inibitoria ma il Consiglio di Stato, investito di appello immediato contro l’ordinanza, l’aveva concessa, riformando l’ordinanza di rigetto del TAR.

Dopo poche settimane ancora il TAR, ribellandosi all’implicito suggerimento del Giudice d’Appello, aveva deciso il ricorso nel merito, rigettandolo. Dal che la necessità di un nuovo appello, con nuova domanda di sospensiva, questa volta non del solo provvedimento bensì anche della sentenza di rigetto; istanza inibitoria che il Consiglio di Stato aveva, anche questa volta, accolto.

In esito alle due ordinanze del Consiglio di Stato, che non rappresentavano ancora un “giudicato”, il CSM si era ravveduto e, modificando il proprio originario atto deliberativo, si era conformato al *dictum* del giudice amministrativo. Il giudizio di appello, rimasto pendente, era stato cancellato dal ruolo per una sopravvenuta carenza di interesse di entrambi i contendenti alla sua trattazione, ma non si era concluso. Anzi, il controinteressato, originario beneficiario della nomina da parte del C.S.M., per non abbandonare definitivamente la sua posizione difensiva,

aveva impugnato, senza domanda di sospensiva, la seconda nomina, con la quale il C.S.M. si era adeguato all'ordinanza del Giudice Amministrativo. Venuto, dopo qualche anno, in trattazione il suo ricorso, vi aveva espressamente rinunciato, con adesione del magistrato inizialmente postergato e poi nominato e dell'Avvocatura Erariale, ed il giudizio era stato dichiarato estinto.

A questo punto era rimasto ancora pendente il primo giudizio di appello, sul quale il Consiglio di Stato, che si era per ben due volte espresso in sede inibitoria in senso favorevole al ricorrente, non si era ancora mai pronunciato in sede di merito, e ci si chiedeva se lo si potesse lasciar estinguere per mero abbandono, o ci si dovesse preoccupare di tenerlo in piedi. Ma qualche autorevole amministrativista interpellato in proposito ammoniva a riflettere sulla nuova previsione normativa dell'art. 21 *septies*: lasciando estinguere l'appello, si sarebbe formato un giudicato sulla sentenza del TAR che aveva rigettato in sede di merito il primo ricorso, e la seconda nomina deliberata dall'organo di amministrazione attiva avrebbe potuto essere riguardata come provvedimento contrario ad un giudicato, e come tale colpito da nullità.

In verità, tale pericolo ad avviso dello scrivente non ricorreva, e non perché l'estinzione per abbandono del giudizio di appello non fosse idonea a determinare la formazione di un giudicato negativo contrastante con la seconda nomina, bensì per una considerazione di carattere generale afferente all'oggetto del giudizio amministrativo "di legittimità", che non investe il rapporto, e quindi non è mai idoneo alla formazione di un giudicato sul rapporto, bensì è sempre e soltanto giudizio sul provvedimento.

Di conseguenza, anche se il provvedimento emanato in conformità ad un'indicazione provvisoria del giudice amministrativo, e che per effetto dell'abbandono dell'appello contro la sentenza che aveva rigettato il ricorso proposto per il suo annullamento diviene a sua volta definitivo per inoppugnabilità, il giudizio di appello contro la sentenza di rigetto dovrebbe, ad avviso di chi scrive, essere dichiarato estinto per cessazione della materia del contendere, ovvero, come più propriamente suggerito dal pres. Barbagallo nel dibattito congressuale ricordato in principio, essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, anche se, dal punto di vista dell'interesse pubblico astratto, il contenuto del secondo provvedimento viene a trovarsi colpito da una sopravvenuta nullità per contrasto con un giudicato., per cui, intendendosi il concetto di nullità nel senso tradizionale della civilistica, la nullità dovrebbe poter essere dichiarata dal giudice amministrativo d'appello anche *ex officio*.

10. L'annullabilità del provvedimento amministrativo e la nuova figura dell'annullabilità suscettibile di convalida *ope iudicis*.

Esclusi i casi, regolati come si è visto da un criterio di tassatività, in cui il provvedimento può essere tacciato di nullità, tutte le altre ipotesi di provvedimento autoritativo illegittimo vengono dalla nuova disciplina ricondotte alla categoria dell'annullabilità.

Ciò indurrebbe di primo istinto a ritenere che quando l'atto autoritativo di aggiudicazione, qualificato annullabile, viene in concreto annullato, l'annullamento travolge anche il contratto ad esso consequenziale. Laddove se l'azione di annullamento dell'aggiudicazione viene per qualsiasi ragione respinta, il contratto resta pienamente valido ed efficace.

Risorgono però a questo punto i dubbi che la dottrina si poneva prima della novella, soprattutto nei casi in cui l'illegittimità del provvedimento fosse accertata per violazione di norme imperative attinenti alla sostanza degli effetti¹³: per esempio, nei casi di annullamento di un'aggiudicazione per violazione dei prezzi minimi imposti per legge o per atto di autorità, nei quali la lesione dell'interesse pubblico riguarda non tanto il provvedimento, quanto piuttosto il rapporto giuridico che si instaura in forza del contratto stipulato in esecuzione dello stesso provvedimento.

In proposito deve aggiungersi che la nuova sistemica delle invalidità del provvedimento, oltre a differenziare in modo netto nullità e annullabilità ed a ricondurre alla seconda categoria dogmatica tutte le ipotesi di provvedimento illegittimo per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza, ha introdotto anche, con il secondo comma dell'art. 21 *octies*, una ulteriore novità: ha distinto, dalle altre ipotesi, quelle di potenziale annullabilità conseguente a vizi meramente formali o nelle quali, “*per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.*”

Con tale norma si è delineata una fattispecie di annullabilità, per dir così, sanabile, o meglio, *rectius*, convalidabile, ad opera dello stesso giudice. In altre parole, una sorta di convalida *ope iudicis* consentita nei casi in cui lo stesso giudice amministrativo riconosca che l'azione dell'amministrazione attiva si sarebbe conclusa comunque con un provvedimento di quello stesso contenuto¹⁴.

A questa fattispecie lo stesso art. 21 *octies* fa seguire l'enunciazione di un'ipotesi particolare in cui il vizio sia consistito nell'inosservanza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento.

Tutte tali fattispecie legali riflettono le loro conseguenze, per dir così, all'interno della disciplina del procedimento, e quindi del provvedimento autoritativo. Non toccano invece la tematica delle connessioni tra provvedimento e contratto.

11. Riflessi dell'annullamento (del provvedimento) sul contratto.

Per tornare a quest'ultimo tema, che continua a porsi come la tematica interdisciplinare per eccellenza, la consacrazione formale della qualificazione del provvedimento come annullabile, e non anche nullo, indurrebbe a ritenere che il con-

¹³ Anche in proposito si rinvia all'analisi di M. D'Orsogna, *op. cit.*, p. 585ss.

spec. p. 619 ss., che negano una valenza solo processuale della “sanabilità” dei vizi meramente formali

¹⁴ Cfr. il già citato commento dell'art. 21 *octies*, comma 2, di F. Fracchia e M. Occhiena, nel vol. coll. *cit.*, p. 609 ss.,

tratto ad esso consequenziale possa cadere solo per effetto dell'annullamento del provvedimento presupposto, e quindi solo nei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo di annullamento.

Ciò ripropone in termini pressoché imm modificati il vecchio problema se debba configurarsi un caso di annullamento automatico anche del contratto, ovvero se il carattere relativo della categoria dell'annullabilità consenta di distinguere i casi in cui del contratto possa affermarsi la nullità (o se si vuole, la sopravvenuta inefficacia) per il venire meno di un suo presupposto, ovvero se la caducazione del contratto possa dipendere dall'iniziativa di uno o più soggetti.

In proposito anche dopo le pur concettualmente rilevanti innovazioni introdotte dalle recenti modifiche della L. 241, sembra a chi scrive che si possa mantenere fermo il convincimento maturato prima della novella: se la violazione di legge riguarda, al di là della distinzione tra annullabilità per vizi di sostanza o di mera forma segnata dal secondo comma dell'art. 21 *octies*, un momento attinente al contenuto del rapporto – per esempio, un'aggiudicazione ad un prezzo maggiore non soltanto di quello risultante dalla comparazione tra più offerte ma superiore anche ad un limite massimo di calmiera imposto per legge; ovvero un'aggiudicazione ad un prezzo inferiore ad una tariffa legale minima – allora il vizio del contratto deve continuare a riguardarsi come nullità: suscettibile però di essere fatta valere solo se e nei limiti in cui il vizio sia stato tempestivamente denunciato. Continua cioè ad essere utilizzabile, per la qualificazione del contratto, la categoria della nullità relativa.

12. Perdurante attualità del problema della cd. "pregiudiziale amministrativa".

A questo punto però riemerge il problema, su cui chi scrive si è sono tanto impegnato negli ultimi due o tre lustri, della cd. "pregiudiziale amministrativa"¹⁵.

Come si è già scritto in altre occasioni, l'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione esclusiva, comprensiva beninteso anche della tutela risarcitoria, ha costituito storicamente il modo con il quale il nostro legislatore nazionale ha inteso aggirare la difficoltà nascenti, sul piano comunitario, dalla incombente pre-

15 Si rinvia, a l.v. moscarini, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tutt'ora aperto*, in *I contratti*, 1999, p. 11 ss., ora in *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., I, p. 218 ss.; id., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. It.*, 2000, c. 12 ss., ora nella raccolta, cit., p. 219 ss.; id., *La tutela aquiliana degli interessi legittimi nel diritto privato europeo*, in *Temi romana*, 1997, p. 521 ss., ora nella raccolta cit., p. 147 ss.; id. *La tutela di diritto privato nel nuovo riparto di giurisdizione*, in Atti Convegno Cagliari 25-26 settembre 1998 a cura di N. Corbo, Milano 2000, p. 28 ss., ora nella raccolta cit., p. 161 ss.; id., *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 808 ss., ora nella raccolta cit., p. 171 ss.; id. *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'Ad.Plen. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, in *Riv. dir. Proc. Amm.* 2001, p. 1 ss., ora nella raccolta cit., p. 248

ss.; id., *La nullità speciale del contratto stipulato in esecuzione di un provvedimento di gara annullato per illegittimità*, in Atti Convegno Teramo 16-17 aprile 1999, ora nella raccolta cit., p. 887 ss.; id., *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, saggio destinato agli Studi in onore di Piero Schlesinger, e pubbl. in *Foro amm.* 2003, p. 2137 ss.; id., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Riv. dir. proc. amm.* 2004, p. 597 ss.; id., *Risarcibilità degli interessi legittimi e responsabilità della p.a. e dell'aggiudicatario*, in *Cons. Stato*, 2004, p. 927 ss.; id., *Impugnazione del licenziamento ad nutum e pregiudiziale amministrativa*, in *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, pubbl. in *Dir. Lav.* 2004, p. 1163 ss.; id. *"Riassetto" costituzionale del riparto di giurisdizione per materie e pregiudiziale amministrativa*, in *Giur. cost.* 2004, p. 3321 ss. e i precedenti numerosi saggi ivi richiamati (a pag. 3322 s., note 2-3).

senza, nel nostro ordinamento, della categoria degli interessi legittimi, pressoché sconosciuta, almeno nel significato e con la portata a noi noti, nella maggior parte degli altri ordinamenti europei.

Dopo la ben nota svolta giurisprudenziale segnata dalla sentenza n. 500, si è parlato, da più parti, della categoria logico-dogmatica “*dei defunti interessi legittimi*”.

Ma di tale conclusione chi scrive ha sempre dubitato, mettendo in dubbio la sua esattezza anche a proposito della tutela risarcitoria, e a maggior ragione di quella reintegratoria in forma specifica. Ciò fin dalla prima applicazione della sentenza 500, rispetto alla quale il problema si poneva solo per la tutela risarcitoria. Al riguardo lo scrivente si era trovato ad esprimere dissenso, all’immediato indomani della sentenza 500, rispetto al pensiero dell’illustre amministrativista prof Franco G. Scoca e, in quell’occasione, di una minoranza degli amministrativisti, convinti che, almeno ai fini risarcitori, la categoria degli interessi legittimi fosse ormai “defunta”. Convincimento che in realtà trova sempre maggiore diffusione anche tra i civilisti¹⁶, i quali muovono dalla premessa che non può l’ordinamento italiano discostarsi su di una questione di fondo e di principio, dagli altri ordinamenti nazionali e comunitario.

A questo proposito chi scrive ha più volte sostenuto essere compito degli amministrativisti spiegare ai civilisti quale portata abbia la permanenza della previsione esplicita di tale categoria concettuale nel testo della nostra Costituzione (in ben quattro articoli), invocando anche a questo proposito l’esigenza di una ricerca interdisciplinare, fino al punto di concepire il quasi temerario proposito di impegnarsi in una faticosa indagine su questo problema teorico-generale svolgendo, secondo l’esortazione dello stesso prof. Scoca, una, certamente non agevole per un civilista, ricerca storica.

Sul momento, dal recente ascolto della presentazione del sopra richiamato commentario collettivo curato dagli allievi dello stesso Scoca e a Lui dedicato *ad honorem* per il suo settantesimo compleanno, chi scrive ha tratto la confortante conclusione che, almeno nel pensiero della maggior parte degli amministrativisti, gli interessi legittimi esistono ancora, in conformità alla loro previsione nella Carta Costituzionale.

Su questa peraltro non ha inciso la Costituzione Europea, lasciando quindi integra l’autonomia delle Corti costituzionali nazionali sottolineata dal presidente emerito prof. Zagrebelsky con la prolusione ascoltata domenica 23 aprile in TV, nella cerimonia celebrativa del Cinquantennale della Consulta.

Se ciò è vero, allora per stabilire se l’annullamento di un’aggiudicazione illegittima possa comportare o meno il travolgimento automatico del contratto ad essa consequenziale, occorre verificare se la violazione di legge da cui il provvedimento è viziato si traduca nella lesione di un diritto soggettivo ovvero, come sembra più plausibile, di un interesse legittimo.

¹⁶ Tra cui, nello stesso incontro di studio richiamato in principio, il prof. M. Nuzzo.

Se la violazione colpisce, come in tutti i casi di vizi di un procedimento concorsuale, posizioni di interesse legittimo, allora l'accertamento dell'annullabilità del provvedimento, ed il suo conseguente annullamento, possono essere invocati, a parere di chi scrive, solo dall'amministrazione e dai privati controinteressati legittimati a proporre l'azione di annullamento, e quindi solo se tale azione viene proposta entro il ben noto termine decadenziale. Deve cioè ritenersi tutt'ora operante, anche nel quadro della giurisdizione attribuita al g.a. come giurisdizione esclusiva, la cd. "pregiudiziale amministrativa".

Di tale convincimento hanno reso conferma, come lo scrivente ha sottolineato, annotandole su *Giur. Cost.*¹⁷, le già richiamate sentenze 204 e 281 della Consulta, che hanno "riassetato" il riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o. costruendo la prima sulla logica del provvedimento autoritativo.

13. Pregiudiziale amministrativa e tutela risarcitoria.

Resta peraltro aperto il problema della rilevanza della cd. "pregiudiziale amministrativa" ai fini della tutela soltanto risarcitoria, sul quale chi scrive ben sa di trovarsi in dissenso dalla già ricordata opinione di M. Nuzzo: se possa cioè la tutela risarcitoria essere fatta valere autonomamente, dinanzi all'a.g.o., anche in mancanza di tempestiva impugnazione del provvedimento autoritativo lesivo dell'interesse legittimo che lo abbia degradato ad interesse semplice, di mero fatto, non più giuridicamente tutelabile.

In proposito deve sottolinearsi l'aperto conflitto da ultimo delineatosi, sul punto della giurisdizione, tra l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, interpretando il dato ordinamentale costituito dalle ricordate pronunce della Consulta, ha giudicato appartenere la giurisdizione sulle cd. occupazioni appropriate o usurpative al giudice amministrativo¹⁸, e la pressoché contemporanea ordinanza delle Sezioni Unite¹⁹, che ha riservato invece alla giurisdizione dell'a.g.o. la pretesa risarcitoria del danno conseguente ad un provvedimento espropriativo illegittimo.

Ma a comporre il conflitto può valere ancora il metodo della interdisciplinarietà, questa volta utilizzando da parte dei civilisti la distinzione elaborata in una

17 L.V. Moscarini, "Riassetto" costituzionale, cit., p. 3321 ss.

18 Cons. st., Ad. Plen. 16 maggio – 16 novembre 2005 n. 9, in *Guida al diritto*, 2006, p. 72 ss.

19 Ordinanza Cass., Sez. Un., 24 novembre 2005 – 23 gennaio 2006, divulgata insieme con la sentenza dell'A.P. come "Scontro tra Consiglio di Stato e Cassazione sulle indennità per acquisizioni illegittime", in *Edil. e territorio*, 2006, p. 6 ss. Le Sezioni Unite della S.C. hanno peraltro anche di recente confermato la tesi della irrilevanza della cd. "pregiudiziale amministrativa", e quindi in sostanza del termine decadenziale breve, ai fini della tutela risarcitoria, con l'ordinanza 13 giugno 2006 n. 13659, nel cui contesto si legge anche un ammonimento al giudice amministrati-

vo a non dichiarare inammissibili pretese risarcitorie avanzate, nelle materie riservate alla sua giurisdizione esclusiva, senza il rispetto del termine decadenziale, sottolineando che un'eventuale declaratoria di inammissibilità sarebbe censurabile sotto il profilo di un difetto di giurisdizione. Ma per quanto risulta alcuni Tribunale amministrativi continuano a confermare la necessità che, anche a fini risarcitori, l'azione deve essere proposta nel rispetto del termine decadenziale breve per l'impugnativa del provvedimento autoritativo lesivo (tar Puglia, sez. Lecce, 12 luglio 2006 n.3710; tar Campania, sez. VIIa, 3 agosto 2006 n. 7797. La questione dunque è tutt'ora aperta e l'ammonimento espresso nell'ordinanza delle S.C. induce a prevedere che essa verrà rimessa di nuovo alla Corte Costituzionale.

ben nota monografia di Enrico Follieri tra interessi legittimi “*pretensivi*” e interessi legittimi “*oppositivi*”²⁰.

Quando si tratta di questi ultimi, come nei casi in cui l’interesse privato subordinato all’interesse pubblico è l’interesse a conservare una posizione in precedenza acquisita – e a maggior ragione quando si tratta di tutelare il diritto di proprietà²¹ – la situazione giuridica lesa, malgrado il riassetto segnato dalla Consulta con le ricordate due pronuncie del 2004, può ritenersi tutelata indipendentemente dalla tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo, e quindi dinanzi all’a.g.o., senza l’ostacolo della cd. “pregiudiziale amministrativa”.

Ma quando si tratta di interessi legittimi pretensivi, qual è indubbiamente l’interesse del privato all’affidamento di una commessa pubblica²², allora l’unificazione della tutela, recuperatoria e risarcitoria, nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rende a mio avviso operante anche rispetto alla tutela solo risarcitoria dell’interesse legittimo pretensivo la cd. “pregiudiziale amministrativa” e quindi il termine decadenziale breve.

Chi scrive ben sa che tale convincimento dissente, oltre che dal pensiero di una parte, anche autorevole degli amministrativisti, da quello di molti civilisti secondo i quali la pretesa risarcitoria è da riguardare sempre come diritto soggettivo, come tale svincolato dall’onere di impugnazione dell’atto lesivo entro il termine decadenziale breve, allo stesso modo in cui è sempre tutelabile dinanzi al giudice civile il diritto al risarcimento del danno provocato da un provvedimento autoritativo di cui sia stata accertata l’illegittimità in sede penale.

Anche tale diverso convincimento trae spunto dalla considerazione che secondo il “diritto europeo” quello al risarcimento del danno conseguente ad un atto o comportamento illegittimo è sempre da riguardare come un diritto, non suscettibile di essere affievolito in base al *distinguo*, ignoto ad altri ordinamenti, tra diritto soggettivo e interesse legittimo: diritto dunque che il giudice ordinario deve poter dichiarare e tutelare indipendentemente dalla tempestività dell’azione, così come lo stesso giudice civile potrebbe sempre accertare il diritto al risarcimento del danno provocato da un illecito penale.

Ma a questo riguardo non si può che ribadire, ancorché estraneo alla tematica dei contratti della p.a., l’auspicio di un maggiore approfondimento interdisciplinare

20 Tema sul quale lo stesso A. è da ultimo tornato, oltre che in numerosi altri scritti, nel saggio *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, pubbl. on line sulla *Rivista di Diritto pubblico*, 1^o febbraio 2006 sul sito Giustamm.it

21 La tutela rafforzata della proprietà, emersa nella ben nota giurisprudenza della Corte dei Diritti, ha trovato conferma anche nella recente pronuncia del prof. Zagrebelsky, citata nel testo, che nella categoria dei diritti su cui le Corti costituzionali nazionali non

possono incidere ha annoverato anche la proprietà.

22 Secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici, la posizione giuridica del concorrente ad una gara resta qualificabile come interesse legittimo non solo fino al momento dell’aggiudicazione provvisoria ma anche successivamente, fino all’aggiudicazione definitiva e anche dopo quest’ultima, che non è più equiparata ad un’accettazione dell’offerta, fino quanto meno alla stipula del contratto, se non addirittura fino al momento della sua approvazione, che il nuovo testo normativo (art. 11) configura come condizione sospensiva dell’efficacia del contratto.

sull'essenza e sull'attuale sopravvivenza della figura dell'interesse legittimo.

Se si attribuisce a quest'ultima, come nella ben nota monografia della civilista Bigliuzzi Geri, il rango di categoria non soltanto processuale, e si riconosce come suo connotato essenziale quello dell'assoggettamento della effettiva tutela al rispetto di un termine breve, in favore dell'interesse sopraordinato (pubblico o in certe ipotesi anche privato) alla inoppugnabilità²³ dei provvedimenti autoritativi, allora il dibattito sulla sopravvivenza della figura resta ancora tutto da affrontare e, specie in una prospettiva politica che lascia prevedere un rafforzamento dei principi solidaristici della nostra costituzione nazionale rispetto a quelli, più marcatamente liberistici, del diritto comunitario (che peraltro nella Costituzione Europea non ha espresso alcuna posizione incompatibile con i valori della nostra Carta costituzionale), allora anche il problema della rilevanza della pregiudiziale amministrativa ai fini della tutela risarcitoria può ritenersi ancora aperto.

23 Sul tema dell'inoppugnabilità si richiama sempre la monografia di P. Stella Richter, che non a caso, nella ricordata occasione in cui lo scrivente ebbe ad esprimere il suo dissenso dalla soluzione opposta,

avallò autorevolmente la soluzione sostenuta e ribadita in queste pagine e invitò, convincendoli, a prendere posizione in tal senso la quasi totalità degli amministrativisti presenti.

Avv. Prof.
Antonio CAIAFA

Docente di Diritto
Fallimentare
Università L.U.M.
"Jean Monnet" - Bari

il nuovo ricorso per cassazione ed i procedimenti in materia fallimentare

sommario

1. Premessa – 2. Tipologia dei procedimenti - 2a) L'incompetenza (art.9 bis) - 2b) L'istruttoria prefallimentare (art.15 l.f.) - 2c) L'appello (art.18) - 2d) Reclamo avverso il provvedimento di reiezione dell'istanza di fallimento (art.22) - 2e) I procedimenti di competenza del tribunale - 2f) Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale (art.26) - 2g) Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (art.36) - 2h) Revoca del curatore (art.37) - 2i) Il procedimento per le impugnazioni: opposizione, impugnazione dei crediti ammessi e revocazione (art.99) - 2l) Domande tardive di crediti, di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili (art.101) - 2m) Previsione di insufficiente realizzo (art.102) - 2n) Esercizio provvisorio (art.104 l.f.) - 2o) Poteri del giudice delegato relativamente alla vendita dei beni (art.108) - 2p) Procedimento di ripartizione (art.110) - 2q) I crediti prededucibili (art.111 bis) - 2r) Rendiconto del curatore (art.116 l.f.) - 2s) Chiusura (art.119) - 2t) Riapertura del fallimento (art.121) - 2u) Giudizio di omologazione del concordato fallimentare e preventivo - 2v) Esdebitazione (art.143 l.f.) - 2z) Accordi di ristrutturazione (art.182 bis l.f.) – 3. Conclusioni.

1. Premessa.

La disciplina del nuovo processo alla Suprema Corte, in funzione nomofilattica, oltre a stabilire la identità dei motivi di ricorso, ordinario e straordinario, ha previsto che il vizio di motivazione debba riguardare un fatto controverso e decisivo per il giudizio, stabilendo, con riferimento all'ipotesi di violazione o falsa applicazione di norme, l'obbligo che il motivo contenga, a pena di inammissibilità dello stesso, la chiara enunciazione del quesito di diritto, onde consentire al giudice di legittimità di enunciare il conseguente principio, sia nel caso di accoglimento che di rigetto dell'impugnazione, in relazione ai motivi proposti.

Risulta modificato anche lo stesso procedimento per la decisione in camera di consiglio, attraverso la predisposizione di una relazione preparatoria, comunicata al pubblico ministero ed ai difensori delle parti, per consentire loro di presentare conclusioni e memorie scritte per ottenere il rinvio della causa in pubblica udienza.

Ebbene, ritengo utile, in siffatto contesto, verificare se le nuove regole del processo presentino reali difficoltà, ovvero timori ingiustificati, con riferimento ai nuovi procedimenti endofallimentari.

E, difatti, la legge 14 maggio 2005, n.80, di conversione, con modificazioni, del d.lgs.14 marzo 2005, n.35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, ha delegato il Governo ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore, un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile, nel rispetto ed in coerenza con la normativa comunitaria, e, al tempo stesso, di attuare la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, nel rispetto dei medesimi principi e criteri, mediante la previsione di nuove regole ai fini della predisposizione di una disciplina moderna della crisi di impresa¹.

Sarebbe impossibile svolgere una analisi dei contenuti della riforma con il particolare fine di comprendere se, nella formulazione della nuova normativa, le ragioni dell'economia abbiano avuto prevalenza sulle regole del diritto e, ancora, se esse saranno realmente in grado di garantire una tutela dei creditori improntata ad efficienza e rapidità, sul presupposto che l'obiettivo non può essere rappresentato dal solo soddisfacimento dei crediti ma, anche e soprattutto, dalla continuazione dei rapporti commerciali, attraverso la sopravvivenza dell'impresa, ciò anche allo scopo di garantire la tutela dei livelli occupazionali.

E' certo che, tuttavia, la riforma è il risultato di una pluralità di iniziative, mosse da esigenze variegata, e che solo in parte hanno soddisfatto gli obiettivi che ci si proponeva di realizzare.

Per quel che concerne più direttamente i nuovi procedimenti endofallimentari si è assistito ad una vera e propria trasformazione sistematica che, solo in parte, trova la sua giustificazione nell'aver il Legislatore previsto, invero, la necessità di attuazione di una modifica della disciplina dell'accertamento del passivo, con semplificazione delle modalità di presentazione delle relative domande di ammissione, allo scopo di abbreviare i tempi della procedura.

Se, però, da un punto di vista sostanziale, il nuovo assetto dei poteri degli organi preposti al fallimento e, in particolare, il più incisivo ruolo attribuito al curatore, oltretutto nella fase concernente l'acquisizione dei beni dell'attivo, anche e soprattutto per quel che concerne la disciplina della liquidazione che non potrà più aver luogo "...con operazioni diversificate, non coordinate, occasionali...", quanto, piuttosto, nel quadro di un razionale programma di liquidazione, che deve essere da egli predisposto ed approvato dal giudice delegato, previo parere del comitato dei creditori (art.104 *ter*) risultano essere perfettamente allineati con le finalità della riforma, al contrario, sotto il profilo processuale, le nuove numerose regole per la disciplina dei procedimenti endofallimentari suscitano giustificate perplessità per numero, tipologia e garanzia del diritto tutelabile in via giudiziaria.

1 Per i primi commenti si vedano i contributi di: FORTUNATO, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere giur.*, 2005, 597; LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega al mini riforma per decreto legge*, in *Il fallimento*, 2005, 361; DE CRESCIENZO-PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, in *Collana* diretta da PANZANI, Vol.III, Milano, 2005;

FABIANI-FERRO, *I soggetti all'istruttoria nel progetto di mini riforma della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2002, 1564; SANDULLI, *Appunti sulle prospettive di riforma della legge fallimentare e sulle riforme attuate*, in *Dir.fall.*, 2006, I, 328; PELLEGRINO, *La riforma della legge fallimentare*, ivi, 335; CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006.

Per rendersene conto è indispensabile operare una definizione della complessa “mappa” dei procedimenti individuati dal Legislatore e stabilire in qual misura il provvedimento che sarà reso a conclusione di essi interesserà il giudice di legittimità, con conseguente necessità di stabilire, poi, se le regole del processo dinanzi alla Suprema Corte rappresentino una difficoltà reale e concreta rispetto al mezzo impugnatorio.

Il processo, difatti, ha regole ben precise che coinvolgono le parti, che svolgono nell’ambito dello stesso un ruolo significativo, ancorché diverso, con la conseguenza che, pertanto, l’assenza di predeterminazione delle stesse sarà fonte di incertezza per gli inevitabili contrasti interpretativi².

2. Tipologia dei procedimenti.

I timori, giustificati o meno che siano, per l’istante potranno riguardare, soprattutto, i provvedimenti che saranno emessi all’esito di un *iter* procedimentale camerale, attesa la non uniformità di quelli previsti, tutte le volte che si risolvano in una compromissione di un diritto soggettivo che sia conseguenza, o meno di una violazione o sacrificio ingiustificato dell’esercizio del diritto di difesa garantito dalla nostra Carta Costituzionale.

Come presto vedremo, il relativo potere riconosciuto al giudice, in composizione collegiale, di assumere anche d’ufficio le informazioni ritenute necessarie e, quindi, di intervenire nella istruzione probatoria, potrà avere conseguenze proprio sull’esercizio del diritto di difesa, essendo indubitabile che tale potere non può consentire deroga alle norme comuni per quel che concerne i limiti derivanti dalla necessità di allegazione dei fatti ad opera delle parti.

E’, pertanto, certo che il tribunale non potrà esercitare i suoi poteri istruttori officiosi qualora le parti siano decadute per aver omesso l’indicazione specifica dei mezzi di prova di cui intendevano avvalersi, atteso che l’intervento attivo del giudice deve e non può che essere diretto a vincere quei dubbi, eventualmente, residuati dopo l’assunzione delle prove dedotte, con la conseguenza, quindi, che non potranno essere disposti d’ufficio quei mezzi che le parti avrebbero dovuto indicare, da cui, pertanto, non provvedendovi, sono inevitabilmente decadute.

Il potere-dovere del tribunale, quindi, di ammettere, o meno, d’ufficio ulteriori mezzi da luogo ad una facoltà discrezionale, che non potrà essere sostitutiva, ovviamente, dell’onere probatorio delle parti; né, al tempo stesso, può essere esercitato con compromissione del contraddittorio.

L’interpretazione sistematica ne risente inevitabilmente, come è possibile desumere dalla ricostruzione che tenterò di operare nel modo più semplice possibile, per quanto, naturalmente, possa ritenersi consentito dalla varietà delle soluzioni procedurali individuate.

2 COSTANTINO G., *Profili processuali*, in *Il fallimento*, 2005, 997.

2a) L'incompetenza (art.9 bis).

L'art.9 bis detta le disposizioni in materia di incompetenza stabilendo che la sentenza che dichiara l'incompetenza viene trasmessa al tribunale ritenuto incompetente perché disponga, con decreto, l'immediata trasmissione degli atti a quello competente che entro *venti giorni* dal ricevimento può proporre regolamento di competenza (art.45 cod.proc.civ.) o disporre la prosecuzione della procedura fallimentare dinanzi a sé provvedendo, in tal caso, alla nomina del giudice delegato e del curatore, con salvezza degli atti precedentemente compiuti.

L'incompetenza dichiarata all'esito del giudizio di opposizione – che, ora, si propone con appello – determina la prosecuzione delle questioni attinenti al merito con riassunzione della stessa dinanzi alla corte di appello ritenuta competente, mentre il tribunale, nei giudizi promossi ai sensi dell'art.24, è previsto che assegni alle parti un termine per la riassunzione davanti al giudice competente (art.50 cod.proc.civ.), con conseguente cancellazione della causa dal ruolo.

2b) L'istruttoria prefallimentare (art.15 l.f.).

L'art.15 l.f. individua un particolare procedimento per lo svolgimento del relativo giudizio per la dichiarazione di fallimento, anch'esso camerale, con rigida previsione dei termini di convocazione delle parti interessate (debitore e creditori istanti, con l'intervento del pubblico ministero ove questi abbia assunto l'iniziativa) e la specificazione che il procedimento è diretto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento (non meno di *quindici giorni* per la comparizione e *sette giorni* prima per la presentazione di memorie, documenti e relazioni tecniche).

Il collegio può delegare al giudice relatore l'audizione delle parti, che deve avvenire nel rispetto del contraddittorio, dopo che siano stati ammessi i mezzi istruttori richiesti o quelli disposti d'ufficio, con possibilità anche di nominare consulenti tecnici e, per il tribunale, di emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa, cui viene riconosciuta efficacia limitata, dovendo essi essere confermati o revocati con la sentenza che dichiara il fallimento o con il decreto che rigetta l'istanza.

2c) L'appello (art.18).

Il debitore, dalla data di notificazione della sentenza, e gli altri interessati, dalla data della iscrizione nel registro delle imprese, e comunque non oltre il termine di cui all'art.327, primo comma, cod.proc.civ., possono proporre appello avverso la sentenza che dichiara il fallimento con ricorso, sul quale il presidente, nei *cinque giorni* successivi, ed entro *quarantacinque* dal deposito, deve fissare l'udienza di comparizione assegnando alle parti un termine non superiore a *dieci giorni* per la notifica e non superiore a *cinque* per il deposito da parte dei resistenti, di memoria.

La decisione viene assunta con sentenza ai sensi dell'art.281 *sexies* cod.proc.civ. e, in caso di particolare complessità, la corte può riservarsi di depositare la motivazione entro *quindici giorni*.

Ricorrendo gravi motivi (art.19 l.f.) può essere disposta la sospensione della liquidazione dell'attivo, o in pendenza del giudizio di appello o anche qualora sia proposto il ricorso per cassazione, rimanendo competente in tal caso la corte di appello.

2d) Reclamo avverso il provvedimento di reiezione dell'istanza di fallimento (art.22).

Confermata la competenza a pronunciare su di esso da parte della corte di appello ed indicato il termine (*quindici giorni*) per la proposizione, il Legislatore ha, in questo caso, precisato che alla successiva statuizione si provveda in camera di consiglio con decreto motivato.

2e) I procedimenti di competenza del tribunale.

Ai sensi dell'art.24 il tribunale è competente a conoscere le azioni che derivano dal fallimento e, dunque, tutte quelle che per il loro esercizio presuppongono l'apertura della procedura concorsuale o che incidano su di essa, in quanto dirette ad assicurare la *par condicio*, come avviene, appunto per quelle azioni per le quali il Legislatore ha previsto un diverso rito per l'accertamento e la verifica del credito concorsuale.

La norma è stata integrata attraverso, però, la previsione dell'assoggettamento delle controversie di cui al primo comma – semprechè per queste non sia disposto un differente rito speciale – mediante il richiamo delle norme previste per il rito camerale (artt.737 – 742 cod.proc.civ.) e dei capi 1 e 4 del titolo secondo del detto decreto, con esclusione dell'art.40, terzo comma, cod.proc.civ., per quel che concerne le cause cumulativamente proposte, per le quali la disposizione codicistica dispone la trattazione con il rito ordinario “...*salva l'applicazione del solo rito speciale quando una di tale causa rientri tra quelle indicate negli artt.409 e 442*”.

Ebbene, il tribunale, nell'ambito della procedura, tutte le volte che è chiamato ad intervenire, pronuncia in composizione collegiale (art.50 *bis* cod.proc.civ., introdotto dal d.lgs. n.51/1998) e, ciò, sia per i procedimenti svolgentisi in camera di consiglio, che nei giudizi a cognizione ordinaria, di cui, però, non è rimasta traccia nell'ambito della legge riformata, avendo scelto il Legislatore il modello camerale operando una diversa struttura del procedimento nei diversi e numerosi casi previsti, senza, peraltro, che una siffatta previsione rispondesse ad esigenze particolari.

La struttura monocratica, in precedenza, riservata all'azione revocatoria fallimentare ed ordinaria (art.66 e 67 l.f.) ed a quelle dirette ad ottenere la declaratoria di inefficacia degli atti a titolo gratuito o dei pagamenti (art.64 e 65 l.f.), deve, ora, ritenersi essere venuta meno, per effetto del richiamo operato dall'art.24, secondo comma, l.f. al rito camerale, sicchè tali azioni saranno ora decise del tribunale fallimentare, in camera di consiglio atteso il rinvio espresso agli artt.737 e segg. cod.proc.civ., con utilizzazione, quindi, non solo dello schema di riferimento, ma dell'intera disciplina del procedimento ed anche degli orientamenti applicativi enucleati dalla giurisprudenza.

Anche per tali giudizi, che nonostante le esenzioni individuate nel sistema revocatorio e la riduzione dei termini per il relativo esercizio non saranno, certamente, meno numerosi, si porranno non dedicati problemi per quel che concerne il conclusivo esame e statuizione del giudice di legittimità.

Non può, d'altronde, non tenersi conto del fatto che il provvedimento emanato nelle forme camerali è privo dell'attitudine al giudicato formale e sostanziale, sol che si consideri che, ai sensi dell'art.742 cod.proc.civ., i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati, pur se restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla notificazione o alla revoca, e l'art.739 cod.proc.civ. prevede, esclusivamente, la reclamabilità alla corte di appello, sicchè, potendo essere denunciati i vizi di legittimità solo nell'ambito del procedimento di revoca dovrebbe ritenersi escluso il ricorso per cassazione, anche ai sensi dell'art.111 Cost. che, però, attesa la natura indiscutibilmente litigiosa della lite, sarebbe, invero, davvero arduo ritenere escluso³.

2f) Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale (art.26)

Il Legislatore, individuati all'art.25 i poteri del giudice delegato ed i conseguenti provvedimenti che questi può assumere, ha previsto, al successivo art.26, il reclamo al tribunale, per la cui proposizione ha individuato termini diversi, decorrenti dall'esecuzione o dalla comunicazione, a seconda che i legittimati siano il fallito, il comitato dei creditori o "chiunque vi abbia interesse" (stabilendo che l'atto debba contenere la determinazione dell'oggetto della domanda, la esposizione di elementi di fatto e di diritto sui quali il reclamo si fonda, con le relative conclusioni, nonché l'indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova e dei documenti offerti in comunicazione).

L'iter procedimentale del reclamo è stato interamente ridisegnato mediante una riformulazione dell'art.26 l.f., che ha stabilito che la proposizione debba avvenire nel termine perentorio di *dieci giorni*, decorrente, a seconda dei casi, dalla comunicazione o dalla notificazione del provvedimento, qualora ad impugnarlo sia il curatore, il fallito, il comitato dei creditori o il soggetto che lo ha richiesto o nei cui confronti è stato chiesto, laddove per ogni altro interessato il termine decorre dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato.

Trascorsi *novanta giorni* dalla pubblicazione del provvedimento e deposito dello stesso in cancelleria è esclusa l'impugnazione, ciò allo scopo di permettere quella speditezza e celerità che il Legislatore ha inteso imprimere.

Ben diverso il contenuto del reclamo che, oltre ad essere stato individuato in modo specifico, si caratterizza, pur dando luogo ad un *procedimento endoconcorsuale e di tipo camerale* - tuttavia, diverso dal modello descritto dall'art.737 e segg. del codice di rito - per il fatto di aver richiesto il Legislatore una puntuale determinazione dell'oggetto della

3 PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, V, 65 e segg.; COSTANTINO G.,

Commento agli artt. 98 e 99, in Commentario alla legge fallimentare, a cura di SANDULLI, Torino, 2006, 144.

domanda ed esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui esso si basa, con le relative conclusioni, accompagnate, però, da una indicazione specifica “...a pena di decadenza dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi e dei documenti prodotti”.

Ne consegue il tentativo di attuazione del contraddittorio attraverso la previsione di precisi termini per la costituzione in giudizio della parte resistente, cui sono imposti gli stessi oneri di allegazione, deduzione e richiesta dei mezzi di prova al fine di permettere al tribunale, sentite le parti interessate ed assunte d'ufficio “...le informazioni ritenute necessarie”, di confermare, modificare o revocare il provvedimento reclamato con decreto motivato.

Ebbene, oltre alla novità scarsamente significativa, ma resa indispensabile dalla nuova impostazione data dalla legge alla struttura della procedura, e che individua nel tribunale o nella corte di appello - a seconda che il provvedimento sia stato emesso dal giudice delegato o dal collegio - l'organo competente a decidere, si pone, a mio avviso, ancora una volta, ai fini della proposizione del ricorso dinanzi alla Suprema Corte, ai sensi dell'art.111 Cost., la necessaria distinzione tra provvedimenti decisori e ordinatori, non già più, però, per quel che concerne la decorrenza del termine della reclamabilità degli stessi, in quanto ormai unico (dieci giorni), ma per gli effetti che la statuizione può avere, sì da consentire il ricorso al mezzo straordinario tutte le volte che incida o comprima un diritto soggettivo e che potrà essere proposto nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione, o quello più lungo dell'anno, attesa la previsione dell'art.36 bis, per quel che attiene la sospensione feriale.

2g) Reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori (art.36).

Ed ancora, incertezze e perplessità suscita l'utilizzo di espressioni letteralmente diverse in presenza di una disciplina sostanzialmente omologa, così come avviene nel caso dei reclami, contro gli atti del curatore, del comitato dei creditori, laddove l'art.36, al primo comma, prevede che il giudice delegato possa, sentite le parti, assumere la decisione, con decreto motivato, “...omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio”, quando, al contrario, il tribunale che fosse investito in sede di reclamo del decreto pronunciato da giudice delegato, potrà assumere la relativa statuizione “...omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio”.

Il provvedimento conclusivo del procedimento e gli effetti conseguenti saranno, poi, diversi a seconda che esso abbia riguardato un comportamento omissivo del curatore o del comitato dei creditori, dal momento che il primo sarà tenuto a darvi esecuzione, mentre, nel secondo caso, sarà il giudice a dover provvedere in sostituzione del comitato; poiché, però, il reclamo, per quel che concerne gli atti di amministrazione del curatore, così come le autorizzazioni o i dinieghi del comitato dei creditori, è proponibile, unicamente ed esclusivamente, “per violazione di legge”, se ne deve dedurre che il provvedimento che sarà emesso al termine del procedimento endofallimentare, laddove si traduca in una violazione di un diritto, renderà possibile il ricorso straordinario, quale mezzo impugnatorio, dal momento che la norma, per come congegnata, non sembra con-

sentire di individuare una distinzione a seconda che il provvedimento sia decisorio o ordinatorio, essendo correlato il reclamo, necessariamente, ad una “*violazione di legge*” concernente il comportamento commissivo o omissivo del curatore o del comitato dei creditori.

Eppure, il riferimento operato nei confronti degli “*atti di amministrazione del curatore*”, ovvero delle “*autorizzazioni o dinieghi del comitato dei creditori...*” e dei “*...relativi comportamenti omissivi*” sembrerebbe, a prima vista, interessare più direttamente la fase gestoria della procedura, sicchè il provvedimento reso, per il contenuto meramente ordinatorio, sembrerebbe essere sottratto al controllo di legittimità mediante ricorso ai sensi dell’art.111 Cost.

Invero, però, qualora si consideri il ruolo più incisivo attribuito sul curatore e, soprattutto, il nuovo assetto dei poteri degli organi preposti alla gestione e si prendano in esame le funzioni proprie degli stessi, è agevole pervenire alla conclusione che, invero, i comportamenti censurabili da parte dei soggetti individuati quali legittimati (il fallito o qualunque interessato) potranno aver riguardo, per quel che concerne il curatore, soprattutto alla fase di esecuzione del programma di liquidazione e, dunque, all’acquisizione dei necessari pareri ed alle conseguenti approvazioni del giudice delegato, la cui assenza, investendo il procedimento liquidatorio dei beni che compongono l’attivo, può, in effetti, tradursi in una violazione di un diritto dei reclamanti, sul quale, quindi, potrà incidere il provvedimento che neghi la rimozione del comportamento, così come quello che ne riconosca la legittimità.

La complessità delle funzioni, ora, previste per il comitato, il cui intervento è ritenuto necessario, dall’attuale disciplina, in numerose delicate ed importanti fasi della procedura, fa sì che il relativo atto autorizzativo o omissivo non necessariamente si traduce ed ha, quindi, riflessi esclusivamente sulla gestione, potendo esso incidere, anche e soprattutto, sul libero esercizio dei diritti e, dunque, in una compromissione di essi.

In particolare, il potere riconosciutogli di autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione (art.35 l.f.), così come il subentro nel contratto di appalto (art.81 primo comma l.f.), la continuazione temporanea dell’esercizio dell’impresa sorvegliandone l’andamento e pronunciandosi sull’opportunità della relativa prosecuzione (art.104 l.f.) di approvare l’affitto di azienda o parte di essa o, ancora, la cessione, ovvero il conferimento in una o più società di nuova costituzione (art.104 *bis* l.f.) e, infine, la rinuncia all’acquisizione dei beni provenienti dal fallito durante la procedura qualora i costi per il loro acquisto e la conservazione siano ritenuti superiori al valore di realizzo dei beni medesimi (art.42 terzo comma l.f.), concernono scelte che oltre a riguardare la fase gestoria, possono avere diretta incidenza sui diritti dei terzi, la cui eventuale compromissione non può non trovare tutela attraverso il ricorso al mezzo straordinario e la verifica della legittimità di quei comportamenti.

2h) Revoca del curatore (art.37).

Il tribunale provvede con decreto motivato, che è soggetto a reclamo dinanzi alla corte di appello, ai sensi dell’art.26, con la conseguenza che il rito camerale pre-

visto risulta interamente descritto e regolato solo per il reclamo e non già per il procedimento di revoca, relativamente al quale non vi è alcuna disposizione.

Il decreto di conferma della pronunciata revoca, ancorché incide sul diritto all'espletamento della funzione di curatore, e, pertanto, su un diritto soggettivo, non può essere impugnato dinanzi alla suprema corte attesa la natura dell'incarico (in precedenza non era neppur reclamabile, atteso che l'art.23, ultimo comma, l.f. escludeva il reclamo avverso i provvedimenti con i quali il tribunale decideva sulle controversie relative alla procedura).

2i) Il procedimento per le impugnazioni: opposizione, impugnazione dei crediti ammessi e revocazione (art.99).

Ai sensi dell'art.1, lettera a), della legge di conversione 14 maggio 2005, n.80 al Legislatore delegato è stato assegnato il compito di prevedere “...l'accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia” e, in relazione a quanto previsto al punto 9, di “...modificare la disciplina dell'accertamento del passivo, abbreviando i tempi della procedura, semplificando le modalità di presentazione delle relative domande di ammissione”.

Ne è conseguito, anche in ragione del diverso ruolo incisivo attribuito al curatore, che, ora, la formazione dello stato passivo dipende da questi, che vi dovrà provvedere attraverso “la scorta delle scritture contabili” e la successiva compilazione di un elenco nel quale dovranno essere indicate le ragioni di ammissione e, dunque, le sue conclusioni espresse in relazione a ciascuna domanda, con riferimento alla quale dovrà, appunto, indicare le ragioni ostative ed impeditive dell'ammissione per consentire, poi, al giudice di emettere il provvedimento che stabilisca il diritto del creditore concorsuale di concorrere o meno, in tutto o in parte, alla successiva ripartizione dell'attivo⁴.

I singoli provvedimenti che saranno assunti dal giudice delegato, a seguito del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, assumono natura giurisdizionale decisoria ed hanno la funzione di preordinare la successiva partecipazione alla ripartizione dell'attivo realizzato.

Il decreto di esecutività ha una efficacia endoconcorsuale, nel senso che il relativo titolo non potrà essere utilizzato al fine di conseguire quanto riconosciuto agli in sede di verifica dal debitore tornato in *bonis*.

L'art.98 individua le impugnazioni che possono essere proposte relativamente al decreto che rende esecutivo lo stato passivo e che, ove accolte, determineranno quelle modificazioni in assenza delle quali il riparto dovrà avvenire, necessariamente, con riferimento ai soli creditori ammessi il cui titolo sia divenuto, ormai, definitivo.

⁴ Per quel che concerne la partecipazione del fallito alla fase di accertamento e sul ruolo dello stesso si vedano i rilievi di SCARSELLI, *Accertamento del passivo nel disegno di legge per la riforma delle procedure*

concorsuali, in Genesi e futuri sviluppi della riforma delle procedure concorsuali, in Il fallimento, 2004, supplemento fascicolo 12.

Il Legislatore ha individuato i legittimati attivi e passivi di ciascun rimedio (opposizione, impugnazione e revocazione) e, quindi, nel successivo articolo, ha previsto un *iter* procedimentale identico per le impugnazioni, che devono essere proposte con ricorso da depositarsi in cancelleria nel termine di *trenta giorni* dalla comunicazione del decreto ovvero, nel caso di revocazione, dalla scoperta del fatto o del documento.

Le novità sono evidenti, dal momento che il giudizio impugnatorio ha perso la natura in precedenza riconosciutagli, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, di procedimento ordinario di cognizione, contrapposto alla precedente fase sommaria, disciplinata dagli artt. 92 e segg. del regio decreto 16 marzo 1942 n.267.

Quel giudizio, però, per quanto non diversamente ed espressamente disciplinato dalla legge fallimentare, era regolato dalle norme dettate dal codice di procedura civile⁵.

A seguito dell'entrata in vigore della legge n.353 del 1990 si pose, difatti, l'esigenza di coordinamento delle norme novellate con la struttura dell'opposizione allo stato passivo, ciò sul presupposto che, in effetti, la legge fallimentare tendeva a riprodurre, nei giudizi d'impugnazione, le regole della concorsualità per l'accertamento dei crediti in sede di verifica, tanto che ammetteva l'intervento in causa, nel giudizio introdotto ai sensi dell'art.98 l.f., di tutti gli altri creditori, prescrivendo che tutte le opposizioni fossero decise con un'unica sentenza⁶.

Ebbene, il Legislatore della riforma, pur avendo mantenuto fermi alcuni principi e, in particolare, determinati limiti per quel che concerne, ad esempio, la domanda proponibile da parte del creditore opponente, nel senso che questi non può formulare, in sede di impugnazione, domande nuove rispetto a quelle già fatte valere con l'insinuazione tempestiva⁷, tuttavia, ha previsto un procedimento completamente nuovo, sia per quel che attiene la struttura dell'atto introduttivo, che è omologa - per quel che concerne la esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione e, ancora, l'indicazione specifica, a pena di decadenza, dei mezzi di prova e dei documenti prodotti - al rito del lavoro ma anche perché riconosce al tribunale di ammettere, con decreto, in tutto o in parte, anche in via provvisoria, le domande non contestate dal curatore o dai creditori intervenuti, e, a conclusione del procedimento, una volta assunti in contraddittorio tra le parti i mezzi di prova ritenuti ammissibili o "*anche d'ufficio*" informazioni, di pronunciare un decreto avverso il quale può essere proposto ricorso per cassazione nei successivi *trenta giorni* dall'avvenuta comunicazione dalla cancelleria alle parti.

Le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio che, per espressa previsione di quanto stabilito all'art.742 bis cod.proc.civ., trovano appli-

5 CAVALAGLIO, *Fallimento o giudizi pendenti*, Padova, 1975, 169; BONFATTI, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, Milano, 1982, 206; FABIANI-PANZANI, *La riforma del processo civile nelle procedure concorsuali*, Padova, 1994, 74.

6 PANZANI, *Fallimento e nuovo processo civile*, in *Il fallimento*, 1991, 654.

7 Cass., 5 settembre 1992, n.10241, in *Il fallimento*, 1993, 68; Cass., 13 dicembre 1978, n.5570, in *Giust.civ.*, 1990, I, 29.

cazione in quanto costituiscono uno “*schema tipo*” cui fare riferimento, in assenza di diverse specifiche regole, dovranno ritenersi estese, inevitabilmente, a quello individuato dal Legislatore all’art.99, ancorché l’iter è stato, per il resto, scandito in modo piuttosto rigido all’evidente scopo di rendere spedito e celere il relativo accertamento.

Essendo stata eliminata la fase di appello e, quindi, di revisione delle statuizioni e delle ragioni che le hanno determinate, così come, in particolare, la possibilità di richiedere una diversa valutazione del materiale probatorio, per aver previsto il Legislatore quale unico mezzo di impugnazione il ricorso dinanzi alla suprema corte, non par dubbio che il decreto pronunciato al termine di esso creerà non pochi problemi in termini di tecnica di redazione del ricorso, attesa la necessità, non tanto di formulazione del quesito di diritto in relazione alla violazione o falsa applicazione delle norme denunciate o dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro (dal momento che la domanda di ammissione potrà aver ad oggetto un rapporto di lavoro), quanto, piuttosto, per la concreta limitazione relativa alla denuncia di “*omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione*” circa il fatto controverso e decisivo per il giudizio, in relazione al quale si ritiene che, appunto, essa sia carente, correndosi il rischio della censura di inammissibilità, essendo sin troppo evidente la difficoltà di richiedere l’intervento del giudice di legittimità tutte le volte in cui non sarà possibile operare una netta separazione tra valutazione del fatto e specificare le ragioni per le quali la motivazione stessa risulti omessa o contraddittoria.

2l) Domande tardive di crediti, di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili (art.101).

Viene richiamato il procedimento di cui all’art.93 per la presentazione delle domande di ammissione al passivo, senza indicazione di alcuna forma specifica e, nel caso di non ammissione, parziale o totale, o di diversa collocazione del credito, il rito camerale previsto dall’art.99 l.f., con applicazione delle disposizioni di cui all’art.621 cod.proc.civ. per quel che concerne il regime probatorio per le domande di restituzione o di rivendicazione.

2m) Previsione di insufficiente realizzo (art.102).

Il tribunale può disporre, con decreto motivato, qualora il curatore abbia rappresentato, con apposita relazione, l’inesistenza di prospettive di liquidazione, di non farsi luogo al procedimento di verifica, da adottarsi *venti giorni* prima dell’esame dello stato passivo o, anche successivamente, qualora l’insufficiente realizzo emerga nel corso delle udienze di verifica.

Il relativo provvedimento può essere reclamato dinanzi alla corte di appello, nei *quindici giorni* dalla sua comunicazione, che provvede con decreto in camera di consiglio, previa audizione delle parti interessate (reclamante, curatore, comitato dei creditori e fallito), senza che sia stata prevista alcuna disciplina.

2n) Esercizio provvisorio (art.104 l.f.).

Può essere disposto con la sentenza che dichiara il fallimento, anche limitatamente a singoli rami, qualora dall'interruzione possa derivare un danno grave ed alla condizione che non arrechi pregiudizio.

Dunque, il provvedimento è collegiale; successivamente, l'autorizzazione è di competenza del giudice delegato.

E', però, il tribunale ad ordinare la cessazione dell'esercizio provvisorio, con decreto in camera di consiglio non soggetto a reclamo, relativamente al quale non sembra possa essere esperito il mezzo impugnatorio straordinario, dinanzi alla suprema corte, ma, al più, potrebbe ricadersi nell'ambito dei provvedimenti censurabili ai sensi dell'art.36, qualora caratterizzati da un comportamento omissivo del curatore, ancorché difficilmente ipotizzabile.

2o) Poteri del giudice delegato relativamente alla vendita dei beni (art.108).

Il fallito, il comitato dei creditori ed ogni altro interessato possono richiedere la sospensione delle operazioni di vendita, sulle quali il giudice delegato provvede con decreto motivato, qualora ricorrano gravi e giustificati motivi o, nell'ipotesi in cui sia stata presentata un'offerta revocabile di acquisto migliorativa, per un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto (art.107), o qualora questo risulti notevolmente inferiore a quello giusto.

Si tratta di un provvedimento che sarà reclamabile ex art.26 l.f. e potrà dar luogo anche ad un reclamo ex art.36 l.f.

2p) Procedimento di ripartizione (art.110).

La norma, nello stabilire il termine perentorio di quindici giorni dalla data di ricezione della comunicazione dell'avvenuto deposito del progetto di distribuzione, individua nel reclamo il mezzo per ottenerne la modifica e, per quanto concerne il procedimento, richiama l'art.26, sicchè possono valere, al riguardo, le considerazioni sopra svolte e quelle che seguiranno in relazione alla possibilità di proporre ricorso, avverso il provvedimento emanato dal tribunale, alla suprema corte.

2q) I crediti prededucibili (art.111 bis).

L'art.111 bis l.f. prevede distinte modalità per il relativo accertamento richiamando:

a) per quelli non contestati per collocazione ed ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio o, ancora, a seguito di un provvedimento di liquidazione emesso dal giudice delegato, ai sensi dell'art. 25 l.f., il procedimento di cui all'art.26;

b) le disposizioni del capo V e, quindi, quelle inerenti la formazione dello stato passivo (artt. 93, 94, 95 e 96) ove sorti prima della conclusione della

relativa fase e per i quali sia stato possibile proporre la domanda almeno *trenta giorni* prima dell'adunanza, con la conseguenza che il provvedimento potrà essere opposto attraverso il procedimento di cui all'art.99 l.f.;

c) l'art.101, secondo comma, l.f. per l'accertamento di quei crediti sorti successivamente all'udienza di verifica, con conseguente applicazione delle disposizioni relative alle domande tardive ed ai successivi mezzi di impugnazione (art.99 l.f.)

2r) Rendiconto del curatore (art.116 l.f.).

La norma regola l'ipotesi in cui vengano sollevate contestazioni sul rendiconto ed all'udienza fissata venga raggiunto un accordo, prevedendo, in tal caso, che il giudice lo approvi con decreto; in caso contrario, fisserà l'udienza, innanzi al collegio, che provvederà in camera di consiglio.

Al giudizio ordinario di cognizione è stato preferito, anche in tale ipotesi, dunque, il procedimento camerale, senza, però, alcuna indicazione per quel che attiene la relativa disciplina.

Seppur la previsione dell'obbligo di rendiconto deriva dalla particolarità dei compiti affidati al curatore, non par dubbio che la valutazione della correttezza e della regolarità dello svolgimento dell'operato di questi, riguardando non solo la regolarità contabile, ma anche il merito e, quindi, la opportunità e convenienza economica delle scelte effettuate, in relazione al programma di liquidazione predisposto, potendo l'insorta controversia incidere su diritti soggettivi, mal si presta ad essere definita mediante un procedimento camerale, cui avrebbe dovuto essere, al contrario, preferito quello a cognizione ordinaria piena, secondo i principi generali del nostro ordinamento (artt.263 cod.proc.civ. e 386 cod.civ.).

2s) Chiusura (art.119).

Su istanza del curatore, del debitore o d'ufficio il tribunale dichiara, con decreto motivato, la chiusura del fallimento ed impartisce le disposizioni volte ad attuare gli effetti della decisione.

Il decreto è soggetto a reclamo, ai sensi dell'art.26 l.f., e, pertanto, il relativo procedimento camerale può ritenersi interamente disciplinato.

2t) Riapertura del fallimento (art.121).

Sull'istanza del debitore, e di qualunque creditore, il tribunale, entro cinque anni dal decreto di chiusura, nel caso che questa sia intervenuta per compiuta ripartizione finale dell'attivo o, al contrario, per inesistenza di esso, può, con sentenza in camera di consiglio, disporre la riapertura, assumendo i conseguenti provvedimenti per la prosecuzione.

La sentenza può essere appellata a norma dell'art.18 l.f. e, quindi, il procedimento è omologo a quello previsto per l'impugnazione della decisione dichiarativa di fallimento, laddove l'*iter* procedimentale camerale della prima fase non ha regole.

2u) Giudizio di omologazione del concordato fallimentare e preventivo.

Il regio decreto 16 marzo 1942, n.267, prevedeva che il giudizio si dovesse svolgere nelle forme della cognizione piena, anche in assenza di opposizioni, e la successiva impugnazione del provvedimento emesso in appello e la ricorribilità in cassazione della sentenza pronunciata a conclusione di quel giudizio (artt. 130 e 131 vecchia formulazione).

Nell'impianto originario, dunque, il giudizio di omologazione risultava disciplinato da norme di carattere processuale e sostanziale ed il processo era strutturato sulla base del rito di cognizione ordinario ed il tribunale era tenuto ad esprimere una valutazione anche di convenienza economica oltre, naturalmente, a verificare la regolarità della fase concernente la ammissione e l'approvazione in relazione al raggiungimento delle maggioranze, il contenuto delle garanzie offerte e, soprattutto, la meritevolezza del debitore, esclusa, naturalmente, nel concordato fallimentare.

La prima parte della riforma è stata attuata con il decreto legge 14 marzo 2005, n.35, che ha rivisto integralmente l'originario impianto del giudizio di omologa, prevedendo per esso una forma camerale rivisitata rispetto a quella regolata dagli artt.737 e segg. cod.proc.civ., pur mantenendo il possibile contenuto contenzioso di esso, riconoscendo alle parti interessate il potere di proporre opposizione che, però, è stabilito venga esercitato mediante il deposito in cancelleria di una *“memoria difensiva contenente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti”* imponendo al commissario giudiziale, nel medesimo termine, di depositare *“...il proprio motivato parere”*.

La scelta del Legislatore è, ancora una volta, di un modello camerale *“deformalizzato”*⁸, nell'ambito del quale viene riconosciuto al tribunale di assumere d'ufficio tutte le informazioni ritenute indispensabili e le prove necessarie ai fini dell'espletamento della istruttoria sulla base delle richieste formulate dalle parti nel termine loro assegnato (*dieci giorni* prima dell'udienza), riservata, peraltro, la comparizione in camera di consiglio del solo debitore e del commissario giudiziale, dovendo, appunto, i creditori dissenzienti o gli interessati costituirsi *dieci giorni* prima di essa.

Il procedimento concerne la richiesta di omologazione e, quindi, il relativo giudizio, ancorché disciplinato in modo diverso, rispettivamente, dall'art.129 per il *concordato fallimentare* e dall'art.180 per quello preventivo, tuttavia, si conclude in entrambi i casi, con un decreto, che nel caso del concordato fallimentare, diviene efficace nel momento in cui scadono i termini per opporsi all'omologazione o da quando si esauriscano le impugnazioni previste dall'art.129 ed è reclamabile dinanzi alla corte di appello, che pronuncerà su di esso in camera di consiglio, nel con-

8 BOZZA, Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura ed il regime transitorio, in Il fallimento, 2005, 1325; FABIANI M., Le trasformazioni della legge

fallimentare, in Foro it., 2005, V, 153; PAGNI, L'accentuazione privatistica del concordato preventivo ed i riflessi sul giudizio di omologazione, ivi, 2006, 914.

traddittorio delle parti, assunte, ancora una volta, d'ufficio le informazioni e le prove ritenute necessarie, provvedimento quest'ultimo comunicato al debitore o pubblicato a norma dell'art.17, che può essere impugnato entro il termine di trenta giorni avanti la corte di cassazione.

La diversità, per quel che concerne il concordato preventivo, è dovuta al fatto che, seppur l'art.180 individua nel decreto il provvedimento che omologa, o meno, il concordato, il successivo art.183 individua quale mezzo impugnatorio l'appello contro la "sentenza" che abbia omologato o respinto il concordato, con assegnazione alle parti opponenti ed al debitore del termine di quindici giorni dall'affissione.

Dunque, al giudizio camerale previsto in sede di reclamo, nel caso di concordato fallimentare, si sostituisce quello ordinario di cognizione, dal primo differente non solo per quel che concerne l'atto introduttivo di esso, costituito dalla citazione e non già dal ricorso, ma anche per il conseguente *iter* procedimentale, certamente meno celere per pervenire alla decisione, che sarà una sentenza ricorribile in cassazione dalla data di affissione.

Sotto il profilo della tecnica di redazione del ricorso non vi è nulla di nuovo e di diverso nell'ipotesi in cui si tratti di dover impugnare una sentenza resa nel giudizio di appello avverso il decreto (e non già la sentenza, come indica la norma) pronunciato all'esito del giudizio di omologazione; e, difatti, al di là del differente *iter* procedimentale - come si è visto - stabilito per il concordato fallimentare e per quello preventivo, per entrambi è prevista una seconda fase di riesame del primo provvedimento assunto che consentirà, quindi, pur se in un ambito contenzioso ordinario, per il primo, e camerale, per il secondo, ai giudici di appello di riconsiderare *thema probandum e decidendum*, con la conseguenza che, pertanto, il ricorso ordinario (e, dunque, non straordinario) in sede di legittimità dovrà indicare, a pena di inammissibilità dello stesso, una chiara enunciazione del quesito di diritto e nell'ipotesi di impugnazione proposta ai sensi dell'art.360 primo comma n.5, la indicazione del fatto controverso in relazione al quale "...*la motivazione si assume omessa o contraddittoria*" o le ragioni per le quali la insufficienza di essa la rende inidonea a giustificare la decisione (art.366 bis).

2v) Esdebitazione (art.143 l.f.).

Il tribunale, qualora ritenga verificate le condizioni previste dall'art.142 e, quindi, risulti che il fallito persona fisica abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione necessaria ed abbia contribuito a non ritardare lo svolgimento di essa e semprechè non abbia distratto attivo o esposto passività insussistenti, sul ricorso di questi, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, con decreto dichiara inesigibili i debiti concorsuali non soddisfatti.

Avverso il relativo provvedimento gli interessati (debitore, creditori non soddisfatti o P.M.) possono proporre reclamo nelle forme dell'art.26 l.f., sicchè, anche in tal caso, ci si trova dinanzi ad un procedimento camerale regolato.

2z) Accordi di ristrutturazione (art.182 bis l.f.).

Il giudizio di omologazione è affidato al tribunale, con procedimento camerale, che dovrà prendere in considerazione il contenuto delle opposizioni, se ed in quanto proposte, ma che potrà essere negativo pur in assenza di queste, essendo richiesto, appunto, al collegio di esprimere una valutazione sul merito dell'accordo, sulle soluzioni prospettate, sul contenuto dei singoli contratti conclusi con il ceto creditorio, nonché sulla idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, ancorché non opposenti⁹.

Il giudizio conclusivo, d'altronde, ove favorevole, renderebbe, nell'ipotesi di successivo fallimento, non revocabili gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in esecuzione dell'accordo omologato (art.67, terzo comma, lettera e, l.f.).

Seppur l'accordo è previsto che acquisti efficacia dal giorno della sua pubblicazione nel registro delle imprese, ho motivo di ritenere che, tuttavia, l'esenzione dall'azione revocatoria non riguarderebbe gli atti posti in essere prima dell'intervenuta omologazione, nell'ipotesi di successivo fallimento.

Il decreto del tribunale, così come dispone il quarto comma dell'art.182 bis l.f., è reclamabile alla corte di appello, nel termine di *quindici giorni* dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese, con un procedimento identico a quello fissato dall'art.183 l.f. per l'appello avverso la decisione che omologa o respinge il concordato¹⁰.

3. Conclusioni.

La forma camerale ancorché privilegiata, come si è visto, dal Legislatore, di tipo uniforme, con richiamo degli artt.737 e segg. del codice di rito, come avvenuto con l'art.24 l.f., o in forme variegata e talvolta segnata da differenze sostanziali ed altre poco significative, costituisce una caratteristica fin troppo evidente del nuovo diritto delle procedure concorsuali e determina, inevitabilmente, un impatto per quel che attiene il nuovo processo dinanzi alla corte di cassazione escluso per quelle statuizioni emesse nell'ambito di procedimenti camerali che si concludono con pronunce ordinarie ma senz'altro ammesso per i provvedimenti decisori, pur se non più ormai attraverso la riproposizione di problemi dibattuti in passato in relazione alla ricorribilità, comunque, di quelle statuizioni con il mezzo straordinario per il quale ora è prevista una struttura non diversa da quello ordinario¹¹.

Non par dubbio che il Legislatore ha dimostrato di avere una grande fantasia

⁹ Sul contenuto degli accordi si veda il contributo di AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Il fallimento*, 2005, 950; DE CRESCIENZO-PANZANI, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 63.

¹⁰ CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006, 592.

¹¹ Per quel che concerne i problemi discendenti dalla opzione per il rito camerale, attesa la difficoltà del controllo di legittimità sul provvedimento emesso a

conclusione del procedimento, si vedano i rilievi di: PROTO PISANI, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art.737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluti al giudice)*, in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 569; TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, 405; Cass., Sez.Un., 19 giugno 1996, n.5629, in *Foro it.*, 1996, I, 3070, che ha definito tale rito un "contenitore neutro" ed in grado, dunque, di contenere anche i provvedimenti di natura contenziosa, si da assicurare un procedimento celere e concentrato.

nella individuazione dei diversi procedimenti come attesta la circostanza di avere, da un lato, preferito la forma del procedimento in camera di consiglio e di non avere, tuttavia, in molti casi, fatto menzione espressa della forma camerale, che risulta richiamata, al contrario, in altri e, al tempo stesso, dall'altro, per avere non sempre individuato una disciplina particolare dei diversi procedimenti enucleati, che seppur in molti casi fra loro simili, risultano in altri inspiegabilmente, pur se in modo parziale e scarsamente significativo, diversi.

E' difficile poter prevedere se ed in quale misura tutto ciò inciderà sull'attività futura della suprema corte. E' certo, tuttavia, che la tecnica di redazione del ricorso rimarrà, inevitabilmente, influenzata dal procedimento all'esito del quale verrà emesso il provvedimento che si intende impugnare dovendosi, di volta in volta, verificarne la natura ordinatoria o decisoria e, in particolare, tener conto del concreto rispetto delle regole proprie del procedimento.

In ogni riforma ci sono novità, determinate da scelte condivisibili ed altre più opinabili e controverse che richiedono, per una più attenta valutazione, di verificarne la concreta attuazione, al fine di poter stabilire se ed in quale misura il risultato e l'obiettivo voluto non sia frutto ed elaborazione di principi astratti, quanto, piuttosto, di un concreto adattamento delle norme alla fattispecie concreta.

Ne discende, per l'effetto, che il confine tra quel che è e ciò che si è inteso realizzare, operando una completa, o quasi, ristrutturazione del tessuto normativo esistente induce, immediatamente, a ritenere che mentre alcune scelte, ancorchè singolari, te le spieghi, pur non condividendole, altre restano ai confini della consapevolezza, nel senso che le percepisci, ne avverti il peso, ma non la ragione.

Solo la successiva applicazione ed interpretazione che delle norme riformate verrà data potrà lasciar comprendere se le difficoltà siano reali o non si tratti piuttosto di timori ingiustificati.

Avv.

Ferdinando CARBONE

Gli avvocati e la conciliazione

La conciliazione stragiudiziale delle controversie non è un argomento per il quale gli avvocati italiani vanno, come si suol dire, in brodo di giuggiole. E ciò per un certo numero di motivi, alcuni in parte giustificati, altri no.

Questo articolo vuole sforzarsi di aiutare a sgombrare il campo dagli ancora troppi equivoci che frenano l'inevitabile sviluppo della conciliazione nel nostro Paese.

Innanzitutto, va preso atto, con assoluto dispiacere, che la conciliazione, sia come negozio, sia come istituto avente valenza processuale, non è conosciuta abbastanza, per non dire affatto e, come dice un vecchio adagio, “*ciò che non si conosce, si evita*”.

Assolutamente ignorata come fenomeno sociale e di educazione civica a livello scolastico, la conciliazione non viene nemmeno studiata nelle Università, non essendovi, al contrario di quanto già avviene in numerosi Paesi, alcuna cattedra universitaria dedicata nello specifico alla materia delle cosiddette ADR.

Alcuni spunti sono forniti, trasversalmente, in materia di tecniche di comunicazione e di negoziazione, più che altro sotto il profilo manageriale, talvolta sotto quello sociologico, in materie non specificamente giuridiche, quali scienze politiche o simili. Inoltre, alcuni istituti offrono corsi di mediazione familiare o minorile, ma non propongono certo approfondimenti concettuali tali da poter seriamente coinvolgere l'*animus* di un professionista del diritto, e farlo compenetrare nell'argomento, fargli cogliere tutta la profonda tessitura solidaristica e metterlo dunque nella condizione psicologica di colui che si è convinto che la conciliazione è la scelta primaria per la risoluzione di una controversia, mentre la lite processuale è la scelta successiva, ed in questo senso “alternativa”, come *extrema ratio* offerta dall'ordinamento, onde evitare che i cittadini si rivolgano a soluzioni cruento o comunque a farsi giustizia da sé.

Questa profonda carenza conoscitiva incide non poco sulla psiche (cultura e coscienza) del professionista del diritto, abituato a ragionare per categorie, se non aristoteliche, quanto meno ancora troppo hegeliane, e quindi portato a rifuggire da argomenti che, almeno all'apparenza, non sembrano possedere quell' *appeal* che indubbiamente rivestono i classici istituti civilistici o processualistici cui egli, se ha studiato seriamente, si è abbeverato.

In sostanza, la conciliazione tuttora appare come il contrario esatto di quanto abbiamo detto poc'anzi, ossia la “cenerentola” delle materie giuridiche, un semplice ostacolo frapposto, di tanto in tanto, dal legislatore all'esercizio immediato dell'azione; un patetico “filtro”, tanto per consolare le coscienze, per dire di averci provato, di aver pensato a, e poi rapidamente rimosso, quel malaugurato e mal disciplinato “tentativo di conciliazione”, che sta lì nel codice processuale o in qualche legge speciale “a far da bella statua”.

Con la sola eccezione, praticamente, del diritto del lavoro, ove molte cause vengono “conciliate”, *rectius* transatte, prima dell'avvio del giudizio, per i motivi di squilibrio

processuale e sostanziale tra le parti in causa che qui non è il caso di ricordare, tanto sono noti, vi sono pochissime conciliazioni giudiziali, o pre-giudiziali, nelle materie ove pure tale istituto avrebbe un ruolo pregnante, come ad esempio, ma non solo, nelle controversie matrimoniali.

Le altre cause di “disaffezione” rispetto alla conciliazione da parte degli avvocati, derivano ineluttabilmente dalla prima, ossia la mancata conoscenza, che ingenera tre errate convinzioni: a) l’errata convinzione che la conciliazione tolga lavoro; b) l’errata convinzione che la conciliazione tolga prestigio; c) l’errata convinzione che la conciliazione sia poco remunerativa.

Di queste “fobie”, la più facilmente smontabile è la terza.

L’avvocato disinformato ritiene che il lungo decorso del processo sia non solo sicura fonte di reddito, ma un moltiplicatore del reddito stesso, secondo l’antico brocardo *dum pendet, rendet*.

Malgrado l’antica saggezza, tale adagio è sicuramente obsoleto. Intanto la comune esperienza fa stato del contrario: la causa, più è lunga, e più diventa a carico dell’avvocato, perché il cliente non è invogliato a perdurare nella corresponsione di anticipi, vuol vedere come va a finire. Dopo la sentenza, cominciano i dolori, se il risultato è sfavorevole; se invece esso è positivo, cominciano i dolori per la controparte (*sempre un avvocato comunque ci va di mezzo*), ma non solo; anche la parte vittoriosa ha i suoi problemi: registrazione della sentenza, notifica della copia autentica e provvisoriamente esecutiva (in quel *provvisoriamente* vi è tutto il dramma della giustizia), e se la controparte fa appello, ecco qui che tutto ricomincia daccapo. L’avvocato sente sul collo il fiato del proprio cliente che, pur avendo vinto, sta continuando a pagare, senza ancora sapere come andrà a finire. La chiudiamo qui per amore di brevità, stendendo un velo pudico (si fa per dire) sull’eventuale fase di esecuzione forzata, dove il tormento del cliente può raggiungere l’acme.

La conciliazione è tariffata dalla tabella professionale vigente né più né meno come l’arbitrato, il quale a sua volta è tariffato né più né meno come il processo ordinario, cosa che molti avvocati ignorano, non avendo mai partecipato né ad arbitrati, né tanto meno a conciliazioni. Ed allora, di cosa deve lamentarsi un avvocato, visto che la conciliazione si chiude in assai minor tempo della causa, e, se conclusa positivamente, rende contento il cliente (a differenza della transazione, che sempre un po’ scontento lo deve lasciare, se è una buona transazione), mentre, se non si è riusciti a concluderla, lascia pur sempre lo spazio al processo? Ma c’è ancora chi vuole pensarci sopra?

Le altre due cause di disaffezione sono molto correlate tra loro, anche se non identiche: la perdita di lavoro riguarda l’aspetto materiale della professione, la perdita di prestigio riguarda quello morale.

Entrambe le questioni sono mal poste, e quindi da rifiutare.

Il lavoro non lo tolgono le conciliazioni, caso mai i troppi avvocati che annualmente vanno ad ingrossare il ceto forense. Se poi per lavoro perso si intende dire che, proposta al cliente la conciliazione piuttosto che la causa, costui si alza e se ne va, pensando di aver sbagliato studio, sono convinto che aver perso quel cliente non sarà poi un danno così grave.

Un discorso diverso deve essere fatto per quanto riguarda il prestigio.

Specialmente per un avvocato giovane o per un avvocato donna, con tutto il rispetto per entrambi, capisco che possa esserci una remora psicologica a presentarsi al cliente, proponendo *d'emblée* una soluzione alternativa alla lite. Mancando dell'autorità che solo l'esperienza, i capelli bianchi ed un po' di appesantimento corporeo contribuiscono a dare, si può temere inizialmente di far cattiva impressione, di dimostrare poca o scarsa grinta combattiva, poca o scarsa preparazione sul piano conoscitivo, sia sostanziale che processuale. Anche qui, nel retropensiero dell'avvocato, si annida il baco che rode il cervello. *“Ma chi me lo fa fare a proporre la conciliazione?”*.

Ci vuole solo una forte etica professionale, perché l'obbligo di tutelare al meglio gli interessi primari del cliente già è presente nel codice deontologico. Solamente che ciò non basta, dovrebbe essere rafforzato, come vedremo più oltre, dall'esplicita affermazione di “errore professionale” l'aver mancato ad una compiuta disamina preventiva, o anche in corso di causa, di ogni possibile alternativa che sia più appetibile per il cliente, rispetto all'iter processuale.

Inutile ci sembra proseguire in questa triste disamina, che fa parte ormai da tempo della comune esperienza degli operatori del diritto.

Se i ruoli civili e penali sono intasati, e nessuna riforma riesce a sbloccarli, qualche motivo ci sarà, e non dipende solo dalla estrema litigiosità dei nostri connazionali, ma soprattutto dal fatto che in questo Paese la cultura della conciliazione è sopraffatta dalla cultura della lite: le ADR non funzionano, e non vengono fatte funzionare.

Spetta dunque agli avvocati, ed *in primis* ai vari Consigli dell'Ordine, prendere in mano la “patata bollente” e trovare la soluzione al problema “in casa”.

Guardiamo infatti cosa ha combinato (o meglio, non ha combinato) il legislatore dopo aver introdotto nel nostro ordinamento il nuovo diritto societario, prodromico, com'è noto, alla riforma più vasta del codice di procedura civile.

Il rito societario ha introdotto, tra le tante modifiche processuali, un nuovo modo di applicare la conciliazione e l'arbitrato. Lasciando da parte quest'ultimo, la conciliazione “societaria” richiedeva, per una sua migliore e più coerente applicazione, l'emanazione di due decreti ministeriali, che hanno infatti visto la luce nel luglio, o per meglio dire, con la loro pubblicazione in Gazzetta, nell'agosto del 2004, con cui si dovevano disciplinare gli Enti, privati e pubblici, diversi dalle Camere di Commercio, abilitati a fornire i “servizi” di conciliazione, tramite l'iscrizione in un apposito Registro. Inoltre, dovevano essere disciplinati gli Enti, anch'essi privati o pubblici, diversi dalle Università, abilitati alla formazione di “conciliatori esperti”, in grado cioè di assicurare un valido servizio di conciliazione, in primis in campo societario, ma anche (poi) ovviamente al di fuori di questo.

Ebbene, malgrado l'istituzione, e l'insediamento, di un Comitato di tre saggi, i quali dovevano indicare al Ministero i criteri specifici (già peraltro presenti con sufficiente chiarezza nei decreti) cui informarsi per l'emissione e la tenuta del Registro, da una parte, e per l'autorizzazione allo svolgimento di corsi formativi “professionalizzanti” dall'altra, nulla è stato fatto sinora, per cui si sta raggiungendo il traguardo del biennio senza che al dettato normativo sia stata data applicazione.

Non è dato di capire le ragioni di tale ritardo, trattandosi oltretutto di provvedimenti “a costo zero” per le casse dell’Erario..

Ne consegue che, allo stato, le conciliazioni, sia in materia societaria che al di fuori di essa, possono essere svolte, nel quadro della libera esplicazione dell’autonomia privata, senza regole precipue, e senza soprattutto possibilità di conoscere, da parte degli utenti, come e dove poter conciliare.

Il tutto viene dunque, ancora una volta, lasciato alla libera iniziativa delle parti e dei loro avvocati, il che, se da un lato non può che essere così, visto che la conciliazione obbligatoria è incostituzionale, lascia comunque la bocca amara, perché non mette in grado cittadini ed imprese di poter sfruttare appieno uno strumento invece utilissimo per il soddisfacimento dei loro primari interessi di giustizia sostanziale, condivisa, celere e poco onerosa.

E’ già difficile sfruttare un “servizio” quando questo magari esiste, ma è poco conosciuto e poco pubblicizzato. A maggior ragione, appare a dir poco velleitario pretendere che cittadini e imprese vadano a conciliarsi, in assenza di strutture idonee, all’uopo deputate, se si prescinde dalle Camere di Commercio, da qualche Camera di Conciliazione, come quella di Roma, e poco più.

Resta dunque da agire d’iniziativa, ossia spontaneamente e non pungolati da una normativa carente e di fatto non applicabile. Tale iniziativa, per non essere lasciata unicamente in mano ai privati, ossia a gruppi spontanei di avvocati o di imprenditori che creino gli strumenti per operare, ossia libere associazioni, o società di capitali, aventi come scopo sociale la fornitura di servizi di mediazione, dovrebbe a mio avviso essere presa in mano dai Consigli dell’Ordine, nella loro veste e funzione di istituzioni pubblicistiche, che dovrebbero nella loro potestà ordinistica, da un lato fomentare, e dall’altro regolamentare, l’esercizio libero da parte dei propri iscritti (non sotto la forma capitalistica vietata dall’ordinamento professionale, ma certamente sotto quella associativa) di tale attività, rientrando a pieno titolo nelle competenze degli avvocati.

Ma vi è di più.

Gli Ordini, sia attraverso le Scuole Forensi già esistenti, sia attraverso altri strumenti eventualmente individuati, possono e debbono urgentemente attivarsi perché *tutti gli iscritti*, eccezion fatta per coloro che secondo la legge possono essere esentati (ma che volontariamente potrebbero comunque sottomettersi), *partecipino ad un corso obbligatorio di conciliazione ed ADR*, e conseguino, ove lo vogliano, un certificato di avvocato conciliatore esperto, sia per l’esperimento della conciliazione che per la partecipazione, in veste di avvocato di una delle parti, alla procedura conciliativa. Dovrebbe essere considerato *errore professionale*, sanzionato dal punto di vista deontologico, l’aver omesso di rappresentare al cliente, prima di adire la via giudiziale, tutte le opportunità offerte dalla conciliazione o comunque da una ADR, così come è già sancito in vari ordinamenti stranieri da parte dei competenti organi di controllo della professione forense.

Avv.
Pietro CARNEVALE

Esigenza della legge quadro europea per l'energia. Fini ed obiettivi di essa mirati anche al nuovo incisivo ruolo internazionale dell'europa "allargata"

sommario

- I. - Fini e obiettivi dell'art. 256 della Costituzione europea per l'energia;*
II. - Informazione e partecipazione ad incontri-dialoghi di esponenti delle varie comunità territoriali per la discussione, le prospettive, soluzioni delle varie problematiche etc., connesse ai predetti; *III. - Organizzazione di detti incontri aventi carattere orientativo e strumentale alla fase preparatoria dell' emananda legge europea;* *IV. - I possibili e vari temi di detti incontri;*
V. - Rilevanza della soluzione dei temi in essi trattati;
VI. - La sicurezza dell'approvvigionamento energetico; *VII. - Conclusioni.*

L'art. 256 della Costituzione per l'Europa, ancora non approvata da tutti gli Stati dell'U.E., stabilisce che la politica di questa nel settore dell'energia - nel quadro dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell'esigenza di garantire l'ambiente è intesa a:

- a) garantire il funzionamento del mercato dell'energia;
- b) garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione Europea;
- c) promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili.

La legge in esame, inoltre, dovrà fare salve le disposizioni stabilite per altri settori o parti di detta Costituzione e fissare le misure necessarie per conseguire gli obiettivi suesposti.

L'emananda legge europea in materia (continua detto articolo) non inciderà sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni per l'utilizzo delle sue fonti energetiche e la struttura generale del proprio approvvigionamento energetico, fatte salve le facoltà del Consiglio dell'U.E. di adottare all'unanimità le misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro fra le diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo in occasione dell'emananda legge quadro europea per l'ambiente (strettamente connessa con quella per l'energia, come può agevolmente desumersi dalla lettura del citato art. 256).

Quanto si é testé detto evidenzia che il diritto di ciascuno Stato dell'U.E. è alquanto condizionato e presenta, quindi, limiti non trascurabili, soprattutto se si tengono presenti le relazioni fra il settore dell'energia e quelli dell'ambiente, della salute, etc. (cioè

tutti i settori strategici e/o riferentisi agli stessi).

Lo stesso Consiglio dovrà stabilire attraverso precise norme, contenute nell'emanando provvedimento legislativo se le misure, in questo indicate (fissate) per conseguire gli obiettivi di cui al citato art. 256, sono principalmente di carattere fiscale.

Lo stesso articolo stabilisce che prima dell'adozione di detta legge dovranno essere consultati il Comitato delle Regioni e il Comitato Economico e Sociale.

Gli obiettivi, i fini, i limiti di competenza, le condizioni, le connessioni fra le varie normative collegate a quella oggetto della presente indagine, i prevedibili contenuti della stessa legge (in materia) e dei provvedimenti di attuazione di essa, etc., rendono necessarie la più ampia "partecipazione" alla fase preparatoria e la più capillare informazione su quanto è stato esposto sopra e circa i riflessi dell'emananda normativa sulle altre concernenti i vari settori strategici¹. A ciò bisogna aggiungere la particolare situazione in materia di alcuni Stati della U. E. e degli Stati che forniscono agli stessi fonti fossili o prodotti finiti (ad energia per i consumi vari). In quest'ottica l'approvvigionamento di energia e la sicurezza dello stesso, cui si riferisce l'art. 256 impongono una valida ed efficace politica in materia e, quindi, la predisposizione di una legge quadro applicabile agevolmente in tutta l'U.E. per l'effettivo raggiungimento degli obiettivi e dei fini summenzionati e l'utilizzazione ampia di quelli indiretti di questi ultimi: cioè i fini delle disposizioni nelle quali il provvedimento legislativo europeo si sostanzierà dovranno determinare "effetti concentrati".

Gli incontri-dialoghi, indirizzati alla migliore conoscenza dei problemi connessi agli obiettivi, fini, etc. (desumibili agevolmente dalla lettura dell'art. 256), dovranno, anzitutto tendere a stimolare la più ampia partecipazione dei componenti le comunità ai vari livelli (comunali, provinciale, città metropolitane, regioni, etc.) in modo che siano discussi tutti i temi relativi alle materie oggetto degli stessi (problemi). Pertanto essi saranno promossi dalle Istituzioni pubbliche competenti ai diversi livelli e dai soggetti ed enti diversi, idonei a suscitare l'interesse di molti partecipanti ai temi ed agli obiettivi suesposti. La funzione-scopo di detti incontri, oltre l'informazione e l'approfondimento dei vari problemi e/o di alcuni aspetti degli stessi, è evidentemente strumentale alla fase preparatoria della legge quadro in esame e le varie soluzioni (proposte, etc.), adottate alla conclusione di essi, dovranno essere trasposti in documenti, relazioni etc., assemblate e conservate dalle Istituzioni pubbliche ai diversi livelli anzidetti, per essere messi a disposizione di chiunque vi abbia interesse. Le stesse Istituzioni, poi, trasmetteranno le relazioni (documenti assemblati, etc.) a quelle a livello superiore. Quelle regionali, poi, trasmetteranno le loro relazioni (documenti, etc.) al governo nazionale. Questo curerà infine la presentazione della propria proposta ai servizi dell'U.S. tenendo conto delle relazioni etc., che hanno carattere orientativo ed indicativo e non vincolante.

¹ In particolare l'ambiente, la salute, lo sviluppo tecnologico, etc. Non bisogna dimenticare in proposito che l'energia serve anche per potabilizzare e migliorare la qualità delle acque, migliorare l'aerazione degli ambienti, eliminare alcune sostanze dagli alimenti

rendendoli così più sani, etc. Tutto ciò evidentemente risulta utile per prevenire il cancro e talune forme di tumori. In breve l'energia è utilizzabile per gli usi disparati e per conseguire i migliori risultati

II- La partecipazione anzidetta agli incontri consente la manifestazione libera e approfondita delle singole opinioni dei presenti agli stessi, perplessità, etc., sulle varie problematiche riferentisi agli obiettivi e fini anzidetti (desumibili dal testo dell'art. 256 e degli altri articoli dallo stesso richiamati) e l'ampia e complessa materia dell'energia, delle fonti della stessa, dei sistemi di produzione, delle forme di approvvigionamento, etc.

La materia è vasta per le connessioni di detto settore con altri settori strategici per le problematiche che essa suscita.

A titolo esemplificativo si ricorda che l'obiettivo "sviluppo di energie nuove e rinnovabili (lett. c) dell'art. 256) implica anche l'esame delle possibili forme di utilizzazione della vasta categoria di queste ultime².

In breve sono molti i problemi da esaminare ed approfondire in tutti i loro aspetti. Essi dovranno costituire quelle "cose" che devono essere "sapute guardare sotto tutti i loro aspetti", (Gothe).

Nell'ottica ricordata appare evidente che nei proposti incontri dovranno essere esaminati e discussi approfonditamente i temi riguardanti gli strumenti urbanistici, paesaggistici, monumentali, etc., le relative normative, le procedure per l'emanazione dei provvedimenti amministrativi, etc.: in breve tutto ciò che concerne l'ambiente, il territorio, la salute, lo sviluppo delle comunità, la valorizzazione del patrimonio non trascurabile sparsa in tutto il territorio dei vari Stati dell'U.E. (e specialmente in Italia).

III- Gli incontri, oggetto della proposta, per il migliore perseguimento dei loro fini (strumentali alla fase preparatoria legislativo ed allo sviluppo generale) saranno organizzati dalle istituzioni pubbliche territorialmente competenti e dagli enti e soggetti più diversi, in quanto le problematiche sono numerose e devono essere esaminate in tutti i loro aspetti per offrire una fattiva collaborazione ai Servizi dell'U.E. e per il perseguimento incisivo dei loro fini.

Di certo le Istituzioni pubbliche avranno un compito propulsivo per suscitare ed incrementare l'interesse generale ai vari temi ed alle numerose problematiche di carattere tecnico, giuridico, economico, sociale, etc. nonché per stimolare la stampa, il cinema, la televisione (in breve tutti gli organi di informazione) a far conoscere l'importanza degli incontri e delle soluzioni adottate a conclusione di essi. Soluzioni (trasfuse in relazioni, documenti, etc.) riassunte dalle Istituzioni territorialmente competenti ai vari livelli e in ultimo inviate ai servizi del Governo di ciascuno Stato dell'U.E. per la redazione delle proposte in materia, al fine anche delle predisposizione di un testo completo della bozza di progetto della legge quadro in questione. Tutto ciò servirà anche, tenendo sempre conto del carattere orientativo-indicativo di detti "risultati degli incontri" al Comitato Economico e Sociale, a quello delle Regioni, al Consiglio dell'U. E., etc.

2 Le onde del mare, il vento, il sole, le biomasse, i rifiuti, etc. In proposito si evidenzia che la costruzione della maxi opera ferroviaria Berlino-Palermo implica anche la costruzione del ponte sullo stretto di Messina con tutti gli innumerevoli vantaggi, fra i quali si deve annoverare

quello di una migliore utilizzazione delle onde di quel mare (e quindi una maggiore produzione di energia da tale fonte). Tutto ciò dimostra che i problemi da esaminare durante i detti incontri sono moltissimi e desumibili dalle opere, interventi e/o materie diverse.

Il carattere orientativo di detti incontri impone pure di ricordare che tra i temi da trattare devono annoverarsi quelli riguardanti il continuo e crescente aumento del fabbisogno di energia e dei possibili usi della stessa (potabilizzazione della acque, irrigazione dei terreni messi a coltura per cereali, etc., immissione dell'acqua nei pozzi petroliferi per l'estrazione di una sostanza meno porosa e l'ottenimento di un petrolio meno inquinante, etc.).

In quest'ottica l'esame dovrà pure concernere il possibile contenimento del brusco e continuo aumento dei prezzi dei carburanti, la ricerca di nuovi fornitori con i quali stipulare anche diversi tipi di contratti, il coinvolgimento delle banche e degli istituti finanziari, etc.

IV. - Ovviamente i temi dovranno riguardare anche l'applicazione completa e sollecita dell'emananda normativa europea; i compiti di ciascuno Stato dell'U.E. (specialmente nei settori normativo, amministrativo, propulsivo, etc.).

Di conseguenza dovrà pure esaminarsi in detti incontri il possibile quantitativo di energia ottenibile dalle fonti rinnovabili e da quelle nuove, l'uso di nuovi sistemi per la produzione di energia pulita e di alcune fonti di essa (onde marine, sole, vento, rifiuti, etc.) i prevedibili quantitativi che in futura potranno ottenersi dalle varie fonti disponibili in ogni Stato dell'U.E., le normative in materia da modificare e/o da emanare, le procedure amministrative: in breve tutto ciò che occorre per l'incisivo perseguimento degli obiettivi e dei fini più volte ricordati.

Tutto ciò servirà anche a ciascuno Stato dell'U.E. per determinare ogni tipo di intervento, in aggiunta a quelli previsti dall'art. 256, di carattere normativo o procedurale etc. (o di coordinamento delle normative e delle procedure esistenti, etc.).

V- Tutto quanto sin qui é stato esposto, sia pure succintamente per l'economia del lavoro e per la vastità degli argomenti oggetto degli incontri, evidenzia la funzione-scopo di stimolo per i vari interessi delle Istituzioni pubbliche, promotrici degli stessi, e gli approfondimenti di taluni aspetti (e delle relative soluzioni) delle varie problematiche che potrebbero compiere i partecipanti ai "dialoghi" organizzati da taluni specifici soggetti (scuole, banche ed istituti finanziari, ordini professionali, associazioni di categoria, etc.). Infatti, in tali incontri, fra l'altro, potrebbero essere esaminati aspetti particolari degli obiettivi e dei fini, etc. della emananda legge europea, degli interventi degli Stati dell'U.E. il coordinamento fra le varie normative, l'unificazione in tutto il territorio dell'U.E. di una particolare normativa o di alcune disposizioni di essa³ etc.

Gli argomenti di detti temi, peraltro, sarebbero desumibili dalle "maxi opere" già di-sposte dagli Organi dell'U.E.. In proposito si ricorda che la costruzione della linea ferroviaria Berlino-Palermo, (e la realizzazione con essa del tanto sperato ponte sullo stretto di Messina) potrebbe stimolare l'istituzione di una linea marittima per la circumnavigazione della Sicilia (utilizzando così gli attuali traghetti che collegano

3 In proposito, ad esempio, si cita l'opportunità di un *jus novum* circa le nuove norme per l'accesso alle professioni e l'esercizio delle attività professionali, al fine di evitare sperequazioni ed Ingiustizie sociali e di

dare puntuale attuazione alla direttiva comunitaria N. 36/2005 C.E. Sull'argomento: G. CIPOLLONE, *Foro Romano* 2005, pag. 875. Gli esempi sarebbero vari e di agevole intuizione.

Messina e Villa S. Giovanni), incrementare alcune attività professionali e imprenditoriali etc.⁴.

Gli esami che detti soggetti (enti, associazioni, etc.) possono eseguire attraverso gli “incontri” consentirebbero una più incisiva realizzazione degli obiettivi e dei fini di cui al citato art. 256 ed offrirebbero alle Istituzioni pubbliche delle soluzioni utili alla predisposizione di norme idonee alla sollecita applicazione della legge quadro e dei provvedimenti normativi alla stessa connessi, all’effettiva esecuzione degli interventi summenzionati e di tutto ciò che occorre per il perseguimento degli effetti immediati e mediati del medesimo provvedimento legislativo.

VI- L'esame degli obiettivi più volte ricordati non potrebbe trascurare le problematiche circa il crescente fabbisogno di energia per gli usi vari, compresi quelli di una maggiore irrigazione dei terreni per coltivazione dei cereali e di altri prodotti agricoli occorrenti per ottenere i “biocarburanti”. Tutto ciò impone anche di ricercare nuovi fornitori (in aggiunta e/o sostituzione di alcuni di quelli attuali), nuove forme contrattuali per l’approvvigionamento di fonti di produzione di energia e/o della medesima, (fino a quando la produzione energetica del fabbisogno europeo (e in particolare dell’Italia) sarà tendenzialmente eguale alle produzioni di tale bene da fonti disponibili, etc.

Negli incontri dovranno pure esaminarsi le problematiche concernenti lo sviluppo tecnologico, la maggiore produzione agricola, la migliore produttività dei terreni, la qualificazione dei lavoratori alle nuove attività, migliori sistemi di produzione di energia anche per assicurare il risparmio energetico mediante l’utilizzo di beni ed apparecchi a scarso consumo della stessa, etc.

In tal ottica appare utile ricordare, anche per il miglioramento dei sistemi di produzione di energia pulita, che in detti incontri si potrebbero esaminare i vantaggi di utilizzo del COOKIT (attualmente in esperimento in Kenia e consistente nell’uso di scatole di cartone cerato, ricoperte di fogli di alluminio per ottenere forni solari meno inquinanti dei tradizionali specchi parabolici, utilizzati attualmente per gli impianti solari).

Anche gli attuali impianti per la produzione di energia dalle onde del mare, dal vento potrebbero subire sensibili miglioramenti utilizzando i risultati di altre ricerche.

In breve detti incontri dovrebbero stimolare la ricerca applicata.

In tal modo la loro funzione-scopo strumentale per la fase preparatoria dell’emananda legge quadro europea sarebbe svolta più incisivamente anche per altri soggetti ed enti.

4 Fra le suddette, a titolo esemplificativo, si ricordano: la ricerca ed il possibile ritrovamento della vasta sacca nel mare di Sicilia della “sostanza” (descritta da Tucidide nel III Libro della Storia), che è l’attuale petrolio, e di altre fonti di energia, oltre l’incremento della produzione di energia dalle onde del mare, dai rifiuti di essi. Peraltro la valorizzazione del mare di

Sicilia, determinata dalla citata possibilità di frequente circumnavigazione della stessa isola e di quelle circostanti intensificherebbe alcune ricerche in vari settori e consentirebbe di reperire risorse di vario genere, idonee a consentire l’effettivo sviluppo sotto ogni aspetto della stessa regione e di quelle meridionali italiane.

I problemi da esaminare sono molti anche perché sono strette le relazioni dell'energia con altri settori strategici e notevoli sono gli stimoli e gli aiuti che essa offre allo sviluppo tecnologico, culturale, sociale, etc., delle comunità, della produzione e dei sistemi per ottenere certi beni: in breve al miglioramento del tenore di vita delle popolazioni, dei metodi di lavoro, etc.

Di certo non può ignorarsi la connessione fra energia ed ambiente, per cui la maggiore produzione energetica deve anche rispettare taluni limiti imposti dalla tutela dell'ambiente. Il prodotto (energia) fonti rinnovabili dovrà perciò pure essere meno inquinante.

Tali esigenze dovranno essere tenute presenti in occasione dell'esame dei sistemi di produzione di biocarburanti ed altri combustibili da fonti rinnovabili e nuove, al fine di ottenere un bene (combustibile "pulito") ad alto rendimento e inquinante il meno possibile (cioè si riducano al minimo le scarsissime possibilità di inquinamento).

VII- La breve esposizione su problemi tanti importanti e vasti e temi "scottanti", da noi ritenuta essenziale per consentire pienamente l'esplicazione dello scopo strumentale di tali incontri ai diversi livelli, dimostra anche l'esigenza dell'approfondimento di alcuni aspetti tecnici, giuridici, sociali, etc.; dei problemi summenzionati al fine di ottenere un provvedimento legislativo di tempestiva applicazione ed ad effetti "concentrati" nell'interesse stesso delle varie comunità, oltre che dei vari Stati dell'U.E. e di quest'ultima. Essa, infatti, con l'adozione di un provvedimento legislativo di così vasta rilevanza" potrà svolgere meglio il proprio nuovo ruolo internazionale, soprattutto nei confronti dei Paesi Afro-Asiatici⁵.

Invero si tratta di sperimentare un nuovo metodo di informazione e di partecipazione "orientativa" (per il legislatore) delle comunità e dei soggetti ed enti in parte citati alla fase preparatoria della procedura legislativa che si concluderà con l'adozione della legge quadro per l'energia. Gli obiettivi ed i fini della stessa, indicati nell'art. 256, forse imporranno altri esami durante i proposti incontri-dialoghi, i quali così varieranno i temi e gli argomenti per perseguire più incisamente le loro finalità immediate e mediate.

In quest'ottica non può sottacersi l'importanza, in occasione di detti incontri, dei problemi della qualificazione dei lavoratori, della flessibilità delle imprese, etc., per l'esercizio di nuove attività economiche e/o l'incremento di alcune di esse.

Infine si deve evidenziare che detti incontri-dialoghi potranno essere utili anche per la preparazione di legge-quadro nazionali⁶.

Si tratta, invero, di un nuovo metodo di partecipazione delle comunità varie ad una fase legislativa per ottenere un "prodotto" migliore e di facile e pronta applicazione. Si eviteranno e si ridurranno così opposizioni infondate e/o perplessità ingiustificate, tendenti soltanto a ritardare la puntuale ed incisiva esecuzione delle varie disposizioni del provvedimento legislativo in questione.

5 P. CARNEVALE, *Autonomia energetica per il consolidamento e lo sviluppo dell'Unione Europea*, in TAR 2004, II, 511.

6 P. CARNEVALE, *La legge quadro sul pubblico impiego. I poli della nuova normativa*, in TAR 1984, 11, 21.

Avv.
Stefano GALEANI

La nuova normativa processuale per i procedimenti di risarcimento danni da incidenti stradali con conseguenze letali e lesioni personali

La legge n° 102/06 pubblicata nella G. U. n° 64 del 17 marzo 2006 prevede l'applicazione delle norme processuali di cui al libro, Il titolo IV, capo I del codice di procedura civile, ai giudizi relativi al risarcimento dei danni per morte o lesioni conseguenti ad incidenti stradali. Fondamentalmente il capo I del libro II titolo IV, può essere suddiviso in quattro parti. La prima parte è quella relativa all'art. 409 il quale elenca le controversie alle quali si applicano le disposizioni del citato capo I. La seconda è quella dagli artt. 410 al 412 quater che disciplinano : il tentativo obbligatorio di conciliazione; i termini per il suo espletamento; il processo verbale di conciliazione che può essere dichiarato esecutivo con decreto del Tribunale; il verbale di mancata conciliazione; la procedibilità della domanda; l'arbitrato irritale previsto dai C.C.N.L. ; l'impugnazione e l'esecutività del lodo arbitrale. La terza parte è quella relativa all'art. 413 che individua il giudice competente. La quarta, infine, è quella relativa agli arti. dal 414 al 441 (Forma della domanda, termini ecc.)

Cerchiamo ora di capire se tutte queste quattro parti dovranno essere applicate ai danni per morte o lesioni derivati da incidenti stradali o se solamente alcune di esse.

L'art. 3 della legge 102/06 parla genericamente di norme processuali. Personalmente ritengo che il legislatore abbia voluto riferirsi unicamente alle norme contenute negli articoli dal 414 al 441, con esclusione, quindi, delle prime tre parti del capo I di cui sopra e ciò per una serie di motivi. Il primo di natura logica. Infatti, se il legislatore avesse voluto applicare interamente il capol avrebbe potuto semplicemente dire : “ alle controversie relative ai danni mortali o da lesioni derivati da circolazione stradale si applicano le norme di cui al capo I, titolo IV, libro II “ oppure, in alternativa, avrebbe potuto inserire tali voci di danno nell'ambito dell'art. 409. Avendo, invece, fatto espresso riferimento alle norme processuali contenute nel citato capo, sembrerebbe chiara la sua volontà di riferirsi solamente ad alcune delle norme nello stesso contenute e cioè a quelle di rito. Seguendo tale ragionamento, quindi, escluderei l'applicabilità delle norme contenute negli artt. dal 410 al 412 quater ai danni di cui ci stiamo occupando. L'esclusione di tali norme, deriva anche da un altro fattore ed esattamente dal fatto che non esistono né sono state previste, dalla normativa in esame, le strutture presso le quali effettuare il tentativo obbligatorio di conciliazione. Non è nemmeno lontanamente ipotizza-

bile che il legislatore abbia potuto pensare di utilizzare, anche per tale scopo, le direzioni provinciali del lavoro essendo le stesse, già abbondantemente gravate dalle controversie di lavoro ed avendo raggiunto tempi biblici nella fissazione delle date per il tentativo di conciliazione.

Avendo operato la suddetta esclusione, dobbiamo ora esaminare le problematiche relative alla competenza.

L'art. 413, al primo comma, testualmente recita : “ Le controversie previste dall'art. 409 sono in primo grado di competenza del Tribunale in funzione di giudice del lavoro “. Anche per ciò che riguarda la competenza, ritengo che possa essere fatto lo stesso ragionamento appena svolto per il tentativo obbligatorio di conciliazione, nel senso che se il legislatore avesse voluto determinare una competenza esclusiva del Tribunale per le controversie aventi ad oggetto danni da morte o da lesioni conseguenti ad incidenti stradali, avrebbe potuto inserire questi ultimi all'interno del più volte richiamato art. 409. Ma così non è stato. Non dobbiamo dimenticarci, inoltre, che ogni qual volta si è voluta riconoscere una competenza esclusiva, sia essa per valore o per materia, questa è stata espressamente indicata all'interno delle norme (ad esempio in materia di locazioni). Qualora, invece, si volesse ritenere applicabile alle controversie di cui ci stiamo occupando l'art. 413, la domanda di risarcimento andrebbe rivolta al Giudice del Lavoro dal momento che il richiamato articolo ne prevede la competenza funzionale. Un altro aspetto, inoltre, che non può non essere considerato è la circostanza che qualora si ritenessero le controversie di cui sopra di competenza esclusiva del Tribunale, si andrebbe a svuotare di significato l'Ufficio del Giudice di Pace che, non dobbiamo dimenticarlo, è stato appositamente istituito, per ridurre il carico di lavoro proprio del Tribunale che con una diversa interpretazione della norma, si troverebbe nuovamente gravato da un notevole numero di giudizi. Una interpretazione rivolta a riconoscere una competenza esclusiva per materia del Tribunale, inoltre, contrasterebbe, anche, con la volontà più volte manifestata dal legislatore di aumentare la competenza per valore del Giudice di Pace, proprio in materia di danni da circolazione stradale. A conclusione di tale ragionamento, ritengo che la legge 102/06 non modifichi quelle che sono le regole sulla competenza che rimane vincolata al valore della causa. Saranno, quindi, di competenza del Giudice di Pace le controversie di valore non superiore ai 15.493,70 euro, e del Tribunale quelle eccedenti tale valore.

Quanto sin qui detto, che ribadisco essere un mio personale convincimento derivato dalla lettura del provvedimento legislativo e dalle considerazioni esposte, potrebbe trovare ostacolo nel momento in cui andiamo occuparci del giudizio di appello, disciplinato dall'art. 433. Anche in questo caso, però, il richiamato articolo, nel prevedere quale giudice di secondo grado la Corte d'Appello, fa sempre riferimento alle controversie previste nell'art. 409. Da ciò ne consegue che non essendo stati inseriti i danni da morte o da lesioni, derivati da circolazione stradale, all'interno dell'art. 409 dobbiamo necessariamente ritenere, in osservanza del ragionamento fatto sin qui, che anche in ordine ai giudizi di appello nulla è cam-

biato con la legge 102/06 rimanendo il Tribunale giudice di appello per le sentenze del Giudice di Pace e la Corte d'Appello per quelle del Tribunale. A voler essere eccessivamente pignoli, potremmo farci venire dei dubbi in tema di competenza per territorio, anche questa disciplinata dall'art. 413 Il c. e seguenti. Tali commi, però, facendo espresso riferimento al rapporto di lavoro instaurato, ritengo che non possano essere assolutamente applicati ai casi in esame.

Un altro aspetto che dobbiamo esaminare a seguito della legge 102, è quello relativo ai processi pendenti. In assenza di una norma transitoria anche ai giudizi già pendenti, seguendo un tradizionale principio, dovrebbero essere applicate le nuove norme.

Mi auguro, vivamente, che i giudici si ispirino ad un altrettanto valido principio che è quello di non cambiare le regole di un processo quando questo è in corso e ciò anche per evidenti motivi di economia processuale.

I problemi interpretativi creati dalla legge 102/06, non si esauriscono con quelli ora esaminati. Cosa succede, infatti, se oltre alla domanda di risarcimento per un danno da lesione o da morte, viene introdotta una domanda di risarcimento per i danni alle cose?

In forza dei principi stabiliti dal nostro ordinamento, le cause cumulativamente proposte o successivamente riunite devono essere trattate e decise con il rito ordinario (art. 40 c.p.c.). L'unica eccezione a tale principio, con prevalenza quindi del rito speciale sul rito ordinario, riguarda la controversie rientranti tra quelle indicate negli artt. 409 e 442 ed esattamente quelle in materia di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatorie nell'ambito delle quali, per i motivi già detti, non rientrano quelle di cui ci siamo occupati. Qualora, però, si volesse ritenere rito speciale quello in materia di risarcimento danni derivati da sinistri stradali, in presenza di due riti speciali troverebbe applicazione quello relativo alla domanda di maggior valore.

Voglio concludere questo mio articolo con una domanda. Le norme processuali per i giudizi dinanzi al Giudice di Pace, istituiscono di fatto un ulteriore rito speciale molto più snello rispetto a quello del Tribunale e nel quale non trovano ingresso numerose norme che vengono previste per i soli giudizi dinanzi al Tribunale, basti pensare all'udienza di trattazione o ai termini di cui agli artt. 183 e 184 c.p.c. ad esempio. Cosa succederà ora con l'entrata in vigore della legge 102/06? Quale dei due riti speciali sarà applicabile nelle cause di risarcimento danni da lesione, derivati da sinistri stradali, per le quali è competente per valore il Giudice di Pace?

Avv.
Daniele MARRA

La disciplina del Trust alla luce della recente introduzione nel nostro Codice Civile dell'art. 2645ter.

Da poco più di due mesi, con il D.L. n.273/2005, convertito in Legge il 23 febbraio 2006, è entrato in vigore l'articolo 2645ter c.c. e, per molti, detta modifica al Codice Civile è la concretizzazione del cammino avviato dal Legislatore Italiano nel lontano ottobre del 1989 con la Legge n.364. Tuttavia per verificare quanto sia corrispondente al vero tale affermazione è indispensabile procedere per gradi, analizzando il rapporto che via via negli anni si è instaurato tra il nostro sistema normativo ed il Trust, con particolare attenzione alle recenti e recentissime pronunce dei nostri Giudici sul tema più controverso del c.d. Trust interno.

Come già detto nel 1989 il nostro Legislatore ratificava la Convenzione dell'Aja e, per la prima volta, rendeva riconoscibile nel nostro sistema i Trust istituiti all'estero; in altre parole si rendeva possibile che nel nostro territorio producesse effetto quel rapporto fiduciario in virtù del quale un dato soggetto (*trustee*), al quale sono attribuiti diritti e poteri di un vero proprietario (*legal owner*), gestisca un patrimonio che gli è stato trasmesso da un altro soggetto (*settlor*) per uno scopo prestabilito, purchè lecito e non contrario all'ordine pubblico, nell'interesse di uno o più beneficiari oppure per un fine specifico. Tuttavia, senza lasciarci distrarre da inconcludenti considerazioni sull'attualità od il coraggio dimostrato dal Legislatore degli ultimi anni ottanta, ciò che preme evidenziare è il fatto che, trascorsi quasi vent'anni dalla ratifica delle decisioni dell'Aja, il dibattito intorno al Trust è ancora vivace ed a tratti controverso se è al vaglio il tema del riconoscimento, della legittimità e dell'efficacia del Trust interno - intendendosi per tale quello i cui elementi costitutivi, fatta eccezione per la legge applicabile, siano connessi all'Italia, cioè nel quale disponente, beni e/o diritti, Trustee e beneficiari siano italiani -.

Seppur solo negli ultimi anni s'è andata configurando una maggior predisposizione delle Corti italiane a riconoscere la praticabilità anche del Trust di matrice interna – cfr. sentenze di merito della Corte d'Appello di Milano (6 febbraio 1998), del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (14 luglio 1999), del Tribunale di Alessandria (decreto del 5 aprile 2000 e del 2 maggio 2000), del Tribunale di Milano (ordinanza dell'11 maggio 2000) – ed autorevoli autori come M.E. Corrao (in *“Convenzione relativa alla legge sui trust ed al loro riconoscimento”*, 1993), M. Lupoi (in *“Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985”*, 1992), A. De Donato (in *“Trust Convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica”*, 1999), S. Cavanna (in *“Omologazione dell'atto costitutivo di società di capitali”*, 1998), L. F. Risso (in *“Dibattito sulla legge regolatrice del trust e ruolo del notaio”*, 2001) ed A. Braun (in *“Trusts interni”*, 2000) abbiano ripetuta-

mente precisato che il Trust interno possa convivere con il nostro ordinamento, i problemi che di volta in volta riemergono nelle aule d'udienza ineriscono la valutazione sulla liceità del singolo accordo fiduciario portato in giudizio, il cui esame è per altro prescritto dalla stessa Convenzione all'art.13, e la sua trascrivibilità ed opponibilità ai terzi.

Premesso, in ogni caso, che ad oggi di punti fermi ce ne sono parecchi poiché è indiscutibile che il nostro Legislatore abbia ormai riconosciuto in Italia il Trust ed è altrettanto inconfutabile che la disciplina del Trust, anche interno, non è quella solo sommariamente delineata all'interno della Convenzione dell'Aja poiché, dalla lettura degli articoli 2 ed 11, si evince la necessità di un raccordo tra le fattezze del Trust come individuate nella normativa convenzionale e l'ordinamento nazionale ove è attuato il suo riconoscimento, ciò nonostante il nostro ordinamento è del tutto impreparato alle sue dinamiche.

E' dunque lecito chiedersi se a seguito dell'introduzione dell'art.2645ter c.c. – rubricato come: *“Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche”* - si sia concretamente offerto lo strumento per ammettere nel nostro paese un negozio giuridico riguardante soggetti e beni italiani che, seppur inseriti in un ordinamento sprovvisto di una norma speciale che disciplini il Trust, sia capace di produrre gli effetti tipici del c.d. negozio segregativo patrimoniale.

La risposta non è semplice e, come si vedrà, neppure univoca. Moltissimi infatti sono gli istituti che debbono obbligatoriamente essere coinvolti ma ciò che appare più fruttuoso è analizzare le decisioni occorse sia in limine che post la riforma de qua per così fotografare con rigore l'effettivo contributo del Legislatore ad una disciplina con la quale tutti dobbiamo confrontarci.

Pertanto, proseguendo come detto, giova anzitutto ricordare la decisione più importante in materia ovvero la sentenza del Tribunale di Bologna presa il 28 aprile 2001. Tale decisione costituisce un precedente pressoché assoluto in quanto accerta il trasferimento diretto dei beni dal disponente al trustee secondo lo schema del Trust interno. Ma c'è di più. Il Giudice di Bologna, infatti, constatato il rifiuto del Conservatore dei Registri immobiliari ad effettuare la trascrizione contro Tizio ed a favore del trustee nominato, accoglieva il reclamo del notaio ricorrente affermando testualmente che *“[...] il trust può essere visto come un diverso modo di godere e disporre delle cose che non ha forme tipicizzate di attuazione”*. Una decisione senz'altro innovativa perché, anzitutto, afferma che non legittimare il Trust interno vorrebbe dire disapplicare la legge di ratifica e, ciò che si è ivi stabilito con estrema chiarezza, è l'estraneità del Trust – e quindi l'assenza di una qualsivoglia contrarietà alle norme imperative della L. n.364/1989 – sia al paventato sdoppiamento del diritto di proprietà ex art.832 c.c. che alla potenziale violazione dei principi sanciti all'art.2740 c.c. in forza del quale, ricordiamolo, *“il debitore risponde dell'adempimento delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.”* ed al secondo

comma è statuito che “*le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge*”; del resto, da quest’ultimo punto di vista, all’interno della stessa Convenzione dell’Aja, e più precisamente all’art.15, è ammessa l’azione revocatoria del Trust.

Altrettanto innovative risultano essere altre due pronunce, in materia di procedure concorsuali, prese a poca distanza l’una dall’altra dal Tribunale di Roma. Nella prima, del 4.3.2003, il Giudice Delegato, accolta l’istanza del curatore che aveva realizzato l’attivo, autorizzava lo stesso a cedere a due trustee i crediti che il fallimento vantava affinché i trustee li esigessero e trasferissero le somme incassate ai creditori, secondo le indicazioni del piano di riparto naturalmente. Nella seconda, presa invece in materia di tutela cautelare, l’unico beneficiario di un Trust chiedeva al trustee di nominare come altro beneficiario, per un terzo del patrimonio segregato, il proprio fratello ma, non avendo il trustee accettato, il ricorrente chiese al Tribunale di emettere un sequestro liberatorio ai sensi dell’art.687 c.p.c. che, tuttavia, il Tribunale non accolse. Entrambe le decisioni, al di là delle rispettive risultanze di causa, segnano un evidente passo in avanti verso un uniforme e pacifico riconoscimento del Trust nel nostro ordinamento perché, anzitutto, hanno rilevato preliminarmente che in tutti e due i casi il negozio fiduciario recava interessi meritevoli di tutela e, in secondo luogo, tali interessi solo attraverso il Trust avrebbero goduto degli strumenti mancanti nel nostro ordinamento per la loro integrale e duratura tutela.

Successivamente, ancora a Bologna, si assiste ad un ulteriore incremento di credibilità e legittimità per il Trust poiché, già ammessa la più che mai tipica segregazione fra il patrimonio del debitore ed i beni del Trust, in un’altra decisione datata 1° ottobre del 2003, il Trust interno venne ancora una volta ritenuto valido e non contrastante con le norme imperative e con i principi di ordine pubblico.

Con uno studio del 2003, poi, anche il Consiglio Nazionale del Notariato ha affermato che il Trust interno oltrechè valido è altresì fruibile anche dai cittadini italiani che, con riguardo ai beni che si trovano in Italia, nominino un trustee che nel nostro territorio gestisca i beni a favore di beneficiari anche italiani.

Altrettanto innovative, inoltre, sono risultate le decisioni del Giudice ordinario e del Giudice fallimentare del Tribunale Civile di Parma che, entrambi nel 2003, hanno, il primo, ordinato al Conservatore dei Registri Immobiliari di cancellare la riserva apposta alla trascrizione di un atto con il quale Tizio, titolare di un bene immobile, recitando sia il ruolo di settlor che di trustee, si era reso trustee con riferimento alla medesima proprietà immobiliare e, il secondo, nell’ambito di una procedura di concordato preventivo, ha autorizzato il commissario giudiziale a diventare trustee di un Trust dedotto in causa.

Altra via libera giudiziale al Trust, stavolta finalizzato ad esigenze di natura familiare, è quanto deciso dal Tribunale di Milano l’8 marzo del 2005. In quella circostanza i giudici hanno omologato una separazione tra i coniugi nel cui ambito era stata convenuta l’istituzione di un Trust con il fine di garantire alla figlia, minorenne, di ottenere la proprietà dell’abitazione coniugale al compimento del suo tredicesimo anno di età.

Negli anni, dunque, la Giurisprudenza non ha soltanto teso a consolidare la legittimità del Trust interno ma ha altresì agevolato la sua applicazione pratica dando evidente prova della compatibilità tra uno strumento del diritto di oltre Manica ed il nostro Codice Civile. Si è così arrivati, previa una giusta valutazione delle concrete finalità perseguite dai soggetti disponenti, ad una pressoché indiscussa ammissibilità del Trust nel nostro ordinamento. A tale arrivo, non lo si dimentichi, ha anche contribuito di recente la Corte di Cassazione con sentenza n.48708/2004.

In quella circostanza al cospetto della Corte è arrivata una vera e propria degenerazione del Trust in quanto il negozio era palesemente indirizzato ad eludere i creditori e, più precisamente, riguardava un Trust istituito da tre persone che, dopo esser state condannate in sede arbitrale al versamento di una somma consistente in favore delle controparti di un contratto preliminare di compravendita di azioni, avevano tempestivamente istituito un Trust in favore dei rispettivi familiari vincolando (*rectius*: segregando) il loro intero patrimonio immobiliare. Tuttavia, nonostante la Corte abbia respinto le domande dei tre ricorrenti/debitori, ciò che più interessa è il fatto che i Giudici di Piazza Cavour, ripercorsa e ribadita anche loro la legittimità del Trust interno, hanno affermato che tra i rimedi accordati ai creditori non era percorribile quello dell'impugnazione del Trust al fine di sentirne dichiarare la nullità bensì, e molto più correttamente, era necessario esperire l'ordinario rimedio dell'azione revocatoria.

Questa pronuncia, come praticamente anche le altre, chiude ancora di più il cerchio mostrando anche quanto il nostro ordinamento sia pronto a reagire ad un qualsivoglia abuso del Trust nonostante approfitti delle sue innovazioni.

Tanto detto, se obiettivo del nostro studio è valutare al meglio l'effettiva rilevanza rispetto al Trust interno della recente riforma del C.C., è d'obbligo analizzare quanto di recente affermato nelle aule del Tribunale di Trieste in data 20.4.2006. Sentenza, questa, che per la prima volta s'è pronunciata sull'art.2645ter c.c..

Dissolti preliminarmente ed anche in questo caso i dubbi sulla legittimità e/o sulla costituzionalità e/o sulla frode alla legge del Trust, il Tribunale ha messo a fuoco il bersaglio della riforma al C.C. negando fermamente che tale norma potesse assurgere al veicolo per dare compimento al Trust interno o, peggio, ad una nuova forma di Trust "all'italiana". Nello specifico il Giudice di Trieste, negando la pubblicità tavolare del negozio fiduciario oggetto di causa, ha ridotto ad un mero "effetto" negoziale l'evento della destinazione che resta e resterà sempre del tutto accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio. Il Giudice triestino, in altre parole, ha opinato che con l'art. 2645 *ter* c.c. non si è voluto in alcuna maniera introdurre nell'ordinamento un nuovo tipo di atto ad effetti reali, per altro un atto che sarebbe innominato e che aprirebbe la pericolosa strada all'ingresso nel nostro sistema di un negozio traslativo atipico. Per l'effetto l'art.2645 *ter* c.c. né ha delegittimato il Trust interno ma né ha legittimato coloro i quali attendevano un suo valido strumento operativo perché, accertato il vincolo di destinazione, il negozio fiduciario potesse in

automatico essere trascritto od intavolato dal Conservatore.

Ma a ben guardare è poi lo stesso Giudice di Trieste ad affermare che il proprio diniego alla trascrizione è stato fondato esclusivamente su di una duplice considerazione, ovvero, sul fatto che nel caso in specie v'era un difetto di apprezzabilità del programma negoziale e sull'apparente astrazione causale dell'atto dal quale s'intendeva promanare un effetto reale tipico da render pubblico mediante l'auspicata iscrizione tavolare. Pertanto, in totale discrasia rispetto a quanto *in primis* dedotto, appare più che lecito ipotizzare che se l'intesa fiduciaria interna fosse stata apprezzabile ed il programma negoziale delle parti, oltrechè meritevole di tutela, fosse stato privo di un'astrazione tale da impedirne l'interpretazione, il Trust interno sottoposto all'attenzione del giudicante sarebbe stato sicuramente trascritto ai sensi e nelle forme dell'art.2645 *ter c.c.*.

Pertanto, nonostante l'intransigente posizione assunta dal foro di Trieste, non v'è certezza alcuna sul possibile binomio tra il Trust interno e la riforma ex art.2645 *ter c.c.* ma, allo stesso tempo, questo legame non appare a priori precluso.

Il nodo interpretativo, infatti, risiede esclusivamente nell'esatta individuazione della relazione che c'è tra questo nuovo strumento ed il Trust ed le possibilità sono due: *i)* o il vincolo di destinazione si affianca al Trust ed entrambi questi istituti corrono separatamente, come se fossero su due binari paralleli; *ii)* o il vincolo di destinazione diventa in Italia ciò che il Trust è già negli ordinamenti nei quali vige una legge disciplinatrice del Trust e, quindi, si tratterebbe di un assorbimento del Trust nel nuovo vincolo di destinazione.

Tuttavia, resistendo agli inviti di una sentenza rigorosamente arroccata su validissime eccezioni sostanziali, che non fanno che anestetizzare il Trust e tutti i risultati sino ad ora narrati, quanto si vuole sottolineare è il perdurante vuoto normativo che risale alla ratifica del 1989 e che neppure con l'introduzione dell'art.2645 *ter c.c.* pare essere stato colmato. Auspicandoci dunque che la discussione che si sta per aprire sappia percorrere la via interpretativa più affidabile, non ci si può esimere dall'affermare che nonostante le decise affermazioni del Tribunale di Trieste, ad oggi, entrambe le chiavi di lettura sopra accennate debbono considerarsi condivisibili.

Avv.
Maria Virginia
PERAZZOLI

Lineamenti generali della riforma della legge fallimentare

La recente riforma della legge fallimentare è stata attuata attraverso ripetuti interventi legislativi, a cominciare dal cd. *decreto sulla competitività* che nel mese di febbraio scorso ha dato avvio ai cambiamenti.

Come a tutti noi noto, l'annuncio di una qualche riforma è stato dato più volte come imminente, e, certamente, si sentiva il bisogno dello "svecchiamento" di disposizioni normative che hanno visto la luce in epoca storica molto diversa dalla nostra, con condizioni economiche ed industriali assai differenti; tuttavia, come avviene ormai in tutte le discipline, la giurisprudenza di legittimità e di merito, ma soprattutto quella della Corte Costituzionale, avevano già "dato spallate" alla vecchia disciplina ed avevano svolto, in sostanza, quella funzione modernizzatrice da tutti invocata, adeguando una parte delle norme stesse alla realtà dei nostri giorni, attraverso sentenze di interpretazione e/o attraverso l'abrogazione totale e/o parziale di articoli della legge fallimentare.

Tutti i progetti fino ad oggi redatti si erano arenati al momento di mettere mano alla disciplina della revocatoria fallimentare che, notoriamente, muove interessi molto consistenti.

Quindi si è giunti alla riforma che oggi commentiamo, che ha preso l'avvio proprio dalla riforma dell'azione revocatoria fallimentare, con un drastico ridimensionamento delle ipotesi previste.

Nell'ultimo anno è tornato di attualità il tema della riforma e, con una radicale inversione di tendenza, sono stati pubblicati:

- ◆ il Decreto legge 35/05, poi convertito (con modifiche) nella legge 80/05, che ha modificato l'art. 67 L.F., in materia di revocatoria fallimentare e gli artt. 160, 161, 163, 167, 180 e 181, in materia di concordato preventivo ed ha introdotto con l'art. 182 bis, gli accordi di ristrutturazione dei debiti.
- ◆ la legge 122/05, recante la disciplina per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, che ha modificato la disciplina dell'acquisto degli immobili da parte dei compromissari cui sia stato dato il possesso degli stessi e che li abbiano adibiti ad abitazione principale. La norma ha previsto un diritto di prelazione per i compromissari da eseguire con le modalità indicate dall'art. 9 della stessa legge.

La medesima norma ha introdotto un "fondo di garanzia" per il rimborso dei compromissari che abbiano perso quanto pagato al costruttore fallito.

Prelazione e rimborso dal fondo di garanzia non si elidono, cioè i compromissari possono esercitare la prelazione pagando il prezzo di aggiudicazione (con eventuale aumento di sesto) e chiedere il rimborso di quanto versato alla società

fallita al fondo di garanzia.

◆ ed infine il decreto legislativo n. 5 del 9/01/2006 (attuativo della delega contenuta nell'art. 1, comma 5, della legge 14/05/2005 n. 80).

La riforma della legge fallimentare è stata attuata con la tecnica della novellazione, mantenendo cioè l'impianto normativo preesistente, poiché il Governo ha ritenuto che nonostante l'ampiezza della delega, questa non consentisse la completa abrogazione della normativa vigente, di cui lasciava immutati alcuni ambiti, quali gli effetti del fallimento per i creditori, il concordato fallimentare ed i reati fallimentari.

La legge emendata, e, cioè, il Regio Decreto n. 267/42, com'è noto è ispirata a fini liquidatori (ed anche sanzionatori nei confronti del fallito), con pesanti limitazioni in ordine alla libertà personale del fallito (si pensi all'obbligo di residenza, alla deviazione della corrispondenza nel domicilio del curatore, al pubblico registro dei falliti) ed è rivolta alla tutela di interessi eminentemente di ordine pubblico.

Nella legislazione europea invece si è già da tempo affermata la tendenza a considerare le procedure concorsuali non più da un punto di vista esclusivamente liquidatorio e sanzionatorio, ma anche e soprattutto come uno strumento che può essere destinato "alla conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa".

Anche il nostro legislatore ha deciso di adeguarsi a quello che potremmo definire il "modello europeo".

In questa prospettiva modernizzatrice l'intervento del legislatore ha riguardato, in modo radicale, gli organi della procedura fallimentare e, cioè,

- comitato dei creditori
- curatore
- giudice delegato

I compiti e le funzioni dei tre organi sono stati ridisegnati con un notevole ampliamento dei poteri concessi al Comitato dei Creditori ed al Curatore ed un alleggerimento delle funzioni del Giudice Delegato che, pertanto, non avrà più l'onere di dirigere la procedura.

E' stato altresì introdotto ex novo l'istituto dell'esdebitazione ed i parametri attraverso cui potranno essere individuati i piccoli imprenditori.

Inoltre tutte le procedimenti diciamo contenziosi in senso lato hanno subito modifiche volte ad aumentare la celerità delle decisioni.

A tal fine è stato modificato il regime delle opposizioni a stato passivo ed il regime dell'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento, nonché il procedimento per l'omologazione del concordato fallimentare.

Al D. Lgs. 5/06 è stato attribuito un lungo periodo di vacatio legis (6 mesi) con un'anticipazione dell'entrata in vigore di una minima parte della normativa e, cioè, degli artt. 45,46,47, 151 e 152, nella loro nuova formulazione.

L'art. 45 sostituisce l'art. 48 ed elimina l'automatico invio della corrispondenza del fallito al curatore, stabilendo l'obbligo del primo di consegnarla al secondo.

L'art. 46 sostituisce l'art. 49 che imponeva al fallito l'obbligo di residenza.

L'art. 47 sostituisce l'art. 50 che istituiva il pubblico registro dei falliti.

L'art. 152 abolisce le limitazioni personali del fallito.

Dichiarazione di fallimento.

La modifica consiste, innanzitutto, nell'abrogazione del secondo comma dell'art. 1 (nozione di piccolo imprenditore) e nella modifica del primo comma.

“Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici ed i piccoli imprenditori”.

Nel secondo comma la norma dà la definizione di piccolo imprenditore seguendo il requisito dimensionale ed utilizzando due criteri alternativi:

1) sono piccoli imprenditori coloro che hanno effettuato investimenti inferiori ai €. 300.000,00;

2) coloro che hanno realizzato ricavi lordi, calcolati nella media degli ultimi tre anni (o dall'inizio se l'impresa ha meno di tre anni), inferiori ai €. 200.000,00 annui.

I limiti indicati devono essere aggiornati ogni 3 anni con decreto del Ministero della Giustizia, sulla base della media delle variazioni ISTAT.

E' quindi evidente che non sono soggetti a fallimento : gli imprenditori agricoli, gli enti pubblici che esercitano in via esclusiva o prevalente un'attività economica ed i piccoli imprenditori (sia singoli che collettivi) così come definiti all'art. 1.

Va segnalato che i due criteri individuati dalla norma devono essere utilizzati in via assolutamente alternativa.

Il secondo comma dell'art. 3 (amm. contr. di imprese esercenti il credito) e l'art. 4 (fallimento dell'agente di cambio) L.F. sono stati abrogati.

Seguendo l'ordine cronologico delle abrogazioni, si arriva all'art. 6 L.F., anch'esso abrogato, con la conseguente eliminazione del fallimento d'ufficio.

Già da queste abrogazioni e riformulazioni è possibile farsi un'idea dello spirito privatistico che ha informato il legislatore.

Il nuovo art. 6 stabilisce, infatti, che il fallimento è dichiarato su istanza del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero.

Il successivo art. 7 disciplina l'iniziativa obbligatoria del P.M.:

1) il P.M. propone l'istanza quando l'insolvenza risulta dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;

2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso del giudizio civile.

L'art. 8 è ovviamente e conseguentemente abrogato.

● Anche l'istruttoria prefallimentare ha subito variazioni, così come la comunicazione e l'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento.

L'art. 15 novellato disciplina l'istruttoria prefallimentare rendendo quello che veniva definito un "procedimento sommario" una vera e propria istruttoria con possibilità di richiesta e di ammissione di quei mezzi istruttori quali la consulenza incompatibili con il rito oggi ancora in vigore.

Nelle intenzioni del legislatore c'era l'intento di salvaguardare i principi del contraddittorio e la speditezza del procedimento.

Novità interessante è la possibilità concessa al Tribunale in sede prefallimentare di emettere provvedimenti cautelari o conservativi del patrimonio che hanno la durata dell'istruttoria medesima e vengono confermati dalla sentenza che dichiara il fallimento o revocati con il decreto di rigetto.

art 17 e art. 18 l.f.

Il termine di 15 gg., per proporre l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento diventa di 30 gg., decorrente, per il debitore dalla notifica della sentenza (e non dalla comunicazione dell'estratto, come ancora oggi è ritenuto dalla giurisprudenza).

La sentenza è altresì annotata, a cura del cancelliere, presso il registro delle imprese in cui ha sede la società fallita.

Il termine per l'appello per il fallito decorre dalla notifica della sentenza (per esteso) e per gli altri interessati dalla data di iscrizione nel registro delle imprese.

Chiarimento quest'ultimo necessario perchè, come si è già detto, oggetto di un vasto contenzioso e di numerosissime pronunce giurisprudenziali che, in modo discontinuo, hanno deciso in tale materia.

L'argomento appare formale ma è, al contrario, sostanziale, in quanto l'inutile brevissimo termine spesso non consentiva al fallito, a volte anche per ignoranza della legge, neppure di contattare un avvocato per l'opposizione.

L'ultimo comma dell'art. 16, poi, stabilisce che gli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, per i terzi, si producono dalla data di iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese, a norma dell'art. 17.

● Altra importante modifica al regime dell'impugnazione, connessa alla diversa struttura dell'istruttoria prefallimentare, è invece quella che rende la sentenza di fallimento impugnabile (con ricorso) davanti la Corte di Appello competente, con l'eliminazione di un grado di giudizio.

L'eliminazione del controllo del Tribunale è stata possibile in quanto l'istruttoria prefallimentare si svolgerà a cognizione piena e, quindi, il doppio grado davanti lo stesso Tribunale avrebbe perso completamente il significato che le era stato attribuito dal legislatore del '42.

Il procedimento cambia totalmente abito, si proporrà con ricorso ed è stata prevista una scansione di termini che nelle intenzioni dovrebbe portare la Corte di Appello ad emettere la sentenza in tempi, almeno teoricamente, piuttosto contenuti.

Ad un primo esame sembra un lodevole tentativo di arrivare un po' più celermente ad una pronuncia di conferma o di revoca del fallimento, i cui tempi attuali spesso rendono del tutto inutile l'esito del giudizio (mi riferisco ovviamente al caso della revoca).

La novità assoluta è costituita dalla facoltà concessa alla Corte d'Appello dall'art. 19, su richiesta della parte, di sospendere, in tutto o in parte, la liquidazione dell'attivo.

Sentenza dichiarativa di fallimento:

L'art. 9 è stato novellato con una importante modifica che radica la competenza del Tribunale della sede di provenienza dell'impresa che emigra, per un anno. (tale previsione è stata già introdotta ed è in vigore per le società che chiedono il concordato preventivo).

L'introduzione dell'art 9 bis L.F. tende a regolare le ipotesi in cui il Tribunale che ha dichiarato il fallimento venga riconosciuto incompetente (all'esito del giudizio di opposizione) disciplinando, anche, l'esito dei giudizi in corso (che in considerazione dei tempi della giustizia potrebbero essere molti).

Si pensi alle sentenze sui regolamenti di competenza: arrivano dopo molto tempo dalla proposizione del ricorso e di fatto bloccano la procedura davanti ad entrambi i G.D..

Va rilevato e sottolineato che la norma così modificata tende a dare maggiore rilevanza e stabilità alla dichiarazione di fallimento proveniente da Tribunale incompetente, poichè l'errore sulla competenza non va più ad inficiare la sentenza dichiarativa di fallimento, che rimarrà, pertanto, valida.

La competenza nella norma modificata andrà ad incidere solo sull'individuazione dell'ufficio giudiziario competente davanti cui si trasferirà la procedura concorsuale che, quindi, proseguirà (non ce ne sarà, cioè, una nuova) e non si determinerà la nullità di tutti gli atti compiuti nel fallimento dichiarato dal giudice incompetente.

Naturalmente ciò è di grande rilievo per tutte le azioni che derivano dal fallimento e per i giudizi pendenti al momento della dichiarazione di incompetenza.

L'art. 9 ter disciplina il conflitto positivo di competenza che è stato regolato secondo il principio di prevenzione, salvo che il giudice (non concordi e) proponga regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c..

Art. 33 I.f.

La famigerata relazione ex art. 33, da presentare entro 30 gg. dalla dichiarazione di fallimento (ma pacificamente dall'accettazione della nomina), dovrà essere seguita da una relazione da presentare ogni sei mesi, contenente una descrizione delle attività svolte ed accompagnata dal conto patrimoniale della gestione (da trasmettere anche al C. dei Creditori).

Esercizio provvisorio

Il Tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento può disporre la continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa o di un ramo di essa, purchè non arrechi pregiudizio ai creditori.

Naturalmente il curatore è tenuto al rendiconto ogni 6 mesi.

Il successivo art. 104 ter stabilisce, che, indipendentemente dalla continuazione temporanea dell'impresa, il Tribunale, in camera di consiglio, autorizza l'affitto dell'azienda o di parti di essa, o il conferimento in una o più società, anche di nuova costituzione, di beni, crediti o complessi aziendali con i rapporti contrattuali in corso.

La finalità di tali modifiche appare evidentemente rivolta a non svilire il patrimonio delle società fallite, con la cessazione improvvisa dell'attività e la conseguente perdita di avviamento commerciale.

Tuttavia l'esperienza insegna che l'esercizio provvisorio è di difficile gestione e mal visto sia dai curatori che dagli organi fallimentari.

E' da segnalare, però, che non sarà sempre necessario l'esercizio provvisorio per salvare l'unità produttiva, la norma stabilisce che, indipendentemente dalla continuazione temporanea dell'impresa, il Tribunale possa autorizzare il curatore a svolgere tutte le necessarie attività per non svilire il patrimonio dell'impresa fallita.

Domande di ammissione al passivo

La domanda si propone con ricorso almeno 30 gg. Prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

La norma indica analiticamente il contenuto del ricorso.

Le domande tardive

La riforma fissa il termine di un anno dal deposito dello stato passivo, entro il quale, a pena di decadenza, sono proponibili domande tardive di credito (che sono considerate tardive decorso il termine di 30 giorni antecedenti l'udienza di verifica).

Da segnalare, infine, l'abrogazione del Titolo IV della 267/42, recante la disciplina dell'amministrazione controllata.

Concordato fallimentare

Anche tale istituto è stato innovato profondamente dalla riforma.

La delega cui il governo ha dovuto attenersi, prevedeva, per il C.F., la riduzione dei tempi della procedura consentendo. La prima modifica da segnalare è quella relativa alla legittimazione attiva alla proposta di concordato.

E' stata rivoluzionata la legittimazione a proporre il C.F. con un indubbio favore nei confronti dei creditori e dei terzi che potranno presentare la proposta prima della chiusura dello stato passivo (se il curatore è in condizione di predisporre un elenco provvisorio dei creditori).

Il fallito (o società da esso partecipate e/o controllate) potranno proporre il

C.F. solo dopo il decorso del termine di sei mesi dalla chiusura dello stato passivo e, comunque, non oltre due anni dal decreto di esecutività dello stato passivo.

I creditori potranno essere divisi in classi (facoltà già nota al C.P.) e si potrà pagare la percentuale offerta attraverso qualsiasi forma, quali cessioni dei beni, accollo, attribuzioni di quote o azioni di altre società o altri strumenti finanziari.

Non sarà più necessario il pagamento integrale dei creditori privilegiati purché la percentuale offerta non sia inferiore al ricavato dei beni su cui insiste la garanzia.

Qualora il C.F. venga proposto da un terzo è possibile la cessione delle azioni di pertinenza del fallimento.

E' espressamente prevista la limitazione del pagamento dei soli creditori ammessi al passivo o di quelli provvisoriamente ammessi o che abbiano proposto opposizione all'esclusione o domanda tardiva prima della proposizione del concordato.

Quando la proposta è limitata ai soli creditori ammessi il fallito continua a rispondere nei confronti degli altri creditori, fatte salve le norme sull'esdebitazione.

La proposta è presentata con ricorso al G.D. il quale chiede il parere al Comitato dei Creditori ed al Curatore (con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione).

Una volta acquisiti i pareri il G.D. sottopone la proposta al voto dei creditori fissando il termine entro cui i voti medesimi devono pervenire.

Restano ferme la maggioranza del 50% ed il mancato voto come presunto voto favorevole.

Nel caso di più proposte di concordato (visto l'ampliamento dei soggetti legittimati) esse devono essere sottoposte contemporaneamente al voto dei creditori.

In caso di C.F. con classi di creditori il Concordato è approvato se riporta il voto favorevole della maggioranza dei creditori di ogni singola classe.

Anche la disciplina dell'omologazione è stata rimaneggiata nel senso di semplificare la procedura ed evitare un giudizio contenzioso che finiva per avere tempi piuttosto lunghi.

Il concordato che non abbia avuto opposizioni è omologato con decreto del Tribunale "verificata la regolarità della procedura"; esso è reclamabile davanti la Corte d'Appello ma è provvisoriamente esecutivo.

Nei casi in cui vi siano state opposizioni o quando il Concordato sia stato approvato soltanto dalla maggioranza delle classi (non da tutte) si procede a norma dell'art 26 (Camera di Consiglio).

Il reclamo avverso il decreto di omologazione del concordato si propone davanti la Corte d'Appello che decide in Camera di Consiglio.

L'esdebitazione

L'istituto è assolutamente nuovo ed è mutuato dalle legislazioni europee ed americana; consiste in un beneficio che viene accordato al fallito (persona fisica)

quando ricorrano alcune condizioni determinate dalla legge.

Riguardando il solo fallito persona fisica non avrà, con ogni probabilità, un grosso impatto, in quanto la tendenza degli imprenditori (anche di quelli titolari di imprese di non grosse dimensioni) è di costituire società di capitali, vista l'ampia gamma di opzioni che l'ordinamento positivo offre.

Avv.
Barbara SARACENI

Controllo giudiziario: la pronuncia della Consulta rende inapplicabile l'art. 2409 c.c. alle s.r.l.

Una recente sentenza della C. cost., la n. 481 del 14/12/2005, ha dichiarato inammissibile il procedimento ex art. 2409 c.c. alle s.r.l., ritenendo infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 2409, 2476, comma 3, e 2477, comma 4, in relazione agli artt. 3 e 76 cost., sollevate dalla Corte di Appello di Trieste e dal Tribunale di Cagliari¹. Prima di ripercorrere l'*iter* argomentativo seguito dalla Consulta, è bene delineare taluni aspetti di questo procedimento ed analizzare alcuni dei problemi più importanti, che hanno poi indotto i giudici di merito a prospettare una possibile violazione dei principi costituzionali.

Come noto, l'art. 2409 c.c. prevede la possibilità che, qualora ci sia un fondato sospetto che amministratori o sindaci abbiano compiuto, in violazione dei loro doveri, alcune irregolarità nella gestione societaria, determinati soggetti legittimati possano rivolgersi all'autorità giurisdizionale, affinché questa, previa un'eventuale ispezione della società, possa prendere tutti i provvedimenti che si rendono necessari per ristabilire la corretta gestione societaria. Tra i provvedimenti che possono essere assunti, quello più grave ed importante è quello della revoca degli amministratori e dei sindaci. Si tratta, secondo la tesi prevalente in dottrina, di un procedimento di giurisdizione volontaria, in cui il giudice interviene, non per dirimere diritti, bensì per tutelare diversi tipi di interesse: innanzitutto l'interesse della minoranza dei soci; in secondo luogo l'interesse della stessa società; da ultimo l'interesse pubblico alla corretta gestione o amministrazione societaria.

L'art. 2409 c.c. è collocato all'interno del Capo V, che è dedicato alle s.p.a.: il controllo giurisdizionale, pertanto, ha ad oggetto innanzitutto le s.p.a., ma anche le s.a.p.a., grazie al rinvio operato dalla norma di cui all'art. 2454 c.c., le società cooperative, nei limiti di cui all'art. 2545 *quinquiesdecies*, e le s.r.l. esercenti attività sportiva, di cui alla L. 91/1981. Restano fuori dal controllo sia le s.r.l. (non esercenti attività sportiva, ovviamente), sia le associazioni.

È bene precisare al riguardo che, prima della riforma societaria (d.lgs. 6/2003), la disciplina del controllo giudiziario delle s.r.l. era sostanzialmente equiparata a quella delle s.p.a.: l'art. 2488, ultimo comma, c.c., testo previgente, prevedeva l'applicabilità del procedimento ex art. 2409 c.c. alle s.r.l., anche quando mancava il collegio sindacale. Il che rendeva assolutamente pacifico che la denun-

¹ La sent. C. Cost. 29 dicembre 2005 n. 481 è consultabile in www.cortecostituzionale.it.

cia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione sociale costituisse un rimedio utilizzabile non solo nelle s.p.a., ma anche nelle s.r.l.. Le s.r.l., quindi, erano sostanzialmente equiparate alle s.p.a., essendovi la possibilità per una quota rappresentativa di capitale sociale piuttosto esigua di poter ottenere l'ispezione dell'amministrazione della società e, nei casi più gravi, la revoca degli amministratori, con conseguente nomina di un amministratore giudiziario.

Il legislatore del 2003 ha abrogato detta norma ed ora l'art. 2408 c.c. non contiene più questo rinvio per le s.r.l.; ed egli ha introdotto, nel contempo, poteri di controllo più pregnanti in capo ai singoli soci. La scelta operata dal legislatore delegato è, quindi, quella di una netta separazione tra s.r.l. e s.p.a., prevedendo per la s.r.l. un rimedio "nuovo", ossia la possibilità per il singolo socio, a prescindere dall'entità della sua partecipazione sociale, di promuovere un'azione di responsabilità contro gli amministratori e di chiedere, in tale sede, la revoca cautelare degli stessi in caso di gravi irregolarità (art. 2467 c.c.).

Da ciò ne è conseguita una questione dottrina e giurisprudenziale sulla possibile applicabilità di questo tipo di procedimento alle s.r.l.. Si sono, difatti, formati due orientamenti al riguardo.

Una prima tesi, avallata dalla dottrina pressochè unanime e da una parte della giurisprudenza, ha risolto la questione con estrema facilità: in assenza di espresso richiamo, il controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. è stato escluso per le s.r.l.² Questa tesi ha trovato degli argomenti a suo favore anche nei Lavori Preparatori delle nuove disposizioni, nei quali si legge che il legislatore avrebbe proprio intenzionalmente eliminato questo tipo di controllo, perché avrebbe attribuito maggiori poteri ai singoli soci. Si è osservato, infatti, che il legislatore ha ampliato i poteri del singolo socio e, quindi, contemporaneamente ha ritenuto inutile prevedere la possibilità di un controllo da parte dell'autorità giurisdizionale per le s.r.l..

L'altro orientamento, sostenuto da una parte minoritaria della dottrina e da una parte della giurisprudenza di merito, ha osservato che sarebbe eccessivo escludere del tutto il controllo giurisdizionale sulle s.r.l. ed ha cercato in qualche modo di recuperare, tra le maglie della nuova normativa, qualche disposizione che consentisse questo tipo di controllo. In questo senso è stato fatto presente come, in virtù del richiamo contenuto all'art. 2477 c.c., che estende alle s.r.l. la disciplina dettata in materia di collegio sindacale delle s.p.a. (fra cui vi è anche l'art. 2409 c.c.), il nuovo art. 2409 c.c. sarebbe applicabile anche alle s.r.l. per le quali è necessario e obbligatorio la presenza del collegio sindacale.

Nel solco di questi due opposti orientamenti sopra illustrati, si collocano le pronunce della Corte di Appello di Trieste, del 5 novembre 2004, e del Tribunale di Cagliari, del 4 febbraio 2005, che, facendo seguito ai rilievi critici mossi dalla dot-

2 In questo senso, v. Trib. Bologna 21 ottobre 2004, in *Le Società*, 2005, 357, il quale osserva che "il silenzio delle nuove norme impedisce di estendere *aliunde* il ricorso all'intervento giudiziario - così da renderlo

operativo altresì fuori dall'ambito della s.p.a. - trattandosi soprattutto di uno strumento estraneo alla tipologia della s.r.l., caratterizzata dalla più ampia valorizzazione dell'autonomia dei soci".

trina in ordine a un possibile vizio di eccesso di delega, hanno rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità degli artt. 2409, 2476, comma 3, e 2477, comma 4, in relazione agli artt. 3 e 76 cost., nella parte in cui non viene attribuita anche ai soci di una s.r.l. la possibilità di ricorrere al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c., per denunciare gravi irregolarità nella gestione sociale³.

La Corte di Appello di Trieste, premettendo che l'articolato normativo introdotto dalla riforma del 2003 in tema di s.r.l. ha escluso l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 2409 c.c. a tale modello societario, ha denunciato un profilo di illegittimità costituzionale: vizio di eccesso di delega, in riferimento all'art. 76 cost.. Detta Corte, in realtà, ha fatto presente come nella Legge di Delega (L. n. 366/2001) non vi fosse alcuna previsione che potesse autorizzare il legislatore delegato a fare questo tipo di esclusione; ma, anzi, il legislatore delegato ha sottolineato il ruolo "non strettamente individuale" che la s.r.l. occupa nel quadro economico. L'abolizione dello strumento del controllo giudiziario alle s.r.l. esulerebbe dai dettami della legge delega e contrasterebbe, in ogni caso, con l'esigenza di tutelare l'interesse generale alla correttezza della gestione sociale, proprio anche delle s.r.l.

L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Cagliari, invece, oltre a sollevare il conflitto sulla questione di costituzionalità in relazione all'eccesso di delega, per avere il legislatore delegato abolito il controllo ex art. 2409 c.c. per le s.r.l., benché le direttive contenute nella legge delega fossero per un ampliamento della sua operatività, lo solleva anche in relazione all'art. 3 cost., per disparità di trattamento fra i soci di una s.p.a. e i soci di una s.r.l. in cui è presente il collegio sindacale. Ne consegue che, a seconda dell'appartenenza all'uno o all'altro tipo di società, i soci potrebbero accedere o non accedere alla procedura di denuncia delle gravi irregolarità per ottenere i provvedimenti indicati nell'art. 2409 c.c.. La giurisprudenza di merito sarda ha osservato, inoltre, come il rimedio "alternativo" di cui all'art. 2476 c.c., concesso alle s.r.l. dalla riforma societaria del 2003, non appare sostitutivo né equiparabile, quanto agli effetti, alle forme di controllo previste dall'art. 2409 c.c., che offre rimedi operativi più ampi al fine di evitare un danno, anche solo potenziale, che potrebbe derivare dalla gestione irregolare della società.

La Consulta, dopo aver riunito i due giudizi aventi ad oggetto la questione di legittimità costituzionale delle medesime norme di legge, dichiara l'infondatezza di entrambe le questioni nella sentenza n. 481 del 14 dicembre 2005, facendo riferimento alle precedenti pronunce della giurisprudenza costituzionale sull'eccesso di delega⁴.

Quanto all'asserita violazione dell'art. 76 cost., la Corte interpreta il silenzio

3 L'ordinanza della Corte di Appello di Trieste 5 novembre 2004 è pubblicata in *Le Società*, 2005, 355, con nota di PATELLI e MARCINKIEWICZ; quella del Tribunale di Cagliari 4 febbraio 2005 è consultabile in www.judicium.it.

4 Le pronunce richiamate dal Giudice delle leggi nella sentenza in commento sono: C. cost. n. 213/05; n. 228/05; n. 248/04 (ord.); n. 308/02 e n. 425/00. Si ritiene opportuno segnalare come detta giurisprudenza costituzionale sull'eccesso di delega è molto criticata soprattutto dalla dottrina, che la ritiene estremamente lassista.

serbato in proposito dalla Legge di Delega nell'art. 3 non come volontà del legislatore di ribadire l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle s.r.l. – come argomenta la tesi dei remittenti –, ma, al contrario, come intenzione del medesimo legislatore a voler escludere per tale tipo di società il controllo giudiziario. In proposito, sottolinea che l'art. 2, lett. f), della Legge Delega sancisce inequivocabilmente il principio generale secondo cui « la società a responsabilità limitata e la società per azioni debbono costituire “due modelli societari” distinti »». Corollario di tale principio è la previsione per la s.r.l. di un complesso normativo completamente divergente da quello della s.p.a., incentrato sulla figura del socio e sui rapporti contrattuali fra i soci, che supera la tradizionale visione codicistica della s.r.l. come una “piccola s.p.a.”. Da questa considerazione consegue che la s.r.l. non deve essere necessariamente sottoposta alla medesima disciplina dettata in materia di s.p.a. e che, anzi, proprio la dichiarata scelta di mantenere distinte le due forme societarie (ripetutamente sottolineata nella Legge Delega quale principio ispiratore e *ratio* della riforma) legittima l'inapplicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. alle s.r.l..

Le argomentazioni svolte dalla Consulta, ed esposte sopra, sono state addotte anche a sostegno dell'infondatezza della seconda questione di legittimità costituzionale, *id est* quella in relazione all'art. 3 cost.. Poiché la s.r.l. e la s.p.a. sono due modelli societari distinti, le cui discipline non devono necessariamente interferire, aggiunge la Corte che “la lamentata disparità di trattamento tra i soci di una s.r.l. e i soci di una s.p.a. non sussiste, per ciò solo che diverse sono le società alle quali partecipano, degli uni e degli altri”.

Conclude la Corte sottolineando la perfetta autonomia di modello societario e di disciplina della s.r.l. rispetto alla s.p.a..

Inoltre, anche se non lo dice esplicitamente, tra le due tesi prospettate, cioè tra quella secondo la quale tutte le s.r.l. non possono essere soggette al controllo giudiziario e, invece, quella secondo la quale possono essere oggetto di tale controllo solo le s.r.l. munite di collegio sindacale obbligatorio, la Corte sembra sposare la prima interpretazione: il controllo giudiziario deve essere escluso per qualsiasi s.r.l., indipendentemente dal fatto che vi sia o meno la previsione di un collegio sindacale.

L'eliminazione del procedimento ex art. 2409 c.c. alle s.r.l., tuttavia, viene compensata dal legislatore della riforma societaria dalla previsione di strumenti di controllo tipici per la s.r.l., che costituiscono – secondo la Corte – una profonda innovazione. In altre parole, il socio non amministratore di s.r.l. può ora sia ottenere notizie sullo svolgimento degli affari sociali e consultare, tramite professionisti di fiducia, i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione (art. 2476, comma 2, c.c.); sia chiedere, in occasione del promuovimento dell'azione di responsabilità contro gli amministratori, la revoca cautelare di questi ultimi in caso di gravi irregolarità nella gestione della società (art. 2476, comma 3, c.c.).

Bisogna, però, segnalare che il diritto di indagine attribuito a ciascun socio

dall'art. 2476 c.c. non appare certo sostitutivo né equiparabile alle forme di controllo previste dall'art. 2409 c.c.. Innanzitutto perché il potere ispettivo attribuito al singolo socio di s.r.l. è meno incisivo rispetto all'indagine compiuta da un esperto nominato dal tribunale; tale indagine ha carattere inquisitorio e sfocia in un'analisi senz'altro più obiettiva rispetto a quella svolta da un consulente di parte. In secondo luogo esiste una differenza probatoria, poiché la revoca cautelare degli amministratori di s.r.l., di cui all'art. 2476, comma 3, c.c., deve essere strumentale ad un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori medesimi e postulare, così, l'esistenza di un danno "effettivo" alla società; mentre per proporre la denuncia ex art. 2409 c.c. è sufficiente allegare un danno "potenziale", derivante dal compimento di gravi irregolarità da parte degli amministratori.

La conclusione che emerge dal ragionamento del Giudice delle Leggi nella sentenza in commento, che avalla l'interpretazione più estremista di escludere il controllo giudiziario sulle s.r.l., va contro i principi generali della conservazione dell'integrità del capitale sociale e della salvaguardia degli interessi dei creditori sociali. Ovviamente, si tratta di una pronuncia di rigetto e, quindi, questo tipo di interpretazione della Consulta non ha un valore vincolante. Però è indubbiamente una interpretazione particolarmente autorevole ed è probabile che anche in futuro la giurisprudenza, di merito e di legittimità, si orienti in tal senso.

Dott.ssa
Francesca ZIGNANI

Il problema della "nullità relativa" e del "divieto di abbinamento" nel nuovo Codice delle Assicurazioni.

L'entrata in vigore del nuovo Codice delle assicurazioni private¹ offre interessanti spunti di riflessione, in particolare in relazione agli artt. 167 e 170 concernenti rispettivamente "la nullità dei contratti" stipulati da imprese non autorizzate ed il "divieto di abbinamento" del contratto di assicurazione rca con contratti aventi natura diversa. In premessa è opportuno considerare che la scelta del "codice" in luogo del "testo unico"² ha trovato soluzione premiale atteso che l'obiettivo perseguito dal legislatore era non già il semplice "riordino" ma il "riassetto" della materia assicurativa, quest'ultimo compiuto mediante l'adozione del *decreto legislativo-codice*³ e di quella dei *regolamenti* di delegificazione. Il decreto legislativo n. 209/2005 ha realizzato, dunque, la codificazione delle vigenti norme in materia di assicurazioni private con l'eccezione, indubbiamente rilevante, di quelle dedicate ai contratti di assicurazione e di riassicurazione conservate nel codice civile. Ed invece, non è stata compiuta la riunione, all'interno di un unico plesso normativo, delle disposizioni in tema di *contratto di assicurazione*, così come suggerita dal Consiglio di Stato⁴, per l'assenza di uno specifico principio che indicasse la possibile riformulazione delle disposizioni di cui al capo XX del titolo III del Libro V del codice civile⁵. In realtà, nella prima bozza dello schema di decreto legislativo era previsto che la disciplina dei contratti assicurativi (artt. 1882-1932 c.c.) fosse "trasferita" nel Codice delle Assicurazioni ma la scelta, oltre a suscitare vivaci contestazioni dalla più autorevole dottrina per i fondati timori che la trasposizione destava in ordine alla tutela dell'*autonomia negoziale* dei privati⁶, non ha trovato compiuta realizzazione. Ciononostante e pur dopo la definitiva espunzione dal nuovo codice della disciplina dei contratti autorevoli studiosi hanno sostenuto che la *conservazione* del *Titolo XII*, dedicato alle *disposizioni generali*, abbia l'effetto di destare incertezze e perplessità in ordine alla *struttura* delle *fonti* risultandone, in ogni caso, fortemente *squilibrato*

1 Licenziato dalla precedente legislatura in data 7 settembre 2005 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 239 del 13 ottobre 2005 - Supplemento ordinario n. 163.

2 Sorrentino F., "Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali", in AA.VV., Codificazione, semplificazione e qualità delle regole, a cura di Sandulli M.A., Milano 2005.

3 I cui principi e criteri direttivi sono formulati nell'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59 come novellato dall'art. 1 della legge n. 229 del 2003.

4 Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti

normativi, parere n. 11603/04, par. 3.2, pag. 4 e par. 5.2, pag. 8.

5 In questi termini si esprime la Relazione governativa al decreto legislativo recante "Codice delle Assicurazioni Private", a norma dell'art. 4 della Legge 29 luglio 2003, n. 229, pag. 2.

6 Gambino A. "Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private", in *Giur comm.* 2004, I, pag. 1035; Volpe Putzolu G., "Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di Codice delle Assicurazioni", in *Giorn. dir. amm.* 2005, fasc. 8, pag. 881.

l'intero sistema⁷. Le norme di cui agli artt. 167 e 170, contenute per l'appunto nel Titolo XII del nuovo Codice, si propongono di "innovare il vigente regime allo scopo di meglio proteggere i diritti degli assicurati e dei danneggiati"⁸. Ebbene, di particolare interesse si rivela per l'interprete l'indagine volta ad acclarare la sussistenza di una conformità tra gli obiettivi perseguiti ed i risultati raggiunti o meglio, dovrebbe dirsi, l'esistenza di una *coerenza* tra la finalità di protezione e le tecniche legislative utilizzate volta a garantirla.

Risoluzione e nullità. La prima considerazione concerne la natura della norma, la seconda, il mutamento della previgente disciplina. Notevole è la valenza sistematica rivestita dall'art. 167 almeno sotto due profili. Il primo attiene alla individuazione di una peculiare forma di nullità, la *c.d. nullità relativa*, categoria inesistente all'interno del codice civile. Il secondo profilo concerne, invece, il *mutamento di regime* che consegue all'inosservanza del divieto di stipulare i contratti per imprese interdette o non autorizzate. La disposizione, infatti, tramuta la *risolubilità* prevista dall'art. 75 del D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449⁹ nella fattispecie della *nullità* per i contratti stipulati da imprese operanti in violazione di legge¹⁰. Considerati i profili generali degli istituti in esame la individuazione delle ragioni poste a fondamento della scelta compiuta con l'art. 167 presenta difficoltà di rilievo soprattutto ove si consideri che l'intento del codificatore era quello di evitare – così come facilmente apprezzabile dall'espressa previsione di cui al 2° comma dell'art. 167 - la ripetibilità degli indennizzi corrisposti dall'impresa non autorizzata. Ai sensi del 1° comma dell'art. 1458 c.c. è sancita, infatti, l'efficacia retroattiva della risoluzione *salva* l'ipotesi, ivi espressamente contemplata, dei *contratti ad esecuzione continuata o periodica* qual è, per l'appunto, il *contratto di assicurazione*. Si avrà per questi un'ipotesi di *risoluzione parziale* configurabile anche quando l'oggetto del negozio sia rappresentato non già da una sola cosa, caratterizzata da una sua unicità non frazionabile, ma da più cose funzionalmente collegate e dotate di una propria individualità rispetto all'aggregato, che conservino una concreta funzione economico-giuridica ed abbiano attitudine ad essere oggetto di diritti come beni a sé stanti¹¹. Alla stregua delle considerazioni che precedono sorge naturale la formulazione di un quesito: *perché* ricorrere all'istituto della *nullità* al fine di escludere l'*efficacia retroattiva* - tipica della risoluzione - ai contratti di assicurazione laddove *già per essi*, in espressa previsione del disposto di cui all'art. 1458, 1° comma, c.c., l'effetto retroattivo della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite? Tralasciando, al riguardo, ogni

7 Volpe Putzolu G., "Le disposizioni relative ai contratti", in *Giorn. dir. amm.* 2005, fasc. 12, pag. 1255.

9 Testo unico delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private.

8 In tal senso si esprime la Relazione governativa al decreto legislativo recante "Codice delle Assicurazioni Private", a norma dell'art. 4 della Legge 29 luglio 2003, n. 229, pag. 27.

10 Cass. 19 gennaio 1995, Sez. III, n. 586.

11 Cass. 15 aprile 2002, n. 5434, in *Giust. civ.* 2002, I, pag. 2159.

considerazione sulla logicità di simile soluzione occorre dare soluzione al problema che ad essa immediatamente consegue e concernente il coordinamento tra tale disciplina e quanto previsto nel *codice civile*. Posto, in altri termini, il *dictum* di cui all'art. 165 del nuovo codice dovremmo considerare sul punto *tacitamente abrogata*, almeno per ciò che concerne i *contratti di assicurazione* quali contratti ad esecuzione continuata o periodica, la previsione di cui al 1° comma dell'art. 1458 c.c.? Se si opta per la soluzione affermativa – come sembra del resto suggerire la norma capofila del titolo XII del nuovo codice – rimarrebbe, tuttavia, da individuare il motivo per il quale ai contratti di assicurazione verrebbe, in tal modo opinando, attribuito un *differente regime giuridico*, sotto il *profilo* della *sanzione* e degli *effetti*, rispetto alla generale categoria dei contratti ad esecuzione continuata o periodica. Accertare, in altri termini, quali le ragioni per cui ai *primi*, se stipulati *contra legem*, conseguirebbe una *nullità* – peraltro, *sui generis* – priva di effetti retroattivi, ai *secondi*, invece, una *risoluzione parziale* che esclude la ripetibilità. Né varrebbe, in senso contrario, affermare come sufficiente la semplicistica applicazione del brocardo *lex specialis derogat legi generali*¹² al fine di giustificare, nelle ipotesi considerate, la disparità di regime sanzionatorio e degli effetti tenuto conto della valenza temperata e non già assoluta di tale principio nonché dei criteri *storico* e *sistematico* in base ai quali deve esplicitarsi il controllo interpretativo¹³. È agevole intuire come, nel descritto ginepraio normativo, sarà arduo oltre che inutile ricercare ed individuare *tout court* le ragioni di uno “scorporo” inegualitario.

Nullità relativa. L'altro aspetto da esaminare concerne la *natura* della nullità che consegue alla stipulazione di contratti conclusi in violazione di legge, disciplinata nel secondo comma dell'art. 167. Essa assume *connotati particolari* per la prima ed evidente ragione che si configura quale fattispecie di *nullità relativa*. Ciò trova conferma *in primis* nella lettera della legge ove è previsto che “*la nullità può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato*” nonché nella stessa Relazione governativa¹⁴. Sorvolando sulla disputa intorno al concetto di nullità¹⁵ e segnatamente di quella relativa¹⁶ l'aspetto che interessa

12 Ferrante E., “*Il raccordo fra codice civile e codice delle assicurazioni*”, in *Commentario al Codice delle Assicurazioni*, a cura di Bin M., Cedam 2006, pag. 486.

13 Pugliatti S., “*Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*”, in Voce “*Abrogazione*”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, pag. 143.

14 Al decreto legislativo recante “*Codice delle Assicurazioni Private*”, a norma dell'art. 4 della Legge 29 luglio 2003, n. 229, in particolare v. pag. 27.

15 Cariota Ferrara L., “*Annulabilità assoluta e nullità reativa*”. Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici, ora in *Scritti minori*, Napoli 1986, pag. 269; Alpa G., “*Nullità e annullabilità. Disciplina*”, in

Istituzioni di diritto privato; Sacco R., “*Le invalidità*”, in *Trattato di diritto privato*, dir. da Rescigno P., Utet 2001, pag. 601 e ss.; Bonolini G., “*L'invalidità del contratto*”, in *Lineamenti di diritto privato*, a cura di Bessone M., Giappichelli Torino 2000, pag. 460 e ss.; Trabucchi A., “*Patologia del negozio*”, in *Istituzioni di diritto civile*, 1995 Cedam, pag. 183).

16 Come è noto il codice civile non conosce la fattispecie della nullità relativa. Questa costituisce categoria dogmatica elaborata inizialmente da una parte minoritaria e risalente della dottrina (Betti, “*Teoria generale del negozio giuridico*”, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, XV, t. 2, 1952, pag. 482 e ss.; De Ruggiero R., continua a pag. 90

all'interprete è quello volto ad accertare se la previsione di tale peculiare forma di nullità *sia idonea, o meno*, a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito dal legislatore assicurativo. Orbene, se lo scopo era quello di garantire una forma migliore di tutela per gli assicurati e danneggiati¹⁷ indubbiamente è da considerare *inidonea* o, quanto meno, non opportuna una soluzione che sancisca, per le ipotesi dei contratti stipulati in violazione di legge, una forma di *nullità solo relativa*. Non è riducendo l'alveo dei soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di nullità che si realizza, infatti, una "migliore" tutela ai loro interessi. Invero, poiché la nullità costituisce *in re ipsa* espressione dell'esigenza di tutela di *interessi superindividuali* la legge riconosce, *ex art. 1421 c.c.*, la *natura assoluta della legittimazione* all'esercizio della relativa azione: l'iniziativa per la dichiarazione di una nullità dell'atto deve partire da *qualunque interessato* (non solo il contraente o l'assicurato) e, pertanto, anche dal *giudice* al quale i privati si rivolgono per far valere i loro diritti. Del resto, la *necessità di verifica del concreto ed attuale interesse*, *ex art. 100 c.p.c.*, dell'attore all'esercizio dell'azione di nullità è *soddisfatta* mediante la prova, da lui fornita in giudizio, di un proprio concreto interesse a ricorrere al giudice per evitare la lesione del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica¹⁸ posto che, diversamente, egli sarebbe destinato alla soccombenza processuale. L'art. 1421 c.c. ricollega al concreto interesse la *rilevabilità ex officio del vizio* ad opera del giudice¹⁹; possibile in ogni stato e grado anche in sede di legittimità²⁰. Ebbene, i suesposti consolidati principi in virtù della creazione *ex novo* della *nuova categoria della nullità relativa*, resteranno privi di ogni valore atteso che, ai sensi del 2° comma dell'art. 167, il giudice non sarà *più legittimato a rilevare ex officio* l'eventuale nullità del contratto, ove essa si configuri quale *causa petendi del petitum*. Quali saranno i problemi applicativi ed interpretativi che, simile contesto normativo, determinerà nelle aule giudiziarie? Un ulteriore aspetto a questo

continua da pag 89
Istituzioni di diritto civile, I, Messina-Milano 1939, pagg. 288-289) che, in riferimento all'art. 100 c.p.c., ha individuato alcune ipotesi di nullità in cui la legittimazione all'esercizio della relativa azione sarebbe attribuita solo a taluni interessati, da qui, per l'appunto, il concetto di "relativa". Di recente da taluni è stata ravvisata l'esistenza di fattispecie di nullità (relative) in relazione ad alcune legislazioni di settore (bancaria/finanziaria, editoria, consumo) definite c.d. *protettive o speciali* (Gazzoni F., Manuale di diritto privato, ESI, pag. 970; Zatti P., "Nullità relativa", in Manuale di diritto civile, Cedam, pag. 617-625; Trimarchi P., "Nullità relativa e annullabilità assoluta", in *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, pag. 239 Di Marzio F. "Nullità assoluta e nullità relativa", in *I Contratti*, X, a cura di Cendon P., Utet 2001, pag. 65 ss; Quadri R., "Nullità e tutela del contraente debole", in *Contr. e impr.* 2001, pag. 1143).

Relazione governativa al decreto legislativo recante "Codice delle Assicurazioni Private", a norma dell'art. 4 della Legge 29 luglio 2003, n. 229, pag. 27.

18 Cass. 15 aprile 2002, n. 5420; Cass. 7 gennaio 2002, n. 88.

19 Massetani, "Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto", nota a Cass. 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro it.* 1989, I, pag. 1936.

20 Di tal che la nullità (o l'inesistenza) di un contratto possono essere rilevate d'ufficio, anche per la prima volta in sede di gravame, *ex art. 1421 c.c.*, ove siano in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un contratto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della pretesa, nel qual caso il giudice è tenuto a rilevare in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'eventuale nullità del contratto stesso in quanto ostativa all'accoglimento della domanda per difetto di una delle sue condizioni (Cass. 26 agosto 2002, n. 12482; Cass. 6 agosto 2002, n. 11772).

17 "di innovare il regime vigente allo scopo di meglio proteggere i diritti degli assicurati e dei danneggiati" -

strettamente connesso attiene alla *natura* del *bene tutelato* ed alla *ratio* dalla norma. In premessa si rivela del tutto pacifica la previsione secondo cui alla pronuncia che accerti la nullità del contratto consegue l'*obbligo di restituzione dei premi pagati*. Qualora, quindi, venga acclarata la *manca* di una *causa debendi* tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il *vincolo* originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella della *ripetizione di indebito oggettivo*²¹. La *ratio* della norma di cui all'art. 167 dovrebbe essere, dunque, quella tesa ad apprestare un regime sanzionatorio volto a *sco*raggiare ed, in ogni caso, a *reprimere l'esercizio abusivo* dell'impresa assicurativa. Ebbene, l'impresa che nonostante l'assenza di autorizzazione o la presenza di interdizioni esercita abusivamente l'attività assicurativa e/o finanziaria è un'impresa pericolosa tanto per l'ordinamento quanto per lo stesso mercato, posto che consapevolmente e scientemente decide di assumere iniziative arbitrarie *contra legem*. Di tal che, essendo incontestabile la realizzazione di un gravissimo illecito opportuno sarebbe stato il riconoscimento normativo di una *fattispecie illecita ed abusiva per contrarietà a norme imperative* con l'individuazione dell'*interesse pubblico tutelato*²², l'*inammissibilità della convalida* del contratto stipulato in violazione di legge, l'esistenza di una forma di *nullità assoluta* ed, infine, la presenza di un *regime disciplinare* gravoso per le imprese inosservanti²³. Infine, l'ultimo aspetto che assume rilievo nell'indagine interpretativa della disposizione in esame, concerne la ricerca di uno dei possibili significati da attribuire alla chiusa della norma. In tale contesto l'inciso della parte finale del 2° comma dell'art. 167 secondo cui "*In ogni caso non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative*" è, nella migliore delle ipotesi, letteralmente oscuro. Delle due l'una: o l'impresa assicuratrice prima della pronuncia di invalidità ha già "*corrisposto*", in virtù di un contratto nullo, delle somme e degli indennizzi e per i quali varrà in questo caso, *ex art. 167, 2° comma*, la regola della "non ripetibilità" ovvero si tratta di somme ed indennizzi che sono ancora "*dovuti*" dall'impresa ed, in quanto tali, per essi non si pone il problema della esclusione della ripetizione, atteso che l'impresa non ha, ancora, corrisposto alcunché. In simili contesti potrà porsi, semmai, il problema inverso: se, cioè, a fronte di una pronuncia (avente natura dichiarativa) che abbia accertato la sussistenza di una causa di nullità del contratto le somme o quant'altro dovuto dall'impresa debba o meno essere corrisposto. Il problema,

21 Cass. 1 agosto 2001, n. 10498; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1252; Cass. 13 aprile 1995, n. 4268.

22 Cass. 18 luglio 2003, n. 11256.

23 Non può, infatti, essere ritenuta idonea ai fini predetti,

in quanto manchevole dei descritti elementi caratterizzanti la fattispecie di "norma imperativa", la disciplina di cui all'art. 265 del nuovo Codice delle assicurazioni che commina la sanzione della liquidazione coatta alle imprese esercenti l'attività di assicurazione o di riassicurazione senza autorizzazione.

stante l'assenza di specifica previsione sul punto, rischia di risolversi facendo ricorso ai principi generali di diritto in virtù dei quali *quod nullum est nullum parit effectum*. Sennonché vi sono da considerare ulteriori aspetti di fondamentale rilievo nell'economia dei rapporti tra impresa assicurativa (interdetta o non autorizzata) e contraenti, in particolare quelli concernenti le esigenze di certezza dei traffici giuridici e, soprattutto, di tutela dei terzi e dei contraenti di buona fede che dalla rigorosa applicazione del principio di diritto sarebbero ingiustamente ovvero antiggiuridicamente danneggiati. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi del contraente che in perfetta buona fede stipuli, con una impresa assicurativa operante in regime di violazione dell'art. 167, 1° co., un contratto avente natura assicurativa e/o finanziaria e che, al fine di darvi esecuzione, sostenga oneri economici (pagamento del premio o altro). Ebbene, accertata la nullità del contratto e considerata rigorosa l'applicazione del principio di diritto, in virtù del quale il contratto nullo non produce effetto alcuno, al contraente raggirato non spetterebbe neppure la restituzione della prestazione economica eseguita²⁴. Esigenze di giustizia impediscono che simili conclusioni possano essere condivise e, ad ogni buon conto, che tali conseguenze possano trovare accoglimento nel nostro sistema di diritto. Di tal che se l'impresa, nell'esercizio di un'attività *contra legem*, ha stipulato dei contratti e questi, benché nulli, abbiano trovato esecuzione coloro che in buona fede hanno effettuato delle prestazioni avranno diritto di pretenderne la restituzione. Si applicheranno, quindi, le regole dettate ex art. 2033 c.c. in tema di ripetizione dell'indebito oggettivo. Tale disciplina trova il proprio fondamento, infatti, nel principio dell'ingiusto arricchimento in senso lato e presuppone non soltanto un pagamento fatto senza che esistesse un vincolo ma anche un pagamento eseguito dove il vincolo, pur se esistito, sia venuto a mancare²⁵.

Il divieto di abbinamento. L'art. 170 disciplina il *c.d. divieto di abbinamento*, già imposto dalla legislazione speciale alle imprese di assicurazione²⁶, vale a dire il divieto di subordinare la conclusione di un contratto di assicurazione obbligatoria per la Rca alla conclusione di ulteriori contratti non solo di tipo assicurativo ma anche bancario e/o finanziario, se tale abbinamento è l'unica formula tariffaria offerta²⁷. La norma dovrebbe interpretarsi nel senso di ritenere che essa si limiti a *vietare* la vendita congiunta di prodotti (assicurativi, bancari e finanziari) *solo* ove questa sia *subordinata* alla conclusione di un contratto Rca. Quanto testé dedotto trova conferma nella "precisazione" for-

24 Villa G., "Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica", in *Quadrim.* 1992, fasc. n. 1, pag. 19 e ss..

25 Cass. 28 aprile 1956, n. 1320; conf. Cass. 1 agosto 2001, n. 10498; Cass. 4 febbraio 2000, n. 1252; Cass. 13 aprile 1995, n. 4268.

26 Art. 12quater, comma 3° legge 990/1969 inserito ex L. 5 marzo 2000, n. 57, art. 4, comma 1; Comunicazione Ania 23 febbraio 2001.

27 Così precisa la Relazione governativa al decreto legislativo recante "Codice delle Assicurazioni Private", a norma dell'art. 4 della Legge 29 luglio 2003, n. 229, pag. 27.

mulata dalla stessa Relazione governativa al decreto legislativo nonché nell'espressa previsione di *due* importantissime *deroghe* al divieto contenute nei successivi 2° e nel 3° comma della stessa disposizione²⁸. In siffatto contesto normativo può essere agevolmente osservato che la previsione di un divieto volto ad escludere la vendita congiunta di prodotti *solo* ove questa *sia subordinata* alla conclusione di un contratto per l'assicurazione Rca costituisce di per sé disciplina che ineluttabilmente *svuota* di ogni *finalità* il divieto medesimo attesa, in particolare, la peculiare condizione contrattuale assunta dall'utenza pubblica in ragione dell'*obbligo di assicurazione* dei veicoli imposto dal legislatore. Il contratto di assicurazione obbligatoria rca non costituisce manifestazione tipica di autonomia privata²⁹, vale a dire espressiva di un ordinario e comune dialogo negoziale³⁰: la *conclusione* del contratto è, infatti, *imposta* dalla *legge*³¹ ed il consumatore è tenuto ad adempiere³² l'obbligo legislativo. Tale circostanza ha l'effetto di determinare, nell'ambito delle posizioni assunte rispettivamente dall'ente assicurativo e contraente, l'esistenza di una alterazione nell'equilibrio del *sinallagma* ovvero di una condizione non propriamente paritaria tra interlocutori negoziali. Non fosse altro per la ragione che il singolo utente non è *libero* di sottrarsi. La mancanza di libero arbitrio nella determinazione alla scelta di concludere o meno il contratto rca dovrebbe trovare, almeno, un bilanciamento nella presenza di un *divieto* di *abbinamento* avente natura *assoluta* che, in tale contesto, assolverebbe la funzione di tutela della posizione, *uti singuli*, del contraente-utente. Le deroghe contenute nel 2° e 3° comma dell'art. 170 hanno per effetto, dunque, quello di elidere ogni valenza e significato al *divieto* sancito nel 1° comma della medesima disposizione. Né varrebbe, in senso contrario, affermare l'osservanza delle disposizioni del testo unico bancario e di quello dell'intermediazione finanziaria per i contratti da essi disciplinati, così come prescritto dall'ultimo inciso del disposto di cui al 3° comma dell'art. 170. In effetti, benché sia in atto un significativo processo di convergenza tra le normative esistenti³³ ed il Codice delle Assicurazioni ne costituisce manifesto esempio sussistono, tuttavia, differenze tali da incidere negativamente sulle dinamiche concorrenzia-

28 E' permesso, infatti, l'abbinamento per l'offerta di contratti con franchigia garantita (già art. 19, legge 12 dicembre 2002 n. 273 ora abrogata dall'art. 354 del Codice) se non sono richieste spese aggiuntive e se il premio risulta più conveniente (art. 170, 2° comma). L'altra deroga è quella sancita ex art. 170, 3° comma che attribuisce alle imprese la facoltà di proporre polizze per l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli in abbinamento ad altri contratti assicurativi, bancari e finanziari a condizione che tali proposte non costituiscano l'unica offerta dell'impresa e siano osservate le disposizioni previste dal testo unico bancario e dal testo unico finanziario per l'offerta dei contratti dai medesimi disciplinati

29 Ferri G.B., "Interpretazione, autonomia privata e realtà

sociale", in *Studi sull'autonomia dei privati*, di Ferri G.B. e Angelici C., Utet Libreria, pag. 131 e ss..

30 Scognamiglio R., "Contributo alla teoria del negozio giuridico", Napoli 1950, pag. 140 e ss..

31 De Strobel, "L'assicurazione di responsabilità civile", Milano 2004, pag. 70.

32 Bianca, "Dell'inadempimento delle obbligazioni", in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja-Branca, sub-artt. 1218-1229, Bologna-Roma 1967, pag. 48.

33 Irti, "Codici di settore" e compimento della decodificazione, in AA.VV., *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di Sandulli M.A., Milano 2005, pag. 17 ss..

li dei mercati assicurativi. I diversi prodotti offerti ai consumatori e da questi considerati quali possibili alternative ai loro investimenti, risultano - anche in ragione delle differenze regolamentari che li caratterizzano - appartenere a *mercati distinti*, seppure *contigui*. La contiguità dei mercati, come è noto, può determinare *confusione* nelle scelte di acquisto dei destinatari dei prodotti considerati e, *a fortiori*, per la clientela c.d. “*non qualificata*”³⁴. A questo proposito è opportuno segnalare che l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell’esercizio della sua funzione consultiva, ha definito la deroga di cui al 3° comma dell’art. 170 “*superflua e potenzialmente fuorviante*” auspicandone, in aggiunta, la eliminazione o la riformulazione³⁵. Il che, puntualmente, non si è verificato.

Quale il recesso dai contratti abbinati? Un ulteriore elemento di indagine è costituito dalla disciplina di cui al 4° ed ultimo comma dell’art. 170, diretta a regolamentare la fattispecie del *recesso dai contratti abbinati* ammessa nel solo caso previsto dal successivo articolo 172³⁶. Nonostante gli apprezzabili auspici ed i migliori proponenti che hanno ispirato l’opera del legislatore assicurativo³⁷ deve osservarsi quanto segue. Orbene, se agli assicurati è riconosciuto un diritto di recesso dai contratti abbinati tale da poter essere esercitato *solo contestualmente* al verificarsi della ragione che occasiona il recesso del contratto di assicurazione obbligatoria rca è evidente che tali soggetti non potranno dirsi in alcun modo tutelati da un simile riconoscimento bensì gravemente condizionati, *rectius*, penalizzati. Non volendo discettare d’altro per la ragione che, in tal modo opinando, viene ad essere normativizzato un *unicum ed onnicomprensivo potere* di recesso vieppiù del tutto “*sconnesso*” dal contratto abbinato a cui si riferisce atteso che la ragione che lo giustifica è data dal verificarsi di uno squilibrio del sinallagma non già proprio ma del contratto di assicurazione obbligatoria rca che *nulla a che a vedere per accordo, causa, oggetto e forma* con quello abbinato. Del resto in simili circostanze *neppure può affermarsi* l’esistenza dei *c.d. contratti collegati* giacché per configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il *requisito oggettivo*, costituito dal nesso teleologico tra negozi, sia il *requisito soggettivo* costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l’effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore³⁸.

34 Art. 183, 3° comma, nuovo Codice delle assicurazioni.

35 Autorità Garante della concorrenza e del mercato, Parere AS301 del 1 giugno 2005.

36 Che disciplina il diritto di recesso dal contratto di assicurazione obbligatoria rca per variazioni tariffarie superiori al tasso programmato di inflazione.

37 La Relazione governativa al decreto legislativo ritiene

che dalla previsione normativa il contraente è tutelato in virtù “*del riconoscimento di un diritto di recesso da tutti i contratti sottoscritti che può far valere in caso di incremento del premio Rca superiore al tasso programmato di inflazione*”.

38 Cass. 23 giugno 2003, n. 9970; Cass. 18 luglio 2003, n. 11240.

Elementi questi del tutto assenti nelle ipotesi considerate poiché tanto con i contratti abbinati quanto con il contratto di assicurazione obbligatoria rca entrambe le parti perseguono finalità ed interessi assolutamente distinti ma, soprattutto, tra loro incoordinabili. Di tal che, a fronte di una variegata tipologia di contratti, ciascuno espressione di una peculiare e distinta autonomia privata³⁹ nonché caratterizzanti, quanto a struttura e funzione, da *cause* e *finalità* dissimili⁴⁰ viene operato il riconoscimento normativo di *un'unica e contestuale causa di recesso*. Si manifesta evidente, in tal modo codificando, tutta l'illogicità e l'abnormità di una soluzione che consente al singolo contraente l'*esercizio* di un diritto di recesso dai c.d. contratti abbinati - aventi natura bancaria, finanziaria e/o assicurativa⁴¹ - solo per *cause* legate ad un recesso consentito per altro contratto in ipotesi di *aumenti tariffari* non giustificati dal tasso di inflazione programmato. Come dire, meglio sarebbe stato negare l'esistenza di qualunque diritto al recesso per i contratti medesimi! Vi è poi da aggiungere una ulteriore considerazione nell'indagine interpretativa di questo singolare *monstrum* normativo. La circostanza che i contratti abbinati "*possano*" essere risolti allorché intervenga recesso *ex art. 172 del contratto rca, implica*, ove tale facoltà non venga esercitata, la loro possibile *sopravvivenza* e, quindi, la loro *autonomia* rispetto al contratto *receduto*. Ebbene, venuto meno il contratto di assicurazione obbligatoria per recesso *ex art. 172 quid juris* se successivamente il contraente deciderà di recedere dai contratti abbinati? Quale recesso potrà esercitare, se quello prescritto dalla legge trova la propria ragione d'essere ed il presupposto nell'esistenza di un contratto oramai *inesistente*? Tacendo sul punto ogni considerazione in ordine allo scriteriato esercizio di logica giuridica sotteso a simile previsione appare doveroso denunziare, tuttavia, come *nessuna libertà* contrattuale e *nessuna tutela* possano ritenersi codificate da siffatta disciplina normativa. La stipulazione dei contratti abbinati al contratto di assicurazione obbligatoria rca, così come attualmente regolamentata, non può che tradursi per i singoli contraenti-assicurati-utenti nell'adesione ad una soluzione negoziale pericolosamente ed ineluttabilmente capestre per i loro diritti.

39 Segni, "Autonomia privata e valutazione legale tipica", Padova 1972.

41 Questi ultimi, ovviamente, diversi da quelli di assicurazione obbligatoria rca.

40 Ferri G.B., "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico", Milano 1966, p. 182 e ss..

GIURISPRUDENZA

CIVILE

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILE
SENTENZA 18 maggio 2006, n. 11624
(Presidente Carbone – Relatore Bucciante)

Svolgimento del processo

Con sentenza del 18 marzo 1998 il Tribunale di Pistoia ha Pronunciato la risoluzione, per inadempimento di Mirella P., di un contratto preliminare con il quale costei si era obbligata a vendere a Wladimiro L. e Teresa V. un podere con casa colonica sito in Larciano, e ha condannato la promittente alienante alla restituzione degli acconti ricevuti, nella misura di lire 17.000.000, nonché al rimborso delle spese di giudizio Impugnata in via principale da Wladimiro L. e Teresa V., incidentalmente da Mirella P., la decisione è stata riformata dalla Corte di appello di Firenze, che con sentenza del 21 marzo 2000, in parziale accoglimento di entrambi i gravami, ha dichiarato il contratto risolto per inadempimento del L. e della V., ha rideterminato in lire 16.000.000 la somma che doveva essere loro rimborsata, ha confermato il rigetto della domanda di risarcimento di danni formulata dalla P., ha posto a carico degli appellanti principali metà delle spese di entrambi i gradi di giudizio, compensandole tra le parti per l'altra metà. A queste pronunce il giudice di secondo grado è pervenuto ritenendo: che “unica ragione della mancata stipula va - ricondotta alla mancata proprietà del bene da parte della promittente venditrice, ma appare pacifico che in realtà anche tale questione era stata risolta precedentemente (il che assorbe ogni rilievo relativo all'effettiva conoscenza di tale altruità da parte dei L.) essendosi la P. presentata munita di procura a vendere del tutto rituale, relativa al bene de quo e rilasciata dai proprietari due giorni prima e davanti allo stesso notaio”; che “è d'altronde indiscusso che in caso di preliminare di vendita l'obbligo-del promittente venditore è quello di procurarsi la proprietà del bene o di ottenere dal proprietario il consenso o l'autorizzazione alla vendita – Cassazione, 3677/96; 367/77; 8228/90 - per cui non è dato vedere cosa possa imputarsi alla P. che era perfettamente in grado di vendere il bene alla data prefissata”; che “né può sostenersi - come sembrano fare i L. - che essi acquistando da “altri” potevano risultare meno garantiti, rispetto alla P.: invero nei loro confronti e in relazione alle garanzie loro spettanti per legge, unico interlocutore era e restava la P. personalmente e direttamente, per cui solo sulla P. continuavano a ricadere tutte le garanzie in materia di vizi o di evizione - v. Cassazione, 3963/84”; che “non vi è alcuna prova (che la P. nemmeno ha chiesto di fornire)”, in ordine ai danni da lei lamentati. Wladimiro L. e Teresa V. hanno proposto ricorso per cassazione, in base a un motivo. Mirella P. si è costituita con controricorso, formulando a sua volta due motivi di impugnazione in via incidentale, e ha depositato una memoria.

Motivi della decisione

In quanto proposte contro la stessa sentenza, le due impugnazioni vanno riunite in un solo processo, in applicazione dell'articolo 335 Cpc.

Con il motivo addotto a sostegno del ricorso principale Wladimiro L. e Teresa V.

lamentano che la Corte di appello “ha applicato il disposto dell’articolo 1478 Cc anziché quanto previsto dall’articolo 1479 Cc”, pur se “al momento della sottoscrizione del contratto preliminare di compravendita la Sig.ra P. Mirella non aveva messo a conoscenza i promittenti acquirenti che l’immobile fosse di proprietà di altri” e in tali casi “è possibile per il compratore chiedere la risoluzione del contratto salvo che il venditore non abbia, nel frattempo, acquistato la proprietà della cosa”, mentre “nella fattispecie ciò era tanto più importante perché esistevano, come è stato riconosciuto da tutti i tenti, problemi di esercizio del diritto di prelazione da parte di terzi, con la conseguenza che i ricorrenti non avrebbero più avuto la garanzia da parte del loro originale contraddittore e promittente venditore”. Secondo i ricorrenti principali, pertanto, Mirella P. avrebbe dovuto acquistare lei stessa l’immobile in questione e poi trasferirlo a loro, sicché legittimamente avevano rifiutato di farselo alienare direttamente dagli effettivi proprietari, per il tramite della stessa P. in veste di loro procuratrice. In ordine alle modalità di adempimento dell’obbligazione assunta dal promittente venditore di una cosa altrui, nella giurisprudenza di legittimità è insorto un contrasto, per la cui composizione la causa è stata assegnata alle Sezioni unite. In prevalenza, questa Corte si è orientata nel senso che la prestazione può essere eseguita, indifferentemente, acquistando il bene e ritrasmettendolo al promissario, oppure facendoglielo alienare direttamente dal reale proprietario, in quanto l’articolo 1478 Cc - relativo al contratto definitivo di vendita di cosa altrui, ma applicabile per analogia anche al preliminare dispone che il venditore “è obbligato a procurarne l’acquisto al compratore”, il che può ben avvenire anche facendo al che il terzo, al quale il bene appartiene, lo ceda egli stesso al promissario (v., tra le più recenti, Cassazione, 13330/00, 2656/01, 15035/01, 21179/04, 24782/05).

Talvolta si è però deciso che l’obbligazione in questione deve invece essere adempiuta acquistando il bene e ritrasferendolo, in particolare nel caso in cui l’altra parte non fosse stata consapevole dell’altruità, poiché l’articolo 1479 Cc – anch’esso dettato per la -vendita definitiva, ma estensibile a quella preliminare - abilita il compratore a “chiedere la risoluzione del contratto, se, quando l’ha concluso, ignorava che la cosa non era di proprietà del venditore, e se frattanto il venditore non gliene ha fatto acquistare la proprietà” (v. Cassazione 7054/90, 2091/99, relative, rispettivamente, a un contratto definitivo e a uno preliminare di vendita di cosa altrui).

Ritiene il collegio che debba essere seguito l’indirizzo giurisprudenziale maggioritario.

Stante la latitudine delle citate previsioni normative, non vi è ragione per escludere che la prestazione possa essere eseguita “procurando” il trasferimento del bene direttamente dall’effettivo proprietario, senza necessità di un doppio trapasso; il comma 2 dell’articolo 1478 menziona bensì l’acquisto che eventualmente compia l’alienante, nel caso di vendita (definitiva) di cosa altrui, ma come una particolare modalità di adempimento, alla quale eccezionalmente riconnette l’effetto di far diventare senz’altro proprietario il compratore.

Né una diversa soluzione può essere adottata per il caso in cui il promissario

avesse ignorato, al momento della conclusione del preliminare, la non appartenenza del bene al promittente. Il disposto dell'articolo 1479 Cc, che consente al compratore in "buona fede" di chiedere la risoluzione del contratto, è coerente con la natura - di vendita definitiva - del negozio cui si riferisce, destinato, nell'intenzione delle parti, a esplicare quell'immediato effetto traslativo che è stabilito dall'articolo 1376 Cc, ma è impedito dall'altruità della cosa: altruità che invece non incide sul sinallagma instaurato con il contratto preliminare, il quale ha comunque efficacia soltanto obbligatoria, essendo quella reale differita alla stipulazione del definitivo, sicché nessun documento, fino alla scadenza del relativo termine, ne deriva per il promissario. Dall'articolo 1479 Cc, pertanto, non può desumersi che egli sia abilitato ad agire per la risoluzione - e quindi ad opporre l'*exceptio inadimpleti contractuo* se l'altra parte, nel momento in cui vi è tenuta, è comunque in grado di fargli ottenere l'acquisto, direttamente dal proprietario.

D'altra parte, il ritenere esatta tale modalità di adempimento è in sintonia con l'essenza e la funzione del contratto preliminare di vendita, quali sono state individuate nelle più recenti elaborazioni dottrinali, che hanno superato la concezione tradizionale dell'istituto e che qualche riflesso hanno avuto anche in giurisprudenza. Il contratto preliminare non è più visto come un semplice *pactum de contrahendo*, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicché il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono, pur senza confondersi, ma nel caso dell'altruità rimangono distinti, appunto perché lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato - o non - a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela.

Né vale obiettare che l'identità del venditore, come i ricorrenti principali deducono, non è indifferente per il compratore, il quale può risultare meno tutelato, relativamente all'evizione e ai vizi. In proposito, in consonanza con le menzionate opinioni dottrinali, la giurisprudenza si è orientata nel senso che la conclusione del definitivo, per tali profili, non assorbe né esaurisce gli effetti del preliminare, il quale continua a regolare i rapporti tra le parti, sicché il promittente alienante resta responsabile per le garanzie di cui si tratta (v., da ultimo, Cassazione, 15035/01).

Si deve quindi affermare che il promittente venditore di una cosa che non gli appartiene, anche nel caso di buona fede dell'altra parte, può adempiere la propria obbligazione procurando l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario.

Alla stregua di questo principio, il ricorso principale va rigettato, dovendoci riconoscere che la "Corte di appello correttamente ha ritenuto superfluo accertare se

Wladimiro L. e Teresa V. fossero stati inizialmente ignari dell'altruità dell'immobile in questione, essendo anche in tale ipotesi ingiustificato il loro rifiuto di addivenire alla conclusione del contratto definitivo, dato che Mirella P. si era munita di una procura rilasciatale, dagli effettivi proprietari del bene, che la abilitava a effettuarne la vendita in nome loro.

Con il primo motivo del ricorso incidentale, si deduce che la Corte d'appello ha dichiarato la risoluzione del contratto preliminare *de quo* per inadempimento di controparte senza condannarla al risarcimento del danno richiesto che all'inadempimento consegue per legge non tenendo conto che tale domanda di risarcimento del danno, che spetta in ogni modo alla Comparsante, era stata avanzata anche in via equitativa". La doglianza va disattesa, poiché con la sentenza impugnata si è rilevato che nessuna prova, in ordine ai danni asseritamente subiti, era stata data né offerta da Mirella P.: prova che comunque avrebbe dovuto essere fornita, relativamente all'*an* poiché è soltanto per la determinazione del *quantum* che si può fare luogo alla liquidazione in via equitativa, ove non ne sia dimostrabile il preciso ammontare (v., per tutte, Cassazione, 16112/05).

Con il secondo motivo del ricorso incidentale Mirella P. lamenta che "una volta liquidate come da dispositivo le spese di primo e secondo grado la Corte di appello non ha imposto a controparte la restituzione delle somme che le erano state liquidate a titolo di spese legali dal Primo giudice".

Neppure questa censura può essere accolta, in quanto dalle conclusioni riportate nell'epigrafe della sentenza impugnata risulta che la domanda di restituzione di cui si tratta non era stata formulata.

Anche il ricorso incidentale deve essere pertanto rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione vengono compensate tra le parti, in considerazione della reciproca loro soccombenza.

PQM

nota

La Corte riunisce i ricorsi; li rigetta entrambi; compensa tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma il 16 marzo 2006.

Depositata in cancelleria il-18 maggio 2006.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza in oggetto, vanno a dirimere un contrasto giurisprudenziale che da diversi anni ormai viveva sulla contrapposizione di due diverse teorie riguardo la possibilità, o meno, di ottenere la risoluzione per inadempimento di un contratto preliminare di vendita di cosa altrui, quando l'altruità del bene non sia conosciuta dal promissario acquirente.

L'indirizzo considerato minoritario è basato sul principio che nel caso di un preliminare di vendita di cosa altrui, l'unico modo per adempiere all'obbligazione da parte del promittente venditore, è quello di procurarsi il bene dal terzo proprietario e ritrasferirlo successivamente al promissario acquirente; questo perché, sarebbe estensibile

anche al **preliminare** di vendita la disciplina sancita dall'art. 1479 cod. civ., che consente al compratore di buona fede, non a conoscenza dell'altruità della cosa, di chiedere la risoluzione: *“potendo il compratore o promissario, ai sensi del citato art. 1479 cod. civ., chiedere la risoluzione del contratto, a meno che nel frattempo il venditore o promittente, non abbia acquistato la proprietà della cosa, in tal modo facendolo diventare automaticamente proprietario della stessa, se la vendita era definitiva, o mettendosi in grado di trasferirgliela col futuro contratto, se si trattava di preliminare”*(Cassazione Civile n°2091-1999).

Si può affermare, senza sbagliare, che le Sezioni Unite hanno seguito l'orientamento sicuramente prevalente negli ultimi anni (Cassazione Civile 13330/2000, 2656/2001, 15035/2001, 21179/2004, 24782/2005), cioè quello secondo il quale, in presenza di un preliminare di vendita di cosa altrui, la prestazione può essere eseguita sia acquistando il bene per poi trasferirlo al promissario acquirente, sia facendolo alienare al compratore direttamente dal terzo proprietario; infatti la Suprema Corte ha ritenuto possibile l'applicazione in via analogica dell'art. 1478 cod. civ. (che si riferisce al contratto **definitivo** di vendita di cosa altrui) anche al **preliminare** di vendita.

La Cassazione afferma che il promittente venditore potrà adempiere l'obbligazione, prima del termine per la stipula del definitivo, *“procurando il trasferimento del bene direttamente dall'effettivo proprietario”*; le Sezioni Unite, poi, stabiliscono un secondo principio: la inapplicabilità dell'art.1479 cod. civ. al **preliminare** di vendita di cosa altrui nonostante la buona fede del compratore ignorante dell'altruità del bene.

Infatti il contenuto dell'art.1479 cod. civ., secondo quanto si legge nella sentenza, sarebbe, sì, coerente con la natura di vendita **definitiva**, nella quale si ha un immediato effetto reale e traslativo del diritto di proprietà (ai sensi e per gli effetti dell'art. 1376 cod. civ.), ma non con quella di un contratto preliminare che ha, com'è ben noto, efficacia solamente obbligatoria, essendo l'effetto reale differito al momento della stipulazione del contratto definitivo.

Il promissario acquirente non riceverebbe alcun tipo di danno fino alla scadenza del termine fissato per la stipulazione del definitivo e non sarebbe pertanto legittimato ad esperire l'azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1479 cod. civ.; d'altra parte il promittente venditore avrà tempo, sempre fino alla scadenza del contratto preliminare, di procurarsi la proprietà del bene, o di farla procurare al promissario direttamente dal terzo proprietario, rimanendo il promittente sempre il responsabile per le garanzie ed i vizi (in questo senso anche Cassazione Civile n.15035-2001: *“...quello che si forma tra il terzo proprietario ed il compratore determina l'effetto traslativo della proprietà della cosa; in ogni caso, il contratto di compravendita intercorre tra gli originali promittenti, e venditore è pur sempre il promittente della vendita, di modo che su di lui ricadono tutte le obbligazioni connesse a tale sua qualità, come quelle della consegna della cosa, della garanzia per l'evizione e della garanzia per vizi. A tale stregua, data la struttura propria del preliminare di vendita di cosa altrui, il contratto rimane pur sempre un contratto bilaterale tra il promittente venditore ed il promittente acquirente, ed anche se si stabilisce che il contratto definitivo notarile venga*

stipulato tra il soggetto proprietario ed il promittente acquirente, è sempre il promittente alienante che ha l'obbligo di procurare che il proprietario presti il suo consenso in sede di stipula del definitivo.”).

Tra le più rilevanti pronunce della Cassazione conformi alla decisione delle Sezioni Unite, merita di essere segnalata la sentenza n° 24782 del 24/11/2005, che affermando lo stesso principio, ha stabilito che: *“il promissario acquirente di un bene del quale ignorava, all'atto della stipula del preliminare, l'altruità, non può agire per la risoluzione prima della scadenza del termine la stipula del contratto definitivo, perché il promittente venditore fino a tale momento può adempiere all'obbligazione di fargli acquistare la proprietà del bene, o acquistandolo egli stesso dal terzo proprietario, o inducendo questo a trasferirglielo”.*

Bisogna, infine, dare rilievo alla definizione che le Sezioni Unite fanno del contratto preliminare (*“negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo”*), definizione che si allinea a quella classica fatta dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria.

Ma la sentenza in epigrafe aggiunge un *quid* in più rispetto alla canonica definizione del contratto preliminare, sottolineando che l'oggetto di esso non è solo un *facere*, ossia lo stipulare il successivo contratto definitivo, ma è anche *“e soprattutto”* un dare, intendendo con ciò quello che sarà il futuro effetto traslativo del diritto di proprietà.

E' proprio qui che troviamo uno dei passaggi giuridicamente più interessanti di tutta la sentenza, il quale si fonde perfettamente con la teoria precedentemente sostenuta dalla Suprema Corte e che dipanandosi ulteriormente spiega come i due summenzionati aspetti (il *facere* ed il dare) si atteggino in maniera diversa a seconda che il bene appartenga già al promittente venditore, o viceversa al terzo proprietario.

Nel primo caso, il *facere* ed il dare coincidono, nella seconda ipotesi, invece, rimangono distinti *perché* *“lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato, o non, a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela”.*

Brevi cenni sugli istituti in questione

Il contratto preliminare.

Il contratto preliminare rientra nella categoria di quegli atti che concretamente vanno ad incidere sul procedimento di formazione del contratto definitivo, producendo un vincolo obbligatorio a carico di una sola (contratto preliminare unilaterale) o di entrambe le parti (contratto preliminare bilaterale). Non menzionato nel codice del 1865, ora l'istituto è espressamente previsto dall'art.1351 codice civile e dagli articoli 2645-bis (trascrizione del contratto preliminare) e 2652 n.2 (trascrizione della domanda giudiziale); tale figura di contratto è nata da esigenze dettate da utilità pratica che hanno le parti (o la parte) di vincolarsi reciprocamente stante una temporanea impossibilità (o non immediato interesse) di concludere un contratto definitivo.

Per quanto riguarda **la natura** del contratto preliminare, in primis va sottolineato che il preliminare è un contratto assolutamente perfetto, ed anche se esso viene a formare il primo passo di una fase a formazione progressiva che eventualmente sfocerà nella stipula del definitivo, non ne rappresenta un semplice momento o parte, ma si atteggia a contratto perfettamente **autonomo, tipico**, in quanto espressamente previsto dal legislatore ed avente una **propria causa**, quella cioè di vincolare ed obbligare la parti a concludere il futuro contratto definitivo. Si potrebbe dire che il contratto preliminare abbia una natura per così dire camaleontica in quanto può vestirsi di qualsiasi forma giuridica, (es. preliminare di vendita, permuta, cessione, società, etc...).

I requisiti giuridici richiesti per il contratto preliminare non sono diversi da quelli previsti dall'art.1325 c.c. per i contratti in generale:

- 1) l'accordo delle parti nel contratto preliminare non è altro che il consenso che fa nascere il contratto stesso; giova ripetere che anche se il preliminare si inserisce in un procedimento a formazione progressiva, ha comunque una nascita ed una formazione assolutamente autonoma e propria.
- 2) anche la causa sarà una causa tipica e propria, ben distinta da quella del contratto definitivo.
- 3) per quanto riguarda la forma, il principio è stabilito dal disposto dell'art. 1351 secondo il quale "il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo".
- 4) infine per ciò che concerne l'oggetto, quello del contratto preliminare è sempre un fare, ossia le parti si obbligano a concludere il contratto definitivo; anche per il preliminare i requisiti dell'oggetto sono gli stessi di ogni altro contratto (possibilità, liceità, determinatezza o determinabilità).

Il contratto preliminare tipico, quindi, è il contratto col quale entrambe le parti (o una sola nel caso del preliminare unilaterale) assumono l'obbligo di concludere un contratto ulteriore, per esempio un contratto definitivo di vendita, dove il trasferimento del diritto di proprietà ed il pagamento del prezzo si avranno solo in questa sede.

Accanto alla figura del preliminare tipico ve ne sono altre, alcune molto interessanti ed al centro di vivaci dibattiti dottrinali e giurisprudenziali; si pensi ad esempio al contratto preliminare ad effetti anticipati, che nella prassi ricorre spesso proprio nel caso di vendita e dove l'esecuzione anticipata del definitivo sia il pagamento del prezzo, oppure l'immissione anticipata nel possesso del bene promesso in vendita.

Sono poi spesso usate nella prassi commerciale anche le figure di preliminare a favore di terzo (il quale potrà avere il diritto a stipulare il definitivo, essendo parte di quest'ultimo e non del preliminare, oppure si vedrà ricadere nella propria sfera giuridica tutti gli effetti finali scaturenti dalla stipula del definitivo),

e di preliminare per sè o per persona da nominare, in questo caso l'*electio amici* potrà avvenire sia prima della stipula del definitivo (in questo caso l'*electus* sarà parte anche del preliminare rilevando lo *stipulans*) sia dopo, nel qual caso l'*electus* diventerà parte esclusivamente del contratto definitivo.

Sono generalmente ammessi i preliminari di contratti obbligatori (*contra S.Satta*), ad esempio il preliminare di locazione, mentre è molto discussa la possibilità

di configurare un preliminare di preliminare; infatti quasi tutta la dottrina unanime e la giurisprudenza ne affermano la nullità per difetto di causa (per tutti Gazzoni, Gabrielli, Trib. Napoli 21 febbraio 1985).

Una parte della più recente giurisprudenza, però, ne ha ammesso l'esistenza configurandolo più precisamente come un contratto atipico con una funzione economico-sociale, volto alla conclusione di un successivo contratto preliminare (Trib. Napoli 28 febbraio 1994, Pret. Bologna 9 aprile 1996).

Ma forse il dibattito più vivace si ha tutt'oggi riguardo l'ammissibilità del preliminare di contratti reali; dal punto di vista pratico verrà a cadere la possibilità di ottenere una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. nei confronti dell'inadempiente, ma tale rimedio, come si sa, non è un elemento essenziale del contratto preliminare, ma è ammesso solo in quanto possibile (così l'art. 2932 c.c.).

Figura controversa, poi, è il preliminare di donazione di cui la dottrina e giurisprudenza prevalenti continuano a negare l'ammissibilità, basandosi soprattutto sul fatto che tale preliminare toglierebbe il carattere di liberalità che costituisce elemento indefettibile della donazione (Gabrielli, Bianca).

Altra parte della dottrina, però, ne ammette l'esistenza, adducendo a sostegno la tesi che la donazione non perderebbe il proprio carattere di liberalità, che anzi si configurerebbe più forte proprio nel contratto preliminare, dove *l'animus donandi* non raggiunge ancora l'effetto finale della donazione, ma obbliga a donare.

Ultima figura di preliminare da analizzare in breve è quella del contratto preliminare unilaterale, quello cioè in cui ad obbligarsi è solo una delle parti.

In realtà parte della dottrina (Gabrielli) e alcune sentenze della Corte di Cassazione (Cass. 1965 n. 1512 e Cass. 1960 n.3247) lo hanno ritenuto più vicino ad un patto

d'opzione, con cui le parti in un contratto preliminare convengono, ex art. 1331 c.c., che soltanto una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione, mentre all'altra

rimanga la possibilità di accettarla o meno; secondo questo interessante orientamento, l'accettazione della controparte, però, non porta alla stipula del definitivo bensì alla stipula di un preliminare, questa volta bilaterale, che obbligherà entrambe le parti alla futura stipula del definitivo.

La vendita di cosa altrui.

Espressamente prevista dal legislatore all'art.1478 c.c., la vendita di cosa altrui è l'alienazione da parte del venditore, in nome proprio, di un bene che al momento del contratto non sia di sua proprietà; trovandosi in una simile fattispecie il venditore è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore, il quale diventerà proprietario del bene nel momento in cui il venditore acquisterà la proprietà di esso.

Sulla natura di tale istituto ci sono pochi dubbi: la vendita di cosa altrui ha indubbiamente carattere obbligatorio, e l'acquisto dall'originario terzo proprietario, a cui si è obbligato il venditore, si atteggia a presupposto logico-giuridico affinché avvenga

l'acquisto della proprietà da parte del compratore, realizzandosi in tal modo gli effetti reali della compravendita.

Nel caso dell'art.1478 c.c. bisogna distinguere a seconda che l'acquirente sia o non sia a conoscenza dell'altruità della cosa oggetto del contratto; se il compratore ne è a conoscenza, le parti concludono un contratto di vendita dichiaratamente di cosa altrui (Gazzoni); in questo caso il compratore che non acquisterà la proprietà nei termini fissati dalla parti o dal giudice ax art. 1183 c.c., si vedrà tutelato (secondo parte della dottrina, per tutti Rubino) dall'art.1381 c.c. (promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo) o potrà agire per la risoluzione del contratto, oltre che per il risarcimento del danno (secondo altra parte della dottrina, Greco e Cottino).

La seconda ipotesi si ha nel caso in cui l'acquirente ignori l'altruità della cosa; in tale fattispecie l'acquirente che non diventi proprietario del bene per colpa del venditore, può chiedere la risoluzione ex art.1479 c.c. con la conseguente restituzione del prezzo pagato e salvo il risarcimento del danno ex art. 1223 c.c. stante il vincolo obbligatorio instauratosi tra le parti (così Gazzoni).

L'istituto della risoluzione

Com'è noto oltre ai casi di nullità ed annullabilità il codice prevede altri due modi di scioglimento del contratto: la rescissione e la risoluzione, entrambe legate ad un difetto del *sinallagma* contrattuale (difetto genetico parziale nel caso di rescissione, e difetto sopravvenuto-funzionale della causa nel caso di risoluzione), e pertanto restano rimedi applicabili solamente ai contratti a prestazioni corrispettive.

Il legislatore prevede il rimedio della risoluzione del contratto qualora si riscontrino anomalie sinallagmatiche dopo la conclusione del contratto stesso; in particolare i casi disciplinati dal codice sono quelli di inadempimento, di impossibilità sopravvenuta e di eccessiva onerosità. Fattore comune a tutte le tipologie di risoluzione è l'effetto dello scioglimento del contratto, che ha efficacia retroattiva tra la parti (tranne il caso del contratto a prestazioni continuate o periodiche di cui quelle già eseguite rimangono impregiudicate), e solo tra le parti, visto che sono fatti salvi i diritti precedentemente acquisiti dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione.

Come detto, l'azione di risoluzione per inadempimento (art.1453 c.c.) è applicabile solo a quei contratti con prestazioni corrispettive (sinallagmatici), dove, di fronte all'inadempimento di una parte, all'altra è lasciata la facoltà o di chiedere l'adempimento e quindi la manutenzione del contratto (con la relativa condanna della parte inadempiente ad eseguire la prestazione e la condanna al risarcimento dei danni), oppure, esercitando un proprio diritto potestativo, chiedere la risoluzione del contratto oltre al risarcimento dei danni.

Si noti che i danni subiti andranno calcolati diversamente nelle due summenzionate ipotesi: nel caso di richiesta di manutenzione del contratto, infatti, il danno sarà riferito solamente al ritardo della prestazione; nel caso si chiedo la risoluzione, invece, il risarcimento del danno sostituisce il diritto nascente dal contratto, e quindi verrà adeguato al pregiudizio assoluto di non aver ricevuto la prestazione.

E' interessante analizzare il rapporto tra l'azione di adempimento e quella di risoluzione, così come è regolato dal secondo comma dell'articolo 1453 c.c.:

se la parte non inadempiente propone l'azione di adempimento, non si vedrà preclusa la possibilità di chiedere successivamente anche la risoluzione del contratto.

Se invece viene chiesta prima la risoluzione, qui il principio che si segue è quello che *electa una via non datur recursus ad alteram*, ossia non è più possibile chiedere successivamente anche l'adempimento (questo per motivi logici: se infatti una parte chiede la risoluzione contrattuale, implicitamente dichiara di non avere più interesse alla prosecuzione del rapporto contrattuale).

Importantissima una recente sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 30 ottobre 2001, n.13533, la quale ha affermato il principio secondo il quale sia nel caso venga chiesto l'adempimento ed il risarcimento del danno, sia nel caso in cui si chiedi la risoluzione ed il risarcimento, la parte non inadempiente dovrà provare solamente la fonte del proprio diritto, mentre spetterà al debitore l'onere di provare di aver adempiuto alla prestazione.

Mentre la risoluzione per inadempimento opera giudizialmente, quella per impossibilità sopravvenuta opera invece di diritto (art.1463 c.c.), estinguendo l'obbligazione con conseguente liberazione della parte che vi era tenuta. Bisogna però distinguere se si tratti di contratti ad efficacia obbligatoria (nel qual caso la controparte può od ottenere la restituzione della prestazione, od essere liberata dall'obbligo di eseguirla), ovvero se si tratti di contratti ad efficacia reale: in questo caso l'acquirente è tenuto ugualmente ad eseguire la controprestazione e non può pretendere la restituzione (art.1465 c.c.).

Il terzo rimedio posto per la risoluzione riguarda i contratti istantanei ad esecuzione differita, ed i contratti di durata in cui fatti straordinari abbiano reso la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa, determinando uno squilibrio eccessivo nel rapporto sinallagmatico; in questo caso opera la clausola *rebus sic stantibus*, ovvero la clausola secondo la quale un determinato accordo resterebbe vincolante solo se non si modificano sostanzialmente i rapporti sinallagmatici (equilibrio tra le prestazioni).

La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità (art.1467 c.c.) ricorre solamente a determinate condizioni: prime fra tutte è che si tratti, come detto, di contratti ad esecuzione continuata o periodica (es. somministrazione) oppure ad esecuzione differita (mentre com'è ovvio non si applica ai contratti aleatori).

L'eccessiva onerosità, poi, deve verificarsi successivamente alla conclusione del contratto producendo un forte squilibrio economico fra la due prestazioni, e deve dipendere esclusivamente da fatti straordinari ed assolutamente imprevedibili (come ad esempio può essere una guerra, un eccezionale rialzo del costo di alcune materie, etc...).

La parte contro la quale è stata richiesta la risoluzione può evitarla facendo la c.d. *offerta di riduzione ad equità* (art.1467 c.c. ultimo comma), ossia offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

Per completare questa breve analisi sull'operatività della risoluzione e tornando alla risoluzione per inadempimento, va detto che oltre al rimedio giudiziale la legge prevede tre casi in cui anche la risoluzione per inadempimento opera di diritto.

Il primo caso riguarda *la clausola risolutiva espressa* (art.1456 c.c.), con cui le parti convenzionalmente prevedono che il contratto dovrà ritenersi risolto se una determinata prestazione, specificamente indicata, non venga adempiuta.

Il secondo concerne *la diffida ad adempiere* (art.1454 c.c.), ossia una intimazione fatta alla parte inadempiente di provvedere entro un termine congruo, e comunque non inferiore ai quindici giorni, di adempiere all'obbligazione, con l'espressa avvertenza che in caso contrario il contratto si intenderà risolto.

Infine l'art.1457 c.c disciplina il c.d termine essenziale, ovvero quel termine entro il quale la prestazione ha ancora una sua *utilitas*: l'essentialità potrà essere oggettiva (risultando dalla natura stessa della prestazione), oppure soggettiva, quando è stabilita pattiziamente.

La trascrizione del preliminare e del preliminare di vendita di cosa altrui.

Come si legge dalla relazione al D.L. n.669/96, la trascrizione del preliminare non determina alcun effetto traslativo, il quale è condizionato invece alla trascrizione, nei termini di legge, del contratto definitivo stipulato in esecuzione del preliminare trascritto.

La trascrizione del preliminare, in effetti, si inserisce in un procedimento a formazione progressiva e determina una prenotazione degli effetti negoziali, che avranno piena effettività soltanto dopo la trascrizione del contratto definitivo.

La disciplina introdotta dalla novella legislativa sembra orientata a tutelare in via principale l'acquirente, il quale essendo la parte più esposta ai rischi, avrà la possibilità di opporsi *erga omnes* e di agire ex art. 2932 cod. civ. nei confronti del promittente venditore inadempiente. Infatti la parte acquirente che provvederà a trascrivere la domanda giudiziale ex art. 2932, sarà tutelata sia in quanto saranno inefficaci nei suoi confronti eventuali atti dispositivi del bene compiuti dal promittente venditore e trascritti successivamente alla trascrizione della domanda giudiziale, sia perchè acquisirà la proprietà del bene per effetto della sentenza traslativa (così Trinchillo).

Gli effetti, quindi, della trascrizione del contratto preliminare daranno vita: ad una prenotazione degli effetti reali della vicenda negoziale (subordinati alla trascrizione nei termini del contratto definitivo), alla opponibilità del bene nel conflitto circolatorio con i terzi aventi causa dal promittente alienante, ed alla nascita di un privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare, in caso di mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto.

Per quanto riguarda la fattispecie della vendita di cosa altrui va detto che una parte della dottrina si è espressa in modo negativo in ordine alla trascrivibilità di essa, adducendo a sostegno di questa tesi il fatto che sia impossibile vincolare il terzo proprietario all'atto che si intende trascrivere.

A ben vedere, però, gli effetti che si ottengono dalla trascrizione del preliminare di vendita di cosa altrui vanno, non ad intaccare la sfera giuridica del terzo proprietario, che è del tutto estraneo all'atto, ma, come sostenuto da una parte della dottrina (Trinchillo) a regolare eventuali conflitti di prevalenza tra più acquirenti di diritti dall'alienante della cosa altrui, a seguito dell'acquisizione del bene al patrimonio dello stesso alienante.

Per completare il quadro è necessario accennare brevemente agli effetti del fallimento del promittente alienante sui rapporti giuridici preesistenti, alla luce dell'art.72 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nella fattispecie, in particolare, in cui un immobile sia stato oggetto di preliminare di vendita successivamente trascritto. In questo caso si ha un'eccezione al principio dell'efficacia prenotativa del preliminare trascritto, poiché gli interessi pubblicistici che influenzano tutta la vicenda del fallimento prevalgono su quelli individualistici delle parti.

L'art.72 della legge Fallimentare stabilisce infatti che in ordine alla sorte dei rapporti giuridici in corso di esecuzione all'apertura della procedura fallimentare, la decisione riguardo ad essi è rimessa al curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori.

In particolare, per quello che riguarda un immobile oggetto di preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis cod. civ., qualora il curatore decida di scegliere per lo scioglimento del rapporto contrattuale, il promissario acquirente, anche se non potrà richiedere il risarcimento del danno, avrà comunque diritto di far valere il proprio credito nel passivo e godrà anche del privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2775 bis cod. civ., a condizione che gli effetti della trascrizione del preliminare non siano cessati così come stabilito dal 3° comma dell'art. 2645 bis cod. civ..

Avv. Francesco SAVARESE

BREVI CONSIDERAZIONI SULL'ART. 4 DEL D.M. 2.5.96 N. 282, CHE REGOLA LA DISCIPLINA DELL'ASSETTO ORGANIZZATIVO E FUNZIONALE DELLA GESTIONE E DEL RAPPORTO ASSICURATIVO DI CUI ALL'ART. 2, COMMA 32, L. 8.8.95 N. 335 (ISCRIZIONE ALLA GESTIONE SEPARATA PRESSO L'INPS).

La sentenza in esame affronta la problematica della restituzione dei contributi versati nella gestione separata dell'INPS da parte dei soggetti che svolgono le attività lavorative di cui all'art. 2, L. 335/95 (lavoro autonomo per professione abituale ancorché non esclusiva), nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Infatti l'art. 4 del D.M. n. 282/96, stabilendo una eccezione al principio generale della irripetibilità dei contributi versati all'INPS, ha stabilito che “per la durata di un quinquennio a decorrere rispettivamente, dal 30.6.96 per coloro che risultano già pensionati o iscritti a forme pensionistiche obbligatorie e dall'1.4.96 per coloro che non risultano alle predette forme, i soggetti che svolgono attività lavorative di cui all'art. 2, comma 26, L. 335/95... in possesso del requisito di 60 anni di età alla medesima data di cui al comma 1 e che alla cessazione dell'attività lavorativa non conseguono il diritto alla pensione autonoma o ai trattamenti di cui all'art. 3, possono richiedere la restituzione dei contributi versati alla gestione separata, maggiorati dell'interesse di cui all'art. 2, comma 1, L. 45/90”. A sua volta l'art. 3 dispone che “gli iscritti alla gestione separata che possono far valere periodi contributivi presso l'AGO, le forme esclusive e sostitutive della medesima, le gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla L. 233/90, hanno facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei predetti contributi ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della gestione stessa, alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1, comma 23 della L. 335/95 (condizioni dei requisiti di anzianità contributiva ed anagrafica prevista dalla normativa previgente, ovvero opzione per il trattamento pensionistico contributivo con anzianità contributiva pari o superiore a 15 anni di cui almeno 5 nel sistema medesimo).

Correttamente la sentenza della C.D.A. ha ritenuto, contrariamente a quanto sostenuto dall'INPS ed in riforma della sentenza di primo grado, che la parte ricorrente possedesse i requisiti previsti dall'art. 4, 2° comma del D.M. 282/96 (compiimento dei 60° anno di età al 30.6.96, versamento di contributi nella gestione separata per un quinquennio, cessazione della attività lavorativa senza conseguimento di pensione autonoma).

Il ricorrente infatti godeva solo di trattamento pensionistico sostitutivo dell'INPDAP e non quale lavoratore autonomo.

Né può essere condivisa la tesi dell'INPS, cui aveva aderito erroneamente il Giudice di primo grado secondo la quale osterebbe al rimborso della contribuzione la possibilità di ottenere una pensione supplementare. Infatti tale prestazione ha

natura accessoria e si differenzia dalla pensione liquidata in base al requisito autonomo.

D'altra parte, come stabilito dall'art. 3 del D.M. 282/96, l'esercizio del diritto ad ottenere l'eventuale pensione supplementare, è una facoltà e non un obbligo.

Una diversa interpretazione della normativa, come sostenuto dall'INPS, renderebbe la disposizione di cui all'art. 4, 2° comma, D.L. 282/96 del tutto inapplicabile, dal momento che la pensione supplementare spetta qualunque sia il numero dei contributi versati e pertanto impedirebbe sempre la restituzione dei contributi versati nella gestione separata. Pertanto la sentenza della C.D.A. è corretta e una diversa interpretazione della norma renderebbe la disposizione relativa alla restituzione "inutiliter data".

CORTE D'APPELLO DI ROMA

SEZIONE LAVORO

SENTENZA N. 836/06 - DI TERLIZZI VITO/INPS

RESTITUZIONE CONTRIBUTI VERSATI ALLA

GESTIONE SEPARATA EX ART. 4

2° COMMA D.M. 282 DEL 2.5.96

Il collaboratore coordinato e continuativo ha diritto ad ottenere dall'INPS la restituzione della contribuzione separata, maggiorata degli interessi annui, ex art. 4, 2° comma D.M. n. 282 del 2.5.96, perché in possesso dei requisiti previsti dalla norma predetta. La sentenza così motiva:

Svolgimento (omissis) del processo e motivi della decisione

Con la sentenza in oggetto il Tribunale di Roma respingeva la domanda proposta dal ricorrente nei confronti dell'INPS, per ottenere dallo stesso la restituzione della contribuzione versata alla gestione separata del 10% (quale collaboratore coordinato e continuativo) per il periodo dall'1.4.96 al 31.3.99, maggiorata degli interessi annui, ex art. 4 co 2 2.5.99, n. 282.

Avverso tale sentenza proponeva appello il DI TERLIZZI, censurando l'interpretazione delle norme sottostanti, offerte dal Giudice di prime cure.

All'esito dell'odierna udienza la causa è stata

trattenuta in decisione e definita come da dispositivo in calce, del quale si è data immediata lettura.

L'appello è fondato e va accolto.

La fattispecie è regolata dagli artt. 3 e 4 d.m. 282\96 cit..

In particolare l'art. 4, stabilendo un'eccezione al principio generale di irripetibilità dei contributi legittimamente versati, ha stabilito per quanto qui interessa: *"per la durata di un quinquennio a decorrere, rispettivamente, dal 30.6.1996 per coloro che risultano già pensionati o iscritti a forme pensionistiche obbligatorie e*

dall'1.4.1996 per coloro che non risultano iscritti alle predette forme, i soggetti che svolgono le attività lavorative di cui all'art. 2 co. 26, della L. n. 335 del 1995... omissis 2) per il medesimo periodo di cui al c. o. 1, i soggetti in possesso del requisito di 60 anni di età alla medesima data di cui al co. 1 e che alla cessazione dell'attività lavorativa non conseguono il diritto alla pensione autonoma o ai trattamenti di cui all'art. 3 possono richiedere la restituzione dei contributi versati alla gestione, maggiorati dell'interesse di cui all'art. 2, co. 1 della legge 5.3.1990 n. 45".

A propria volta l'art. 3 recita: "gli iscritti alla gestione separata che possono far valere periodi contributivi presso la assicurazione generale obbligatoria, la vecchiaia ed i superstiti dei lavoratori dipendenti, le forme esclusive e sostitutive della medesima, le gestioni pensionistiche dei lavoratori autonomi di cui alla legge n. 233 del 1990 hanno facoltà di chiedere nell'ambito della gestione separata il computo dei predetti contributi ai fini del diritto e della misura della pensione a carico della gestione stessa, alle condizioni previste per la facoltà di opzione di cui all'art. 1 co. 23, della legge n.335 del 1995".

La sentenza di primo grado ha respinto la domanda dell'appellante, ritenendo che la normativa testé citata configuri il diritto alla restituzione dei contributi allorché il lavoratore non possa far valere il diritto alla pensione autonoma, ovvero ad uno dei trattamenti esclusivi e sostitutivi, rilevando poi che, nello specifico il ricorrente ha in corso trattamento pensionistico autonomo e che pertanto appare corretto il comportamento dell'INPS che, in vista di una possibile erogazione di pensione supplementare, non ha provveduto a dare corso alla richiesta di restituzione dei contributi.

Osserva il Collegio che i requisiti per poter ottenere la restituzione dei contributi sono, sulla base delle norme sopra riportate, i seguenti: aver compiuto 60 anni di età all'1.4. o al 30.6.96; aver versato, a decorrere dalle stesse date e per la durata fino ad un quinquennio, contributi nella gestione separata quali collaboratori coordinati e continuativi; aver cessato l'attività lavorativa senza possibilità di conseguire pensione autonoma o di accedere alla pensione supplementare.

L'appellante possiede sicuramente i primi tre requisiti, essendo il medesimo (contrariamente a quanto ritenuto in modo impreciso nella gravata sentenza) titolare di trattamento pensionistico sostitutivo da parte dell'INPDAP e non di trattamento pensionistico quale lavoratore autonomo.

Resta il profilo della possibilità di ottenere una pensione supplementare, ossia un'integrazione della pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria o delle gestioni sostitutive od esonerative della medesima.

Osserva la Corte che l'esercizio del diritto ad ottenere la pensione supplementare rappresenta, secondo quanto espressamente stabilito dall'art. 3, una facoltà del titolare di trattamento o di posizione contributiva presso l'IVS e non vi è ragione né elemento che consenta di ritenere che, all'art. immediatamente successivo, ciò che l'art. 3 disciplina in termini di facoltà diventi un obbligo.

Diversamente opinando la norma relativa alla restituzione sarebbe *inutiliter data*, visto che la pensione supplementare spetta qualunque sia il numero di contributi versati e dunque, costituirebbe di per se sempre elemento impeditivo alla restituzione dei contributi versati alla gestione separata.

L'appellante ha quindi diritto alla restituzione dei suddetti contributi, peraltro non dall'1.4.96, come dal medesimo richiesto, bensì dal 30 giugno successivo, essendo il predetto iscritto a forma pensionistica obbligatoria, oltre interessi come previsto dal 2 co. dell'art. 4.

La natura della questione costituisce giusto motivo per compensare tra le parti per una metà le spese del doppio grado, come da dispositivo.

Avv. Michele TODDE

SENTENZA 21 FEBBRAIO 2006 – ESECUTORIETÀ – REVOCATORIA

1 I principi interpretativi in base ai quali si può individuare la natura solutoria, con conseguente revocabilità ex art. 67, comma 2, l. fall., delle rimesse in conto corrente bancario, elaborati per la prima volta nella decisiva sentenza del 18 dicembre 1982, n. 5413 della Corte di Cassazione (in *Fall.*, 1982, 1429, con nota di DANОВI, *In ricordo della revocatoria fallimentare degli accreditamenti sui conti correnti bancari*) e divenuti contenuto costante delle successive pronunce di merito e legittimità, trovano la loro origine nella differenziazione del concetto di conto “passivo”, cioè quello che presenta un saldo in favore della banca, ma contenuto nei limiti del fido accordato, da quello di conto “scoperto”, vale a dire quello in cui vi è sempre un saldo a favore della banca ma lo stesso si è determinato o in assenza di un formale affidamento o in eccedenza rispetto al limite del fido accordato o, ancora, in seguito alla revoca del fido precedentemente concesso.

Secondo quello che ben può essere definito il diritto vivente, nel caso in cui le rimesse affluiscono su un conto “passivo”, assistito cioè da una apertura di credito, le stesse non possono essere considerate solutorie in quanto il credito della banca, ex art. 1845 c.c., è inesigibile fino al momento della revoca dell’affidamento; è corretto invece ritenere che i versamenti vadano in tal caso a ripristinare la disponibilità del correntista. Al contrario, le rimesse effettuate sul conto “scoperto”, in quanto immediatamente esigibili e finalizzate a ridurre o estinguere uno scoperto di conto, assumono natura solutoria e comportano un’effettiva violazione della *par condicio creditorum* (ex plurimis, Cass. 1 ottobre 2002, n. 14087, in *Fall.*, 2003, 523; Cass., 26 febbraio 1999, n. 1672, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 413; Cass., 11 settembre 1998, n. 9018, ivi, 1998, 1889; Cass., 26 agosto 1996, n. 7829, in *Fall.*, 1997, 68; Cass., 3 gennaio 1996, n. 12, ivi, 1996, 270; Cass., 22 marzo 1994, n. 2744, ivi, 1994, pag. 727; Cass., 21 giugno 1984, n. 3657, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, fasc. 6; App. Milano, 9 maggio 1996, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 1998, II, 45 e ss.; Trib. Brescia, 11 febbraio 2000, in *Fall. Mass.*, 2000, 917; Trib. Roma, 19 gennaio 2000, in *Fall.*, 2000, 1176; Trib. Roma, 15 gennaio 2000, in *Dir. fall.*, 2000, 114; Trib. Torino, 16 gennaio 1998).

2. La sentenza del Tribunale di Napoli del 6 febbraio 2006 si discosta scientemente da tale consolidato orientamento, ritenendo di aderire alla c.d. “teoria del massimo scoperto”.

Il giudice campano, infatti, ha ritenuto revocabili le rimesse in conto corrente bancario in misura pari alla differenza fra il massimo scoperto di conto nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento ed il saldo debitore esistente alla chiusura del rapporto, con l’effetto che perde ogni rilevanza la distinzione tra rimesse solutorie e rimesse ripristinatorie, priva di giustificazione in un sistema volto alla caducazione di quanto incamerato dalla banca a decurtazione del suo credito massimo.

Nel decidere in tal senso, la sentenza in commento richiama espressamente le innovazioni introdotte dall’art. 2 del d.l. n. 35/2005, convertito nella l. n. 80 del 14 maggio 2005.

Preliminarmente, è bene sgomberare il campo sin da subito da possibili suggestioni, secondo le quali le nuove norme introdotte con la riforma della disciplina delle procedure concorsuali sarebbero applicabili anche ai giudizi pendenti. L'art. 2, comma 2, della l. n. 80/2005, infatti, prevede espressamente che le nuove disposizioni “*si applicano alle azioni revocatorie proposte nell'ambito di procedure iniziate dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*”, ossia dopo il 17 marzo 2005.

Lo stesso Tribunale di Napoli ne è ben consapevole, ed ha affermato espressamente che “*si prescinde dalle novità insinuate nel corpo dell'art. 67 l.f., segnatamente dalle esenzioni di cui al novello comma 3, esenzioni destinate di certo ratione temporis a non esplicar valenza del caso di specie*”.

3. La riforma, pertanto, e segnatamente il nuovo testo dell'art. 70, comma 3, l. fall., secondo il quale “*qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso*”, viene in considerazione unicamente a fini interpretativi, quale argomento da addurre per disattendere la soluzione ermeneutica ad oggi maggioritaria.

La teoria del massimo scoperto, però, e nonostante il peso che si può riconoscere alla scelta operata dal legislatore per il futuro, non convince.

Essa si fonda sull'assunto che le rimesse in conto corrente siano pagamenti di debiti liquidi ed esigibili soltanto nel caso in cui il correntista non compia successivi prelievi. Secondo tale ricostruzione, pertanto, le rimesse che affluiscono sul conto sono pagamenti subordinati alla condizione risolutiva del riutilizzo delle somme accreditate sul conto stesso, con l'effetto che sarebbero revocabili solamente le rimesse non riutilizzate dal correntista.

Come ha giustamente osservato attenta dottrina (Staunovo-Polacco, *Revocabilità dei versamenti in conto corrente bancario*, in *Fall.*, 2005, 36), il maggiore ostacolo, sul piano giuridico, che detta tesi, sicuramente più favorevole alle banche, incontra, consiste nel fatto che nel contratto di conto corrente bancario, diversamente da quello che accade nel conto corrente ordinario, vige la regola dell'immediata esigibilità del credito della parte che risulta “in avere” (si veda, per tutti, Tarzia, *Il contratto di conto corrente*, Milano, 2001, 92 ss.), dal quale discende quale necessario corollario il principio dell'automatica imputazione dei versamenti ad estinzione del debito di conto corrente bancario.

Stando così le cose, non può sostenersi che l'imputazione delle rimesse sia, al tempo stesso, risolutivamente condizionata al successivo mancato riutilizzo di quanto versato (Staunovo-Polacco, *Revocabilità dei versamenti*, op. loc. cit.).

In conclusione, si deve ritenere che, in assenza di una norma *ad hoc*, come l'art. 70 l. fall. nuovo testo, non sia possibile dare un fondamento giuridico alla tesi che considera revocabili le rimesse bancarie nei limiti della differenza tra massimo scoperto e saldo finale del conto.

L'orientamento critico verso la sentenza del tribunale di Napoli qui espresso sembra essere stato seguito anche dal Tribunale di Roma (sez. fall., G.I. dott. La Malfa, r.g. 44463/04) che, con ordinanza del 6 giugno 2006, ha rigettato la richiesta dell'istituto di credito di disporre un supplemento di C.T.U. – teso ad accertare sia se le rimesse oggetto di revocatoria avessero ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca, sia la differenza tra il massimo scoperto nel periodo sospetto e il saldo a debito alla data di fallimento – non sussistendone le condizioni di fatto e diritto.

**CORTE D'APPELLO DI ROMA, SEZ. I,
Ordinanza 21 febbraio 2006,
Presidente Bonavitacola, Consigliere relatore Crescenzi,
Centro Commerciale Tiburtina 90 s.r.l. /Fallimento VeroniKa s.r.l.**

“(...) Rilevato che, secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza – al quale questa Corte ritiene di conformarsi –, la sentenza di accoglimento dell'azione revocatoria fallimentare non può assumere carattere provvisoriamente esecutivo, sulla base del rilievo che “il carattere costitutivo della sentenza di revoca dei pagamenti, ai sensi dell'art. 67 R.D. 16 marzo 1942 n. 267, comporta che soltanto la sentenza stessa produce – dalla data del passaggio in giudicato – l'effetto caducatorio dell'atto giuridico impugnato e che soltanto a seguito di essa sorge il conseguente credito del fallimento alla restituzione”, talchè solo con il passaggio in giudicato, “perfezionatosi l'accertamento giudiziale ed il suo effetto costitutivo, sorge la conseguente obbligazione restitutoria” (in tal senso, da ultimo, Cass. 11 giugno 2004, n. 11097) (...) ritenuto che la sostanziale esiguità degli importi di cui alle residue statuizioni di condanna (restituzione ex art. 44 legge fallimentare e rimborso delle spese processuali) debba indurre ad escludere la configurabilità nella specie dei “gravi motivi”, al cui riscontro l'art. 283 c.p.c. subordina la sospensione della provvisoria esecuzione della sentenza (...) p.q.m. rigetta l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza impugnata”

L'ordinanza qui riportata, che rigetta la richiesta di sospensione dell'esecutività della sentenza di revoca pronunciata ai sensi dell'art. 67 l. fall., si pone nel solco di analoghe decisioni assunte dalla prima sezione della Corte d'Appello di Roma sul punto (ad es. Ordinanza 17 maggio 2006, Presidente Durante, Consigliere relatore Redivo, Coen Claudio /Fallimento Milk and Coffee s.a.s.; Ordinanza 30 marzo 2006, Presidente relatore Fancelli, Ricci Vincenzo /Fallimento Paper Manufacture s.r.l.; Ordinanza 28 marzo 2006, Presidente estensore Bonavitacola, Banca Popolare del Frusinate s.p.a. /Fallimento Edil.ro.do.gel. s.r.l.; Ordinanza 7 ottobre 2005, Presidente De Fiore, Consigliere relatore Pignatelli, Ritossa Ennio /Fallimento

ITIN; Ordinanza 31 marzo 2005, Presidente Durante, Consigliere relatore Pignatelli, Buzzi Unicem s.p.a. /Fallimento COGEI s.p.a.); i giudici romani solo di rado, e comunque non in epoca recente (v. ad es. Ordinanza 14 ottobre 2004, Consigliere relatore Redivo, Megaimpianti s.r.l. /Fallimento Italiana Progetti s.p.a.; Ordinanza 2 novembre 2004, Presidente relatore Popolizio, IMEA Prefabbricati s.p.a. /Fallimento COGEI s.p.a.), si sono discostati dall'indirizzo prevalente in seno alla Suprema Corte di Cassazione che considera applicabile la disciplina dell'esecuzione provvisoria delle sentenze di primo grado di cui all'art. 282 c.p.c. solo alle sentenze di condanna, e non a quelle aventi natura dichiarativa o costitutiva; secondo la Corte d'Appello, quindi, la norma in questione non può applicarsi alla sentenza che accoglie la domanda di revocatoria fallimentare, in quanto tale sentenza ha natura costitutiva (cfr. Cass. SS.UU. 15 giugno 2000, n. 437, in *Foro it.* 2000, I, 2724. Ma anche: Cass. 11 settembre 2001, n. 11594; Cass. 14 marzo 2000, n. 2909; Cass. 6 febbraio 1999, n. 1037; Cass. 24 gennaio 1998, n. 690) e sarebbe, in quanto tale, inidonea a costituire titolo esecutivo. L'istanza inibitoria ex art. 283 e 351 c.p.c., di conseguenza, viene rigettata o, in altri casi, considerata inammissibile per mancanza di interesse ad agire, salvo che per le spese liquidate dal giudice di prime cure, in ossequio, stavolta, al principio di recente espresso dalla Corte di legittimità in ordine alla immediata esecutività di tale capo (seppur non accessorio ad uno di condanna).

Anche se l'indirizzo della Corte romana sembra oramai consolidato e quasi tralaticio, il tema affrontato è, in realtà, assai controverso da tempo; il fatto è che la provvisoria esecutorietà serve ad anticipare a favore della parte vittoriosa la tutela esecutiva, ovvero sia la possibilità di attivare i meccanismi processuali in modo che alla regola di diritto si conformi la realtà fattuale. Anticipare all'esito del giudizio di primo grado gli effetti della sentenza ovvero lasciare che si producano solo dal passaggio in giudicato, significa valutare se debba prevalere l'interesse della parte vittoriosa a che la fattispecie dedotta sia provvisoriamente regolata secondo il principio di diritto affermato dal giudice in prima istanza o in appello, ovvero se non sia da preferire l'interesse del soccombente a che la realtà non sia modificata sino a quando quel principio di diritto non sia divenuto immutabile. Ebbene, al di là delle diverse opzioni di lettura degli artt. 282, 337 e 373 c.p.c. in relazione all'art. 67 l. fall., la migliore dottrina (in particolare cfr. Massimo Fabiani, in *Fall.*, 2002, 199) segnala che gli effetti pratici che conseguono all'adesione all'una o all'altra scelta interpretativa non si pongono su poli opposti. Infatti, se la sentenza revocatoria non produce alcun effetto pratico sino al suo passaggio in giudicato, il curatore, per disporre della somma a favore dei creditori, è tenuto ad attendere la definitività della pronuncia; ciò comporta che le procedure di chiusura del fallimento non possono essere accelerate. Ma anche se si ritiene che le "risorse" affluite possano essere rese immediatamente disponibili al curatore per effetto della provvisoria esecutorietà della decisione, la disponibilità è puramente virtuale dal momento che, pendenti i giudizi di gravame, le somme restituite non possono essere distribuite ai creditori (rectius possono essere distribuite ai creditori previa costituzione di un accantona-

mento per importo equivalente). Infatti la scelta del curatore di utilizzare le risorse affluite dall'esperimento positivo dell'azione revocatoria, in funzione di avviare la chiusura del fallimento, senza attendere l'esito del gravame, si pone in conflitto con la disposizione di cui all'art. 111 l. fall. che antepone ai riparti a favore dei creditori concorsuali il prelievo per spese di procedura. Che l'obbligazione di restituzione del curatore conseguente alla riforma della sentenza favorevole al fallimento, sia una obbligazione che grava sulla massa e tale da dover essere soddisfatta in prededuzione non è seriamente contestabile, qualunque nozione di debito di massa si voglia privilegiare. Una diversa condotta esporrebbe il curatore ad una personale responsabilità non dissimile da quella derivante da una illegittima gestione dei fondi fallimentari da parte della curatela. In questa prospettiva, se si condivide la tesi per cui comunque la procedura non può essere chiusa sino a che sono pendenti i giudizi revocatori rispetto ai quali vi sia stata una sentenza favorevole al fallimento ed ancora soggetta a gravame, i risvolti pratici dell'opzione fra le due teorie contrapposte sono, per il fallimento, quello della conservazione delle somme (provvisoriamente revocate (specie quando l'azione si indirizzi non contro istituti di credito, ma contro privati o aziende di piccole dimensioni), e, nei confronti di entrambi i soggetti, quello della "valuta". Da quest'ultimo punto di vista, infatti, l'interesse delle parti è evidentemente quello di far fruttare nel modo migliore il capitale oggetto della controversia. Infatti, la curatela ha interesse ad incassare la somma immediatamente se il tasso attivo di cui fruiscono i depositi bancari dei fallimenti ex art. 34 l. fall. supera il tasso legale; per converso, specularmente, il convenuto ha interesse a trattenere l'importo solo se riesce a far fruttare il denaro in misura più remunerativa del saggio legale.

Avv. A. LENDVAI

I

TRIBUNALE DI ROMA

23 MARZO 2006

(PRES. EST. FAUSTO SEVERINI)

SOC. GE.PAR. S.P.A. (S.R.1.) C/ FALL. GE.PAR.

L'ex amministratore di una società trasferita all'estero è legittimato all'opposizione al fallimento dichiarato in Italia. (1)

Il fallimento di una società italiana trasferita all'estero può essere dichiarata se, alla data del trasferimento, risulta depositato il ricorso. (2)

II

CORTE D'APPELLO DI ROMA

23 MAGGIO 2005

(E. POPOLIZIO, PRES. - G. DE SANTIS, REL.)

ITALCAUZIONI S.A. C/ FALLIMENTO ITALCAUZIONI S.A.

Deve essere dichiarata la nullità della sentenza dichiarativa e quindi revocato il fallimento di una società con sede all'estero, perché il fallimento di una società estera può essere dichiarato solo se, al momento del deposito dei ricorsi, ha in Italia una sede con rappresentanza a stare in giudizio ovvero anche una semplice sede (art. 3 legge 218/95) che fa coincidere la competenza giurisdizionale con la competenza territoriale (3)

I

La sentenza così motiva:

Omissis

“Devono essere trattate preliminarmente - per comodità di trattazione, se non di logica pregiudizialità - le questioni relative alla nullità dell'atto di citazione e alla carenza di legittimazione attiva dell'opponente: entrambe devono essere rigettate. Si deve ritenere, da un lato, che la duplice qualifica della società, quale spa ed srl trovi la sua motivazione nella modifica della ragione sociale, regolarmente iscritta, mentre nessun dubbio permane sulla effettiva identità della società opponente, dall'altro, che non solo anche l'ex amministratore possa ritenersi legittimato all'opposizione, quando abbia un suo personale interesse a tale atto (nel caso di specie è stato amministratore finale della società con sede in Italia ed anche destinatario delle notifiche di comparizione da parte dei creditori), ma l'assenza di iscrizione di accettazione di altri amministratori nel registro delle imprese prima del “trasferimento all'estero” della società, abbia come conseguenza la permanenza della legittimazione dell'amministratore revocato o dimissionario, eventualmente in regime di prorogatio. Del resto la stessa società si è costituita come interveniente, sanando, eventualmente, una carenza di legittima-

zione dell'opponente: infatti, a voler ritenere legittimata soltanto la GE.PAR. - Gestione Partecipazioni Holding - GE.PAR. Holding S. a r.l. attualmente denominata International Meo Company S. a r.l., mutata nella forma e nella sede (v. conclusionale della procedura), appare evidente che la mancata comunicazione della sentenza di fallimento rende legittima e tempestiva la opposizione di questa, in persona dell'amministratore Carlo Revoldini, come da procura in atti, entro il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.

Le eccezioni devono dunque essere rigettate.

Deve essere esaminata la complessa deduzione che eccepisce, da un lato, la mancata notifica presso la nuova sede sociale della ordinanza che dispone la comparizione del debitore, ai sensi dell'art. 15 l.f, per essere sentito a difesa, atteso che il Tribunale non avrebbe tenuto conto del trasferimento di sede della società e dell'amministratore, dall'altro la carenza di giurisdizione del giudice italiano come effetto dello stesso trasferimento di sede all'estero.

Come risulta dalla varia certificazione della CCIAA, non contestata né contraddittoria, il verbale di assemblea straordinaria di modifica dell'atto costitutivo è stata tenuta il 25-6-98, come risulta dall'atto redatto dal not. M. D'Ambrosio, omologato il 1-8-98 con il n. 9128, registrato in data 25-8-98 in Popoli e iscritto il 29-10-98 l'atto della CCIAA, conclude dichiarando che "la società ha trasferito la propria sede cessando ogni attività in questa provincia data di cancellazione 29-10-98 - trascrizione iscritta il 29-10-98",

Sulla base di questi dati si deve ritenere che il precedente deposito della istanza di fallimento di Lorenzoni ed altri, in data 20-10-98, abbia reso definitiva la giurisdizione del giudice italiano, in quanto ciò che rileva, a tale fine, è la sede legale della società - che si presume coincidente con quella effettiva fino a prova contraria (Cass. N. 8773 del 1997, n. 12777 del 1998) - "alla data del deposito del ricorso di fallimento" (Cass. N. 5033 del 2005 e Cass. N. 1510 del 2000, con riferimento alla competenza, peraltro coincidente con la giurisdizione, ex art. 3, I, n. 218 del 1995), senza che rilevi, in contrario, la delibera di trasferimento avvenuta in data antecedente, in quanto atto privo della opponibilità ai terzi in mancanza delle prescritte forme di pubblicità di cui all'art. 2436 c.c. vigente, attuale soltanto, come si è visto, in data 29.10.98 (Cass. N. 1510 del 2000, cit.; n. 1118 del 1999, n. 3652 del 1998). L'opponente obietta che, in ogni caso, anche a ritenere la giurisdizione del giudice italiano, alla data della relata di notifica alla società dell'1.12.98, che

indicava la società come "trasferita altrove", poteva ben essere individuata la nuova sede fissata nel Principato del Lussemburgo, atteso che l'atto era finalmente stato iscritto alla CCIAA nell'ottobre del 98, e dunque poteva essere convocato il debitore presso la nuova sede.

Anche tale eccezione di mancata convocazione del debitore appare infondata, alla luce del medesimo principio, come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità innanzitutto il certificato di residenza del Pantano (amministratore

vigente attesa la mancanza di altre accettazione iscritte, come si è visto), prodotto dal fallimento e dai creditori opposti, indica sempre la stessa via della Meloria 10, ancora alla data del 22.12.98 ovvero del 5.10.99 (la relata di notifica a questi a mezzo posta porta la data dell'1.12.98) per cui tale convocazione appare valida. Per quanto attiene al trasferimento della sede sociale, invece, non solo questo rileva soltanto se portato a conoscenza dei terzi, con riferimento al medesimo momento di deposito della istanza di fallimento, ma la Corte Suprema ha più volte ritenuto che il trasferimento della società *all'estero comporta la sua estinzione ai sensi del III comma dell'art. 25 della legge 218/95*: “*il trasferimento della sede all'estero in tanto ha efficacia, come continuità del soggetto giuridico, in quanto, essendo stato il trasferimento medesimo posto in essere conformemente alle leggi degli Stati interessati, questi concordino sugli effetti da attribuire alla vicenda societaria, il che non si verifica quando la società, come ente societario italiano, venga meno, e la società ex novo costituita all'estero sia assoggettata esclusivamente alla nuova lex societatis*”, in quanto l'estinzione di una società è regolata dal diritto nazionale (nella specie la società era stata trasferita in Lussemburgo: Cass. S. U. Ord. 23.1.04 n. 1244).

Consequentemente la stessa società può essere dichiarata fallita nell'anno successivo alla sua estinzione (art. 10 l.f) e non può che essere convocata con atto notificato alla sua ultima sede sociale, come nel caso in esame, è avvenuto (Via Saliceto 4 int. 2).

La opposizione deve dunque essere rigettata”.

II

La sentenza così motiva

Omissis

Parte appellante ha dedotto quali ragioni di nullità della sentenza dichiarativa di fallimento di cui trattasi, la mancata convocazione prefallimentare della società medesima sotto il profilo di cui all'art. 15 l.f., quale integrato dalla sentenza della Corte Cost. n. 141/1970, essendosi proceduto alla notifica della convocazione del debitore a tale Davide Raggi nella supposizione, erronea che lo stesso fosse rappresentante generale per l'Italia, inoltre che era decorso l'anno dalla cessazione dell'impresa - nella fattispecie in esame di società estera con sede a Panama e sede secondaria in Italia con rappresentanza generale in Roma, via Salaria 213 - rimontando la debitoria ad oltre un anno, infine e soprattutto che difettava la giurisdizione del giudice italiano.

Rileva la corte che l'appello è fondato osservandosi che se le prime due ragioni di opposizione non hanno consistenza (quanto alla prima va rilevato che il mandato conferito a Davide Raggi, rappresentante generale per la sede italiana della società panamense con il verbale assembleare in data 30.10.98, ramificato il 10.11 per il compimento di tutti gli atti societari ed amministrativi per proceder alla cessazione e chiusura di detta rappresentanza, importava proprio per la ces-

sazione della detta rappresentanza, id est per la definizione di tutti i rapporti giuridici pendenti la rappresentanza del detto Raggi al momento della convocazione prefallimentare o comunque lo strumento necessario per la società in questione per acquisire detta conoscenza: quanto alla seconda va rilevato che la società in questione si è cancellata, come deriva dalla incontestata documentazione in atti, in Italia in data 30.IV.1999, laddove il fallimento è stato dichiarato nell'ambito dell'anno in data 8/III/2000, secondo la normativa di cui all'art. 10, quale integrata dal precetto di cui alla Corte Cost. 319/00, deve essere accolta la terza che invero risulta del tutto assorbente.

Invero alla data delle istanze di fallimento risalente per quanto è dato dedurre al secondo semestre del 1999 - omesso identificativo della competenza e della giurisdizione ex art. c.p.c. , la società di cui trattasi s.a. Italcauzioni non aveva più alcuna sede o rappresentanza in Italia, essendone avvenuta la cancellazione dal registro delle imprese in data 30.1.1999 sicchè alla data delle menzionate domande non sussisteva più il criterio di collegamento con la giurisdizione del giudice italiano di cui ai commi 1 e 2 u.p. dell'art. 3 della legge 31.5.1995 n. 218, da intendersi quale modificativo del comma 2 dell'art. 9 della legge fallimentare di cui ai R.D. n. 267/1948 nel senso che il fallimento dell'imprenditore che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato solo se al momento dell'istanza fallimentare ha in Italia una sede con rappresentanza a stare in giudizio (art. 3 comma I legge 218/95), ovvero anche una semplice sede (art. 3 comma II u.p. legge 218/95 che fa coincidere la competenza giurisdizionale con la competenza territoriale), principio peraltro già affermato da Cass. Civ. n. 4049 del 4/7/1985. Deriva da quanto precede che la dichiarazione di fallimento è stata operata dal giudice privo di giurisdizione e che pertanto è nulla si da importare la revoca del fallimento con le conseguenze di cui ai comma 1 dell'art. 19 l. f.

Attesa l'oggettiva problematica delle questioni dibattute e le ragioni della decisione, appare conforme a giustizia disporre l'integrale compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio. (Omissis)

(1-3) Il fallimento italiano delle società trasferite all'estero

Le due sentenze annotate mettono in evidenza il trasferimento all'estero delle società nazionali ed il suo rapporto con la giurisdizione italiana in caso di ricorsi per fallimento.

In situazioni analoghe, almeno in apparenza il Tribunale e la Corte d'Appello di Roma hanno deciso in senso contrapposto, lasciando intravedere che per effetto della nuova lettura dell'art. 10 legge fallim. anche le società estinte (o trasferite all'estero) possono essere dichiarate fallite in Italia entro l'anno successivo all'estinzione.

Esaminando i motivi del gravame, la Corte di appello di Roma ha dato la precedenza al problema della giurisdizione annullando la sentenza di primo grado che aveva confermato la dichiarazione di fallimento, ed ha dichiarato assorbiti gli altri motivi (dei quali ci occupiamo qui di seguito).

Secondo la sentenza predetta il giudice italiano non aveva (più) il potere di dichiarare il fallimento di una società italiana, cancellata dal Registro delle Imprese e trasferita all'estero prima dell'esame del ricorso di fallimento. Ed infatti è stato ritenuto che sussiste il difetto di giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento di una società con sede all'estero (nella specie di una Anstalt del principato di Lussemburgo) e priva di stabile rappresentanza in Italia anche se vi abbia svolto attività di commercio. Per l'applicabilità dell'art. 2509 codice civile occorre appurare se la rappresentanza costituita in Italia si è estinta come soggetto di diritto italiano e pertanto che è intervenuta fattispecie estintiva prevista e considerata dalla normativa societaria italiana)¹.

Da quanto s'è detto, infatti, bisogna che per il diritto italiano la società abbia cessato la rappresentanza in Italia e che sia comunque intervenuta fattispecie estintiva riconosciuta dal nostro ordinamento.

L'art. 9, secondo comma, legge fallimentare, ammette il fallimento in Italia dell'imprenditore che ha all'estero la sede principale dell'impresa, anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero. La giurisprudenza prevalente² richiede, perchè possa esser dichiarato il fallimento, che l'imprenditore abbia una sede secondaria o stabile rappresentanza in Italia, da intendersi come centro degli interessi e dell'effettiva attività amministrativa e direttiva.

Va osservato che tale giurisprudenza si è formata con riferimento al problema della dichiarazione di fallimento di società straniera, non aventi stabile rappresentanza in Italia³.

La normativa va intesa nel senso che alle procedure concorsuali sono soggetti, in caso d'insolvenza, gli imprenditori soggetti alla legge italiana (e dunque la società costituita in Italia), e che le norme applicabili sono quelle della legge italiana. L'art. 2221 codice civile, interpretato alla luce dell'art. 2509, contiene una disciplina concernente la legge regolatrice (che è quella italiana) dell'impresa in stato d'insolvenza, e con essa necessariamente anche un'indicazione relativa alla giurisdizione, dal momento che solo il giudice italiano potrà applicare norme processuali, quali quelle in materia di fallimento e di concordato, in forza del principio di territorialità della legge processuale sancito dall'art. 27 preleggi.

La società, dunque, quando ha la propria sede legale all'estero, non può essere dichiarata fallita in Italia ed a tal fine non è soggetta alla giurisdizione italiana, in quanto, come soggetto di diritto estero, ha sede all'estero (come l'ordinamento italiano consente), ed ha cessato di esistere come persona giuridica italiana (rappresentanza).

I mutamenti intervenuti nella composizione dell'organo gestorio essendo stati oggetto di pubblicità legale sono opponibili ai creditori e possono essere considerati

1 Trib. Roma 26 marzo 1987, in *Fallimento*, 1988, 43

2 Cass. sez. un. 4 luglio 1985 n. 4049 in *11 Fallimento*, 1986, 162

3 nel caso deciso da Cass. 4049/85 era questione di una società lussemburghese, che aveva operato in Italia, ma che era quivi priva di rappresentanza o sede stabile

rilevanti dal tribunale ai fini della convocazione del legale rappresentante della società debitrice, ai sensi dell'art. 15 legge fallimentare.

La questione può anche prescindere dalla ritualità della convocazione prefallimentare, perchè si deve accertare se, *al momento della sentenza*, il giudice italiano fosse competente a decidere contro una società straniera. Il Tribunale si era limitato a sostenere che è competente e legittimato alla dichiarazione il giudice nazionale quando l'imprenditore ha mantenuto in Italia un rappresentante generale, ed una sede operativa almeno fino alla data rientrante nell'anno dal fallimento.

Tale retrodatazione è inammissibile, perchè si confonde il fatto processuale (attuale) con il fatto sostanziale (retrodatato) e non si può dire, senza errare, che la giurisdizione italiana è legittima contro lo straniero, perchè egli nel passato aveva (non ha più) un rappresentante ed una sede in Italia. Ed infatti era documentato che la società aveva cessato totalmente l'attività in Italia nel 1998 e che da allora non aveva svolto in Italia alcuna attività.

Quanto sopra è confermato dalla giurisprudenza⁴ che stabilisce che, affinché possa essere dichiarato il fallimento, occorre che l'imprenditore abbia quanto meno una sede secondaria od una stabile organizzazione in Italia da intendersi come centro degli interessi e della effettiva attività amministrativa e direttiva.

E come abbiamo già visto, la società non aveva più, al momento della dichiarazione del fallimento, nè una sede secondaria, nè una stabile rappresentanza, nè un qualunque ufficio.

Infatti la società non avendo deliberato la sua chiusura, che avrebbe portato per l'appunto ad una fase liquidatoria, ma solo e soltanto la chiusura della rappresentanza in Italia; la società ha continuato a vivere ed esistere, ma solo e soltanto presso la sua sede naturale, all'estero.

Infine vi è da rilevare che l'art. 73 della legge 31 maggio 1995 n. 218 ha abrogato l'art. 2509 c.c. Inoltre l'art. 25 della stessa legge, statuisce che "i trasferimenti della sede statutaria in altro Stato hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati"; l'art. 1 della medesima legge statuisce che "la giurisdizione italiana sussiste quando il convenuto è domiciliato o residente in Italia o vi ha un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio"⁵.

Dal combinato dei suddetti articoli della legge 1995/218 appare che per converso, ove il convenuto non sia domiciliato o residente in Italia ed ove non vi abbia un rappresentante che sia autorizzato a stare in giudizio, lo stesso convenuto non è soggetto alla giurisdizione italiana. Ed ancora, ove una società abbia trasferito la sede dell'Italia all'estero, e tale trasferimento sia conforme alla legge dei due Stati, la stessa società (sempre che non abbia un domicilio o un rappresentante in Italia) non è assoggettata alla giurisdizione italiana.

4 Cass. Sez. Un. 4 luglio 1985 n. 4049

5 cfr. Roberto Marraffa in *Diritto fallimentare*, 2003, n. 6; ed in *Giurisprudenza di merito*, Anno XXXVI, fasc. 1, 2004

Il fallimento in estensione del socio unico straniero

Potendo il soggetto straniero, anche persona giuridica, assumere la qualità di socio illimitatamente responsabile di una società italiana, esso soggiace a tutte le implicazioni proprie di siffatta qualità, tra cui il fallimento in via di estensione della società italiana, dichiarato dal competente tribunale fallimentare italiano. Sotto tale profilo, la giurisdizione italiana è una mera conseguenza del meccanismo regolato dall'art. 147 della legge fallimentare, restando perciò inapplicabile - ove il socio straniero sia una persona giuridica - la normativa di conflitto dettata, per la società e gli altri enti, dall'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, alla stregua del quale è disciplinato dalla legge regolatrice dell'ente, tra l'altro, la responsabilità per le obbligazioni dell'ente stesso.

Seguendo tale principio, con l'ordinanza del 6 luglio 2005 n. 14196/05 la Corte di cassazione - sezioni unite civili - ha rigettato il ricorso a conclusione di un regolamento preventivo di giurisdizione per togliere dal ruolo del giudice nazionale il potere di dichiarare il fallimento del socio unico straniero in estensione di un fallimento italiano già dichiarato.

La fattispecie appartiene senza dubbio alle curiosità giudiziarie che difficilmente possono essere generalizzate perché, sotto vari aspetti, emerge quasi sempre il caso per caso, dovendosi aver riguardo ai tempi alle modalità, alla stesura del fallimento già dichiarato e delle conseguenze naturali e sporogenetiche.

Il caso esaminato e deciso dalla Corte di cassazione, su ricorso del socio straniero, è uno di quelli che, mantenendo alcuni tratti fondamentali, si regge su uno schema procedurale, sottofondo della vicenda tipica dei tempi moderni: una società di diritto lussemburghese era azionista unico di una società italiana e di questa deliberava di trasferire la sede in Lussemburgo e tale deliberazione veniva eseguita tanto che la società italiana veniva cancellata dal registro delle imprese in Italia e costituita in Lussemburgo con una nuova denominazione.

Raffrontando le date bisogna precisare che le operazioni di cancellazione erano state ultimate già prima della dichiarazione di fallimento ma la Corte respinge la tesi motivando che il fallimento è stato dichiarato nel termine dettato dalla cessazione dell'attività di impresa in Italia, e ciò in base all'art. 10 legge fallim. secondo il dettato della Corte costituzionale con la sentenza n. 319 del 21 luglio 2000.

Per la società italiana dichiarata fallita il curatore chiedeva - e ne era autorizzato dal Giudice delegato - l'estensione dal fallimento sociale al socio unico che tale risultava alla data del fallimento. La Corte di cassazione, come dicevamo, ha rigettato il ricorso, motivando essenzialmente che:

1. L'istanza per regolamento preventivo di giurisdizione è ammissibile, perché la procedura di estensione al socio illimitatamente responsabile, di cui all'art. 147 l.f., comporta l'esercizio di potestà giurisdizionale e l'esperibilità del regolamento non trova ostacolo nella precedente dichiarazione di fallimento cui il detto

socio è rimasto estraneo (Cass. S.U. 3 febbraio 1993, n. 1308).

2. Ciò posto si deve premettere che in questa sede non è (né potrebbe essere) in discussione il fallimento della società italiana dichiarata dal registro delle imprese in Italia ai sensi dell'art. 10 legge fallim.

3. E' pacifico, poi, che l'azionista unico ai sensi dell'art. 2362 c.c. (testo vigente all'epoca della dichiarazione del fallimento) in caso d'insolvenza della società per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente. Nell'ampio concetto di persona" sono comprese anche le persone giuridiche (Cass. 28 aprile 1994 n. 4111).

4. Orbene, nel quadro suddetto questa Corte di cassazione ha già affermato il principio secondo cui, poiché il soggetto straniero può assumere la qualità di socio illimitatamente responsabile di una società italiana, esso soggiace a tutte le implicazioni proprie di siffatta qualità, tra cui il fallimento in via di estensione (così Cass. S.U. 27 giugno 2003 n. 10293; v. anche Cass. S.U. 3 febbraio 1993 n. 1308, cit.).

2) Data la particolarità del caso, alcune valutazioni aggiuntive non disturbano, anzi segnalano che in questa materia del metabolismo societario da un capo all'altro del mondo, alcune percezioni vanno calcolate in anticipo. Vediamo:

a) la società italiana è stata dichiarata fallita ed il fatto che fosse stata cancellata dal registro delle imprese, non aveva alcuna conseguenza anche perchè la nuova società lussemburghese, per ovvietà, essendo altra" costituita a prescindere dal fallimento della sua omonima italiana, non si è portata appresso i debiti: data la avvenuta cristallizzazione e lo spossamento generale" avvenuti in Italia per effetto del fallimento, la necessità verte sul come" e dove" è sparito l'attivo con questo marchingegno.

b) Riducendo i termini e l'ambito della pretesa, sembra di capire che, secondo la tesi, il tribunale italiano non sia fornito di *giurisdizione* nel caso in cui si chieda di estendere al socio straniero il fallimento di una società fallita in Italia, ed il problema si pone sulla qualificazione dell'istituto perchè secondo il sistema del fallimento della società (artt. 146, 147 e 148 legge fallim.) il primo fallimento radica la competenza (art. 9 legge fallim.) ed il fallimento in estensione deve essere pronunciato dallo stesso tribunale (art. 147 legge fallim.).

Malgrado le dispute dottrinarie sul socio unico, padrone, tiranno, apparente od occulto e malgrado l'istituzione della società unipersonale, bisogna tener presente, che il socio è di per sè imprenditore commerciale che ha operato in Italia, facendo del patrimonio controllato quello che è stato riferito dal curatore, lasciando vuote le casse della società posseduta per l'intero e della quale era illimitatamente responsabile per le obbligazioni assunte.

Infatti la giurisprudenza di merito ha osservato che l'assoluta apoditticità dell'espressione letterale" rende l'art. 147 applicabile anche all'ipotesi in cui l'illimitata responsabilità del socio non derivi dal particolare tipo di società partecipata ma da circostanze eccezionali quali quelle previste dall'art. 2362 c.c. e pertanto può

essere assoggettato a fallimento il socio unico di società di capitali. Si è poi rilevato che tale soluzione interpretativa non può essere esclusa dal fatto che gli artt. 2362 e 2497 c.c. prevedono dei limiti temporali alla responsabilità illimitata in quanto può non esservi coincidenza tra le obbligazioni sociali per le quali il socio viene chiamato a rispondere personalmente e la totalità delle obbligazioni sociali, così come del resto si verifica nell'ipotesi di fallimento del socio receduto, defunto e escluso⁶. In passato una parte della giurisprudenza di merito si era già pronunciata in senso positivo sull'assoggettabilità al fallimento del socio unico quotista⁷.

In dottrina, l'estensibilità del fallimento sociale all'unico socio è stata ritenuta ammissibile in base al presupposto che l'art. 147 si applica ad ogni genere di soci illimitatamente responsabili e pertanto anche ai soci di società di capitali che risultino responsabili personalmente delle obbligazioni sociali.

4) L'assoggettabilità a fallimento è ammessa da parte della dottrina e dall'orientamento della giurisprudenza di merito, pur con diverse motivazioni⁸. Chi ammette l'assoggettabilità a fallimento del socio unico azionista o quotista ritiene che l'art. 147 sia applicabile ad ogni genere di soci illimitatamente responsabili, anche ai soci illimitatamente responsabili di società di capitali, postulando così la natura non eccezionale di tale norma.

Il socio unico straniero di società di capitali italiana, in presenza di obbligazioni sociali insoddisfatte, risalenti al periodo in cui abbia rivestito tale posizione, è soggetto al fallimento in estensione a quello dichiarato a carico della società⁹.

Potendo lo straniero, nonostante tale sua condizione, assumere la qualità di socio illimitatamente responsabile di una società italiana, consegue a questa circostanza la necessaria soggiacenza dello straniero medesimo a tutte le implicazioni proprie di siffatta qualità, tra cui il fallimento in via di estensione di quello della società, dichiarato dal competente tribunale fallimentare italiano¹⁰.

L'art. 9 della legge fallimentare non subordina l'assoggettabilità a fallimento dello straniero alla condizione che questi abbia all'estero la sede principale dell'impresa, ma, al contrario, amplia tale assoggettabilità statuendo che, riguardo allo straniero che esercita l'impresa in Italia, essa non è esclusa dal fallimento già dichiarato all'estero, salve le convenzioni internazionali. Tale articolo - coordinato, come deve essere, con il precedente art. 1 - esprime il principio della territorialità della legge fallimentare, nel senso che le procedure concorsuali da essa previ-

6 in questo senso Trib. Milano 19 ott. 1995, *Fallimento*, 1996, 385 con nota di Ferro; conf. Trib. Monza, 24 maggio 1996, *Fallimento*, 1996, 818

7 v. Trib. Bologna 13 novembre 1990, *Giur.comm.* 1992, II, 112 e Trib. Ravenna 28 marzo 1987, *Diritto fallim.* 1988, II, 38, con nota di Bronzini, che ha dichiarato il fallimento del socio in quanto imprenditore indiretto

8 così Trib. Bologna 13 nov. 1990, *Giur.comm.* 1992, I, 112; Trib. Venezia 6 agosto 1982, *Diritto fallim.*,

1983, II, 745; Trib. Ravenna 28 marzo 1987, *Diritto fallim.* 1988, II, 38

9 Trib. Milano 22 aprile 1997 in *Fallimento* 1998, 190 nota (Cintioli) e *Società* 1997, 1312 nota (Picone), in *Dir.fall.* 1997, II, 1199 nota (Di Gravio)

10 Cass. 3 febbraio 1993 n. 1308 in *Giust.civ.Mass.* 1993, 202 (s.m.), *Riv.dir.internaz.* 1993, 269, *Fallimento*, 1993, 722

ste si applicano *a chiunque*, indipendentemente dalla sua cittadinanza, realizzati nel territorio dello Stato i presupposti subiettivo e obiettivo delle procedure stesse¹¹.

Un altro intrigo da dipanare. Tenuta presente la competenza fallimentare della legge italiana (artt. 1, 9, 147 ed altri) si può ipotizzare, escludendone la competenza, una società straniera che sia titolare della totalità delle azioni e delle quote di una società italiana di capitali e non venga esposta al fallimento in estensione della società madre se questa fallisce? E' stato detto che il socio unico può non fallire se non è imprenditore ed il discorso si restringe alla richiesta, da parte del curatore, dell'adempimento degli obblighi di cui è solidalmente ed illimitatamente responsabile: basta non essere qualificati imprenditori per non fallire? Ma, domandiamoci, quel soggetto straniero (società o persona) quando assume in Italia tutto il capitale di una società commerciale cosa fa di particolare? E' soltanto la speranza del reddito parassitario oppure è una operazione di rischio, prendendo le redini di una impresa societaria esposta (anche) al fallimento?

Non v'è scampo: se il fallimento è dichiarato per lo stato di insolvenza, questa sussiste perché il socio unico non ha messo più i soldi e l'assemblea da lui dominata non ha deliberato per tempo la liquidazione volontaria senza traumi.

D'altra parte l'attività del socio unico straniero, specie quando è una società, non si sottrae alla nomenclatura dell'impresa e del suo titolare.

Dario DI GRAVIO

11 Cass. 20 luglio 1977 n. 3237 in *Riv.dir.internaz.* 1979, 164

TRIBUNALE DI ROMA

SEZIONE QUARTA

SENTENZA 16.1.2006 N. 846/06

CURATELA FALLIMENTO MOVITECH DI DE GENNARO LUCIANO & C. - C/ INTERNATIONAL CREDIT RECOVERY SRL + ALTRI

Fallimento - Effetti per i creditori - Azioni esecutive individuali - Crediti fondiari - Privilegio di carattere processuale - Rapporti tra procedure - Distribuzione ricavato - Attribuzione provvisoria - Regole del concorso fallimentare - Insinuazione al passivo - Necessità - Piano di riparto - assegnazione definitiva

Il privilegio di carattere “meramente” processuale che assiste il credito fondiario si sostanzia non solo nella possibilità di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale nei confronti dell'imprenditore fallito ma anche di conseguire l'assegnazione della somma ricavata, nei limiti del proprio credito, senza obbligo di consegnare, immediatamente e senza condizioni, la somma ricevuta al Curatore del Fallimento.

D'altra parte, invece, poiché in virtù del principio di esclusività della verifica fallimentare, ex art. 52 Legge Fallimentare, dopo il fallimento del debitore, solo il Giudice Delegato è competente a conoscere dell'esistenza e dell'entità delle cause di prelazione del credito, nonché della definitiva distribuzione del ricavato, il creditore fondiario deve insinuarsi al fallimento, in modo da consentire la graduazione dei crediti.

All'assegnazione della somma disposta nell'ambito dell'azione esecutiva individuale, pertanto, dovrà riconoscersi solo carattere provvisorio, con potere del Curatore di pretendere la restituzione, a favore della massa, delle eventuali somme incassate in più dall'Istituto Fondiario.

La pronuncia così motiva:

Repubblica Italiana

in nome del popolo italiano

il tribunale civile di Roma

Sezione Quarta

nella persona del Giudice Dott. Francesco Vigorito ha emesso la seguente

Sentenza

nella causa civile iscritta al n. 59814 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2003 rimessa in decisione all'udienza del 07/07/2005 con termine per il deposito delle memorie di replica alle comparse conclusionali scaduto in data 26/09/2005

tra

Curatela del fallimento della Movitech di De Gennaro Luciano & C. S.a.s.,

in persona del curatela pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma al Via Anapo 46 presso lo studio del procuratore Avv. Mario Farina che la rappresenta e difende per procura a margine del ricorso in opposizione

Opponente

e

International Credit Recovery S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma alla Via Emilia 88 presso lo studio del procuratore Avv. Stefano Vinti che la rappresenta e difende per procura in calce alla comparsa di risposta

Opposta

Banca di Roma S.p.a., Credito Romagnolo S.p.a., Banca Nazionale del Lavoro S.p.a., IFIM S.p.a., Banco Lariano S.p.a., Banco di Sicilia S.p.a., Lucio Massimi, Emma Ambrosiano, Finpart Roma S.p.a., contumaci,

Opposti

Oggetto opposizione all'esecuzione

Conclusioni: all'udienza di precisazione delle conclusioni del 07/07/2005 i procuratori delle parti concludevano come in atti.

Svolgimento del processo

Con ricorso proposto all'udienza del 16 giugno 2003 di approvazione del progetto di distribuzione nelle procedure esecutive riunite 73104 e 73697 la Curatela Movitech di De Gennaro Luciano & C. S.a.s. chiedeva al Giudice dell'esecuzione che, previa sospensione del progetto di distribuzione, si attribuisse alla curatela la somma prevista nel progetto di distribuzione o, in subordine, che si dichiarasse la detenzione provvisoria e non definitiva della somma attribuita all'Istituto di credito fondiario.

Sosteneva la Curatela che:

- ❖ la vigente disciplina sul credito fondiario attribuisce agli Istituti di credito che agiscono esecutivamente in base ad un mutuo fondiario un privilegio (quello di poter proseguire l'esecuzione anche in caso di fallimento del debitore esecutato) di carattere esclusivamente processuale;
- ❖ tale privilegio consente all'Istituto di proseguire nell'esecuzione e di acquisire provvisoriamente il ricavato ma non esclude che il creditore debba insinuarsi al passivo del fallimento ed ottenere in sede concorsuale il riconoscimento del credito;
- ❖ nel caso in esame la International Credit Recovery non si era insinuata al passivo del fallimento.

Il Giudice dell'Esecuzione sospendeva l'esecutività del progetto e disponeva la prosecuzione del giudizio di opposizione per la fase di merito fissando alle parti i termini per l'integrazione dei rispettivi atti difensivi e per l'iscrizione della causa a ruolo.

Le parti procedevano ad integrare i rispettivi scritti difensivi, secondo il disposto degli art. 163 e 167 c.p.c. ed alla prima udienza della fase di merito comparivano in giudizio nelle persone dei rispettivi procuratori.

La Movitech di De Gennaro Luciano & C. S.a.s. insisteva per l'accoglimento del ricorso mentre la International Credit Recovery S.r.l. chiedeva il rigetto della opposizione.

La Banca di Roma S.p.a., il Credito Romagnolo S.p.a., la Banca Nazionale del Lavoro S.p.a., la IFIM S.p.a., il Banco Lariano S.p.a., il Banco di Sicilia S.p.a., Lucio Massimi, Emma Ambrosiano, la Finpart Roma S.p.a. non si costituivano e ne veniva dichiarata la contumacia.

All'udienza del 07/07/2005 la causa, sulle precisate conclusioni delle parti, veniva assegnata a sentenza.

Motivi della decisione

La Curatela dei Fallimento Movitech di De Gennaro Luciano & C. S.a.s. ha proposto opposizione al progetto di distribuzione predisposto dal Giudice dell'Esecuzione nelle procedure esecutive riunite n. 73104 e 73697 sostenendo che:

- ❖ la facoltà degli istituti di credito fondiario di agire esecutivamente sui beni del fallito costituisce un privilegio che non esime l'istituto dall'onere di insinuare il credito nel passivo del fallimento poiché il Giudice dell'Esecuzione può assegnare in via definitiva la somma ricavata dall'esecuzione all'istituto di credito fondiario solo a condizione e nella misura in cui essa rappresenti un credito effettivamente riconosciuto all'istituto in sede concorsuale;

- ❖ ove non si voglia riconoscere l'onere dell'istituto di credito fondiario di insinuarsi al passivo del fallimento non si può attribuire tale somma definitivamente allo stesso senza tenere conto delle spese di giustizia, del curatore e del legale del fallimento.

Nel caso in esame, è circostanza incontestata che il fallimento abbia spiegato intervento nella procedura esecutiva ai sensi dell'art. 107 2° comma Legge fallimentare senza sostituirsi al creditore atteso che la esecuzione, pur in costanza di fallimento delle parti debitrice, è proseguita in virtù dell'impulso del creditore fondiario.

Si configura, dunque, una ipotesi di coesistenza della procedura concorsuale e di quella esecutiva individuale che trova riscontro normativo nella disposizione di cui all'art. 41 del T.U. Bancario e nella previgente disciplina sul credito fondiario (art. 42 T.U. sul credito fondiario di cui al r.d. n. 646 del 1905).

La definizione della controversia passa attraverso una ricostruzione non solo dei rapporti tra procedure esecutive per credito fondiario e fallimento ma della funzione del progetto di distribuzione che conclude la procedura esecutiva, in tali fattispecie.

Alla luce della disciplina dettata dalle norme sopra richiamate deve ritenersi pacifico che:

❖ la pendenza dell'esecuzione fondiaria non preclude al giudice delegato la vendita degli stessi beni aggrediti;

❖ se il curatore del fallimento abbia provveduto per primo alla vendita degli immobili ipotecati a garanzia del credito fondiario non è tenuto a consegnare alla banca il ricavato della vendita che invece sarebbe spettato a quest'ultima in caso di vendita dinanzi al Giudice dell'Esecuzione individuale atteso che il solo obbligo del curatore normativamente previsto è quello, ex art. 41 comma 3, di versare alla banca "sino al soddisfacimento del credito vantato" "le rendite degli immobili ipotecati a suo favore";

❖ nell'ipotesi contraria in cui la vendita venga effettuata in sede di esecuzione individuale il creditore fondiario avrà, invece, diritto ad ottenere dall'aggiudicatario l'importo corrispondente al credito vantato in grado ipotecario, fermo restando che "l'azione esecutiva riconosciuta agli istituti di credito fondiario realizza un privilegio di natura squisitamente processuale, consentendo alla banca di conseguire nell'immediato in via provvisoria il versamento del prezzo sino alla concorrenza del credito vantato e senza peraltro che tale attribuzione possa incidere ed alterare le regole del concorso sostanziale interessate dalla procedura fallimentare come definite in sede di verifica dello stato passivo (cfr. Cass. 15.6.94 n. 5806).

Se si esamina la giurisprudenza della Corte di Cassazione si rileva che tutte le pronunce muovono dalla costante affermazione secondo cui il privilegio riconosciuto agli istituti di credito fondiario che agiscono in forza di mutuo fondiario ha carattere meramente processuale, non si traduce cioè in una causa di prelazione ulteriore rispetto al privilegio ipotecario connesso alla nascita del mutuo fondiario. Da tale premessa, comunemente condivisa, la giurisprudenza ha fatto derivare conseguenze diverse su un aspetto essenziale della disciplina. Da una parte, infatti, si è sostenuto che la speciale normativa dettata in favore degli Istituti di credito fondiario resterebbe priva di senso ove si imponesse a detti Istituti l'onere, per poter conseguire il risultato utile dell'esecuzione individuale da essi azionata o proseguita, di esplicitare un'ulteriore attività processuale consistente nell'insinuazione del proprio credito al passivo del fallimento; e se ne è dedotto che compete viceversa al curatore intervenire nella procedura esecutiva individuale per far valere l'esistenza di eventuali altri crediti di grado posteriore (cfr. Cass. 19 febbraio 1999, n. 1395, 9 ottobre 1998, n. 10017; 15 giugno 1994, n. 5806).

D'altra parte, invece, si è sostenuto che anche quando l'esecuzione individuale promossa dall'istituto di credito fondiario prosegue dopo il fallimento del debitore è esclusivamente competente il giudice delegato a conoscere dell'esistenza e dell'entità delle cause di prelazione del credito, nonché della distribuzione della somma ricavata nell'esecuzione individuale, di modo che anche l'istituto di credito fondiario deve insinuarsi al passivo del fallimento per poter conseguire, se il credito risulti poi ammesso ed utilmente collocabile, il risultato dell'esecuzione privilegiata restituendo alla massa l'eventuale somma ricavata in più (Cass. 15 gennaio 1998, n. 314; 3 novembre 1990, n. 11234; 11 marzo 1987, n. 2532).

Se, tuttavia, si approfondisce il contenuto delle sentenze della Corte (in linea, peraltro, con la motivazione della più recente delle pronunce in materia, Cass. 17 dicembre 2004 n. 23572, e con la precedente del 28 maggio 1998 n. 5267) si rileva che il contrasto non rileva sul contenuto del progetto di distribuzione e, quindi, sull'oggetto di questo giudizio.

Il privilegio di carattere processuale riconosciuto all'Istituto di credito si sostanzia "nella possibilità per l'istituto creditore non solo di iniziare o proseguire la procedura esecutiva individuale, ma anche - e soprattutto - di conseguire il risultato concreto cui tale procedura tende, ossia l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore, entro i limiti del proprio credito, senza che per questo l'assegnazione ed il conseguente pagamento si debbano ritenere indebiti, e senza che si debba postulare - il che davvero varrebbe a svuotare il privilegio di ogni significato, trasformandolo in un gravoso e non remunerato onere l'obbligo di immediatamente ed incondizionatamente rimettere al fallimento la somma così ricevuta" (Cass. 17 dicembre 2004 n. 23572).

Da ciò consegue che tale privilegio si realizza nell'ambito della procedura esecutiva consentendo all'Istituto dapprima di ottenere dal compratore degli immobili, nei venti giorni dalla vendita definitiva, il pagamento di "quella parte di prezzo che corrisponde al credito dell'istituto in capitale, accessori e spese" (secondo il disposto dell'art. 55 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e poi dell'art. 41 comma 4 T. U. delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385) e poi di ottenere, in sede di approvazione del progetto di distribuzione, l'assegnazione della somma ricavata dalla vendita, entro i limiti del proprio credito (come emerge in modo esplicito dal disposto secondo il disposto dell'art. 55 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e poi dell'art. 41 comma 2 del citato T. U. delle leggi in materia bancaria e creditizia - norme che espressamente disciplinano il "procedimento esecutivo" - nelle quali si legge che "la somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento").

L'ulteriore conseguenza è che il Giudice dell'esecuzione, in sede di predisposizione del progetto di distribuzione, deve limitarsi ad attribuire provvisoriamente (in questo senso deve condividersi anche l'orientamento espresso dalla sentenza della Corte di Cassazione 28 maggio 1998 n. 5267) alla banca "la somma ricavata dall'esecuzione" nei limiti del credito garantito da ipoteca, spettante allo stesso istituto di credito, senza dover tener conto di ciò che, contestualmente, si verifica nella procedura concorsuale (ad eccezione, ovviamente, della vendita del bene pignorato in sede fallimentare che comporta l'improcedibilità dell'esecuzione individuale).

Questa attribuzione provvisoria non esclude la possibilità che, in sede di riparto fallimentare, vengano soddisfatti crediti che prevalgono sul credito fondiario garantito da ipoteca di primo grado, e che, se non vi è un attivo fallimentare che consenta la soddisfazione di tali crediti, si possa ottenere dalla banca la restituzio-

ne delle somme che non gli spettano (in base al progetto di distribuzione definitivo, approvato dal giudice delegato).

“L’assegnazione non può che essere disposta in via provvisoria, e cioè condizionata all’accertamento in sede fallimentare della definitività della spettanza del credito” (Cass. 28 maggio 1998 n. 5267).

La riscossione avvenuta nella procedura esecutiva potrà divenire definitiva solo ove il creditore fondiario dovesse risultare “utilmente collocato” in fase fallimentare per l’importo già ottenuto, nel caso contrario lo stesso sarà, invece, obbligato a restituire l’eccedenza; peraltro, la restituzione potrebbe essere disposta già in sede esecutiva ove le somme incassate direttamente ai sensi dell’art. 55 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e poi dell’art. 41 comma 4 T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 siano superiori a quelle riconosciute dal giudice dell’esecuzione in sede distributiva.

Ciò che accade in sede fallimentare non incide, quindi, sulle competenze del giudice dell’esecuzione che deve limitarsi, in applicazione della disciplina sopra citata, ad attribuire provvisoriamente all’istituto di credito fondiario le somme ricavate dalla vendita nell’ambito dell’ammontare del credito garantito da ipoteca, determinato ai sensi dell’art. 2855 c.c. e comprensivo della spese sostenute nella procedura esecutiva (liquidate dallo stesso Giudice dell’esecuzione) e ad attribuire l’eventuale residuo ricavato della vendita alla curatela fallimentare sempre in base all’art. 55 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e poi dell’art. 41 comma 4 T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385.

In base ai principi generali è in sede fallimentare e solo in quella che si dovrà procedere a determinare definitivamente la massa attiva (comprensiva, ovviamente, del ricavato della vendita effettuata in sede esecutiva, attribuita provvisoriamente all’istituto di credito fondiario) e la massa passiva (con le varie graduazioni) e si dovrà scegliere se agire eventualmente per la restituzione di quanto, in ipotesi, l’istituto di credito fondiario abbia ottenuto in eccedenza in sede esecutiva.

Il giudice dell’esecuzione non potrebbe, in alcun modo, occuparsi di questioni, quali quelle relative, ad esempio, ai crediti prededucibili (si pensi non solo al compenso al curatore, ed alle spese legali sostenute dalla curatela ma alla complessa questione delle spese in prededuzione nel caso in cui alle procedure concorsuali c.d. minori consegua il fallimento) che sono di esclusiva competenza degli organi fallimentari.

Ed è in sede fallimentare che si dovrà valutare la necessità, affermata da alcune pronunce della Corte di Cassazione e negata da altre, della insinuazione dell’istituto di credito fondiario al passivo del fallimento (insinuazione che, se si accoglie la ricostruzione operata in questa pronuncia, può avere una rilevanza solo formale per gli organi della procedura fallimentare nel caso di riconoscimento da parte di questi ultimi della corrispondenza tra quanto assegnato provvisoriamente al creditore e quanto dovuto mentre ha sempre una rilevanza sostanziale proprio per l’istituto di credito che ha interesse ad entrare a pieno titolo nella vicenda concorsua-

le esercitando i diritti che la legge attribuisce al creditore insinuato).

Così delimitata la funzione e l'operatività del privilegio processuale riconosciuto agli istituti che agiscono in forza di un contratto di credito fondiario e determinata quindi la funzione (di carattere residuale rispetto alla liquidazione concorsuale) della procedura esecutiva che prosegue in presenza del fallimento è agevole delimitare il contenuto e l'ammissibilità della opposizione distributiva che è legittimato a sollevare il curatore fallimentare.

Non vi è dubbio che la curatela sia legittimata a tale tipo di opposizione ma questa non può che avere un contenuto speculare all'ambito di operatività che ha, in queste ipotesi, il progetto di distribuzione predisposto in sede esecutiva.

Se questo ha lo scopo di attribuire in via provvisoria il ricavato della vendita all'istituto di credito fondiario l'opposizione non potrà avere ad oggetto l'avvenuta insinuazione del creditore all'attivo del fallimento (che non è richiesta da alcuna norma come presupposto per l'attribuzione provvisoria del ricavato della vendita all'istituto) né la mancata corrispondenza tra il provvedimento di esecutività dello stato passivo con il quale in sede fallimentare si è determinato l'ammontare del credito e la determinazione operata dal giudice dell'esecuzione ma unicamente l'insussistenza parziale o totale dei presupposti per l'attribuzione provvisoria (ad esempio, l'inapplicabilità della disciplina speciale al caso in esame, che, tuttavia, si sarebbe potuta far valere in precedenza o l'erronea determinazione dell'ammontare del credito garantito da ipoteca o, ancora, il mancato computo di pagamenti effettuati dal fallito o l'attribuzione di somme corrispondenti al credito chirografario).

Si può in astratto ipotizzare, ma non è questione oggetto di questo giudizio, che, per ragioni di economia processuale e nel tentativo di realizzare una distribuzione esecutiva conforme alla verifica eseguita in sede fallimentare, il curatore possa far valere in sede esecutiva quanto accertato definitivamente in sede fallimentare ma non pare che il giudice dell'esecuzione possa tener conto di ragioni di credito che esulano dallo svolgimento della esecuzione individuale qualunque sia il loro grado e, quindi, deve ritenersi che le stesse debbano trovare soddisfazione in sede di riparto fallimentare (anche perché le norme sull'esecuzione individuale, così come integrate dalla disciplina sul credito fondiario, non richiamano in alcun modo l'art. 111 legge fallimentare che disciplina i crediti cosiddetti "preeducibili").

L'opposizione in esame con la quale si è chiesto di subordinare l'assegnazione all'istituto di credito fondiario in sede esecutiva della somma ricavata dall'esecuzione alla condizione dell'avvenuto riconoscimento del credito all'istituto in sede concorsuale ed, in subordine, di tenere conto in sede esecutiva delle spese di giustizia sostenute in sede fallimentare, e delle spese del curatore e del legale del fallimento è, quindi, infondata.

Il motivo di opposizione proposto in via ulteriormente subordinata, quello relativo alla affermazione della natura provvisoria e non definitiva della attribuzione delle somme all'Istituto di credito fondiario sarebbe fondato ove nel provvedimento impugnato vi fossero affermazioni tali da far ritenere la natura definitiva ed

intangibile dell'attribuzione; poiché tali affermazioni non vi sono l'opposizione non può essere accolta.

Poiché la decisione della causa riguarda questioni controverse in dottrina ed in giurisprudenza e la decisione è adottata affermando principi, in parte, diversi da quelli affermati dalla giurisprudenza di legittimità si ritiene opportuno dichiarare compensate tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

nota

il Tribunale di Roma, sezione quarta civile, definitivamente pronunciando sulla opposizione proposta dalla Curatela del fallimento della Movitech di De Gennaro Luciano & C. S.a.s. al progetto di distribuzione emesso nelle procedure riunite n. 73104 e 73697 disattesa ogni contraria eccezione, deduzione, istanza, così provvede:

rigetta l'opposizione;

dichiara compensate tra le parti le spese del giudizio.

Rapporti tra procedure esecutive per credito fondiario e fallimento

La sentenza in commento si segnala non solo per l'originale ed efficace sintesi dei più recenti principi giurisprudenziali ma anche perché ha l'ambizione di ricostruire, con coerente sistematicità, i non sempre facili rapporti tra procedure esecutive per credito fondiario e fallimento.

Si aggiunga, inoltre, che il sistema prefigurato in questa sentenza sembra aver trovato positiva valutazione anche tra i magistrati della sezione fallimentare, con ovvio (possibile) giovamento per tutti gli operatori del diritto che si trovano a gestire le delicate problematiche connesse a tali rapporti.

Poiché la sentenza del Tribunale di Roma non solo è estremamente curata sotto il profilo dello sviluppo logico dei principi che hanno portato alla decisione, ma ripercorre - con pazienza - l'evoluzione giurisprudenziale della S.C. dell'ultimo periodo, la lettura integrale della parte motiva appare più efficace di ogni commento.

Ciò nonostante alcuni ragionamenti sviluppati nella sentenza, mutuati soprattutto dalla Cass. 17.12.2004 n. 23572 e 28.5.1998 n. 5267 (1 - 2), meritano una breve puntualizzazione, dal momento che il percorso interpretativo non solo non è privo di risvolti pratici ma "impone" agli Istituti di credito fondiario di esplicitare un'ulteriore attività processuale, consistente nell'insinuazione al passivo fallimentare, che la stessa giurisprudenza di merito, per un certo periodo aveva escluso (3 - 4).

Il Tribunale di Roma, infatti, partendo dal presupposto che il privilegio riconosciuto agli Istituti di credito che agiscono in forza di mutuo fondiario ha carattere "*meramente*" processuale e non si traduce in una "*causa di prelazione ulteriore rispetto al privilegio ipotecario connesso alla nascita del mutuo fondiario*" ade-

risce, senza riserve, alle tesi di chi ha affermato che, anche quando l'esecuzione individuale promossa per il recupero di un credito fondiario prosegue dopo il fallimento del debitore, solo il Giudice Delegato è competente a conoscere dell'esistenza e dell'entità delle cause di prelazione del credito.

In altre parole, l'attuale decisione aderisce all'orientamento, ormai prevalente, che fa gravare anche sul titolare di un credito fondiario, al pari di ogni altro creditore, l'onere di far accertare il proprio credito e le eventuali cause di prelazione nelle forme e secondo le regole del fallimento, come condizione essenziale per garantire nei riguardi di tutti il rispetto delle regole del concorso (art. 52 legge fallimentare).

Il privilegio processuale previsto dalla legge, però, non risulta del tutto svuotato e soprattutto mantiene profili di convenienza e remuneratività in quanto, a fronte di un doppio onere che grava, come detto, su chi agisce per il recupero di un credito fondiario (esecuzione immobiliare ed insinuazione al passivo), l'istituto creditore potrà farsi assegnare la somma ricavata dalla vendita forzata dei beni del debitore, entro i limiti del proprio credito, senza che l'assegnazione ed il conseguente pagamento possano ritenersi indebiti.

La somma assegnata, quindi, non dovrà essere "immediatamente ed incondizionatamente" rimessa al fallimento ma potrà esser trattenuta, salvo l'obbligo previsto dalla legge speciale di "restituire, a chi di ragione, quel tanto con i rispettivi interessi per cui, in conseguenza della graduazione, non risultasse utilmente collocato" (art. 55 del R.D. 16 luglio 1905 n. 646 e poi dell'art. 41 comma 4 T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia approvato con d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385).

In sintesi, quindi, la portata del privilegio processuale contemplato dalla normativa speciale si sostanzia nella possibilità per l'istituto mutuatario di ottenere subito quanto è comunque presumibile gli competerà, ma senza pregiudizio per il definitivo accertamento delle eventuali spettanze di altri creditori e quindi, appunto, in termini soltanto "provvisori".

Viene così introdotto l'ulteriore principio che caratterizza la sentenza in esame: " ... *il Giudice dell'esecuzione deve limitarsi ad attribuire provvisoriamente alla banca la somma ricavata dall'esecuzione, nei limiti del credito garantito da ipoteca, spettante allo stesso istituto di credito, senza dover tener conto di ciò che, contestualmente si verifica nella procedura concorsuale*".

Il Tribunale di Roma, infatti, osservato che il rispetto delle regole circa la graduazione dei crediti, propria della procedura concorsuale, non può esser validamente realizzata all'interno della procedura individuale, né l'eventuale intervento spiegato dal Curatore nella procedura esecutiva può garantire questo risultato, propone una soluzione per coordinare gli effetti ed i principi delle due procedure.

L'estensore, quindi, rielaborando quanto espresso dalla S.C. nella sentenza 28.5.1998 n. 5267, fissa il principio della natura provvisoria dell'attribuzione svolta in sede di riparto della procedura esecutiva individuale, precisando che questa attribuzione provvisoria non esclude la possibilità che, in sede di riparto fallimen-

tare, vengano soddisfatti crediti che prevalgono sul credito fondiario garantito da ipoteca di primo grado.

La riscossione avvenuta nella procedura esecutiva, conseguentemente, potrà divenire definitiva solo ove il creditore fondiario dovesse risultare “utilmente collocato” in fase fallimentare per l’importo già ottenuto, nel caso contrario lo stesso - in base al progetto di distribuzione definitivo, approvato dal giudice delegato - sarà obbligato a restituire l’eccedenza

Per evitare che il Giudice dell’esecuzione incida negativamente sulle regole del concorso, continua il Tribunale di Roma, lo stesso deve limitarsi ad attribuire provvisoriamente all’istituto di credito fondiario le somme ricavate dalla vendita nell’ambito dell’ammontare del credito garantito da ipoteca, determinato ai sensi dell’art. 2855 c.c. e comprensivo della spese sostenute nella procedura esecutiva (liquidate dallo stesso Giudice dell’esecuzione) e ad attribuire l’eventuale residuo ricavato della vendita alla curatela fallimentare sempre in base alle norme speciali del credito fondiario.

In questo modo, nel rispetto dei principi generali, solo in sede fallimentare si procederà a determinare definitivamente la massa attiva (comprensiva, ovviamente, del ricavato della vendita effettuata in sede esecutiva, attribuita provvisoriamente all’istituto di credito fondiario) e la massa passiva (con le varie graduazioni) ed il Giudice Delegato, al momento del riparto, avrà tutti gli elementi necessari per eventualmente agire in restituzione di quanto, in ipotesi, l’istituto di credito fondiario abbia ottenuto in eccedenza in sede esecutiva.

La soluzione prospettata dalla sentenza in commento, pertanto, ci sembra pienamente appagante e rispettosa dei rispettivi poteri e peculiarità, visto che appare evidente che mai il Giudice dell’Esecuzione potrebbe occuparsi di questioni quali quelle relative, ad esempio, ai crediti prededucibili, che sono di esclusiva competenza degli organi fallimentari, né - d’altra parte - il provvedimento di distribuzione delle somme, emesso in sede di esecuzione individuale, potrà avere una valenza tale da limitare o addirittura pregiudicare la graduazione dei crediti definita in sede fallimentare.

La speranza, a questo punto, è quella che i principi di diritto esposti nella sentenza vengano unanimemente accolti, evitando per il futuro gli inutili quanto dispendiosi conflitti che hanno caratterizzato, fino ad ora, i rapporti tra le procedure.

avv. Mauro AMICONI

- (1) Cass. 17.12.2004 n. 23572 in Ipsoa, Il Fallimento n. 10/2005 pag. 1143 e ss con nota di A. Patti;
- (2) Cass. 28.5.1998 n. 5267 in Ipsoa, Il Fallimento n. 5/1999 pag. 517 e ss con nota di V. Cantele;
- (3) Cass. 15.6.1994 n. 5806 in Ipsoa, Il Fallimento n. 11/1994 pag. 1161 e ss con nota di L. Panzani;
- (4) Tribunale di Vicenza - G.D. dott. Bozza - decreto 22.10.1987 in Ipsoa, Il Fallimento n. 4/1988 pag. 387 e ss con nota redazione

**Tribunale di Roma
Sentenza 25 febbraio 2004;**

Tribunale di Bologna, sentenza 17 ottobre 2005

**L'interesse ad agire del dipendente nell'azione
di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda**

L'interesse del lavoratore ad essere controparte contrattuale, o, in altri termini, alle dipendenze di uno o altro datore di lavoro, a prescindere da un pregiudizio patrimoniale diretto od indiretto, è giuridicamente apprezzabile e trova riconoscimento e tutela nell'ordinamento, sia nel quadro del necessario consenso di cui all'art 1406 c.c. alla sostituzione dell'altro contraente nei contratti a prestazioni corrispettive, sia, specificamente in materia di trasferimento d'azienda ed in caso di mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro, con il riconoscimento al lavoratore della facoltà di recedere entro un periodo di tempo determinato con attribuzione dell'indennità di preavviso.

1. [Trib. Roma 25 febbraio 2004; Michelini Est., xxx e altri c. TELECOM ITALIA s.p.a., IMSER s.p.a., TELEMACO IMMOBILIARE s.r.l.]

In sede di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda, in difetto di allegazione comprovante di aver subito alcun pregiudizio dal trasferimento del ramo d'azienda va dichiarata la carenza di legittimazione ad agire dei ricorrenti ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

2. [Trib. Bologna, 17 ottobre 2005; Pugliese Est., Amore e altri c. Telecom Italia S.p.A. anche in qualità di incorporante della Telecom Italia Information Technology S.p.A. e Hewlett Packard Distributed Computing Service S.r.l.]

La legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 cod. civ., non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire, che, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 cod. proc. civ., deve avere necessariamente carattere attuale e deve essere apprezzato in relazione all'utilità concreta che dall'eventuale accoglimento della domanda, dell'eccezione o del gravame può derivare al proponente.

In sede di accertamento della nullità del trasferimento d'azienda difetta pertanto di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. il ricorrente che si sia limitato ad affermare genericamente che tale interesse risiederebbe nella attuazione dell'art. 2112 c.c. senza indicare quale tipo di pregiudizio avrebbe subito a seguito del trasferimento di ramo d'azienda.

3. [Trib. Torino, 8 febbraio 2006; Re Est., Altamura c. Telecom Italia Information Technology S.p.A.

e Hewlett Packard Distributed Computing Service S.r.l.]

1. (Omissis) *I ricorrenti contestavano l'applicabilità alla complessiva vicenda della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., sotto i profili del difetto di pre-esistenza di una realtà organizzativa autonoma e produttiva autonoma in capo alla funzione Grandi Immobili, dell'assegnazione ad essa di personale proveniente anche da realtà diverse e senza valutazione della professionalità dei lavoratori in sede di assegnazione alla funzione poi ceduta, del mantenimento in capo a Telecom (divenuta conduttrice di larga parte degli immobili conferiti a Im.Ser. s.p.a.) dell'attività di manutenzione straordinaria e del mancato svolgimento di attività di engineering, della strumentalità dell'operazione a fini di dismissione immobiliare. Convenivano, pertanto, in giudizio Telecom Italia s.p.a., Im.Ser. s.p.a., Telemaco Immobiliare s.p.a., concludendo per l'accertamento e la declaratoria di nullità/inefficacia/illegittimità del trasferimento o dell'assegnazione alla funzione Grandi Immobili, della cessione del ramo d'azienda da Telecom a Im.Ser., della cessione dei contratti di lavoro e per la declaratoria di sussistenza del rapporto di lavoro con Telecom s.p.a.*

Si costituivano in giudizio le società convenute Telecom Italia s.p.a., Im.ser. s.p.a., Telemaco Immobiliare s.p.a. (poi Telemaco Immobiliare s.r.l.; di seguito Telecom, Im.Ser., Telemaco), concludendo per il rigetto del ricorso.

In particolare, eccepivano preliminarmente nullità del ricorso, nullità della procura, inammissibilità della domanda per carenza di interesse ad agire in assenza di pregiudizio concreto per i lavoratori a seguito del trasferimento (i quali avrebbero anzi ottenuto condizioni contrattuali di miglior favore), improcedibilità della domanda, incompetenza funzionale del giudice adito con riguardo alla domanda di annullamento della cessione del ramo di azienda Grandi Immobili da Telecom a Im.Ser.; nel merito, evidenziavano che l'ingente patrimonio immobiliare di Telecom in passato non era stato adeguatamente valorizzato, e che, in un quadro di mercato della telefonia passato da una situazione di monopolio ad una concorrenziale, si era, appunto, reso necessario valorizzare detto patrimonio, costituendo la funzione Grandi immobili, assegnandovi parte del personale in precedenza assegnato alla divisione Acquisti ed Immobili (e costituito da lavoratori con esperienza specifica nel campo immobiliare), con successiva alienazione del ramo d'azienda, dotato di autonomia funzionale ed organizzativa ai sensi dell'art. 2112 c.c. e non più coerente con il core business aziendale, a società (Im.Ser.) avente come oggetto sociale lo svolgimento di attività di gestione e di valorizzazione di immobili, con regolare svolgimento delle procedure di cui all'art. 47 l. 428/91; anche la successiva cessione del ramo di azienda Trading da Im.Ser. a Telemaco era avvenuta per la distinzione, all'interno, di Im.Ser., dell'attività di gestione immobiliare da quella di compravendita, sempre nel rispetto delle procedure di cui all'art. 47 l. 428/90 (Omissis).

Motivi della decisione (Omissis) 4.

In punto di interesse ad agire, si osserva che l'interesse del lavoratore ad essere controparte contrattuale, o, in altri termini, alle dipendenze di uno o altro datore di lavoro, a prescindere da un pregiudizio patrimoniale diretto (che non ha formato oggetto di discussione in questa sede) od indiretto, è giuridicamente apprezzabile e trova riconoscimento e tutela nell'ordinamento, sia nel quadro del necessario consenso di cui all'art 1406 c.c. alla sostituzione dell'altro contraente nei contratti a prestazioni corrispettive, sia, specificamente in materia di trasferimento d'azienda ed in caso di mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro, con il riconoscimento al lavoratore della facoltà di recedere entro un periodo di tempo determinato con attribuzione dell'indennità di preavviso (art 2112 c.c. nella formulazione in vigore dal 1.7.2001 a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 18/01, non applicabile direttamente alla fattispecie in questione, cronologicamente antecedente, ma rilevante nell'individuazione dell'interesse ad agire).

Del resto, l'interesse del lavoratore a non vedere sostituito al di fuori dei casi previsti dalla legge ed arbitrariamente il proprio datore di lavoro trova giustificazione nel diverso regime di stabilità che può derivarne, nelle diverse aspettative in termini di solidità patrimoniale del soggetto tenuto all'erogazione della retribuzione, ed anche nelle possibili o concrete possibilità di sviluppo professionale e di svolgimento della personalità all'interno delle formazioni sociali riconducibile alla tutela di cui all'art. 2 Cost, da leggersi in combinato disposto con le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.; sicché un simile interesse, nella sua dimensione anche pre-patrimoniale, permane attuale anche in caso di recesso del lavoratore dal rapporto di lavoro con il cessionario (come è avvenuto per alcuni ricorrenti nelle more del giudizio) In forza della non surrogabilità, se non nei casi previsti dalla legge, del consenso originario alla cessione del contratto individuale di lavoro (*Omissis*).

2. (*Omissis*) Con ricorso depositato il 15.10.2004 i ricorrenti indicati in epigrafe adivano il Tribunale del lavoro di Bologna esponendo che erano stati assunti da Telecom Italia S.p.a., già SIP S.p.a., società per le quali avevano prestato ininterrottamente attività lavorativa; che dal gennaio 2001 per conferimento del ramo d'azienda erano passati alle dipendenze di Netsel S.p.a. società del gruppo Telecom; che, a seguito di fusione per incorporazione di Netsel S.p.a. in IT Telecom S.p.a., erano transitati alle dipendenze di IT Telecom S.p.a. la quale, in data 15.4.2003 aveva ceduto alla Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l. il ramo d'azienda denominato IT User Support; che avevano ricevuto comunicazione in data 15.4.2003 che il loro rapporto di lavoro sarebbe continuato con la Hewlett Packard ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 c.c.

Gli attori, ritenendo che l'operazione suddetta non rientrasse nella fattispecie di cui all'art. 2112 c.c. formulavano le conclusioni che si riportano in epigrafe.

Si costituiva IT Telecom S.p.a. eccependo la carenza di interesse ad agire dei

ricorrenti e contestando, nel merito, le ragioni attoree perché totalmente infondate.

Si costituiva la Hewlwt Packard Distributed Computing Services S.r.l. che contestava le domande attoree e ne chiedeva l'integrale rigetto (*Omissis*).

MOTIVI DELLA DECISIONE. Oggetto del presente giudizio è l'accertamento della nullità del trasferimento d'azienda attuato dal 16.4.2003 in quanto, a parere dei ricorrenti, sarebbe stato attuato in assenza dei presupposti previsti dall'art. 2112 c.c. al fine di realizzare un piano di riduzione del personale da cui i ricorrenti affermavano di avere patito un pregiudizio.

Nel caso in esame i ricorrenti non forniscono alcuna allegazione comprovante di aver subito alcun pregiudizio dal trasferimento del ramo d'azienda di cui è causa. Anzi, si ritiene che essi non abbiano subito alcun pregiudizio, poiché risulta dall'accordo sindacale del 8.4.2003 e dal contratto di cessione ed è circostanza non contestata che gli attori hanno conservato lo stesso trattamento economico e normativo precedente e godono di una garanzia di stabilità assoluta per 24 mesi.

Viene pertanto dichiarata la carenza di legittimazione ad agire dei ricorrenti ai sensi dell'art. 100 c.p.c. (*Omissis*)

3. (Omissis) Con ricorso ritualmente notificato Altamura Polito conveniva in giudizio la IT Telecom S.p.A. e la Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l. per sentire accogliere le conclusioni in epigrafe trascritte.

Esponesse di essere stato assunto alle dipendenze della società SIP in data 1.6.1975 presso il Data Center di Torino con mansioni di operatore, di essere approdato nel 1984 al settore Office Automation appartenente al settore del Personale, il quale circa dieci anni dopo orsono assunse la denominazione di GISP (gestione infrastrutture e sistemi periferici), di aver svolto mansioni di programmazione e gestione delle reti e dei server; riferiva inoltre che dal gennaio 1996 il GISP era stato assorbito nel settore IT (Information Technology) della Telecom, con contestuale divisione del personale in GISP territoriali e GISP centrali, che nel GISP di Torino, in cui prestava attività il ricorrente, si erano configurate tre professionalità: sistemisti in ambiente Unix, sistemisti in ambiente Windows e amministratori di rete LAN, che il 29 dicembre 2000 il settore IT era stato ceduto dalla Telecom Italia come ramo d'azienda alla S.p.a. Nestiel, con la quale era proseguito il rapporto di lavoro del ricorrente ex art. 2112 c.c. con decorrenza 1.1.2001, che il 31.12.2001 la S.p.A. Netsiel era stata incorporata nella S.p.A. IT Telecom, la quale il 15.4.2003 aveva ceduto alla Hewlett Packard Distributed Computing Services S.r.l. il ramo d'azienda denominato IT User Support. Affermava infine di aver ricevuto lettera del 15.4.2003 con la quale gli si comunicava che il suo rapporto di lavoro sarebbe continuato ex art. 2112 c.c. con la Hewlett & Packard, di aver contestato il trasferimento del ramo d'azienda e la conseguente cessione del suo rapporto di lavoro, di essere inquadrato nel sesto livello CCNL settore telecomunicazioni, di non aver prestato il suo consenso al mutamento di titolarità del proprio contratto di lavoro, di ritenere che l'operazione posta in essere non rientrasse nella fattispecie di cui

all'art. 2112 c.c. e di non appartenere al preteso ramo d'azienda oggetto della cessione dalla IT Telecom alla Hewett & Packard.

La IT Telecom S.p.A., costituendosi in giudizio, eccepiva preliminarmente la carenza di interesse ad agire del ricorrente e contestava la domanda attorea anche nel merito.

La Hewett Packard Distributed Computing Services S.r.l., costituendosi in giudizio, contestava la domanda attorea e ne chiedeva la reiezione. (*Omissis*)

MOTIVI DELLA DECISIONE. Come ha stabilito la Suprema Corte con sentenza 18 aprile 2002 n. 5635, l'interesse ad agire, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 cod. proc. civ., con disposizione che consente di distinguere fra le azioni di mera iattanza e quelle oggettivamente dirette a conseguire il bene della vita consistente nella rimozione dello stato di giuridica incertezza in ordine alla sussistenza di un determinato diritto va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e consistente in ciò che senza il processo e l'esercizio della giurisdizione l'attore soffrirebbe un danno. Da ciò consegue che esso deve avere necessariamente carattere attuale, poiché solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva assurdo a giuridica ed oggettiva consistenza, e resta invece escluso quando il giudizio sia strumentale alla soluzione soltanto in via di massima o accademica di una questione di diritto in vista di situazione future o meramente ipotetiche.

Secondo la costante giurisprudenza, inoltre, in materia di procedimento civile l'interesse ad agire o a resistere in giudizio ex art. 100 cod. proc. civ. deve essere apprezzato in relazione all'utilità concreta che dall'eventuale accoglimento della domanda, dell'eccezione o del gravame può derivare al proponente (Cass. 24.9.2002 n. 13906).

La legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 cod. civ., in virtù della quale la nullità del negozio può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse ed essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, infine, non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire secondo le norme generali con riferimento all'art. 100 cod. proc. civ., non potendo tale azione essere proposta sotto la specie di un fine generale di attuazione della legge e non potendo il giudice rilevare d'ufficio la nullità ove la pronunzia di questa non sia rilevante per la decisione della lite (Cass. 11.1.2001 n. 338).

Nella fattispecie parte ricorrente non ha spiegato in che cosa consiste in concreto il proprio interesse ad agire, limitandosi ad affermare genericamente che tale interesse risiederebbe nella attuazione dell'art. 2112 c.c. e senza indicare quale tipo di pregiudizio avrebbe subito a seguito del trasferimento di ramo d'azienda per cui è causa; in realtà il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio in quanto, come risulta dal contratto di cessione e dall'accordo sindacale del 18 aprile 2003 e come, del resto, è pacifico in causa, ha conservato lo stesso trattamento economico e normativo, compresi i benefici accessori, e inoltre gode di una garanzia di stabilità assoluta per 24 mesi.

In conclusione pertanto l'eccezione di carenza di interesse ad agire prospettata dalla IT Telecom S.p.A. è fondata e deve essere accolta. (*Omissis*)

NOTA

1. L'interesse a proporre al lettore la nota di una sentenza del Tribunale di Roma del 25 febbraio 2004, quindi non recentissima, nasce dall'esigenza, invece attuale, di operare un raffronto sul medesimo tema con due recentissime pronunzie di segno diametralmente opposto.

Ed invero tra la "giurisprudenza che fa discutere" mi pare si debbano annoverare queste due recenti sentenze dei giudici di merito di Bologna e Torino, che paiono possedere notevole capacità di propagazione, tanto da poter precludere ad un nuovo e diffuso indirizzo giurisprudenziale.

Nei casi, peraltro relativi al medesimo evento e con le stesse parti resistenti, giunti al vaglio dei Tribunali di Bologna e Torino, i giudici, con analoga motivazione, hanno negato l'interesse ad agire dei ricorrenti che chiedevano di accertare la nullità di un trasferimento di ramo d'azienda e di conseguenza hanno rigettato il ricorso, ritenendo inammissibile il ricorso.

Il semplice e apparentemente lineare iter argomentativo seguito fa leva sul carattere necessariamente attuale dell'interesse ad agire, che deve essere apprezzato in relazione all'utilità concreta che dall'eventuale accoglimento della domanda, dell'eccezione o del gravame può derivare al proponente. Su tali presupposti i giudici aditi hanno ritenuto che nei ricorsi proposti i ricorrenti si fossero limitati ad affermare genericamente che tale interesse risiederebbe nella attuazione dell'art. 2112 c.c. senza indicare quale tipo di pregiudizio avrebbero subito a seguito del trasferimento di ramo d'azienda.

Al contrario, nelle sentenze si osserva che i ricorrenti non abbiano subito alcun pregiudizio, poiché, come risulta dall'accordo sindacale e dal contratto di cessione ed è circostanza non contestata, gli attori hanno conservato lo stesso trattamento economico e normativo precedente e godono di una garanzia di stabilità assoluta per 24 mesi.

La diffusione fino al suo consolidarsi di un simile orientamento, che risulta prima facie accattivante potremmo dire proprio per la sua apparente linearità, finirebbe col produrre effetti sconvolgenti ovvero azzerranti in ordine alla possibilità per i lavoratori di ottenere tutela giudiziaria in caso di possibili operazioni contrattuali non configurabili alla stregua di legittime ipotesi di trasferimento d'azienda, istituto sui cui confini il dibattito resta quantomai fervente.

Tutte le complesse operazioni ermeneutiche sulla portata delle norme nazionali e comunitarie in tema di trasferimento d'azienda pare possano essere tutt'ad un tratto saltate a piè pari in caso di rivelata mancanza della condizione dell'azione dell'interesse ad agire in capo ai ricorrenti. Se questa resta una valutazione di contesto che com'è ovvio non può essere utilizzata sul piano dello stretto diritto per contestare un simile indirizzo, allo stesso tempo appare possibile muovere critiche

specifiche alle sentenze in esame proprio in relazione alle motivazioni giuridiche addotte dai giudicanti.



2. Pare allora necessaria qualche breve considerazione in ordine alla nozione e quindi all'utilizzo fatto dai giudicanti dell'istituto dell'interesse ad agire.

Resto consapevole che il tema è di una complessità tale che il solo tentativo di addentrarmi nelle delicate ed articolate questioni che ancora affaticano i processualcivili si rileva impresa a dir poco ardua. Tuttavia anche da un esame solo superficiale mi è sembrato possibile enucleare qualche punto fermo condiviso dalla dottrina, che mi pare utile riproporre per il rilievo che possono acquisire rispetto al tema qui trattato.

Come si può notare uno snodo fondamentale riguarda l'apprezzamento in concreto dell'ambiguo concetto di "utilità" che dall'eventuale accoglimento della domanda, dell'eccezione o del gravame può derivare al proponente, richiamato anche da una delle sentenze in esame alla stregua di criterio attraverso il quale apprezzare la presenza dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.

La dottrina sul punto osserva che *"si tratterà di verificare se non debba considerarsi inutile proprio l'effetto di diritto sostanziale che il processo è idoneo a produrre: se, in altri termini, la sentenza che accogliesse la domanda non lascerebbe l'attore nella medesima situazione in cui egli si trovava ante litem"* (B. SASSANI, voce *Interesse ad agire: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, 4).

Il medesimo concetto è espresso anche dalla giurisprudenza laddove ritiene che *"l'interesse ad agire è una condizione dell'azione consistente dell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice"* (Cass. 25 febbraio 2002, n. 2721).

Se questo è vero ci troveremmo nei casi in esame al di fuori di una ipotesi di carenza di interesse ad agire per il fatto che l'attore in caso di accoglimento della domanda non si troverebbe nella medesima situazione precedente l'instaurazione del giudizio, ovvero alle dipendenze del cessionario ma, invece, per effetto dell'accertata nullità del trasferimento del ramo d'azienda, si ritroverebbe alle dipendenze del cedente, ovvero del suo originario datore di lavoro, ovvero in una situazione, anche solo dal punto di vista giuridico-formale in relazione al mutamento della titolarità del rapporto di lavoro, del tutto diversa da quella *ante litem*.

A riprova della mutata situazione il cedente a quel punto, per ristabilire la medesima situazione giuridica precedente l'instaurazione della lite, al di fuori della negata fattispecie del trasferimento d'azienda, si troverebbe indotto a cedere al cessionario il contratto di lavoro del dipendente, ma in questo caso soltanto con il suo consenso in applicazione del dettato dell'art. 1406 c.c. in tema di cessione del contratto, che è una norma appunto tesa a garantire il ceduto per il solo fatto del muta-

mento del titolare del rapporto a prescindere dalla prova di un effettivo danno.

Le ulteriori argomentazioni utilizzate per negare la sussistenza dell'interesse ad agire, in quanto, circostanza questa non contestata, risultava che in base ad un accordo sindacale che gli attori avessero conservato lo stesso trattamento economico e normativo precedente e godessero di una garanzia di stabilità assoluta per 24 mesi, contribuiscono ad accrescere le critiche alle sentenze.

Ed invero in questo caso i giudici pongono alla base della supposta carenza dell'interesse ad agire una valutazione di merito relativa alla controversia e dunque sembrano operare una sorta di sovrapposizione dei piani, processuale e sostanziale, non consentita in quanto "l'interesse ad agire svolge nel processo una funzione rigorosamente processuale e non assurge mai ad oggetto dell'accertamento", in quanto si risolve in un "giudizio meramente ipotetico" relativo "all'utilità dell'effetto giuridico richiesto e valutato" (B. SASSANI, voce *Interesse ad agire: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, 3).



3. Se dunque appare superabile l'ostacolo pregiudiziale della carenza dell'interesse ad agire anche soltanto attraverso una valutazione in astratto dell'utilità dell'azione in capo al ricorrente, che si concretizza in un mutamento della titolarità del rapporto di lavoro dal cessionario al cedente, ciò nondimeno ragioni di carattere sostanziale attinenti più da vicino alla ratio della normativa giuslavoristica del trasferimento d'azienda valgono a rafforzare tale tesi.

Ed invero questa normativa, sembra banale ricordarlo, è posta a tutela del lavoratore, in quanto dettata in adempimento della direttiva comunitaria tesa appunto esplicitamente "al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti" (ora direttiva 2001/23).

Proprio questo interesse di tutela ritenuto meritevole dal diritto del lavoro ha indotto prima il legislatore comunitario e poi quello nazionale - rilevata l'insufficienza a tali fini della nozione commercialistica di azienda dettata dall'art. 2555 c.c. - ad introdurre una definizione legale della fattispecie, del tutto peculiare in quanto espressamente dettata "ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo" (art. 2112 c.c., quinto comma).

La peculiarità della norma lavoristica viene ribadita ad esempio nella recente celebre pronuncia della Cassazione resa sul caso "Ansaldo" (Cass. 10 gennaio 2004, n. 206), che nella parte motiva osserva come tutta la giurisprudenza (anche nel periodo precedente la definizione in via legislativa della fattispecie ad opera del d.lgs. n. 18 del 2001) volta ad identificare la fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda ha di certo "tenuto presente l'esigenza di assicurare un'effettiva funzionalità alla porzione di azienda ceduta attraverso la conservazione dei rapporti necessari alla sua concreta attività, esigenza imprescindibile in tema di circolazio-

ne dell'azienda (art. 2558 c.c.), Ma certamente è stata prevalente la prospettiva di tutela del lavoratore, sotto il profilo della continuità dell'occupazione e della conservazione dei diritti maturati, nella convinzione che la tutela apprestata dall'art. 2112 c.c. si rendesse necessaria soprattutto in riferimento alle vicende di trasferimento parziale”.

La fattispecie dettata dall'art. 2112 c.c. è dunque tutta costruita sull'interesse dei lavoratori coinvolti dell'operazione traslativa, che risultano dunque i destinatari della norma e quindi anche i legittimati ad agire e dotati di interesse ad agire in caso di violazione di quelle regole.

Tutto ciò traspare ulteriormente laddove si faccia attenzione alla prescritta tutela del lavoratore “le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda” attraverso il riconoscimento del diritto a “rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma” (art. 2112 c.c., comma quarto).

Si tratta qui di un diritto che diviene esercitabile mediante un apprezzamento in concreto che il lavoratore è in grado di svolgere solo ex post, “nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda”, ma che non può che concretare un immediato interesse ad agire al fine di verificare la correttezza di una operazione traslativa da cui potrebbe derivare tale pregiudizio.

Occorre osservare che l'apprezzamento delle “sostanziali modifica delle condizioni di lavoro” risulta molto ampio, tanto che è stato riconosciuto sussistente sia in caso di modifica del contratto collettivo applicabile da parte del cessionario (cfr. Trib. Bologna, 11 gennaio 2005, in *Lav. giur.*, 2005, 675), che in relazione alla modificazione della retribuzione (cfr. Corte Giust. *Delahaye* C-425/02).

In ogni caso occorre sottolineare che il legislatore, in adempimento degli obblighi comunitari, con questa norma ha voluto tutelare ulteriormente il lavoratore coinvolto nel trasferimento dell'azienda, in caso di “sostanziali modifiche” delle condizioni di lavoro, che, però, in ogni caso risultano di fatto e giuridicamente modificate, anche soltanto in seguito al mutamento di titolarità del rapporto, che produce una situazione giuridica ed anche sostanziale del tutto diversa da quella antecedente al trasferimento e pertanto rende ancora una volta apprezzabile l'interesse della parte ricorrente all'accertamento della eventuale nullità di quella determinata operazione traslativa.

Insomma si vuol dire che il mutamento della titolarità del rapporto produce *ex se* una modifica delle condizioni di lavoro del dipendente coinvolto nel trasferimento, come sottolineato anche dalla pronuncia in epigrafe del Tribunale di Roma di un paio di anni orsono, che su questi presupposti ha disatteso la richiesta di pronuncia di inammissibilità della domanda dei ricorrenti formulata dalla controparte.

Ha osservato infatti il Tribunale in motivazione che “*l'interesse del lavoratore a non vedere sostituito al di fuori dei casi previsti dalla legge ed arbitrariamente il proprio datore di lavoro trova giustificazione nel diverso regime di stabilità che può derivarne, nelle diverse aspettative in termini di solidità patrimoniale*

del soggetto tenuto all'erogazione della retribuzione, ed anche nelle possibili o concrete possibilità di sviluppo professionale e di svolgimento della personalità all'interno delle formazioni sociali riconducibile alla tutela di cui all'art. 2 Cost, da leggersi in combinato disposto con le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.; sicché un simile interesse, nella sua dimensione anche pre-patrimoniale, permane attuale anche in caso di recesso del lavoratore dal rapporto di lavoro con il cessionario (come è avvenuto per alcuni ricorrenti nelle more del giudizio) in forza della non surrogabilità, se non nei casi previsti dalla legge, del consenso originario alla cessione del contratto individuale di lavoro”.

Avv. Pasquale PASSALACQUA

TRIBUNALE DI ROMA, ORDINANZA 27.3.2006 (1)

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA - SEZIONE III

Verbale udienza di discussione di istanza cautelare

Nell'udienza del 13/3/2006 tenuta dal G.D. Dott. V. M. è stata chiamata la causa V. A. contro C. C. s.r.l.

Sono comparsi l'avv. P. T. con il sig. A. V., l'avv. C. P., in sostituzione dell'avv. R. B., per C. C. L'avv. T. deposita ricorso e decreto notificato alla società e chiede di essere autorizzato a depositare memoria e diciannove ulteriori documenti. L'avv. P. chiede termine per esame. Il giudice autorizza il deposito della memoria integrativa e dei documenti ed assegna alla società termine fino al 20 marzo 2006 per il deposito di memoria integrativa e di ulteriori documenti; rinvia la discussione sull'istanza cautelare all'udienza del 27 marzo 2006, ore 13.00.

IL G.D.

All'udienza del 27 marzo 2006 sono comparsi: l'avv. P. T. con il sig. A. V., l'avv. R. B. per la C. C.

IL G.D.

Osserva: che alla richiesta di informazione del 13 febbraio 2006 l'amministratore unico di C. C. ha dato puntuale riscontro con nota dell'8 marzo 2006; che l'eventuale non veridicità delle informazioni fornite al socio dall'amministratore unico non attiene al diritto di ottenere informazioni in sé considerato; che tale eventualità può essere riscontrata dal socio attraverso l'esame delle scritture contabili e dei documenti relativi agli affari sociali alla cui visione egli ha diritto; che l'esercizio in concreto di tale diritto è oggi impedito non dall'amministratore bensì in conseguenza del sequestro eseguito, in esecuzione di decreto emesso dal pubblico ministero presso il Tribunale di Roma, il 26 gennaio 2006; che non risulta che l'amministratore unico abbia opposto pretestuosi rifiuti all'esercizio concreto dell'attività di controllo da parte del socio

P.Q.M.

rigetta l'istanza di ammissione di provvedimento ex art. 700 c.p.c. proposta da A. V. nei confronti di C. M., quale amministratore unico della C. C. s.r.l., con ricorso depositato il 23 febbraio 2006;

condanna A. V. a rimborsare a C. M. le spese del procedimento cautelare da quest'ultimo anticipate liquidate in complessivi € 950, di cui € 600 per onorari di avvocato, € 300 per diritti di avvocato ed € 50 per spese, oltre I.V.A. e C.A.P. come per legge. Verbale chiuso ore 13.20.

IL G.D.

TRIBUNALE DI ROMA, ORDINANZA 18.10.2006 (2)

TRIBUNALE CIVILE DI ROMA - TERZA SEZIONE

Composto come segue:

dr. C. M.

dr. F. M.

dr. D. F.

riunito in camera di consiglio ha emesso la seguente

Ordinanza

Letto il reclamo proposto da A. V. avverso l'ordinanza resa nell'udienza del 27 marzo 2006 con la quale il giudice istruttore rigettava il ricorso ex artt. 700 c.p.c. e 23 d. lgs. N. 5/03 promosso dal V.;

osserva

A. V. e C. M. costituirono la C. C. S.r.l. partecipando ciascuno nella misura del 50% e stabilirono che il primo rivestisse la carica di amministratore ed il secondo di institore per la durata di due anni trascorsi i quali (il termine è scaduto il primo agosto 2005) i ruoli si sarebbero invertiti;

a seguito della rottura dei rapporti tra i soci, sfociata in numerose controversie in sede civile e penale, il V. assumendo di non riuscire a consultare i libri sociali e contabili né i documenti relativi all'amministrazione, proponeva ricorso ex art. 700 c.p.c. chiedendo ordinarsi all'amministratore di fornire notizie per iscritto in merito allo svolgimento degli affari sociali come dettagliatamente indicati nel ricorso (cui si rinvia) ai sensi dell'art. 2476 comma 2 c.c.;

con ordinanza resa in udienza in data 27 marzo 2006, reclamata con il presente procedimento, il giudice designato non concedeva la misura cautelare invocata ritenendo che l'amministratore unico della C. C. S.r.l. avesse dato puntuale riscontro alla richiesta di informazioni con la nota in data 8 marzo 2006.

Il giudice precisava che l'eventuale non veridicità delle informazioni fornite al socio non attiene al diritto di ottenere informazioni e che comunque il socio avrebbe potuto verificare avendone diritto le scritture contabili e i documenti relativi agli affari sociali.

Il giudice concludeva ritenendo che non risulta dagli atti che l'amministratore abbia rifiutato al socio il concreto esercizio dell'attività di controllo e che l'impedimento all'esercizio del diritto all'esame della documentazione da parte del ricorrente non sarebbe impedito dall'amministratore ma dal decreto di sequestro eseguito in data 26 gennaio 2006.

Fissata l'udienza di comparizione delle parti il Tribunale si riservava di decidere.

Il reclamo deve essere rigettato.

A norma dell'art. 2476 comma secondo c.c. i soci che non partecipano

all'amministrazione hanno diritto dagli amministratori notizie sullo svolgimento degli affari sociali e di consultare ... i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione.

La norma dunque, riprendendo la disposizione di cui al precedente art. 2489 c.c. che riconosceva al socio alcune facoltà di controllo nelle ipotesi in cui la società fosse priva del collegio sindacale, sancisce il diritto all'informazione come diritto strettamente collegato al potere di verifica del socio finalizzato all'eventuale promovimento dell'azione di responsabilità laddove si ritenga ravvisabile tale profilo nel comportamento tenuto dagli amministratori della società.

E' evidente che il diritto del socio di ricevere informazioni dagli amministratori della società non può essere confuso, come esattamente rilevato dal giudice di prime cure, con l'eventuale non veridicità delle informazioni. Peraltro, in tale ultimo caso, non andrebbe esperita l'azione cautelare bensì, come si è detto, l'azione di responsabilità.

Nel merito, si rileva dall'esame della documentazione in esame e, in particolare, dalla missiva dell'avv.to T. in data 13 febbraio 2006 e dalla nota di risposta dell'amministratore della C. s.r.l. in data 8 marzo 2006, che allorché il ricorrente chiese di esaminare le scritture contabili ed i documenti relativi agli affari sociali come era suo diritto fare, l'amministratore rispose puntualmente e laddove non lo fece fu solo perché parte della documentazione era stata oggetto del decreto di sequestro emesso dal Pubblico ministero in data 26 gennaio 2006 ovvero non era comunque nella sua disponibilità.

Concludendo, non si ritiene che C. M. abbia ostacolato il potere di controllo del reclamante che, in ogni caso, non poteva ottenere le informazioni richieste oggetto del provvedimento di sequestro.

La condanna alle spese segue la soccombenza.

P.Q.M.

il Tribunale rigetta il reclamo proposto da A. V. avverso l'ordinanza resa all'udienza del 27 marzo 2006 dal dr. M. V.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del procedimento nella misura di € 850,00 per onorari, € 400,00 per diritti e € 100,00 per spese, oltre accessori di legge.

Roma, 3 ottobre 2006

nota

Diritto del socio di s.r.l. ad avere informazioni ex art. 2476² c.c. e relativa tutela
1.- Il caso deciso con le ordinanze in commento nasce da un ricorso ex art. 700 c.p.c., con il quale un socio di una s.r.l., lamentando che non gli sarebbe stato consentito l'accesso agli atti sociali e che non avrebbe ricevuto notizie o le avrebbe ricevute non veritiere, chiedeva che il giudice, con provvedimento d'urgenza, ordinasse all'amministratore di fornire notizie per iscritto in merito allo svolgimento degli affari sociali.

In prima istanza, il Tribunale, con la prima ordinanza sopra riportata, ha statuito che *“l'eventuale non veridicità delle informazioni fornite al socio dall'amministratore unico non attiene al diritto di ottenere informazioni in sé considerato”*. In sede di reclamo, il Collegio ha confermato la decisione impugnata, affermando di nuovo che *“il diritto del socio di ricevere informazioni dagli amministratori della società non può essere confuso, come esattamente rilevato dal giudice di prime cure, con l'eventuale non veridicità delle informazioni”* ed aggiungendo che *“in tale ultimo caso, non andrebbe esperita l'azione cautelare bensì ... l'azione di responsabilità”*.

2.- Per un breve esame delle pronunce in commento, appare utile focalizzare, in estrema sintesi, il quadro normativo di riferimento.

La norma di cui all'art. 2476, secondo comma, c.c., attribuisce al socio di una s.r.l., anche se dotata di collegio sindacale, che non partecipa all'amministrazione della società un diritto di controllo che si articola nel c.d. diritto all'informazione e nel c.d. diritto di ispezione o consultazione: in forza del primo, egli ha diritto di ottenere dagli amministratori informazioni sullo svolgimento degli affari sociali; in forza del secondo, egli ha diritto di consultare i libri sociali ed i documenti relativi all'amministrazione.

Il nuovo testo dell'art. 2476, secondo comma c.c., introdotto dal D.Lgs. n. 6/2003, rafforza e rende più penetrante, il diritto di controllo individuale del socio non amministratore, rispetto alla previgente disciplina normativa (art. 2489 c.c.), in quanto non subordina più tale diritto alla mancata istituzione del collegio sindacale ed il diritto di accesso ai documenti si estende da quelli indicati all'art. 2478 c.c. a tutti i documenti e le scritture contabili e in generale ai “documenti relativi all'amministrazione” (i documenti fiscali e quelli riguardanti i singoli affari).

3.- Avendo riguardo al diritto all'informazione di cui sopra, le pronunce del Tribunale di Roma in commento, offrono lo spunto per fare due considerazioni. La prima è che il socio non amministratore di s.r.l. ha diritto a ricevere dagli amministratori informazioni veritiere, come è arguibile dal disposto degli artt. 2621 e 2622 c.c.¹.

¹ DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2006, p. 334 ss., sostiene che l'informazione data al socio che la richiede in sede assembleare è rivolta anche alla generalità dei soci presenti e, quindi, è penalmente

rilevante, a differenza della informazione data al socio a seguito di richiesta al di fuori dell'assemblea, che, configurandosi quale informazione individuale, sarebbe penalmente irrilevante.

La seconda considerazione riguarda il caso in cui il socio abbia ricevuto dall'amministratore informazioni da lui ritenute non veritiere. In questo caso, il Tribunale di Roma ha indicato il possibile rimedio nell'azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2476, comma 3, c.c.².

4.- Le pronunce in commento appaiono condivisibili nelle motivazioni, sebbene la relativa sintesi induca ad evidenziare che, in caso di lesione del proprio diritto di informazione³, il socio di s.r.l. non ha il solo rimedio dell'azione di responsabilità (con conseguente possibilità di chiedere, nell'ambito della relativa procedura, la revoca degli amministratori).

Al detto socio, infatti, l'ordinamento attribuisce anche la possibilità della denuncia al collegio sindacale ex art. 2408 c.c. al quale rinvia l'art. 2477, u.c., c.c.

Tuttavia, nel caso delle società a responsabilità limitata, sembra doversi escludere la possibilità per lo stesso collegio di denunciare i fatti al tribunale ai sensi dell'art. 2409, u.c., c.c.⁴, posto che, secondo il prevalente orientamento, l'applicazione della richiamata disposizione normativa è circoscritta alle società per azioni⁵, per quanto alcuni dubbi possano sollevarsi in ordine ad una possibile incompletezza di tutela che in tale quadro normativo viene apprestata in favore del socio di s.r.l.⁶. Tali dubbi, però, sembrano superabili avendo riguardo all'orientamento, che sembra fondarsi su solide argomentazioni, secondo il quale la tutela oggetto del procedimento ex art. 2409 c.c. può ritenersi assorbita all'interno dell'azione di responsabilità⁷. Tale interpretazione dell'art. 2477, comma 4, c.c., consente anche di superare dubbi di incostituzionalità ex art. 3 Cost., posto che *"la qualificazione di 'cautelare' data dalla legge alla misura di revoca ben può essere intesa - come peraltro ritiene una parte della giurisprudenza e della dottrina - nel senso di strumentale (ed anticipatoria rispetto) ad un'azione rivolta ad ottenere una sentenza di revoca degli amministratori, per ciò solo che nella gestione della società sono presenti 'gravi irregolarità e v'è mero pericolo di danno per la medesima"*⁸.

Avv. Francesca Romana ALESSANDRINI

2 Secondo un orientamento della dottrina, il diritto di controllo attribuito al socio non amministratore sarebbe funzionale all'azione sociale di responsabilità. Tale orientamento, tuttavia, non sembra offrire una chiave interpretativa utile rispetto al problema della individuazione dei mezzi di tutela in esame, in quanto, da una parte, il socio potrebbe avere interesse ad assumere informazioni per finalità diverse dalla individuazione di una responsabilità degli amministratori (ad es. al solo fine di meglio comprendere la portata di una posta di bilancio); d'altra parte l'azione di responsabilità può essere esperita anche senza che il socio abbia preventivamente chiesto all'organo amministrativo informazioni sulla gestione sociale.

3 Lesione che non si configura in presenza di "oggettive esigenze di riservatezza in ordine a notizie la cui diffusione può arrecare pregiudizio alla società" (Cfr. Cass., sez. un., 21.2.2000, n. 27).

4 *Contra*: CORAPI, *Il controllo interno delle s.r.l.*, in *Società*, 2003, p. 1574 ss.; MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nelle società a responsabilità limitata*, in *Le Società*, 2003, p. 936 ss.

5 In tal senso, da ultimo, Corte Cost. 14 dicembre 2005 n. 481. In dottrina, per tutti: ARATO, *Il controllo individuale dei soci e il controllo legale dei conti nella s.r.l.*, in *Le Società* 2004, p. 1199, nota (23).

6 Ad esempio, PERRINO, *Il controllo individuale del socio di società di capitali: fra funzione e diritto*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, p. 666 e ss., osserva che la inapplicabilità dell'art. 209 c.c. alle s.r.l. comporta la mancanza di tutela per il socio in caso di gravi irregolarità che non abbiano ancora comportato un danno.

7 In tal senso, per tutti: ANGELICI, *La riforma delle società di capitali*, Padova, 2003, p. 134.

8 Corte Cost. 14 dicembre 2005 n. 481, in motivazione.

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - PRIMA SEZIONE CIVILE

IL TRIBUNALE DI ROMA

Composto da:

dott. Alberto Bucci

dott. Maurizio Durante

dott.ssa Rosaria Ricciardi

nella camera di consiglio del 7 aprile 2006 ha pronunciato il seguente

DECRETO

Sul ricorso congiunto presentato dai signori iscritto al n.2732/06 del Registro Generale;

a) il ricorso congiunto di genitori naturali

I ricorrenti, non coniugati, hanno chiesto congiuntamente al tribunale che il loro figlio naturale fosse affidato alla madre, che fosse regolamentato il regime di visita del padre con i tempi di permanenza per i fine settimana, vacanze estive ed invernali. Chiedevano ancora la determinazione del contributo a carico del padre ed in favore della madre, in € 350 mensili, oltre al 50% delle spese, mediche, scolastiche, ricreative e di vestiario.

Nel ricorso il Bassetti prometteva di vendere alla Yu la suo quota parte della casa familiare dietro un corrispettivo da compensare in parte con il contributo al mantenimento del figlio minore;

b) l'inammissibilità di un ricorso congiunto tra genitori naturali

Senza entrare nella questione della competenza del Tribunale dei minori ex articolo 317 *bis* del c.c. ovvero del Tribunale ordinario ex articolo 155 c.c. e 38 disp.attuazione c.c., in merito all'affidamento del minore, il ricorso è in ogni caso inammissibile anche per quanto attiene alla determinazione del contributo economico in favore della madre.

Su tale punto non può che osservarsi come nell'ipotesi di genitori naturali, *non sussiste una inevitabile necessità in un intervento giudiziario*, cosa che è invece prevista per i genitori coniugati in quanto *se la coppia si è sciolta per comune accordo, se i genitori sono d'accordo perché il figlio resti presso uno di loro, se i due sono d'accordo circa il contributo, non vi è luogo ad alcun intervento giudiziario* (Cass. 4273 del 1991).

Non sono ammissibili le richieste "congiunte", dirette a disciplinare l'affidamento e l'esercizio della potestà genitoriale atteso che, non esistendo alcun contrasto, l'affidamento è per legge congiunto e per legge congiunto è anche l'esercizio

della potestà, essendo i coniugi responsabili in eguale misura della cura, educazione, istruzione e mantenimento della prole essendo tenuti a regolare consensualmente di volta in volta gli aspetti legati a tale situazione.

c) l'inammissibilità della richiesta congiunta di un contributo economico per la prole minore

Anche per quanto attiene alla determinazione del contributo economico per il mantenimento del figlio gli accordi delle parti valgono a rendere inammissibile un intervento preventivo del giudice, che invece può essere attivato in caso di inadempienza a tale obbligo, tenendo conto che la determinazione del contributo *per equativo*, secondo il disposto del “nuovo” quanto comma dell’articolo 155 del codice civile, è disposto dal giudice solamente “*se necessario*”.

Una determinazione del contributo su ricorso congiunto, dato con un decreto in un procedimento camerale ex articolo 737 del c.p.c. non costituisce titolo esecutivo ai sensi dell’articolo 474 del codice di procedura civile, per cui non esiste uno specifico interesse ad una determinazione giudiziale, che non avrebbe maggiore efficacia rispetto ad un accordo *liberamente sottoscritto dalle parti* ex articolo 155, quanto comma, del codice civile.

d) l'improponibilità di una separazione consensuale di genitori non coniugati

Nel ricorso in esame oltretutto, manca ogni riferimento ad una già avvenuta cessazione della convivenza tra i genitori che in ogni caso costituisce il necessario presupposto per qualunque intervento del giudice nella situazione che attiene ai figli naturali minori, dovendosi escludere in via assoluta che tale cessazione possa essere decretata dal giudice, come avviene nei giudizi di separazione.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso.

Roma, 7 aprile 2006

Il Presidente

SULLA NECESSITA' E SULLA LEGITTIMITA' DELLA "PRESA D'ATTO" DEGLI ACCORDI CONSENSUALI ANCHE PER I FIGLI MINORI DI GENITORI NON CONIUGATI.

Il Tribunale di Roma, riunitosi nella Camera di Consiglio del 7 aprile 2006, ha pronunciato con decreto il rigetto di una istanza formulata in via congiunta da due conviventi, con la quale gli stessi intendevano "formalizzare" gli accordi tra loro intervenuti in ordine alle modalità di affido e mantenimento del figlio della coppia, in altre parole: un ricorso congiunto di genitori naturali, atto a regolamentare le modalità della esplicazione della genitorialità.

Si tratta di uno dei primissimi provvedimenti presi sotto la vigenza della nuova normativa ed apre il dibattito su uno dei punti più interessanti ed innovativi, introdotti dalla L. 8 febbraio 2006 n. 54.

A nostro sommo avviso, per commentare il provvedimento del Tribunale di Roma, non si può prescindere dal richiamare le norme che appaiono essere interessate dal caso in esame, orbene:

art 155 c.c. vecchio testo: il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati.....

art 155 c.c. nuovo testo lex 54/06: anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi.....

art. 155 c.c. ii comma parte finale nuovo testo lex 54/06: prende atto, se non contrari agli interessi dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori.

art. 4 ii comma nuovo testo lex 54/06: le disposizioni della presente legge si applicano ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati.

A ben vedere i richiami sopra evidenziati, tra loro logicamente combinati, dovrebbero consentire una diversa lettura rispetto alle conclusioni cui è giunto il Tribunale della Capitale con il decreto di rigetto.

In primo luogo si vuole osservare come nell'applicare una legge, la 8 febbraio 2006 n. 54, tanto innovativa sia per la terminologia usata, sia per l'inserimento di istituti che di soluzioni prima non previste, mai come in questo caso dovrebbe soccorrere anche l'ulteriore principio cardine del nostro ordinamento: quello dello SPIRITO DELLA LEGGE.

Il fondamento della nuova legge consiste nel fatto che in via prioritaria l'affidamento dei figli rimane ad entrambi i genitori; la potestà continua ad essere esercitata secondo un esercizio condiviso.

La riforma prevede che il giudice, in difetto di accordo fra le parti, debba verificare se i genitori risultano capaci di occuparsi dei loro figli e secondo i loro interessi e, nell'ipotesi in cui l'affidamento ad entrambi contrasti con l'interesse del figlio, possa disporre l'affidamento ad uno solo dei genitori.

Questa alternativa costituisce la principale valvola di sicurezza del nuovo sistema.

Nel tornare al commento del caso concreto, occorre osservare come il Tribunale di Roma abbia deciso di emettere un provvedimento di rigetto, basando la propria convinzione essenzialmente su tre elementi:

- A) una datata pronuncia della Cassazione la numero 4273 dell'aprile del 1991;
- B) la inesistenza di uno "specifico" interesse ad ottenere una determinazione giudiziale, che priva della vis esecutiva, non avrebbe secondo il giudice romano altra valenza se non quella di una scrittura privata semplice;
- C) La mancanza di una certa cessazione della convivenza.

L'unico elemento che ci porta a considerare formalmente corretto il risultato di "inammissibilità" è, e resterà, questo ultimo punto.

Infatti, il nuovo testo dell'art. 155 c.c., nel disporre: "anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore" indica come necessaria condizione, affinché si possa parlare, con cogenza, del conseguente obbligo per il tribunale di intervenire in materia, quella della cessazione della convivenza *more uxorio* dei genitori (equiparabile a una separazione personale dei coniugi).

In mancanza della quale, allo stato dello studio della legge, sembra preclusa al Tribunale ogni ingerenza: il ricorso alla giustizia sarebbe, quindi, solo in via residuale, ovvero in caso di conflitto fra le parti.

Senza tale presupposto gli accordi fra i genitori verrebbero considerati alla stregua di una scrittura privata.

Tuttavia questa considerazione mal si accorda sia con lo spirito della legge, sia con l'intero ordine sistematico, laddove è previsto che in caso di separazione consensuale i coniugi devono adire l'Autorità Giudiziaria affinché omologhi le loro determinazioni.

Se lo spirito della legge è quello di uniformare e di equiparare le posizioni dei figli naturali di genitori non coniugati con quelli legittimi (secondo il dettame costituzionale) e di aver riguardo soprattutto dell'esclusivo interesse dei figli, allora deve riconoscersi ipso iure legittima ed opportuna la presa d'atto da parte del giudice della non contrarietà degli accordi intercorsi fra i genitori non coniugati all'interesse dei figli, in modo certo e con tutte le garanzie che ne conseguono, anche in assenza di conflittualità. Diversamente opinando l'ipotesi considerata dalla norma sarebbe solo quella che ricorre ove insorga un contenzioso giudiziario in occasione della rottura della convivenza di fatto, dalla quale sia generata della prole e, pertanto, paradossalmente risulterebbero più tutelati i figli naturali di genitori in conflitto sulle statuizioni relative alla prole, rispetto a quelli che sullo stesso argomento risultano d'accordo.

Non ci sentiamo di poter seguire tale interpretazione.

Ed infatti la "non sussistenza" della "obbligatorietà" di un intervento giudiziario, in tale caso, è smentita, a nostro sommesso avviso, proprio dalla lettura dell'articolo 155 I° comma, riportato nel titolo: < anche in caso separazione personale (di cessazione della convivenza) dei genitori (e non dei coniugi) il figlio minore ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di

essi, di ricevere cura educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale >.

Questa norma, per non rimanere una mera prolusione di principio, deve essere interpretata alla luce dei successivi articoli e con l'obiettivo di realizzare lo spirito effettivo del legislatore.

Se, come per il vecchio testo prima vigente, il legislatore l'avesse voluta limitare alla sola area dei coniugi, e del regime delle separazioni personali tra i coniugi, avrebbe usato il termine, più avanti regolarmente richiamato, di "coniugi" e non di "genitori", come invece ha fatto.

E' di tutta evidenza che questo richiamo terminologico, non può essere considerato una mera "distrazione" rilevandosi come oramai, anche nel linguaggio comune, il vocabolo *genitore* è direttamente indice della famiglia naturale, mentre il diverso termine coniuge si usa, correntemente, per la famiglia fondata sul matrimonio.

E non può sfuggire che lo spirito di tutto l'impianto normativo della legge 54/2006 è quello di tutelare i figli minori ed il loro rapporto con i genitori.

Dalla lettura della nuova normativa, emerge evidente la volontà del legislatore di dare una disciplina unitaria ai procedimenti in materia di filiazione naturale e di concentrare le decisioni sull'affidamento, il diritto di visita nonché il mantenimento e la casa in relazione ai genitori non coniugati, parificando l'intervento giudiziario, sotto il profilo sostanziale, processuale e di competenza a quello previsto per i genitori coniugati. Non si ritiene più consentita la scissione delle competenze, superando in questo modo le difficoltà che la precedente normativa ha creato ai genitori naturali costretti ad adire più autorità con evidente dilatazione di tempi e costi¹.

Il legislatore della riforma non ha fatto altro che recepire gli orientamenti giurisprudenziali che già da diversi anni tutelavano la posizione dei figli naturali mediante l'applicazione dei medesimi istituti previsti a tutela dei figli legittimi e ciò in applicazione al principio secondo cui la condizione dei figli deve essere considerata come unica a prescindere dalla qualificazione del loro status e non può incontrare differenziazioni legate alle circostanze della nascita.

Alla luce di queste considerazioni, se si riconosce la volontà di equiparazione espressa dal legislatore e si vuole tutelare l'interesse del figlio naturale non può non ammettersi la possibilità di una *presa d'atto* da parte del giudice della non contrarietà all'interesse dei figli degli accordi presi dai genitori non coniugati. Tale presa d'atto dovrebbe ritenersi istituto analogo al decreto di omologa, pur essendo sostanzialmente diverso, anche come iter procedimentale.

Dovrebbe rappresentare una sorta di *idoneità* dell'accordo dei genitori per il bene dei figli fornita dall'ordinamento giudiziario, in termini sia di opportunità che di legittimità.

¹ In tale senso Anna Zamagni e Luca Villa, giudici presso il Tribunale per i minorenni di Milano, Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia.

Il ragionare come è stato fatto nel caso di specie, pare cozzare, anche sotto tale profilo, con lo spirito della legge !!

La semplice lettura dell'ultima parte del II° comma dell'art. 4 ci consente di comprendere come tutta la legge possa essere applicata anche "ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati".

E con il riferirsi a "procedimenti", evidentemente il legislatore aveva a mente quei momenti formali di "richiesta di giurisdizione che il cittadino instaura con il ricorrere avanti un Tribunale".

Spetterà poi al Tribunale rigettare, perché inammissibile, un "procedimento avviato senza i necessari presupposti", come la "non interruzione" della convivenza, rilevato nel caso sub iudice, ma certo non si possono condividere le limitazioni, di carattere generale, espresse dalla pronuncia in esame.

E ciò in quanto, il primo motivo di inammissibilità contiene una prospettazione di diritto che appare non mettere nel giusto conto "l'innovativo" diverso ed obbligatorio intervento del giudice laddove si abbia a discutere sulla tutela dei diritti dei minori (art. 155, I comma).

Intervento obbligatorio che ben si può sostenere correttamente leggendo l'articolo 155 II° co. laddove prevede una specifica presa d'atto della non contrarietà all'interesse dei figli degli accordi intervenuti tra i..... genitori (e non tra i coniugi), come appunto si legge nella sua parte centrale.

A nulla valendo il richiamo alla sentenza n. 4273 del 18/20 aprile 1991 che pur esattamente contenendo il principio richiamato, quello per il quale " non vi è luogo ad alcun intervento" nella famiglia di fatto in caso di accordo, parte da un presupposto assolutamente diverso; corretto solo giusta la valenza della precedente normativa.

Il Supremo Collegio, infatti, nel confrontare la disciplina normativa tra la famiglia di fatto e quella fondata sul matrimonio, correndo l'anno 1991, osservava come la legge poneva al centro della sua efficacia il diritto "dei coniugi", mentre per le coppie di fatto osservava "non v'è posto, normalmente per un intervento giudiziario salvo per quelli, certo eccezionali, di cui agli art. 145 e 148 II° co. c.c.. E' invece necessario l'intervento giudiziario nelle ipotesi sia di cessazione della sola convivenza (separazione) sia del matrimonio (divorzio), la coppia non si scioglie legittimamente che a seguito di una pronuncia giudiziaria."

Come si vede quindi l'intero ragionamento è centrato sulla coppia, che è il primo attore, per così dire, dell'intervento legislativo prima vigente, ed a seconda che questa fosse fondata su di un contratto/ negozio giuridico del matrimonio, o meno, aveva senso l'intervento del giudice.

Ora, con la previsione di natura programmatica contenuta nell'art. 155 I° co. legge 54/06, il principio ispiratore è divenuto "il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato con i propri genitori".

E' "il minore" il centro della legge di riforma, e tutti gli sforzi ermeneutici devono fare i conti con questa mutata prospettiva, che rende a nostro sommo

avviso superato l'intero impianto del ragionamento della Cassazione del 1991, ottima ed efficace allora, ma ormai superata dallo spirito della legge.

Ed il diritto del minore, dalla nuova legge, viene specificamente tutelato proprio dalla previsione normativa di carattere programmatico posta con l'art. 155, nel periodo più volte richiamato, che prevede per il giudice, come attività obbligatoria, quella della verifica della "non contrarietà" degli accordi liberamente sottoscritti tra le parti all'interesse dei figli minori.

Passiamo ad analizzare il secondo tema del Decreto in commento, quello della, supposta, non esistenza di uno "specifico interesse" ad una determinazione giudiziale sul "quantum".

Vista in ogni caso, dice il Tribunale di Roma, la sostanziale equiparazione dell'efficacia del provvedimento giudiziale, dato con decreto in procedimento camerale, al solo accordo liberamente sottoscritto tra le parti ex art 155, 4° co., nuovo testo, "*non vi sarebbe specifico interesse*" alla pronuncia. La presa d'atto degli accordi liberamente sottoscritti dalle parti da parte del giudice avrebbe la forma del decreto camerale ex art. 737 c.p.c. e l'efficacia di una scrittura privata avente data certa, riguardo l'opponibilità ai terzi.

La regola della certezza della data, ai sensi dell'art. 2704 c.c., può trovare applicazione ai fini della garanzia per la conservazione del patrimonio, ad esempio in sede di azione revocatoria ex art. 2901 c.c.

Innanzitutto, v'è da rilevare, che il richiamo al 4° comma del 155 nuovo testo, riferendosi a "gli accordi diversi liberamente sottoscritti" in caso di famiglia fondata sul matrimonio, sarebbe contenuto in una istanza portata a conoscenza del magistrato in occasione della "consensuale", nella sua forma "canonica", e quindi sarebbe munita dell'efficacia esecutiva della omologa.

Mentre gli accordi fra i genitori naturali, seppur validi, non hanno la forza esecutiva. Tuttavia tali accordi, in caso di successivo contrasto potranno essere presi in considerazione – quanto meno come base dei futuri provvedimenti – dal Tribunale, che comunque non è vincolato da tale scrittura.

Concludendo, in buona sostanza e sommessamente, si ritiene che dal combinato disposto degli articoli richiamati in premessa discenda la applicabilità, agli "accordi liberamente intervenuti tra genitori non più coabitanti", di un provvedimento positivo del Tribunale, che potrà assumere la forma di un decreto di "presa d'atto" della non contrarietà degli accordi all'interesse dei figli minori". Non potendosi comunque pensare, diversamente opinando, che sia data la possibilità a genitori non coniugati, al termine del loro percorso comune, di raggiungere degli accordi limitativi, ablativi o semplicemente contrari all'interesse dei figli minori, perché svincolati dalla possibilità di una verifica giudiziale, mentre tale accidente sarebbe evitato per i figli nati nel matrimonio.

Ciò contrasterebbe con una serie infinita di precetti, e certo anche con la lettera della nuova legge sulla separazione.

La considerazione che maggiormente rileva ai fini della presente censura

riguarda il fatto che nella datata pronuncia della Cassazione manca un necessario presupposto, il *leitmotiv* della riforma apportata dalla l. 54/06, ovvero l'interesse esclusivo del minore: le determinazioni che lo riguardano necessitano del vaglio del giudice relativamente alla loro legittimità e opportunità.

Deve garantirsi il diritto dei figli di ricevere cura, istruzione ed educazione da ciascuno dei genitori, di mantenere un rapporto continuativo ed equilibrato con entrambi e continuare ad avere rapporti significativi con i parenti di ciascuno dei due (il che vuol dire che debbono essere favoriti, anche se non previsti, i rapporti dei nipoti con i loro nonni, e che comunque non possono essere ammesse, negli eventuali accordi, divieti o limitazioni, salvo la ricorrenza di particolari situazioni), anche in caso di separazione dei genitori.

Pertanto, l'interesse che si ricerca non è soltanto quello di avere un provvedimento avente efficacia esecutiva, ma soprattutto quello di ottenere una valutazione del giudice circa la legittimità e l'adeguatezza delle decisioni prese dai genitori per il bene del figlio tenendo sempre e comunque conto delle inclinazioni personali, delle capacità e delle aspirazioni dei minori stessi, indipendentemente dallo *status* della nascita.

L'effettiva attuazione dei principi costituzionali a tutela della filiazione naturale può ritenersi una delle principali caratteristiche della riforma, evidenziata dall'attribuzione di specifici contenuti al canone della equiparazione dei figli naturali e legittimi. L'espresso riconoscimento del diritto del minore ad essere educato nell'ambito della propria famiglia e le norme dirette a garantire concreta assistenza e cura ai minori privi di un idoneo ambiente familiare sono elementi sintomatici della inversione di tendenza verificatasi nella valutazione comparativa dei diversi interessi, che situa in posizione nitidamente sopraordinata le esigenze dei minori.

Ed infatti per altra via il diverso spirito che anima la legge 54/2006 balza in tutta la sua evidenza dalla semplice comparazione con il vecchio testo dell'art. 155 c.c. : il giudice che pronuncia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati.....

Ora invece è il figlio minore che ha il diritto a mantenere un rapporto equilibrato con i genitori, ed a sua tutela è stata prevista, dal medesimo articolo, la figura del giudice che "prende atto della non contrarietà agli accordi intervenuti tra i genitori" e non tra i coniugi, come avrebbe scritto il legislatore se avesse, con miopia, cercato di limitare la valenza della nuova normativa alle SOLE separazioni coniugali.

La garanzia del benessere materiale e psicologico dei figli viene ulteriormente garantita da tutta la nuova disciplina che appare molto minuziosa e dettagliata anche per l'eventualità prevista dall'art. 709^{ter} c.p.c. ovvero l'ipotesi di grave inadempimento di uno dei genitori rispetto agli obblighi correlati all'affidamento o all'esercizio della potestà genitoriale "ovvero abbia compiuto atti che comunque arrechino pregiudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento".

La nuova normativa dà la facoltà al giudice non solo di ammonire il genitore responsabile delle gravi inadempienze ma anche di disporre il risarcimento dei danni nei confronti del figlio e/o dell'ex coniuge e di condannare l'inadempiente a pagare una multa da un minimo di 75€ ad un massimo di 5.000€.

L'attività che il giudice deve compiere ai sensi dell'art. 709ter c.p.c. è di contenuto esclusivamente cognitivo o dichiarativo, ma funzionale alla corretta esecuzione del provvedimento con cui è disposto l'affidamento o si provvede all'esercizio della potestà genitoriale.

La "presa d'atto della non contrarietà degli accordi" da parte dell'Autorità Giudiziaria avrebbe soltanto il valore di una scrittura privata ma avrebbe, altresì, la preventiva stima del giudice sulla corrispondenza e la idoneità delle statuizioni al bene/interesse esclusivo del minore.

Il giudice dell'affido condiviso deve maturare e affinare la consapevolezza del suo ruolo delicato e complicato nella costruzione di un percorso di sviluppo che, nel rispetto della legge, deve contribuire ad un programma di globale protezione del minore e di aiuto alla sua famiglia.

Avv. Ignazio MORONI
Avv. Giorgio VACCARO

GIURISPRUDENZA

PENALE

**TRIBUNALE DI ROMA - SEZIONE FERIALE
UDIENZA 28 luglio 2006**

motivi della decisione

P .E. è stato tratto a giudizio, chiamato a rispondere del reato di cui alla rubrica.

All'esito dell'odierno dibattimento, svoltosi rito abbreviato condizionato alla produzione di documenti, ritiene il Tribunale di dover adottare la seguente decisione.

1)I fatti e l'arresto.

Acarico dell'arrestato sussistono elementi in ordine al reato de quo come emerge dalla testimonianza dell'operante L. R.

Un servizio di appostamento dei C. C. portava a sequestrare a carico del prevenuto droga(eroina) che la consulenza successiva del P. M. quantificava in numero 22 dosi.

Dopo il presunto spaccio la perquisizione personale sul prevenuto portava a rinvenire una serie di contenitori con eroina mentre nulla veniva trovato nella sua abitazione.

Nel portafoglio venivano trovati euro 245.

Il prevenuto ha ammesso il possesso della droga, ma per uso proprio.

2)l'onere della prova.

Va premesso che non c'è prova che la droga fosse destinata allo spaccio, prova che incombe al P. M.

Infatti già sotto vigenza della precedente legislazione si riteneva che "In tema di detenzione di modica quantità di sostanza stupefacente, è sufficiente la sola inesistenza di prove contrarie all'assunto dell'imputato di avere destinato la droga ad esclusivo uso personale.. ,perché debba essere applicata la causa di non punibilità di cui all'art. 80, secondo co., Legge n. 685/75" (Trib. Cremona 25 marzo 1988 Massi, Giur. merito 1988, 807; Trib. Roma 27 nov. 1987, Russomando, Cass. pen. 1988, 712).

Ergo l'onere della prova in tema di droga per uso non personale incombe sul P. M., a maggior ragione nel nuovo sistema normativo vuoi perché è intervenuto il referendum abrogativo del 18.4.'93 vuoi perché il nuovo codice di procedura penale ha posto accusa e difesa sullo stesso piano, al P.M. ciò derivando da canone fondamentale dell'ordinamento processuale penale.

Nel caso di specie non c'è prova che con la ricezione di una somma di denaro il prevenuto abbia ceduto proprio la droga non essendo stato fermato il presunto tossicodipendente né essendo stato recuperato ciò che fu consegnato al predetto dal P.

Rimane a suo carico, quindi, solo il possesso delle 22 dosi di eroina che superano i limiti della Legge Giovanardi Fini.

3) esegesi della legge fini-giovanardi.

L'art. 73 nella nuova formulazione della cd. legge Fini-Giovanardi, correttamente interpretata, non comporta d'*amblais* che il possesso di quantitativi di droga superiori alla tabelle messe a punto dalla Commissione istituita dal ministero della Salute implichi di per sé un'illeceità penale della detenzione.

Tanto si ricava dal tenore letterale del testo, precisamente nell'art. 73, 1-bis, par. a), là dove, dopo aver nella prima parte affermato il criterio del superamento dei limiti massimi indicati nel decreto emanato dalla detta Commissione, lo specifica nella seconda parte quando indica come criterio complementare quello del giudizio sull'uso non esclusivamente personale, avuto riguardo al peso lordo complessivo, al confezionamento frazionato e ad altre circostanze dell'azione. Il che significa rimettere in circolo, con l'endiadi usata, *mutatis mutandis in minimis*, tutta la giurisprudenza precedente che distingueva tra scorta (non punibile penalmente) e quantitativo destinato presumibilmente all'uso di terzi.

Tanto si ricava dalla dizione della norma là dove il primo criterio del quantitativo di dosi *contra legem* risulta precisato con il secondo criterio grazie al termine *ovvero*, congiunzione che "si usa per correggere e precisare un concetto precedentemente espresso" (Dizionario della lingua italiana, p. 707)

Nel caso di specie il concetto riportato nella prima parte del comma citato (*mensura* della droga posseduta) è solo un criterio indiziario particolarmente significativo ma in esegesi dettata dal *favor rei*, da intendersi nel seguente modo: al di sotto della soglia della tabella il possesso di droga è da intendersi senz'altro per uso personale in mancanza di ulteriori dati significativi, mentre al di sopra vanno comunque rigorosamente esaminati gli altri criteri complementari di cui alla seconda parte dell'art. 73, 1-bis, par. a)

Nel caso di specie i limiti tabellari risultano superati per cui, è da escludersi *in nuce* la presunzione di uso personale, dovendosi sopperire con gli altri criteri della seconda parte de comma citato.

4) Il quantitativo di droga sequestrato.

Il legislatore in seguito al referendum abrogativo del 18.4.'93 non ha fornito un parametro per indicare un quantum che di per sé potrebbe essere indicativo di una destinazione della droga allo spaccio cosa attuata parzialmente dalla Legge FiniGiovannardi.

Come detto anche alla luce di tale innovazione legislativa, che pure fornito parametri ma puramente indicativi nel senso suesposto, la valutazione relativa è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che deve valutare il dato in maniera molto rigorosa, richiedendosi anche a fronte di forti quantitativi prove oggettive di riscontro della destinazione allo spaccio, non rilevatesi nel caso di specie.

La sentenza della suprema Corte di Cassazione n. 504 in data 9.6.93 al riguardo esplicitamente detta che "la detenzione pura e semplice, anche di *notevoli quantitativi* di stupefacenti, non costituisce di per sé reato" mancando al tempo,

come sottolineato dalla successiva giurisprudenza, un limite alla quantità minima lecita di droga posseduta.

La Legge Fini-Giovanardi, come detto, ha fornito un limite ma di carattere puramente indicativo poi rimettendosi, comunque, al giudice per valutare se la droga che superi i limiti “consentiti per uso proprio” sia realmente destinata a terzi.

Da quanto detto, venendo, al caso di specie il quantitativo trovato è un dato neutro non potendosi escludere che il prevenuto si sia fatta una scorta in quanto assuntore della sostanza.

Pertanto vanno valutati gli altri elementi richiamati dalla suprema Corte di Cassazione nella sentenza n. 504 del 9.6.93.

Alla luce dell’analisi suggerita dalla detta sentenza non si rilevano dati tali da far arguire un destinazione a terzi della droga, a partire dal quantitativo stesso che poteva essere destinato ad uso proprio, tenendo conto del processo naturale di scadimento degli effetti droganti.

5) elementi soggettivi.

Dal punto di vista soggettivo risultano precedenti specifici per droga ma soprattutto in quanto datati non danno alcuna luce sul fatto che la droga fosse destinata allo spaccio, nel senso di una pregressa attività in quel senso.

D’altro canto il prevenuto ha riferito che è tossicodipendente da più di 1 anni e ha dimostrato questo status con la documentazione del SERT, da che è compatibile il possesso di droga col suo status.

6) capacita’ patrimoniali.

Nessun elemento specifico ha fornito il P. M. in ordine alla mancanza di mezzi patrimoniali occorrenti per acquistare e mantenere la droga per uso personali del detentore, che anzi il prevenuto ha dimostrato di aver lavorato trovandosi, quindi, in condizione di pagare la somma per acquistare le dosi possedute.

7) altre res sequestrate.

Si aggiunga che non è stato rinvenuto nell’abitazione del P. il solito armamentario per il confezionamento. L’eventuale presenza di involucri non è prova univoca non essendo escluso che anche il consumatore li utilizzi per meglio distribuire la sostanza da assumere.

8) Conclusioni.

Si desume dalle massime citate che costituiscono pur sempre il fondamento interpretativo della nuova legge Fini-Giovanardi che, pur essendo stato trovato il prevenuto in possesso di dosi superiori alla tabella ministeriale, in assenza di ulteriori prove in ordine alla destinazione non personale della droga, l’imputato debba essere assolto.

Concludendo non c’è prova di una destinazione allo spaccio della droga

offerta dal P. M. in relazione alle dosi sequestrate, non essendo il solo quantitativo per le ragioni evidenziate sulla scorta di autorevole giurisprudenza elemento di per sé decisivo di impiego ad uso di terzi.

Ne consegue l'assoluzione del prevenuto, con trasmissione degli atti in copia al Prefetto di Roma per quanto di competenza.

Va disposta confisca e distruzione della droga in sequestro. Va disposta restituzione al prevenuto della somma sequestrata.

P.Q.M.

visto l'art. 530 c.p.p.

assolve P. M. dal reato ascrittogli perché il fatto non è previsto dalla legge come reato con immediata liberazione del predetto se non detenuto per altro.

Confisca e distruzione droga e di quant'altro in sequestro.

Trasmissione degli atti in copia al Prefetto di Roma per quanto di competenza. Restituzione al prevenuto della somma sequestrata.

il giudice

tribunale di roma

sezione penale

Depositato il 28 luglio 2006

GIURISPRUDENZA
AMMINISTRATIVA

I

TAR LAZIO, SEZIONE I

ORDINANZA DEL 6.7.2005, N. 3724/05 - R.G. N. 5089/05

PRES. P. DE LISE – REL. G. PANZIRONI

Questione di legittimità costituzionale - rilevanza e non manifesta infondatezza – separata ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale – tutela cautelare – accoglimento.

II

TAR LAZIO, Sezione I

Ordinanza del 6.7.2005, n. 1345/05

Pres. P. De Lise – Rel. G. Panzironi

Giudizio amministrativo – fase cautelare – questione di legittimità costituzionale – ammissibilità – misura cautelare – concessione – trasmissione atti alla Corte Costituzionale – sospensione giudizio cautelare.

“...E’ pacificamente ammessa la possibilità di sollevare, nella fase cautelare del giudizio amministrativo, una questione di legittimità costituzionale (Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 444; 23 luglio 1991, n. 367; 12 gennaio 2000, n. 4). Al riguardo va tenuto conto, da un lato, che la sospensione dell’efficacia degli atti impugnati, allorché, come nella specie, sia stata accordata dal giudice in relazione alla proposta questione di costituzionalità, è necessariamente provvisoria e temporanea, fino alla ripresa del giudizio dopo la definizione dell’incidente di costituzionalità e, dall’altro, che l’esito di tale incidente inevitabilmente influisce anche sul risultato finale, nel merito, dell’impugnativa proposta (cfr. Corte Cost. 4 luglio 2003, n. 227).

Del resto, la concessione della misura cautelare non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare, in attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, la salvaguardia immediata, ancorché interinale, dell’interesse del ricorrente con il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi, riservato alla Corte Costituzionale...”

III

CORTE COSTITUZIONALE

Ordinanza depositata l’11.5.2006, n. 194

Pres. A. Marini, Rel. L. Mazzella

Questione di legittimità costituzionale – ammissibilità – manifesta infondatezza.

I

Tar Lazio, sezione I, R.G. n. 5089/05

Visti gli artt. 19 e 21, u.c., della Legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e l'art. 36 del R.D. 17 agosto 1907, n. 642;

Considerato che la questione di costituzionalità sollevata dal ricorrente appare rilevante e non manifestamente infondata e che, pertanto, il Collegio, con separata ordinanza dispone la rimessione alla Corte Costituzionale della questione stessa;

Ritenuto che, nelle more della decisione di merito, va accordata la richiesta tutela cautelare, in relazione all'applicabilità, anche agli appartenenti alla carriera diplomatica, della norma di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 che consente all'Amministrazione di accogliere la richiesta di trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età formulata dal dipendente, ove ricorrano i presupposti indicati dalla norma citata;

Ritenuto che sussistono le ragioni richieste dalla legge per l'accoglimento della sospensiva (*omissis*);

II

TAR LAZIO, Sezione I, ordinanza n. 1345/05

Il Ministro plenipotenziario R V, Ambasciatore d'Italia a ..., ha impugnato il provvedimento con cui il Ministero degli Affari Esteri ha dichiarato irricevibile l'istanza volta ad ottenere il trattenimento in servizio fino al settantesimo anno di età, inoltrata il 18 marzo 2005, impedendo, per l'effetto, la prosecuzione dell'incarico di ambasciatore oltre il limite del sessantasettesimo anno di età.

Il ricorrente premette di prestare servizio dal 20 febbraio 2002 a ... e di avere a suo tempo presentato domanda per la prosecuzione del servizio per un biennio oltre il raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503.

La richiesta è stata accolta ed il biennio andrà a scadere il 31 ottobre 2005, come formalizzato dalla nota prot. n. del 31 gennaio 2005, con la quale la Direzione Generale per il Personale del Ministero degli Affari Esteri ha dato riscontro alla sua richiesta.

Successivamente il V. ha inoltrato una nuova istanza finalizzata ad ottenere il trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno, sulla scorta dell'art. 1 - quater, comma 1, del d.l. 28 maggio 2004, n. 136, convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 27 luglio 2004, n. 186, che, modificando l'art. 16 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503, accorda ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche la facoltà di richiedere il trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età. L'amministrazione ha respinto l'istanza sul rilievo che la norma richiamata circoscrive il proprio ambito di applicazione, specificando che sono esclusi dal beneficio gli appartenenti alla carriera diplomatica e prefettizia, il personale delle Forze armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare e ad ordinamento civile ed il personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco. Il ricorrente contesta il

rigetto dell'istanza ritenendo che il Ministero abbia illegittimamente fornito un'interpretazione meramente letterale dell'esclusione contemplata dalla norma.

Deduce in particolare la violazione e falsa applicazione dell'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 503/92, come modificato dall'art. 1 - quater del d.l. n. 136/04, in quanto tale disposizione in realtà non comporterebbe l'impossibilità giuridica per i membri delle categorie escluse di avanzare l'istanza per il trattenimento in servizio, ma solo che la disciplina dell'eventuale prosecuzione del rapporto debba essere rinvenuta in disposizioni diverse, proprie degli specifici ordinamenti sezionali.

Per i membri della carriera diplomatica esiste un siffatto ordinamento, avuto riguardo alla legge n. 891/65 ed alle relative norme di attuazione, di cui il d.P.R. n. 18/67, che testualmente identificano la carriera diplomatica come "ordinamento speciale". Dall'esistenza di un ordinamento speciale il ricorrente fa discendere quella di un corpo di norme che prevalgono su quelle di carattere generale che valgono per le altre amministrazioni, di fatto rendendo inapplicabile ai diplomatici l'esclusione espressa di cui al citato art. 1-quater del d.l. n. 136/04.

Con il secondo motivo di ricorso viene dedotta la violazione e la falsa applicazione dell'art. 18, comma 3, d.lgs. n. 85/00, che integra e modifica il d.p.r. n. 18/67.

La modifica introdotta, ad avviso del ricorrente, renderebbe possibile l'accesso alla carriera diplomatica con modalità diverse ed ulteriori rispetto al concorso, consentendo al Ministero di nominare come agente diplomatico chiunque sia ritenuto idoneo ad un particolare incarico. L'attribuzione all'amministrazione della prerogativa di nomina al di fuori delle procedure concorsuali subirebbe le sole limitazioni derivanti dall'osservanza dei principi di carattere generale e potrebbe essere esercitata nei confronti di chi fa già parte dell'amministrazione medesima, trattendolo in servizio, se in procinto di essere collocato a riposo.

Con il terzo motivo di gravame il ricorrente pone la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 quater, comma 1, primo periodo, del dl. 136/04, in relazione agli articoli 3 e 97 Cost..

Ove non fosse accolta l'interpretazione adeguatrice proposta con i motivi precedenti, dovrebbe dubitarsi della conformità alla Costituzione della norma richiamata e andrebbe conseguentemente sollevata la relativa questione innanzi alla Corte, poiché l'esclusione dei membri della carriera diplomatica dalla facoltà di richiedere la prosecuzione del rapporto di lavoro non appare ragionevole e configura una palese disparità di trattamento rispetto agli appartenenti agli altri settori del pubblico impiego che beneficiano della norma in questione.

Il ricorrente conclude chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato, previa sospensione degli effetti e, ove occorra, la remissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata chiedendo il rigetto del ricorso siccome infondato.

All'udienza camerale del 6 luglio 2005 la causa è stata introitata per la deci-

sione sull'istanza cautelare.

Il Collegio, con ordinanza n. 3724/05, ha accordato il richiesto provvedimento di Sospensione, rinviando a separata ordinanza la proposizione della questione di costituzionalità della norma posta a base del provvedimento impugnato.

Diritto

1. Va preliminarmente rilevato come sia pacificamente ammessa la possibilità di sollevare, nella fase cautelare del giudizio amministrativo, una questione di legittimità costituzionale (Corte Cost. 12 ottobre 1990, n. 444; 23 luglio 1991, n. 367; 12 gennaio 2000, n. 4). Al riguardo va tenuto conto, da un lato, che la sospensione dell'efficacia degli atti impugnati, allorché, come nella specie, sia stata accordata dal giudice in relazione alla proposta questione di costituzionalità, è necessariamente provvisoria e temporanea, fino alla ripresa del giudizio dopo la definizione dell'incidente di costituzionalità e, dall'altro, che l'esito di tale incidente inevitabilmente influisce anche sul risultato finale, nel merito, dell'impugnativa proposta (cfr. Corte Cost. 4 luglio 2003, n. 227).

Del resto, la concessione della misura cautelare non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare, in attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, la salvaguardia immediata, ancorché interinale, dell'interesse del ricorrente con il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi, riservato alla Corte Costituzionale (cfr. Cons. St., Ad. Plen, 20 dicembre 1999, n. 2).

2. Il provvedimento impugnato si basa sull'art. 1 quater, comma 1, del d.l., 136/04, che modifica l'art. 16 del d.lgs. n. 503/92, consentendo il trattenimento in servizio dei pubblici dipendenti sino al settantesimo anno di età, ad esclusione di alcune categorie, fra cui gli appartenenti alla carriera diplomatica.

Il ricorrente deduce, con i primi due motivi, la violazione e falsa applicazione delle norme appena richiamate, ritenendo che l'amministrazione abbia illegittimamente negato l'applicazione del beneficio richiesto.

Assume, in particolare, che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di riferimento, la locuzione "con l'esclusione degli appartenenti alla carriera diplomatica..." non precluderebbe il trattenimento in servizio di questi ultimi, ma renderebbe ad essi inapplicabili le disposizioni recate dai commi successivi del medesimo art. 1-quater, dovendosi piuttosto far rinvio al particolare ordinamento sezionale per l'individuazione della disciplina del collocamento a riposo.

La censura non merita accoglimento.

In primo luogo, l'art. 1-quater è norma che, sia sotto il profilo letterale che logico, regola l'istituto del trattenimento in servizio nei riguardi di tutti i pubblici dipendenti, sicché le esclusioni ivi previste - tra cui quella riguardante gli appartenenti alla carriera diplomatica vanno intese in senso sostanziale. In secondo luogo, pur accedendo alla tesi del ricorrente che le disposizioni che regolano la carriera dei diplomatici formano un "ordinamento sezionale", è agevole osservare che in esse —

segnatamente nel D.P.R. n. 18/67 - non si rinviene alcuna norma in tema di collocamento a riposo e di età pensionabile in grado di prevalere sulla disciplina generale recata dall'art. 1-quater, più volte citato.

3. Con il secondo motivo di gravame il ricorrente sostiene che l'ordinamento speciale del Ministero degli Affari Esteri consentirebbe di conferire incarichi di agente diplomatico *ad personam*, prescindendo in tal caso dal requisito dell'età del prescelto. In tal modo l'Amministrazione potrebbe superare la preclusione recata dall'art. 1-quater procedendo all'attribuzione di un incarico all'amb. V anche dopo che questi abbia superato il prescritto limite di età. Ciò renderebbe "ricevibile" la sua istanza.

La censura è infondata.

In primo luogo occorre osservare che l'art. 99 del citato D.P.R. n. 18/1967 prevede che alla carriera diplomatica — di cui esclusivamente si tratta in questa sede si accede solo per concorso al grado iniziale, non essendo ammessi neppure trasferimenti o passaggi ad essa da altre carriere, da altri ruoli o qualifiche e da altre amministrazioni, nel rispetto del principio di cui all'art. 97 della Costituzione. Ne discende che l'eventuale facoltà dell'amministrazione di conferire incarichi diplomatici *ad personam* non comporta alcun effetto consequenziale sull'ordinamento della carriera e, segnatamente, sul regime del collocamento a riposo, rigidamente disciplinato dalle vigenti disposizioni.

4. Riconosciuta l'infondatezza dei primi due motivi di ricorso, deve passarsi all'esame del terzo, con il quale il ricorrente solleva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 -quater, comma 1, primo periodo, del d.l. n. 136/2004, in relazione agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui esclude la possibilità di trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età per gli appartenenti alla carriera diplomatica.

4.1. La questione è rilevante ai fini della definizione del giudizio in corso, in quanto incide su entrambi i presupposti richiesti per la concessione del provvedimento cautelare: il *fumus boni iuris* ed il danno grave e irreparabile.

Quanto al *fumus*, posto che — come si vedrà — la questione non appare manifestamente infondata, va rilevato che il diniego opposto dall'amministrazione alla richiesta di trattenimento in servizio avanzata dal ricorrente si fonda proprio sulla disposizione sospettata di incostituzionalità, sicché, qualora essa dovesse essere espunta dall'ordinamento per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale, il diniego resterebbe privo di base normativa e dovrebbe quindi essere ritenuto illegittimo.

In ordine al danno, essendo il ricorrente prossimo al compimento del sessantasettesimo anno di età (ottobre 2005), va ritenuto che il suo interesse sarebbe stato irreparabilmente pregiudicato, in pendenza della definizione del giudizio nel merito, qualora l'istanza cautelare non fosse stata accolta.

4.2. La questione stessa, poi, ad avviso del Collegio, non è manifestamente infondata.

Va premesso che la Corte Costituzionale si è più volte occupata di leggi disciplinanti l'istituto del trattenimento in servizio di pubblici dipendenti e, segnatamente, proprio dell'art. 16 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 503 nella sua originaria formulazione, prima, cioè, che l'art. 1-quater in esame ne ampliasse i margini operativi (cfr le sentenze 4 giugno 1997, n. 162 e 24 ottobre 2000, n. 434). In tali decisioni essa ha affermato un principio (mutuato peraltro dalla sua consolidata giurisprudenza cfr, per tutte sentenza 3 marzo 1988, n. 238) che risulta decisivo nell'indagine che il Collegio si avvia ad effettuare.

In particolare, la Corte Costituzionale, pur riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità nella disciplina di un istituto che si pone pur sempre come un'eccezione alla regola dei limiti di età e di servizio, ha stabilito che, in ogni caso, la libertà di scelta del legislatore deve mantenersi "entro il limite della non manifesta arbitrarietà" (sancito dall'art. 3 Cost.), parametrato all'interesse pubblico perseguito dalla norma scrutinata (costituito, allora come ora, dal contenimento della spesa pubblica previdenziale) ed al rispetto della parità di trattamento di fattispecie equivalenti.

4.3. L'esclusione, disposta dall'art. 1-quater, degli appartenenti alla carriera diplomatica (come degli appartenenti alla carriera prefettizia) dal beneficio previsto dalla norma stessa sembra contrastare con i principi affermati dall'art. 3 Cost. (nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale nei casi analoghi innanzi richiamati), sotto un duplice profilo: per l'assimilazione della predetta categoria di personale a categorie eterogenee e per la diversificazione di essa da categorie omogenee.

Le categorie escluse dal beneficio del trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno d'età (appartenenti alle carriere diplomatica e prefettizia da un lato e personale delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, dall'altro) non sono tra loro omogenee, così come differenti sono le ragioni e gli interessi sottesi alla determinazione del limite di età per il rispettivo collocamento a riposo.

L'esclusione dalla disciplina generale introdotta dall'art. 1-quater è giustificata per gli appartenenti alle Forze armate, ai Corpi di polizia ed a quello dei Vigili del fuoco, in ragione delle mansioni che essi sono tenuti a svolgere e che richiedono una particolare efficienza psico-fisica — che si denota fin dalla previsione di specifici requisiti per il reclutamento —, efficienza che tende inevitabilmente a decrescere con l'avanzare dell'età.

Le caratteristiche della prestazione lavorativa che gli appartenenti alle predette categorie di personale sono tenuti a svolgere — quale contenuto indefettibile del loro rapporto di lavoro — sono del tutto peculiari e non trovano riscontro in quelle del personale civile, compresi i diplomatici.

Il collocamento a riposo obbligatorio prima del compimento del settantesimo anno d'età trova pertanto una giustificazione nel fatto che il lavoro cui sono sottoposte le categorie sopra indicate è particolarmente usurante e non può esse-

re portato avanti oltre un certo limite, discrezionalmente stabilito dal legislatore, in relazione alla naturale diminuzione delle doti di prestanza fisica e psichica che si verifica con il passare degli anni.

Del resto, gli appartenenti alle predette categorie sono soggetti ad uno speciale statuto che tiene conto del fattore età in ogni fase dello svolgimento del rapporto di lavoro; basti pensare che la normativa di settore fissa un limite d'età oltre il quale non è possibile partecipare ai concorsi di accesso, limite diverso rispetto a quello stabilito per il resto del pubblico impiego, proprio in ragione della necessità di selezionare personale particolarmente efficiente; e principi analoghi valgono per il collocamento a riposo, per il quale sono stabiliti limiti di età diversi, in relazione alla qualifica e al grado rivestiti.

Pertanto, l'impossibilità di richiedere il trattenimento in servizio trova una condivisibile motivazione nel tipo di attività che questa categoria di pubblici dipendenti è chiamata a svolgere.

Nel bilanciamento tra l'interesse del dipendente alla prosecuzione del rapporto di lavoro e quello dell'amministrazione ad avvalersi di soggetti idonei ad espletare quel tipo di attività, prevalgono le ragioni dell'amministrazione finalizzate ad affidare le attività stesse a soggetti in grado di esercitarle nel modo migliore.

Se questa è la giustificazione dell'esclusione del beneficio per le anzidette categorie di personale, essa non è applicabile agli appartenenti alla carriera diplomatica, che si trovano in una situazione assolutamente diversa.

Le mansioni ordinariamente svolte dai diplomatici non sono caratterizzate da situazioni di pericolo o di forte tensione, tali da determinare un effettivo logoramento psicofisico, che possa giustificare il divieto di chiedere la prosecuzione del rapporto di lavoro fino al limite stabilito dalla norma dell'art. 1-*quater*.

Non va escluso che, in casi particolari, di durata definita, la prestazione lavorativa degli appartenenti alla carriera diplomatica si svolga in condizioni che comportano disagi fisici e *stress* psichici: va tuttavia rilevato, da un lato, che l'ordinamento della carriera prevede particolari provvidenze a compensazione di tali situazioni e dall'altro, che la considerazione di questi casi particolari non può valere a giustificare l'esclusione prevista dalla norma in esame, che è e resta di dubbia ragionevolezza.

4.4. Il secondo profilo di contrasto della norma dell'art. 1-*quater* con l'art. 3 Cost. è costituito dalla circostanza che la disciplina stabilita prevede un regime diverso per situazioni del tutto omogenee, introducendo una discriminazione a carico dei diplomatici rispetto alla generalità dei pubblici dipendenti.

Infatti, l'art. 1-*quater*, consentendo il trattenimento in servizio dei pubblici dipendenti sino al compimento del settantesimo anno, si fonda sul convincimento che gli stessi, fino a tale età, conservino quelle caratteristiche fisiche e psichiche che consentono di svolgere efficientemente le proprie mansioni.

La norma sancisce a livello legislativo un dato notorio, costituito dall'inal-

zamento della durata media della vita umana, che ha reso evidentemente anacronistico il limite di età pensionabile di sessantasette anni.

Il limite di età lavorativo è stabilito sulla base della proporzione esistente tra le tre categorie di età presenti nella popolazione, costituite dai giovani che per divieto di legge e per prassi non lavorano, dagli adulti che lavorano e producono reddito e, infine, dagli anziani che non sono più in grado di lavorare e ai quali deve riconoscersi il diritto al riposo.

L'innalzamento della durata ed il correlato miglioramento della qualità della vita umana hanno comportato il mutamento dell'equilibrio esistente tra le suddette categorie, con il conseguente considerevole aumento della fascia anziana della popolazione totale.

Tale cambiamento ha avuto importanti ripercussioni nella struttura della società moderna, come la crescita degli oneri previdenziali, con un sostanziale aumento della relativa spesa pubblica, ed ha reso necessario l'adeguamento del limite d'età pensionabile.

In questa logica - posto che, come si è detto, la specialità della carriera diplomatica, pur con le peculiarità delle relative mansioni, non incide sulla struttura essenziale del rapporto di lavoro e non vale a differenziarlo, ai fini che qui interessano, relativi all'età pensionabile, da quello degli altri pubblici dipendenti non sussiste, ad avviso del Collegio, alcuna plausibile ragione per cui il riconoscimento normativo dell'idoneità all'impiego degli ultrasessantasettenni non possa valere anche per gli appartenenti alla carriera diplomatica.

4.5. Le considerazioni appena svolte palesano un ulteriore profilo di irragionevolezza della disciplina sopravvenuta.

Il beneficio di proseguire il rapporto di lavoro per un periodo massimo di un biennio è stato introdotto dalla versione originaria dell'art. 16 d.lgs. n. 503/1992 ed è tuttora vigente, applicandosi a tutti i dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici. E' pacifico, poi, che tale beneficio ha riguardato anche i diplomatici che non sono stati oggetto di una escludente (tanto che anche l'attuale ricorrente ne ha goduto).

L'ulteriore beneficio del trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età, introdotto dall'art. 1- quater, comma 1, d.l. n. 136/2004, è motivato dalle stesse ragioni, ma questa volta il legislatore ha voluto escludere i diplomatici dalla fruizione del medesimo.

Questa discrasia non è giustificabile in alcun modo, risultando quindi irragionevole soprattutto se valutata alla luce delle argomentazioni esposte in precedenza.

4.6. Ulteriore argomentazione a favore dell'illegittimità costituzionale, sotto gli illustrati profili, dell'esclusione contestata, si desume dall'ordinamento settoriale di cui al D.P.R. n. 18/1967.

Va, infatti, rilevato che nell'Amministrazione degli affari esteri i funzionari amministrativi - che non appartengono alla carriera diplomatica, ma

che possono esercitare funzioni consolari (art. 114 del D.P.R. n. 18/1967), che comportano lo svolgimento anche di funzioni diplomatiche (art. 46 D.P.R. cit.) - sono legittimati a chiedere il trattenimento in servizio previsto dalla norma in questione.

È ipotizzabile, quindi, che un funzionario amministrativo opti per il trattenimento in servizio e svolga sino al settantesimo anno di età funzioni proprie degli appartenenti alla carriera diplomatica. Possibilità, questa, che, viceversa, è preclusa a questi ultimi, in base all'esclusione prevista dall'art. 1-quater, in forza del quale il collocamento in pensione resta fissato al compimento del sessantasettesimo anno d'età.

Al di là della palese incongruenza del sistema e della violazione del principio di uguaglianza, il meccanismo sopra descritto dimostra che, in ogni caso, non sussiste alcun ostacolo di carattere obiettivo alla prosecuzione fino al settantesimo anno dello svolgimento delle funzioni proprie dei diplomatici.

Emergono, quindi, l'irragionevolezza e l'illogicità della limitazione contemplata dall'art. 1-quater del d.l. 136/2004, che si traduce in violazione dell'art. 3 Cost., determinando la compressione di prerogative individuali, senza che vi sia alcun interesse di ordine superiore che la possa giustificare.

L'esclusione contenuta nel citato articolo —ripetesi— da un lato assimila gli agenti diplomatici a categorie con cui non hanno alcun carattere comune e, dall'altro, li discrimina rispetto alla generalità dei pubblici dipendenti, malgrado non si rinvegnano tratti distintivi di rilievo tale da consentire un regime differenziato ai fini in questione.

- 4.7. Un ulteriore profilo di illegittimità della norma in esame può essere rinvenuto nel contrasto con l'art. 97 Cost, poiché precludere la facoltà di presentare la richiesta di trattenimento in servizio agli appartenenti alla carriera diplomatica significa anche impedire all'amministrazione di valutare l'utilità del trattenimento dell'interessato, in ragione delle esigenze di servizio.

La norma, infatti, introduce una facoltà per il dipendente, sottoposta alla valutazione discrezionale dell'amministrazione di appartenenza, che deve determinarsi in ordine all'eventuale accoglimento dell'istanza, considerando le proprie esigenze di servizio (potere di valutazione, questo, espressamente riconosciuto conforme al principio di buon andamento di cui all'art. 97 da Corte Cost. 4 giugno 1997, n. 162, cit.).

La previsione della norma, per i soggetti cui è applicabile, tiene in particolare considerazione l'interesse pubblico (senza peraltro trascurare quello dei singoli): infatti, da un lato, l'amministrazione non è obbligata a trattenere in servizio tutti i dipendenti che lo richiedono (compresi quelli di cui non ha bisogno); dall'altro, alla stessa è consentito di continuare ad utilizzare, anche dopo il compimento del sessantasettesimo anno di età, quelli le cui doti di capacità, esperienza e professionalità le possano tornare utili (senza dover ricorrere, per conseguire tale obiettivo, agli strumenti indiretti sovente adope-

ra): meccanismo, quello previsto in generale dalla legge, che — correttamente utilizzato — vale a conciliare l'interesse pubblico con quello dei dipendenti.

Non si vede perché tale meccanismo non debba operare anche per i diplomatici, per i quali l'esperienza maturata con il passare degli anni, in Italia e all'estero, costituisce un patrimonio prezioso di professionalità, la cui utilizzabilità da parte dell'amministrazione può valere a soddisfare un interesse della stessa.

5. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1-*quater*, comma 1, primo periodo, del decreto legge 28 maggio 2004, n. 136, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, nella parte in cui dispone l'esclusione degli appartenenti alla carriera diplomatica dalla facoltà di richiedere il trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età, in relazione agli artt. 3 e 97 della Costituzione.

Deve, pertanto, disporsi la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, con conseguente sospensione del presente giudizio, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87

(*omissis*).

III

Corte Costituzionale ordinanza n. 194/2006

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1-*quater*, comma 1, del decreto-legge 28 maggio 2004, n. 136 (Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, promosso con ordinanza del 6 luglio 2005 dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sul ricorso proposto da R V contro il Ministero degli affari esteri ed altro, iscritta al n. ... del registro ordinanze e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica (*omissis*).

Visti gli atti di costituzione di R V, nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 21 marzo 2006 il Giudice relatore Luigi Mazzella;

uditi l'avvocato xxx per R V e l'avvocato dello Stato yyy per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto che, nel corso di un giudizio promosso dal R V per l'annullamento del provvedimento della Direzione generale per il personale del Ministero degli affari esteri, con il quale era stata dichiarata irricevibile la sua richiesta di trattenimento in servizio sino al settantesimo anno di età, il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, dopo aver accordato l'invocato provvedimento di sospensione con ordinanza del 6 luglio 2005, ha sollevato, con altra ordinanza di pari data, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1-*quater*, comma 1, del decreto-legge 28

maggio 2004, n. 136 (Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, nella parte in cui dispone l'esclusione degli appartenenti alla carriera diplomatica dalla facoltà di ottenere il trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età;

che il TAR del Lazio, premesso che il ricorrente aveva già ottenuto di proseguire il servizio per un biennio oltre il raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordinamento del sistema previdenziale dei lavoratori privati e pubblici, a norma dell'articolo 3 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), ha rilevato che nelle disposizioni che regolano la carriera dei diplomatici non si rinviene alcuna norma in tema di collocamento a riposo e di età pensionabile in grado di prevalere sulla disciplina generale dettata dall'art. 1-*quater* impugnato;

che, secondo il rimettente, quanto alla rilevanza della questione, l'esclusione, disposta dalla norma impugnata, degli appartenenti alla carriera diplomatica dal beneficio ivi previsto incide direttamente sul giudizio *a quo*;

che, quanto alla non manifesta infondatezza, a giudizio del TAR la norma impugnata contrasta con i principi dettati dall'art. 3 Cost. sotto un duplice profilo: da una parte, perché diversifica irragionevolmente la condizione dei diplomatici da quella della generalità dei pubblici dipendenti ammessi al beneficio, dall'altra, perché equipara il trattamento dei diplomatici a quello riservato a categorie che nulla hanno in comune con essi, come gli appartenenti alle Forze armate, ai Corpi di polizia e a quello dei Vigili del fuoco, in ragione delle mansioni loro affidate e che richiedono una particolare efficienza psico-fisica che – com'è noto – tende a decrescere con l'avanzare dell'età;

che, secondo il giudice *a quo*, un ulteriore aspetto di irragionevolezza della esclusione contestata può trarsi dall'ordinamento settoriale di cui al d.P.R. 5 gennaio 1967, n. 18 (Ordinamento dell'Amministrazione degli affari esteri), in base al quale i funzionari amministrativi che non appartengono alla carriera diplomatica, possono esercitare fino al settantesimo anno di età funzioni consolari (art. 114) che comportano anche lo svolgimento di funzioni diplomatiche (art. 46);

che, secondo il rimettente, la norma impugnata confligge altresì con l'art. 97 della Costituzione, in quanto, impedendo alla pubblica amministrazione di trattene- re in servizio funzionari dotati di specifiche capacità professionali, correlate alle esi- genze dell'ufficio, non favorisce il buon andamento dell'amministrazione;

che si è ritualmente costituito il ricorrente il quale, aderendo alle argomenta- zioni esposte nell'ordinanza di rimessione, ha precisato che l'ordinanza con la quale il Tribunale *a quo* gli aveva accordato il provvedimento di sospensione è stata con- fermata dal Consiglio di Stato con ordinanza del 19 ottobre 2005;

che è intervenuto, con la rappresentanza dell'Avvocatura generale dello Stato, il Presidente del Consiglio dei ministri ed ha eccepito l'inammissibilità della que- stione per carenza di interesse, in quanto, avendo il TAR rimettente già accordato la

tutela invocata, “in tutta la sua potenziale definitività”, è venuta meno la sua *potestas judicandi*;

che lo stesso interveniente ha dedotto, in subordine, l’infondatezza della questione, perchè la *ratio* sottesa alla norma impugnata, anche in relazione alla lettera dell’art. 3, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), è quella di escludere dalla disciplina comune dettata dall’art. 1, comma 2, del medesimo decreto quelle categorie di funzionari pubblici che, in ragione del loro speciale ordinamento, non sono equiparabili;

che ciò spiega ulteriormente – secondo l’Avvocatura erariale – il motivo per cui i funzionari amministrativi del Ministero degli affari esteri rientrano nella previsione del citato art. 1-*quater*, mentre ne sono esclusi i funzionari della carriera diplomatica la cui attività è disciplinata dall’ordinamento speciale dettato dal d.P.R. n. 18 del 1967 e successive modificazioni;

che, in prossimità dell’udienza, l’Avvocatura dello Stato, riferendo circa successivi ricorsi proposti dal V avverso altrettanti atti consequenziali adottati dal Ministero, ha sottolineato che il Consiglio di Stato, con ordinanza del 31 gennaio 2006, ha, tra l’altro, affermato che tutte le successive vicende cautelari “non influiscono sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale come deliberata nell’ordinanza di rimessione”.

Considerato che il Tribunale amministrativo regionale del Lazio dubita, in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell’articolo 1-*quater*, comma 1, del decreto-legge 28 maggio 2004, n. 136 (Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, nella parte in cui dispone l’esclusione degli appartenenti alla carriera diplomatica dalla facoltà di ottenere il trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età;

che, preliminarmente, deve respingersi l’eccezione di inammissibilità della questione sollevata dall’Avvocatura generale dello Stato avendo questa Corte, anche di recente (ordinanza n. 25 del 2006), ribadito l’avviso – dal quale non vi è ragione di discostarsi – secondo cui la *potestas judicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare, come nella specie, è fondata, quanto al *fumus boni juris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dovendosi in tal caso la sospensione dell’efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l’incidente di legittimità costituzionale (*ex plurimis*: sentenze n. 444 del 1990, n. 367 del 1991; n. 30 e n. 359 del 1995; n. 183 del 1997, n. 4 del 2000 nonché l’ordinanza n. 24 del 1995);

che il legislatore, operando una scelta del tutto razionale, ha tenuto ben distinte le categorie di funzionari disciplinate dai rispettivi ordinamenti speciali (come quelle dei diplomatici di carriera, del personale delle Forze di polizia di Stato, e del

personale della carriera prefettizia) da quelle dei pubblici dipendenti il cui rapporto di lavoro trova la sua fonte nella contrattazione collettiva, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche);

che, non sono equiparabili le marginali funzioni diplomatico-consolari che possono svolgere i funzionari amministrativi del Ministero degli affari esteri con la pienezza di impegni e di responsabilità richiesta al diplomatico di carriera;

che, la particolare natura delle funzioni proprie degli appartenenti alla carriera diplomatica e l'esistenza di un ordinamento speciale che tale carriera disciplina, non consentono di invocare il principio di eguaglianza né quello di buon andamento della P.A. per censurare una delle diversità esistenti tra l'ordinamento speciale dei diplomatici e quello generale degli altri pubblici dipendenti, con particolare riferimento alla facoltà, riservata solo a questi ultimi, di ottenere il trattamento in servizio sino al compimento del settantesimo anno di età;

che, nella specie, dovendo escludersi in radice ogni arbitrarietà della scelta legislativa, la norma impugnata va considerata quale esercizio legittimo della discrezionalità del legislatore, il che rende manifestamente infondata la questione sollevata in riferimento sia all'art. 3 che all'art. 97 della Costituzione

Per questi motivi

La Core Costituzionale

dichiara la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1-*quater*, comma 1, del decreto legge 28 maggio 2004, n. 136 (Disposizioni urgenti per garantire la funzionalità di taluni settori della pubblica amministrazione), convertito, con modificazioni, dalla legge 27 luglio 2004, n. 186, sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio con l'ordinanza indicata in epigrafe.



(1-2-3) Audaci frontiere della tutela cautelare.

Le ordinanze in rassegna sono state pronunciate nell'ambito di un procedimento instaurato da un soggetto, appartenente alla carriera diplomatica, il quale ha impugnato il provvedimento con cui il Ministero degli Esteri aveva dichiarato irricevibile la sua istanza volta ad ottenere il trattenimento in servizio sino al settantesimo anno d'età. La reiezione dell'Amministrazione si basava sul fatto che la norma richiamata dal ricorrente (l'art. 1 quater, comma 1 del D.L. 28.5.2004, n. 136, convertito, con modificazioni, dalla L. 27.7.2004, n. 186), che accorda ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche la facoltà di richiedere il trattenimento in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età, circoscriveva il proprio ambito di applicazione, specificando espressamente che tale beneficio non si applicava, tra gli altri, agli appartenenti alla carriera diplomatica. Il ricorrente, nel contestare il riget-

to dell'istanza, poneva la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 quater, comma 1 del D.L. 28.5.2004, n. 136 in relazione agli articoli 3 e 97 della Costituzione e chiedeva *l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento* con cui l'Amministrazione aveva giudicato irricevibile l'istanza che aveva proposto.

Il TAR Lazio, sez. I, con l'ordinanza del 6.7.2005 considera che la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente "*appare rilevante e non manifestamente infondata e che, pertanto, il Collegio, con separata ordinanza dispone la rimessione alla Corte Costituzionale della questione stessa*" e ritiene che, nelle more della decisione di merito, debba essere accordata la richiesta tutela cautelare sussistendo "*le ragioni richieste dalla legge per l'accoglimento della sospensiva*".

Con la successiva ordinanza n. 1345/05 il Tar Lazio, ritenendo rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal ricorrente ha ordinato la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale disponendo la sospensione del giudizio *a quo*.

Prescindendo dalla specificità del caso in esame, ciò che caratterizza tali ordinanze è la circostanza che esse pur ritenendo *rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale* e pur disponendo, quindi, *la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale, con conseguente sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87* hanno, tuttavia, accordato il provvedimento cautelare richiesto.

In proposito il Tar sostiene:

che sia pacificamente ammessa la possibilità di sollevare nella fase cautelare del giudizio amministrativo una questione di legittimità costituzionale;

che la sospensione dell'efficacia degli atti impugnati, *accordata dal giudice in relazione alla proposta questione di costituzionalità*, è necessariamente provvisoria e temporanea, perdurando solo fino alla ripresa del giudizio all'esito dell'incidente di costituzionalità. Esito che, inevitabilmente, influisce sul risultato finale, cioè sul merito, dell'impugnativa proposta;

che la concessione della misura cautelare non comporta la disapplicazione di una norma vigente, ma tende a conciliare, in attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, la salvaguardia immediata, anche se interinale, dell'interesse del ricorrente con il carattere accentratore del controllo di costituzionalità delle leggi, riservato alla Corte.

Tali considerazioni offrono lo spunto per riflettere su come una questione di legittimità costituzionale possa essere rilevante ai fini della decisione sul processo cautelare e possa essere, quindi, sollevata in quella sede. Ma proprio la specificità della sede cautelare pone un'ulteriore problematica: come possa conciliarsi l'esigenza di garantire l'effettività della tutela cautelare, in relazione al tempo necessario alla Corte per pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale, con quel controllo accentratore sulle leggi che spetta unicamente alla medesima Corte costituzionale.

La questione che si pone, e che ha suscitato e tutt'ora suscita discussioni in

dottrina ed in giurisprudenza, è se il giudice, ordinario o amministrativo, in sede di giudizio cautelare, nel rimettere alla Corte Costituzionale, sospendendo quindi il giudizio, la decisione sulla legittimità costituzionale della norma che nega il diritto dell'attore (o del ricorrente), possa nelle more accordare la tutela cautelare al medesimo diritto. Vi è, infatti, un insanabile contrasto tra la necessità di tutela immediata e reale che ha il soggetto che richiede un provvedimento cautelare, esigenza che verrebbe soddisfatta solo attraverso un controllo diffuso della costituzionalità delle leggi, e quello che è l'ordinamento vigente che prescrive, al contrario, la sospensione del giudizio *a quo* ed il controllo accentrato della legittimità costituzionale delle norme da parte dell'organo a ciò deputato, con tutte le lentezze che ne derivano.

In proposito è stata elaborata una serie di possibili soluzioni.

Secondo alcuni sarebbe opportuno scindere la fase della concessione della tutela cautelare dalla fase del merito: in tal modo sarebbe possibile concedere la sospensiva prescindendo da qualsiasi analisi sulla legittimità costituzionale della norma, per poi affidare tale questione alla successiva fase di merito. Così facendo, sostanzialmente si prescinde e si aggira la problematica relativa alla questione di legittimità, che viene per il momento accantonata, permettendo al giudice di concedere la sospensiva esercitando una sorta di controllo diffuso.

A tale orientamento sembra essersi adeguato il Consiglio di Stato allorchè ha concesso la tutela *prescindendo* “*da ogni considerazione sulla legittimità costituzionale della normativa*” (v. Cons. Stato, sez. IV, ord. 28.9.1999, n. 1769) o nel caso in cui (Ad Plen., ord. 20.12.1999, n. 2) ha ritenuto che “*al fine di conciliare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi ... con il principio di effettività della tutela giurisdizionale*” non potesse escludersi “*quando gli interessi in gioco lo richiedano, una forma limitata di controllo diffuso che consente la concessione del provvedimento di sospensione, rinviando alla fase di merito, alla quale il provvedimento cautelare è strumentalmente collegato, il controllo della Corte Costituzionale, con effetti erga omnes...*”. Questa strada ha l'indubbio pregio di tutelare efficacemente la posizione del ricorrente ed infatti è stata seguita dal Consiglio di Stato proprio perché, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, ha ritenuto che fosse preminente quello del ricorrente (all'ammissione con riserva allo scritto del concorso in magistratura) poiché egli, in caso di sospensione del procedimento cautelare in attesa del giudizio della Corte – e quindi di svolgimento del concorso nelle more - e nel caso in cui tale giudizio fosse stato positivo, avrebbe potuto nel frattempo subire un danno *grave ed irreparabile* e tale da rendere non più utile la tutela giudiziale. Tuttavia, un simile modo di procedere sembra aggirare le regole che impongono al giudice di sospendere il giudizio *a quo*, rimettendo gli atti alla Corte: unico organo adibito a decidere la questione di legittimità costituzionale.

Maggiori dubbi pone la soluzione adottata dall'ordinanza in epigrafe ove il giudice ha concesso la tutela, sospendendo il provvedimento impugnato dal ricorrente e nel contempo, con separata ordinanza, ha investito la Corte della questione di legittimità costituzionale, attuando, praticamente, una separazione dei due giudi-

zi che si vanno a porre su due binari separati e paralleli. Invero, anche se il Tar si affretta a precisare che *la sospensione dell'efficacia degli atti impugnati* accordata nella fase cautelare in relazione alla proposta questione di legittimità costituzionale è *provvisoria e temporanea* e che *la concessione della misura cautelare non comporta la disapplicazione di una norma vigente*, tali affermazioni non convincono a fondo. Così come non convince la stessa analisi circa l'esistenza dei presupposti necessari ai fini della concessione della misura cautelare.

Il Tar, infatti, ritiene che la questione di legittimità costituzionale sia rilevante poiché inciderebbe su *“entrambi i presupposti richiesti per la concessione del provvedimento cautelare”*. Quanto al *fumus boni iuris* sostiene che *“la questione non appare manifestamente infondata”* poiché *“il diniego opposto dall'amministrazione alla richiesta di trattenimento in servizio avanzata dal ricorrente si fonda proprio sulla disposizione sospettata di incostituzionalità”*; quanto al danno ritiene che *“essendo il ricorrente prossimo al compimento del sessantasettesimo anno di età (ottobre 2005), va ritenuto che il suo interesse sarebbe stato irreparabilmente pregiudicato, in pendenza della definizione del giudizio nel merito, qualora l'istanza cautelare non fosse stata accolta”*. Non può non rilevarsi come il Tar tuteli un diritto non attuale del ricorrente, ma meramente potenziale dato che, allo stato delle norme vigenti, egli non vanta tale diritto: la norma che egli contesta e di cui asserisce l'illegittimità costituzionale gli nega, infatti, la possibilità di richiedere ed ottenere il trattenimento in servizio escludendolo dalla categoria dei soggetti che ne possono beneficiare. Pertanto, se in sede cautelare l'indagine sul *fumus* non fosse stata condotta sulla base di un giudizio prognostico, ma sulla base delle norme vigenti, la domanda di tutela cautelare avrebbe dovuto essere respinta proprio perché mancante di *fumus boni iuris*, essendo il presunto diritto del ricorrente espressamente negato. Il Tar ha invece compiuto un giudizio prognostico circa l'esito definitivo del giudizio di merito ed ha, quindi, sostanzialmente previsto ed anticipato il risultato dello stesso giudizio di costituzionalità (in senso conforme a quanto deciso dal Tar v. Pretura di Bari 4.2.1978, in *Foro It.* 1978, I, pp. 1804 ss. secondo cui *“..non giova dedurre in contrario che si finirebbe per disapplicare, sia pure in sede provvisoria ed urgente, una legge non ancora espunta dall'ordinamento, poiché la funzione della disposizione ex art. 700 c.p.c. è quella di consentire l'adozione di provvedimenti d'urgenza idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito...”*). Invero, mentre solitamente la misura cautelare, soprattutto quella propria del sistema amministrativo, è essenzialmente una misura conservativa, che tende a preservare la posizione soggettiva del singolo che si pretenda leso dal provvedimento impugnato di cui chiede, appunto, l'annullamento, nel caso in esame è proprio il permanere di tale situazione a provocare il pericolo del pregiudizio irreparabile. Il Giudice dell'urgenza si è posto, dunque, non solo come anticipatore del Giudice del merito, ma anche e soprattutto del Giudice delle leggi, assicurando provvisoriamente gli effetti di una pronuncia sul merito che presuppone una previa pronuncia della Corte costituzionale. La delibazione, in questo caso, ha quindi

riguardato sia il giudizio di non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, che il giudizio sulla stessa questione di costituzionalità, giudizio che dovrebbe essere proprio della Consulta (cfr. Pret. Pisa 30.7.1977, in *Foro It.*, 1977, pp. 2354 ss., secondo cui “...*alla delibazione della questione di costituzionalità non deve seguire anche la rimessione della questione stessa alla Corte, essendo tale compito riservato al giudice del merito, al cui controllo è sottoposta tutta la delibazione del procedimento cautelare, il quale esaurisce il proprio compito assicurando provvisoriamente gli effetti della decisione finale sul merito.*”).

Tale *modus procedendi* suscita però dei dubbi: ci si chiede, infatti, in quali limiti il giudice della cautela possa statuire su un ricorso ove il *fumus* è sostanzialmente rappresentato dalla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale ed in quali limiti una norma sospetta di illegittimità costituzionale e sottoposta al vaglio della Corte possa essere disapplicata.

Secondo alcuni nel vigente sistema di proposizione incidentale delle questioni di legittimità costituzionale la norma denunciata per supposta illegittimità riceve sempre una, sia pur limitata, disapplicazione, che deriva dalla stessa sospensione necessaria del processo nel corso del quale la questione è sollevata. Perciò la norma stessa potrebbe essere temporaneamente disapplicata, in quanto suscettibile di rivolgersi in danno del ricorrente, ed il Giudice potrebbe emettere provvedimenti che, anticipando gli effetti di una decisione sul merito, siano idonei a far sì che nelle more non vengano frustrati i diritti e le legittime aspettative del ricorrente, e non venga pregiudicato l'esito della controversia (cfr. Pret. La Spezia 23.11.1978, in *Foro It.*, 1979, pp. 1921 ss.).

Secondo altri, invece, il giudice chiamato in sede cautelare o di sospensiva a tutelare un diritto costituzionalmente garantito che si assume violato da una norma di legge ordinaria, non può provvedere disapplicando tale norma, ma può solo sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale (cfr. Pret. Bologna 24.4.1978, in *Foro It.* 1978, I, pp. 1805 ss). Ciò sia perché la tutela d'urgenza è data solo per la difesa di un diritto già acquisito e non per l'anticipata acquisizione dello stesso, sia perché il Giudice, in quella sede, anche se convinto dell'illegittimità della norma denunciata, non può né disapplicarla, né applicarla, ponendosi come suo obbligo giuridico di sollevare senza indugio la questione di legittimità costituzionale sospendendo il giudizio *a quo*.

La concessione della tutela provvisoria presuppone infatti sia che il *diritto* del ricorrente subisca o possa subire un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo occorrente a farlo valere in via ordinaria, sia la valutazione, ovviamente sommaria, della probabilità dell'esito favorevole del giudizio di merito. Valutazione che deve conseguire a quel procedimento logico che consiste nella sussunzione della fattispecie concreta nella previsione, astratta e generale, della legge, fonte del diritto fatto valere. In casi come quello in esame è il diritto stesso a non essere esistente, per cui non si ha una tutela interinale di diritti, ma una tutela nell'attesa di diritti che forse saranno riconosciuti in futuro (cfr. Cass., 12.12.1991, n. 13415): ciò che manca

è proprio il precipuo requisito richiesto per la concessione dei provvedimenti cautelari, finendosi per tutelare delle mere aspettative di diritti.

Si ritiene, pertanto, in aderenza con l'orientamento da ultimo esposto, che il Giudice della cautela che si trova di fronte ad una norma sospettata di illegittimità costituzionale non debba fare altro che sospendere il giudizio, rimettendo gli atti alla Corte, in attesa della pronuncia di quest'ultima. Difatti se tale Giudice non si limitasse a sospendere, ma, come è avvenuto nel presente caso, concedesse la tutela egli anticiperebbe gli effetti di una decisione di incostituzionalità che poteva solo presumersi: non solo egli esorbiterebbe dai suoi poteri, in quanto sostanzialmente si sostituirebbe alla Consulta o al legislatore, ma agirebbe in palese violazione dell'art. 136 Cost. (che, come è noto, dispone che *“quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”*). Secondo la Corte di Cassazione (SS. UU. 7.7.1988, n. 4476) *“...il giudice che ... esamini incidenter tantum la questione di legittimità e pervenga a disapplicare la norma ritenuta non in regola con i precetti costituzionali, rende una pronuncia invalida perché viziata da evidente eccesso di potere”, poiché “un organo investito di funzioni giurisdizionali non può mai legittimare, neppure in via provvisoria, la violazione di una norma dotata di forza di legge, sia pure di fronte alla più evidente ragione di incostituzionalità”*.

Né si potrebbe ritenere che la questione sia superata, o sia meno rilevante a ragione della natura interinale dei provvedimenti emessi in sede di sospensiva o in sede cautelare. Infatti, anche se la Consulta riconoscesse l'illegittimità della legge denunciata non verrebbe meno l'irritualità della pronuncia del giudice della cautela, non potendosi, certamente, qualificare la decisione del Giudice delle leggi come una ratifica dell'operato del Giudice rimettente. La situazione sarebbe ancor più grave se la Consulta, proprio come è avvenuto nel caso in esame, non riconoscesse l'illegittimità della legge denunciata perché alcuni effetti potrebbero rimanere indelebilmente legati all'abnorme provvedimento reso dal giudice *a quo* (per esempio come ripetere le somme che nelle more vengono erogate al ricorrente a fronte della sua prestazione di lavoro?).

Pertanto, nel vigente assetto costituzionale, il Giudice ordinario, ove dubbi della legittimità costituzionale della norma disciplinante il rapporto dedotto in giudizio, dovrebbe limitarsi ad investire della questione la Corte Costituzionale, non potendo egli stesso espungere quel precetto dall'ordinamento né disapplicarlo, riconoscendo un diritto che quel precetto nega o negando un diritto che quello, al contrario, riconosce.

Se è vero che in tal modo vengono pregiudicate, e forse effettivamente vanificate, le ragioni del ricorrente e l'essenza della tutela cautelare, è altrettanto vero che solo così si agisce in armonia con il dettato costituzionale e con i principi cardine del vigente ordinamento giuridico.

Avv. Ilaria NAPOLITANO

ATTUALITÀ &
RECENSIONI

Avv.
Andrea LUBERTI

Resoconto della conferenza dei giovani avvocati europei

In occasione dell'Annual General Meeting dell'European Young Bar Association (Associazione dei Giovani Avvocati Europei) il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma ha delegato quali propri rappresentanti quattro segretari della Conferenza dei giovani avvocati attualmente in carica (gli Avv. ti Gabriella Geatti ed Andrea Luberti e la Dott. ssa Daniela Bianchini per la XXVII Conferenza, l'Avv. Piergiorgio Zettera per la XXVIII Conferenza).

L'associazione dei giovani avvocati europei rappresenta oltre 60 organizzazioni forensi giovanili europee: ha, inoltre, invitato, per l'occasione, in veste di uditori, anche esponenti del mondo forense giovanile americano. In particolare, l'associazione ha, nell'ultimo meeting, accentuato la propria rappresentatività, in quanto si è riscontrata l'attiva partecipazione di rappresentanti dei paesi dell'Est europeo, che hanno consentito all'EYBA di ampliare il suo ambito di operatività, in passato limitato ai paesi anglosassoni o, comunque, nordeuropei.

L'incontro si è tenuto ad Edimburgo il 21 e 22 aprile u.s. ed è stato caratterizzato dalla compresenza delle ordinarie operazioni periodiche che connotano la vita associativa di qualsiasi organizzazione (relazione sull'attività svolta dagli amministratori uscenti, resoconto finanziario, elezione degli amministratori per un nuovo biennio) con un'attività di studio e confronto su temi di carattere giuridico, contraddistinti da una spiccata vocazione comparatistica e comunitaria.

Quanto alle prime, oltre a riferire dell'elezione a nuovo presidente del collega britannico Ben Rigby, è con viva soddisfazione che comunichiamo la nomina a membro del Comitato Esecutivo di Gabriella Geatti, quinto segretario della XXVII Conferenza dei Giovani Avvocati dell'Ordine degli Avvocati di Roma. Si è trattato di un risultato (mai, lo sottolineiamo, conseguito in precedenza) estremamente prestigioso ed attribuibile, oltre che alle indubbie doti umane e professionali della nostra collega, alla maggiore attenzione che negli ultimi anni codesto Consiglio ha riservato all'attività internazionale, con particolare riferimento alla partecipazione ad avvenimenti del mondo giovanile forense europeo.

Gli altri membri dell'Executive Committee designati in tale occasione sono stati: Samara Shah (Vicepresidente e Tesoriere), Annalisa Checchi, Simona Oliskeviciute e Labud Raznatovic.

A conferma della simpatia riscontrata nei confronti della nostra attività da parte dei giovani colleghi, possiamo altresì riferire che la Conferenza è stata invitata a partecipare ad una serie di eventi di rilevanza internazionale, quali il cinquantesimo congresso dell'Union Internationale des Avocats, in programma a Salvador de Bahia (Brasile) dal 31 ottobre al 4 novembre p.v., ed il *meeting* dalla neocostituita associazione giovanile forense della Serbia.

Con riferimento all'attività di studio e confronto svolta in tale occasione, può essere accennato che i relatori hanno svolto delle interessanti dissertazioni su questioni di vivo interesse.

Ad esempio, in uno dei seminari si è affrontato il tema del rapporto tra normativa nazionale e comunitaria, con specifico riguardo alle realtà giuridiche ove si riscontri la presenza di un potere normativo primario di realtà regionali.

Altro aspetto approfondito (con la partecipazione di una parlamentare europea scozzese) è stato la definizione e l'illustrazione dell'attività di *lobbying*, in ambito anche continentale. Si è sottolineato che nel prossimo futuro l'attività del legale, che operi in ambito giuspubblicistico, dovrà essere costituita non solo dalla tutela del proprio cliente nei confronti dei pubblici poteri, ma anche in una costante cura di relazione con gli stessi, al fine di prevenire i conflitti e, anzi, di contribuire a conciliare nel migliore dei modi le esigenze del regolatore e del regolato, anche utilizzando la propria cultura giuridica per elaborare soluzioni innovative ai potenziali contrasti.

Sono stati, poi, analizzati (e si tratta, ovviamente, di tematica per noi molto importante) i problemi che, molto spesso, ostacolano la vita associativa delle associazioni giovanili forensi, dalla mancanza di coinvolgimento nella fase organizzativa degli iscritti alla scarsa disponibilità dimostrata dai titolari degli studi nei confronti dei giovani legali in tali circostanze.

Possiamo, infine, sottolineare come, a nostro parere, la costante presenza ad appuntamenti di tale rilevanza costituisca un' esigenza imprescindibile per un Ordine sempre più proiettato verso una dimensione internazionale.

Avv.
Carlo SELVAGGI

Tariffe professionali per gli avvocati

L'importanza sociale e la essenzialità della professione, intesa come missione di alta rilevanza morale e come funzione imprescindibile nella dialettica delle negoziazioni e dei processi, non sono in discussione.

A livello normativo, la definizione professionale del procuratore e difensore è contenuta nelle norme sulle procedure dinanzi alle varie giurisdizioni, nelle Leggi relative all'ordinamento degli Ordini e nelle nonne di settore, che riguardano anche la deontologia, i doveri, la regolamentazione dei compensi per singole attività operative (le funzioni) e per l'espletamento di attività di più elevata intellettualità (gli onorari).

Questa normativa è legata a consuetudini e tradizioni che conservano il loro valore giuridico ma non appaiono adeguate: alla trasformazione della società, aperta, con sviluppo dinamico, a relazioni con Stati in elevato sviluppo e soprattutto ad ampi spazi, alla estensione dell'opera di consulenza e assistenza in settori socialmente di grande rilievo (famiglia, società, relazioni economiche, ecc. ecc.), alla frequente attinenza (per inserimento nella struttura o per legami pattizi) dell'avvocato ad imprese, associazioni di categoria, associazioni di imprese, enti pubblici, aggregazioni sociali (ove le funzioni professionali, pur conservando l'immunità rispetto a qualsiasi forma di subordinazione, sono dirette alla tutela di interessi predeterminati), alla creazione di studi organizzati. (che stanno, ai professionisti singoli, come ospedali e cliniche stanno al medico privato e le Società di ingegneria ai progettisti singoli).

Questi fattori evolutivi derivano dalla mutazione dei tempi, che su di essi influisce in tutti i settori dalla pluralità delle specializzazioni al ricorso a mezzi intesi a diffondere, oltre i limiti di ambienti localizzati, la conoscenza della capacità di assolvere le mansioni che saranno richieste.

Il problema delle tariffe, subordinato a quanto detto finora, non è meno importante e, oggi, è il più dibattuto. Ed a ragione, perché il metodo attuale non sembra a me conforme né ai principi, né alle esigenze di applicazione pratica, né alle previsioni per il futuro.

Innanzitutto, si impone di rispettare la netta distinzione fra le tariffe, che il Giudice attribuisce alla parte vittoriosa e a carico del soccombente per il reintegro dei costi sostenuti al fine di ottenere il riconoscimento del suo diritto ingiustamente contestato questo problema attiene al rapporto fra le parti di una controversia giurisdizionale, non al rapporto tra avvocato e cliente. Per questa ragione, è necessario che i criteri siano stabiliti in atto normativo, come è previsto, dal Codice di Procedura Civile, esclusivamente a questo fine.

L'onorario dovuto dal cliente all'avvocato ha, invece, la sua fonte in un contratto tipico liberamente concluso e regolato dal Codice Civile. Il compenso è l'oggetto di una obbligazione, che ha fonte nella volontà delle parti.

Le tariffe, stabilite dagli Ordini in base alla Legge professionale ed ora vigente, indicano il "criterio" di determinazione dell'onorario per l'opera professionale prestata nei confronti del cliente, se il termine "tariffa" indica il prezzo corrispondente ad una prestazione

o fornitura, l'uso è improprio, perché non viene indicata la misura di un corrispettivo, ma viene stabilita una fascia di valori, compresa fra un massimo e un minimo, peraltro molto distanziati. Entro questi limiti, fonte determinante dell'obbligazione rimane il consenso; in mancanza, supplisce la decisione del giudice (art. 2239 c.c.).

Tale essendo la natura del rapporto fra cliente e professionista, il superamento dei limiti minimi e massimi indicati nelle cosiddette tariffe determina invalidità (salvo prova di idonee giustificazioni) se la difformità sia determinata da fini deontologicamente riprovevoli, ma può soltanto imporre al Giudice - in mancanza di accordo - di fissare il corrispettivo in misura compresa entro i massimi ed i minimi delle tariffe.

A questo proposito occorre ricordare che la funzione delle tariffe in materia giudiziale ha una particolarità perché la legge processuale obbliga l'affidamento della difesa ad un avvocato, limitando la libertà di determinazione della parte alla scelta del professionista. Questa norma, si risolve nella attribuzione al difensore di una posizione dominante, che a sua volta rende necessario un più penetrante controllo sulla misura del compenso, soprattutto a tutela del cliente.

L'attuale sistema, così inteso, merita di essere riformato, ma soprattutto nella sua impostazione concettuale, cioè con rispetto della autonomia e della libertà del professionista singolo o associato.

L'avvocato cioè deve essere tenuto a deliberare e rendere note a coloro che chiedono assistenza le tariffe, che egli stesso stabilisce nella sua autonomia ed a concordare in conformità la misura del compenso, tenendo conto della variabilità della prestazione, che in definitiva, si renderà necessaria per l'assolvimento del mandato.

In tal modo, ogni professionista definisce il livello degli onorari, adeguando tale livello alla sua capacità professionale ed al grado di impegno che assume come obbligazione propria.

La funzione degli Ordini Professionali rimane fondamentale ai fini di controllo della congruità dei minimi e dei massimi delle tariffe autonomamente deliberate dallo studio professionale rispetto al dovere di garantire il cliente di fronte al rischio di onorari ingiustificatamente elevati o di onorari inadeguati a garantire il corretto espletamento delle funzioni affidate.

Su tutta la materia degli "onorari" professionali devono prevalere due principi. L'onorario costituisce il corrispettivo di una funzione, senza altro limite se non quello di adeguatezza.

Il primo, è fondato sulla libertà di iniziativa del professionista sulla sua responsabilità di il livello della prestazione; il secondo è che in presenza di una tariffa individuale predeterminata come offerta contrattuale, il consenso della parte rimane sempre libero (salvi i casi di abuso di posizione dominante). In mancanza di accordo, la determinazione giudiziale dovrà stabilire il compenso ma rispettando anche i limiti della tariffa adottata dallo studio professionale interessato.

CONSIGLIO
NAZIONALE
FORENSE

n. 142104 r.g.
Consiglio Nazionale
Forense

Repubblica italiana
in nome del popolo
italiano

Decisione 13 settembre 2006
n. 60 – Abilitazione
al patrocinio dei praticanti
avvocati; cancellazione
dall’Albo per fine pratica;
diritto al mantenimento
dell’iscrizione; sussistenza

I Consiglio nazionale forense, riunito in seduta pubblica, nella sua sede presso il Ministero della Giustizia, in Roma, presenti i Signori:

avv. Piero Guido ALPA	Presidente
avv. Giuseppe BASSU	Segretario
avv. Pierluigi TIRALE	

Componente

avv. Nicola BIANCHI	“
avv. Luigi CARDONE	“
avv. Antonio DE MICHELE	“
avv. Federico ITALIA	“
avv. Raffaele MIRIGLIANI	“
avv. Francesco MORGESE	“
avv. Giorgio ORSONI	“
avv. Ubaldo PERFETTI	“
avv. Marco STEFENELLI	“

con l’intervento del rappresentante del P.M. presso la Corte di Cassazione nella persona dell’Avvocato Generale dott. Domenico Iannelli ha emesso la seguente

decisione

sul ricorso presentato dal dott. Gaetano Maiorano avverso le decisioni in data 29/4/2004 e 6/5/2004, con le quali il Consiglio dell’Ordine degli avvocati di Roma gli ha rispettivamente revocato l’autorizzazione all’esercizio del patrocinio e lo ha cancellato dal registro dei praticanti avvocati per fine pratica ;

Il ricorrente, dott. Gaetano Maiorano, è comparso personalmente, è presente il suo difensore avv. Antonio Malara;

Per il Consiglio dell’Ordine, regolarmente citato, nessuno è comparso;

Udita la relazione del Consigliere avv. Giorgio Orsoni;

Inteso il P.M., il quale ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso;

Inteso il ricorrente, il quale ha concluso rimettendosi al proprio difensore; Inteso il difensore del ricorrente, il quale ha concluso chiedendo l’accoglimento del ricorso.

fatto

1) Con ricorso depositato il 28 maggio 2004, avanti il COA di Roma, il dott. Gaetano Maiorano

impugnava i provvedimenti adottati dal medesimo Consiglio, il 29 aprile 2004 e 6 maggio 2004 (notificati il 18 maggio 2005 e il 27 maggio 2005) rispettivamente di revoca dell'autorizzazione all'esercizio del patrocinio avanti le Preture (ed oggi il Tribunale) e la Corte d'Appello di Roma, nonché di cancellazione dal registro dei praticanti avvocati, per compiuta pratica.

2) Il dott. Maiorano, iscritto nel registro dei praticanti, il 3 aprile 1997 ed abilitato al patrocinio dal 23 aprile 1998, lamentava, in particolare l'illegittima interruzione nello svolgimento della propria attività formativa, oltre che i negativi riflessi sulla propria sfera economica e morale. A sostegno delle proprie censure, il ricorrente invocava il diritto al lavoro, quale riconosciuto dall'art. 1 parte seconda della Carta Sociale Europea, sostenendo il primato e la immediata applicabilità del diritto comunitario sul diritto nazionale.

E, per ultimo, invocava la sospensione del giudizio e la devoluzi a Corte di Giustizia Europea di Lussemburgo della seguente questione. *Dica la Corte di Giustizia Europea se, la norma professionale di diritto interno parte in cui prima autorizza l'iscrizione dell'aspirante avvocato nell'apposito registro sulla base del solo titolo di studio conseguito (diploma di laurea) e poi ne ordina la cancellazione per mancato superamento dell'esame di stato, contrasti o meno con gli artt. 49-55 del Trattato U. E., con la direttiva 89/48 ed in via analogica comparata con la direttiva 86/653, come ritenuto dalla sentenza 1817/99 della Corte di Cassazione italiana“.*

3) All'udienza del 27 gennaio 2005, avanti questo Consiglio, presente il ricorrente, su istanza del PM si disponeva l'acquisizione dell'originale dei verbali delle adunanze del COA di Roma, rispettivamente del 29 aprile e 6 maggio 2004.

A seguito dell'adempimento istruttorio, del 31 marzo 2005, questo Consiglio fissava l'udienza per il 26 maggio 2005.

diritto

Oggetto di impugnazione avanti a questo Consiglio nazionale sono due deliberazioni del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Roma:

- a) con la prima deliberazione del 29 aprile 2004, è stata revocata al dott. Gaetano Maiorano l'autorizzazione all'esercizio del patrocinio davanti alle Preture (ora Tribunale) del distretto della Corte di Appello di Roma;
- b) con la seconda deliberazione, del 6 maggio 2004, il dott. Gaetano Maiorano è stato cancellato per fine pratica dal Registro dei Praticanti Avvocati.

Questo Consiglio nazionale ritiene che la prima delle due deliberazioni impuginate sia legittima, risultando privi di fondamento i motivi di censura indicati dal dott. Maiorano.

Ed invero, l'esercizio del patrocinio, alla stregua della previsione di cui all'art. 8 del R.D. n. 1578 del 1933, così come modificato dall'art. 1 della legge n. 406 del 1985 è ammesso per i praticanti procuratori per un periodo non superiore a sei anni, decorso un anno dalla data di iscrizione nel registro dei praticanti. Per tale ragione, poiché il ricorrente è stato iscritto nel registro dei praticanti il 3.04.1997 e ha ottenuto l'abilitazione al patrocinio a far data dal 23.04.1998, il Consiglio dell'Ordine decorsi sei anni, il 3.05.2004 ha revocato la suddetta abilitazione.

Del tutto infondate sono le eccezioni sollevate dal ricorrente, che ha lamentato una presunta difformità della disciplina nazionale in materia di esercizio delle attività professionali con i principi che sorreggono l'ordinamento comunitario.

Il dott. Maiorano lamenta, in particolare, il contrasto della disciplina nazionale in ordine alla limitazione temporale dell'esercizio del patrocinio, con le previsioni del Trattato U.E. in materia di prestazione di servizi.

L'art. 49, del Trattato, invocato dal ricorrente, vieta qualsivoglia restrizione della libera prestazione dei servizi, resi da parte dei cittadini comunitari, all'interno dei paesi della Comunità.

Ma è evidente che tale previsione non attiene alla fattispecie in oggetto, posto che i provvedimenti adottati dal COA di Roma non hanno la funzione di limitare la libera prestazione di un servizio.

Infatti, le previsioni vigenti nel nostro ordinamento in materia di limitazioni temporali all'esercizio del patrocinio non hanno quale effetto quello di restringere la libertà di prestazione dell'attività forense nell'ambito dei paesi della Comunità, bensì quella di garantire che l'esercizio della professione forense abbia luogo esclusivamente da parte di professionisti a ciò abilitati.

I Consigli dell'Ordine, cui è attribuita la custodia e la tenuta degli Albi sono garanti nei confronti della collettività della competenza e professionalità dei loro iscritti.

E' in forza di tale prerogativa che il COA di Roma ha, nel caso di specie, ritenuto del tutto legittimamente, di revocare l'esercizio del patrocinio al ricorrente, in linea con la disciplina vigente ed in conformità con i principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario, che non potrebbero, in ogni caso, legittimare l'esercizio di un'attività professionale da parte di soggetti a ciò non abilitati.

Sicché il riferimento compiuto dal ricorrente agli artt. 49 - 55 del Trattato U.E., oltre che alle direttive del Consiglio 86/653 e 89/48 è assolutamente fuorviante.

Il provvedimento adottato dal COA di Roma non incide minimamente sulla libertà di prestazione dei servizi professionali alla quale fanno riferimento le norme del Trattato e la direttiva 89/48.

Ed alcun rilievo sulla legittimità della decisione del COA può essere svolto alla stregua delle previsioni della direttiva, 86/653 in materia di agenti commerciali indipendenti.

Tale principio è stato affermato recentemente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nella sentenza 22 novembre 2004, n. 21945, ha precisato, in fattispecie analoga a quella oggetto del presente ricorso, che *"nell'ordinamento comunitario non sono rintracciabili norme che limitino in qualche modo il diritto degli Stati membri di disciplinare "l'iter" procedimentale per il tramite del quale i rispettivi cittadini possono conseguire il titolo di idoneità ad esercitare la professione forense e, quindi, le modalità e i tempi della pratica e del limitato esercizio professionale a questa finalizzati prodromici al conseguimento di detto titolo"*.

Con tale sentenza, la Suprema Corte ha rigettato l'impugnazione p o po avverso la decisione del Consiglio Nazionale Forense in data 23.03.2002 11.04.2003, nella quale questo Consiglio ha osservato *"che il patrocinio concesso ai praticanti costituisce strumento di formazione alla professione e non abilitazione essa stessa alla professione, abilitazione che può conseguirsi in via definitiva solo attraverso il superamento delle prove previste da ciascun ordinamento nazionale."*

Nessuna norma comunitaria ha imposto l'eliminazione delle prove di idoneità all'esercizio della professione, e tanto meno ha sancito il diritto a conseguire in via definitiva il patrocinio per il solo fatto di essere stati ammessi alla pratica professionale, sia pure accompagnata da un

patrocinio provvisorio è ad essa finalizzato.

Neppure la più recente direttiva 95/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 1998, recepita nella legge comunitaria del 1999, ancorché non richiamata dal ricorrente, potrebbe essere invocata nel caso di specie, giacché anche essa presuppone il conseguimento di una abilitazione professionale nel paese di origine, e giammai si può prestare per individuare una scorciatoia all'esercizio della professione evitando di sottoporsi ad una verifica di idoneità".

Non sussistono pertanto elementi sufficienti né per invocare un giudizio interpretativo da parte della Corte di Giustizia di Lussemburgo, né tanto meno per procedere alla diretta disapplicazione delle disposizioni nazionali, correttamente applicate dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

Quanto, invece, alla seconda delle deliberazioni impugnate, questo Consiglio nazionale rileva che l'art. 14 del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37 disciplina i casi nei quali può essere pronunciata la cancellazione dal registro dei praticanti.

Tra essi non è prevista l'ipotesi dell'avvenuto rilascio del certificato di compiuta pratica al termine del periodo previsto dall'art. 17, comma 1, n. 5 del R.D.L. n. 1578 del 1933, che individua solo il termine minimo di "almeno due anni consecutivi", senza peraltro fissare limiti temporali massimi per il compimento della pratica ed il correlativo necessario mantenimento dell'iscrizione nel predetto registro.

Ne deriva, quindi, che, in assenza di specifica disposizione contraria (quale, ad esempio, quella contenuta nell'art. 6, ultimo comma, del D.M. 2 dicembre 1997 in materia di praticantato per l'ammissione all'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio della professione di consulente del lavoro) il praticante avvocato può rimanere iscritto nel registro senza limitazioni di tempo e sino a quando non avrà superato l'esame abilitativo, a nulla rilevando l'avvenuto rilascio del certificato attestante il compimento del periodo minimo di pratica prescritto (v. CNF, 29 maggio 2002, n. 78).

P.Q.M.

il Consiglio Nazionale Forense, riunitosi in camera di consiglio, visti l'art. 54 del R.D.L. 27.11.1933, n. 1578 e gli artt. 59 e segg. del R.D. 22.1.1934, n. 37, rigetta il ricorso proposto avverso la deliberazione del 29 aprile 2004;

visti gli artt. 8, 17 e 54 del R.D.L. 27.11.1933, n. 1578 e gli artt. 14, 59 e segg. del R.D. 22.1.1934, n.37, accoglie il ricorso proposto avverso la deliberazione del 6 maggio 2004.

Così deciso in Roma il 26 maggio 2005.

Il Segretario
f.to avv. Giuseppe Bassu

Il Presidente
f.to avv. Piero Guido Alpa

Depositata presso la segreteria del Consiglio Nazionale Forense
Oggi 13 settembre 2006

DIRITTO COMUNITARIO &
INTERNAZIONALE

Avv.
Luigi FAVINO

LA DIRETTIVA EUROPEA SULLA ROTTAMAZIONE DEI VEICOLI FUORI USO

Il decreto legislativo 24 giugno 2003 n. 209 ha dato attuazione alla direttiva 2000/53 CEE relativa ai veicoli fuori uso con la finalità di raggiungere nei prossimi anni un azzeramento dell'inquinamento ambientale con la prevenzione della produzione di rifiuti derivanti dai veicoli, ed in particolare con le misure per ridurre e controllare le sostanze pericolose presenti negli stessi veicoli impedendo anche il rilascio nell'ambiente delle stesse sostanze, facilitandone il reimpiego ed il recupero energetico e per limitare il successivo smaltimento dei rifiuti pericolosi.

L'art. 2 del decreto prevede anche le prescrizioni da osservare nella progettazione e nella produzione dei veicoli nuovi, e quelle per provarne ad incoraggiare il recupero dei veicoli fuori uso e dei relativi materiali di demolizione recuperabili. L'obiettivo sembra lodevole se da una parte contempla il riciclaggio di tutti i componenti e materiali dei veicoli, da *"quelli metallici a quelli non metallici derivanti dal veicolo fuori uso, ed in particolare di tutte le materie plastiche"*; perché tutti questi materiali costituiscono una minaccia per l'ambiente, e dall'altra è una fonte inesauribile di recupero e reimpiego degli stessi per nuovi usi industriali. Si pensi al vetro, tra i materiali non metallici, utile a tutti quegli operatori economici coinvolti nel ciclo di produzione del veicolo e di altri manufatti.

Quanto ai veicoli fuori uso, secondo la nuova normativa (art. 3 comma II) sono considerati tali tutti quelli avviati al centro di raccolta da parte del detentore, quelli privati ufficialmente delle targhe di immatricolazione, quelli trovati da enti pubblici e non reclamati da alcuno, e quelli per cui c'è stato un relativo provvedimento della A.G. o della P.A. Un caso particolare riguarderebbe poi i veicoli trovati in evidente stato di abbandono anche in aree private; tuttavia si dovrà accertare se vi è stata radiazione degli stessi dal P.R.A. e l'utilizzo sia esclusivo per quell'area privata dove si trovano, in tal caso non sono considerati veicoli fuori uso o in stato di abbandono. Come pure non lo sono (art. 3 n.3) ed esulano da questa "disciplina" i veicoli d'epoca, ossia i veicoli storici, o di valore per i collezionisti, o destinati ai musei, conservati in modo adeguato, pronti all'uso ovvero in pezzi smontati. A proposito del concetto di veicolo d'epoca la norma citata, seguendo la direttiva CEE *"stricto sensu"*, vi comprende tutti i veicoli che hanno raggiunto i venti anni, purché *"conservati in modo adeguato, cioè non lasciati per lunghi periodi sui prati o sui campi sia pure di proprietà, dove possano arrugginarsi e sfaldandosi inquinare l'ambiente cedendo sostanze o liquami"*.

D'altra parte questa prassi abbastanza comune è già vietata dalle attuali normative antinquinamento, anche di carattere penale, che puniscono severamente i proprietari trasgressori, che si rendano responsabili di abusi in tal senso, anche per brevi periodi, non dovendovi assolutamente essere contatto tra veicolo e suolo non stradale, nell'interesse soprattutto del proprietario del terreno, anche se non coltivato, ma non classificato ancora come una strada poderalo.

Il fine di tutta la normativa in questione sembrerebbe astratto a prima vista e poco interessante per chi deve rottamare un'auto. Ma, analizzandone bene i contenuti,

non si può non arrivare alla conclusione che i costi dell'inquinamento non dovrebbero più pesare su chi vuole rottamare la propria auto, bensì sulle case automobilistiche che ben conoscono questi problemi; perché sono consapevoli del fatto assiomatico che il prodotto AUTO da loro creato ed immesso nel mercato, non evapora nell'aria dopo qualche anno di uso e consumo, ma continua a durare nel tempo rischiando di inquinare moltissimo l'ambiente se fosse abbandonato o meno dal proprietario. Solo in tal modo l'industria automobilistica potrà intervenire già dal momento della progettazione dei veicoli per poter prevenire l'inquinamento in quella che sarà la fase ultima della vita del veicolo, ossia quella della sua rottamazione, non potendosi pensare ad una prevenzione dell'inquinamento dell'auto che sia solo parziale, legata cioè alla fase dell'uso del veicolo da parte del suo possessore e non anche alle fasi della progettazione e della rottamazione dello stesso.

Rispetto al rottamatore "fai da te", c'è più senso a ritenere più sicuro per la tutela dell'ambiente un centro di raccolta professionale, dove il riciclaggio dei vari materiali dovrebbe essere previsto nella percentuale dell'85% dei prodotti entro il 2006, e del 95% entro il 2015, ma sempre nella premessa che le case automobilistiche, nella fase di progettazione dell'auto, abbiano raggiunto queste percentuali di riciclabilità, cui corrisponde l'equazione: più riciclaggio – meno inquinamento.

Forse per il coinvolgimento delle case costruttrici ci vorrà qualche anno in più, perché per la rottamazione e il riciclaggio di questi rifiuti si possa parlare di un circuito completo, dalla progettazione del veicolo alla sua estinzione. In un articolo del Presidente della Commissione d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti, P. RUSSO, dal titolo *"A chi toccano i costi dell'inquinamento?"*, (v. L'AUTOMOBILE, Settembre 2003, pag. 17), l'Autore suggerisce giustamente *"E' necessario favorire lo sviluppo di un mercato dei materiali riciclati, aderendo per esempio ad una iniziativa in base alla quale il 30% delle commesse di aziende a partecipazione pubblica dovrebbe essere rivolto a prodotti recuperati o riciclati, che oggi non solo non raggiungono quella proporzione ma sono ancora utilizzati in quantità risibili."*

In ogni caso nel 2007 ai materiali non ferrosi (cosiddetti *fluff*) che non si riescono a smaltire, sarà interdetta la via della discarica; per il loro grandissimo potere calorifero potranno essere avviati ad altri impianti come veri e propri combustibili. Ma c'è di più: la normativa all'art. 9 ha vietato già dal 2003 la produzione, o l'immissione sul mercato, di materiali e di componenti di veicoli contenenti piombo, mercurio, cadmio, o cromo esavalente, pur con le dovute eccezioni previste nell'Allegato IV, che tuttavia contiene altre scadenze negli anni, fino al 2008.

Sarà così un passo avanti sulla via dell'equazione di cui sopra: meno inquinamento - più riciclaggio; ed altri passi avanti ancora si faranno con l'avvio ai centri di rottamazione oltre che delle automobili anche dei motoveicoli, dei mezzi pesanti, dei natanti e degli aeromobili. Ai rottamatori non resterà che consorziarsi per costituire più grandi centri di rottamazione anche per garantire il servizio ovunque, non solo nei grandi centri, ma anche nelle piccole città di provincia, dove gli automobilisti potranno far rottamare le auto senza alcuna spesa.

Avv.
Flavia LOZZI

LA "INDENNITA' EUROPEA" DEGLI
AGENTI (ART. 1751 C.C.)
- (parte seconda) -

In un precedente contributo alla rivista *Temi Romana*, pubblicato sul numero 1-2 di gennaio/agosto 2005, dal titolo "La "indennità europea" degli agenti (art. 1751 c.c.) ovvero la "chimera degli agenti" diventa realtà?", ho avuto modo di esaminare l'ordinanza interlocutoria n. 20410 del 18/10/2004 con la quale la Corte di Cassazione aveva chiamato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a pronunciarsi in merito ad una questione interpretativa relativa al rapporto di agenzia.

Specificatamente la Corte di Cassazione aveva sottoposto alla Corte di Giustizia due quesiti relativi alle indennità spettanti agli agenti di commercio alla cessazione del rapporto di agenzia e, più precisamente, relativi alla analisi dei presupposti, dei criteri e delle modalità di quantificazione dell'indennità ex art. 1751 del codice civile - che ha recepito la c.d. "direttiva agenti" comunitaria - in rapporto all'indennità di cessazione del rapporto di agenzia prevista dagli accordi economici collettivi stipulati dalle associazioni sindacali.

Nel citato articolo si era dato rilievo alla possibilità che, dalla pronuncia della Corte di Giustizia, emergesse la contrarietà degli accordi economici collettivi alla disciplina comunitaria delle indennità di fine rapporto e di conseguenza la inapplicabilità della disciplina pattizia delle indennità di fine rapporto nei rapporti fra agenti e ditte preponenti.

La Corte di Giustizia prima sezione si è pronunciata con sentenza del 23/03/2006 (causa C-465/04) e in questa sede sembra doveroso rendere conto della tanto attesa pronuncia.

Ricordiamo che i quesiti posti alla Corte di Giustizia erano due:

1) Più specificatamente, appare necessario comprendere se, alla luce del tenore e della finalità dell'art. 17 della direttiva e, eventualmente, dei criteri che esso offre riguardo alla quantificazione dell'indennità dal medesimo prevista, il successivo art. 19 è interpretabile o meno nel senso che la normativa nazionale di attuazione della direttiva può consentire che un accordo (o contratto) collettivo (vincolante per le parti di determinati rapporti) preveda, invece che un'indennità dovuta all'agente nel concorso delle condizioni previste dal paragrafo 2 dell'art. 17 e liquidabile secondo criteri desumibili dal medesimo, un'indennità che, da un lato, sia dovuta all'agente a prescindere dalla sussistenza dei presupposti di cui ai due trattini della lett. a) di detto paragrafo 2 (e, per una parte dell'indennità stessa, in ogni caso di risoluzione del rapporto) e, dall'altro, sia quantificabile non già secondo i criteri ricavabili dalla direttiva (e, ove del caso, nell'ammontare massimo dalla medesima precisato), ma secondo i criteri predeterminati dall'accordo economico collettivo. E cioè un'indennità che sia determinata (senza alcun riferimento specifico all'incremento degli affari procurato dall'agente) sulla base di determinate percentuali dei compensi ricevuti dall'agente

nel corso del rapporto, con la conseguenza che l'indennità stessa, anche in presenza nella misura massima, o in misura elevata, dei presupposti cui la direttiva collega il diritto all'indennità, in molti casi dovrebbe essere liquidata in misura inferiore (anche molto inferiore) a quella massima prevista dalla direttiva e, comunque, a quella che avrebbe potuto essere stabilita in concreto dal giudice, se egli non avesse dovuto attenersi ai parametri di calcolo di cui all'accordo economico collettivo, invece che ai principi e ai criteri di cui alla direttiva.

Il) E' necessario anche un chiarimento interpretativo specifico circa le modalità di quantificazione dell'indennità. In particolare appare necessario comprendere se il calcolo dell'indennità deve essere compiuto in maniera analitica, mediante la stima delle ulteriori provvigioni che l'agente presumibilmente avrebbe potuto percepire negli anni successivi alla risoluzione del rapporto, in relazione ai nuovi clienti da lui procurati o al sensibile sviluppo da lui procurato degli affari con clienti preesistenti e la applicazione solo successiva di eventuali rettifiche dell'importo, in considerazione del criterio dell'equità e del limite massimo previsto dalla direttiva; oppure se siano consentiti metodi di calcolo diversi e, in particolare, metodi sintetici, che valorizzino più ampiamente il criterio dell'equità e, quale punto di partenza dei computi, il limite massimo specificato dalla direttiva".

La Corte di Giustizia ha dato ai surriferiti quesiti le seguenti risposte:

1) *"Alla luce di tutte queste considerazioni, occorre risolvere la prima questione dichiarando che l'art. 19 della direttiva deve essere interpretato nel senso che l'indennità di cessazione del rapporto che risulta dall'applicazione dell'art. 17 n. 2 della direttiva non può essere sostituita, in applicazione di un accordo collettivo, da un'indennità determinata secondo criteri diversi da quelli fissati da quest'ultima disposizione, a meno che non sia provato che l'applicazione di tale accordo garantisce, in ogni caso, all'agente commerciale un'indennità pari o superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione della detta disposizione".*

2) *"Si deve pertanto risolvere la seconda questione nel senso che, all'interno dell'ambito fissato dall'art. 17 n. 2 della direttiva, gli Stati membri godono di un potere discrezionale che essi sono liberi di esercitare, in particolare, con riferimento al criterio dell'equità".*

E' interessante rilevare i punti principali del percorso argomentativo attraverso il quale la Corte di Giustizia è pervenuta alle conclusioni sopra trascritte.

La Corte di Giustizia ha rilevato:

1) che la direttiva mira ad armonizzare le normative degli Stati membri in materia di contratto di agenzia;

2) che, secondo la giurisprudenza della Corte, il regime istituito dagli artt. 17-19 della direttiva (tutela dell'agente dopo la cessazione del contratto) ha carattere imperativo;

3) che l'art. 19 della direttiva prevede la facoltà delle parti di derogare alle disposizioni dell'art. 17 prima della scadenza del contratto, a condizione che la deroga non sia sfavorevole all'agente;

4) che pertanto le parti possono convenire una deroga all'art. 17 della direttiva solo se, ex ante, è escluso che la stessa risulterà, alla cessazione del rapporto, sfavorevole all'agente.

La Corte conclude che tale certezza si avrebbe solo qualora potesse essere dimostrato che l'accordo derogativo (nella specie l'accordo economico collettivo) fosse in grado di garantire *"sistematicamente" all'agente, "alla luce di tutti i rapporti giuridici che possono essere instaurati tra le parti di un contratto di agenzia commerciale, un'indennità superiore o almeno pari a quella che risulterebbe dall'applicazione dell'art. 17 della direttiva"*.

Atteso che tale certezza, evidentemente, non è assicurabile a priori, la legittimità o meno di un accordo derogativo alla disciplina comunitaria delle indennità di fine rapporto, in base al criterio del miglior favore per l'agente, potrà essere valutata esclusivamente dopo la cessazione del rapporto, sulla base di un confronto fra le indennità concretamente ottenibili dall'agente.

E' altresì evidente che, per la Corte di Giustizia, il raffronto fra le indennità pattizia e comunitaria, al fine di individuare quale delle due sia di maggior favore per l'agente, debba essere condotto su basi esclusivamente economiche.

La Corte infatti fa riferimento unicamente all'importo dell'indennità che, con riguardo all'indennità pattizia, deve essere almeno pari, se non superiore, a quello dell'indennità comunitaria, affinché le pattuizioni collettive possano essere applicate nei rapporti fra le parti in deroga alla disciplina della direttiva e quindi in deroga all'art. 1751 c.c., che tale disciplina ha recepito.

Il riferito criterio, stabilito dalla Corte di Giustizia, consente di ritenere superati anche i dibattiti interni alla giurisprudenza e dottrina italiane (di cui si è dato conto nel precedente articolo), le quali hanno evidenziato ulteriori possibili piani di raffronto fra le due discipline. Si è infatti ad esempio rilevato che l'art. 1751 c.c., in attuazione della direttiva, prevede specifici requisiti per l'accesso alla indennità di fine rapporto e pone in capo all'agente un gravoso onere della prova in ordine alla sussistenza di tali requisiti, mentre gli aec "ponte" non prevedono tali requisiti, né il correlativo onere della prova: secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, quindi, gli aec sarebbero di maggior favore per l'agente rispetto alla normativa legale, in quanto assicurerebbero in ogni caso all'agente una indennità di fine rapporto, anche laddove lo stesso non fosse in grado di dare la prova della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 1751 c.c.. Si è d'altra parte osservato che la disciplina pattizia applica il principio del "poco a tutti", penalizzando l'agente meritevole con la corresponsione di una indennità assolutamente irrisoria rispetto a quella ottenibile in applicazione della disciplina di origine comunitaria, che è invece ispirata al criterio di "premierità": pertanto, secondo questa parte della giurisprudenza e della dottrina, la disciplina

pattizia sarebbe sfavorevole per l'agente rispetto a quella codicistica, in quanto riconoscerebbe sistematicamente importi assolutamente inferiori rispetto alla indennità ex art. 1751 c.c.. Secondo altra parte della dottrina, infine, le due discipline non sarebbero neanche comparabili, essendo ontologicamente diverse nello spirito e nei presupposti.

La Corte di Giustizia ha parzialmente dato risposta alle osservazioni sopra riportate con un *obiter dictum*: " *Il solo fatto che detto accordo (l'aec, ndr.) possa essere favorevole all'agente commerciale nel caso in cui quest'ultimo abbia diritto, in applicazione dei criteri di cui all'art. 17 n. 2 della direttiva, solo ad un'indennità molto ridotta o addirittura non abbia diritto ad alcuna indennità, non può bastare a dimostrare che esso non deroga alle disposizioni dell'art. 17 e 18 della direttiva a detrimento dell'agente commerciale*".

Dalla sentenza della Corte di Giustizia emerge pertanto una chiara linea interpretativa che, al di là di questioni teoriche e di principio, basa la valutazione della ammissibilità della deroga pattizia alla normativa comunitaria sul piano concreto e tangibile del confronto, in termini strettamente economici, fra l'importo delle indennità che le due discipline sono in grado di riconoscere all'agente nel caso specifico.

E' quindi evidente che tale raffronto non può essere condotto che "ex post", ossia dopo la cessazione del rapporto di agenzia. Questa conclusione, chiaramente desumibile dalla sentenza della Corte di Giustizia, risolve altresì un ulteriore dibattito sorto all'interno della giurisprudenza e dottrina italiane (di cui si è dato conto nel citato articolo) fra i sostenitori della tesi del raffronto "ex post" fra gli importi delle indennità e del raffronto "ex ante" fra norme.

La Corte di Giustizia, sempre in via di *obiter dictum*, individua anche una possibile soluzione al problema dei rapporti fra disciplina legale e disciplina pattizia: " *Solo nell'ipotesi in cui l'accordo del 1992 desse la possibilità di cumulare, anche solo parzialmente, l'indennità calcolata secondo le disposizioni di tale accordo con l'indennità prevista dal regime istituito dalla direttiva, esso potrebbe essere qualificato favorevole all'agente commerciale. Tale possibilità è tuttavia espressamente esclusa dalla dichiarazione a verbale delle parti firmatarie del detto accordo*".

In sostanza, la Corte di Giustizia ipotizza un meccanismo di "cumulo" fra le due indennità, nel senso che l'aec può legittimamente prevedere una indennità pattizia, anche rispondente a criteri diversi rispetto a quelli della direttiva, ma tale indennità deve poter essere sempre integrata dalla indennità ex art. 1751 c.c., qualora ne ricorrano i presupposti.

Tuttavia, come rileva la Corte di Giustizia, gli aec espressamente escludono qualsiasi ipotesi di cumulo con altre indennità.

Va rilevato che l'ordinanza interlocutoria e quindi anche la sentenza della Corte di Giustizia avevano ad oggetto gli aec "ponte" del 1992, che sono stati superati dal rinnovo degli aec di settore avvenuto nel 2002.

Come si è già evidenziato, questi ultimi aec in qualche modo hanno voluto recepire le indicazioni della direttiva e quindi hanno introdotto una indennità "meritocratica", che prevede come requisito l'incremento della clientela e/o del fatturato, mentre hanno riferito il criterio dell'equità alle preesistenti indennità (Firr e di clientela), che vengono riconosciute all'agente a prescindere dalla ricorrenza di requisiti di merito.

Tuttavia, anche nei suddetti aec del 1992, è specificato espressamente che il trattamento delle indennità di fine rapporto ivi previsto non è cumulabile con nessun altro, nella specie, con l'indennità ex art. 1751 c.c., di cui l'aec, secondo le dichiarazioni a verbale delle parti stipulanti, costituirebbe "complessivamente una condizione di miglior favore rispetto alla disciplina di legge".

Sulla base della sentenza della Corte di Giustizia, non si possono ritenere legittime né dichiarazioni a verbale quale quella sopra riportata, né tantomeno impegni tra le parti stipulanti - e quindi vincolanti per gli agenti aderenti alle stesse associazioni sindacali - volti ad escludere l'applicazione dell'art. 1751 c.c. in favore di una indennità pattizia dichiarata non cumulabile con alcun altro trattamento di fine rapporto.

Si deve quindi ritenere che gli aec possano continuare a svolgere una funzione indennitaria "di base" nei rapporti fra le parti, ma non possono escludere a priori l'applicazione della disciplina dell'indennità ex art. 1751 c.c..

Pertanto, qualora l'agente non si ritenga soddisfatto dalle indennità spettanti in base agli aec e ritenga di avere diritto ex art. 1751 c.c. ad una indennità di importo superiore e la preponente non riconosca tale diritto o non lo riconosca nella misura richiesta dall'agente, in difetto di accordo fra le parti, l'accertamento e il riconoscimento all'agente della maggiore indennità ex art. 1751 c.c. è rimesso al Giudice.

Il Giudice, valutate le allegazioni e le prove fornite dall'agente e applicando il criterio dell'equità (che l'art. 1751 c.c. prevede come concorrente con l'incremento della clientela e/o del fatturato), dovrà pervenire alla quantificazione dell'indennità ex art. 1751 c.c. riconoscibile all'agente nel caso di specie e, qualora tale importo sia superiore a quello derivante dall'applicazione degli aec (e quindi alla somma di Firr, indennità di clientela e indennità meritocratica), condannare la preponente al pagamento in favore dell'agente della differenza, il tutto ovviamente entro il limite massimo fissato dall'art. 1751 c.c..

Come si è già rilevato, l'art. 1751 c.c. fissa soltanto un limite massimo, rimettendo in concreto al Giudice la quantificazione dell'importo spettante all'agente. La Corte di Cassazione ha chiesto chiarimenti alla Corte di Giustizia anche in merito alle modalità di quantificazione dell'indennità (secondo quesito) e specificatamente in merito al ricorso a criteri analitici ovvero a metodi sintetici, che valorizzino più ampiamente il criterio di equità. La risposta della Corte di Giustizia sul punto è stata, questa sì, molto sintetica, nel senso che la Corte si è limitata a ribadire che gli Stati membri godono di ampia discrezionalità in meri-

to ai criteri di quantificazione, con particolare riguardo al principio di equità. L'art. 1751 c.c., del resto, nulla dice in merito ai criteri di quantificazione e pertanto è da ritenersi che la quantificazione in concreto dell'indennità spettante all'agente sia rimessa al Giudice, che la effettuerà tenuto conto dei presupposti e del limite massimo stabiliti dalla norma.

Concludendo, dalla sentenza della Corte di Giustizia si possono trarre le seguenti conclusioni: 1) né la normativa nazionale né le pattuizioni, collettive o individuali, possono escludere "a priori" l'applicazione dell'art. 1751 c.c. dichiarandosi "complessivamente di miglior favore" rispetto alla disciplina di legge; 2) la clausola di "non cumulabilità" della disciplina pattizia con quella legale prevista dagli aec è illegittima e deve quindi essere disapplicata; 3) la valutazione di quale sia la disciplina di miglior favore per l'agente deve essere condotta in concreto ed ex post, con riguardo all'importo dell'indennità concretamente ottenibile dall'agente dopo la cessazione del rapporto.

Tenuto conto che gli aec, come la prassi dimostra, riconoscono agli agenti, a titolo di indennità "meritocratica", importi veramente irrisori, per quanto sopra esposto si deve concludere che gli aec potranno continuare a costituire una disciplina "di base" delle indennità di fine rapporto valevole per tutti gli agenti, fermo restando che ciascuno di essi resta libero di agire ex art. 1751 c.c. per ottenere il riconoscimento di una indennità di importo superiore, qualora ne abbia diritto e riesca a fornirne la prova in giudizio.

Flavia LOZZI

finito di stampare nel mese di febbraio 2007
per i tipi della Ulisse Editrice s.r.l.
via Angelo Ulivieri, 82 - 00122 Roma